

## EL “IUS COMMUNE EUROPAEUM” DE AYER Y DE HOY

FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE\*

1. La historia está llena de paradojas. En Tübingen, bajo los bombardeos cada día más intensos y frecuentes de los aliados, un profesor alemán, limpio de connotaciones nacionalsocialistas y precisamente como reacción frente a la política desatada por el Estado hitleriano contra el Derecho Romano, escribe un libro cuya primera edición en 1947 lleva por título “Europa und das Römische Recht”. Ya antes, en 1938, Koschaker había publicado un trabajo académico para defender la tesis de que el Derecho Romano constituye un exponente de la cultura europea. Después, en 1947, cuatro años antes de su muerte, a regañadientes porque las dificultades que la guerra hizo insalvables para el manejo y el intercambio de bibliografía aparecida en los países enemigos del Tercer Reich le impidieron “estar al día”, defecto imperdonable para un especialista, del que el profesor alemán se disculpa en el prólogo, Koschaker da a la imprenta su libro, pronto convertido en un clásico.

Es posible que Koschaker entonces y algunos romanistas después hayan exagerado la importancia de la continuidad del elemento romano en el renacimiento jurídico que florece en la Europa de los siglos XII y XIII. Es posible que otros componentes del “ius commune”, acaso el canónico, puedan con justos títulos disputarse el protagonismo, o tal vez éste haya que atribuirse a lo que en otras ocasiones he denominado el coeficiente de originalidad o la capacidad creadora

---

\* Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, 28071 MADRID

de los juristas en el foro y en la cátedra. No es ésta hora de disputas corporativas. Del libro de Koschaker me interesa recordar aquí su idea de Europa y del papel que en ésta jugó la cultura jurídica.

Europa no es un producto natural ni un supuesto geográfico, sino una creación de la historia, una realidad histórica. Por no ser lo primero, nunca ha tenido ni tiene pacíficas y claras fronteras. Por ser lo segundo es ante todo un fenómeno cultural, una mezcla de elementos romanos, germánicos y cristianos. Esa Europa así originada encontró su forma política en la época de Carlomagno. Como dirá en 1982 Adriano Cavanna “la civiltà europea si origina nell’Alto Medioevo e trova le sue radici ideali nell’età, pur breve, dell’impero carolingio”, hasta el punto de poder asignarle, “un momento di partenza sufficientemente preciso: il Natale dell’anno 800”.

No hay dificultad de aceptar esta tesis, pero sí necesidad de puntualizarla al menos en algunos aspectos, a mi entender, estos: a) el *Sacrum Imperium* es no sólo una construcción política, más o menos efectiva, sino también, e incluso preferentemente, un símbolo o un ideal que daba cuerpo a la necesidad lógica de una *reductio ad unitatem* de la poliarquía resultante en una sociedad feudal y atomizada. b) En esa unidad confluyen Papa y Emperador, Iglesia e Imperio, de manera que sin aquélla no existiría éste: el nuevo Imperio, simbólica resurrección de la *Roma caput orbis*, representa la “república cristiana”, la unidad civil y religiosa, política y eclesiástica, de una Europa como encarnación de la cristiandad. c) El predominio de lo simbólico y lo eclesiástico sobre los elementos estrictamente políticos del Imperio como aparato de poder permiten que esta unidad ideal y esta simbiosis real entre lo temporal y lo espiritual, extienda su esfera de acción más allá de las fronteras políticas del Imperio alemán sucesor del carolingio, siendo válida también en aquellos países (Francia, Inglaterra, reinos cristianos hispánicos) no incorporados al Imperio, exentos. d) La cristiandad, la Europa medieval, no es propiamente una realidad política, identificada con el Imperio y por éste delimitada, sino una realidad cultural en la que juegan un poderosísimo papel de cohesión la Iglesia como estructura de poder y como institución depositaria y transmisora de saberes cultos, y el Derecho como instrumento ordenador y organizador de la Iglesia, de un “*corpus ecclesiae*”, que fue la única institución permanente, la que impuso la idea de una sociedad rígidamente jerarquizada y la que extrajo de unos saberes y principios teológicos, unos conceptos y unos principios jurídicos, aplicables a su propia organización y funcionamiento y extensibles a la ordenación temporal de la cristiandad.

