



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

**IUS COMMUNE: FUNDAMENTO DEL DERECHO
COMÚN EUROPEO E IBEROAMERICANO. BREVE
APROXIMACIÓN***
**IUS COMMUNE: FUNDAMENT OF THE EUROPEAN
AND IBEROMERICAN COMMON LAW. SHORT APPROXIMATION**

Rosario de CASTRO-CAMERO**

RESUMEN: En la actualidad, la ciencia jurídica internacional atraviesa un periodo de crisis o incertidumbre que, a juicio de la autora, para ser superado requiere una vuelta a sus raíces, a las fuentes del derecho. La creatividad jurídica necesaria para poder elaborar un Código de derecho privado internacional exige volver a las fuentes del *utrumque ius*, porque ellas recogen los principios jurídicos que pueden hacer posible la aproximación de los distintos derechos nacionales. Esta tarea exige la revisión de las ediciones de fuentes de derecho romano (codicológicas y epigráficas) realizadas en el siglo XIX en Alemania y la elaboración de nuevas ediciones críticas de los manuscritos descubiertos con posterioridad, tanto en Europa como en Iberoamérica. La dificultad y especialización que encierra un proyecto de estas características hacen conveniente la creación de grupos interdisciplinares e internacionales de investigación.

Palabras clave: recepción del derecho romano en Europa e Iberoamérica, *utrumque ius*, ediciones críticas de fuentes, derecho privado internacional.

ABSTRACT: Nowadays, the international Legal Science goes through a crisis period that, according to the author of this study, requires a return to the roots, to the Law sources. The legal creativity, requested to the elaboration of an international private law Code, demands to turn into the sources of the *utrumque ius*. There we can find the requisite common legal principles to approximate the different national laws. This work requests the revision of the Roman Law sources performed in the XIX century in Germany and the elaboration of new critic editions of the, in Europe and Iberoamerica, recently discovered manuscripts. Because of the difficulty and specialization of this sort of project, it is desirable the creation of interdisciplinary and international research groups.

Descriptors: european and iberomaerican roman law reception, *utrumque ius*, critic law sources editions, international private law.

* Artículo recibido el 17 de junio de 2009 y aceptado para su publicación el 5 de febrero de 2010.

** Universidad de Sevilla, España.

Desde hace ya varios años, Europa se encuentra inmersa en un proceso de integración a todos los niveles. En el ámbito jurídico, en concreto, el proceso de construcción de la Unión Europea está resultando especialmente lento y difícil.¹

Partimos del presupuesto de que Europa es una forma de entender y estar en el mundo que, durante siglos, se ha caracterizado por el respeto y el valor de la vida y la dignidad del hombre. Sus raíces, como ha puesto de relieve el filósofo Xavier Zubiri, hay que situarlas en la filosofía griega, el cristianismo y el derecho romano. Europa es,

¹ Sobre los intentos de unificación del derecho privado europeo realizados como consecuencia de la Primera Guerra Mundial, *cfr.* Schulze, R. y Zimmermann, R., *Textos básicos de derecho privado europeo. Recopilación*, coord. de la ed. esp., pres., est. prel. y anot. de Esther Arroyo i Amayuelas, Madrid-Barcelona, 2002, pp. 24-28. En nota 21 se hace referencia al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), que fue creada en 1926 por la Sociedad de Naciones a partir de una propuesta de unificación jurídica formulada por Vittorio Scialoja. Por otra parte, cabe señalar que, a mediados de los años setenta se crea la Comisión de Derecho Contractual Europeo, conocida como Comisión Lando, cuyos frutos pudieron apreciarse en 2000 cuando se publicaron los *Principles of European Contract Law I-II*. Su objetivo fundamental es servir de instrumento de armonización del derecho contractual en el ámbito de la Unión Europea. Además de proporcionar una posible base de redacción de la materia contractual en un futuro Código Civil europeo, entre sus metas está el facilitar disposiciones que las partes contratantes puedan adoptar expresamente, ofrecer una formulación moderna de la *lex mercatoria* aceptada a nivel internacional, y proporcionar un modelo para los jueces y legisladores nacionales. Como se pone de relieve en la edición española de esta obra, aunque inicialmente las conclusiones de la comisión fueron recibidas no con todo el entusiasmo que hubiera sido deseable, pero progresivamente se aprecia su influencia en las reformas legislativas llevadas a cabo en esta materia. La Comisión Europea, en la Comunicación que en julio de 2001 realizó al Parlamento Europeo y al Consejo en relación con el derecho contractual, acogió muy favorablemente el trabajo de la Comisión Lando y, siendo consciente de la insuficiencia de las soluciones aportadas por el derecho internacional privado, estableció que 2010 fuese el año del establecimiento y adopción de una norma de derecho contractual en la Unión Europea. *Cfr.* Lando, O. y Beale, H., *Principios de derecho contractual europeo*, Madrid, Ed. Española P. Barres Benlloch, J. M. Embid Irujo, F. Martínez Sanz, 2003-2007, pp. 5 y ss., 31 y ss. En relación con los resultados obtenidos a partir de los esfuerzos de unificación llevados a cabo por Unidroit y las comisiones Lando y Gandolfi; *cfr.* Fernández de Buján, F., *Sistema contractual romano*, Madrid, 2003, pp. 475-482; Díez-Picazo, L. et al., *Los principios del derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002, nota 1, pp. 75-93. Asimismo, *cfr.* Adame Goddard, J., *Estudios sobre la compraventa internacional de mercaderías*, México, 1991, pp. 9-14; *id.*, “Hacia un concepto internacional de contrato (o la interpretación de la palabra ‘contrato’ en los principios de Unidroit)”, en varios autores, *Contratación internacional. Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del Unidroit*, 1998.

por encima de todo, un resultado cultural, una civilización, y el fenómeno de la unificación jurídica no es algo novedoso.² Desde la Baja Edad Media se fue desarrollando el *ius commune* y su aplicación se fue extendiendo por todo el territorio europeo, constituyendo una cultura jurídica común para todos estos pueblos.³ Aunque se considera como etapa clásica del *ius commune* la comprendida entre los siglos XII a XV, puede afirmarse que su influencia se mantiene hasta la codificación.⁴ Ésta también estuvo en gran medida condicionada por la experiencia jurídica del derecho común, ya que se realizó con base en la técnica jurídica heredada del *ius commune*.

El concepto “derecho común” tiene, según Calasso, carácter dogmático. Su naturaleza de categoría lógica es resultado de un largo

² En relación con la idea de Europa como fenómeno cultural, *cfr. Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milán, Ristampa inalterata, 1982, pp. 24-32; Delogu, P., *Introduzione allo studio della storia medievale*, Bologna, 1994, pp. 93-96; Herrera Bravo, R., “Fundamentos romanísticos del derecho europeo”, en varios autores, *Estudios Jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge*, Salamanca, 2002, pp. 531-533, 537-541; Grossi, P., *Europa y el derecho*, trad. al castellano de L. Giuliani, Madrid, 2008 [Roma-Bari, 2007], pp. 13-15, destaca el significado del término “Europa” como conjunto de valores espirituales y culturales. Por otra parte, acerca de la importancia de la Universidad en el nacimiento y desarrollo de la ciencia jurídica europea y, en definitiva, de la cultura común europea, *cfr.* Santini, G., *Materiali per la storia del Diritto comune in Europa*, t. I: *Lo “ius commune” nel pensiero giuridico: una struttura di lunga durata*, Torino, 1990, p. 10; sobre las escuelas preuniversitarias, *cfr.* pp. 159-191.

³ Herrera Bravo y Aguilar Ros ponen de relieve cómo la convivencia de civilistas y romanistas en el ámbito universitario favoreció el desarrollo del *ius commune*. Otro aspecto importante a tener en cuenta es el hecho de que el derecho canónico medieval no fuera estrictamente un derecho confesional, sino dirigido a proporcionar respuestas a problemas de índole patrimonial, tales como contratos, herencias o matrimonios. *Cfr.* Aguilar Ros, P. y Herrera Bravo, R., *Derecho romano y derecho canónico. Elementos formativos de las instituciones jurídicas europeas*, Granada, 1994, p. 2. Sobre la influencia del derecho canónico, fundamentalmente a nivel procesal y, en particular, sobre el papel de los tribunales eclesiásticos como modelo de los tribunales seculares, *cfr.* Cavanna, A., *op. cit.*, nota 3, p. 416; Caravale, M., *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna, 1994, pp. 319-322.

⁴ A juicio de Genta, E., *Appunti di diritto comune*, Turín, a cura di S. Ricco, 1995, pp. 56, 70; a lo largo de esos siglos los juristas no tuvieron unos mismos objetivos. Así, mientras los primeros glosadores llevaron a cabo una labor de unificación legislativa que perseguía la construcción de un orden armónico, los juristas del siglo XIV se esforzaron por conciliar el *ius commune* con los distintos *iura propria*, pues en ese momento histórico se produjo una significativa afirmación de los derechos particulares frente al derecho común que, durante los siglos XII y XIII, había sido considerado como superior.

proceso histórico a través del cual, lentamente, se fue formando.⁵ A su juicio, uno de sus rasgos más sobresalientes es que carece de carácter absoluto; es un concepto relativo que sólo se entiende en función de otros conceptos correlativos como *ius propium* o *ius singulare*.⁶ Bellomo señala la interdependencia de ambos conceptos, ya que sin el *ius commune* el *ius propium* no habría tenido tanta vitalidad ni actuado

⁵ Calasso, F., *Storia e sistema delle fonti nel diritto comune*, t. I: *Le origini*, Milán, 1938, pp. 66-70, considera que se trata de un concepto dogmático que alcanza su punto álgido en un sistema caracterizado por la pluralidad de ordenamientos jurídicos. A juicio de Calasso, dicha expresión sólo designaría un determinado conjunto de normas. Ello presupone su existencia en contraposición a otras normas, dentro del mismo sistema. Según Calasso, desde el punto de vista formal la consideración de todas esas normas (las comunes y las particulares) como parte de un mismo sistema supone aceptar que o bien han emanado de una misma institución o bien de instituciones diversas pero relacionadas entre sí. Asimismo, opina que dicha consideración también puede ser contemplada desde un punto de vista sustancial, de acuerdo con el cual tanto las normas de derecho común como las de que recogían derechos particulares regulaban la misma materia, si bien informadas cada una de ellas por criterios diferentes. Calasso es consciente de la dificultad que implicar resolver la problemática generada por este concepto a partir sólo de una explicación lógica, pues semejante falta de armonía en el seno de un sistema jurídico no puede tener *a priori* justificación al ser contraria a la lógica fundamental que gobierna todo sistema jurídico. Su conclusión es que sólo a través de una explicación histórica es posible abordar la cuestión de la especificación de la norma dentro del mismo sistema jurídico.

