

[www.ridrom.uclm.es](http://www.ridrom.uclm.es)

ISSN 1989-1970

[ridrom@uclm.es](mailto:ridrom@uclm.es)

**RIDROM**

Derecho Romano,  
Tradición Romanística y  
Ciencias  
Histórico-Jurídicas

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

---

**LA FRUCTÍFERA EXPERIENCIA DEL *IUS COMMUNE* ANTE EL  
APASIONANTE RETO DE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO  
PRIVADO COMÚN EUROPEO**

**THE FRUITFUL EXPERIENCE OF THE *IUS COMMUNE* TO THE  
EXCITING CHALLENGE OF THE UNIFICATION OF  
EUROPEAN COMMON PRIVATE LAW**

**Rafael Bernad Mainar**

Catedrático de Derecho Romano y Derecho Civil  
Universidad Católica Andrés Bello de Caracas

## I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO, TERMINOLOGÍA Y ANTECEDENTES

Aun cuando se siga discutiendo sobre si la legislación es la modalidad más adecuada para el logro de la unificación legislativa<sup>1</sup>, lo cierto es que la Unión Europea cuenta con un ordenamiento jurídico propio<sup>2</sup> basado, según ya establecía el artículo 6,1 del Tratado de la Unión Europea, en los principios de *democracia, protección de los derechos fundamentales, libertad, y Estado de Derecho*.

---

<sup>1</sup> CARONI, P. *Il codice rinviato. Resistenze europee all'elaborazione e alla diffusione del modello codicistico*, en CAPELILINI, P.; SORDI, B. (Coord.). *Codici. Una riflessione di fine millennio*. Milano. 2002, págs. 263 y ss.; ALVAREZ, U. *La jurisprudencia romana en la hora presente*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid. 1966, págs. 95 y ss.; WIEACKER, F. *Aufstieg, Blüte und Crisis der Kodifikationsidee*, en Festschrift Boehmer. Bonn. 1964, págs. 34 y ss; TORRENT RUIZ, A. *Fundamentos del Derecho europeo (Derecho romano-Ciencia del derecho-Derecho europeo)*. Edisofer. Madrid. 2007, pág. 320.

En torno a la dicotomía entre el sistema cerrado de los códigos y el sistema abierto que representó la jurisprudencia romana, VICENTI, U. *Sistemi giuridici "aperti" e "chiusi"*, en *Giustizia e metodo. Contro la mitologia giuridica I*. Torino. 2005, págs. 3 y ss.

<sup>2</sup> Con relación al particularismo jurídico del Derecho comunitario europeo, DIEZ DE VELASCO, M. *Instituciones de Derecho internacional público*. Tecnos, Madrid. 2003, pág. 81.



Y es que, en aras del establecimiento y consolidación del mercado interior, esto es, la consecución de un espacio sin fronteras interiores que garantice la libre circulación de personas, servicios, bienes y capitales, a la sazón uno de los principales objetivos de la UE, el Parlamento Europeo y el Consejo están facultados para adoptar “*las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior*”<sup>5</sup>.

A partir de lo afirmado con antelación podemos señalar que, a la hora de abordar la tarea de unificar el Derecho privado, se plantean, principalmente, dos orientaciones metodológicas diferentes<sup>6</sup>: o bien crear *ex novo* una solución única acorde con la realidad actual mediante la confección de un nuevo Código supranacional que tienda a sustituir los Derechos nacionales por medio de una norma obligatoria y

---

Internacional del Alimentación S.A., Sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 1990).

<sup>5</sup> A tenor de lo establecido en los artículos 26 y 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOCE UE 83, de 30 de marzo de 2010).

<sup>6</sup> VATTIER FUENZALIDA, C. y otros. *Código europeo de contratos*. Academia de iusprivatistas europeos (Pavía). Comentarios en homenaje al profesor D. José Luis de los Mozos, I, Madrid, Dykinson-Universidad de Burgos. 2003, págs. 15 y ss.

vinculante<sup>7</sup> (modelo legal)<sup>8</sup>; o bien elaborar unos “*principios comunes*” que coincidan en los distintos ordenamientos jurídicos implicados mediante una labor de recuperación y extracción, sobre la base de una pretendida unidad jurídica y doctrinal (modelo doctrinal)<sup>9</sup>, que se presentaría como la fase previa a la

---

<sup>7</sup> Este modelo legal invocado se traduce en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (CEC) de 2001, conocido como Proyecto Gandolfi, inspirado en el *Contract Code* de 1969 y en el *Codice civile* de 1942, cuya aplicación resultaría obligatoria en función de lo estipulado por los Estados firmantes. Al respecto, GANDOLFI, G. *Code Européen de contracts. Avant-projet*. Livre premier. Milano. Giuffrè, 2001; DE LOS MOZOS, J.L. *El Anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavía*. La Ley n° 5629, 9 de octubre de 2002; ESPINOSA QUINTERO, L. *Hacia un sistema contractual uniforme. Modelos comparados*. Civilizar. Revista electrónica de difusión científica. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá. Enero 2004, en <http://hdl.handle.net/11232/314> (consultado con fecha 12 de enero de 2016).

<sup>8</sup> Sobre los inconvenientes que plantea este modelo, entre otros la complejidad y disfunción de implantación en los distintos Estados miembros, ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *La unificación del Derecho Privado en la Unión Europea: Perspectiva*, en *Derecho Privado Europeo* (Cámara Lapuente, Coord.). Madrid. Colex. 2003, págs. 107 y ss. Un ejemplo de lo afirmado lo constatamos a propósito de la múltiple y contradictoria regulación de la compraventa en el Derecho español, en MORALES MORENO, A.M. *Adaptación del Derecho civil al Derecho Europeo: La compraventa*. ADC n° 56, fasc. 4 (octubre-diciembre 2003), págs. 1610 y ss.

<sup>9</sup> Hay que destacar en este sentido la labor de UNCITRAL, bien a través de guías jurídicas, esto es, estudios con vocación didáctica que presentan una materia con sus problemas, así como proporcionan posibles soluciones









En efecto, tras el renacimiento de la recopilación justiniana fruto de la labor de los glosadores en el siglo XI arranca un largo período que nos conducirá hasta el momento de la codificación europea. A pesar de la opinión de un sector doctrinal en contra<sup>13</sup>, nos encontramos entre los que sostenemos que la codificación no supuso en modo alguno el último respiro de vigencia del Derecho romano, puesto que si bien entendemos que el Derecho romano dejó de ser un ordenamiento jurídico vigente desde la caída del Imperio romano, ello no es óbice para refutar que la pérdida de su vigencia implicara necesariamente la pérdida de su carácter de Derecho vivo, al haber penetrado y haberse inoculado en una gran cantidad de ordenamientos jurídicos a lo largo de los tiempos.

Por lo que se refiere al punto de vista terminológico tenemos que señalar que la expresión Derecho común no es en modo alguno unívoca, puesto que se emplea en muy diversas acepciones dependiendo tanto del territorio considerado<sup>14</sup>, como de la peculiar evolución histórica desarrollada, lo que nos dibuja una situación muy diversa y compleja con un marco temporal tan extenso que conduce hasta plantearse si estamos

---

<sup>13</sup> CANNATA, C.A.; GAMBARO, A. *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea II*, 4ª edición. Torino. 1989, pág. 15.

<sup>14</sup> ROBLES VELASCO, L.M. El futuro Código europeo de contratos, ¿Una nueva recepción? RIDROM n° 4. 2010, pág. 71.



de Alemania, la expresión *Gemeines Recht* sirve para identificar el derecho común erudito surgido tras el período de la recepción (*die rezeption*) basado en el *ius commune* medieval, o también alude al conjunto de las buenas costumbres de la nación, *mores patrii*, en los inicios del Seiscientos<sup>19</sup>; en el ámbito de Francia<sup>20</sup> el vocablo *droit commun* hace mención, más modernamente, al derecho civil, principal exponente del derecho privado en contraposición al derecho público, en tanto que durante los siglos XVII y XVIII la búsqueda de principios informadores para la construcción de las instituciones jurídicas francesas permitió identificar el derecho común con las costumbres (*coutumes*)<sup>21</sup>; en Italia, se aproxima más bien al

---

págs. 85-102; VACCA, L. *I precedenti e i responsi dei giuristi*, en *Lo style della sentenza e l'utilizzazione dei precedenti*. Torino. 2000, págs. 37 y ss.

<sup>19</sup> LUIG, K. *Die Anfänge der Wissenschaft von deutschen Privatrecht*, en *Ius commune I*. 1967, págs. 199-201; *Universales Recht und partikulares Recht in den Meditationes ad Pandectas*, von Agustin Layser, en *Diritto comune e diritti local ...* 1980, pág. 33; RANIERI, F. *Diritto comune e diritto locale nei primi decenni della giurisprudenza del Reichskammergericht. Alcune prospettive di ricerca*, en *Diritto comune e diritti locali ...* 1980, págs. 89, 90.

<sup>20</sup> Sobre el problema del derecho común en Francia, CORTESE, E. *Immagini di Diritto Comune medievale: semper aliud et idem*, en *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*. Atti del Convegno internazionale Alghero, 4-6 novembre 2004 (a cura di Birocchi, I.; Matone, A). Viella. Roma. 2006, págs. 12-14.

<sup>21</sup> Así se considera, por ejemplo, en la obra de Dumoulin, quien en sus primeros escritos admitía la preeminencia del *ius commune* y lo identificaba sin reserva alguna con el derecho romano, para luego



Código civil y el de las regiones forales (Cataluña, País Vasco, Galicia, Aragón, Baleares y Navarra), una realidad actual con hondas raíces históricas, asumida, consagrada y proyectada a nivel constitucional en el artículo 149, 1, 8º de la Carta Magna de 1978.

Si nos remontamos históricamente, las fuentes romanas hablan de *ius commune* bajo diversos significados<sup>25</sup>: ya entendido como un derecho universal válido para todos los hombres (*Ius Gentium*)<sup>26</sup>, lo que permite deslindarlo del *ius proprium* (*Ius civile*)<sup>27</sup> o derecho particular que una comunidad se otorga a sí misma; ya como derecho aplicable a todos los ciudadanos frente a un *ius singulare* que introduce normas excepcionales respecto de las generales<sup>28</sup>, basadas en razones derivadas de la lógica o de una utilidad pragmática.

---

<sup>25</sup> BERNAD MAINAR, R. *Curso de Derecho Privado Romano*. Publicaciones UCAB. Caracas. 2006, págs. 34-35.

<sup>26</sup> “*Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur, nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocatur ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*” (D. 1. 1. 9; *Inst. Gai* 1).

<sup>27</sup> D. 1. 1. 6; *Inst. Gai* 1.

<sup>28</sup> D. 1. 3. 16; 29. 2. 11.



las fuentes jurídicas vigentes (leyes del rey<sup>32</sup>, o costumbres<sup>33</sup>); posición y status de los juristas. Es más, la expresión del antiguo *ius commune* entra también en conexión con una de las acepciones del *ius patrium*, no con la que representa un conjunto de fuentes caracterizado por la especificidad nacional o regional, sino más bien con la que resulta del juego plural de las fuentes vigentes en el ordenamiento, ya tanto como fundamento territorial de una forma interpretativa específica, ya cuanto *ratio scripta* en la que se ha inspirado cada uno de los ordenamientos jurídicos en particular<sup>34</sup>.