Cualquier tentación simplista (y en un discurso como el presente es muy

difícil sortearlas con éxito) distorsiona la realidad, y en eso incurriríamos si sugiriésemos que el “*ius commune*” nació y se impuso con prontitud y facilidad: ni lo uno, ni lo otro. Es cierto, como afirma Aaron Gourevitch que el hombre, y en particular el medieval, se guía en su comportamiento por el “modelo de mundo formado por su sociedad”. Pero esa construcción ideal y unitaria, cuya representación simbólica es la cristiandad o la Europa cristiana está muy lejos de la realidad material y cotidiana. En el reino de lo real-inmediato domina la confusión y la diversidad, los intereses de las relaciones señoriales y feudales de dominación y los defendidos por nuevos sujetos, nuevos “*corpora*”, nuevas corporaciones. Particularismo, localismo, poliarquía son realidades nacidas de la fragmentación derivada de la caída del Imperio romano y va a ser difícil reducir las a unidad, entre otras razones porque no constituyan en sí mismas males puros o errores dignos de inmediata corrección.

La desaparición del Imperio romano determinó que durante siglos la creación del Derecho se desligara del poder político. Como ha escrito Paolo Grossi muy recientemente el Derecho ya no es la voz del poder, sino que nacerá y se mantendrá vinculado a tres “hechos normativos”, a tres realidades radicales: la tierra, la sangre, el tiempo. A un tiempo que la cultura medieval concibe como permanente más que como cambiante, más estático que dinámico o dinamizador. Dentro de este cuadro es claro que durante siglos “la dimensión jurídica de un mundo tal, sea sobre todo consuetudinaria”.

Pues bien: el “*ius commune*” naciente a partir del siglo XII no arrasa todo este mundo construido sobre realidades diversas para implantar un planeta ideal unitario. La “*reductio ad unum*” no elimina, sino que ordena, no suprime, sino que subordina. Cuando Tomás de Aquino afirma que “*omni multitudo derivatur ab uno*”, no piensa en cancelar multiplicidades, sino en ordenarlas orientadas por el criterio unitario. Cuando, un siglo después Dante teorice sobre la “*humana universitas*” en su *De Monarchia* dirá que “*humana universitas est quoddam totum ad quasdam partes, et est quaedam pars ad quoddam totum: est enim quoddam totum ad regna particularia et ad gentes...; et est quaedam pars ad totum universum, et hoc est de se manifestum*”. Lo evidente es, pues, la necesidad de ordenar realidades diversas bajo principios unitarios. La dialéctica del todo y las partes tendrá su proyección en el mundo político en el par de conceptos Imperio-Reinos, y se trasladará al interior de cada reino a través del vehículo que significó el tópico del “*Rex non recognoscens superiorem...*”. De modo análogo la dialéctica jurídica tendrá que ordenar lo propio con lo común y por eso renace con vigor un viejo texto del Digesto que sirve para iluminar y enten-

der nuevas realidades, aquel texto en el que Gayo decía que “Omnes populi qui legibus et moribus reguntur partim suo proprio partim communi omnium hominum iure utuntur”.

La tarea de crear un sistema entre “*ius commune*” y “*iura propria*” no podía ser adjudicada sino a los juristas, a unos nuevos especialistas, nunca independientes de todo poder, nunca individuos desconectados de conflictos entre poderes corporativos y políticos, nunca espíritus puros y estúpidos, sino siempre hombres conocedores de su tiempo y de su sociedad. Ya Calasso nos lo dijo hace ahora cuarenta años: cuando, a propósito de una controversia escolástica sobre un texto de Otón I, el anónimo autor de la “*Expositio ad Librum papiensem*” sentenció que “*magis enim credere debemus Romane legis auctoritati quam rhetorice*”, firmaba la partida de nacimiento de esos nuevos especialistas, los juristas, llamados a crear una ciencia autónoma y no meramente vicaria de otros saberes superiores, la teología y la filosofía, y llamados al mismo tiempo a crear un Derecho de juristas, esto es, un complejo normativo no basado en leyes nuevas reales, sino en textos canónicos y romanos interpretados por ellos.

