

Con ocasión de la ya un tanto lejana celebración del Simposio Internacional, que organizó el Instituto de Derecho Común y el Departamento de Historia del Derecho de la acogedora Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, bajo el lema «España y Europa, un pasado jurídico común», en conmemoración del que fue VII Centenario de la muerte del rey Alfonso X el Sabio, al que asistí, y ante ese expectante evento que por dichas fechas se esperaba sobre el ingreso de España en la Comunidad Europea, en coincidencia también en aquellos días concretos del 26 al 28 de marzo de 1985, en que antes de finalizar el Centenario alfonsino precisamente también se celebraban las decisivas negociaciones para la adhesión de España a dicha Comunidad, hoy y ahora, ya pasado el tiempo, es nuestra intención traer a la atención de la comunidad universitaria una serie de breves consideraciones, a modo de una personal reflexión hecha en voz alta, sobre las posibilidades que el viejo «Derecho Común» de la antigua Europa tendría en el día de hoy de ser útil y, por lo tanto, también de ser aceptado por el común denominador de las Comunidades Europeas del momento presente, en cuanto fundamento y base de su propia vertebración jurídica. Mas, empecemos, por ello, centrando la cuestión de qué se entiende o se ha venido entendiendo, a lo largo del correr de los tiempos, por «Derecho Común»; y sobre todo qué valor y significación tiene o pueda tener en el día de hoy para aquellos más conscientes de los hijos del Viejo Continente, que están intentando construir una nueva Europa.

Y, a tal respecto, hemos de decir que, como ya expuso magistralmente el prof. Pérez Martín, en su discurso inaugural de las actividades de dicho Simposio, nuestra realidad jurídica pretérita, en cuanto europeos, nos viene determinada no por la existencia de un Derecho radicalmente nacionalista, como ha venido siendo la característica de nuestro tiempo desde los comienzos del siglo anterior hasta la fecha presente,

sino más bien por todo lo contrario. Pues la verdad es que, hasta el siglo XIX, lo que existió en Europa fundamentalmente no fueron los derechos nacionales de todas y cada una de las naciones que componen el mosaico de Europa en sí mismas consideradas y aisladas entre sí en cuanto consecuencia de los desconexionados sistemas de Derecho de la actualidad, existentes en Europa, sino más bien un «ius commune» a todos los Reinos, territorios y Estados de Europa, que convivía con derechos territoriales particulares o municipales. El «Derecho Común», desde esta perspectiva, es el fenómeno cultural más importante del pasado europeo, en cuanto base y raíz de los actuales Ordenamientos Jurídicos, vigentes en Europa, y por derivación de éstos también en sus antiguas colonias.

Pero, el «Derecho Común», en sí mismo considerado, ¿qué cosa es?, ¿cómo se define?, y en ¿cuáles de sus esenciales características podemos aprehenderlo? Las posiciones doctrinales, al respecto, son múltiples y variadas, según las diferentes interpretaciones que de él han hecho las diversas escuelas y corrientes, en las que se insertan los historiadores del Derecho; pero resumiendo esquemáticamente las más relevantes posiciones, que de entre ellas destacan en su coincidente denominador, podemos decir que el «Derecho Común» es la resultante armonizada de tres diferentes elementos, que con el transcurso y el avatar del tiempo se vinieron a fundir y amalgamar en un todo jurídico y doctrinal unitario, sin que por ello vinieran a confundirse. Estos elementos fueron el Derecho Romano justiniano o la «Ratio naturalis scripta», el prudencial y ponderado Derecho Canónico y el viejo Derecho feudal o Derecho Germánico, en terminología del prof. Gibert¹, que se recibe y desarrolla en los diversos Reinos y Repúblicas europeos, en cuanto sistema jurídico romano-canónico, desde el movimiento cultural prerrenacentista de los siglos XII y XIII hasta finales del siglo XVIII y principios del XIX².

1 GIBERT, R., *Elementos formativos del Derecho en Europa. Germánico, Romano, Canónico*, Madrid 1982, pp. 1-12.

2 PÉREZ-PRENDES, J. M., *Curso de Historia del Derecho Español*, vol. I, Ed. Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho de la Univ. Complutense de Madrid, Madrid 1983, p. 615.

Con el nombre de «Derecho Común» se conoce, pues, al sistema jurídico resultante del entrecruce del Derecho romano, el Derecho Canónico y el Derecho feudal. Este último, como es el sabido, se concreta en las redacciones de los *Libri Feudorum* del viejo Derecho feudal lombardo, del que hubo varias redacciones sucesivas. La primera de ellas atribuida a Oberto de Orto, juez de Milán, se elaboró en el siglo XII, luego reelaborada, hacia la mitad del siglo XIII, por el jurista boloñés Jacobo de Ardizzone; apareciendo aún una tercera redacción utilizada por Accursio. Todas ellas estudiadas y difundidas por los juristas³ —que sistematizaron en glosas y comentarios tanto el Derecho romano justiniano como el Canónico de las Decretales—, vinieron a constituir en su integral y relacionado conjunto el tercer elemento del naciente Derecho Común, junto al romano y al canónico, como antes hemos dicho, aunque mucho menos importante que estos dos últimos⁴. Por tanto, como puntualiza el prof. Pérez-Prendes: «Estos tres elementos no se funden, pero sí se estudian conjuntamente y con la misma técnica, y son objeto de comparaciones entre sí»⁵.