Hechas estas precisiones terminológicas iniciales, comenzaremos afirmando que entendemos por *Ius commune* el resultado del proceso histórico que se gesta desde la Baja Edad Media<sup>35</sup> y se desarrolla con posterioridad jalonando las etapas de la Edad Media y la Edad Moderna hasta el siglo XVIII

---

<sup>32</sup> REIS MARQUES, M. *História do direito português medieval e moderno*. Almedina. Coimbra. 2002, pág. 85 nota 116.

<sup>33</sup> En la doctrina portuguesa es pensamiento consolidado que la costumbre del lugar se llama *ius commune*, en HESPANHA, A.M. *Savants et rustiques. La violence douce de la raison juridique*, en *Ius commune* X. 1983, pág. 25, nota 62.

<sup>34</sup> CHENE, CH. *L'enseignement du droit français en Pays de droit écrit (1679-1793)*. Droz. Genève. 1982, pág. 200; MORELLI, G. *Dal diritto comune ai codici*. 2ª edición. Bonomo. Bologna. 2003, pág. 60.

<sup>35</sup> En torno a la prehistoria de la idea del *Ius commune*, CORTESE, E. *Op. Cit*, 2006, págs. 4-6.

cuando aparecen las primeras codificaciones europeas con un largo recorrido histórico<sup>36</sup>, lo que lo configura como un sistema, una categoría lógica y abstracta para demostrar que, en modo alguno, se trata de un concepto absoluto<sup>37</sup>. Precisamente adopta esta denominación porque se convierte en un derecho común en el estudio y la enseñanza de la mayoría de las universidades europeas, conectando así con la noción romana del *Ius Gentium*<sup>38</sup>, dando cobertura con ello en un plano jurídico al sentimiento generalizado de la época que identificaba desde una visión de Imperio el ideal divino de la unificación del género humano –*reductio ad unum*-<sup>39</sup>. Su base angular lo constituirá<sup>40</sup>, por un lado, las leyes romanas y canónicas *omnibus communes*, esto es, el Derecho romano justiniano y el Derecho canónico clásico (enmarcados en la Edad Media bajo la nociones de *Corpus Iuris Civilis* y *Corpus Iuris Canonici*) junto,

---

<sup>36</sup> CALASSO, F. *Medio Evo del diritto I. Le fonti*. Milano. 1954, pág. 375.

<sup>37</sup> MORELLI, G. *Op. Cit.* 2003, pág. 6.

<sup>38</sup> SOLIDORO MARUOTTI, L. *La tradizione romanistica nel diritto europeo. I. Dal crollo dell'Imperio romano d'Occidente alla formazione del ius commune*. Giappichelli Editore. Torino. 2001, págs. 45, 46.

<sup>39</sup> Ya Santo Tomás de Aquino lo explica abiertamente partiendo del pensamiento filosófico de Aristóteles: “*Omnis multitudo derivatur ab uno*” (*De regimine principis* 1, 2), en cuya virtud, de la unidad del derecho común deriva la multiplicidad de los derechos particulares, en MORELLI, G. *Op. Cit.* 2003, pág. 10.

<sup>40</sup> CALASSO, F. *Introduzione al diritto comune*. Giuffrè. Milano. 1951; *Op. Cit.* 1954, págs. 367-390.





versión manuscrita del Digesto (Amalfi, año 1035) que será estudiada por Irnerio (Universidad de Bolonia, 1088)<sup>44</sup>, lo cierto es que, en nuestra opinión, debemos reconducir la polémica para cuestionarnos si hubiera sido posible como resultado la legislación impulsada por los reyes bárbaros de no haber existido una cohorte de juristas conocedores del Derecho romano posclásico, que rodeaban y asesoraban a los monarcas, sin omitir tampoco el trabajo llevado a cabo por los religiosos en el ámbito monacal, recinto en el que se concentraba el saber de la época, por ser ellos quienes coadyuvarían a elaborar el Derecho canónico a partir del Derecho romano. Y es que por medio de las escuelas en las que se impartían las artes liberales<sup>45</sup>, se logrará preservar el saber griego y romano, de tal modo que dichos escenarios llegarán a convertirse en los verdaderos gérmenes de las futuras Universidades que tan profusamente nacieron durante la Baja Edad Media.

Por lo tanto, no compartimos este criterio reduccionista y sesgado anteriormente referido y, por ello, entendemos que la ciencia jurídica en la Alta Edad Media, si bien tuvo sus limitaciones y respondió al ambiente general de empobrecimiento cultural de la época, tuvo que contar con la

---

<sup>44</sup> SANSON RODRIGUEZ, M.V. *Situación actual de los estudios sobre la tradición manuscrita del Digesto en Occidente*. Anales de la Facultad de Derecho n° 20. Universidad de La Laguna. 2003, págs. 227-246.

<sup>45</sup> MORELLI, G. *Op. Cit.* 2003, pág. 38, nota al pie de página.





señorial, del municipal ajeno a la intervención de los reyes e, incluso, del Derecho religioso confesional, sea por medio del ordenamiento jurídico canónico, musulmán o judío. No olvidemos que ya en la época del Imperio Absoluto de Roma la voluntad del *Imperator* tenía fuerza de ley, de tal manera que el derecho obligaba a todos menos a su creador, el propio emperador<sup>52</sup>, razón por la cual la principal fuente del derecho de la época pasaron a ser las constituciones imperiales *-leges-*<sup>53</sup>, en detrimento del resto de fuentes *-iura-*, unas *leges* que regulaban aspectos tan variados como la creación de impuestos, la acuñación de moneda, o la creación de monopolios, entre otros.

En el plano sociológico no podemos obviar una referencia al fenómeno conocido como temor del año 1000<sup>54</sup>, año coincidente con el cambio de siglo y que arrojaba para la población de la época un temor tal que se identificaba con el fin del mundo y todo lo que ello implicaba en una sociedad con escasa cultura presidida por una visión teocéntrica del mundo. Precisamente, ante este acontecimiento, se produce un incremento de la fe religiosa y las obras pías benéficas comienzan a ser consideradas como el instrumento adecuado

---

<sup>52</sup> D. 1, 4, 1; 1, 3, 31.

<sup>53</sup> Una visión de la tradición imperial representada por las leyes romanas, en CORTESE, E. *Op. Cit.*, págs. 11 y 12.

<sup>54</sup> CANNATA, C.A. *Op. Cit.* 1996, págs. 134-138.

para la salvación de las almas y purga de los pecados, lo que se traducirá en un aumento de las donaciones, legados e instituciones de heredero a favor de la Iglesia, que logrará engrosar una mayor riqueza a la ya poseída. El arte de la época se hará eco de este sentimiento y lo plasmará en sus catedrales románicas, preñadas de portadas con figuras hieráticas e imágenes alegóricas que inducen al temor, el miedo y el reconocimiento de la condición de pecadores, bajo un manto de oscuridad en sus interiores que invitaba a la oración y al recogimiento devoto. No es casual que en esta época se prodigaran las expediciones guerreras sustentadas en la fe religiosa -Cruzadas- para rescatar y reinstaurar el catolicismo en territorios que se hallaban en manos de los infieles<sup>55</sup>. Atravesado el umbral cronológico fatídico sin visos de hecatombe, surge un espíritu renovado, brioso, con ansias de recuperar el tiempo vivido bajo un sentimiento atenazador.

Por lo que respecta al ámbito socioeconómico, es más que evidente una mejora de las condiciones de vida a partir del siglo XII, consecuencia directa de la nueva concepción del poder político en torno a la guerra, lo que incidirá sin duda alguna en una mayor preocupación del monarca por los súbditos que habitan con él, a lo que habría que añadir el fomento de la actividad comercial que ya no se limita a los espacios más próximos, sino que se proyecta a través de rutas

---

<sup>55</sup> BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2010, pág. 168, nota al pie 85.



vez que pugnarán enconadamente por mantener y acrecentar el poder y privilegios adquiridos frente a los monarcas.

El peso de la sociedad urbana se erige en un factor digno de tomarse en consideración, sobre todo cuando nos referimos a las ciudades con gran pujanza comercial donde la burguesía integrada por comerciantes y artesanos se abre al mundo comercial y presenta una mayor sensibilidad e inclinación en lo que concierne a la cultura. A partir del siglo XI comienza un éxodo del campo a la ciudad, que será aprovechado por los comerciantes para adaptarse a las nuevas necesidades de una sociedad urbana en clara expansión. Este trasiego del campo a la urbe repercutirá en gran medida en cuanto a la demografía, pues se produce un aumento significativo de la población, que ya comienza a asentarse en la periferia de las ciudades, al otro lado de las murallas medievales; fruto del fenómeno cada vez se detectan más diferencias entre el campo y la ciudad, y conviven dos mundos antagónicos, urbano y rural, que reflejan realidades bien distintas, pues mientras la segunda seguía anclada al régimen señorial, la urbana se asocia al comercio y proyecta sus miras al intercambio de todo tipo. Este auge de las ciudades aportará una nueva composición de la sociedad<sup>58</sup>, en la que los llegados del agro sobrepasarán en número a los componentes del régimen señorial y, por ende, serán las clases

---

<sup>58</sup> CALASSO, F. *Op. Cit.* 1954, págs. 350, 351.



inferiores las que irán integrando mayoritariamente la actividad industrial, comercial y artesanal.

Y, evidentemente, este nuevo paisaje urbano tiene consecuencias marcadas en cuanto a la economía se refiere, pues el factor económico también concurre con los demás en todo este proceso analizado. Precisamente podemos comprobar en este caso la interrelación existente entre la economía y el derecho, pues los usos y costumbres empleados por los comerciantes en sus transacciones dejan de tener un ámbito meramente local y doméstico para asentarse ya en niveles regionales e internacionales, de tal manera que se va conformando *una lex mercatoria* con el sostén jurídico que representa el estudio científico del Digesto llevado a cabo por la Escuela de los glosadores, que muestran una actitud reverencial para con el Derecho romano. Sin este grado de desarrollo de la legislación mercantil impuesta por los propios comerciantes difícilmente se hubiera producido la revolución comercial experimentada entre los siglos XI a XIV<sup>59</sup>, época que constituye el verdadero preámbulo del Renacimiento y de la posterior Revolución industrial.

---

<sup>59</sup> PIERGIOVANNI, D. *Diritto commerciale nel diritto medievale e moderno*, en Digesto delle discipline privatistiche. Sezione IV commerciale. Torino, 1989; BENSON, B. *The spontaneous evolution of commercial law*, en *Southern Economic Journal* n° 55. 1989, págs. 644-681.