El jurista como intérprete, y la interpretación como lectura creativa a partir de unos textos dotados de prestigio casi mitificador, constituyen el protagonista y el método de un naciente y expansivo “*ius commune*”. Pero cuidado, porque este nuevo Derecho asimila e integra el producido durante los siglos precedentes. Pienso, como Paolo Grossi, que no sería correcto creer que la “nueva ciencia jurídica una vez se ha adueñado del terreno llamada a construir el *ius commune europaeum* repudie” el viejo Derecho para sustituirlo por las fuentes justinianeas. El jurista ni se vuelca por entero en las redescubiertas fuentes justinianeas, ni es tampoco la voz de su amo, un amo político poderoso e imperativo. En relativa soledad y con cierta autonomía el jurista razona, alega, disputa, interpreta, sentencia, enseña. Son sus aliados el foro, la cátedra, y, poco después, la imprenta. Integra “el patrimonio de ideas de los desconocidos artífices de inicios de la Edad Media”, con los propios descubrimientos y conflictos de su mundo, construyendo un edificio impresionante y duradero con un lenguaje técnico heredado y renovado, viejo y nuevo.

Ese sistema jurídico del “*ius commune*” se difunde en cátedras universitarias y en libros escritos en latín indistintamente impresos en Génova o Lyon, en Frankfurt o Amberes, en París o Salamanca, en Valencia o Zaragoza, en Roma, Venecia o Bolonia. Es decir, por toda Europa.

Constituye así un elemento cultural común por debajo de diferencias políticas ya no unitarias ni en el ámbito de la utopía. Europa se fracciona política-

mente. Europa se divide a partir de la reforma protestante. El viejo “ordo” medieval se rompe. Ya no se reconoce por todas partes la autoridad del Papa ni la necesaria mediación de la Iglesia romana como intérprete de textos bíblicos ni definidora de ortodoxias o condenadora de heterodoxos. La razón individual se autonomiza. Se buscan y difunden nuevos fundamentos, pero también límites nuevos, al poder político. Europa se agita, lucha y se desangra en guerras de religión, en hogueras inquisitoriales pontificias o regias, en violentos partos de nuevos principios.

Durante siglos, sin embargo, el Derecho seguirá siendo un factor común de integración. Una misma cultura jurídica persiste en toda Europa desde el siglo XII al XVII en plenitud. Antes hubo tiempos de iniciación y después fases de decadencia. Pero el “ius commune” domina e impregna la cultura jurídica europea durante quinientos años. Es el tiempo de glosadores y comentaristas, de reyes que escuchan a juristas y sacan leyes de sus doctrinas; es el tiempo de Alfonso X y Jaime I, de Jacobo y de tantos otros autores sin nombre de obras colectivas como Las Partidas. Es el tiempo de la doctrina de talentos como Cino o Bartolo, Azo o el Hostiense, Baldo o Accursio, Antonio Gómez o Gregorio López, Jacobo del Hospital o Bracton, Cujas o Piacentino, cuyos nombres (callando tantísimos más) enuncio revueltos sin orden cronológico ni patria política, porque ni tiempo ni lugar contaban a la hora de formar una doctrina común, donde sólo el prestigio de un nombre, de un hombre, y el respaldo mayoritario de la “*opinio iuris*” contaban y valían.

2. Esa cultura jurídica europea común se rompe con la Ilustración. El regalismo y el creciente absolutismo político fomentan la creación de un Derecho real cada vez más contituido por leyes que por doctrinas de arcaicos juristas: la labor de éstos es cada día más repetitiva y menos o nada creativa; la tradición se convierte en anacronismo y las vías de la razón natural ya no transitan entre textos romanos o canónicos, ni recorren el itinerario de la “*communis opinio*”, cuyas fuentes quedan ya demasiado lejos.

Es cierto que la codificación civil francesa aprovechará la herencia de Domat a través de Daguesseau y Pothier, y así, de algún modo la tradición romanista llega al “Code civil”. También lo es que la revolucionaria, en apariencia, y más bien reaccionaria Escuela histórica del Derecho, vestirá con un ropaje romántico, nacionalista y germanista la creación, en nombre de un espíritu del pueblo tan vago y difuso como fácilmente manipulable, de una ciencia jurídica alemana, menos germanista que romanista en la rama que agrupa a los discípulos de Savigny en torno a la llamada Pandectista. Pero aunque bajo unos textos

legales que ya son códigos sobreviva el eco de una vieja tradición, ésta apenas es reconocida, ya no está viva y en el mejor de los casos se disimula, para ser en otros casos y países, olvidada, negada y enterrada. Aquel “*ius commune europaeum*” murió de muerte natural.