⁶ Calasso, F., *Storia e sistema...*, cit., nota anterior, pp. 39-42; id., *Medio Evo del Diritto*, t. I: *Le fonti*, Milán, 1954, pp. 375 y ss., 385, 452-467. Calasso señala cómo sucede de lo mismo con el concepto de "autonomía" que, de ser un término absoluto, se confundiría con el de "soberanía", algo que no sucede, ya que la autonomía hace referencia a un poder limitado, derivado y graduado, cf. pp. 68 y ss. Por otra parte, también destaca cómo las dificultades que plantea la definición de *ius commune* tienen su origen en la flexibilidad con la que el derecho romano, de la que parte la elaboración científica medieval, la utiliza. En efecto, en la terminología romana, la expresión *ius commune* carece de significado técnico, ya que alude a aquellas normas que son válidas para todos, en contraposición con las que sólo lo son para unos pocos; cf. pp. 70 y ss. Sobre el carácter equívoco del término *ius commune*, y acerca de cómo a partir del principio *unum ius, unum imperium* se produce una transformación del concepto *unum ius* en *ius commune*, cf. Genta, E., *op. cit.*, nota 4, p. 68. Por su parte, Caravale, M., *op. cit.*, nota 3, pp. 312 y ss., 318, señala cómo los glosadores tuvieron en consideración la relación entre praxis y doctrina sólo en los términos del binomio *ius propium-ius commune*, entendiendo por *iura propia* no sólo el derecho codificado en textos escritos sino también las normas consuetudinarias locales. Sobre las vicisitudes experimentadas por el derecho común en los diferentes territorios europeos, cf. Campitelli, A., *Europenses. Presupposti storici e genesi del diritto comune*, 2a. ristampa anastatica dell'edizione 1990, Bari, 1992, p. 146.

lidad en el tiempo; y, al revés, sin la variedad del *ius propium*, el *ius commune* no tendría las raíces de su misma existencia ni un ámbito en el cual desarrollar sus funciones.⁷ Ermini señala cómo el derecho común que se aplica ya en época moderna carece de los rasgos que lo caracterizaron durante el periodo medieval, dado que es interpretado de modo diverso en cada lugar, según las diversas influencias de las legislaciones particulares de cada territorio. Por lo tanto, de forma gradual va perdiendo su carácter común y unitario. Finalmente, las codificaciones decimonónicas recogerán un derecho común impregnado profundamente de derecho propio o local. Ermini señala incluso cómo un mismo derecho puede ser considerado común o propio, según el punto de vista desde el cual se tome en consideración.⁸

La coordinación de los dos ordenamientos (civil y canónico), ambos universales por emanar de autoridades universales, dio lugar al *utrumque ius*, soporte del derecho común.⁹ Santini considera que el *utrumque ius* constituye una de las más altas creaciones del espíritu humano, por su carácter universal y su humanidad. Rasgos adquiridos gra-

⁷ Bellomo, M., *L'Europa del diritto comune*, Lausanne, 1988, p. 154. Cf. también p. 85, donde Bellomo destaca cómo junto al desarrollo de los dos derechos universales, de forma paralela, Europa vive un periodo de heterogéneas experiencias jurídicas locales (*iura propria*). En opinión de Cortese, E., *Il diritto nella storia medievale* II, Roma, 1995, p. 392, en el siglo XIV el derecho romano se transforma en derecho común como consecuencia de la gran fuerza que adquirieron los derechos particulares, que terminan convirtiéndolo en un ordenamiento subsidiario cuya finalidad era colmar las lagunas e interpretar el *ius propium*, pero nunca sustituirlo.

⁸ Cf. Santini, G., *op. cit.*, nota 2, p. 10; Ermini, G. s. v., “*Diritto comune*”, *NN.D.* V, pp. 828 y ss.; sobre el carácter relativo de la noción de *ius commune*, cf. p. 828. Según Ermini, G., *op. cit.*, en esta misma nota, p. 827 el *ius commune* nace como expresión legislativa de la monarquía universal, de la unión imperial y pontificia de los pueblos medievales, con la intención de preservar los intereses más altos de la humanidad.

⁹ Campitelli, A., *op. cit.*, nota 6, p. 46. Esa convivencia, como destaca Campitelli, no estuvo del todo exenta de conflictos, al resultar en algunas cuestiones difícil establecer los límites y competencias de uno y otro, cf. p. 46. Sobre dicha problemática, cf. Bellomo, M., *op. cit.*, nota 7, pp. 80-83; Cortese, E., *op. cit.*, nota 7, t. I, pp. 385-388. En opinión de Genta, E., *op. cit.*, nota 4, p. 59, la conciliación entre el ordenamiento civil y el canónico fue resuelta por los juristas medievales mediante la expresión *utrumque ius*, que indicaba el estrecho vínculo existente entre los dos mundos en los que se sustanciaba el derecho común. Cassandro, G., *Lezioni di diritto comune*, Napoli, t. I, p. 235 señala cómo, en la Edad Media, la vida jurídica no estaba regida sólo por un derecho, sino por dos. No era una sola autoridad la que juzgaba las controversias de los laicos. De manera que quien quería participar en la administración de justicia, debía convertirse en experto en uno y otro derecho (*in utroque iure*).

cias a que, en su creación, han participado innumerables generaciones de juristas europeos a lo largo de muchos siglos.¹⁰ Campitelli señala la importante innovación cultural realizada por la Escuela de Bolonia, que se desvincula de la enseñanza de las artes, y se impone con su valor técnico autónomo y con un lenguaje jurídico universal, gracias al cual puede difundirse por toda Europa y permitir la formación de una cultura jurídica común, rica y vital, que ve en el derecho romano la expresión más elevada del pensamiento jurídico. En este sentido, vino a colmar una necesidad latente de la sociedad medieval, jurídicamente dominada por normas consuetudinarias y por la *praxis*.¹¹

¹⁰ Cf. Santini, G., *op. cit.*, nota 2, p. 10. Cf. también sobre los estudios de derecho romano en el medievo, Astuti, G., “Tradizioni dei testi del Corpus Iuris nell’alto medievo”, en Diurni, G. (ed.), *Tradizione romnistica e civiltà giuridica europea*, Nápoles, 1984, t. I, pp. 171-235. Cavanna, A., *op. cit.*, nota 3, p. 115, señala la importante influencia del pensamiento escolástico en el método de los glosadores, quienes veían en el *Corpus Iuris Civilis* un texto de autoridad al que estaban subordinados. A propósito de la lógica medieval y el papel de la Escolástica como perfeccionadora de la lógica antigua, cf. Coing, H., *Derecho privado europeo*, t. I: *Derecho común más antiguo (1500-1800)*, trad. y apostillas A. Pérez Martín, Madrid, 1996 [Munich, 1985], pp. 43-46.

¹¹ Campitelli, A., *op. cit.*, nota 6, pp. 15-18; 29; 145 y ss. La Escuela de Bolonia aportó la conjugación del pasado con el presente, pues el recurso al derecho romano permitía hacer más dócil la realidad jurídica de la época, al presentar unos contenidos ordenados según un lenguaje y una técnica ligados a principios jurídicos, lejanos ya en el tiempo, pero no superados por completo. Por tanto, el objeto de estudio de la ciencia boloñesa fue el derecho romano, pero en relación siempre con la realidad de la sociedad medieval, bien por contraste o por semejanza. A juicio de Grossi, P., *op. cit.*, nota 2, p. 51, los juristas boloñeses fueron auténticos intérpretes, en el sentido de intermediarios entre la ley antigua y los hechos nuevos de su tiempo, más que en el de explicación o exégesis. Según Cavanna, A., *op. cit.*, nota 3, p. 117, el nacimiento de una jurisprudencia científica moderna y autónoma fue resultado de la relación entre la enseñanza del derecho y la Universidad que tiene lugar, por primera vez, en Bolonia. A propósito del nacimiento y desarrollo de la ciencia jurídica en Europa, cf. Cannata, C. A., *Historia de la ciencia jurídica europea*, trad. de L. Gutiérrez-Masson, Madrid, 1966, pp. 142-150. A su juicio, para comprender la formación de la jurisprudencia continental es necesario tener en cuenta tanto el papel de la Escuela de Bolonia como, muy especialmente, el de la Iglesia, única conservadora del patrimonio cultural de la Antigüedad. Cf. también y, en particular, sobre la nueva ciencia del derecho surgida en Bolonia y su método jurídico, Padoa-Schioppa, A., *Il diritto nella storia d’Europa. Il medioevo*, parte prima ristampa accresciuta, Padova, 2005, pp. 287-351; Cortese, E., *op. cit.*, nota 7, t. II, pp. 197-245. Por su parte, Coing, H., *Derecho privado..., cit.*, nota 10, pp. 33-37 señala cómo la recepción del derecho romano por la escuela boloñesa debe ser considerada también un acontecimiento de primer

La influencia del derecho romano en Europa puede apreciarse no sólo a nivel jurídico sino también a nivel cultural, ya que está presente en la vida cotidiana de cualquier individuo europeo, sea o no consciente de ello. El derecho romano ha sido el de mayor presencia histórica en la realidad política europea.¹² A juicio de F. Fernández de Buján, la historia jurídica de Europa es la historia del surgimiento, la vigencia y la supervivencia del derecho romano.¹³ Por eso resulta extraño que, en la actualidad, el derecho romano no esté jugando un papel tan relevante como cupiera esperar en el proceso de unificación jurídica que vive la Unión Europea. F. Fernández de Buján considera necesario que Europa vuelva la vista a su pasado común, constituido por el derecho romano y el *ius commune*, cuyas instituciones se han visto acrisoladas y contrastadas por el tiempo, para evitar que el nuevo derecho europeo sea algo artificial y, por tanto, efímero. El punto de encuentro entre el pasado y el futuro lo constituyen, según F. Fernández de Buján, los estudios de derecho comparado.¹⁴ La con-

orden en la historia de la educación. El hombre medieval del siglo XII buscaba, en general, un conocimiento del mundo más científico, más racional y, en el ámbito jurídico, ello coincide con el redescubrimiento de la compilación justinianea que presentaba una estructuración científica. Para la difusión del derecho romano por todo el continente fue fundamental el hecho de que Bolonia y otras escuelas de derecho italianas y francesas se convirtieran en centros internacionales de estudio, así como que el *utrumque ius* fuera su único objeto de atención.

¹² Cfr. Fernández de Buján, F., "Aportación del derecho romano al proceso de elaboración del derecho de la Unión Europea", *SDHI*, núm. 64, 1998, pp. 529-535; *id.*, "Retorno a Roma en la elaboración del futuro código europeo de contratos", *SDHI*, núm. 66, 2000, pp. 245-261.

¹³ A este respecto, Fernández de Buján, A., *Derecho público romano y recepción del derecho romano en España, Europa e Iberoamérica*, 6a. ed., Madrid, 2002, pp. 239 y ss., ha puesto de manifiesto cómo a través del derecho romano y, posteriormente, del derecho canónico, se produce la cohesión progresiva de las diferentes e independientes naciones europeas. Como señalan Díez-Picazo, L. *et al.*, *op. cit.*, nota 1, p. 97, el fenómeno de la codificación es bastante reciente en Europa, la cual disfrutó, durante siglos, de un derecho común a muchos de sus pueblos.

¹⁴ Fernández de Buján, F., *Sistema contractual..., cit.*, nota 1, pp. 441 y ss., 446, 450 y ss., 454 y ss. Sobre el *ius commune* y su papel en la historia de la cultura jurídica europea, así como medio para interpretar y construir un nuevo derecho, cfr. Calasso, F., *Storia e sistema..., cit.*, nota 5, pp. 25-38. Santini, G., *op. cit.*, nota 2, p. 11. En opinión de Díez-Picazo, L. *et al.*, *op. cit.*, nota 1, p. 124, la regulación de algunas materias en los códigos civiles nacionales, como por ejemplo el derecho de contratos, debe ser superada en el momento actual. Los códigos civiles de las naciones europeas y de otras naciones nacieron en el siglo XIX en un momento en el que muchos pueblos busca-

tribución del derecho romano a la formación de este derecho comunitario puede articularse fundamentalmente, en su opinión, a través de dos vías:¹⁵ 1) Por un lado, en relación con el Código Europeo de Contratos, texto legislativo común, y punto de encuentro entre los distintos códigos nacionales. El éxito de este Código, en gran medida, puede depender de que sea un derecho elaborado por juristas, de carácter casuístico y flexible.¹⁶ En un momento como el que vivimos, en el que Europa busca la libre circulación de personas y de mercancías, el modelo romano debe estar muy presente, dado que en ese periodo dicha movilidad fue una realidad a lo largo y ancho de todo el continente europeo. 2) Por otro lado, Fernández de Buján constata cómo el derecho romano está presente en muchos de los principios

ban reafirmar su identidad nacional. En nuestros días el panorama es bien distinto, dado que en Europa estamos inmersos en un decidido proceso de unificación. Por otra parte, y a propósito de la última cuestión planteada por Fernández de Buján sobre el papel del derecho comparado, *cfr.* Zimmermann, R., *Estudios de derecho privado europeo*, trad. de A. Vaquer Aloy, Madrid, 2000.