En el panorama cultural, la Baja Edad Media representa la superación de una etapa anterior de oscurantismo que se había instalado desde la caída del Imperio romano. Tanto el poder político como el económico ensalzan el papel de la cultura y fomentarán su desarrollo a través de unas fundaciones que luego se transformarán en universidades, así denominadas por contar entre sus objetivos la enseñanza de la universalidad de los saberes medievales. El saber deja de estar circunscrito al ámbito monacal y conventual y se proyecta hacia la sociedad a través de las escuelas urbanas creadas por la burguesía con el beneplácito real, germen con el tiempo de las universidades a las que la clase burguesa puede acceder para obtener un título académico –licenciado o doctor- ante la imposibilidad de contar con títulos nobiliarios. Al calor de la Universidad, el Derecho comienza a ser estudiado al margen de la Retórica y surgen escuelas de juristas que, *ab initio*, se concentran en la mera teoría –glosadores- pero que, con el tiempo, adoptarán otra dimensión y atenderán aspectos prácticos de la vida cotidiana –posglosadores o comentaristas-. A su vez, la labor de la Iglesia que predicó una doctrina universalista, así como la concepción del Sacro Imperio romano-germánico diseñada por Carlomagno tendente al universalismo, influirán en gran medida para superar la fragmentación del poder político propia de la Alta Edad Media. En cuanto al Derecho<sup>60</sup>, se presenta como la expresión de un fenómeno cultural elitista, como lo demuestra

---

<sup>60</sup> SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit. I.* 2001, págs. 33 y 34.















tratando de desligarse del paraguas representado por el poder imperial que el emperador ejercía sobre su imperio, y erigirse así en una suerte de emperador dentro de su propio reino<sup>68</sup>. Y también en este caso el Derecho romano sirvió para consolidar el poder político de los reyes, al igual que lo había sido durante el Imperio, de la misma manera que los juristas desempeñarán un papel similar en estas monarquías al que ejercieron durante la época del Imperio.

Aun así, el proceso de desmembración del Imperio Romano-Germánico fue heterogéneo según los casos: en Francia y Sicilia, por ejemplo, a través de la intervención del Papa Inocencio III<sup>69</sup> y Gregorio IX<sup>70</sup>, respectivamente, en un

---

<sup>68</sup> “*Rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*”, máxima muy reproducida en textos de la época, tan conocidos como, por ejemplo, en Las Partidas (II, 1, 1). En torno a la monarquía de la época medieval, PORRAS ARBOLEDA, P.A. *Los reinos occidentales*, en AA.VV. Historia de España VIII. España medieval. La época medieval. Administración y gobierno. Istmo. Madrid. 2003, págs. 57 y ss. Información tomada de la página [https://books.google.es/books?id=ysSeAGarY7YC&pg=PA59&lpg=PA59&dq=Bula+per+venerabilem&source=bl&ots=PaKeDIa0ve&sig=A9Ph6lMxrz17Tz\\_EGxU4SI3rtLE&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjz309L7RAhVBPhQKHf5rCy4Q6AEIOjAF#v=onepage&q=Bula%20per%20venerabilem&f=false](https://books.google.es/books?id=ysSeAGarY7YC&pg=PA59&lpg=PA59&dq=Bula+per+venerabilem&source=bl&ots=PaKeDIa0ve&sig=A9Ph6lMxrz17Tz_EGxU4SI3rtLE&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjz309L7RAhVBPhQKHf5rCy4Q6AEIOjAF#v=onepage&q=Bula%20per%20venerabilem&f=false) (consultado con fecha 13 de enero de 2017).

<sup>69</sup> A través de la Bula *Per venerabilem*, del año 1202. Sobre la referida Bula, BAYONA AZNAR, B.; DE C.R. DE SOUSA, J.A. *Iglesia y Estado. Teorías políticas y relaciones de poder en tiempos de Bonifacio VIII (1294-1303) y Juan*



Navarra, donde, sin pertenecer al Sacro Imperio, los reyes asumieron directamente el ejercicio de su plena potestad en el respectivo reino, cual si fueran emperadores<sup>71</sup>, sin la necesidad previa de desmarcarse y desligarse de una hipotética autoridad imperial.

## II. DIFUSION DEL *IUS COMMUNE*: EL FENOMENO DE LA RECEPCION

Los medios a través de los cuales el *Ius commune* se difunde y penetra en Europa son, principalmente, los estudiantes, las universidades y las obras jurídicas, sin obviar la connivencia operada de los emperadores y reyes, quienes junto a la burguesía, lograrán imponerse al rechazo esgrimido por la nobleza y el clero.

Con relación a los reyes y emperadores, de todos es sabida la fragmentación del poder político que se instala en la época feudal y cómo el derecho se torna un factor aglutinante

---

[\\_MAs#v=onepage&q=Gregorio%20IX%20Federico%20II%20Sicilia&f=fals](#)  
e (consultado con fecha 13 de enero de 2017)

<sup>71</sup> Caso de Alfonso X el Sabio en Castilla (Fuero Real, Las Partidas); o Jaime I el Conquistador y Vidal de Canellas en Aragón (Código de Huesca o Fueros de Aragón; Vidal Mayor). Sobre el particular, BARRERO GARCIA, A.M. *El derecho local, el territorial, el general y el común en Castilla, Aragón y Navarra*, en *Diritto comune e Diritti locali nella storia dell'Europa*. Atti del convegno di Varenna (12-15 giugno 1979). Giuffrè. Milano. 1980, págs. 263 y ss.

que permite a las monarquías que se van asentando en países europeos concentrar el poder (Inglaterra, Alemania, España). La referencia a Roma y al Derecho romano es inevitable, tanto por el poder temporal –Imperio–, como el espiritual –Papado–, sobre todo tras la experiencia vivida en el Sacro Imperio Romano Germánico de Carlomagno, en la que el poder imperial guardaría relación con la noción romana de *auctoritas* a la hora de identificar los poderes del *princeps*<sup>72</sup>, tanto para consolidar su posición ante el poder creciente de la Iglesia<sup>73</sup>, cuanto para justificar las noveles monarquías su autonomía frente al emperador y legitimar sus grandes poderes<sup>74</sup>. Vemos aquí, claramente, un ejemplo más que ilustrativo en donde la advocación a Roma superaba la mera línea de la política para traer a colación el recurso al modelo que representaba para la época el Derecho público romano<sup>75</sup> desde un punto de vista práctico a través de sus instituciones jurídicas.

---

<sup>72</sup> SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit.* I. 2001, pág. 36.

<sup>73</sup> Respecto a la recepción del Derecho romano por el Derecho canónico, GARCIA y GARCIA, A. *El renacimiento de la teoría y práctica jurídica. Siglo XII*, en *Op. Cit.* 1999, pág. 12.

<sup>74</sup> Durante la Baja Edad Media en Francia se planteará la polémica en torno a si el rey francés ostentaba una soberanía propia respecto al emperador. En este sentido, THIREAU, J.L. *Op. Cit.* 2006, págs. 76-79.

<sup>75</sup> En este sentido Koschaker, P.; Solidoro Maruotti, L.; Cavanna, A., todos ellos reseñados por TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 219.

Uno de los verdaderos elementos propagandísticos que aceleraría e intensificaría la difusión del Derecho romano justinianeo, ingrediente esencial del *Ius commune*, sería la Universidad, responsable en gran medida de la ciencia jurídica de la época, recluida durante la Alta Edad Media entre las gruesas y silentes paredes de conventos y monasterios<sup>76</sup>. Durante la Alta Edad Media el estudio del Derecho no se realizaba sino en el marco del *Studium generale* a propósito de la asignatura de la Retórica, integrante del *Trivium* junto a la Gramática y la Dialéctica. Precisamente en la Escuela de Pavía se enseñaba Retórica y en su seno se impartían conocimientos del Derecho longobardo, más tarde sustituido por el Derecho romano entendido como ley general de todos (*lex generalis omnium*)<sup>77</sup>. Así es, en dicha Escuela se acometerá el estudio del

---

<sup>76</sup> Ya nos hemos referido con antelación a la ciencia jurídica en la Alta Edad Media y a la polémica sobre su actuación: frente a quienes reducen su papel al mero efecto conservador de la cultura (CANNATA, C.A.; GAMBARO, A. *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea II*, 4ª edición. Torino. 1989, pág. 15), otros, a los que nos sumamos, le reconocen efectos creadores y no meramente de conservación (TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, págs. 207-209).

Una reafirmación de la sobrevivencia del Derecho romano en la Alta Edad Media, premisa necesaria para sostener la continuidad de la ciencia jurídica en este período, en MORELLI, G. *Op. Cit.* 2003, págs. 34-36.

<sup>77</sup> BERNAD SEGARRA, L.; BUIGUES OLIVER, G. *Las ideas jurídico-políticas de Roma y la formación del pensamiento jurídico europeo*. Publicaciones. Universidad de Valencia. Valencia. 2008, pág. 108.

Derecho longobardo<sup>78</sup> integrado con el Derecho romano, que hasta entonces se aplicaba supletoriamente en el Sacro Imperio Romano Germánico como derecho común en defecto de disposiciones particulares.

Sin embargo, será en Bolonia y su Universidad donde el estudio del Derecho se especializa y se desgaja de la Retórica, dando un paso decisivo y yendo más allá de su mero tratamiento dialéctico, lo cual responderá a las nuevas necesidades surgidas en las ciudades, en las que una élite económica y cultural debía encontrar sustento jurídico a buena parte de sus actividades (abogados, notarios, síndicos, defensores)<sup>79</sup>. Así, Irnerio, práctico del foro, se apartará del modelo de estudio anterior sustentado en las artes liberales (Quadrivium: Aritmética, Astronomía, Geometría, Música; Trivium: Gramática, Retórica, Dialéctica) y, a través del método

---

<sup>78</sup> Con relación a la práctica longobarda y la academia romanística, CORTESE, E. *Op. Cit.* 2006, págs. 7 y 8. Una referencia al pueblo longobardo y su derecho en MORELLI, G. *Op. Cit.* 2003, págs. 23-26. Sobre la Escuela de Pavía y el Derecho longobardo, CAVANNA, A. *Tramonto e fine degli Statuti lombardi*, en *Diritto comune diritti local ...* Giuffrè. Milano. 1980, págs. 305 y ss.; D'AMELIO, G. *Una falsa continuità: Il tardo diritto longobardo nel Mezzogiorno*, en *Studio Calasso*. Roma. 1978, págs. 369 y ss.; VACCARI, P. *Diritto longobardo e letteratura longobardistica intorno al diritto romano*. IRMAE I, 4b. Milano. 1966, págs. 4 y ss.

<sup>79</sup> En torno al efecto difusor del *Ius commune* a través de la Escuela de Bolonia, MORELLI, G. *Op. Cit.* 2003, págs. 47-49.



Siguiendo el ejemplo boloñés, se fueron creando otras universidades para evitar el traslado a Bolonia de los estudiantes, y así surge un buen número de centros de estudios universitarios, ya dentro de Italia (Vicenza, Arezzo, Padova, Napoli), ya en otros países (Montpellier, Toulouse, Avignon, Orléans, Palencia, Salamanca, París, Valladolid, Oxford, Cambridge)<sup>85</sup> en los que se imparte y aprende fundamentalmente Derecho romano y Derecho canónico según el modelo implantado por los autores del *Ius commune* y, más concretamente, el *mos italicus*<sup>86</sup>, dado que en tales universidades se desconocían otras modalidades distintas al Derecho de la recepción, hasta llegar a desdeñar el Derecho altomedieval tradicional y el que había surgido fruto de la iniciativa de los reyes, lo que propiciará un cierto divorcio entre el Derecho de las universidades y la práctica jurídica, muchas veces

---

*vademecum del ius commune*", según apunta acertadamente SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit.* I. 2001, pág. 73.

