ALEJANDRINO FERNÁNDEZ BARREIRO
Universidad de La Coruña

DERECHO ROMANO Y CODIFICACIÓN

SUMARIO: I.-Introducción; II.-La Historia jurídico-política occidental desde la perspectiva de la cultura greco-romana. Un legado de elementos contradictorios; III.-Los jueces frente al poder político. Conquista institucional de un espacio autónomo para la gestión del derecho en la cultura política anglo-sajona; IV.-Prevalencia de las corrientes de pensamiento de signo antijurisprudencial en medios intelectuales y políticos de la Europa continental; V.-Significación de las codificaciones en la política del derecho.

I.-INTRODUCCION.

El modelo de Estado nacido de la Revolución francesa, bajo la forma de estructuración organizativa que acertó a darle Napoleón Bonaparte incorporó la codificación como modo de expresión del ordenamiento jurídico. Especialmente en el transcurso del s. XIX, tanto en la Europa continental como en Iberoamérica, los códigos desempeñan una función instrumental para el objetivo de dotar de certeza y de unidad al derecho con vigencia en el conjunto del territorio nacional, dentro de una política inspirada en la supremacía de la ley, el principio de igualdad y el protagonismo de la acción de gobierno como impulsora de la transformación de la sociedad.

Las codificaciones napoleónicas responden a un tipo de ordenamiento basado en la ley como fuente única de normatividad, introduciendo una ruptura en la composición básicamente jurisprudencial del derecho anterior; por ello, además de disponer expresamente su derogación, se atribuye a los cauces legislativos la exclusiva legitimidad para introducir innovaciones e incluso adaptaciones del derecho codificado a las nuevas necesidades que puedan presentarse en la realidad social; en consecuencia, se priva de todo valor normativo a las sentencias judiciales y se desplaza fuera del sistema a la doctrina científica. Este fenómeno no era nuevo en la historia de la cultura jurídica occidental, que ya había conocido en la Compilación justinianea la primera experiencia de reducción unitaria del ordenamiento jurídico a la legislación bajo supuestos semejantes de política del derecho. Que en ambos momentos histórico-culturales hubiera resultado un fracaso el intento político de privar a la Jurisprudencia de una posición autónoma en el desarrollo creativo de la normatividad mediante la interpretación de la misma, evidencia hasta qué punto el factor jurisprudencial constituye un componente estructuralmente vinculado a la cultura jurídica heredada del derecho romano.

En efecto, la fundamentación de la organización de la sociedad en un orden jurídico es una idea insuficiente para caracterizar la posición que ocupa el derecho en la cultura política occidental; el elemento verdaderamente relevante es la presencia

https://doi.org/10.55104/FRDC_0988

en la misma de un sector profesional que gestiona la aplicación de la normatividad, y que contribuye a establecerla en concurrencia con los órganos dotados de poder político. Es, precisamente, ese componente el que dota al derecho romano de una singularidad completa respecto a los demás derechos de la Antiguedad, y lo sitúa en una relación de conexión genética con la ciencia jurídica europea de la Edad Moderna. El valor cultural que el derecho ha alcanzado en el modelo occidental de ordenación de la sociedad y la posición autónoma que ocupa en el mismo constituyen, en gran medida, una conquista corporativa de los miembros de la profesión jurídica; tal autonomía encontró una presencia de potestad institucionalizada al ocupar los juristas la administración de justicia, que alcanza un estatuto de independencia funcional y organizativa en el proceso histórico formativo del Estado de la Edad Moderna.