Pero al mismo tiempo que una tradición se extingue surgen los libros y las ideas que constituyen el núcleo de lo que hoy puede llamarse un nuevo Derecho común europeo. Esta naciente cultura jurídica es una cultura de derechos y la alumbran las mentes no de juristas prácticos, sino las de filósofos que piensan sobre el poder y el hombre, sobre el Estado y el individuo. Aparecerá en libros, algunos de los cuales todavía están escritos en latín, como el “*De cive*” de Hobbes (1642) o el “*Tractatus theologico politicus*” (1670) de Spinoza, mientras que otros se escribieron en inglés, como los “*Two Treatises*” de Locke, o en francés, (Montesquieu, Voltaire, Rousseau) o en italiano (Beccaria). El vehículo lingüístico común se retira de escena, pero lo que se piensa posee una coherencia de contenidos progresiva y convincente.

Las ideas se engarzan entre sí sucesivamente. Hobbes enseña que Leviathan no es una realidad natural, sino una creación artificial de los hombres para protegerse unos de otros frente al miedo y la guerra de todos contra todos. Si el Estado es fruto de un pacto, la realidad sustancial no puede ser tal artificio defensivo sino el hombre, sujeto previo de derechos previos, cuyo mantenimiento y goce (libertad, propiedad) el Estado debe garantizar. Si hay libertad natural hay libertades concretas: de pensamiento, de creencias religiosas, que obligan al respeto y a la tolerancia mutuas. La religión debe ser, pues, cuestión a aceptar o rechazar en el seno de la conciencia de cada cual, y ya no debe ni puede justificar un orden jerárquico entre poderes espirituales, es decir, eclesiásticos, y temporales, esto es, políticos o estatales. Y si hay naturalmente libertad de pensamiento, debe haber libertad política de expresarlo, “*freedom of speech and press*”. Y si la primacía normativa debe residir en la ley como expresión de la soberanía nacional o de la “*volonté general*” los jueces deben carecer de arbitrio y los juristas de discrecionalidad interpretativa para pasar a ser aquéllos bocas mudas y éstos meros exégetas de la ley. En esta línea se construirán los derechos configurados como garantías procesales (derechos a no ser torturado, presunción de inocencia, principio acusatorio, etcétera) y después, ya en fechas más próximas, los derechos de prestación exigibles frente a los poderes públicos del llamado y hoy cuestionado Estado del bienestar.

Un nuevo Derecho nace y crece: un Derecho de poderes y leyes, pero también un Derecho y un Estado que debe otorgar primacía a los derechos. Se habla-

rá de “iura connata”, o de derechos naturales, o de “Droits de l’homme et du citoyen” o de “Rights of Man”; y los derechos serán constitucionalmente declarados, estatalmente reconocidos.

Más de veinte siglos de cultura jurídica no permiten ingenuidades. Grave sería la que consistiera en creer que declarar derechos equivale a garantizarlos o llenarlos de contenido. Las hipocresías del individualismo posesivo son múltiples: desde un Montesquieu permitiendo la esclavitud de los negros en aras de la producción, monopolio y comercio de la caña de azúcar (Livre XV, Chapitre V), hasta un Locke redactando cartas de los derechos de los colonos ingleses en modo alguno extensivo a los indígenas, o una Constitución de Cádiz proclamando la libertad de ideas políticas, pero no religiosas, o hasta todo el liberalismo doctrinario atesorando en exclusiva para la burguesía y demás primeros contribuyentes el derecho de sufragio activo y pasivo, en aras de su mayor interés o de lo que Donoso Cortés llamara la soberanía de la inteligencia.