<sup>85</sup> En cuanto a la difusión del modelo de la Universidad de Bolonia en Europa, FEENSTRA, R. *Influence de l'enseignement du droit romain sur les nations étrangères*, Actes du Congrès sur l'ancienne Université d'Orléans (XIIIe-XVIIIe siècles). Orléans. 1962, págs. 45-62.

<sup>86</sup> A propósito del *mos italicus*, LUIGI, K. *Mos gallicus, mos italicus*. Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HGR) III. Berlin. 1984, págs. 691 y ss.; RICCOBONO, S. *Mos italicus e mos gallicus nella interpretazione del Corpus iuris civilis*, en *Acta Congressus Iurid. Internat.* II. Roma. 1935, págs. 377 y ss.



impregnada del Derecho nacional del territorio correspondiente. Tal resultó la primacía de la versión boloñesa del *Corpus iuris* en el panorama jurídico europeo, que no se realizarán comentarios sobre las distintas legislaciones nacionales sino hasta consumada la liquidación del *Ancien Régime*.

Así pues, serán las Universidades las impulsoras de la nueva ciencia jurídica con carácter autónomo entre los muros de sus aulas y bibliotecas. Muchos estudiantes de Europa acuden a la Universidad italiana de Bolonia para aprender Derecho romano y canónico *-utriusque iuris-* atraídos por su prestigio y las innovaciones establecidas en el estudio del Derecho<sup>87</sup>. Dentro de ese contingente estudiantil se distinguen los hijos de la pujante burguesía europea que puede costear tal estancia, así como los miembros pertenecientes a instituciones religiosas que han sido beneficiarios del mecenazgo religioso. Concluidos los estudios, una mínima parte de los estudiantes permanecían en la Universidad como profesores<sup>88</sup>, mientras que

---

<sup>87</sup> Fue habitual en Bolonia la ubicación y reunión de los estudiantes según su origen y nacionalidad, y así surgirá el Colegio de San Clemente de los Españoles (1364), todavía hoy existente. Sobre los estudios de leyes en la Universidad de Bolonia, GARCIA, y GARCIA, A. *Las Facultades de leyes*, en *Op. Cit.* 1999, págs. 73 y ss.

<sup>88</sup> Con relación al profesorado de la Universidad medieval, GARCIA y GARCIA, A. *Las Facultades de leyes; La enseñanza del derecho en la Universidad medieval*, en *Op. Cit.* 1999, págs. 85-89, 95-100, respectivamente.

en su mayoría regresaban al lugar de origen para ocupar puestos relevantes en la administración política y judicial, dado el interés de los reyes en rodearse de los mejores especialistas<sup>89</sup> para la elaboración de textos jurídicos que consolidaran su poder y uniformaran el Derecho.

Precisamente las obras jurídicas se convierten en un vehículo importante de transmisión del *Ius commune*, pues por medio de ellas se permite su estudio en las universidades a los estudiantes, quienes tendrán contacto con los textos romanos originales<sup>90</sup>, a la sazón principal materia prima del nuevo derecho; y, a la vez, con el aporte de los glosadores y posglosadores se logrará rescatar las viejas obras clásicas de los

---

<sup>89</sup> Son los casos en Aragón y Castilla, respectivamente, de Vidal de Cañellas y Jacobo de las Leyes. Sobre el particular, BARRERO GARCIA, A.M. *Op. Cit.*, págs. 275, 276; MARTINEZ DIAZ, G. *Los comienzos de la recepción del Derecho romano en España y el Fuero Real*, en *Diritto comune e Diritti locali nella storia dell'Europa*. Atti del convegno di Varenna (12-15 giugno 1979). Giuffrè. Milano. 1980, págs. 258, 259.

<sup>90</sup> Los textos legales de estudio básicos en las Facultades de Leyes medievales son el *Corpus Iuri Civilis* y el *Corpus Iuris Canonici*, en tanto que los géneros literarios empleados en los escritos jurídicos de la época eran muy variados, ya fueran introductorios (*proemium, accesus, principium, prefatio, praeludium, introitus, exordium, praeparatoria*), o no lo fueran (*casus, glosase, lectura, summae, distinctiones, argumenta, brocarda, insolubilia, quaestiones legitimae o de facto, consilia, abbreviationis, concordantiae, recollectio, repertorium*, etc.). Al respecto, GARCIA y GARCIA, A. *Las Facultades de leyes*, *Op. Cit.*, págs. 78 y ss.

conventos y monasterios, que se habían convertido en los verdaderos custodios y reductos del saber jurídico. A través de estos libros jurídicos no solo se contó con un material de incalculable valor para la práctica forense, sino que también se conformará el grueso más importante del material docente de las universidades europeas, todo un contingente muy superior en número y calidad al de los respectivos derechos tradicionales en los distintos territorios europeos.

Aun cuando la recepción del *Ius commune* se puede considerar un fenómeno de corte general en Europa, lo cierto es que se produce en tiempo y manera diferentes dentro de los diversos territorios<sup>91</sup>: en efecto, si bien detectamos generalizadamente aspectos ya citados con antelación, como el favor del nuevo derecho mostrado por reyes y emperadores, así como el papel difusor de las universidades, lo cierto es que hay particularidades en cada uno de los reinos. Un ejemplo de lo dicho tiene que ver con las resistencias que hubo de vencer este Derecho, muy dispares entre sí, puesto que en los territorios con presencia de un derecho arraigado el obstáculo para su penetración fue mucho mayor. Así sucedería, por poner algunos casos, en la península itálica con los derechos municipales de las repúblicas o

---

<sup>91</sup> TOMAS y VALIENTE, F. *Op. Cit.*, págs. 200 y ss.

reinos; Países Bajos<sup>92</sup>; Francia<sup>93</sup>; Portugal<sup>94</sup>; Escocia<sup>95</sup>; Inglaterra<sup>96</sup>; Alemania<sup>97</sup>; o el caso de España impregnada de

---

<sup>92</sup> HERMESDORF, B.H.D. *Römische Recht in den Niederlanden*. Ius Romanum Medii Aevi (IRMAE) V, 5a. Mediolani. Giuffrè, 1968; STINZING, R.; LANDSBERG, E. *Op. Cit.* I. 1880, págs. 314 y ss.; VAN CAENEGEM, R.C. *Le droit romain en Belgique*. Ius Romanum Medii Aevi (IRMAE) V, 5b. Mediolani. Giuffrè, 1966; GODDING, PH. *Le Droit privé dans les Pays-Bas méridionaux du 12e au 18e siècle*. Bruxelles, 1987.

<sup>93</sup> Aunque la Revolución francesa pone en tela de juicio el Derecho romano por ser una expresión del *Ancien Régime* y los nuevos Códigos asumen este criterio, lo cierto es que tanto la jurisprudencia, cuanto la doctrina que desarrollan e interpretan dichos Códigos invocan el Derecho romano sin escrúpulos. En torno al fenómeno de la recepción en Francia, VINOGRADOFF, P. *Roman Law in Medieval Europe*. 3ª ed. 1961, págs. 71 y ss.; KOSCHAKER, P. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Segunda edición. Göttingen. 1967, págs. 76 y ss.; 108 y ss.; 142 y ss.; 221 y ss.; CALASSO, F. *Op. Cit.* 1954, págs. 611 y ss.; WIEACKER, F. *Op. Cit.* 1955, págs. 65 y ss.

<sup>94</sup> DE ALMEIDA COSTA, M.J. *Romanisme et Bartolisme dans le droit portugais*, en BARTOLO DA SASSOFERRATO. *Studi e documenti per il VI centenario I*. 1962, págs. 300 y ss.; TOMAS y VALIENTE, F. *Op. Cit.* 2016, pág. 202.

<sup>95</sup> STEIN, P. *The influence of Roman Law on the Law of Scotland*. SDHI nº 23. 1957, págs. 149 y ss.; *Roman Law in Scotland*. IRMAE V, 13b. Mediolani. Giuffrè, 1968; CAMPBELL, H. *Diritto scozzese e diritto romano*, en BARTOLO DA SASSOFERRATO. *Studi e documenti per il VI centenario I*. 1962, págs. 75 y ss.; BRAGA DA CRUZ, G. *Il diritto sussidiario nella storia del diritto portoghese*, IRMAE V, 3b. 1981; HESPANHA, A.M. *Op. Cit.* 1983, págs. 1 y ss.

<sup>96</sup> VINOGRADOFF, P. *Op. Cit.* 1961, págs. 97 y ss.; VAN CAENEGEM, R.C. *The Birth of the English Common Law*. Cambridge, 1973; STEIN, P.







En Aragón<sup>102</sup>, a pesar de que el autor de la compilación de derecho aragonés (Vidal de Canellas, Fuero de Huesca, 1247) se había formado en la Universidad de Bolonia, ni siquiera el *Ius commune* tendrá carácter supletorio, si bien los juristas aragoneses lo tuvieron como referente a la hora de interpretar y aplicar su propio Derecho; en Valencia<sup>103</sup>, fruto de una reconquista tardía que impediría el arraigo de un derecho propio, el *Ius commune* penetró de manera expedita y se reflejaría en los *Furs regni Valentiae*, inspirados en el *Codex* de Justiniano<sup>104</sup>; Mallorca, finalmente (Privilegio de Gaeta, año 1439, Alfonso V)<sup>105</sup>, declarará como supletorio el *Ius commune* después de haberlo sido con anterioridad los *Usatges*, en defecto del *Llibre de Costums*, a la sazón derecho general en el territorio mallorquín.

La zona de la Bética también contó con gran influencia del Derecho romano, pues allí surgió una de las obras cumbre de la cultura romana clásica en la España visigoda, *Etymologiae* de

---

<sup>102</sup> MARTINEZ DIEZ, G. *En torno a los Fueros de Aragón de las Cortes de Huesca de 1247*. AHDE nº 50. 1980, págs. 69-92; BARRERO GARCIA, A.M. *Op. Cit.* 1980, págs. 275.277.

<sup>103</sup> GARCIA GALLO, A. *Op. Cit.* 1980, págs. 241 y ss.

<sup>104</sup> IGLESIA FERREIROS, A. La recepción del Derecho común: estado de la cuestión e hipótesis de trabajo, en *El dret comú i Catalunya: actes del II Simposi Internacional, Barcelona, 31 maig-1 juny de 1991* (Coord. Iglesia Ferreiros, A.). Fundació Noguera. 1992, pág. 323.

<sup>105</sup> GARCIA GALLO, A. *Op. Cit.* 1980, págs. 248, 249.





Derecho romano justinianeo, resumimos afirmando que existen una serie de factores que impulsan esta recepción y difusión: ya de orden cultural, fruto de la nueva ciencia jurídica creada en las universidades italianas y divulgada por lo estudiantes que allí acuden para ilustrarse; ya razones técnicas, derivadas de su aplicación indirecta a través de la invocación del Derecho canónico por ante los tribunales eclesiásticos; ya motivos económicos, tomando como eje central las ciudades convertidas en urbes comerciales en las que el Derecho romano se adaptaba mejor que otros al naciente capitalismo; o, por fin, aspectos sociopolíticos, dada la aceptación del Derecho romano tanto por la Iglesia como por el Imperio, al convertirse en un instrumento jurídico útil para ambos en la consecución de sus intereses respectivos.