¹⁵ Fernández de Buján, F., *Sistema contractual...*, *cit.*, nota 1, pp. 473-475. Sobre las repetidas solicitudes del Parlamento Europeo en relación con la codificación del derecho privado europeo, *cfr.* Schulze, R. y Zimmermann, R., *op. cit.*, nota 1, pp. 7 y ss., 50, 59. En el fondo de estas solicitudes y de los diferentes proyectos de investigación que, en la actualidad, intentan establecer los principios generales básicos del derecho contractual europeo, se encuentra la necesidad de lograr una armonización jurídica suficiente para hacer posible la integración europea. El derecho patrimonial, y en concreto el contractual, centra los esfuerzos de unificación debido a que es el ámbito en el que con más frecuencia se plantean conflictos en la práctica. Como señalan Díez-Picazo, L. *et al.*, *op. cit.*, nota 1, p. 95, la unificación jurídica en materia de obligaciones y contratos es fundamental para hacer efectivo el mercado y la moneda única europea. Su establecimiento no tiene sentido si los contratos siguen rigiéndose por diferentes ordenamientos. Por su parte, Coing, H., “Unidad en el desarrollo del derecho en los países de Europa”, *Glossae*, núm. 2, 1989-1990, p. 142, partiendo de la necesidad de unificación jurídica en materias como el derecho privado y, muy especialmente, el derecho contractual, defiende que además de la unificación técnica se desarrolle también la del pensamiento jurídico.

¹⁶ A este respecto, *cfr.* los siguientes trabajos de Adame Goddard, J., “Las reglas sobre la formación de los contratos comerciales internacionales”, *Revista de Derecho Privado*, 1998; *id.*, “Reglas sobre el incumplimiento de los contratos internacionales”, *Revista de Derecho Privado*, 1999; *id.*, “El principio de buena fe en los contratos internacionales”, *Derecho privado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos*, México, 2005; *id.* (coord.), *Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, 2006. Por otra parte, Díez-Picazo, L. *et al.*, *op. cit.*, nota 1, p. 86 destacan cómo el derecho de obligaciones es resultado de una larga tradición del derecho europeo continental de base romanística, construida a partir de la *ob-ligatio*.

generales del derecho de los distintos Estados europeos, y estos principios son fuente subsidiaria del derecho comunitario.¹⁷ De ahí la necesidad de elaborar un elenco de principios generales del derecho de origen romano, comunes a los Estados europeos, que permita su aplicación directa en la práctica judicial, y que puedan servir para informar la legislación comunitaria.¹⁸ Ahora bien, conviene poner de relieve que la importancia de los principios generales del derecho, de origen o inspiración romana, no sólo puede apreciarse en el derecho comunitario, sino también en el derecho español. Esta influencia, según Reinoso Barbero, es incluso más intensa en nuestro derecho que en el de otros países de nuestro entorno, lo que permite hablar de la vigencia del derecho romano en nuestro derecho positivo.¹⁹ Para la re-

¹⁷ Schulze, R. y Zimmermann, R., *op. cit.*, nota 1, pp. 7-10, ponen de relieve cómo, en la paulatina formación del derecho comunitario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea juega un papel relevante acuñando conceptos, reglas y principios, cuya repercusión se deja sentir igualmente en los distintos ordenamientos nacionales. Cf. también pp. 23, 38, 40-42. Esos principios deben servir no sólo para resolver las lagunas que eventualmente se puedan plantear, sino también como base que permita la aproximación de los distintos derechos nacionales. Isaac, G., *Droit communautaire général*, 5a. ed., París, 1996, pp. 149-155, señala entre las fuentes no escritas del derecho comunitario tres tipos de principios generales: en primer lugar, los principios generales del derecho, comunes a distintos sistemas jurídicos, nacionales o internacionales; en segundo lugar, los principios del derecho internacional público; y, en tercer lugar, los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros. Estos últimos son reglas reconocidas por la legislación, la doctrina o la jurisprudencia de los países miembros. Son principios que revelan la existencia de un patrimonio jurídico común.

¹⁸ Cf., especialmente sobre la contribución del derecho romano al futuro derecho europeo, Fernández de Buján, F., “Aportación...”, *cit.*, nota 12, p. 533; *id.*, “Retorno a Roma...”, *cit.*, nota 12, p. 248; *id.*, *Sistema contractual...*, nota 1, pp. 470 y ss., 484 y ss. F. Fernández de Buján considera que, a través de la invocación de los principios generales del derecho de origen romano por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el derecho romano se ha convertido en derecho comunitario vigente. Por otra parte, ese elenco de principios debería ir acompañado de una referencia a la fuente de derecho romano correspondiente, así como de una breve descripción de su evolución desde el *ius commune* hasta su inclusión en los diferentes códigos civiles nacionales.

¹⁹ Reinoso Barbero, F., *Los principios generales del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1987; *id.*, “España y el derecho romano actual”, *Labeo*, vol. 32, 1986, pp. 310-317; *id.*, “El derecho romano como *desideratum* del derecho del tercer milenio: principios generales del derecho”, *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell' Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America*, núm. 3, 1997, pp. 69-89. A propósito de su influencia en el derecho comunitario y su capacidad de

cepción de esos principios de derecho romano en nuestro derecho fue fundamental la obra jurídica de Alfonso X el Sabio.²⁰ El particularismo jurídico español, patente fundamentalmente en la praxis, se resistió a un texto normativo inspirado en el derecho romano y en la doctrina de los glosadores italianos.²¹ La cultura jurídica española, sin embargo, sí participó del movimiento cultural que se estaba desarrollando en Europa. Prueba de ello es que una de las comunidades estudiantiles más amplias en la Universidad de Bolonia fue la española, contando desde 1364 con el Colegio de San Clemente fundado por el cardenal Carrillo de Albornoz, el cual todavía hoy sigue cumpliendo su misma misión.²² Calasso sitúa la obra alfonsina como uno de los monumentos legislativos más insignes de la civilización medieval. Gracias a su esfuerzo por difundir el *ius commune* dentro de nuestras

cohesión, *cfr.* especialmente pp. 89 y ss. Sobre la tradición romanística en el ámbito de los principios generales del derecho comunitario europeo, *cfr.* también Herrera Bravo, R., “Fundamentos...”, *cit.*, nota 2, pp. 547 y ss.

²⁰ Resulta de especial importancia la labor que actualmente está llevando a cabo el Instituto de Derecho Común de la Universidad de Murcia, cuyo objetivo es profundizar en el conocimiento de la obra jurídica de Alfonso X. En relación con la recepción de las diferentes figuras romanas por nuestro derecho histórico, *cfr.* Díaz Bautista, A., “La acumulación de responsabilidades *ex delicto* en el Código de las Siete Partidas”, *Glossae*, núm. 3, 1992, pp. 117-134; Herrera Bravo, R., “Los contratos reales en el derecho común y en la codificación: recepción y evolución histórica”, *Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Murcia, 1998, pp. 99-106; *id.*, “El elemento romano en la configuración jurídica del ‘adulterio’ en el derecho histórico español”, en López-Rosa, R. y Pino-Toscano, F. del (eds.), *El derecho de familia. De Roma al derecho actual*, Huelva, 2004, pp. 311-322; Pérez Martín, F., *El derecho procesal del “ius commune” en España*, Murcia, 1999.

²¹ Como señala Calasso, F., *Medio Evo...*, *cit.*, nota 6, pp. 614-616, las Siete Partidas, pese a la reticencia inicial que hubo para su aceptación, significaron el triunfo del *ius commune* en España. Cavanna, A., *op. cit.*, nota 3, p. 422, sin embargo, cree que la plena afirmación del derecho común en Castilla no se produce hasta el Ordenamiento de Alcalá (1348) que estableció un orden jerárquico en las fuentes, y consideró el derecho común recogido en las Siete Partidas como derecho subsidiario del derecho regio y los fueros.

²² Cavanna, A., *op. cit.*, nota 3, p. 415, destaca la importancia que para la llegada del *ius commune* a España tuvo el hecho de que los estudiantes que habían recibido su formación en Bolonia regresaran y difundieran sus conocimientos. Luque Talaván, M., *Un universo de opiniones. La literatura jurídica india*, Madrid, 2003, p. 120, señala como vías de entrada del derecho común en España, además de la proporcionada por los escolares de Bolonia a su regreso, la difusión de colecciones canónicas y seculares como la *Caesaraugustana* y los *Usajes* de Cataluña, tales como la práctica notarial y algunas resoluciones judiciales.

fronteras, los principios de derecho romano fueron acogidos por nuestro derecho histórico y, posteriormente, tenidos en cuenta en el Código Civil de 1889. A propósito de los fundamentos romanísticos de nuestro Código Civil, Aguilar Ros y Herrera Bravo consideran que dicha presencia se puede apreciar, de un lado, en el gran número de principios generales de origen romano que recoge el Código y, de otro, por la posibilidad que su artículo 1º les reconoce, de poder ser utilizados tanto como elementos normativos como informadores de nuestro ordenamiento. Asimismo, también se observa en la sistemática de nuestro Código una fuerte influencia de las *Instituciones* de Gayo, presente a su vez en el orden de las *Instituciones* de Justiniano y en el del Código Civil francés.²³

*Los primeros tratados multilaterales de derecho internacional privado fueron realizados en Latinoamérica durante el siglo XIX bajo la influencia de la doctrina de ilustres romanistas como Savigny.*²⁴ En este sentido, Adame ha desta-

²³ Cfr. Aguilar Ros, P. y Herrera Bravo, R., *op. cit.*, nota 3, pp. 129-151, ponen de relieve cómo en la formación de nuestro derecho privado confluyen elementos jurídicos de origen pre-romano, germánico, canónico y, por supuesto, romano. Esta circunstancia le confiere una singularidad especial frente a otros códigos como, por ejemplo, el francés. Por su parte, A. Fernández de Buján señala como ejemplos de la actual vigencia indirecta del derecho romano en el derecho español, además del artículo 1.4 del Código Civil, los artículos 3 a 5 de ese mismo Código y los artículos 9.1 y 103.1 de la Constitución. Cfr. Fernández de Buján, A., *op. cit.*, nota 13, p. 23.