En cuanto al origen y gestación del Derecho Común hemos de recordar, como señala el prof. Tomás y Valiente, que ya «una ley de Recesvinto contenida en el Liber, la (II, 1, 10) recomendaba el estudio de las leyes de otras gentes, es decir, de los romanos». Sin embargo, tal estudio no se llevó a cabo después de la monarquía visigoda, dándose, por el contrario, el Derecho de carácter atécnico típico del tiempo, que va desde el siglo VIII al XII, quedando prácticamente ignoradas en el Occidente europeo las fuentes del Derecho romano justiniano a lo largo de aquellos siglos.

Mas con el despertar cultural prerrenacentista de los Reinos del Occidente de Europa, y de un modo especial de las Repúblicas y Señoríos de Italia, también se originó el ranacer de los estudios jurídicos en base

3 TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho Español*, Ed. Técnos, Madrid 1981, p. 188.

4 CASSANDRO, G., *Lezioni di Diritto Comune*, vol. I, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, pp. 63-87.

5 PÉREZ-PRENDES, J. M., op. cit., p. 616.

al sistemático y científicamente bien elaborado Derecho de la Antigüedad romana. Por ello, «es comprensible que el renacimiento de los estudios jurídicos y su elaboración en torno a las fuentes justinianas se produjera preferentemente en las ciudades del norte de la Península itálica, donde menos se había roto la tradición de los textos romanos justinianos. No obstante, el renacimiento jurídico del siglo XII tuvo causas y manifestaciones más generales»⁶, como son las que resumidamente sintetiza el prof. Tomás y Valiente, en cuanto que: «El aumento demográfico que experimentó el Occidente europeo en el siglo XI se notó de modo destacado en las ciudades, cuya población creció muy considerablemente. En ellas se desarrollaron formas de economía urbana (originándose el desarrollo de las actividades artesanales, el ejercicio de los oficios menestrales a ellas inherentes⁷, y el comercio de ellas derivado) distintas, en su conjunto, a la actividad rural, lo que hizo que dichas ciudades se convirtieran en lugares atractivos de convivencia y, a la larga, en núcleos autonómicos. Todas esas novedades requerían una ordenación jurídica también nueva. Para esta sociedad urbana no eran adecuados ni los viejos y elementales Derechos germánicos (el franco, el lombardo o cualquier otro), ni la tradición romana conservada, pero degradada en epítomes o extractos que habían empobrecido y deformado el contenido genuino de los textos. Pero el Derecho romano justiniano, en sus textos completos y originales, sí que ofrecía un caudal riquísimo para configurar ese nuevo Derecho. Como ya afirmó Savigny, y en nuestro siglo ha repetido Calasso, es natural y no fortuito que en esa situación se rescataran del olvido los textos justinianos y, en concreto, el Digesto».

Por otra parte, «la sociedad europea de los siglos XI y XII era contemplada tanto bajo el concepto de Imperio como bajo el de Cristiandad, como un todo unitario. El Imperio (reconstruido por Carlomagno en el año 800 como Sacro Imperio Romano Germánico) se concibe como la sociedad en que se integran todos los cristianos, clérigos o laicos bajo una orga-

6 TOMÁS Y VALIENTE, F., op. cit., p. 181.

7 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, J. G., «Los Oficios Menestrales en los Fueros de Cáceres», Ed. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Univ. de Extremadura*, Cáceres 1985.

nización jerárquica de poderes inspirada por los principios evangélicos y regida por el Papa y por el Emperador. Esta visión teocrática de la sociedad provocó largas querellas entre papas y emperadores, disputándose entre sí el «dominium mundi», el poder supremo sobre la Cristiandad. Pero al mismo tiempo esa concepción unitaria de la sociedad impulsó a dotarla de un solo Derecho. O al menos de un solo y renovado Derecho Canónico («lex ecclesiastica») y de un solo Derecho civil («lex mundana»). Se sentaban así las bases del sistema del «utrumque ius», de la «utraque lex». Uno y otro Derecho, el civil y el canónico, que debían completarse y no contraponerse. Partiendo de estas premisas, pronto la «lex romana», el Derecho romano ganó terreno en virtud de su fuerza intrínseca y se manifestó como la «lex mundana» por excelencia, como el ordenamiento objetivo «in temporalibus» (es decir, en las cuestiones temporales, seculares o civiles) del Sacro Imperio».