Surge, pues, la conciencia generalizada de que existe un *Ius commune* romano-canónico que convive tanto con los Derechos estatutarios municipales en Italia, como con el Derecho consuetudinario de los demás territorios de Europa. A su vez y consecuencia de lo anterior, dada la visión imperial del Derecho romano-canónico impuesta por los glosadores *-unum esse ius-*, se observa una visión crítica respecto hacia las leyes personales *-derechos municipales, regionales, estatales-*, que se apartan del modelo único romano-canónico, tildadas por ello de absurdas<sup>109</sup> al no asumir la concepción de la unidad jurídica

---

<sup>109</sup> CALASSO, F. *Op. Cit.* 1954, págs. 370-372.

que encarna el Imperio *-reductio ad unum-*, cuya única fuente legítima legislativa es el *Corpus Iuris Civilis*. Y es que la pugna entre el Derecho romano-canónico (*Ius commune*) y el resto de los derechos (*iura propria*) no hace sino resaltar el conflicto que reina entre los diversos poderes: por un lado, el que representa el viejo modelo con una visión imperial; y, por otro, el nuevo o municipal, poniendo de manifiesto una tensión que se irá incrementando progresivamente, en la que el *Ius commune*, cuando menos durante los siglos XII y XIII, no nacerá para engullir y neutralizar al resto de ordenamientos jurídicos, sino que ejercerá más bien un papel de mediación entre la óptica universal del Derecho romano y la local de los ordenamientos particulares<sup>110</sup>, al ordenar el localismo jurídico existente y la pluralidad de fuentes jurídicas concurrentes, tal como lo demuestra el hecho de estar subordinado aquel al Derecho romano, de tal suerte que toda desviación respecto de este fuera reconducida a los principios generales.

Afortunadamente, esta tensión será solventada gracias a la ciencia jurídica en el seno de las Universidades, lo que permitirá revertir la relación apuntada entre los términos implicados y propiciar la subordinación del *ius proprium* al *Ius commune* elevado a la categoría de *communis opinio doctorum*, sobre todo tras el aporte llevado a cabo por los

---

<sup>110</sup> SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit.* I, págs. 46, 47.









discípulos de los posglosadores o comentaristas, claramente influidos por el Derecho romano, exponente de la noción de Imperio y de Derecho uniforme<sup>119</sup> frente a un Derecho privado alemán excesivamente fragmentado.

De ahí que la recepción del Derecho romano-canónico se producirá en Alemania como un todo (*in complexu*)<sup>120</sup> y a partir del siglo XVI se vislumbra que el Derecho romano se había inoculado en la legislación imperial como único Derecho imparcial signo de paz y orden<sup>121</sup>, con lo que se consumará el proceso de recepción, no obstante la influencia en algunas materias del Derecho canónico y que en otras se legislara específicamente para resolver asuntos concretos<sup>122</sup>. En todo caso, el proceso de recepción del Derecho romano en Alemania no es uniforme<sup>123</sup>, ante la multiplicidad de variedades regionales existentes<sup>124</sup>.

---

<sup>119</sup> SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit.* I. 2001, pág. 96.

<sup>120</sup> KOSCHAKER, P. *Op. Cit.* (trad. 1955), págs. 38 y ss.

<sup>121</sup> STEIN, P. G. *Op. Cit.* 2001, pág. 130.

<sup>122</sup> CANNATA, C.A. *Op. Cit.* 1996, pág. 160.

<sup>123</sup> FERNANDEZ BARREIRO, A. *Op. Cit.* 1992, pág. 48.

Una visión pormenorizada de la recepción del Derecho romano en las distintas regiones del territorio alemán en WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, págs. 155 y ss.

<sup>124</sup> CANNATA, C.A. *Op. Cit.* 1996, págs. 152-153.



Surge así el denominado *Usus modernus Pandectarum*, una síntesis madura y autónoma realizada por los juristas alemanes de la recepción entre los siglos XVII y XVIII<sup>125</sup>, que consiste más en la apreciación de modificaciones consuetudinarias al Derecho común (la manera contemporánea y selectiva de usar el *Corpus Iuris*), que en la detección de distorsiones efectuadas al Derecho común por los Derechos particulares, o que en la mera interpretación de los Derechos particulares escritos conforme al Derecho común<sup>126</sup>. De ahí que el *Usus modernus* representó el tránsito a una ciencia jurídica particular, con vocación positivista; contactó con la realidad; y, forzado por la necesidad, cumplió la misión de atender un momento histórico concreto en la recepción del Derecho romano y en la paulatina conformación del Derecho alemán. Por su través, surge un nuevo *mos italicus* que se aparta de su anterior versión y abandona la técnica del comentario de los textos justinianeos, fruto de la imparable progresión de los ordenamientos jurídicos nacionales tras el debilitamiento paulatino del Imperio y el consiguiente nacimiento de múltiples Estados soberanos. De ahí la gran importancia y repercusión del fenómeno de la recepción

---

<sup>125</sup> CANNATA, C.A. *Op. Cit.*1996, pág. 162. En torno a las posibles causas del surgimiento del movimiento, AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.*, 2005, págs. 190-191.

<sup>126</sup> WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.*1998, pág. 186;

en Alemania, dada su singularidad<sup>127</sup>, basada en la reelaboración del material romanístico en la práctica forense y las amplias implicaciones que acarreará en la ciencia jurídica europea moderna. Y es que desde fines del siglo XVI las sentencias judiciales de los tribunales constituirá la base de la nueva doctrina que toma ahora el testigo de la otrora *communis opinio doctorum*<sup>128</sup>, una experiencia que se manifestará con mayor vigor en Alemania, hasta el punto de originar una doble variedad de recepción<sup>129</sup>, teórica y práctica. Por tal motivo, la recepción del Derecho romano en Alemania resolverá el problema de la adopción del derecho común en un territorio en el que la diversidad y fragmentación de sus derechos dificultaba y obstaculizaba la implantación de un inexistente Derecho nacional<sup>130</sup>.

En suma, la experiencia del *Usus modernus pandectarum* representa una nueva metodología y dogmática que se emancipa de los posglosadores para adaptarse a la nueva práctica del Derecho aplicado en la realidad surgida de la Guerra de los Treinta Años<sup>131</sup>, y se caracterizará por “consolidar

---

<sup>127</sup> Concretamente, una recepción práctica y profana, en palabras de WIEACKER, F. *Op. Cit.* 1967, págs. 124 y ss.; 204 y ss.

<sup>128</sup> SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit.* II. 2003, pág. 13.

<sup>129</sup> WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, pág. 135.

<sup>130</sup> CANNATA, C.A; GAMBARO, A. *Op. Cit.* II. 1989, pág. 188.

<sup>131</sup> CANNATA, C.A.; GAMBARO, A. *Op. Cit.* II. 1989, pág. 181.









contratos y familia<sup>143</sup>, que dejarán atrás la visión estrecha y reduccionista de la experiencia jurídica medieval en el tratamiento del Derecho romano, considerada para aquel momento como si se tratara de un patrón inmutable de justicia<sup>144</sup>. La libertad aportada por el iusnaturalismo a los juristas, amparada en el imperio de la razón, permitirá reformular el sistema construido por el Derecho romano con arreglo a los nuevos patrones éticos, y estas nuevas concepciones penetrarán en los códigos denominados iusnaturalistas, que darán pie al periodo de codificación iusnaturalista.

Más que relevante resulta también la influencia y aporte del iusnaturalismo por lo que respecta al movimiento codificador que irrumpiría de forma imparable a mitad del siglo XVIII y durante el siglo XIX, sobre todo por haber servido de armazón sistemático al Derecho civil y haber provisto los principios básicos de la doctrina moderna. Si bien este impulso al movimiento codificador cuestionaba el sistema jurídico vigente en Europa para el momento, con la consiguiente reticencia hacia el Derecho romano<sup>145</sup>, en modo alguno se pudo evadir y sortear su omnipresente estela en conceptos tan básicos

---

<sup>143</sup> Sobre las aportaciones del iusnaturalismo en materia de Derecho privado, WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, págs. 231 y ss.

<sup>144</sup> SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit.* II. 2003, pág. 19.

<sup>145</sup> CANNATA, C.A.; GAMBARO, A. *Op. Cit.* II. 1989, pág. 226.







estamos en presencia de un código de corte romanista, no obstante encabezar el proceso de remplazo de la figura del jurista por la de un pujante y preponderante legislador<sup>150</sup>. Y es que el nuevo Código civil francés logrará alcanzar el punto intermedio entre la tradición jurídica romanista y un pretendido radicalismo a través del puente que tendería el individualismo revolucionario<sup>151</sup>, ya que la Revolución francesa permitirá congeniar el Derecho con el Derecho natural de sus filósofos (Montesquieu, Voltaire, Rousseau) y enlazar en el seno del Código civil las notas de conservadurismo, espíritu burgués y familia patriarcal con un marcado tinte liberal e individualista<sup>152</sup>, lo cual, merced al equilibrio alcanzado, lo llevará a encumbrarse como uno de los Códigos más alabados y admirados a lo largo de la historia<sup>153</sup>.

Por su parte, el movimiento de la Pandectística alemana, emanado en el seno de la Escuela histórica del derecho, logrará un resurgimiento del Derecho romano<sup>154</sup> propiciado, entre otras razones, por la ausencia de un Estado unitario alemán capaz de

---

<sup>150</sup> SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit.* II. 2003, pág. 64.

<sup>151</sup> WIEACKER, F. *Op. Cit.* 1967, pág. 339.

<sup>152</sup> CANNATA, C.A.; GAMBARO, A. *Op. Cit.* II. 1989, pág. 276.

<sup>153</sup> Sobre la irradiación del *Code civil* francés, BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2010, págs. 209, 210.

<sup>154</sup> BERNAD MAINAR, R. *La pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno*. RIDROM nº 17. Octubre 2016, págs. 1-80.



aporte del movimiento a la evolución de la ciencia jurídica<sup>158</sup>, como lo demuestra el hecho de seguir constituyendo una de las grandes bases del Derecho privado actual, más aún tras su gran incidencia en la elaboración del Código civil alemán (BGB), ya que, si bien tras su publicación el Derecho romano adquiriría un marcado tinte histórico, merced al impulso proporcionado e insuflado por el movimiento pandectístico, se logrará aumentar en general los estudios romanísticos, del mismo modo que la doctrina civilista pandectística, por ser mayoritaria, adquirirá visos de significativa influencia dentro de la cultura jurídica europea<sup>159</sup>.

Así pues y, a modo de conclusión, podemos sostener que, a partir del recorrido histórico trazado, el Derecho romano se presenta como la columna vertebral del genuino Derecho común europeo desde la época de su resurgimiento en las universidades italianas en el siglo XI hasta el mismo siglo XX cuando concluye el proceso codificador. Lo fue también en la etapa del emperador Justiniano tras la división del Imperio romano y su consiguiente amputación de la parte occidental a cargo de los pueblos bárbaros; del mismo modo lo intentó ser durante el efímero intento unificador político encarnado en el

---

<sup>158</sup> Sobre las aportaciones de la pandectística en materia de Derecho privado, BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* RIDROM nº 17. 2016, págs. 69-71.

