

ÍNDICE

EL DERECHO ROMANO EN LA EUROPA MEDIEVAL

1. El derecho romano en la Europa medieval.....	3-8
2. El despertar de la jurisprudencia.....	9-13
3. El derecho romano en Francia.....	14-18
4. El Derecho romano en Inglaterra.....	19-23
5. El Derecho romano en Alemania.....	23-29

LA SUPERVIVENCIA DEL DERECHO ROMANO EN ESCOCIA

Introducción.....	31
-------------------	----

PRIMERA PARTE

1. La autoridad doctrinal del derecho romano.....	32
2. Las disposiciones del derecho romano en la legislación positiva de nuestros días en Escocia.....	33-35

SEGUNDA PARTE

Hipótesis de una costumbre romanizada.....	36
Hipótesis de la recepción del derecho romano en el siglo XVI.....	36-37
¿Se produjo en el siglo XI la recepción del derecho romano?.....	38
Conclusión.....	39
Valoración crítica.....	40-41

EL DERECHO ROMANO EN LA EUROPA MEDIEVAL

Lección Primera

En toda la historia no hay un problema más importante y enigmático que aquél concerniente al destino del Derecho Romano tras la caída del Estado Romano. No voy a tratar de abarcar todo el campo con la discusión de semejante problema pero podrá resultar de utilidad presentar las líneas más sobresalientes de la materia por lo que se refiere a las principales naciones de Europa occidental durante la Edad Media. Fue entonces cuando principalmente tuvo lugar el importante acontecimiento denominado por los estudiosos alemanes, con bastante exactitud, la recepción del Derecho Romano.

Hemos de ocuparnos de leyes y de códigos, doctrinas y casuísticas, materias parcialmente deformadas por los escritores románticos. Sin embargo, según mi parecer, existe un interés particular por ver cómo se produce la

conjunción de fuerzas sociales y de concepciones humanas. «La Historia de las Instituciones no puede ser dominada –apenas puede ser apreciada– sin un notable esfuerzo. Esta ofrece bien poco del atractivo romántico y del panorama pictórico que constituyen el encanto de la historia en general, y suscita una notablemente escasa atracción para la mente que tiene necesidad de un estímulo para el estudio de la verdad. Posee un valor profundo y un interés imperecedero

Este interés podemos llamarlo científico, pues, aunque los métodos de la ciencia social y de la ciencia natural son necesariamente diversos, la finalidad es idéntica.

1. La historia comienza cuando el Imperio de Occidente se debatía entre sus últimos esfuerzos para hacer frente a las desbordante hordas de los bárbaros. Era la época en que nacían las nuevas lenguas y naciones de Europa Occidental, cuando las estirpes agrupadas dentro de los confines fijados por Augusto, Trajano y Septimio Severo estaban embebida por la cultura latina, cuando los elementos de la Europa románica germánica comenzaban, paso a paso, a tomar carta de naturaleza.

Semejante periodo se puede estudiar desde dos puntos de vista opuestos: se caracterizaba por la romanización de las provincias y la barbarización de Roma. La transformación gradual de los elementos de casta se manifestaba de manera particular en la organización militar. La transformación del ejército adquirió tal naturaleza, que la palabra *barbarus* paso a usarse habitualmente con significado de soldado. Los soldados extranjeros eran simplemente reclutas individuales. Fueron agrupados en cuerpos completos de tropa en las provincias y sus guarniciones ordenadas en distritos administrativos. Diferentes naciones enteras como los burgundios, los visigodos, los ostrogodos o los francos fueron acogidos como pueblos federados dentro de los confines del Imperio

El imperio se vio constreñido a reconocer en cierta medida los usos jurídicos de las diferentes tribus y no se concibió nunca la idea de erradicar tales costumbres favoreciendo el derecho desarrollado por Roma. La autoridad suprema de los tribunales imperiales y del Derecho Romano no permitió que tales divergencias alcanzaran cotas de crispación irresolubles, sino que apoyándose en las costumbres extranjeras admitidas dentro de los confines del Imperio, detectamos como ya existía en germen en los últimos siglos del Imperio de Occidente el principio de que un hombre debe ser considerado responsable en primer lugar conforme a su propio derecho personal.

2. Un segundo efecto de gran importancia fue el hecho de que el Derecho Romano, en cuanto era reconocido y usado por los bárbaros en las provincias, comenzó a adquirir la forma de un cuerpo de normas degradadas. Muchas de las instituciones habían dejado de representar un alto grado de cultura jurídica. A fines del siglo V y principios del siguiente aparecieron tres codificaciones de Derecho romano bárbaro significativas. Los Edictos de los reyes ostrogodos, *lex romana burgundionum* y el Derecho romano de los visigodos conocido como *Breviarium A/aricianum*, compilado en el año 506 por orden del rey Alarico II. El *Breviarium A/aricianum* se propuso ser, y de hecho fue, un código más o menos completo, para uso de las poblaciones romanas de Francia y de España. El *Corpus Juris* de Justiniano, que contiene el cuerpo principal del Derecho Romano para las etapas sucesivas, incluida la nuestra, fue aceptado y también conocido solamente en Oriente y en aquellas partes de Italia que habían sido reconquistadas por los generales de Justiniano.

3. El contraste con la obra de Justiniano resulta instructivo por otras razones. Ambos Códigos contienen las tres mismas partes fundamentales: las *Institutiones*, el *ius*, las *Leges*. La primera presenta una exposición introductoria para principiantes, la segunda doctrinas jurisprudenciales escritas por los *auctoris juris* y la tercera las leyes de los últimos emperadores. En contraste con las *Institutiones* de Justiniano el *Breviarium* introduce un resumen de Gayo pesar de que algunas diferencias se mantuvieron por lo que se refiere a los hombres libres. Se omitieron las materias que podían dar lugar a controversias, se revisó el texto, procurando una mayor claridad y sencillez. Algunas partes importantes de las *Institutiones* fueron omitidas en el desarrollo del trabajo de simplificación, por ejemplo, la enseñanza sobre las fuentes del Derecho, sobre los sistemas divergentes del *ius civile* y del *ius gentium*, y toda la exposición de Gayo sobre las acciones.

Este restringirse del horizonte intelectual resulta todavía más sorprendente en la segunda partición, la parte dedicada al *ius*, las doctrinas jurídicas y la jurisprudencia del derecho común. La parte que le corresponde en el Breviario se restringe principalmente a un resumen de las Sentencias de uno de los grandes juristas del siglo III, Paulo, y de un texto inconcreto y errático de Papiniano. Las sentencias de Paulo tuvieron un tratamiento caracterizado por el mismo punto de vista de la utilidad práctica, como las Instituciones de Gayo; en cuanto que no disponemos de una redacción íntegra de la obra original, no podemos juzgar con exactitud la extensión del texto omitido por los editores visigodos. Así las obras de los antiguos juristas fue abandonada, en el momento de la codificación visigoda, por considerarse demasiado científica y difícil para la época.

Semejante decadencia puede observarse en la tercera parte del *Breviarium*, aquella dedicada a las leyes, es decir, a las leyes de los emperadores. En el Breviario la elección se ha llevado a cabo desde el punto de vista práctico. cuando los dieciséis libros del Código Teodosiano aparezcan de una u otra forma en el Breviario, es importante señalar que el sexto, por ejemplo, que se ocupaba de los oficiales civiles y de sus atribuciones, esté representado por dos constituciones en vez de por treinta y ocho, y el siguiente, el séptimo, relativo a la organización militar, por una ley en lugar de por veintisiete.

4. El Breviario de Alarico consta de leyes y de normas que en todos los casos están correctamente formuladas. Un documento más reciente de la tradición jurídica, la *lex Romana Curiensis*, de finales del siglo VIII, representa una ulterior decadencia aún más profunda.

La ley objeto de examen deriva de un resumen bastante imperfecto de la *Lex Romana visigothorum*, en el cual las Instituciones de Gayo y la mayor parte de las Sentencias de Paulo eran omitidas, mientras las constituciones de los emperadores eran generalmente extraídas del texto de las Interpretationes. Puede constatarse hasta qué punto algunas de estas constituciones fueron tomadas de los eclesiásticos y de los jueces de los Gnignon por uno o dos ejemplos.

Se encuentran muchas señales de las costumbres bárbaras que se introdujeron en el derecho romano degenerado de la nación de la Rética. *Fredum*, el precio de la paz obtenida mediante la intervención de las autoridades públicas aparece aquí en las mismas condiciones que en los distritos francos. La *dos*, cuya posesión se garantizaba a la mujer de un delincuente, cuya propiedad había sido confiscada, es la dote germánica, asignada por el marido a la mujer y no la dote romana aportada por la mujer a la comunidad doméstica.

5. Debemos ahora preguntarnos que forma y hasta qué punto el derecho de Roma degenerado se aplicaba en la Alta Edad Media. Conviene antes de nada indicar que ningún Estado con este periodo era lo suficientemente fuerte como para imponer un completo ordenamiento jurídico propio, que excluyese a los restantes derechos o los considerase como leyes limitadas a los extranjeros.

La entrada violenta de los godos, longobardos y francos en las provincias aportó consigo, de algún modo, la desaparición y la pérdida de los caracteres nacionales de los habitantes romanos. La situación jurídica de estos últimos permaneció estable. La personalidad de tiramano se valoraba de manera singular y era diferente de la de los bárbaros que les rodeaban. Si la pena por el homicidio de un franco alcanzaba doscientos sueldos, el asesinato de un romano en la Galia franca costaba cien sueldos. Todas las relaciones entre los romanos estaban reguladas por el derecho de su raza.

1. Él ejercía sobre sus hijos la patria potestad conforme al antiguo uso de la *patria potestad* tal y como había sido modificado por las leyes de Constantino.

La condición se volvía muy complicada cuando miembros de nacionalidades diversas, que estaban sujetos a derechos diferentes, entraban en contacto para llevar a cabo entre sí diversos asuntos. Como nos cuenta el obispo Agobardo de Lyon, hacia el año 850, ocurría constantemente que de cinco personas reunidas en una habitación, cada una seguía su propio derecho. Antes de proceder al examen de las cuestiones de mérito en

un proceso era necesario por parte de los jueces determinar a qué particular categoría o categorías de derechos pertenecía dicho asunto.

Las reglas en tomo a la facultad o al menos al recurso a una u otra ley personal enana necesariamente complicadas. Por ejemplo, el pago de multas por delitos cometidos era inflingido según la condición del delincuente y no aquella de la persona ofendida. En cuanto a los contratos, cada parte estaba obligada conforme a las normas de su derecho propio, pero sí el contrato iba acompañado de una apuesta se interpretaba según la ley de la parte que hacía dicha apuesta. En el caso de un contrato corroborado por un documento o *carta*, la forma legal y la interpretación dependían del estado de la persona que otorgaba ejecución al acto. Algunos casos se manifestaron como más complejos por el hecho de que los tribunales consideraban necesario examinar no sólo el estado jurídico del donante, sino también la cualidad o tipo de la propiedad de que se trataba.

6. La confusión que se deriva de semejante encrucijada de condiciones jurídicas personales no se atenuó por el hecho de que casi en la jurisdicción de cada distrito surgieron usos locales para regular el comercio ordinario de su población. En los distritos que tenían una mayoría de una raza pre-ponderante de manera clara, estos usos asumieron un especial color nacional longobardo, franco o romano, según el caso. Los usos locales, con el transcurso del tiempo, adquirieron una marcada característica en la Edad Media. La manera en que la luz de la ciencia jurídica romana se transformó reflejándose a través de las variopintas cristalerías de los usos locales fue muy compleja. Comprendía, en primer lugar, la Italia meridional, donde el Imperio bizantino mantuvo su autoridad hasta la llegada de los sarracenos y de los normandos. Aquí los tribunales aplicaban no sólo el derecho romano contenido en el *Corpus iuris*, sino también la legislación de los sucesores de Justiniano. En el centro, el territorio que constituía la así llamada Romagna, se distinguía por la aplicación de la obra de Justiniano.