Al tratar los juristas de situar el derecho en un espacio autónomo y recabar la competencia de su gestión resulta inevitable una potencial tensión con el poder político, tanto por lo que se refiere a la relación de concurrencia de ambos agentes en la formulación general del derecho como, sobre todo, en el control de su aplicación y del ámbito reservado a la creatividad mediante la interpretación del orden jurídico normativo. Esa conflictividad puede presentarse también por la colisión con los componentes meta-jurídicos que informan la cambiante realidad social, en la que proyectan su influencia corrientes de pensamiento que en ocasiones entran en colisión crítica con el orden jurídico-social vigente. Una confrontación de mayor alcance, que aparece en la dimensión populista de la ideología de la Revolución francesa, se manifiesta en el cuestionamiento de la necesidad del carácter técnico del derecho y de los juristas como gestores del orden jurídico-normativo; tal actitud constituye una reacción contra los miembros de la profesión jurídica, que aparecen disociados del cuerpo social destinatario del derecho. Ello refleja una tensión latente entre diferentes concepciones de lo jurídico, que encuentran una primera explicación en el legado de elementos contradictorios que aporta a la cultura occidental el mundo greco-romano.

II.-LA HISTORIA JURIDICO-POLITICA OCCIDENTAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CULTURA GRECO-ROMANA. UN LEGADO DE ELEMENTOS CONTRADICTORIOS.

Es cierto que en el ensayo de vida comunitaria protagonizado por Atenas en la antigua Grecia nació una nueva concepción de la posición del individuo en la sociedad y la dimensión política del hombre como ciudadano; sin embargo, ese modelo de organización jurídico-social aparece distanciado del que adoptó la cultura política occidental; ello afecta, ante todo, a la inexistencia de una estructura estatal situada sobre el pueblo, pero la divergencia entre la cultura griega y la moderna resulta aún más acusada por lo que se refiere a la concepción del derecho. En efecto, el populismo del modelo ateniense de democracia era incompatible con la admisión de ningún control de la voluntad política de la asamblea de ciudadanos; en cambio, la política occidental descubrió progresivamente el carácter esencial de tal componente en la estructuración de las relaciones que el orden jurídico debe tutelar; en ese marco se sitúa, precisamente, la posición autónoma del derecho en la ordenación de la sociedad y la atribución de la gestión del mismo al grupo profesional de los juristas.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0988

La cultura griega no conoció esa función del derecho, pero su conexión genética con la moderna se encuentra, sobre todo, en la aparición en aquélla de corrientes intelectuales de pensamiento que reflexionan sobre la organización de la sociedad con el propósito de incidir en la transformación de la misma. El mundo griego presenta, en efecto, una novedad en el hecho de que no sólo hace política, sino que teoriza sobre ella, y esa teorización no es meramente especulativa, sino que se encuentra relacionada con las vicisitudes de la realidad política.

En la cultura política romana no se da la presencia de ese componente intelectual crítico. Las corrientes de pensamiento que influyen en su transformación proceden del exterior, al que pertenecen, primero el helenismo y después el cristianismo. Su aportación fundamental a la concepción de la ordenación de la sociedad que prevalece en Occidente se encuentra en la dimensión técnica del fenómeno jurídico y en la creación de la figura del jurista como tipo profesional que adquiere una especial relevancia como Jurisprudencia en cuanto grupo de élite que da al derecho un tratamiento científico y asume progresivamente su gestión. Se trata de un intelectual muy distinto, y en cierto modo opuesto, al generado por la cultura griega; tanto su aparición como, sobre todo, la fisonomía que adquiere, están relacionadas con las peculiares características de la sociedad romano-republicana, que acertó a articular un entramado de instituciones en el que la presencia del componente popular resultó compatible con el mantenimiento por parte del sector social oligárquico del control del poder político. La aparición de la figura del jurista en ese medio socio-cultural está relacionada con la preservación en el mismo del componente aristocrático, con el que está relacionada la valoración del prestigio social en el desempeño de funciones relevantes en la vida comunitaria; de ello derivó el uso del ejercicio de la potestad con el asesoramiento consultivo de personas y órganos de autoridad reconocida, lo que tenía en el plano político una expresión institucionalizada en el Senado y en la administración de justicia en el *consilium* del magistrado, integrado por juristas.