<sup>159</sup> FERRAJOLI, L. *Scienze giuridiche*, en STAIANO, C. La cultura giuridica del Novecento. Roma-Bari. 1996, págs. 559 y ss.



penetración nada desdeñable del Derecho romano-canónico en Inglaterra como elemento culto a través de las Universidades<sup>162</sup>, Oxford y Cambridge, donde por medio de Vacario<sup>163</sup> se enseña el *Ius commune*, cuya proyección culta se consolida gracias al impulso de autores de la talla de Glanvill (*Tractatus de legibus et consuetudinibus Regni Angliae*)<sup>164</sup> y Bracton (*De legibus et consuetudinibus Angliae*)<sup>165</sup>. De ahí que siguiendo este recorrido histórico<sup>166</sup> resulte difícil concebir una identidad europea de la Edad Media y Moderna prescindiendo del sumatorio integrado por el Derecho romano-canónico, los Derechos germánicos y el resto de Derechos particulares, que aunados arrojan como resultado un derecho común escrito, cuya existencia explicará en gran medida la demora en la aparición y consolidación de los distintos derechos nacionales, los cuales una vez

---

<sup>162</sup> COMBALIA SOLIS, Z. *La influencia del "ius commune" en la formación del derecho anglosajón*, en *Ius commune y la formación de las instituciones de derecho público* (Coord. González-Varas Ibáñez, A.). Tirant lo Blanch. 2012, págs. 71-92.

<sup>163</sup> WEIMAR, P. *Die legistische Literatur der Glossatorenzeit*, en *Handbuch PRG*, I (1973), págs. 252 y ss.; KOSCHACKER, P. *Op. Cit.* 1955, págs. 74 y ss.

<sup>164</sup> HORN, N. *Die legistische Literatur der Kommentatoren und der Ausbreitung des gelehrten Rechts*, en *Handbuch PRG*, I, (1973), págs. 303 y ss.; KOSCHACKER, P. *Op. Cit.* 1955, págs. 213 y ss.

<sup>165</sup> SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit.* II. 2003, pág. 12.; RICHARDSON, H.G. *Bracton. The Problem of his Text*. Selden Society. London, 1965.

<sup>166</sup> TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 272.

conformados componen la familia romano-germánica del derecho<sup>167</sup>.

#### IV. EL *IUS COMMUNE* COMO PUNTO DE PARTIDA ANTE EL RETO DE UN DERECHO PRIVADO COMUN EUROPEO:

##### IV.1. PREAMBULO

Tradicionalmente, una de las diferencias que se presentaba como más emblemáticas entre las familias jurídicas del *civil law* y del *common law* era el carácter codificado de la primera frente al contenido judicial de la segunda<sup>168</sup>; sin embargo, aun cuando el sistema de derecho continental –*civil law*– sigue estando configurado en la actualidad en torno a un conjunto de normas legales aplicadas por la jurisprudencia, lo cierto es que dicha premisa distintiva entre ambas familias del derecho se ha atenuado muy considerablemente<sup>169</sup>.

Incluso, dentro de los ordenamientos jurídicos del sistema continental aparecen variantes que son consecuencia de una relación de factores bien definidos (ideológicos, grado de

---

<sup>167</sup> ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. *Introducción al Derecho comparado*. Oxford. University Press. México. 2002, págs. 83 y ss.; 144 y ss.

<sup>168</sup> BERNAD MAINAR, R. *Manual de historia del derecho*. Publicaciones UCAB. Caracas. 2013, pág. 353.

<sup>169</sup> AYMERICH OJEA, I. *Lecciones de Derecho Comparado* (Coord. ALTAVA LAVALL, M.G.). Publicaciones Universitat Jaume I. Castellón de la Plana. 2003, pág. 37; ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. *Op. Cit.*, pág. 213.







Derecho real aplicado en los distintos Estados nacionales implicados.

Parece incontestable que la existencia de un mercado único, emblema estrella de la UE, requiere de la unificación del Derecho privado, es decir, que el espacio económico común debe contar con un Derecho patrimonial privado común<sup>175</sup>. Si bien es cierto que se ha logrado una más que aceptable unificación normativa en algunos sectores del Derecho privado de la UE, todavía afloran recelos en cuanto a la génesis de un Derecho privado europeo que culmine su construcción con la superposición y posterior supresión de los Códigos respectivos en los diversos Estados miembros.

La unificación jurídica en Europa, sobre todo en el ámbito del Derecho privado, requiere de una labor previa de aproximación y armonización de las diversas variedades jurídicas nacionales para encontrar las bases ideológicas, sistemáticas y conceptuales comunes<sup>176</sup>, en cuya tarea el factor de la tradición histórica común se eleva a la categoría de determinante y enarbola la experiencia del *Ius commune* como patrón de conducta en la confección del Derecho, no sin dejar

---

<sup>175</sup> ZIMMERMANN R. *Prólogo*, en Estudios de derecho privado europeo. (trad. Vaquer Aloy, A.) Civitas. Madrid. 2000, pág. 11.

<sup>176</sup> ZIMMERMANN R. (trad. Vaquer Aloy, A.). *Prólogo*, *Op. Cit.* 2000, pág. 12.

de reconocer que el espíritu y el método presentes en la Baja Edad Media distan mucho de la situación actual que reclama el intento de unificación jurídica europea, a lo que habría que sumar la traba de carecer de un vehículo transmisor y aglutinante de la cultura europea común como lo fue en su momento la lengua latina<sup>177</sup>. Así pues, *ab initio*, surgen serias dudas en torno al carácter intemporal del *Ius commune* y la posibilidad de esgrimir en la actualidad, a modo de un regreso al futuro, el método utilizado por el *Ius commune* durante su travesía desde los inicios hasta la etapa de la codificación<sup>178</sup>.

#### IV.2. *IUS COMMUNE, IUS EUROPAEUM: ITA PROCUL, ITA PROPE ...*

A partir de lo adelantado en el preámbulo anterior debemos reconocer que la obtención de un nuevo *ius europaeum*, tal cual si se tratara de un nuevo *Ius commune*, es una empresa en modo alguna sencilla y, por tanto, no exenta de dificultades.

---

<sup>177</sup> WEIR, T. *Die Sprachen des europäischen Rechts Eine skeptische Betrachtung*, en *Zeitschrift fur Europäisches Privatrecht*. 1995, págs. 368-374.

<sup>178</sup> HALPERIN, J.L. *L'approche historique et la problématique du ius commune*. *Revista International de Droit Comparé*. 2000, pág. 730; OPPETIT, B. *Retour à un droit commun européen*, en *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*. Société du Législation Comparée. Collection Droit privé comparé et européen. Paris. 2003, pág. 17.

Tal brete podemos ponerlo de relieve comenzando por la misma delimitación del concepto y contenido del derecho común europeo, que representa de inicio un motivo de discrepancia más que significativo<sup>179</sup>:

Para algunos el reto se orienta a construir normativamente *ex novo* una solución unitaria, situación por lo demás opuesta al particularismo jurídico surgido de las codificaciones nacionales, lo que hace plantearnos la factibilidad de la iniciativa o si, en verdad, estamos más bien ante un experimento de laboratorio. Un proyecto del que nacen serias dudas en la práctica, dado que los principales códigos europeos que pusieron fin a las particularidades jurídicas de las distintas regiones que componían los nuevos estados nacionales han sido el fruto de un largo trabajo de preparación en el que las distintas jurisdicciones estaban desde hace tiempo centralizadas y se regían por criterios más o menos homogéneos que podían garantizar una gradual aplicación uniforme. Con relación a este obstáculo, si bien es verdad que tanto el momento como el recorrido histórico del *ius commune* dista en gran medida del correspondiente al actual del *ius europaeum*, lo cierto es que no se trata de copiar literalmente

---

<sup>179</sup> VACCA, L. *Diritto europeo e indagine storico-comparatistica*, en *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*. Atti del Convegno internazionale Alghero, 4-6 novembre 2004 (a cura di Birocchi, I.; Matone, A). Viella. Roma. 2006, pág. 541.



europaea hasta que las codificaciones modernas la resquebrajaron. Se trata de poner en valor el peso de la tradición del *ius commune* a los fines de hallar el sustrato necesario que sirva de columna vertebral para la confección de un Código europeo, a pesar de tener que rebatir el alegato en contra de hallarnos en presencia de un sistema de derecho que no fue uniforme en toda Europa, por haberse configurado más bien como un recurso subsidiario ante la variedad y multiplicidad de los numerosos ordenamientos jurídicos singulares (*iura propria*).

En todo caso, a pesar de los inconvenientes puestos de manifiesto, el resurgimiento de la experiencia representada por el *ius commune* a los fines de construir una futura regulación civil comunitaria puede resultar de gran valía si se concibe el Derecho europeo más como la plasmación de una nueva ciencia jurídica europea que como un nuevo sistema de normas. Vuelve aquí a aflorar nuevamente el trípode sobre el cual ha de gravitar el futuro Derecho civil europeo (derecho legal, derecho jurisprudencial y derecho doctrinal), con el consiguiente debate sobre el grado de fortaleza e intensidad de cada uno de ellos y la incógnita sobre cuál haya de prevalecer<sup>180</sup>, así como el papel

---

<sup>180</sup> Desde Francia e Italia se apuesta más por prestar confianza al modelo legislativo emanado del sector político, ante el recelo que mantiene respecto de jueces y juristas; el Reino Unido subraya y se pronuncia por el jurisprudencial; Alemania prefiere invocar el modelo doctrinal, partiendo













de la elaboración de unos Principios que recogerían un elenco de reglas comunes doctrinales sobre la materia, en cuya búsqueda y elaboración, evidentemente, no solo habrá de tenerse en cuenta el método comparativo entre los distintos ordenamientos jurídicos implicados (sobre la base del Derecho civil y procesal comparado), sino también e, ineludiblemente, el método histórico, lo que nos conduce al estudio de la historia del Derecho y del Derecho romano, toda vez que, por su través, podremos conocer cuándo, cómo y por qué una institución jurídica moderna se apartó del modelo histórico respectivo, a la vez que podremos constatar que el Derecho histórico, sobre todo el Derecho romano, constituye el verdadero germen y, por ende, mucho más que un ligero atisbo de gran parte de las instituciones jurídicas que conforman los ordenamientos jurídicos actuales<sup>196</sup>. De ahí que, a través de esta metodología, se pueda avanzar y ser optimistas, no sin las debidas cautelas, a

---

propiedad en los Principios Unidroit, sobre los contratos comerciales internacionales, o en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 1980, según resulta de los textos que se pueden consultar, respectivamente, en <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>; y en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf> (consultado con fecha 20 de enero de 2016).

<sup>196</sup> Con razón, que sea necesario, pues, “centrar el interés en los muchos siglos que separan el derecho romano de nuestro tiempo presente”, tal como señala ZIMMERMANN, R. *Op. Cit.* 2000, pág. 55.





sociales y económicas que, si bien particulares, no son tan divergentes a lo largo de la historia, toda vez que integran y conforman la denominada civilización occidental, sustentada, fundamentalmente, en los pilares de la filosofía griega, el derecho romano<sup>202</sup> y el cristianismo, como verdaderos y sólidos ejes transversales.