En tercer lugar, en la Francia meridional y en la España septentrional, el Breviario de Alarico dominaba sin otro referente. Ahora bien, al margen de estos límites geográficos, yo no quiero decir que las costumbres romanas no se afirmaran fuera de las regiones mencionadas.

La historia de los longobardos muestra un estado de cosas diferente. La numerosísima población romana de la Italia septentrional y central no fue ni destruida ni privada por entero de su herencia jurídica. Sin embargo, la práctica de su derecho se redujo a transacciones voluntarias y a formas de arbitrajes, que se asemejan a los usados entre los cristianos antes de que la Iglesia fuese reconocida por el Imperio. Se sabe que los seguidores de la fe cristiana trataban de evitar la intromisión de los magistrados paganos, poniendo fin a sus controversias mediante árbitros. Algo parecido nos permite constatar en el curso de los siglos VI y VII la tradición del derecho romano en los distritos longobardos, hasta que fue establecido expresamente por una ley de Liutprando. Se puede señalar que en la medida en que la legislación longobarda permanezca fiel a su origen alemán, en aquello que hace referencia al contenido de las normas jurídicas, esa no obstante se encuentra expuesta por dos lados diferentes a la poderosa influencia del derecho romano. En primer lugar, el rápido desarrollo del movimiento económico en Italia con sus complicadas relaciones, exigiendo normas idóneas, volvió muy deseable el recurso al derecho de futuro, muy especialmente porque muchos de aquellos que trataban sobre los asuntos comerciales -eran gente de origen romano, y los negocios con los ciudadanos del Exarcado y de la Italia meridional, que vivían bajo la ley romana, estaban a la orden del día. Este medio particular de penetración viene representado por el desarrollo de fórmulas longobardas en la redacción de los contratos, que evidentemente estaban bajo la influencia de modelos romanos. Un segundo camino para la invasión del derecho de las ideas romanas se abrió con el inicio de una elaboración jurídica. En el imperio franco encontramos un tercer ejemplo del proceso de permeabilidad de los conceptos arrianos en el derecho bárbaro. En este caso la resistencia contra el derecho extranjero es aún más fuerte que en el de los longobardos. Los Códigos salios y ripuarios se basan casi exclusivamente en principios germánicos. Sin embargo, había muchas vueltas y revueltas a través de las cuales las ideas jurídicas romanas se afirmaban. En primer lugar, está el influjo de la Iglesia, que ha dejado su huella particularmente en el derecho bárbaro y en los capitulares de los reyes y de los emperadores de la dinastía carolingia. En segundo término, señalaríamos

la influencia del derecho romano en las transacciones privadas.

Amplios vacíos en los ordenamientos bárbaros referentes a la conducción de los asuntos se debieron de colmar, y esto se consiguió mediante una amplia asimilación de elementos jurídicos romanos.

7. La vida del derecho romano en los estados bárbaros, por lo que hasta ahora hemos ido considerando, se sostuvo por la continuación de normas fragmentarias y confusas más o menos derivadas directamente del sistema de derecho que se formó durante los periodos prósperos de la civilización romana. Parece claro que exactamente la ciencia jurídica, distinta de la práctica legal, no desapareció del todo con la ruina del Imperio. Ésta sobrevivió hasta un cierto grado junto con otros restos de la cultura antigua, sobre todo por la laboriosidad de las clases intelectuales de aquellos tiempos, el clero y las órdenes monásticas. Pero las supervivencias de que estamos hablando, no son sólo tenues e incoherentes, sino que están también como regla general irremisiblemente mezcladas con el esfuerzo de la Alta Edad Media por llevar a cabo una especie de salvación de todo el saber de la antigüedad.

Hay muchos sobreentendidos explícitos como, por ejemplo, él declara que los edictos son leyes de reyes o emperadores, que el *peculium*, pertenece sólo a los menores, etc. Una característica del estado de la ciencia jurídica en la alta Edad Media es que estos fragmentos fueron muy considerados y eran copiados y resumidos constantemente.

El estudio de los libros jurídicos se limitó principalmente a dos órdenes bastante restringidos. Las horas de ocio de la vida eclesiástica se emplearon, a este respecto, como en otros campos, para elaborar resúmenes de las voluminosas obras de la época romana, y en el estudio ilimitado de descubrir el significado literal de las expresiones. Los epitomes y las glosas son las dos formas o cauces que presenta la tradición de la enseñanza a lo largo de esta etapa estéril. Para ilustrar los resultados obtenidos mediante los resúmenes, nos podemos referir, por ejemplo, a la denominada *lex romana canonice compta*, una compilación de leyes romanas que se remonta al siglo IX, en la cual la elección de la materia fue sobre todo determinada por el deseo de proporcionar a los miembros de la Iglesia resúmenes del derecho romano que pudieran ser usados por ellos.

El trabajo de añadir glosas continúa sin interrupción, desde los tiempos clásicos a través de toda la Edad Media. Esas eran las sustitutas medievales de las versiones y de los comentarios.

EL DESPERTAR DE LA JURISPRUDENCIA

Lección Segunda

1. La realidad de los estudios jurídicos comienza a cambiarse de manera notable hacia el siglo XI. Esta era fue testigo de numerosos y nuevos planteamientos en la historia de la civilización europea. El papado consiguió una decisiva concentración de poder durante el pontificado de Gregorio VII. El feudalismo se conformó como un sistema integral y sólido. Los estados normandos surgieron con la promesa de una administración eficaz y de un orden político. Deben al menos mencionarse cuatro centros importantes en los cuales se profesaba el estudio jurídico: uno en Provenza, aún siempre dependiendo del Imperio en aquella época, el segundo entre las ciudades de la Lombardía y el tercero en Ravenna, con sus antiguas tradiciones imperiales y en último lugar, pero no la última, la famosa escuela de Bolonia, la ciudad que fue encrucijada de caminos de la Romagna.

Se observa que esta introducción, aunque está redactada en un lenguaje sonoro, no es de hecho un vuelo retórico y carente de conclusiones. Cada palabra de la misma tiene un significado definido y sus particularidades merecen que se les preste atención. La obra de las *Exceptiones* fue sugerida por consideraciones prácticas y dificultades experimentadas en la administración de la justicia. El tratado utiliza la expresión *sapientissimus legum doctoribus*, la cual, aunque no pueda tomarse en el sentido ordinario académico de doctores en derecho, está sin embargo llena de significado, también en el sentido más

restringido usado en nuestra versión. La ejecución de la obra no es indigna del propósito que la preside. Las *Exceptiones* forman un breve manual de preceptos para uso práctico. Sus materiales están tomados del *Corpus Iuris* y no del *Breviarium Alaricianum*. Así como no se puede poner en duda el ambiente provenzal del autor, debemos inferir que en siglo XI en el Sur de Francia hubo un despertar notable en el estudio y en la aplicación del derecho de Justiniano, probablemente en conexión íntima con Italia. La existencia de este centro francés de naciente jurisprudencia sirve para demostrar que el renacimiento más poderoso y eficiente de Bolonia fue un acontecimiento determinado por el espontáneo florecimiento de ideas y necesidades en lugares diversos de las regiones más civilizadas de Europa.

2. Como acabo de decir hubo un segundo centro, en las ciudades de la Lombardía. La legislación de los reyes longobardos, Rotario, Grimaldo, Liutprando, Rachis y Astolfo no fue abolida por la conquista franca del 774, la Italia longobarda continuó durante mucho tiempo progresando en sus propias directrices, a pesar de estar incorporada al Imperio Carolingio y sujeta a un cierto número de leyes francas. Citando en el siglo XI, la Italia septentrional progresó en su prosperidad e importancia política, en parte como consecuencia del progreso económico de sus ciudades y en parte por la labor de los emperadores y de los papas, la interpretación de las leyes longobardas en los tribunales hizo rápidos progresos, y asumió el carácter de estudio sistemático y científico. Es digno de mención que las colecciones de glosas sobre el derecho longobardo con frecuencia oponen sus explicaciones a aquellas del grupo más antiguo de los intérpretes del derecho. De los juristas lombardos más jóvenes los más destacados fueron el ya mencionado Valcaiso (*Walcausus*), Guillermo y Hugo. Para ofrecer una idea del modo como los doctores longobardos exponían sus cuestiones jurídicas y cómo debatían sus controversias, referiré dos de estas disputas en las que tomó parte Lanfranco. Guido de Spoleto, elegido emperador en el 889, había decretado que si un acto era declarado falso, el notario que lo había redactado o, si éste había muerto, la persona que exhibía el documento, debía defenderlo con testigos y jurar su autenticidad con doce testigos. Los antiguos decían que cuando el derecho no contenía algún precepto sobre determinadas cuestiones, tales asuntos se debían decidir según el derecho romano, que era la ley general de todos. Este principio, ejemplificado en los casos particulares, es, naturalmente, de una importancia de primer orden. Muestra que los longobardos, bárbaros, jueces y jurisconsultos eran llevados, con el ejercicio de la dialéctica jurídica, a recurrir al derecho romano para tener instrucción y dirección. Las controversias reproducidas por la *Expositio* son doblemente interesantes, en cuanto están en contacto directo con la práctica de los tribunales y al mismo tiempo manifiestan los inicios de la enseñanza sistemática del derecho.

3. En oposición a los caracteres mixtos de estos estudios en Lombardía donde el derecho romano y el germánico se fundieron, una escuela jurídica sobre una base particularmente romana surgió en Ravenna. Hay también algunos rastros de estudios jurídicos en Roma, pero es imposible determinar si las enseñanzas jurídicas fueron impartidas como si de una facultad especial se tratase. En Ravenna hay una prueba clara de que una escuela de juristas tuvo una parte destacada en la lucha entre el Papa Gregorio VII y el Emperador Enrique IV. Se decantaba a favor del Emperador y apoyó a Guiberto de Ravenna (Clemente III), el antipapa proclamado por Enrique contra su formidable adversario. Desde Ravenna, Pietro Crasso lanzó contra Gregorio VII un violento libelo lleno de citas de fuentes jurídicas romanas. Trata sobre la introducción en la práctica legal del cómputo romano de la parentela. Los florentinos consultaron a los juristas de Ravenna, que se reunieron corporativamente y se pronunciaron a favor del cómputo romano.

4. La ocasión inmediata para la creación de la gran escuela de Bolonia vino proporcionada por los esfuerzos de la famosa marquesa Matilde. Desde su posición de defensora de Gregorio VII ella quiso equilibrar la influencia de la escuela imperial de Ravenna, estableciendo un centro de estudios de derecho romano que habría asumido la parte del Papa. El primer docente de leyes en Bolonia habría sido un tal Pepone, que enseñó en el último cuarto del siglo XI. Sin embargo, el hombre a cuyo trabajo literario se debe el nacimiento de la escuela de derecho de Bolonia no es otro, según la tradición, que Irnerio o Guamenio. Originariamente docente de artes, él se trasladó a Roma por recomendación de la marquesa Matilde y, después de haber estudiado allí durante algún tiempo, comenzó a enseñar derecho en Bolonia. Es bien conocido que llegó a ser la Universidad principal de la Edad Media en el estudio del derecho y que atrajo a miles de estudiantes

procedentes de todas las naciones de Europa. Los tenebrosos siglos que precedieron al año 1000 d. C., cuando enseñar significaba simplemente la reviviscencia del saber antiguo, vinieron seguidos de un período en el cual de nuevo apareció la organización científica. El poderoso instrumento para el progreso del saber fue el método dialéctico, mediante el cual la lógica formal y universal analiza conceptos y constituye silogismos. La compe-netración de los textos clásicos insuficientes y fragmentarios mediante una lógica sobresaliente fue, en un sentido, un resultado magistral y los juristas tuvieron en esta tarea una parte aun mayor de la que ellos esperaban.