²⁴ A propósito de los primeros textos normativos que regulan los conflictos derivados de la contratación internacional, cfr. C. Esplugues Mota, I. de Aguilar Vieira, J. A. Moreno Rodríguez, en Esplugues Mota, C. y Hargain, D. (coords.), *Derecho del comercio internacional. Mercosur-Unión Europea*, Madrid, 2005, pp. 284-308. Sobre algunas de las cuestiones más relevantes que se plantean en el ámbito del derecho internacional privado, cfr. el análisis que realiza Carrillo Salcedo, J. A., *Derecho internacional privado*, Madrid, 1971, en especial pp. 127-129, donde aborda las limitaciones de la *lex mercatoria* en materia de contratos. A su juicio, la resistencia de los ordenamientos jurídicos nacionales y de los tribunales a admitir que un contrato quede fuera de su ámbito está provocada por exigencias de equidad y justicia. La protección del más débil y del interés general exige que existan las oportunas garantías. En este sentido, Santos Lorenzo, S., “Las consecuencias de la libre circulación de mercancías en la Unión Europea”, en Moreiro, C., *Derecho comunitario económico*, Madrid, 2001, p. 56, hace referencia a los instrumentos represivos y normativos con los que cuenta la Unión Europea para hacer efectiva la libre circulación de mercancías. Entre esos medios represivos o contenciosos están la prohibición de derechos de aduana la prohibición de discriminaciones fiscales y la prohibición de restricciones cuantitativas a las importaciones o exportaciones y otras medidas de efecto equivalente. En el segundo grupo (instrumentos normativos) cabe incluir armonización normativa que se está realizando

cado el importante papel que puede jugar el derecho romano de cara a la interpretación de las normas internacionales. Así, por ejemplo, a su juicio, el principal problema que afecta a la vigencia de la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías es el de su interpretación uniforme. Sólo la creación de un cuerpo doctrinal internacional formado por obras de juristas, sentencias de jueces y colecciones de usos y costumbres del comercio internacional podría paliar ese gran problema. La romanística puede aportar mucho a la formación de esta doctrina, precisamente por su carácter internacional y por el hecho de que muchos principios comunes a los distintos derechos privados sean de origen romano, como lo demuestra, por ejemplo, el que la compraventa fuera también considerada como una figura de *ius gentium*.²⁵ A nivel europeo, como afirma

para lograr la adopción en esta materia de una norma europea común a todos los Estados miembros.

²⁵ Prueba de la armonía de muchos principios recogidos en la Convención de Viena con el derecho romano es que tampoco se reconoce efectos jurídicos al contrato sobre la propiedad de las mercancías. Cfr. Adame Goddard, J., *Estudios...*, cit., nota 1, pp. 65-67, 111 y 115-117. Cfr. también id., “La regla *periculum est emptoris* aplicada a la compraventa internacional de mercaderías”, *Anuario Jurídico*, vol. IX, 1984, pp. 237-249; id., “La obligación del vendedor de entregar las mercancías, según la Convención de Viena, interpretada a la luz del derecho romano clásico”, en varios autores, *Estudios de R. Mantilla Molina*, México, 1984, pp. 47-60; id., “La responsabilidad del vendedor por la calidad de las mercancías en la compraventa internacional. Una interpretación romanística”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 56, 1986, pp. 425-438. En relación con la Convención de Viena, cfr. C. Esplugues Mota, I. de Aguilar Vieira y J. A. Moreno Rodríguez, en Esplugues Mota, C. y Hargain D. (coords.), *op. cit.*, nota anterior, pp. 345-397; Hartley, T., *European Union Law in a Global Context. Text, Cases and Materials*, Cambridge, 2004, pp. 116 y ss. Sobre los Incoterms 2000, cfr. C. Esplugues Mota, I. de Aguilar Vieira, en Esplugues Mota, C. y Hargain, D. (coords.) *op. cit.*, nota anterior, pp. 410-435, donde señalan cómo entre éstos y la referida Convención no se produce un conflicto de normas, a pesar de estar ambos referidos a un mismo contrato, el de compraventa internacional de mercaderías, dado que se diferencian por su origen y su distinta naturaleza. Los Incoterms, creados ante la necesidad de evitar problemas en el uso de la terminología comercial, regulan aspectos que la Convención de Viena trata de forma poco precisa. Estos acrónimos concretan con claridad los términos que con más frecuencia se emplea en la compraventa internacional de mercaderías, especialmente las obligaciones y derechos del comprador y del vendedor. Según Wiener, J., *Globalization and the Harmonization of Law*, Londres-Nueva York, 1999, pp. 151 y 183, la armonización del derecho privado comercial internacional no sólo es posible, sino que es un hecho. Desde hace más de cincuenta años se están realizando esfuerzos de armonización en este sentido,

Santos Lorenzo, la libre circulación de mercancías es un hecho gracias a la jurisprudencia que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha ido conformando.²⁶

Ahora bien, en el momento actual, ¿cuál es el papel que el *ius commune* puede seguir desarrollando en el marco de la investigación romanística del siglo XXI? Para responder a esta pregunta creemos que es necesario reflexionar sobre qué es lo que requiere el derecho del siglo XXI. A nuestro modo de ver, aquello de lo que adolece y que más necesita para afrontar los nuevos retos que se le plantean es la creatividad. Pero, como suele suceder, no es la primera vez que este problema se plantea en la historia jurídica de Europa. En el siglo XIX, por ejemplo, Alemania se enfrentaba a la necesidad de fundamentar una ciencia del derecho auténticamente alemana y superado-

que están dando sus frutos en forma de normas, usos y costumbres a través de los cuales se está conformando una *lex mercatoria*. A su juicio, el derecho comercial internacional ha ido adquiriendo paulatinamente autonomía frente al derecho de los Estados. Su promoción es, sobre todo, consecuencia del desarrollo de un sistema económico internacional altamente globalizado. Sin embargo, reconoce que el concepto *lex mercatoria* no es objeto de un tratamiento unánime. En efecto, cabe diferenciar, por un lado, un sector de la doctrina que considera la *lex mercatoria* internacional como autónoma e independiente, generada por la práctica del comercio internacional, y que cuenta, como instrumento de carácter supletorio, con los principios generales del derecho reconocidos en este ámbito; por otro lado, nos encontramos con una posición más positivista que considera que esta *lex mercatoria* existe en tanto que los Estados dan eficacia a los convenios que ratifican. Sea como fuere, el reconocimiento por los Estados de estas prácticas y este consenso de la comunidad comercial internacional es de gran importancia para el desarrollo de las relaciones internacionales.

²⁶ Cf. Santos Lorenzo, S., *op. cit.*, nota 24, p. 84. Sobre los esfuerzos que, en la actualidad, desarrollan Mercosur y la Unión Europea al respecto, cf. C. Esplugues Mota, I. de Aguilar Vieira, J. A. Moreno Rodríguez, en Esplugues Mota, C. y Hargain D. (coords.), *op. cit.*, nota 24, pp. 308-344. Particularmente destacable nos parece el hecho de que, pese a los numerosos esfuerzos realizados por la Unión Europea para lograr la armonización jurídica, el Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales no tenga naturaleza “comunitaria”, lo que impide que pueda ser interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A propósito de la importante labor de este Tribunal y su papel en la formación del “derecho económico europeo”, cf. Moreiro González, C., *Organización de mercado e integración europea*, Madrid, 1998, pp. 105-109. A propósito de la posición de la Unión Europea en el actual contexto de globalización, cf. Hartley, T. C., *op. cit.*, nota 25, pp. 15 y ss., quien describe el fenómeno de la globalización como el proceso por el cual las actividades del día a día que se producen en un territorio quedan fuera del control del Estado al que pertenecen.

ra de las otras corrientes europeas. Ello llevó a Savigny y a sus discípulos a poner los ojos en el derecho romano, cuyo estudio requería volver a sus fuentes originales. Para ello había que abordar la ingente labor de realizar ediciones críticas de estas fuentes. Tarea que fue acometida por un grupo de hombres geniales, es cierto, pero dotados también de gran tesón y generosidad, hasta tal punto que hoy seguimos beneficiándonos de su esfuerzo. Ahora bien, este magnífico trabajo no sólo debe ser para nosotros motivo de admiración, sino un claro ejemplo de cómo pueden solventarse momentos de crisis o incertidumbre. Porque quizás ese sea uno de los rasgos más llamativos de nuestra época: la incertidumbre. Cuando el hombre más cree saber y más dominio tiene de la técnica, se encuentra ante unos cambios tan vertiginosos que le hacen estar más perdido e inseguro que nunca. Es el momento, por tanto, de la vuelta a los orígenes, de volver a las fuentes, porque sólo de ellas puede brotar la creatividad; en nuestro caso, la creatividad jurídica.

El papel central de las fuentes en la investigación romanística puede observarse en el hecho de que, a pesar de que durante los siglos XIX y XX hayan sido varios los métodos de estudio del derecho romano que se han desarrollado y muchas las polémicas doctrinales que han suscitado todos estos métodos, sin embargo, tienen algo en común: el conocimiento de las instituciones de derecho romano debe realizarse siempre a partir de las fuentes que de éste se nos han conservado.²⁷ Así, pues, tanto si se aborda el estudio de una figura en re-

²⁷ Entre ellos, cabe citar el método histórico-comparativista (Mitteis, Wenger), el naturalístico (Bonfante), el dogmático (Betti) y el método histórico-crítico. Sobre los postulados fundamentales defendidos por cada uno de estos métodos y sus principales resultados, *cfr.* Castro-Camero, R. de, “Consideraciones en torno a la docencia y la investigación romanísticas en el marco del espacio universitario europeo, II. Investigación”, *Annaeus. Anales de la Tradición Romanística*, núm. 2, 2005, pp. 592 y ss. De otro lado, entre las discusiones doctrinales más importantes, cabe mencionar la polémica entre historiografía y dogmática. En efecto, la obra de Koschaker, *Europa und das römisches Recht*, Munich-Berlín, 1958, en la que hacía una durísima crítica del método histórico-crítico y proponía una vuelta a Savigny, entendida como un retorno al método de los comentaristas medievales, provocó el desarrollo de una importante corriente dogmática en Europa. A juicio de Bretone, el principal problema de la historiografía romanística es el “neopandectismo”, dado que la *Historisierung* cuestiona la certeza de la dogmática. *Cfr.* Koschaker, P., *op. cit.*, Vierte unveränderte Auflage, Munich-Berlín, 1958, 1966; Bretone, M., *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Bari, 1999,

lación con otras similares de su época, o bien considerándola como un organismo vivo o desde el punto de vista de la dogmática moderna, siempre será necesario contar con las fuentes. Por lo tanto, como afirma Betancourt, el método histórico-crítico está en la base de todos los demás, que también se han valido de la crítica textual para su desarrollo.²⁸ Son evidentes los resultados obtenidos a partir del estudio histórico-crítico de las fuentes a lo largo del siglo XX. Este método, inicialmente, centró su interés en el descubrimiento de las alteraciones, prejustinianas y justinianas, de las fuentes. La crítica de interpolaciones fue la primera etapa de un método de investigación que fue evolucionando y que, como consecuencia lógica de su propio desarrollo, dio paso a otros. Es en este contexto donde cabe situar la palingenesia crítica y la *textstufenforschung* de Wieacker, que se formulan cuando se detecta que el análisis de las alteraciones de un fragmento es insuficiente si no se analiza también el libro y la obra del jurista que lo escribió, así como la historia textual de la fuente que lo recoge.

En relación con la palingenesia crítica, creemos que se trata de un método de investigación de enorme riqueza. El estudio de las instituciones de derecho romano, desde esta perspectiva, permite realizar un análisis más profundo de los textos, que se sitúan dentro de un contexto y responden al razonamiento lógico, mantenido por el jurista, a lo largo de un libro y una obra. Además, la palingénesis es fundamental para la reconstrucción de las fórmulas edictales, puesto que la palingenesia crítica está en función del sistema de acciones, esto es, del *edictum perpetuum*. Según A. d'Ors, para detectar un glosema se de-

pp. 205, 209, 218-220 y 233; Betancourt, F., “¿Nueva edición crítica de ‘Fragmenta Vaticana’?”, *Atti dell’ Accademia Romanistica Constantiniana. XIV Convegno Internazionale in Memoria di Guglielmo Nocera*, Nápoles, 2003, pp. 473-476. Cfr. también Crifo, G., “Pandettisti e storici nel diritto romano oggi”, *Diritto Romano Attuale. Storia, Metodo, Cultura nella Scienza Giuridica*, núm. 1, 1999, 20 y ss.; Orestano, R., *Introducción al estudio del derecho romano*, trad. y notas de M. Abellán Velasco, Madrid, 1997, pp. 545 y ss; Marini Avonzo, F. de y Campolunghi, M., “Riccardo Orestano oggi: il maestro e le suelte”, *Diritto Romano Attuale. Storia, Metodo, Cultura nella Scienza Giuridica*, vol. 1, 1999, pp. 55 y ss.; Castro-Camero, R. de, *op. cit.*, en esta misma nota, pp. 595-601; Fernández de Buján, A., *op. cit.*, nota 13, pp. 45-55.