Tardarán en generalizarse y en garantizarse, pero en eso estamos y en eso consiste, ya, la común cultura jurídica europea actual, en los derechos. Nadie defiende ya la divinización del Estado, como hicieron los también comunes fascismos europeos, ni defiende la dictadura de ningún partido único propietario del Estado y dueño desde él de vidas y haciendas, destructor de libertades y aniquilador de derechos. Hizo falta la tragedia de la Segunda Guerra Mundial y su causante directo, la locura colectiva, asesina y genocida del nacionalsocialismo, para que la cultura europea haya vuelto a dirigir sus miradas a los derechos y a los límites democráticos del Estado. De un Estado que bajo la forma del imperio comunista a tantos hombres presentes destruyó en función de utopías tan lejanas como improbables. Estado, sí. Derecho del Estado, sí. Pero como garantes de derechos, porque el hombre es la sustancia y el Estado el artificio.

Los derechos humanos se proclaman como universales: Declaración de la O.N.U. de 1948, Pactos de Nueva York de 1966. Pero estas declaraciones tienen más de utopía, cuando no de hipocresía, que de verdadero carácter normativo vinculante. Es en el seno de las Constituciones europeas posteriores al final de la guerra de 1939 a 1945, y en las instituciones supraestatales (Convenio de Roma 1950, Tribunal Europeo de derechos humanos de Estrasburgo) donde, no saliendo del ámbito europeo, esos derechos tienen su reconocimiento y su garantía.

Hoy los Estados democráticos de Derecho lo son en Europa porque y en la medida en que reconocen y protegen la primacía de los derechos fundamentales, los configuran como intocables por el legislador, que debe respetar su contenido esencial, y exigen que el resto del ordenamiento normativo del Estado se inter-

prete en función de la mayor eficacia de tales derechos. Mejor que Estado de Derecho, quizá Estado de los derechos.

Cultura común, porque entre las Constituciones vigentes el núcleo concierne a los derechos admite préstamos notorios e influencias que se repiten en cadena. Cultura común, porque proliferan los Tribunales Constitucionales como guardianes últimos o intérpretes supremos de la Constitución como Norma de los derechos. Cultura común, porque sobre esos Estados y esos derechos un Tribunal común defiende derechos individuales y corrige excesos estatales. Hay ahora en Europa una verdadera ciencia de los derechos fundamentales que, como ha escrito en 1986 Robert Alexy, “se ha convertido en una apreciable medida, en una ciencia de la jurisprudencia constitucional”. Y es precisamente en esa doctrina constitucional donde la función del jurista ha dejado de ser la del obediente exégeta o la del dogmático positivista falsamente neutral, para volver a ser una función creativa de Derecho y definidora de derechos. Doctrina constitucional en buena parte común a todos los Estados dotados en Europa de Tribunal Constitucional, como Alemania, Austria, Italia, Portugal, España, o de órganos en parte asimilados en Francia o Bélgica, a los que se están incorporando los países liberados inmediatamente antes o después de la caída del muro de Berlín.

Aquel viejo “*ius commune*”, el que van a estudiar ustedes en este congreso centrándose en su momento de máximo esplendor y en una de sus figuras más notables, se extinguió, pero sirvió durante siglos, entre otras funciones, para integrar en una cultura jurídica común a la cristiandad europea.

Este naciente “*ius commune europaeum*” no es el Derecho de las directrices y reglamentos, el Derecho del mercado que fija cupos de cepas, dimensiones del diámetro de las manzanas, o la cuantía anual de los excedentes lácteos, sino el Derecho de los derechos, de los derechos de un hombre que es “*eo ipso*” ciudadano, razón de ser del Estado, fuente primera y destinatario último de todo poder.

Tampoco soy iluso al pronunciar estas frases. Conozco imperfecciones y errores, soy consciente de límites y abusos, tengo veintitantos siglos de cultura jurídica tras de mis espaldas y nunca he creído en la bondad natural del hombre. Pero creo que la cultura de los derechos humanos además de ser común en Europa y en algunos países fuera de ella, es la única utopía laica en la que merece la pena creer, y por la que merece la pena luchar. Por eso la proclamo como verdad incompleta y conquista imperfecta de la humanidad, y al proclamarla la defiendo y al defenderla quisiera contribuir, aunque fuese de modo minúsculo, a configurarla como la mejor parte integrante de este “*ius publicum europaeum*”, de este nuevo “*ius commune*” de la Europa de nuestros días.