No es una verdadera casualidad, fruto del azar, que del *Corpus Iuris* suscitase la atención crítica y fuese descubierto y analizado en su primitiva integridad. Para los doctores de la nueva Universidad, los libros de Justiniano eran libros sagrados, las fuentes auténticas de las cuales debían proceder todas las deducciones.

La interpretación literal es la otra nota sobresaliente y, a este respecto, los boloñeses siguieron las huellas de los estudiosos de letras de la Alta Edad Media. Estos se convirtieron en glosadores por excelencia, aun cuando la glosa no era un instrumento, ciertamente, propio de aquellos. Sin embargo, sus glosas no podían limitarse a ser interlineales para dar explicaciones de palabras o hacer breves observaciones. Uno de los modos en que la *glossa* llegaba a ilustrar el texto era aquél que consistía en resumir su contenido en breves sentencias.

Otro expediente común para dar una visión sistemática de las divisiones de una materia tan compleja era la *distinctio*. Comenzando con un término general o con una concepción amplia, la distinción indicaba las diferentes especies subordinadas, separando cada una en sus subdivisiones y siguiendo estas ramificaciones de sentido y de terminología en las categorías más pequeñas.

En cada caso el análisis dialéctico de los textos constituyó la tarea imponente de la escuela de Bolonia y, a este respecto, ésta alcanzó una perfección que no podemos dejar de admirar todavía hoy. En su primer periodo, aquel de los glosadores, se desarrolló el lado teórico de la enseñanza. Cada esfuerzo se volvió, según los recursos del momento, a presentar una exposición de doctrina legal romana pura, clara y completa en cuanto era posible.

5. La escuela no apareció ligada a ninguno de los grandes partidos políticos de su tiempo. Aunque Irnerio contó en su inicio con la protección de la Marquesa Matilde, él cambió de partido después que adquirió fama y prestigio y en los últimos días de su vida fue un juez palatino bajo Enrique V. Sus sucesores, los cuatro doctores, Búlgaro, Martirio, Jacobo y Hugo hicieron la memorable declaración en la Dieta de Roncaglia, en 1, 158, en favor del derecho del Emperador Barbarroja de poder gravar con impuestos las ciudades de la Lombardia.

Algunos de los juristas boloñeses se mantuvieron firmes en el partido güelfo, como hizo, por ejemplo, uno de los más brillantes de todos ellos, Piacentino. Sin embargo, se comprende que la tendencia natural de aquellos hombres, formados en el derecho del Bajo Imperio, se inclinaba hacia la monarquía.

6. El mejor amado para comprender el trabajo intelectual de los glosadores consiste, según creemos, en examinar las enseñanzas de alguno de ellos en tinos enmantas casos concretos.

Los hechos externos de su carrera son estrictamente conocidos. Él estudió el derecho longobardo y el canónico y también el civil, escribiendo sobre las tres ramas de la jurisprudencia de su época. Pero, principalmente, se sabia dedicado a la enseñanza del derecho romano y se le puede considerar como un buen representante de los primeros juristas boloñeses.

No se ha mecho una edición completa de esta obra, pero es suficien-temente conocida, ya que se han conservado numerosos manuscritos de la misma y algunos restos de sus glosas han sido publicados por Wenck y por Stélzel. Las glosas son breves anotaciones intercaladas entre las líneas del texto o puestas en los márgenes. En una de las más antiguas nuestro autor muestra las dificultades inherentes a la aplicación de los

privilegios de la Iglesia relativos a la prescripción. Según las leyes de Justiniano, las instituciones eclesiásticas no estaban exentas de hacer valer derechos relativos a la propiedad mediante la prescripción usual de treinta años. Este periodo de tiempo de derecho comun era prolongado a favor de aquellas por cuarenta años, pero los canonistas observaban que la Iglesia de Roma tenía derecho a un lapso de tiempo todavía mayor, esto es de cien años. Surgió entonces una viva controversia sobre este punto entre los civilistas, en la cual sin embargo Vacaría no tomó parte.

En el manual de un manuscrito de Troyes (*Summa Trecensis*), que representa uno de los primeros pasajes de la jurisprudencia del tiempo de los glosadores se nos dice que las leyes deben interpretarse de manera humana, *de* manera que venga conservado el significado, y que no haya discrepancia con la equidad. Los preceptos de las leyes se deberían admitir sólo cuando estén de acuerdo con la equidad. Por otro lado, el mismo Imerio, como atestigua una glosa genuinamente suya, observa un peligro en que el juez disponga de amplios poderes para modificar el derecho. De cuanto aprendimos de la enseñanza de Búlgaro, él sostiene una interpretación más rigurosa del derecho, mientras Martirio y su discípulo Piacentino se inclinaban hacia una interpretación más amplia. Resulta interesante ver que la posición de Vacaría en esta controversia es indicada por una breve pero notable glosa..

La misma actitud sometida hacia la autoridad soberana forma el substrato de la enseñanza de Vacario en torno a la costumbre. Los glosadores estaban aquí también divididos sobre este punto. Según una opinión, habiendo cedido el pueblo el poder legislativo al emperador, la costumbre está subordinada a la ley y esta última no puede ser abolida ni siquiera con el desuso. Desde otro punto de vista la costumbre practicada por el pueblo aparece como una supervivencia de la autoridad legislativa del pueblo, y esto justifica la modificación de las leyes concretas y determinadas la costumbre.

Los pasajes arriba mencionados serán suficientes para mostrar el vivo debate de ideas que tenía lugar entre estos estudiosos del siglo XII. Sus discusiones eran llevadas principalmente con sistemática académica; no obstante, es claro que los intereses de la vida contemporánea más se habían producido sin influencia por la posición y solución de sus problemas. La interpretación judicial, la influencia de la costumbre, la parte representada por la idea de soberanía en la formación del derecho, todas estas cuestiones tenían, además de su valor jurídico intrínseco, un interés especial para hombres que vivían en una sociedad donde los elementos del ordenamiento jurídico y político debían, por así decirlo, descubrirse de nuevo.

EL DERECHO ROMANO EN FRANCIA

Lección Tercera

Francia se movía igualmente hacia nuevos ideales de cultura y de ciencia. Del mismo modo que la vida italiana venía preparándose para el florecimiento de los estudios jurídicos en Bolonia, de parecida forma la vida francesa acumulaba sus fuerzas y energías en torno a la Universidad de París. Las enseñanzas en París estaban centradas en las artes, la teología y el derecho canónico; sin embargo, el gran movimiento escolar, que consistía en la concentración de los estudios, en ningún lugar fue tan poderoso como en París y no podía permanecer al margen de la ciencia jurídica. Mostró un incremento de poder intelectual que por sí mismo debía potenciar indirectamente el estudio de las leyes.

La contribución más interesante de Francia al resurgir del derecho romano es la *Sionnia* del Codex de Justiniano.

Lo Codi denota ya la influencia de los glosadores. Sigue directamente una suma del Codex que se encuentra en un manuscrito de Troyes. La paternidad de Imerio no se puede probar, pero la *Summa Trecentis* es, en cualquier caso, un ejemplo claro del trabajo de un antiguo glosador.

Las normas sobre la responsabilidad de una persona que utiliza cosas pertenecientes a otro permitieran

ejercitar mucho la imaginación de los juristas romanos. El comodatario era, naturalmente, responsable por el abuso fraudulento (*dolos*), pero, ¿hasta dónde era responsable en caso de negligencia (*culpa*)? Nerva, como refiere Celso, había dispuesto que la culpa amplia era equivalente a la y constituía una violación de la buena fe. Pero, ¿cómo es preciso entender la medida de la culpa lata? *Lo Codi* añade algunos despropósitos claros para ilustrar el significado general de la culpa lata. Ésta se descubre cuando alguna persona cree que aquello que es perjudicial para cualquier individuo, para él resulte inocuo, como, por ejemplo, si yo expongo un libro a la lluvia sin reflejar que será seguramente deteriorado, o si yo monto un caballo, que me ha sido entregado para su custodia, a través de lugares que sé que son puntos de encuentro de bandoleros y ladrones. Tales actos constituyen culpa amplia, y yo debo resarcir todos los daños que se deriven de mi comportamiento. Pero no es suficiente poner de relieve cosas absurdas en grado extremo. En la práctica mucha dependerá del alcance de nuestro razonamiento.

Tomemos otro ejemplo que muestra hasta qué punto las doctrinas abstractas del derecho romano sufrieron la influencia de normas consuetudinarias y de condicionamientos locales. En el tratamiento de los daños que se derivan para algunos de fraude o engaño de otra persona, *lo Codi* sigue de modo general la doctrina expuesta por el *Codex* de Justiniano, II, 20. Pero introduce variaciones en aspectos particulares. Comienza con una distinción importante. Si la persona que utiliza el fraude indica a la otra persona que es lesionada a hacer un contrato desventajoso, como, por ejemplo, a hacer un contrato a la vista de falsas noticias, este debe rescindir a solicitud de la parte lesionada.

En casos de pequeña magnitud no se acuerda la acción, pero si pueden presentarse casos importantes en los cuales procede conceder la indemnización.

2. Contamos pues en el provenzal *Lo Codi* con un ejemplo excelente del uso inteligente y práctico del derecho romano en una región donde este derecho era reconocido como autoridad jurídica principal. Sin embargo, la influencia de las fuentes romanas llegó mucho más lejos. Modificó materialmente el estado del derecho en partes de Francia gobernadas por derechos consuetudinarios derivados en gran parte de la tradición germánica. Aquí el proceso de transformación fue sugestivo.

Naturalmente el inicio del movimiento en este caso vino por la distinción del saber. Era necesaria estudiar el derecho romano antes de aplicarla y es notable, desde este punto de vista, que la escuela boloñesa no sólo atrajo extranjeros y, entre éstos, muchos franceses, sino que también envió discípulos a Francia. Uno de los más destacadas glosadores, Placemitorio, enfadado con Bolonia, llegó a ser un maestro célebre de la escuela de Derecho de Montpellier.

El reino de San Luis fue un momento preclaro para el progreso de las instituciones jurídicas como también destacó por sus dardas cruzadas y sus brillantes acciones caballerescas. El juicio mediante duelo fue relegado a un segundo lugar en los tribunales reales, y la producción de las pruebas adquirió su propia lugar, mientras el Parlamento de París asumió una forma procesal más ordenada y expeditiva. De semejante renacimiento jurídico se pueden designar dos causas principales, el crecimiento del poder real y el estudio cuidadoso del derecho

Después sigue una compilación privada que, bajo el nombre de Ordenanzas de San Luis, consiguió una gran reputación e influencia. Solamente las nueve primeras capitulas están sacadas de las Ordenanzas de San Luis. Los otros párrafos del primer libro presentan una exposición de una costumbre de Tourainc-Anjou, mientras el libro segundo consta de una costumbre de la región de Orléans.