«Todo apuntaba, pues, a que el Derecho romano cumpliera estas funciones. En la segunda mitad del siglo XI se producen los primeros síntomas del renacimiento bajomedieval del Derecho Romano. Se descubren nuevos manuscritos del Codex y de las Instituta en distintas bibliotecas italianas. Y, lo que es mucho más importante, aparece la primera parte del Digesto (llamada entonces Digestum Vetus), luego la parte final (Digestum novum) y también la parte central entre una y otra (Infortiatum). Finalmente se descubre asimismo un ejemplar de las Novelas justinianas (denominado desde entonces Autenticæ o Autenticum). A partir de estos descubrimientos comienza a trabajarse sobre las fuentes justinianas»⁸.

Mas, por otra parte, el Derecho Común también se integra por el Derecho Canónico, en cuanto interpretación concreta y casuística de la Ley Natural o Ley Evangélica, según la posición más definida de algunas de las corrientes doctrinales medievales que, como es sabido, «también experimentó desde finales del siglo XI un claro resurgimiento, paralelo al de «ius civile» y en buena medida inducido por éste. El presupuesto necesario para la creación de un nuevo Derecho Canónico, que con el

8 TOMÁS Y VALIENTE, F., op. cit., pp. 181-182.

tiempo fue considerado como el Derecho Canónico clásico, fue la reforma introducida en el gobierno de la Iglesia y muy en concreto en la configuración del poder pontificio por el papa Gregorio VII (1073-1085).

La reforma gregoriana tuvo múltiples facetas: unificación litúrgica, reforma moral y disciplinaria, condena de la creación de feudos laicos sobre bienes del patrimonio eclesiástico, la llamada cuestión de las Inestiduras, y fortalecimiento del poder pontificio en relación con otros poderes. Como manifestación de todo ello, la reforma gregoriana desembocó en una afirmación radical del absolutismo pontificio en el gobierno de la Iglesia. De ahí se derivaron dos consecuencias muy importantes: La primera de ellas fue la tendencia a la unificación del Derecho Canónico como ordenamiento jurídico de toda la Cristiandad, superando los particularismos jurídicos propios de la Alta Edad Media. Y la segunda fue la configuración del Papa como legislador supremo del «cuerpo místico» cristiano, lo que, a su vez, significaba que el Papa no estaba obligado por las decisiones o normas de otros papas anteriores, y que el Derecho canónico nuevo y unificado debía construirse bajo la dirección del papa y sobre la base principal de las decisiones pontificias («decretales») más que sobre los cánones conciliares.

Si éstos fueron los principios políticos orientadores del nuevo Derecho canónico, desde el punto de vista técnico la elaboración del mismo se realizó con la técnica y bajo la influencia de los glosadores»⁹.

Éstas son, en sus rasgos generales, las líneas maestras que definen la gestión y entidad del llamado Derecho Común, que en su tiempo surge como una verdadera necesidad histórica en cuanto elemento integrador y vitalizador de la dispersión normativa de la sociedad europea de aquella época. Sin embargo, en hoy día y ante la actualidad de nuestro tiempo, que desde una dispersión de sistemas jurídico-normativos nacionales se busca y se tiende a la consecución de un sistema integrador de Derecho válido para la Comunidad Europea de naciones, hay que decir que el viejo Derecho Común, en su sentido estricto, no sería apto para cumplir tal fin y objetivo, pues la Cristiandad en el día de hoy es una entidad inexis-

9 Ibid., op. cit., p. 186.

tente como tal; lo mismo sucede con la Ley Natural, en cuanto Ley Evangélica, e incluso con la misma objetividad del Derecho Natural, en cuanto «ratio scripta», plasmada en la grandiosa elaboración del Derecho romano. Todo ello ha sido barrido en su misma raíz por el Positivismo jurídico imperante en nuestro tiempo, y aquí estriban precisamente las propias e inherentes limitaciones que el Derecho Común presenta al momento actual, y que, a nuestro entender, le ponen muy en duda en cuanto a su aceptabilidad como Derecho Común, útil para las Comunidades Europeas de la realidad presente. Sin embargo, en sentido lato, sí que hay que decir que el Derecho Común es la base en que se fundamentan los sistemas de Derecho de las distintas Comunidades nacionales del conjunto de los diferentes pueblos de Europa. Y desde esta perspectiva sí que pudiera ser, y de hecho quizá sea, el Derecho Común de la más o menos inmediata Patria de las patrias de Europa, pero esta Común Patria de las patrias de Europa no es precisamente la realidad inmediata de las Comunidades Europeas del momento presente; sin embargo, y pese a ello, lentamente se va gestando un nuevo Derecho Comunitario, que no es precisamente en su sentido estricto el Viejo Derecho Común de la Recepción, aunque en éste y de él tome sus más remotas raíces.