²⁸ Cfr. Betancourt, F., “¿Nueva...?”, *cit.*, nota anterior, pp. 423 y ss. Sobre el método histórico-crítico y su importancia para el estudio de las fuentes romanas, cfr. Fernández de Buján, A., *op. cit.*, nota 13, pp. 55, 192-198.

be realizar un análisis vertical de todo el libro en el que se encuentra situado el fragmento; mientras que para las interpolaciones es más adecuado un estudio horizontal, ya que no sólo el libro o una determinada materia pueden estar modificados, sino toda una masa compilatoria. En aquellos casos en los que, en un fragmento o libro, aparece una alteración distinta de las características de la masa a la que pertenece, cabe pensar que se trata de un glosema prejustiniano, ya que los compiladores alteraron las obras clásicas por igual.²⁹ Por su parte, Del Pino-Toscano pone de relieve cómo el análisis de la estructura completa del libro al que pertenece el fragmento permite seguir la sistemática del jurista y establecer conexiones con otros textos, del mismo autor o de otros. A su juicio, la palingenesia entendida como regeneración, permite la reconstrucción de la obra de los juristas clásicos.³⁰ Para poder desarrollar el trabajo palingénésico, los siguientes estudios constituyen una herramienta fundamental: Rudorff, A. F., *De iurisdictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, reimpr. inalterada [Lipsiae, 1869] (Pamplona, 1997); Lenel, O., *Das "edictum perpetuum". Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 1. Auf. (Leipzig, 1883); *L'Edit Perpetuel* I (París, 1901), II (París, 1903); 2. Auf. (Leipzig, 1907); 3. Auf. (Leipzig, 1927); y Lenel, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, Neudruck der Ausgabe, Leipzig, 1889, vermehrt um ein Supplement von L. E. Sierl [Graz, 1960] (Aalen, 2000). Para elaborar su palingenesia, Lenel realizó un estudio de la compilación justiniana a partir de los autores en ella recogidos y sus obras. Siguió, por tanto, un esquema de trabajo inverso al de los compiladores, quienes ordenaron los textos jurisprudenciales por materias. Lenel, sin embargo, lo hace por autores y libros. Gracias a ello, muchas obras fueron recuperadas, pudo com-

²⁹ Cfr. D'Ors, A., *Presupuestos críticos para el estudio del derecho romano*, Salamanca, 1943, pp. 52 y ss.

³⁰ Coincidimos con Pino-Toscano, F. del, "La palingenesia crítica como método de investigación romanística", en Herrera Bravo, R. y Salazar Revuelta, M. (coords.), *Problemática del derecho romano ante la implantación de los nuevos planes de estudio*, Jaén, 1999, pp. 175-177 y 181, al considerar que la sistemática conceptual es necesaria para la labor docente, pero no es el método más adecuado para la investigación científica. Por su parte, Kaser, M., *Las interpolaciones en las fuentes jurídicas romanas*, trad. de J. M. Coma y G. Gallenkamp, Granada, Comares, 1998, p. 92, también opina que nuestra disciplina depende demasiado de la sistemática pandectística del siglo XIX, a pesar de ser contraria al pensamiento de los juristas clásicos.

prenderse con más claridad el pensamiento de los juristas que las escribieron, y numerosas fórmulas edictales fueron reconstruidas. Ahora bien, aunque las reconstrucciones que se proponen en estos trabajos son de una calidad excepcional, no por ello deben ser consideradas como no susceptibles de crítica o revisión. El propio Lenel así lo reconoce cuando, a propósito de la obra de Rudorff, advierte cómo los resultados obtenidos por acreditados investigadores corren el riesgo de ser considerados como definitivos.³¹

Por lo que respecta a la *textstufenforschung*, hay que decir que, aunque ya en el siglo XIX Bluhme, Krüger y Wenger realizaran interesantes estudios de crítica textual, fueron los estudios de Wieacker los que confirmaron definitivamente la necesidad de profundizar en la historia de los textos a la hora de llevar a cabo el análisis riguroso de una fuente.³² La teoría de las masas elaborada por Bluhme constituye también un importante avance en este tipo de estudios.³³ Bluhme estudió el orden interno de cada uno de los títulos del Digesto y, observando las *inscriptiones* de sus fragmentos, constató la alternancia de tres grupos de textos que seguían, de forma regular, siempre el mismo orden dentro de un título cuando aparecían en él: el primer grupo se iniciaba con los libros *ad Sabinum* de Ulpiano, Pomponio y Paulo; el segundo, con los comentarios *ad Edictum* de Ulpiano, Paulo y Gayo; y el tercero con los libros *Quaestiorum, Responsorum* y *Definitionum* de Papiniano.³⁴ Esa regularidad, según Bluhme, era consecuencia de

³¹ Lenel, O., “Beiträge zur Kunde des Edikts und der Ediktkommentare”, *SZ*, núm. 2, 1881, p. 14.

³² Cf. Wieacker, F., *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1975, pp. 93-114.

³³ Bluhme, F., “Die Ordnung der Fragmente in den Pandectentiteln”, *Labeo*, vol. 6, 1960, pp. 50-96, pp. 235 y ss., pp. 365-404. Este trabajo se publicó por primera vez en *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, núm. 4, 1820, pp. 257 y ss., con el subtítulo “Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der Pandecten”. Sobre esta cuestión, cf. también Mantovani, D., *Digesto e masse bluhmiane*, Milán, 1987.

³⁴ El orden de las obras dentro de cada masa corresponde con aquél en que fueron leídas por los compiladores. Mantovani señala cómo sólo dentro de los límites de cada una de las tres masas es posible observar dicho orden. Las masas son independientes entre ellas y el orden de acuerdo con el cual se unen para formar cada uno de los títulos es de lo más variado. Cf. Mantovani, D., *op. cit.*, nota anterior, pp. 6, 73. El primer grupo de textos recogía cuestiones de derecho civil, el segundo de derecho pretorio y el tercero contenía una rica casuística. Dentro de cada título se situaba en primer lugar el grupo de textos de la masa que más fragmentos aportase sobre la cuestión tratada en el título. Cf. Zoz de Biasio, M. G., *Premesse esegetiche allo studio del*

los pasos preparatorios dados por los compiladores para elaborar el Digesto. Los compiladores separaron en tres grupos todas las inscripciones sobre las que querían trabajar, y crearon tres comisiones que elaboraron tres colecciones o masas de fragmentos (Sabiniana, Edic-tal, Papiniana), a las que se añadió un cuarto grupo de textos (Apén-dice).³⁵ Krüger, por su parte, investigó la aplicación del papiro y el pergamino en la elaboración de las fuentes jurídico-literarias,³⁶ com-prizando cómo hasta el siglo III se usó fundamentalmente el rollo de papiro como soporte escrituario.³⁷ El paso del rollo al *codex* estuvo propiciado por las ventajas que éste presentaba al ser más resistente,

diritto romano, Torino, 1995, pp. 90-93. Mantovani, D., *op. cit.*, nota anterior, p. 127. Sobre la teoría del Predigesto, *cfr.* Zoz de Biasio, M. G., *op. cit.*, en esta misma nota, pp. 93-95. La autora niega que existiese una compilación privada anterior al Digesto justiniano, ya que así como el periodo de tres años que se empleó para la elaboración del Digesto, resulta muy breve para haberlo realizado sin establecer una división del trabajo en comisiones, sería excesivamente largo si ya hubiera existido dicha compilación anterior.

³⁵ Mantovani ha realizado un interesante trabajo de verificación de la tesis bluh-miana en el que señala cómo la inclusión en la *editio maior* del Digesto fue decisiva para la difusión y afirmación de dicha teoría, sin que la metodología aplicada en el des-cubrimiento de dicho orden y la reconstrucción de las masas fuera suficientemente explicada. A su juicio, tal orden resulta indubitable en los títulos 16 y 17 del libro 50 del Digesto, de los que brota la hipótesis de Bluhme, sin embargo, es necesario com-probar que tal regularidad también se extiende a otros títulos. Por otro lado, pone de relieve el carácter excepcional de ambos títulos (por su colocación dentro del Digesto, por su carácter escolástico y por el elevado número de fragmentos que lo integran). Además, Mantovani señala cómo el propio Bluhme constata cómo existen algunos fragmentos que, de forma intencional, fueron situados fuera de la masa a la que co-responderían, normalmente por razones de contenido o por resultar conveniente su ubicación al inicio de un título como introducción. Junto a ellos, habría otros frag-mentos que no pueden ser reconducidos a ninguna de las tres masas, sin que encuen-trare una explicación para ello. Estas obras serían *Iavoleni libri ex posterioribus Labeonis*, *La-beonis posteriores a Iavoleno epitomati*, *Pauli libri imperialium sententiarum in cognitionibus prolatatarum*, *Q. Mucii definitionum sive lib. sing*, *Scaevola digesta*, *Labeonis phitana a Paulo epitoma-ta*, *Pomponii epistulae*, *Pomponii senatusconsulta*, *Scaevolae quaestiones publice tractatae*, *Valens de actionibus*, *Venuleius de interdictis*, *Furii Anthiani pars librorum ad edictum quinque*. Mantova-ni, D., *op. cit.*, nota anterior, pp. 5, 9-11, 75, 77.

³⁶ *Cfr.* Krüger, P., “Über die Verwendung von Papyrus und Pergament für die ju-ristische Literatur der Römer”, *SZ*, núm. 8, 1887, pp. 76-85.

³⁷ Aunque el siglo III es el momento de generalización del uso del *codex*, ya desde el siglo I se venía empleando. *Cfr.* Ruiz, E., *Manual de Codicología*, Madrid, 1988, pp. 100-103; Betancourt, F., *El libro anónimo “De interdictis”*. *Codex Vaticanus Latinus*, núm. 5766, Sevilla, 1997, pp. 338-342.

recoger una mayor cantidad de material (el contenido de seis rollos cabía en un solo códice) y permitir fijar con libertad tanto la extensión de los libros como la de las líneas. En efecto, los rollos de papiro presentaban una medida fija de mil quinientas a dos mil quinientas líneas de treinta y cuatro letras cada una, y cada libro equivalía a un rollo.³⁸ De acuerdo con esto, podemos apreciar cómo los Comentarios de Ulpiano y Paulo al Edicto están divididos en las mismas partes, y cómo el número de libros que corresponde a cada una de ellas suele coincidir. Los códices siguieron conservando la antigua división de los rollos en libros para hacer referencia a cada una de las secciones de una obra. Asimismo, en *Die Quellen des römischen Rechts*, Wenger también dedica un apartado al estudio del soporte escrituario en la Antigüedad y al paso del rollo al *codex*.³⁹ Aunque admite que las primeras ediciones pudieran ser esticométricas, esto es, con referencia expresa al número de líneas, considera que las sucesivas ediciones se caracterizaron por la libertad de línea, ya que la citación del título y del fragmento hacía superflua la alusión al número de línea. De otro lado, afirma que lo que resultó determinante para que se extendiera el uso del *codex* fue que éste podía escribirse por las dos páginas, resultando así más manejable y menos costoso su precio. En 1959, Wieacker publica su obra más importante, en la que defiende la necesidad de diferenciar entre la historia de los contenidos jurídicos y la historia del texto. Los textos jurídicos más importantes, como eran los rescriptos imperiales y las leyes oficiales, fueron redactados sobre papiro, considerado como material noble acorde con el tipo de texto en él recogido. Los códices de pergamino, en un primer momento, se utilizaron para otro tipo de literatura considerada de menor relevancia. Además, algunas obras clásicas fueron reeditadas y esto provocó también un importante número de modificaciones.⁴⁰ Por otra parte, Wieacker considera que, a pesar de que no conservemos pruebas directas de trabajos esticométricos, los primeros códices

³⁸ El número de letras se calculaba sobre las dimensiones del hexámetro homérico (de treinta y cuatro a treinta y ocho letras). Cf. Ruiz, E., *op. cit.*, nota anterior, p. 98.