3. El documento más interesante del renacimiento jurídico francés bajo la influencia del derecho romano son las *Coutumes de Beauvaisis*, compiladas por Philippe Remi, Sire de Beaumanoir, entre 1279 y 1283. Beaumanoir había sido juez y gobernador delegado del condado de Clermont en Beauvaisis, que pertenecía a Roberta de Chermont, sexta hija de San Luis. Era un hombre de singular capacidad, saber y variada experiencia. Él había servido en Inglaterra en su primera juventud y nos ha dejado no sólo el tratado jurídica

gime acabamos de mencionar, sino también poesía, gime comprende un romance sobre las aventuras de un caballero francés, Juan, y de una bella dama de Oxford, la Rubia de Oxford. La originalidad de su mente no fue menor cuando se ocupó de las materias jurídicas y su libro sobre las *coutumes de Beauvaisis* es uno de los más apreciados tratados legales que existen.

Para juzgar la influencia ejercida por el derecho romano sobre los usos legales de la Francia septentrional, no podemos hacer otra cosa mejor que considerar en algunos aspectos particulares la enseñanza de Beaumanoir sobre determinados puntos de la doctrina jurídica.

Merece la pena recordar el prólogo de Beaumanoir a su obra. El punto de vista resulta notable en un jurista francés de un periodo que se puede considerar todavía feudal. Es precisamente el opuesto al método de Bracton, el cual, conocedor profundo de la autoridad judicial de los tribunales reales, comienza a describir el derecho común de Inglaterra y cita las costumbres locales solamente como una fuente de noticias subordinada. ¿Cuál es pues el significado de la locución *derecho comun* en Beaumanoir? Ésta aparece numerosas veces en su tratado, y puede solamente significar reglas legales generalmente aceptadas para todo el reino de Francia.

4. Una buena ilustración nos viene proporcionada por un capítulo sobre las denominadas renunciaciones, sobre las cláusulas insertas en los instrumentos con el propósito expreso de renunciar a un posible recurso a cualquier norma legal o expediente de defensa. Un número de remedios claramente romanos están previstas, como por ejemplo la *exceptio non numeratae pecuniae* o la querrela a favor del vendedor que ha recibido menos de la mitad del valor por su propiedad.

Algunas de las lugares principales de la jurisprudencia del siglo XIII presentan formas de procedimiento. Fue una cosa importante establecer de qué manera y conforme a qué orden los remedios legales se debían permitir, y cómo se podían formular acciones y excepciones contra ellos admitidas por los tribunales. Hasta que éstos y similares aspectos del procedimiento no fuesen definitivamente elaborados, ninguna discusión relativa al derecho material podía ayudar. La importancia del procedimiento como substrato para el derecho material crecía además por la naturaleza complicada de la jurisdicción: ha mezcla de la justicia feudal de varios grados por un lado, y de los tribunales laicos y de los tribunales eclesiásticos por otro.

Del mismo modo encontramos en las *Coutumes de Beauvaisis* como en las *Ordenanzas de San Luis*, la clasificación de las acciones de Justiniano en personales, reales y mixtas; la primera está dirigida a forzar el cumplimiento de las obligaciones, la segunda a obtener la posesión de las cosas y la tercera parte está guiada por el principio de perseguir una relación obligatoria, pero se resuelve en acción para repetir cosas.

Un argumento de considerable importancia para todos los juristas, y especialmente para los juristas de este periodo, era la distinción angular entre propiedad y posesión y sus efectos sobre el procedimiento. En el antiguo derecho germánico, cuando la propiedad privada de la tierra estaba muy restringida, se suscitaban pleitos en torno a la propiedad principalmente entre las tribus, los pueblos, las instituciones eclesiásticas, etc., y eran tratados como esencialmente diferentes de las tentativas de acciones individuales.

El procedimiento consuetudinario admitía también una acción o bien una queja (*coniplaint*) como se decía en Francia al señor del lugar contra la interrupción violenta de la posesión pacífica y era suficiente que esta hubiese durado un año y un día. Por otra parte, el derecho canónico había cambiado la forma procesal del derecho romano, que a través del cauce de la jurisdicción eclesiástica se introdujo en las costumbres provinciales como por ejemplo, en la de Orléans.

Desde este punto de vista de la distinción de la posesión tanto la costumbre de Orléans como la de Beauvaisis en realidad ocultan el aspecto principal a través de una regla que se expresaba con la fórmula (el muerto adquiere la representación del vivo). No debe entenderse en el sentido de que el muerto agarra al que vive, sino que la posesión de la finca o de la herencia pasa desde el muerto, desde la parte actora, al hombre vivo, al sucesor.

El carácter técnico de estas reglas no debe escondernos su gran importancia social.

5. En la materia relativa al derecho de familia, la influencia de las concepciones romanas no es tan patente, ya que algunas de éstas restaron arcaicas, como por ejemplo la *patria potestas*, también en su forma mitigada. Había que elegir entre la costumbre germánica y la latina respecto a la autoridad del padre y la condición privilegiada del sexo masculino en los ordenamientos jurídicos de todo tipo. Por otro lado, se detectó una especial tenacidad en mantener los usos nacionales antiguos en el ramo del derecho que hace referencia a algunas de las formas de la parentela.

Un cambio bastante importante se estableció con la admisión de la madre a la tutela del hijo menor de edad (629; cfr. *Novella*, 118). Esto, naturalmente estaba completamente en contradicción con las antiguas ideas germánicas y en realidad también con las romanas antiguas. No resulta imposible que aquí nos encontremos no frente a un principio tomado del derecho de Justiniano, sino frente a un desarrollo indígena de concepciones jurídicas.

El *Corpus Iuris* muestra como una persona, que ha alcanzado la mayoría de edad, permanece bajo la autoridad paterna a. no ser que sea emancipado por ella y que la separación de la comunión doméstica y de los derechos de propiedad se lleva a cabo ordinariamente mediante el matrimonio del hijo.

Otra parte del derecho especialmente influenciada por el derecho romano fue la materia de contratos, que creció en importancia con el desarrollo de las relaciones; también, naturalmente, las normas romanas eran muy avanzadas en este campo en relación a las costumbres de las comunidades bárbaras. Además, los modos en que las obligaciones nacen, se desarrollan y son declaradas inválidas, varían considerablemente y dan ocasión a una rica casuística.

En el análisis de los contratos concluidos por mandato aparece un caso curioso en conexión con el carácter personal del mandato. No es difícil ver que, si la persona que otorga el mandato, cambia de opinión y comunica con tiempo la orden contraria, el contrato no tiene eficacia. Por tanto resulta claro que si la orden no llega al agente, y este último sigue la orden, de buena fe, como a él le fue dada, el principal queda obligado consecuentemente.

No es necesario proseguir mucho más lejos en el examen de las huellas de la influencia romana en el texto de Beaumanoir. Lo que se ha dicho resulta más que suficiente para demostrar hasta qué punto llegó a ser grande semejante influencia. Estuvo determinada por la superioridad de las normas jurídicas romanas en la lucha sostenida con sus correspondientes pero no idénticas concepciones de origen germánico.

6. Pero no debo dejar este tema sin reclamar la atención respecto a una singularidad sobre el lado psicológico de la recepción. Sucedió, no infrecuentemente, que el procurador al juez de profesión, que eran los agentes principales del procedimiento, sacaban a la luz una u otra doctrina, no con su significado lógico y propio, sino para confirmar o probar alguna opinión personal, la cual posiblemente no coincidía exactamente con la regla sacada a relucir para corroborarla.

En esta aplicación medieval la sentencia de los juristas romanos resulta casi irreconocible, pero no es oportuno que nosotros acusemos al juez de Clermont de ignorancia o de haber desnaturalizado la regla; él simplemente hace uso de esta máxima romana para fabricar una plataforma muy propia.

En cualquier caso, nosotros debemos habituarnos a tratar las referencias a los textos romanos de nuestro jurista medieval no de manera demasiado rígida y alambicada.

EL DERECHO ROMANO EN INGLATERRA

Lección Cuarta

1.El derecho romano civil no alcanzó a ser un elemento constitutivo del derecho común (*common law*) inglés reconocido y aplicado por los tribunales, pero aquél ejerció su influjo notable en la formación de las doctrinas jurídicas durante el período crítico en el que se sentaron las bases del *common law*, es decir, durante los siglos XII y XIII. Ciertamente la enseñanza del Derecho romano iniciada por Vacaríu tuvo durante algún tiempo un absoluto predominio.

No obstante, la enseñanza del derecho romano no fue suspendida en los principales centros de enseñanza de Inglaterra. Los mismos canonistas se referían frecuentemente a sus fuentes. El estudio del derecho romano en Cambridge experimentó, a lo largo de este siglo trece, constantes declaraciones de las fuerzas contrarias a su admisión. Sobre los resultados del cultivo del derecho romano en Inglaterra hemos de anotar en primer lugar, su influencia sobre la principal doctrina jurídica que se desarrolló en el siglo XII, ha referente a la posesión y los medios para garantizarla.

El tratamiento que dio Glanvill a la prenda de la tierra nos permite comprender hasta qué punto la teoría inglesa de la *shrine* fue coloreada por la doctrina romana de la posesión. Aquél admite el traslado del fundo del deudor al acreedor para dar seguridad por una deuda y sus intereses, pero no reconoce derecho especial alguno del acreedor con relación a la tierra transferida de este modo.

2. Sin embargo, la más importante contribución inglesa a la jurisprudencia romana es la recogida en la obra de Bracton sobre las Leyes y costumbres de Inglaterra. Aunque este famoso libro se escribió en primer lugar para la instrucción de juristas prácticos y sus capítulos más sobresalientes parten de la jurisprudencia práctica de la época de Enrique III, comienza con una documentada introducción, principalmente tomada de los manuales de las Instituciones y del Código de Azón, que trata del derecho de las personas, de las cosas, de las obligaciones y acciones, incluyendo también un análisis general de las acciones.

Tampoco su obra resulta en esta dirección en modo alguno despreciable. No me propongo determinar con precisión cuál sería el valor didáctico de semejante libro en nuestros días, pero podemos decir que la finalidad de Bracton era bien distinta de la de su modelo, el doctor boloñés, en razón de que disponía de medios bien diferentes. Aquel vivía en un país que no podía compararse culturalmente con Italia, y mucho menos por lo que se refiere a la brillantez de la tradición clásica y de la doctrina. El glosador boloñés llevó a cabo una exégesis profunda de las Instituciones y del Código de Justiniano: comenta los textos, los ilustra y los explica, pero no presenta su doctrina remodelada, habla de patria potestad, de esclavitud, de la Lex Aquilia, de los interdictos, como si se tratase de instituciones todavía vigentes en la práctica italiana de su época.

Algunos de los principios generales expuestos en las Instituciones y en los Comentarios a las mismas podría servir como una guía luminosa para el pensamiento jurídico inglés, mientras que figuras de todas extrañas a la vida inglesa deberían ser eliminadas. Así, la introducción se dirigía sin lugar a dudas a reforzar la doctrina jurídica nativa fertilizándola con concepciones jurídicas de reconocido valor, tomadas de la fuente más elevada del derecho avanzado y científico.

3.Prácticamente al principio él se introduce en una dificultad inevitable para su obra, y los notables contrastes entre el derecho inglés y el derecho romano le obligan a reflexionar sobre el gran problema de la sanción de las normas jurídicas. El derecho civil romano, recogido por Justiniano y expuesto por Azón, era un cuerpo definido de doctrinas que habían recibido sanción por la autoridad imperial, y que se había fijado en una forma escrita autorizada. No resulta absurdo atorgar la denominación de derecho a normas inglesas no escritas, porque éstas proceden de un orden del soberano (el Rey), han sido establecidas con el consentimiento de los señores e implican una promesa de obediencia por parte del pueblo. Hasta aquí Bracton, mientras que Glanvill no sólo es más breve sino también unilateral.