Vemos, pues, que las divergencias apuntadas derivan, principalmente, de la interconexión de los ordenamientos jurídicos y del modelo de producción preponderante del derecho según sea el caso (legislativo, jurisprudencial o doctrinal)<sup>203</sup>. A ello hay que añadir los inconvenientes resultantes de los particularismos concurrentes en cada uno de

---

A. *Roma, madre delle leggi. L'uso político del diritto romano*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*. 2002, págs. 174 y ss.; también el cuestionamiento del Derecho romano se argumenta sobre la base del olvido que ello representa con relación al Derecho germánico, tal como sostiene MERCOGLIANO, F. *Su talune recenti opinioni relative ai fondamenti romanistici del diritto europeo*. *Index* 33. 2005, pág. 90.

<sup>202</sup> ESPINOSA QUINTERO, L. *Hacia un sistema contractual uniforme: modelos comparados*. *Civilizar* (Revista electrónica de difusión científica, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá (Colombia), Enero 2004. Información obtenida en <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar> (consultada con fecha 12 de enero de 2016).

<sup>203</sup> MARTIN-RETORTILLO BAQUER, L. *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*. Thomson Civitas. Madrid. 2004, pág. 16.







factor político y económico<sup>213</sup>, pues sin una voluntad política favorable y el aliento proclive de los poderes políticos y económicos al respecto la labor se torna inalcanzable. Así pues, sin obviar la importancia del papel de la historia del derecho en la construcción de la identidad cultural junto al de la comparación jurídica, vemos ahí claramente una muestra que supera el mero plano histórico-comparativo del Derecho<sup>214</sup> para centrarnos en su vigencia práctica, toda vez que la recepción de un sistema jurídico se presenta más como un problema de poder que de calidad, en la medida de que *“la convicción de que la superior autoridad espiritual y cultural del Derecho que va a ser adoptado, está entroncada con el poder político o con la cultura que representa algo como vivo”*<sup>215</sup>.

Tengamos en cuenta, pues, que todo Código europeo que no sea producto de una identidad cultural europea estaría abocado a albergar tantas lecturas interpretativas y prácticas judiciales cuantos sean los modelos nacionales<sup>216</sup>.

De ahí que esta línea de pensamiento compele y exige, sin lugar a dudas, invocar el vínculo de unión y cohesión que

---

<sup>213</sup> MANGAS MARTIN, A. *La Constitución Europea*. Portal Derecho. Iustel. Biblioteca Jurídica Básica. Madrid, 2005.

<sup>214</sup> MANTELLO, A. *Di certe smanie “romanistiche” attuali*, en *Diritto romano attuale* IV. 2000, págs. 37 y ss.; *Op. Cit.* Labeo nº 48. 2002, págs. 37 y ss.

<sup>215</sup> KOSCHAKER, P. *Op. Cit.* 1955, págs. 114, 115, 212, 213.

<sup>216</sup> CANNATA, C.A. *Op. Cit.* 1997, págs. 3 y ss.









histórico debe ir acompañado de un proceso de necesaria aproximación a la mentalidad jurídica europea, encarnada en el Derecho comparado<sup>227</sup>. Es ahí donde se plantea y emerge la utilidad del pensamiento jurídico romano que, junto al método histórico-comparativo, incorpora un sustrato ideológico determinado en el ámbito jurídico, un verdadero *ars iuris* o *Juristenrecht*<sup>228</sup>, que otorga racionalidad al ordenamiento jurídico frente a posibles desviaciones y abusos del legislador. Así y todo, el Derecho romano no debe asumir un papel exclusivo y debe complementarse con la historia del Derecho intermedio y moderno a los fines de confeccionar los fundamentos del nuevo *ius commune*, así como con otras disciplinas jurídicas<sup>229</sup>.

Concretamente, la expresión medieval *reductio ad unum* refleja un principio de orden universal que desde el mundo de la naturaleza se traduce sobre la misma sociedad<sup>230</sup>, en cuya virtud el universo se gobierna por un orden unitario en el que se diluye la multiplicidad, también en un plano jurídico claro está, una idea que hoy se entronca de alguna manera con la

---

<sup>227</sup> ZIMMERMANN, R. *Le droit comparé et l'eupéanisation du droit privé*. Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDC). 2007, pág. 451.

<sup>228</sup> TALAMANCA, M. *L'Antichità e i diritti dell'uomo*, en *Convenzione del Consiglio di Europa per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali in onore di Paolo Barile*. Atti dei Convegni Lincei. Roma. 2001, pág. 43.

<sup>229</sup> TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 37.

<sup>230</sup> CALASSO, F. *Op. Cit.* 1954, págs. 370-372.









Europa de una unidad intelectual<sup>240</sup>, toda vez que la enseñanza del Derecho resultaba universal al margen de las fronteras territoriales<sup>241</sup>. Así pues, el *Ius commune* se identifica por su carácter universal<sup>242</sup>, dada la universalidad de los conceptos elaborados a partir del Derecho romano, permitiendo con ello que los juristas pudieran desempeñar en distintos territorios su labor superando los límites territoriales; y también por su carácter intemporal, pues muchos siglos después se han venido estudiando instituciones, tal cual eran en su momento primigenio. No es de extrañar, por tanto, que el *Ius commune* se haya erigido por méritos propios en la base constructiva preponderante de la mayoría de los actuales ordenamientos jurídicos civiles nacionales de la familia romanista del derecho y, por tanto, la cultura jurídica de estos ordenamientos debe ser estudiada como la tradición del *Ius commune* europeo<sup>243</sup>.

---

<sup>240</sup> ZIMMERMANN, R. *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*. Juristenzeitung. 1992, pág. 11.

<sup>241</sup> A través del papel de las Universidades el Derecho ya se concibe como una verdadera ciencia, convirtiéndose aquellas en centro de investigación jurídica internacional, cuyo objeto de enseñanza e investigación será el *Ius commune*. En este sentido, COING, H. *Derecho privado europeo* (trad. A. Pérez Martín) I. Madrid. 1996, pág. 35.

<sup>242</sup> SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit.* I. 2001, pág. 5.

<sup>243</sup> ZIMMERMANN, R. *The Law of obligations. Roman Foundations of civilian Tradition*. Cape Town-Wetton-Johannesburg. Juta&Co Ltd.1990, págs. IX y ss.; *Usus hodiernus Pandectarum*, in *Europäische Rechts und*



un nuevo prototipo de jurista, capaz de superar el particularismo jurídico, sin que ello suponga la creación de un jurista superdotado que conozca y domine todos los aspectos relacionados con el Derecho romano y la tradición jurídica romanista, cual si habláramos de un romanista *omnibus*<sup>246</sup>. Se trata, más bien, de un jurista apto para actuar dogmática y prácticamente en la nueva realidad europea<sup>247</sup>, a cuyo fin es requisito imprescindible la formación de una ciencia jurídica que supere los linderos de los distintos derechos nacionales y sepa indagar cuáles son, como elemento y factor de cohesión, las raíces comunes romanísticas, de tal manera que conozca las bases conceptuales que combinan el presente con el pasado con miras al futuro. Todo ello en aras de recuperar los pilares comunes básicos y proceder a diseñar, en consecuencia, otros nuevos paradigmas en torno a valores compartidos, apoyados en conceptos y métodos jurídicos con validez transversal reconocida, en cuya tarea deberán estar implicados tanto uristas representantes del Derecho positivo, cuanto historiadores del derecho y comparatistas<sup>248</sup>. Precisamente, dentro de este segundo bloque integrado por historiadores y comparatistas la experiencia del *Ius commune* se hace valer y se magnifica, en la medida que, por un lado, aporta los instrumentos

---

<sup>246</sup> MANTELLO, A. *Op. Cit.* Labeo nº 48. 2002, págs. 15 y ss.

<sup>247</sup> TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 350.

<sup>248</sup> MARELLA, M.R. *La funzione non sovversiva del diritto privato europeo, en Harmonisation Involves History?*, *Op. Cit.* 2004, págs. 203 y ss.

metodológicos necesarios para detectar los elementos estructurales de los diferentes sistemas, con sus diferencias y analogías; y, por otro, suministra la experiencia debida para comparar entre los distintos modelos en liza la individualidad de la solución que pueda resultar más oportuna y conveniente a los fines de ser compartida en un potencial proceso de unificación jurídica.

#### IV.3. IUS COMMUNE, IUS EUROPÆUM: BINOMIO INSEPARABLE

Parece una constatación evidente que ningún sistema jurídico es exclusivamente legislativo o jurisprudencial, del mismo modo que la fuerza de un modelo jurídico procede no del modo de producción de las reglas jurídicas, normativas o jurisprudenciales, sino más bien de su racionalidad y coherencia, virtudes que solo una ciencia jurídica consciente de sí y de su tarea puede lograr por medio del diálogo y la interacción con el legislador y el juez<sup>249</sup>.

Sin entrar en el análisis, por exceder de nuestros objetivos originarios, de las fortalezas y debilidades que arrastra la UE y, sin dejar de reconocer que atravesamos momentos cruciales en la definición del proceso comunitario europeo, dadas las connotaciones políticas, económicas y sociales que discurren actualmente, no somos de la opinión de cuestionar el futuro del

---

<sup>249</sup> VACCA, L. *Op. Cit.* 2006, pág. 544.



jurídica, itinerario que está llamado a producirse de manera lenta, progresiva y blanda<sup>254</sup>.

De ahí que debamos analizar en tal sentido el papel del Derecho romano en el *Ius commune* como anticipo de soluciones codificadoras, a cuyo fin es conveniente realizar una mirada retrospectiva que nos pueda ilustrar sobre el particular, toda vez que en ningún caso el reto que presenta la construcción de un Derecho europeo puede surgir de la nada, cual si se tratara de un experimento político, ni, por ende, prescindir de la recuperación de la tradición jurídica común que nos permita individualizar y seleccionar sus elementos sustanciales<sup>255</sup>, entre los cuales, sin lugar a dudas, aparece de forma ineludible la presencia del Derecho romano y de la tradición romanística en la Edad media y moderna.

En efecto, como sabemos, las tres grandes codificaciones del Derecho romano son la Ley de las XII Tablas, que recoge por escrito en los primeros tiempos de la República las *mores*

---

<sup>254</sup> SANCHEZ LORENZO, S. *La unificación del derecho contractual europeo vista desde el derecho internacional privado*, en AA. VV. *Derecho Patrimonial Europeo*. Thomson/ Aranzadi. Navarra. 2003, págs. 363-381.

Entendemos por derecho blando (*soft law*) la utilización de expresiones verbales no imperativas o complementos directos dotados de cierta ambigüedad, de tal manera que las obligaciones impuestas no deban cumplirse inmediata y directamente. Al respecto, VATTIER FUENZALIDA, C. y otros. *Op. Cit.* 2003, págs. 419-436.

<sup>255</sup> VACCA, L. *Op. Cit.* 2006, pág. 546.