³⁹ Cf. Wenger, L., *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, pp. 88-97.

⁴⁰ Cf. Krüger, P., *op. cit.*, nota 36, p. 80; Guarino, A., *Sobre la credibilidad de la ciencia romanística moderna*, trad. de E. Ruiz Fernández, Granada, Comares, 1998, pp. 26 y 54-57.

adoptaron la misma organización de los rollos. La indicación del número de líneas, bien al final de la obra o bien a través de signos marginales, se hacía con fines científicos, tales como la verificación de la extensión del ejemplar, la identificación de rollos con títulos y la citación exacta de un pasaje.⁴¹

Los importantes resultados obtenidos suponen, a nuestro juicio, una confirmación de la idoneidad de los trabajos palingénésicos y propuestas de reconstrucción del Edicto realizadas hasta el momento, las cuales responden fundamentalmente a un proyecto planteado por el profesor A. d'Ors, y desarrollado por él mismo y sus discípulos.⁴² En 1962, el profesor A. d'Ors animó a los romanistas a que utilizaran la obra de diferentes juristas para realizar la crítica textual. Como respuesta a esta invitación, su discípulo García Garrido ha desarrollado un nuevo método de investigación, el método de comparación casuística, que va más allá de la mera identidad formal entre los textos y analiza las coincidencias de su contenido.⁴³ El análisis de

⁴¹ Cfr. Wieacker, F., *Römische Rechtsgeschichte. Einleitung, Quellenkunde, Frühzeit und Republik*, Munich, 1988, pp. 126-182.

⁴² Cfr. Domingo Oslé, R., "Estudios sobre el primer título del Edicto Pretorio III. Palingenesia y Reconstrucción", *Cuadernos Compostelanos de Derecho Romano*, Santiago de Compostela, núm. 7, 1995; *id.*, "Estudios sobre el primer título del Edicto Pretorio I. El Edicto por Desacato al Decreto del Magistrado Municipal", *Cuadernos Compostelanos de Derecho Romano*, Santiago de Compostela, núm. 5, 1992; *id.*, "Das Gerichtszuständigkeitssedikts des prätors, 5", *The Legal History Review*, núm. 64, 1996.

⁴³ García Garrido, M. J., "Redacciones coincidentes (*leges geminatae*) y casos jurisprudenciales semejantes (*capita similia*)", en varios autores, *Estudios de derecho romano en honor de Álvaro d'Ors*, Pamplona, 1987, t. I, pp. 517-537. De particular interés son los ejemplos con los que ilustra su planteamiento, en relación con la compraventa de esclavos, *cfr.* pp. 521-536. *Cfr.* también, sobre este método y su aplicación, Castillo Santana, M. S. del, *Estudio sobre la casuística de las lesiones en la jurisprudencia romana*, pról. de M. J. García Garrido, Madrid, 1994, pp. 85 y ss. donde, a propósito de la propuesta metodológica formulada por el profesor García Garrido, explica cómo las diferentes redacciones o estratos casuísticos de un texto son los siguientes: 0) Redacciones anteriores a los juristas republicanos; A) Redacciones de los juristas republicanos; B) Redacciones de los juristas del Principado (etapa clásica central); C) Redacciones de los juristas de la última etapa clásica; D) Redacciones postclásicas y justinianas; E) Redacciones posteriores. Asimismo, *cfr.* Floria Hidalgo, M. D., *La casuística del furtum en la jurisprudencia romana*, pról. de M. J. García Garrido, Madrid, 1991, pp. 12-15. Como el propio García Garrido afirma en la introducción de esta obra, el método de comparación de casos es un nuevo paso en la utilización del método histórico-crítico, cuya novedad radica en profundizar no sólo en la forma sino también en el contenido de los textos jurisprudenciales. Cabe situar, por tanto, este método a medio camino entre

los textos realizado a partir de la tesis de Bluhme *De geminatis et similibus quae in Digestis invenientur capitum* (Jena, 1820) pone de manifiesto la existencia de textos con redacciones idénticas (*leges geminatae*) o semejantes (*capita similia*). Según García Garrido, estos textos deben ser utilizados para la crítica y reconstrucción de las obras jurisprudenciales, contribuyendo a admitir o rechazar la crítica de interpolaciones, así como el recurso a una determinada acción o institución. A través de la comparación de las diversas redacciones de un texto, se puede establecer cuál fue la redacción originaria del escrito y sus sucesivas versiones. Versiones que, frecuentemente, responden a la forma de trabajar de los juristas romanos, quienes a partir de un caso práctico, planteado en muchas ocasiones por un jurista anterior, realizan sucesivas redacciones de un mismo supuesto. Por este motivo, ofrecen datos más interesantes los escritos con redacciones parecidas que los que presentan idéntico tenor. Fruto también del proyecto, valientemente asumido por el profesor García Garrido y sus discípulos, es la monumental obra *Digestorum Similitudines*.⁴⁴ Este trabajo pone de relieve cómo la integración que Mommsen hace de algunas lagunas ortográficas es incorrecta; asimismo, el estudio de los textos geminados permite descubrir interpolaciones y elaborar nuevas propuestas de ubicación palingénésica de muchos fragmentos.⁴⁵

Betancourt, por su parte, reconociendo la importante contribución del método histórico-crítico a los estudios romanísticos, propone su superación por un método nuevo, que suponga la apertura de una nueva etapa, el denominado método jurídico-filológico, al que ya alu-

la *Textgeschichte* de Wieacker y la *Sachgeschichte* de Kaser. A través del estudio de las soluciones casuísticas es cómo, en opinión de García Garrido, pueden establecerse los principios jurídicos. Otra de sus aportaciones es igualmente la de permitir la distinción entre los métodos de elaboración casuística de los juristas clásicos y los métodos de interpretación generalizadora de los comentaristas postclásicos, medievales y modernos.

⁴⁴ García-Garrido, M. J. y Reinoso-Barbero, F., *Digestorum Similitudines*, Madrid, 1994; *Labeo*, vol. 41, 1995.

⁴⁵ Coincidimos con Elio Dovere en resaltar cómo la principal aportación de *Digestorum Similitudines* es el permitir a los investigadores de derecho romano estudiar los distintos contextos en que una misma expresión jurisprudencial es utilizada y confrontar el empleo que de ella se hace por él mismo o distintos juristas. Cf. Dovere, E., recensión de M. J. García-Garrido, F. Reinoso-Barbero, *Digestorum...*, cit., nota 44, pp. 450-453.

de Guarino en su escrito sobre la credibilidad de la ciencia románistica moderna, publicado en las Actas de la *Accademia Pontaniana*, núm. 20.⁴⁶ Guarino hace alusión al magnífico trabajo realizado por Mommsen, Krüger y Huschke, filólogos-juristas, pero entiende que renunciar a la revisión de las ediciones decimonónicas supone cometer un grave error de método. Por eso expresa su confianza en el trabajo en equipo de filólogos y juristas, o mejor de los propios románistas, para poder llevar a cabo una revisión de las *editiones principes* de las fuentes de derecho romano. Mientras tanto, considera que debe admitirse que las ediciones alemanas, pese a su calidad, pueden tener un cierto margen de error.⁴⁷ Por su parte, Schipani, aunque no habla abiertamente de una revisión de las ediciones de fuentes, sí ha defendido la conveniencia de realizar una relectura del *Corpus Iuris Civilis* “desde el principio”. A su juicio, el término “principio” debe ser considerado en sentido pleno, tanto en su acepción de elemento constitutivo de una realidad como en la de origen. La relectura del *Corpus Iuris Civilis* es imprescindible para conocer los “principios generales del derecho” con los cuales colmar las lagunas, resolver los problemas de interpretación y las demás necesidades planteadas por los procesos de integración europea y latinoamericana.⁴⁸

Por lo tanto, consideramos que, ante la actual situación de incertidumbre que vive la ciencia jurídica, en la que cabe incluir los estudios de derecho romano, las fuentes se revelan como la única salida. En efecto, sólo de ellas puede brotar de nuevo la creatividad jurídica y, por tanto, es a ellas donde hay que volver. Ahora bien, una auténtica vuelta a las fuentes exige empezar desde el principio, esto es, realizar nuevas ediciones críticas de las fuentes de derecho romano. Las ediciones del siglo XIX deben ser revisadas a la luz de los nuevos textos descubiertos y la ayuda de la tecnología. En efecto, la aparición de nuevos manuscritos, los recientes hallazgos epigráficos, así como la magnitud de los avances tecnológicos (fotografía con fluo-

⁴⁶ Guarino, A., *op. cit.*, nota 40, p. 24. Cf. Betancourt, F., “¿Nueva...?”, *cit.*, nota 27, pp. 423 y ss.

⁴⁷ Cf. Guarino, A., *op. cit.*, nota 40, pp. 24 y ss.

⁴⁸ Schipani, S., “*Principia iuris. Principium potissima pars. Principios generales del derecho (apuntes para una investigación)*”, *Roma e America. Diritto Romano comune. Rivista di Diritto dell’ integrazione e unificazione del Diritto in Europa e in America*, núm. 3, 1997, p. 22.

rescencia, rayos ultravioletas, etcétera) aplicables al ámbito codicológico pueden tener importantísimos efectos sobre el estudio de las fuentes romanas, algunas de cuyas lecturas se realizaron en el siglo XIX, cuando sólo se contaban con instrumentos bastante rudimentarios.⁴⁹ Todo esto nos lleva a considerar la conveniencia de llevar a cabo una revisión de las ediciones decimonónicas. Tarea que supone, sin duda alguna, un enorme esfuerzo que, en nuestra opinión, probablemente concluya con éxito, si la romanística europea lo acomete de forma conjunta.⁵⁰ Por otro lado, ésta ha de ser una empresa “interdisciplinaria”, ya que resulta absolutamente necesaria la colaboración entre filólogos y juristas.⁵¹ Estamos convencidos de que la realización de proyectos realmente importantes que permitan efectivamente dar un paso adelante de gran calado en la investigación científica y, en particular, en los estudios romanísticos, exige la colaboración y la generosidad de grupos de especialistas dispuestos a trabajar en un pro-

⁴⁹ Sobre los últimos descubrimientos epigráficos de carácter jurídico, *cfr.* Alföldy, G., “Das neue Edikt des Augustus aus El Bierzo in Hispanien”, *ZPE*, núm. 131, 2000, pp. 177-205; Caballos Rufino, A. *et al.*, “La nueva tabla de la *lex coloniae Genitiae Iuliæ*. Avance preliminar”, *Acta XII Congressus Internationalis Epigraphiae Graecae et Latinae*, Barcelona, 2002, pp. 217-222; Martín, F., “Notas sobre la transmisión de las Constituciones imperiales a la luz de nuevos testimonios epigráficos”, *Acta XII Congressus Internationalis Epigraphiae Graecae et Latinae*, Barcelona, 2002, pp. 913-917; Caballos Rufino, A., *El último bronce de Osuna y la política colonizadora romana*, Sevilla, 2006.