Si la dificultad de la autoridad y de la sanción del *common law* se puede fácilmente superar, la segunda objeción sobre la forma común de la doctrina inglesa parece fundada sobre consideraciones más serias. No

existe una redacción autorizada oficialmente de las normas jurídicas inglesas. Esto es admitido por Glanvill y por Bracton. De la inexistencia de esta redacción se siguen graves inconvenientes: el Derecho es pervertido por la ignorancia de los principiantes que suben al banco de los jueces, antes de haber aprendido los elementos del saber jurídico.

4. Siguen en la obra principios generales sobre la *iustitia* y en torno al *ius*. El doctor boloñés comenzaba su definición de la justicia partiendo del Digesto: «Justicia es la constante y permanente voluntad de atribuir a cada uno su propio derecho». Al sacarse del método escolástica él toma cada palabra de esta proposición y la amplía por vía de interpretación para definir las diferentes atributos y las condiciones de la justicia. De este modo él reclama la atención sobre el hecho de que la justicia se puede considerar como una institución divina, que determina de una vez por todas lo que es justo y aquello que es injusto.

Bracton en esta sección elimina muchas de las distinciones filosóficas. Él se encuentra frente a una particularidad de la lengua inglesa, que es la ausencia de un término inglés equivalente a *tus*. Aun cuando escribe en latín, no quiere hacer depender sus escritos del uso de términos extranjeros, por lo que introduce, aunque sea brevemente, las palabras *lex* y *consuetudo*, explicando que éstas equivalen a *tus*, lo que en este caso aparecería significado en inglés con la palabra *law* (derecho objetivo). Sin embargo, podemos añadir que la traducción propia de *tus* no suena siempre *law*, el orden objetivo de las cosas y de deberes, por decirlo de alguna forma, sino a veces *right* (derecho subjetivo), la esfera subjetiva, aquello que yo reclamo, como algo que me corresponde a mí frente a los demás.

Él se separa de Azón una vez más allí donde el contraste entre *proprietas* y *honorum possessio* le lleva a notar una diferencia material en el uso de estos conceptos fundamentales en Roma y en Inglaterra. Mientras el jurista romano hace una distinción precisa entre propiedad, esto es el derecho genuino y completo sobre una casa, y posesión, es decir, el disfrute protegida de la misma, el jurista inglés funde ambas ideas en la concepción intermedia y relativa de la *seisin*. Una persona se ha posesionado de una casa, más frecuentemente de tierra, y su *seisin* debe ser protegido por los tribunales hasta que una causa mejor de *seisin* sea inventada. B, el primogénito de A, puede ser su heredero legítimo, pero si no obtiene la *seisin* a la muerte de A, y lo obtiene C, que es segundogénito, C debe ser protegido *pro ma lacte*, porque ya ha entrado en posesión. Él puede ser desposeído sólo si B contrata un título y prueba la verdad de su pretensión. Sigue después una lección dedicada al derecho natural, al *ius civile* y al *ius gentium*. Azón, volviendo a la interpretación de los textos romanos tal y como se encuentran, trata sobre el problema filosófico general del derecho natural apuesto al derecho positivo de los Estados. Sin embargo, él explica simplemente la distinción clásica romana entre el *ius civile*, el derecho del pueblo romano, y el *ius gentium*?, derecho privado que se basa en las costumbres jurídicas de diferentes naciones.

En cuanto al *ius civile*, Bracton parece entender la excepción de un modo que resulta característico del uso medieval. No se ocupa del derecho originario del Estado romano, el *ius quintana*, pero hay una especie de derecho en Inglaterra que podría designarse refiriéndose al *ius civile*.

5. El contraste entre el profesor que expone doctrinas de interés meramente histórico y el juez que viste figuras inglesas de fórmulas romanas, es especialmente notable en el tratamiento del derecho de las personas. Bracton sigue a Azón en lo que se refiere a la principal e importantísima regla de que «todos los hombres son o libres o esclavos». Pero semejante regla es distinta si nos situamos en la Roma antigua, en la Italia medieval o en Inglaterra. Azón procede a hacer el comentario necesaria desde el punto de vista de la antigua Roma. Él se ocupa de los *statu-liberi* y de los *adscripticii*, para mostrar que es posible adaptar estos grupos subordinados a la división principal entre libres y no libres. No se refiere al mundo italiano en el que vive, ni se altera por el hecho de que ni los *statu-liberi* ni los *adscripticii* son conocidos por los boloñeses o los florentinos suyos contemporáneos. Al final de las secciones que se ocupan del derecho de las personas, Bracton vuelve al problema de la esclavitud y pone de manifiesto el hecho de que los esclavos no se encuentran completamente sometidos a la autoridad de sus patrones. Encuentra apoyo para esta afirmación en la doctrina romana más reciente, la cual por influencia del estoicismo y del cristianismo, garantizó algunas

protecciones al esclavo contra la excesiva crueldad por parte del patrón. Desde el tiempo de los Antoninos, un patrón que trataba a su esclavo de una manera intolerable, podía ser obligado por los magistrados a venderlo. Se estableció que el homicidio de un esclavo cometido por el patrón fuese un crimen. Azón escaló especialmente estas limitaciones del poder de los patrones sobre los esclavos, y adujo, como un motivo de las limitaciones del derecho de propiedad de los esclavos, la importancia para el Estado de impedir que los propietarios usasen mal de una propiedad. Hay precedentes para esta opinión en las costumbres normandas que prohibían servirse del *waynage* por parte del patrón, o, en consecuencia, en el hecho de que, en el periodo anglosajón, el predecesor del colono, el *ceor*, no era hecho esclavo, pero contaba con la posibilidad de llevar a cabo una acción contra su patrón delante de los tribunales.

Otra caso, en el que el estudio de la doctrina romana ha dejado una huella marcada sobre el pensamiento jurídico inglés es la bien conocida distinción entre propiedad real y personal. Podemos observar en este momento el origen de esta famosa distinción que está todavía vigente en nuestros días. Su raíz hay que encontrarla en la enseñanza de los juristas romanos sobre las acciones. Hay acciones reales: *actiones in rem*, que están orientadas a obtener la propiedad de una determinada cosa, y acciones personales, que hacen valer pretensiones contra las personas, exigiendo para éstas que hagan una determinada cosa, o den cualquier cosa o se abstengan de alguna cosa. La cuestión de obtener un objeto específico no se presenta en el último caso. Bracton y sus compañeros tenían mucho que aprender de los romanos, y de los glosadores que expusieron sus doctrinas, en la materia de obligaciones derivadas de contratos y delitos. Las relaciones económicas extraordinariamente activas del estado romano en el periodo más próspera habían sido utilizadas por juristas sagaces para formar una doctrina conspicua, también en el periodo del derecho clásico, por la agudeza y magnificencia de sus sagacidades dialécticas. Bracton se apropió de la idea fundamental de que un pacto nudo, es decir, un acuerdo falto de una particular forma, no constituye una eficaz obligación en el derecho. Él cita un pareado de versos memorísticos destinados para servir de ayuda al principiante a fin de recordar aquello que podría servir como vestigio de los pactos. Los tres primeros tipos se aplican a los contratos reales, como por ejemplo al depósito; a los contratos verbales, la promesa solemne romana (*stipulatio*), o un equivalente de esta por escritura, documento acompañado de un sello, que es el modo principal de concluir los contratos en el derecho inglés; el cuarto se refiere a los contratos consensuales, venta o alquiler por mutuo acuerdo, aun cuando a este respecto el derecho inglés no puede estar concorde exactamente con la doctrina romana. Además de esto, Azón menciona dos maneras de revestir un contrato, que él describe con un lenguaje extraña. Mientras en los primeros cuatro el contrato nace casi vestido, hay dos casos en los que éste está desnudo en el momento de su nacimiento, pero apenas ha visto la luz busca a su alrededor un vestido conveniente y, eventualmente, puede encontrar un abrigo que lo proteja del hielo y de la muerte; esta ocurre en el caso de que siga la *traditio* o una condición que no existía en el momento en que el acuerdo se materializó, pero que, si aparece más tarde, lo convierte en perfecto y lo dota de un vestido.

EL DERECHO ROMANO EN ALEMANIA

Lección quinta

1. El influjo del Derecho romano en Alemania se caracteriza por poseer unas condiciones bastante particulares. Parecía en un principio que no iba a haber mucho campo para la doctrina romana en un país con una población de raza y de lengua germánica.

La caída de la dinastía de Suabia y el penoso Interregno de los últimos decenios del siglo XIII revelaron la base frágil de la magnífica estructura del Sacro Imperio Romano. Mientras se extendía por Italia y por la Borgoña, no alcanzaba a arraigar en el suelo nativo germánico y se hundió a pesar del relieve de los acontecimientos de algunas de sus emperadores. Los príncipes de Augsburgo y de Luxemburgo, que ocuparon la corona imperial después del Interregno, se interesaron principalmente por construir los fundamentos de su dominio familiar uniendo varios principados que les permitieran construir un patrimonio para sus respectivas familias y reforzar su poder como príncipes en estos territorios.

Está claro que los ordenamientos jurídicos de una sociedad que vivía en semejantes condiciones políticas, debían ser necesariamente peculiares. Jurisdicción y derecho fueron, por decirlo de alguna manera, pulverizados en un número de pequeñas y grandes fracciones. Cada principado, señoría, ciudad, seguía su propio derecho. Pero, además de la disgregación de estos grupos de costumbres territoriales, un número infinito de variedades se produjo como consecuencia del estado social de las personas interesadas, el derecho de los caballeros y de los feudos (*Lehnrecht*) se diferenciaba no sólo del derecho de la nación en general (*Landrecht*), sino también del derecho especial de los señores feudales (*Í-Jofrecht ius curus*), derecho municipal (*Stadrecht*), derecho de las gildas (*Zunftrecht*), derecho de los campesinos (*Bauernrecht*).

Una segunda dificultad derivaba de la composición de los diferentes tribunales y del modo como en éstos el derecho se aplicaba. El derecho estatutario era naturalmente una rara excepción. Había algunas leyes emitidas por las Dietas, concernientes principalmente a cuestiones de derecho público y estatutos ocasionales aprobadas en los diversos principados y ciudades. El juez (*Richter*) presidía el tribunal, dirigía los procedimientos e interrogaba a los asesores. Tarea de estos últimos era la de emitir informes o sentencias (*Lrtheil*) sobre todos los puntos del derecho presentados por el magistrado que presidía la corte judicial.

Así sucedió que en el mismo momento en que los ordenamientos sociales de Alemania avanzaban desde las condiciones medievales a las modernas, cuando la vida de sus ciudades gozaba de una cierta prosperidad artificial en virtud de las relaciones comerciales con Italia por un lado, y Flandes, el Norte de Escandinavia, Polonia y Rusia de la otra, el derecho germánico estaba paralizado por las tendencias particulares y localistas y por la falta de la doctrina profesional.

2. Es interesante observar los intentos de poner remedio a los evidentes defectos del derecho germánico mediante instituciones de origen nacional. Un expediente, que tuvo considerable importancia en la jurisdicción municipal, fue el reenvío de los casos dudosos por los tribunales locales a las superiores. Estas tribunales superiores (*Oberhöfe*) estaban constituidos en algunas de las ciudades más importantes con las que las otras ciudades estaban estrechamente aijadas, o como colonias, o como parte de la liga misma.