*maiorum*, baluarte principal del *Ius civile* o *Ius quiritarium*; el *Codex Theodosianus*, exponente por antonomasia del Derecho romano posclásico contentivo de constituciones imperiales – *leges*–, que tiene en su haber ser la primera colección oficial de *leges* desde la época del emperador Constantino hasta la del propio Teodosio, a la vez que destaca por convertirse en un precedente del estilo codificador justiniano; y, por fin, la obra recopiladora del emperador Justiniano.

Tanto en el Código Teodosiano como en la obra justiniana se observan unos fines netamente prácticos<sup>256</sup>, al tratar de facilitar a los operadores jurídicos el uso ágil y expedito del derecho, dirigido a proporcionar leyes ciertas y concisas<sup>257</sup>. Es más, Justiniano participa de la idea de que su obra recopiladora cuenta con validez universal y, en abono de

---

<sup>256</sup> AMIRANTE, L. *Una storia giuridica di Roma*. Jovene. Napoli. 1992, pág. 713.

<sup>257</sup> Precisamente por ello, con la publicación del *Codex* (const. *Haec quae necessario*) el emperador autorizaría a recoger constituciones de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano con el encargo de retocar, suprimir y añadir, apartándose de la intención de conservar y difundir los textos originales; y de la misma manera con la recopilación de los *iura* en el Digesto se llevaba a cabo una labor de perfeccionamiento para lograr su adaptación al Derecho bizantino de la época (const. *Deo auctore*) como si las opiniones de los juristas incluidas en el Digesto hubieran sido emitidas por el mismo emperador y dando mayor

dicha tesis, prohíbe todo tipo de comentario sobre ella, elevándola a la categoría de inmutable, a menos que el propio emperador así lo hubiera autorizado mediante providencia. Aun así, la cuestión sobre si la obra justiniana constituye un verdadero antecedente de los códigos modernos es más que controvertida<sup>258</sup>.

Así pues, sin pretender conceder al Derecho romano visos de exclusividad<sup>259</sup> en la búsqueda de principios comunes de la cultura jurídica europea a los fines de obtener un Derecho europeo común, lo cierto es que adoptar en tal cometido la referencia de los textos romanos y la tradición romanística que

---

importancia a la corrección y enmienda que a la misma creación. En este sentido, SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit.* 2003, págs. 77, 78.

<sup>258</sup> Frente a algunos que responden afirmativamente en tal sentido, como sucede con TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, págs. 125 y 126, los hay que niegan tal atribución por la diferencias que detectan entre ambos elementos comparativos, no obstante reconocer algunas afinidades destacables, tal cual sucede con CANNATA, A. *Il diritto europeo e le codificazioni moderne*. SDHI nº 56. 1990, págs. 310, 311, 312.

<sup>259</sup> CANNATA, C.A. *Legislazione, prassi, giurisprudenza e dottrina dal XVIII al XX secolo come premesse per l'avvenire del diritto privato europeo*, en *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle sperienze moderna. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo III, Jovene*. Napoli. 1997, págs. 11-47; MANTELLO, A. *Ancora sulle smanie 'romanistiche'*. *Labeo* nº 48. 2002, pág. 35.





proyecta a una función mucho más pragmática<sup>267</sup>, cual es contribuir a la formación del bagaje científico necesario en el jurista europeo actual con miras a la creación de un ordenamiento jurídico común de corte transnacional. Evidentemente, dado que no podemos pretender soluciones mágicas ni mucho menos inmediatas, la consecución de ese nuevo jurista al que se tiende, el de un científico romanista sustituto del burócrata romanista, requiere también del aporte de la didáctica en las materias históricas, que habrá de conjugarse con el correlativo al de las materias de Derecho positivo.

Por ello y, dejando bien asentado que no se pretende un regreso al pasado sin retorno, ni tampoco se trata de repetir literalmente experiencias pasadas, podemos afirmar que, de la misma manera que desde el siglo XIII surgió en Europa la convicción de la existencia de unos principios comunes procedentes del mundo clásico sobre los que fue posible lograr la construcción de una ciencia del derecho que permitió racionalizar la diversidad de experiencias jurídicas concretas<sup>268</sup>, se puede aspirar en nuestros días con visos ciertos de factibilidad a la confección de una ciencia jurídica capaz de

---

<sup>267</sup> ZIMMERMANN, R. *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi. Il diritto privato europeo e le sue basi storiche*, en *Rivista di diritto civile* n° 1. 2001, págs. 703 y ss.

<sup>268</sup> CAPOGROSSI COLOGNESIS, L. *Op. Cit.* 2003, pág. 13.















ARROYO I AMAYUELAS, E. y VAQUER ALOY, A. *Un nuevo impulso para el Derecho privado europeo*. La Ley, nº. 5482, Jueves, 14 de febrero de 2002, págs. 1788 y ss.

*Los Principios del Derecho contractual comunitario*. A.D.C. LXI, I, 2008, págs. 211 y ss.

AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *El Derecho romano en la universidad del siglo XXI*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005

BÄHR, O. *Zur Beritzlehr*, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, 26 (Jena, 1888). Edic. facsímil. Frankfurt, 1967.

BARRERO GARCIA, A.M. *El derecho local, el territorial, el general y el común en Castilla, Aragón y Navarra*, en *Diritto comune e Diritti locali nella storia dell'Europa*. Atti del convegno di Varenna (12-15 giugno 1979). Giuffrè. Milano. 1980, págs. 263 y ss.

BAYONA AZNAR, B.; DE C.R. DE SOUSA, J.A. *Iglesia y Estado. Teorías políticas y relaciones de poder en tiempos de Bonifacio VIII (1294-1303) y Juan XXII (1316-1334)*. Prensas de la Universidad de Zaragoza. Zaragoza. 2016, págs. 83 y ss. Información tomada de la página web <https://books?id=n5R0DQAAQBAJ&pg=PA83&lpg=PA83&dq=Bula+per+venerabilem&source=bl&ots=4q3vvo3dtu&sig=aZ90qEDHAvSe9n7aqTZwC1xhKpE&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjz309L7RAhVBPhQKHf5rCy4Q6AEIRTAH#v=onepage&q=Bula+per+venerabilem&f=false> (consultado con fecha 13 de enero de 2017).

BENDER, P. *Die Rezeption des römischen Rechts im Urteil der deutschen Rechtswissenschaft*. Frankfurt a. Main, 1979.

BENSON, B. *The spontaneous evolution of commercial law*, en *Southern Economic Journal* nº 55. 1989, págs. 644-681.

BERNAD MAINAR, R. *Manual de historia del derecho*. Publicaciones UCAB. Caracas, 2010.

*La pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno*. RIDROM nº 17, octubre de 2016, págs. 1-80.

*Curso de Derecho Privado Romano*. Publicaciones UCAB. Caracas, 2006.

BERNAD SEGARRA, L.; BUIGUES OLIVER, G. *Las ideas jurídico-políticas de Roma y la formación del pensamiento*







científica. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá. Enero 2004, en <http://hdl.handle.net/11232/314> (consultado con fecha 12 de enero de 2016).

FAUVARQUE-COSSON, B. *L'élaboration du cadre commun de référence: regards comparatifs sur les travaux académiques*. Revue des Contrats. 2008 n° 2, págs. 527y ss.

*Faut-il un Code civil européen?* Revue Trimestrielle de Droit Civil. 2002, págs. 463-480.

FEENSTRA, R. *Influence de l'enseignement du droit romain sur les nations étrangères*, Actes du Congrès sur l'ancienne Université d'Orléans (XIIIe-XVIIIe siècles). Orléans. 1962, págs. 45-62.

FERNANDEZ BARREIRO, A. *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*. Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 1992

*La dimensión político-cultural del humanismo jurídico*. SCDR n° 12. 2000 (2001), págs. 69-132.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. *Aportación del Derecho romano al proceso de elaboración del Derecho de la Unión europea*. SDHI n° 64. 1998, págs. 532 y ss.

*Ciencia jurídica europea y derecho comunitario: Ius romanum. Ius commune. Common Law. Civil Law. Religión y cultura*, n° 245-246, 2008, págs. 401-438.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ius Mercatorum, Autorregulación y Unificación del Derecho de los negocios transnacionales*. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.Madrid, 2003.

FERRAJOLI, L. *Scienze giuridiche*, en STAIANO, C. *La cultura giuridica del Novecento*. Lasterza. Roma-Bari. 1996, págs. 559 y ss.

FONT RIUS, J.M. *La recepción del Derecho romano en la Península Ibérica durante la Edad Media*. Recueil de memoires et travaux, Montpellier (6). 1967, págs. 85-104.

FREZZA, P. *L'influsso del diritto romano Giustiniano nelle formule e nella prassi in Italia*. IRMAE I, 2 c ee. Mediolani. Giuffrè. Milano, 1974.

GALGANO, F. *La Globalización en el espejo del derecho*. Rubinzal Culzoni. Santa Fe de Argentina, 2005.

GALGANO, F. & MARRELLA, F. *Diritto del Commercio Internazionale*. Cedam. Padova, 2004.









- Zur romanistischen Tradition im modernen Europa*, Index XXIII. Jovene. Napoli. 1995, págs. 55 y ss.
- NOTTAGE, L. *Convergence, Divergence. Middle Way in Unifying or Harmonising Private Law*, EUI Working Papers. European University Institute. Florence. Law n° 2001/1.
- OPPETIT, B. *Retour à un droit commun européen*, en *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*. Société du Législation Comparée. Collection Droit privé comparé et européen. Paris. 2003, págs. 15 y ss.
- ORESTANO, R. *Introduzione allo studio del diritto romano*. Il Mulino. Bologna, 1987.
- PARDOLESI, R. *Armonizzazione giuridica comunitaria e codici nazionali: rapporti e tensioni*, en *Harmonisation Involves History? Il diritto europeo al vaglio della comparazione e della historia*. Giuffrè. Milano. 2004, págs. 170-180.
- PARICIO, J. *El legado jurídico de Roma*. Marcial Pons. Madrid, 2010.
- PARICIO, J.; FERNANDEZ BARREIRO, A. *Historia del Derecho romano y su recepción europea*. Sexta edición. El Faro, Madrid. 2002.
- PAU, A. *La convergencia de los sistemas registrales en Europa*. Madrid. Cuadernos de Derecho Registral. 2004, págs. 9-17.
- PENE VIDARI, G.S. *Considerazioni sugli statuti signorili*, en *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna, III*. Giuffrè. Milano, 2003, págs. 1795-1810.
- PEREZ MARTIN, A. *El estudio de la Recepción del Derecho común en España*, en *I Seminario de Historia del Derecho y Derecho privado, Nuevas técnicas*. Bellaterra. 1985, págs. 241 y ss.
- PEREZ VELAZQUEZ, J.P. *El proceso de modernización del Derecho Contractual Europeo*. Dykinson S.L. Madrid, 2013.
- PIERGIOVANNI, D. *Diritto commerciale nel diritto medievale e moderno*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione IV commerciale*. Torino, 1989.
- PORRAS ARBOLEDA, P.A. *Los reinos occidentales*, en AA.VV. *Historia de España VIII. España medieval. La época medieval. Administración y gobierno*. Istmo. Madrid. 2003, págs. 57 y ss. Información tomada de la página web <https://books.google.es/books?id=ysSeAGarY7YC&pg=PA59&lpq=PA59&dq=Bula+per+venerabilem&source=bl&ots=PaKe>