⁵⁰ *Cfr.* Castro-Camero, R. de, “Investigación como proyecto común”, en varios autores, *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia. Itinerari per il terzo milenio*, Roma, Bardi Editore, 2003, pp. 9 y ss. Se hace necesario, por tanto, asumir una nueva actitud científica caracterizada por la utilización de la razón como instrumento fundamental con el cual preservar la dignidad humana. Porque, como bien ha puesto de relieve F. Fernández de Buján, el derecho positivo no puede obviar el respeto de los derechos del hombre derivados de su dignidad intrínseca. Concepción humanística del derecho que puede apreciarse ya en el pensamiento jurisprudencial romano, en textos como el de Hermogeniano *Hominum causa omne ius constitutum est* (D. 1, 5, 2 [*Hermog. I iur. epit.*]). *Cfr.* Fernández de Buján, F., “El derecho a la vida, derivación de la justicia”, en varios autores, *op. cit.*, en esta misma nota, p. 351.

⁵¹ Betancourt, F., “¿Nueva...?”, *cit.*, nota 27, pp. 595-597, opina que, al igual que sucedió en los siglos XV y XIX, deben ser juristas filólogos quienes asuman la tarea de elaborar nuevas ediciones críticas de las fuentes codicológicas de derecho romano. Betancourt considera que el estudio serio y riguroso de nuestra tradición jurídica exigiría realizar nuevas ediciones críticas o filológicas de las principales fuentes romanas (tanto latinas como bizantinas) y canónicas. Fundamentalmente, pues, del *Corpus Iuris Civilis*, *Hexabiblos* y *Corpus Iuris Canonici*. *Cfr.* Betancourt, F., “¿Nueva...?”, *cit.*, en esta misma nota, p. 87.

yecto común, al margen de individualismos y, en muchos casos, de prisas. Este trabajo interdisciplinario también se ha revelado como necesario para el análisis de los últimos bronces jurídicos recuperados. En efecto, una ciencia como la epigrafía jurídica requiere la creación de equipos multidisciplinares e internacionales de investigación, dada la complejidad de estos textos que exige un meticuloso análisis arqueológico, filológico, histórico y, por supuesto, jurídico. Son muchos y muy importantes los hallazgos que están produciéndose en los últimos tiempos en la antigua provincia de la Bética. Ninguna otra región del Imperio ha aportado más información y con más trascendencia que ella. Actualmente, el Museo Arqueológico de Sevilla posee una de las colecciones de bronces jurídicos romanos más importantes del mundo, porque no sólo es relevante su número, sino también la excepcional calidad de los documentos encontrados. La *Lex Imitana*, de la que conservamos seis planchas de bronce, el Senadoconsulto de Gneo Pisón padre, una de cuyas copias es el único senadoconsulto de toda la historia de Roma que se ha conservado completa, o la última tabla aparecida de la ley de Osuna son ejemplos de ello.⁵² De ahí que consideremos que la investigación de las fuentes epigráficas, su edición y estudio institucional sea otro de los ámbitos o líneas de mayor actualidad e interés para los romanistas. El proyecto de nuevas ediciones críticas de fuentes que defendemos debe abarcar, por tanto, no sólo fuentes codicológicas sino igualmente fuentes epigráficas. Hasta ahora, filólogos e historiadores eran los más interesados en el análisis de estos documentos, pero es evidente que la complejidad y tecnicismo de un texto jurídico exige la participación de romanistas.

⁵² Sobre la *lex Imitana*: cf. Giménez-Candela, T., “La *lex Imitana*: una nouvelle loi municipale de la Bétique”, *RIDA*, 30, 1983; D’Ors, A., *La ley Flavia municipal (texto y comentario)*, Roma 1986; Lamberti, F., *Tabulae Imitanae. Municipalità e ius Romanorum*, Nápoles, 1993. Sobre el *senatus consultum de Cn. Pisone patre*: cf. Caballos, A. et al., *El senadoconsulto de Gneo Pisón padre*, Sevilla, 1996 (Eck, W. et al., *Das senatus consultum de Cn. Pisone patre*, Munich, 1996); Castro-Camero, R. de, *El crimen maiestatis a la luz del senatus consultum de Cn. Pisone patre*, Sevilla, 2000. Sobre la *lex coloniae Gentitiae Iuliae*: cf. D’Ors, A., *Epigrafía jurídica de la España romana*, Madrid, 1953, pp. 167-280 y, en particular, sobre la última tabla recuperada, cf. Caballos Rufino, A., *op. cit.*, nota 49.

Se trata, por tanto, de desarrollar un estudio de las fuentes de derecho romano que abarque, además de su contenido, la historia del texto, determine su autenticidad, proponga su reconstrucción y analice el soporte escrituario en el que se realizó.⁵³ Asimismo, no podemos olvidar que muchas fuentes de derecho romano nos han llegado en palimpsestos o códices rescriptos.⁵⁴ Por lo tanto, el romanista debe introducirse en otras disciplinas cuyo conocimiento puede proporcionarle interesantes resultados. Nos estamos refiriendo fundamentalmente a la paleografía, papirología, la epigrafía y la codicología. Sustantivo este último (codicología) que no se creó hasta el siglo XX, lo que, en opinión de Betancourt, puede haber influido en que la tradicional clasificación de las fuentes de derecho romano (fuentes jurídicas —prejustinianas y justinianas—, fuentes epigráficas, fuentes papirográficas y fuentes literarias) se base en dos criterios diferentes, el del contenido (fuentes jurídicas y fuentes literarias) y el del soporte escrituario (fuentes epigráficas y fuentes papirográficas). Por ello coincidimos con Betancourt en que, tras la aceptación científica del término “codicología”, conviene revisar la tradicional clasificación de fuentes, y establecerla con base en uno solo de estos criterios. En su opinión, este criterio debe ser el del soporte escrituario, quedando del siguiente modo la clasificación de fuentes de derecho romano:⁵⁵ 1. *Fuentes codicológicas*: A. Jurídicas: i) Justinianas y postjustinianas, ii) Prejustinianas, B. Literarias; 2. *Fuentes epigráficas y numismáticas*; 3. *Fuentes papirográficas*: A. Fuentes papirográficas jurídicas, B. Fuentes papirográficas literarias.

En este contexto de elaboración de nuevas ediciones críticas de las fuentes codicológicas, epigráficas y papirográficas de derecho romano, tanto occidentales (latinas) como orientales (griegas), es en el que debe situarse la más reciente producción científica del profesor Betancourt.⁵⁶ Nos estamos refiriendo a la edición crítica de un manuscrito

⁵³ Los estudios de Lachmann constituyen el punto de partida de la crítica textual por la importante repercusión que tuvo su teoría del arquetipo. *Cfr.* Betancourt, F., “¿Nueva...?”, *cit.*, nota 27, pp. 520-522.

⁵⁴ *Cfr.* Ruiz, E., *op. cit.*, nota 37, pp. 51-54. Debe realizarse, en primer lugar, la lectura de la *scriptio inferior* por ser la que más problemas presenta.

⁵⁵ Betancourt, F., “¿Nueva...?”, *cit.*, nota 27, pp. 451 y ss.

⁵⁶ Acerca de la conveniencia de realizar también ediciones críticas de las fuentes de derecho romano orientales, principalmente del *Hexabiblos* como referente último de la

del siglo XVIII, hallado en la Biblioteca Nacional de Colombia, cuyo contenido corresponde a las *Instituciones* de Justiniano.⁵⁷ Edición crítica que comprende su estudio codicológico, transcripción paleográfica, sistema de abreviaturas, traducción al español y comentarios. Ya en 1978, Manuel Briceño Jáuregui, S. J.—catedrático de Filología clásica (greco-latina) en la Universidad Javeriana de Santa Fe de Bogotá (Colombia)—daba noticia del descubrimiento de los siguientes manuscritos jurídicos:⁵⁸

Ms. 100 de la Biblioteca Nacional de Colombia (BCN) con las siguientes dos obras: *Ad perdifficile elegansque Papiniani responsum* y *Ad titulum de adquirenda hereditate*. Autor: D. Juan Antonio de Obiedo y Ribas. Época: mediados del siglo XVII (1646).

Ms. 35 de la Biblioteca de la Academia Colombiana de la Historia (BACH): *Tractatus de iniustitiis quae committi solent in iudiciis*. Autor: D. Juan de Montalbo. Época: principios del S. XVII (1617).

Ms. 36 de la Biblioteca de la Academia Colombiana de la Historia (BACH): *Ethica secundum Iustiniani institutiones*. Autor: Anónimo. Época: tercer tercio del siglo XVIII (1773).

Ms. 125 de la Biblioteca de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario: *Institutionum seu elementorum Domini Iustiniani sacratissimi Principis*. Autor: D. Nicolás de Tobar. Época: tercer tercio del siglo XVIII (1763).

Ms. 274 de la Biblioteca Nacional de Colombia (BNC): *Institutionum seu elementorum Domini Iustiniani sacratissimi Principis*. Autor: D. José Domingo Reaño. Época: siglo XVIII.

Estos manuscritos ponen de relieve cómo la recepción del derecho romano en Hispanoamérica no fue un fenómeno indirecto, consecuencia del europeo, sino que se desarrolló de forma paralela a éste.

tradición textual bizantina y otras eslavas posteriores; *qfr.* Betancourt, F., “¿Nuevas ediciones críticas de las fuentes del *utrumque ius?*”, en varios autores, *op. cit.*, nota 50, p. 87.

⁵⁷ Betancourt, F., *La recepción del derecho romano en Colombia (saec. XVIII). Fuentes codicológicas jurídicas I*, ms. núm. 274 BNC, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2007.

⁵⁸ Briceño Jáuregui, M., “Note per la storia del diritto romano nella Nuova Granada (Secc. XVII-XVIII)”, *Rivista di storia del Diritto italiano*, núm. 51, 1978 [publicado en 1981], pp. 122-126.

Prueba de ese contacto son los numerosos manuscritos conservados en los archivos y bibliotecas latinoamericanas, que muestran la dimensión de un fenómeno de recepción que fue anterior a la codificación. En este proceso jugaron un papel fundamental las universidades.⁵⁹ No sólo porque sus bibliotecas acogían numerosos textos jurídicos (ediciones de fuentes del *utrumque ius* y de derecho español histórico, así como una rica bibliografía) sino también, porque sus planes de estudio contemplaban la formación de los estudiantes de jurisprudencia en el derecho común.⁶⁰ Estos planes seguían el modelo de Salamanca.

⁵⁹ Betancourt, F., *La recepción..., cit.*, nota 57, pp. 193, 195-197 y 203, pone de manifiesto cómo tan sólo pocos años después de la llegada a América, los españoles comenzaron a fundar universidades. La primera en Santo Domingo, en 1538, y pocos años después en Lima y México, en 1551. Anticipándose con ello en cien años a las primeras universidades anglosajonas. En efecto, la Universidad de Harvard no se creó hasta 1650, aunque desde 1636 funcionaba como colegio. Por su parte, Yale empezó a funcionar como universidad a partir de 1745, si bien desde 1701 desarrollaba su actividad como escuela colegial de Connecticut. Las universidades hispanoamericanas contaban para su fundación con la intervención del Papa o de la Corona; sin embargo, las estadounidenses fueron reacias a su participación. Su creación era resultado de una simple autorización local inicial. Por su parte, en Brasil se fundan universidades desde 1922 (Río de Janeiro). Los jesuitas monopolizaron la enseñanza en Brasil, dedicando sus esfuerzos a crear colegios o escuelas de maestría, a lo sumo. De ahí que, quienes quisieran completar su formación con un grado universitario, debieran trasladarse a Coimbra.