Otra poderosa influencia en la misma dirección se ejerció por la difusión de tratados verdaderamente memorables sobre el derecho consuetudinario. El más notable e influyente entre estos fue compilado por Eike von Repgow sobre el derecho de los sajones (*Sachsenspiegel* Espejo de Sajonia). Este puede parangonarse a la famosa obra de Bracton sobre las leyes de Inglaterra con una diferencia característica, que el autor inglés escribió sobre el *common law* de su país, mientras que el alemán trató sobre las costumbres jurídicas solamente de la estirpe germánica. Sin embargo, a pesar de esta limitación material, la obra de Eike von Repgow fue un acontecimiento histórico. Otras redacciones de las costumbres provinciales atestiguan la creciente afluencia de las ideas romanas. El Espejo alemán recurre de modo general a la guía de los maestros del derecho, es decir de los juristas romanos, y el Espejo de Suabia muestra cambios explícitos de las fuentes jurídicas romanas. Johann von Bismch, el autor de una glosa al Espejo sajón, compuesta entre 1325 y 1355, encuentra necesario corroborar las normas del citado Espejo sajón estableciendo contrastes con normas similares romanas; al mismo tiempo un secretario municipal, Johann von Brünn, se ocupó de la compilación de un auténtico y concreto manual de derecho romano para los profesionales alemanes. Vemos aquí indicios seguros de que el derecho romano comenzaba a afirmarse como un remedio a las deficiencias de la jurisprudencia germánica.

Para explicar este fenómeno debemos considerar, sobre todo, que en el modo de ver de los germanos cultos el Sacro Romano Imperio había unido Alemania y Roma y los emperadores de la estirpe germánica fueron considerados sucesores directos de Constantino y de Justiniano.

3. Una prueba todavía más importante deriva de los libros de texto de derecho romano y canónico aparecidos en el siglo XIV y especialmente en el XV. Estos libros trataban de ayudar a las personas que no tenían tiempo suficiente para dedicarse a un estudio más completo y más amplio de las fuentes jurídicas, pero que, al mismo tiempo, deseaban aprovecharse del patrimonio de sabiduría de la jurisprudencia romana. Tal era el caso, por

ejemplo, del Vocabulario de ambos derechos de Jodoco, una obra com-puesta por un doctor de Erfurt alrededor del año 1452 y muy difundida en Alemania y en otros países. Un producto curiosa de este esfuerzo por la adquisición de las ideas y de las formas jurídicas romanas puede encontrarse en un género amplia-mente difundido de la literatura jurídica de la época, los conocidos como ~Procesos de Satanás.

Una idea predilecta de los teólogos era la de exponer la doctrina de la Redención sirviéndose de la forma de un proceso ficticio. La finalidad era la de mostrar que con el sacrificio de Salvador, el Infierno había perdido su poder sobre el género humano y que la expiación, consecuencia de este sacrificio, podía pensarse que era una materia no sólo de la gracia sino también de la justicia. Uno de estos tratados fue atribuido, y quizás con jus-ticia, nada menos que al doctor boloñés por excelencia, Bartolo, y un tra-ducción alemana que recibe el nombre de Belial es notable por las exce-lentes informaciones que proporciona sobre cuestiones de procedimiento.

Se puede observar que variadísimos aspectos del procedimiento han sido introducidos en un ejemplo como este, evidentemente con la intención de instruir a los principiantes en términos técnicos y en las formas funda-mentales del procedimiento, como la contumacia, la equidad, la acción posesoria y petitoria, la excepción, la réplica, la demanda, el dolo, etc.

Una obra popular de otro tipo es el *Espejo de las acciones*, un producto de principios del siglo XV. El autor, probablemente un secretario municipal, escribió su libro en el territorio fronterizo entre Suabia y Franco-nia, quizás en la pequeña ciudad de Halle en Suabia. Se duele profunda-mente el autor de las costumbres jurídicas alemanas, de la avaricia y violencia de los príncipes, de la indolencia del Emperador.

El autor alemán se esfuerza, principalmente, por proporcionar un compendio claro y útil de las leyes romanas y evita sutilezas y pedanterías. No resulta fácil, naturalmente, combinar los principios jurídicos germánicos con la erudición y las distinciones particulares de los jurisconsultos romanos y no puede decirse que nuestro autor haya acertado a conseguir una combinación completa, lógica y clara de dos cuerpos de derecho. Sin embargo, su esfuerzo es de la mayor importancia, en cuanto que éste muestra que la traducción de un determinado mecanismo técnico, como el esquema romano de las acciones, no era, ya hasta el siglo XV, un argumento meramente teórico, sino sin ambages de interés para los prácticos. Encon-tramos que el *Espejo de las acciones (K/ag.spiegel)* trata de adaptar distinciones de clases germánicas en las clasificaciones sociales de Roma, del mismo modo como lo había hecho Bracton.

4. El argumento siguiente a observar concierne a la influencia en la práctica de los conocimientos del derecho romano adquiridos en las Univer-sidades y mediante tratados populares y doctrinales. Nosotros podemos fácilmente discernir que las personas que recurrían a los textos romanos y a la literatura romanística en el siglo XV pertenecían por regla general a una u otra de las tres clases siguientes: había, en primer lugar, los eclesiásticos deseosos de corroborar sus pretensiones en materias eclesiásticas y privadas refiriéndose al derecho civil, al que el derecho canónico estaba estrecha-mente unida; en segundo término, funcionarios de las ciudades que hacían las funciones de juristas para municipios y príncipes, y tomaban parte en la discusión de los tribunales ordinarios como asesores; en tercer lugar, aboga-dos en busca de argumentos para sus clientes; éstos mostraron una inclina-ción natural hacia el derecho común escrito de Roma por encima de la sabiduría nativa de los escabinos (*SchÉitten*) germánicas.

La consulta jurídica constituyó el trámite principal para su aplicación en las primeras etapas del procedimiento. Funcionarios que tenían dudas acerca de algún enrevesado problema del derecho romana o administrativo y también contendientes en pleitos complicados, comenzaron a buscar el consejo de juristas bien conocidos, especialmente de doctores en derecho por las Universidades. Un ejemplo primitivo nos lo ofrece la iniciativa del municipio de Colonia, a finales del siglo XIV, concerniente a las denominadas confraternidades de la vida en común (*Brüder de.~ gemeinsamen Lehens*), asociaciones de personas de ambos sexos fervorosamente religiosas, que se unían en una vida común de trabajo y de oración.

El caso se describe del siguiente modo: en ciertos lugares, algunas personas se unen para vivir en común. Algunos son eclesiásticos que viven en una casa, donde se ocupan en escribir libros jurídicos. Otros que no saben escribir se dedican a tareas manuales en otra casa o bien hacen trabajos artesanales. Estas personas que viven en dos casas trabajan y viven del producto de su trabajo y dividen entre sí bienes que poseen y los beneficios que se generan. Comen juntos, no pueden pedir limosna y tienen un rector que se encarga de mantener el orden dentro del grupo. Le obedecen como los buenos discípulos obedecen a su maestro y fijan las horas de trabajo y las de descanso y también otros asuntos.

Estamos ahora en condiciones de comprender por qué se veía necesario un informe y lo que éste suponía desde el punto de vista legal para las autoridades de Colonia. La teoría germanista sobre las corporaciones era diferente, admitía un acto complejo por una pluralidad (*Licsammthett*) que opera como una unidad (*Genossenschali*). Esta concepción, no obstante, no había alcanzado un grado de complejidad teórica y de coordinación consciente de todas las particularidades referentes al principio directivo e inspirador de la misma. La doctrina romana suplía precisamente esta exigencia y fue sustituida por considerarla más científica y completa.

Otra serie característica de informes atorgados por los juristas de Colonia a lo largo de los siglos XIV y XV concierne a las dificultades para equilibrar derechos políticos y privados en ciudades y principados. La formación dentro de los confines del Imperio de Estados de diversos tipos creados como consecuencia de delegación expresa, de la violencia, de la costumbre y de la prescripción hizo surgir continuas controversias tanta en Italia como en Alemania. Uno de los grandes juristas italianos del siglo XIV, Bartolo, había establecido una nueva teoría en esta difícil materia del derecho municipal. Él adoptó y desarrolló la concepción romana de la autoridad del pueblo como fuente del poder, de la parte representada por lo coercitivo en la creación del derecho (*VM coactiva*), de la delegación de la autoridad y de la jurisdicción del Emperador y otras cuestiones semejantes. Sus comentarios sobre la materia llegaron a ser la base del derecho público de la Europa central y es significativo que las profesiones de derecho romano en Alemania se apropiasen de su doctrina con preferencia de la doctrina del mismo Código de Justiniano.

5. El lado concreto del procedimiento, la reunión de los resultados en materia de jurisdicción y legislación, pertenece principalmente al siglo XVI. A los tribunales germánicos con su peculiar procedimiento y con la doctrina consuetudinaria se superpusieron cortes judiciales que adaptaban la doctrina romana, en primer término como consecuencia de la organización de un tribunal central del Imperio, el *Reichskammergericht*. Este tribunal deliberadamente adoptó para su funcionamiento como guía tanto el derecho romano como el derecho común del Imperio. Esto sucedió en 1495 cuando el *Reichskammergericht* fue definitivamente constituido como un tribunal permanente. El suceso tuvo lugar en conexión con un movimiento dirigido a reforzar las instituciones imperiales bajo el reinado de Maximiliano I. Este tribunal supremo no obtuvo jamás, naturalmente, la influencia decisiva de los tribunales reales ingleses o de los Parlamentos franceses, sin embargo, constituyó un punto de concentración del derecho común del Imperio y a pesar de la lentitud y debilidad de su funcionamiento ejerció una considerable influencia sobre las instituciones jurídicas de todas las partes del Imperio.

El ejemplo proporcionado por el Tribunal del Imperio fue inmediatamente seguido por los tribunales superiores de los Principados y la recepción se extendió desde lo más alta hasta los estratos inferiores. La importancia de esta asimilación gradual por parte de los tribunales inferiores de los principios directivos adoptados por los superiores se ve de una forma clara, por ejemplo, en la historia de la recepción en los Principados de Jülich y Berg (en la provincia de Renania). Los estados de estos principados decidieron en 1534 y 1537 acuñar sus propios derechos bajo el molde romano, para evitar conflictos con la instancia superior del *Rewhsammergericht*.

La recepción aparece de esta forma principalmente como un movimiento de las clases superiores y de las relativas autoridades políticas. Esta encontró mucha oposición en las clases más bajas. Los juristas fueron considerados como malos cristianos. De tanto en tanto, unos y otros estaban expuestos a contumelias como,

por ejemplo, dos doctores de Constanza fueron expulsados por una corte de escabinos en Turgovia porque no quisieron oír hablar de *Bartele* y *Bu/dele* (Bartolo y Baldo) y estaban dispuestos a mantener sus antiguas costumbres.

Sin embargo, en su conjunto, la recepción del derecho común extranjera se llevó a cabo con muchas menos luchas y contrastes de lo que se esperaba, teniendo en cuenta el carácter radical de la experiencia. La incongruencia fundamental de esta prueba apareció con claridad sé/~o mucho tiempo después, cuando las costumbres *jurídicas nacionales* fueron resucitadas del olvido y de su relegación humillante a los tribunales locales más inferiores.

Da la impresión de que, a pesar de todas las variedades de tono y de humor, dos o tres características destacadas se repiten a la largo del tiempo. Ante todo, es evidente que la recepción del derecho romano en gran parte estuvo determinada por causas políticas. Este sistema política estaba subordinado a la idea del estado que dominaba individuos y clases y libre de la mixtificación de intereses privados y públicos característica del feudalismo. Esto debía volver por fuerza grato a las mentes de todas las pianeros de la concepción del estado, a los emperadores ambiciosos, a los voraces príncipes territoriales, a los juristas reformadores y a también los eclesiásticas representantes del derecho y del orden. Por el hecho de que provenía de una época de relaciones sociales altamente desarrollada, el derecho romano satisfizo en muchos aspectos las exigencias del progreso económico.

En su conjunto, la historia del derecho romano durante la Edad Media demuestra el valor latente y la fuerza organizadora de las ideas en medio de las cambiantes circunstancias externas.

LA SUPERVIVENCIA DEL DERECHO

ROMANO EN ESCOCIA

por

André Bérard

Introducción

No hay duda de que el derecho escocés puede parecer de importancia mediocre si se le compara con el derecho inglés, puesto que su vigencia no se impone a un número considerable de litigantes. La población de Escocia, conforme al último censo de 1921, se elevaba a 4.760.000 habitantes; el derecho inglés, al cual están sometidos no solamente la población de Inglaterra, sino el *english speaking people* casi por completo, es decir, el conjunto de países de lengua inglesa, ejerce su imperio sobre 152 millones de personas.

Lord Meadowbank pensaba, no sin razón, que el derecho de una nación no puede enorgullecerse de más finura, de más solidez y de más autoridad filosófica, que el de Escocia.

Es lamentable que los juristas continentales no se hayan sentido atraídos por esta seductora legislación y que todavía hoy los problemas suscitados por el derecho de Escocia, donde la sorpresa se alía con lo atractivo de la erudición, no hayan dado lugar más que a hipótesis fragmentarias, en espera de encontrar su Savigny.

El derecho escocés actual nos pone en presencia de cuatro elementos diferentes, que han entrado progresivamente en su composición: el derecho romano, el derecho feudal, el derecho escocés propiamente dicho y el derecho inglés.

Los lectores de la *Juridical Review*, la excelente revista de Edimburgo, han podido ver el contenido de un artículo publicado en el fascículo de diciembre de 1923, una referencia a un proceso instado el 8 de

noviembre de 1922, ante el tribunal de Session. La discusión versaba sobre el edicto del Pretor. Se interpuso para saber si el edicto debía aplicarse a un caso especial.

Se invocaba el texto de Ulpiano, recogido en D. 4, 9, 1(Ulp., lib. XIV *ad Edictum*):. Según los términos del edicto, los dueños de navíos, albergues y caballerizas son responsables de los efectos de los viajeros, incluso aunque no concorra falta por su parte; y el Pretor daba contra ellos una acción *in factum* más rigurosa aún que las que nacían de un contrato de depósito o de arrendamiento.

Este derecho es absolutamente fiel a los principios romanos, por ser todavía, en la hora actual, un derecho de base esencialmente romanizada.

PRIMERA PARTE

LA AUTORIDAD DOCTRINAL DEL DERECHO

ROMANO

Capítulo Primero

Los filósofos y los jurisconsultos de Roma son todavía los maestros del género humano; con los ricos materiales que nos han transmitido, hemos elevado, en parte, el edificio de nuestra legislación. El derecho de la antigua Roma no es respetado solamente en Escocia, no ha inspirado solamente ciertas leyes porque representaba la sabiduría de los tiempos y porque esta sabiduría se imponga a toda legislación; domina, sin embargo, todavía a título de ley positiva y posee una fuerza imperativa que obliga a la conciencia del juez, lo mismo que en Alemania antes de la entrada en vigor el primero de enero de 1900, del nuevo Código Civil alemán.

Lord Stair, que fue durante dieciséis años Presidente del Tribunal de Session, apoya todas sus opiniones en el derecho romano.

Lord Bankton declara que «los jueces deben acomodarse a los derechos romano y canónico a título de autoridades, cuando falten los estatutos y las costumbres, o cuando la cuestión, aunque relativa a un sujeto feudal, no esté resuelta por las costumbres feudales».

Erskine conserva en sus obras el plan de las Instituciones de Justiniano.

Una prueba del vigor y de la fuerza del derecho romano se manifiesta en la reglamentación legislativa de numerosos casos de novación con ocasión de seguros de vida.

Morton, en su *Mantial*, clásico en Escocia, presenta al derecho romano como la base del derecho escocés.

Así es, en efecto, sobre todo en las colecciones de sentencias, en particular en el *Dictionary of Decisions*, de Morison, donde más se manifiesta la importancia del derecho romano. Mejor todavía que en los libros de los juristas es, en las numerosas citas del *Corpus Iuris*, donde las obras latinas testimonian su autoridad ante los tribunales de Escocia.

LAS DISPOSICIONES DEL DERECHO ROMANO EN LA

LEGISLACIÓN POSITIVA DE NUESTROS DÍAS EN

ESCOCIA

Capítulo Segundo

La teoría general de las leyes está directamente inspirada en el derecho romano. Erskine indica que el poder legislativo supremo no puede estar atado por la legislación precedente, en virtud de un fragmento de Modestino recogido en D. L 4, 4 .

La regla escocesa «*After a law is published, no pretence of ignorance can excuse the breach of it* », que no es otra cosa que la máxima francesa:

«No es nulo ser sancionado aunque se ignore el hecho», es la aplicación del principio de sendos fragmentos de Paulo y de Pomponio,

La costumbre posee una fuerza obligatoria y se entiende como tal el uso inmemorial de la nación, «*the ancient custom of the community* », dice Erksine , «*quod dicitur moribus constitutum*», encontramos en el Digesto. No es posible derogar una ley por acuerdos particulares, por observación del texto de Papiniano, citado en D. 2, 14, 38, *de pactis*.

El juez tiene el poder de castigar lo que entorpece el ejercicio de la justicia;

Las partes pueden acordar la prórroga de la competencia del juez, conforme a la regla romana expresada en el Digesto, 5, 1, 1 *de judiciis*

El derecho sobre personas está de manera muy particular impregnado de derecho romano y los textos de Justiniano, son frecuentemente invocados en apoyo de las disposiciones actuales.

En Escocia, la edad legal para poder contraer matrimonio está fijada en doce años para la mujer y catorce para el marido, en virtud de una constitución de Justiniano del año 529. Sin embargo, conforme a un texto de Pomponio, si la mujer llega a la edad de la pubertad, viviendo con su marido, será considerada como esposa legítima.

El divorcio por consentimiento mutuo del derecho romano (*Novel/a* 140, e. 1) no se admite en Escocia.

La tutela y la curatela están organizadas en Escocia sobre el modelo de las mismas instituciones romanas. El niño se encuentra primeramente en estado de pupilaridad, hasta la edad de catorce años para los varones, y de doce para las hembras;

La acción *tutelar directae* está otorgada, tanto en Escocia como en Roma, al menor, para que obtenga del tutor la rendición de cuentas de su administración.

Cuando el menor, provisto de un curador, hace con su consentimiento un acto que le causa una lesión, no sólo tiene una acción contra su curador, sino que está protegido tanto en Escocia como en el derecho romano.

La curatela de los locos, confiada al agnado más próximo, está organizada sobre el modelo romano por el estatuto de 1585, cap. 18.

Los textos de Justiniano han inspirado numerosas sentencias concernientes a los modos de adquirir la propiedad.

En el caso de accesión, como cuando la tela de un cuadro no pertenece al pintor mismo, el derecho romano decidía, considerando la superioridad del arte, que la tela era accesoria de la pintura.

Cuando un individuo ha realizado nimia obra con materiales pertenecientes a otro, ¿quién es el propietario de

la obra? Después de la controversia entre proculeyanos y sabinianos, la *Institututa* (2, 1, 25), decidió que si el objeto podía volver al estado de materia bruta, pertenecería al propietario de la materia; si no, pertenecería al propietario de la obra. El derecho escocés optó por esta solución.

Si dos substancias pertenecientes a propietarios diferentes se encuentran reunidas, el derecho escocés distingue, al igual que el romano, entre la *confusio* y la *connixtio*; en el primer caso existe una verdadera indisolubilidad; en el segundo, la propiedad dividida subsiste.

la tradición exige dos elementos: la intención del propietario de transferir la propiedad y la entrega de la cosa.

En caso de daños sobrevenidos por fuerza mayor, las relaciones de arrendador y arrendatario se rigen por la regla expresada por Gayo.

El derecho escocés recibe del derecho romano su clasificación de las servidumbres.

El derecho de usufructo ha sufrido igualmente la influencia romana. En Escocia, el hijo nacido de matrimonio debe ser heredero de su madre; si ésta ha tenido otro hijo de su matrimonio precedente, que reciba su sucesión, su marido no tiene ningún derecho de usufructo durante la vida de este hijo, porque el usufructo se concede al marido más en calidad de padre de un heredero que de esposo; y esta regla, declara Erskine, es conforme a la *constitución de Constantino*

El derecho de obligaciones es igualmente romano, aunque mitigado con influencias canónicas. Las categorías romanas se conservan por el derecho escocés.

Las fuentes de las obligaciones son los contratos, los casi contratos, los delitos y los casi delitos.

La teoría de los contratos reales se inspira también en numerosas ocasiones en los textos del derecho romano.

Abordando ahora la teoría de los contratos consensuales, advertimos que anteriormente a la *Sale of Goods Act* de 1893, el ejemplo del derecho romano fue seguido en Escocia, mientras que en Inglaterra y en la mayor parte de los países civilizados, el contrato de venta llevaba consigo la transferencia de propiedad, en Escocia se daba solamente al adquirente el derecho de demandar al vendedor la entrega de la cosa; en consecuencia, el riesgo inherente a la cosa vendida pero aún no entregada, estaba a cargo del adquirente. En la gestión de negocios, el gerente es responsable del perjuicio causado por su falta, según los principios del derecho romano; responde de su falta más ligera), si ha administrado para otro sin razón suficiente y de su falta más grave en el supuesto contrario

La caución, en derecho escocés, goza del beneficio de discusión, creado por Justiniano en el 535, que le permite obligar al acreedor que la persiga a discutir en primer lugar con el acreedor principal.

El derecho escocés adopta la clasificación de acciones del derecho en reales, personales y mixtas, según que tiendan a mantener la integridad del patrimonio del demandante, a hacerle obtener un provecho o ambas cosas a la vez

La anulación de los actos realizados con fraude de acreedores esta tomada directamente del derecho romano

El derecho de sucesiones romano, han sido conservados.

Se puede resultar culpable de una infracción penal, no solamente como autor principal, sino como cómplice, siguiendo las expresiones latinas *ope et consilio* o escocesas *art and part*. A estos efectos es de señalar que Erskine invoca los textos de derecho romano, especialmente un fragmento de Ulpiano.

Ni en el derecho romano, ni en derecho escocés el perjurio, a pesar de sus graves consecuencias, es castigado nunca con pena principal.

El derecho romano declaraba culpable de estelionato y castiga con penas publicas a las que enajenaba hipotecaba una cosa sin declarar las hipotecas existentes sobre ella:

El derecho escocés, en esta materia, aplica los textos romanos.

En defecto de estatuto especial, las infracciones penales en la cos-tumbre escocesa, prescriben a los veinte años, a menos que el inculgado no se sustraiga a la justicia.

HIPÓTESIS DE UNA COSTUMBRE ROMANIZADA

Capítulo Primero

Lord Andersen indicaba una segunda posible hipótesis: el derecho romano se habría introducido en Escocia por la adopción de una costumbre semejante.

Siguiendo esta hipótesis, la autoridad del derecho romano en Escocia, sería análoga a la que ejerció en Francia, desde la Edad Media a la Revo-lución, en los territorios del Midi.

El derecho romano no es invocado a título de razón escrita' como en las regiones comarcas de derecho consuetudinario. La situación no sería diferente en Escocia.