⁶⁰ Luque Talaván, M., *op. cit.*, nota 22, pp. 126, 137 y ss., 149, 153, 155 y 190, opina que el hecho de ser el derecho común el único estudiado, durante siglos, en las universidades europeas e indias ha determinado su importancia histórica. Hasta el siglo XVIII se estudiaba fundamentalmente derecho civil y canónico, sólo posteriormente se introdujo la enseñanza del derecho natural y de gentes. Además, su enseñanza en Indias también se realizaba en latín, lengua franca de los juristas y excelente medio de transmisión universal de ideas. Por otra parte, la consulta de los aparatos críticos de la literatura jurídica india pone de manifiesto cómo sus autores manejaban con soltura no sólo las fuentes clásicas sino también la obra de juristas europeos, gracias a que disponían de ellas en sus bibliotecas. De ahí la importancia de los inventarios de éstas para poder establecer el alcance de la recepción del derecho común en América. Sólo a partir del siglo XVIII comienzan a ser numerosas las obras de derecho real en dichas bibliotecas, como consecuencia de la voluntad de la Corona española de extender su conocimiento en la Universidad, al ser el que se aplicaba en la práctica de los tribunales. A propósito de los nuevos planes de estudio universitarios que a finales del siglo XVIII comienzan a implantarse también en América, cf. Betancourt, F., *La recepción..., cit.*, nota 57, pp. 677-692, donde recoge el Plan de Estudios de Jurisprudencia de D. Francisco Antonio Moreno y Escandón para la Universidad y Colegios Mayores de Santafé de Bogotá.

ca, que a su vez tenía como punto de referencia el de la Universidad de Bolonia.⁶¹ La influencia salmantina fue especialmente importante en las universidades de Lima, México y Caracas, así como en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario de Santafé de Bogotá, como señala Rodríguez Cruz.⁶²

⁶¹ Cfr. González Navarro, R., “Alcalá y Salamanca: dos modelos de universidad”, en Rodríguez-Sampedro Bezires, L. (coord.), *Historia de la Universidad de Salamanca*, Salamanca, 2006, vol. III.2, p. 1043. El interés por el conocimiento de la influencia de la Universidad de Salamanca en América, como señala Ramírez González, C. I., “Proyección en América: una perspectiva americana”, en Rodríguez-Sampedro Bezires, L. (coord.), *op. cit.*, en esta misma nota, pp. 1327 y ss., comenzó a mediados del siglo pasado. Betancourt, F. *La recepción..., cit.*, nota 57, pp. 187, 196 señala cómo Salamanca sirvió de modelo a las nacientes universidades americanas en el momento cumbre de la cultura y civilización española. Sin embargo, las universidades estadounidenses no tuvieron un único modelo. De Oxford y Cambridge adoptaron su función de residencia y de las escocesas la impartición de cursos diversificados.

⁶² Cfr. Rodríguez Cruz, A., “Proyección en América: una perspectiva española”, en Rodríguez-Sampedro Bezires, L. (coord.), *op. cit.*, nota anterior, pp. 1316-1319. En este trabajo la autora realiza un interesante repaso por todas y cada una de las fundaciones universitarias españolas en Indias y Filipinas, distinguiendo las correspondientes al siglo XVI (Santo Domingo, Lima, México, Charcas, Santiago de la Paz, Universidad Tomista de Santafé de Bogotá), siglo XVII (Nuestra Señora del Rosario de Santiago de Chile, Córdoba, San Miguel de Santiago de Chile, San Gregorio Magno de Quito, San Ignacio de Loyola de Cuzco, Guatemala, San Cristóbal de Huamanga, Santo Tomás de Quito, San Antonio del Cuzco y San Nicolás de Santafé), siglo XVIII (San Jerónimo de la Habana, Caracas, Pública de Santiago de Chile, Popayán, San Francisco Javier de Panamá, Concepción, Asunción, Guadalajara) y principios del siglo XIX (San Buenaventura de Mérida, Nicaragua). Rodríguez Cruz destaca, además, el papel de la Universidad de Salamanca en la formación de la identidad cultural de Hispanoamérica, al ser la educación uno de los pilares fundamentales de la historia cultural de un pueblo. Cfr. pp. 1248-1316 y 1320. Por su parte, Peset, M., “Modelos y localización de las universidades americanas en la época colonial”, en varios autores, *La Universidad ante el Quinto Centenario. Actas del Congreso Internacional de Universidades*, Madrid, 1992, pp. 209-219, señala cómo las universidades americanas que siguieron el modelo salmantino fueron, principalmente, México, Lima y Guatemala. Peset distingue cuatro tipos de universidad entre los siglos XVI y XVIII: el claustral o salmantino, caracterizado por su autonomía; el colegial, que era el de Alcalá; el conventual, cuando la universidad dependía de una orden religiosa; y el municipal, muy extendido en Aragón. Betancourt, F., *La recepción..., cit.*, nota 57, p. 203, destaca cómo las primeras universidades fundadas resultaron insuficientes para atender la demanda cultural de la juventud criolla, de ahí que, desde finales del siglo XVI, cada capital importante tuviera una universidad y se convirtiera en centro de cultura. Ahorra bien, no todas ellas eran iguales ni podían conceder los mismos grados. La mayoría de las fundaciones universitarias tuvieron origen conventual y tenían limitadas sus facultades para graduar, de ahí que fueran denominadas como “menores” o “particu-

Según Luque Talaván, el derecho común llegó a América de la mano del derecho castellano, si bien las particularidades de la sociedad india provocaron que, con el tiempo, se fuera perfilando su carácter particular con la creación de instituciones exclusivas y de un sistema de fuentes propio. Las vías por las cuales penetró el derecho común en América fueron tres: la oficial o real, fundamentalmente por las Siete Partidas de Alfonso X; la académica, como consecuencia de su enseñanza en las universidades americanas; y la práctica. Respecto a la primera, hay que decir que la obra alfonsina jugó un papel clave en la resolución de conflictos patrimoniales entre particulares, superando su condición de derecho supletorio. Además, de forma paralela a su aplicación, se fue desarrollando una rica literatura jurídica, fuertemente influenciada por el *mos italicus*, cuyos escritos fueron de una calidad científica equiparable a los trabajos publicados en Europa.⁶³ Estos trabajos se han conservado en muchas bibliotecas latinoamericanas, principalmente conventuales, y por desgracia no han sido convenientemente estudiados en toda su dimensión.⁶⁴

lares”, frente a las “mayores” u “oficiales” de Lima y México. *Cfr.* pp. 207-211 donde, además de recogerse una detallada relación de las treinta y dos universidades de Indias, por orden cronológico, se incluye también el tipo de documento (pontificio o real) de su erección. Cruz Aguilar, E. de la, *Lecciones de historia de la universidades*, Madrid 1987, pp. 127-136, destaca cómo la Recopilación de las Leyes de Indias, de 1680, pone de relieve la madurez del sistema universitario en Indias desde muy pronto. Junta a algunas normas de aplicación general, destaca el amplio conjunto de normas comunes para las universidades de Lima y México, aunque también hay algunas específicas de la Universidad de Lima y, menos, de la de México. Asimismo, pueden encontrarse disposiciones atinentes a las universidades particulares. Sobre la historia de la fundación de la Universidad de Santo Domingo, *cfr.* pp. 128 y ss.; de la de Lima, pp. 129-131; de la de México, pp. 131-133; y de la de Santo Tomás de Manila, pp. 133-135.

⁶³ Luque Talaván, M., *op. cit.*, nota 22, pp. 125, 128, 130, 133 y 197. El autor considera el derecho indiano como heredero de la tradición de derecho común, lo que lo situaría, a este respecto, al mismo nivel que otros derechos como el castellano, el francés o el alemán. Además de la influencia del derecho común, también llegó a América la influencia de otras corrientes como la iusnaturalista (a través de la escuela neotomista de las universidades de Salamanca y Alcalá de Henares), el humanismo jurídico o el iusracionalismo. Si bien, Luque Talaván reconoce que la influencia del humanismo se aprecia más en las referencias que los autores indios hacen a los trabajos de los humanistas europeos que por la adopción efectiva de su metodología.

⁶⁴ Luque Talaván, M., *op. cit.*, nota 22, pp. 182-190. Junto a la producción científica india, las bibliotecas albergaban libros traídos de Europa por viajeros y religio-

Así, pues, el estudio de la tradición jurídica latinoamericana exige una aproximación al *utrumque ius*, ya que éste es el fundamento no sólo de la cultura jurídica europea, sino también de la europeizada. Consideramos que el campo de la investigación romanística dista mucho de estar agotado, y que el estudio institucional a partir de la palingenesia crítica, como paso previo a la realización de nuevas ediciones críticas de fuentes, puede proporcionar a los estudios romanísticos un nuevo brío, dotándolo de la creatividad necesaria para poder responder a los nuevos retos que nuestra época nos plantea. Retos que se nos presentan no sólo a nivel europeo, sino también a nivel iberoamericano e internacional.⁶⁵

sos. El análisis de estos fondos demuestra el carácter eminentemente bartolista del pensamiento jurídico indiano. Resulta de gran interés el catálogo de obras de literatura jurídica india que Luque Talaván elabora en la segunda parte de su obra, en el que se incluyen un total de 1250 trabajos, manuscritos o impresos, ordenados alfabéticamente por autores. Entre ellas destaca el género de los *consilia*, seguido de los tratados dedicados de forma conjunta a la materia civil y canónica, los memoriales, las obras sobre derecho civil, derecho canónico, las obras prácticas y los comentarios a la legislación real referente a Indias. Gracias a estos textos podemos conocer las transformaciones experimentadas por el derecho indiano a lo largo del tiempo y su aplicación práctica. *Cfr.* pp. 255-638, 643 y 646.

⁶⁵ Resulta significativo que culturas jurídicas muy alejadas de la europea, como por ejemplo la china, estén actualmente interesadas en el estudio del derecho romano. En efecto, el intento de codificación del derecho civil chino, profundamente consuetudinario, ha llevado a los juristas de este país a buscar una aproximación al sistema jurídico de los países continentales europeos de derecho romano. En palabras muy gráficas de Zhang, L., “Consuetudini cinesi e codificazione del diritto civile cinese”, *Assocorce News*, núm. 9, 1998, p. 46, el actual proceso de codificación puede ser descrito como un campo donde el derecho romano es el árbol, las costumbres chinas son el suelo y la codificación del derecho civil chino será el fruto. Sobre la recepción del derecho romano en Hispanoamérica y su importancia como punto de encuentro entre el derecho europeo y el iberoamericano, *cfr.* Fernández de Buján, A., *op. cit.*, nota 13, pp. 315-325; *id.*, *Derecho público romano. Recepción, jurisdicción y arbitraje*, 8a. ed., Madrid, 2005, p. 58. En relación con los cambios y la incertidumbre que, de momento, están caracterizando al derecho del tercer milenio, Grossi, P., *op. cit.*, nota 2, pp. 15 y 214, opina que realmente se trata de un periodo, no fácil, pero sí muy fértil. Se trata de acabar con viejos mitos como el de la estatalidad del derecho, el principio rígido de legalidad, la ley, etcétera, y construir un nuevo paisaje jurídico caracterizado por su efectividad. El derecho, según Grossi, pertenece a la vida y a la sociedad, y no reside exclusivamente en solemnes actos legislativos, a pesar de que éstos sean su manifestación más llamativa. Como en Roma, el derecho que prevalecerá será aquel que sea útil, porque el derecho es el tejido invisible que ordena la vida cotidiana de una sociedad permitiendo la convivencia pacífica de sus miembros.