Escocia tuvo relaciones constantes y estrechas con el continente y sobre todo con Francia durante un largo periodo de más de dos siglos, desde la guerra de la independencia y que no cesó más que como consecuencia de la Reforma, en el momento de la Unión de 1603, cuando Jacobo VI de Escocia se convirtió en Jacobo I de Gran Bretaña, al reunir en su cabeza las dos coronas de Escocia e Inglaterra.

El derecho romano se invoca correctamente cuando esto se hace a título de ley positiva tiene entonces una autoridad directa e inmediata. No constatamos solamente una costumbre escocesa impregnada de derecho romano, sino que lo la hacemos de textos romanos aplicados en estado puro.

HIPÓTESIS DE LA RECEPCIÓN DEL DERECHO

ROMANO EN EL SIGLO XVI

Capítulo segundo

La adopción del derecho romano, según esta nueva teoría, no fue el resultado de un acto legislativo ni de un acto de autoridad política de ninguna especie.

La introducción del derecho romano en Escocia está ligada a la transformación que se opera en la organización de los Tribunales, haciendo pasar el poder judicial de los magnates terratenientes a las manos de los prácticos del derecho, laicos o eclesiásticos. La centralización de los poderes judiciales se llevó a cabo por la creación, en 1532, por Jacobo V, del Tribunal de Sesión, compuesto por la mitad de jueces laicos y otra mitad de jueces eclesiásticos, una *Faculty of Advocates* tenía el privilegio de litigar y de ser adjuntos o suplentes.

En ese tiempo, apareció en Escocia la profesión de prácticos laicos o abogados, los cuales tenían un conocimiento profundo del derecho romano.

Los jóvenes escoceses, a pesar de la fundación de Universidades en su patria, todavía deseaban ir en masa a hacer sus estudios en el extranjero y a su regreso «vivían, actuaban y pasaban su existencia con el derecho romano»

Anteriormente la *Regiam majestatem* primera compilación del derecho escocés, sería vano buscar rastros de derecho romano.

Esta compilación apareció en el siglo XIV. Existía ya en Inglaterra un tratado o manual de derecho aparecido hacia 1187 y designado generalmente por el nombre de su autor presunto, el célebre Magistrado, Ranalphus de Glanville; ahora bien, cuando se quiere escribir un manual de derecho escocés, no se encuentra, según parece, nada mejor que adaptar el tratado de Glanville.

Ciertos pasajes, algunos de ellos importantes de derecho romano, que no se encuentran en Glanville, se insertan en la *Regiam*.

A pesar de estas observaciones, los partidarios de nuestra teoría, afirman que estos rastros de derecho romano no son más que simples adornos y señalan numerosas alteraciones en las disposiciones reproducidas de la ley romana: así, en la venta y el comodato.

El derecho romano hizo a lo más sentir indirectamente su influencia en los tribunales eclesiásticos, donde las decisiones, apoyándose sobre el derecho canónico. Abrieron el camino a la ley romana cuya autoridad invocaban en ocasiones.

En fin, M.J. Dove Wilson declara que ha detectado una prueba directa de la ausencia total de influencia del derecho romano en la costumbre escocesa antes del siglo XV. Su influencia respectiva fue sensible sobre todo en el derecho de sucesiones. Dejemos de lado el derecho mobiliario de sucesiones, profundamente influenciado por el derecho canónico. Si el derecho romano, concluye J. Dove Wilson, no ha podido, durante cuatro siglos, influir sobre la ley de sucesiones, está claro que también quedó sin influencia sobre las restantes materias. El derecho que se aplicó en Escocia durante esos cuatro siglos en el derecho feudal, y más exactamente el viejo derecho feudal normando, pero nunca el derecho romano.

¿SE PRODUJO EN EL SIGLO XI LA RECEPCIÓN

DEL DERECHO ROMANO?

Capítulo tercero

El Rvdo. Miller ha hecho el 74 de septiembre de 1923, un descubrimiento que esclarece con una luz nueva, la cuestión de la introducción del derecho romano en Escocia y explica como ocurrió que el derecho romano sea aplicado todavía hoy como derecho positivo.

Destaca que en el siglo XII, el rey David I y sus barones tenían un exacto conocimiento de la ley del Sacro Imperio romano ¿Cómo se produjo el hecho de que conocieran así la ley del continente?

Ha encontrado una respuesta. Logro identificar el libro dado, con el asentimiento de David I, de sus obispos y de sus barones, que consiste en colecciones de derecho canónico y de derecho romano.

Las relaciones entre Escocia y la diócesis de Chartres parecen ciertas por diversas consideraciones. David, antes de subir al trono de Escocia, en 1117, fue en persona a visitar la abadía de Tiron en la diócesis de Chartres.

Esta diócesis era extremadamente floreciente. Es interesante considerar la carta de fundación de la abadía de

Tiran, otorgada por Iva en 1113:

El obispo Juan de Glasgow dejó su diócesis durante varios años, con el asentimiento de David I, y fue a residir durante algún tiempo en la diócesis de Chartres. A su regreso estableció, sin ninguna duda, la ley y los usos en vigor en la diócesis de Chartres.

Es por tanto cierto que relaciones muy estrechas, consideración aparte de la alianza con Francia, han existido entre Escocia y la diócesis de Chartres.

En fin, el prior de San Andrés, los abades de Holyrood y de Cambuskenneth y el prior de Jedburgh, eran de la orden de los Canónigos regulares de San Agustín, fundada por Iva. Pudo pues parecer deseable a Roberto, obispo de San Andrés, poseer las obras de Iva de Chartres, en la biblioteca del priorato.

La hipótesis del Rvdo. Miller es pues una verdadera revelación sobre esta cuestión controvertida e incierta de la introducción del derecho romano en Escocia. Esta introducción se produjo verdaderamente por un fenómeno de recepción desde el siglo XI; la autoridad del derecho romano como ley positiva se explica por una razón de orden legislativo absoluto.

CONCLUSIÓN

Escocia presenta, por consiguiente, un derecho profundamente romanizado. Ha desarrollado sus instituciones jurídicas en contacto con la antigüedad romana, cuya influencia las ha impregnado íntimamente, constituyendo sin base. Los escoceses parecen conservar celosamente esta herencia y manifiestan un cierto desprecio por el derecho del país vecino al cual están estrechamente unidos bajo la misma corona, el derecho de Inglaterra. Los escoceses consideran generalmente sin derecho como más avanzado que el de su rival.

Realmente. Sin embargo, ciertas disposiciones del derecho inglés han penetrado ya en Escocia. Y los elementos jurídicos anglosajones han sido en varias materias instrumentos de progreso y perfeccionamiento de instituciones escocesas. Ya que la legislación romana es una legislación muerta y la evolución de las sociedades modernas y el nacimiento de nuevas necesidades hace aparecer inevitables lagunas entre las leyes inmovilizadas en los textos romanos.

El derecho inglés, por el contrario, pretende no haber tomado nada de la legislación romana.

Escocia ha buscado, pues, en el derecho inglés, el complemento de su sistema jurídico. La fiducia romana de la época clásica no tenía ningún sitio en los textos de Justiniano; y la institución moderna de *trust and Trustees* refundida por completo últimamente en la *Trusts (Scotland) Act* de 1921, no es más que un préstamo directo al derecho inglés.

En consecuencia, se impone una observación: un derecho de origen romano y un derecho de origen anglosajón entran en combinación en las materias donde el derecho romano ofrece reglas insuficientes o instituciones incompletas. El derecho inglés penetra; pero el derecho romano reacciona; el genio romano asimila los rasgos anglosajones, los suple y los absorbe como un lento trabajo de fusión.

La unificación, sin duda difícil en el derecho de personas y en el derecho de cosas, nacidos del fondo nacional de cada pueblo, se realizará con las reglas que rigen la práctica de los negocios y el comienzo de una legislación futura será quizás lanzado por el espíritu del derecho escocés, sirviendo de nexo de unión entre las concepciones jurídicas romana y anglosajón.

VALORACIÓN CRÍTICA

TÍTULO DEL LIBRO: *Derecho romano en la Europa Medieval. Derecho romano en Escocia.* Como bien

dice él título nos encontramos ante un libro que nos resolverá dudas históricas relativas al derecho romano en la Europa medieval, más concretamente su proceso formativo en Francia Inglaterra y Alemania. Adentrándonos en lo más profundo de sus raíces con respecto a Escocia.

AUTORES: Pavel Gavrilovich Vinogradov, autor de la primera parte del libro dedicada al derecho romano en la Europa medieval.

Nació en 1854 en la localidad de Kostroma. Se incorporó a la Universidad de Oxford donde gozó de gran fama. Su obra *Villainage in England* ya había sido comentada elogiosamente, al margen de otras consideraciones, en abril de 1894 nada menos que por Max Weber.

Páginas no menos definitivas cuyas fueron aquellas dedicadas a estudiar el *wergeld* en la legislación germánica y franca alcanzando, diecisiete conclusiones claras. Colaboro en el homenaje a Hermann Fitting. Su libro *Common Sense in Law* publicado en Londres por la Oxford University Press en 1913 ha merecido varias ediciones en inglés y otras cuantas en castellano. Murió en el año 1925.

André Bérard es el autor de la segunda parte del libro, la obra que aparece recogida en este libro es una síntesis de su tesis doctoral defendida en la Facultad de Derecho de París el 25 de mayo de 1925.

ESTRUCTURA DEL LIBRO: El libro se podría dividir en tres partes.

- Prólogos
- El derecho romano en la Europa Medieval
- La supervivencia del derecho romano en Escocia

- Se compone de diferentes prólogos, de Paul Vinogradoff (1909), de Salvatore Riccobono (1914), de Francis de Zulueta (1929), de Salvatore Riccobono (1949) y el último de Elena Martínez Barrios (2000)
- Esta segunda parte se divide a su vez en cinco lecciones:
 - El derecho romano en la Europa medieval
 - El despertar de la jurisprudencia
 - El derecho romano en Francia
 - El derecho romano en Inglaterra
 - El derecho romano en Alemania

c) La tercera parte se divide en cuatro partes. La primera parte consta de dos capítulos:

- La autoridad doctrinal del derecho romano.
- Las disposiciones del derecho romano en la legislación positiva de nuestros días en Escocia.

La segunda parte consta de cuatro capítulos:

- ¿Se aplica el derecho romano en virtud de una disposición legislativa?
- Hipótesis de una costumbre romanizada
- Hipótesis de la recepción del derecho romano en el siglo XVI
- ¿Se produjo en el siglo XI la recepción del derecho romano?

La tercera parte es la conclusión y la última parte es un anexo.

OPINIÓN PERSONAL: Para el ámbito en el que nos encontramos, empezando la carrera de derecho, veo muy interesante el libro no solo por la importancia del derecho romano en los países europeos sobre todo Escocia. Si no además por que se puede observar el un gran trasfondo historico. Es decir, no solo nos podemos encontrar al adentrarnos en sus paginas con el derecho, propiamente dicho sino también una especie

de síntesis histórica de la época que centra el libro.

Dejando a parte gustos personales, el libro tiene una fácil accesibilidad con respecto al vocabulario, por que aunque nos encontremos ante un texto jurídico, este, no es de difícil comprensión, si su lectura se hace con una buena concentración y entendimiento. Aunque en ocasiones tienes que volver a releer para entender bien una cosa.

Saco un punto a favor del libro, con respecto a lo que se refiere a la introducción histórica. Este libro no solo me ha enseñado, gran vocabulario jurídico y algo sobre el derecho romano sino que también, me ha enseñado el principio de todo, las raíces de cualquier cimiento, y es la historia. Tal y como es con sus pros y sus contras pero la historia como ya hemos dicho el comienzo para entender cualquier cosa que vayamos a estudiar en la vida.

– 41 –