De acuerdo con este esquema funcional, el jurista se sitúa en una posición próxima a los magistrados con potestad jurisdiccional y capacidad de iniciativa legislativa, y distanciada del cuerpo social destinatario de la normatividad, e incluso del órgano judicial al que corresponde la aplicación del derecho, que carece de formación técnica. Un componente cultural adicional, que propició la relevancia de la figura del jurista en la cultura política latina, está constituido por el valor en ella otorgado al formalismo, tanto en los actos negociales como procesales, lo que sitúa a los juristas en una posición de intermediación necesaria entre el orden jurídico socialmente establecido y los agentes que intervienen tanto en la aplicación del derecho como en la formulación general del mismo a través de los cauces de la potestad política. El reconocimiento social que adquiere la presencia de los juristas genera el nacimiento de una nueva forma de legitimidad de lo jurídico, que tiene su fundamento en el conocimiento de un determinado saber; la dimensión técnica y, sobre todo, científica que aporta la Jurisprudencia al ámbito de la juridicidad contribuye a alejar al derecho de su dimensión popular pero, al mismo tiempo, opera también como una limitación de la potestad política.

En la historia de la civilización occidental las relaciones entre el sector profesional de los juristas y el poder político presentan formas diversas, que van desde la

https://doi.org/10.55104/FRDC_0988

autonomía a la independencia de ambas esferas y desde la subordinación al enfrentamiento, lo que, en ocasiones, genera una reacción antijurisprudencial; algunas manifestaciones de este fenómeno pueden apreciarse en la cultura jurídico-política romana. La Jurisprudencia del período republicano se había configurado como un sector profesional independiente, situándose en una posición autónoma respeto al poder político con el que mantenía una relación de colaboración; ello fue posible debido a que el sector profesional de los juristas se encontraba en un plano de comunicación con quienes desempeñaban las magistraturas y con el cuerpo social al que interesaba el derecho privado al que aquéllos reducían su actividad creadora. La composición del estrato social al que pertenecían tanto los gestores del derecho y la política como los destinatarios de la normatividad experimentó modificaciones internas, pero no se alteró su estructura; por otra parte, el derecho gestionado por esa Jurisprudencia fue permeable a las transformaciones operadas en el medio económico-social y a los cambios en el sistema ético de valores que inspiraban el orden jurídico. Los supuestos aristocrático-culturales de esa Jurisprudencia contribuyeron a la formación de una mentalidad jurídica que opera con una concepción de la normatividad que prescinde en su análisis de la relación genética del derecho con los componentes extra-jurídicos de la realidad social ni tampoco se plantea intelectualmente una reflexión crítica sobre el orden jurídico-social existente y su sistema de valores. Indudablemente, esta mentalidad conduce a una cierta adaptabilidad de los juristas y de lo jurídico a cualquier modelo de ordenación de la sociedad y a una propensión también natural de colaboración con el poder político para dar forma a nuevas expresiones normativas.

Una primera experiencia de adaptación tuvo lugar en el proceso de asentamiento institucional del Principado. El poder imperial no provoca enfrentamiento alguno con el sector profesional de los juristas, sino que procura la atracción de los mismos; mediante su colaboración se llevó a cabo la adecuación, tanto del orden jurídico como de la administración de justicia a los supuestos político-organizativos del nuevo régimen, cuyo carácter autocrático no impidió que la Jurisprudencia continuara manteniendo una posición de protagonismo en la gestión del derecho. Es más, en este período histórico se produce por primera vez la incorporación de la doctrina jurisprudencial de modo oficial al sistema de fuentes del derecho; ello tiene lugar, sin embargo, bajo supuestos políticos que parten de la posición preeminente de la potestad normativa imperial, de la que, en definitiva, depende el reconocimiento del derecho jurisprudencialmente formulado. Por otra parte, desde el plano orgánico-funcional, el modelo resultante fue una Jurisprudencia burocratizada, que no pudo situarse institucionalmente en una posición autónoma respecto al poder político, por lo que acabó subordinada a éste.

Las condiciones políticas del Bajo Imperio tienden a cerrar el sistema iniciado en el Principado. En efecto, la función jurisdiccional siguió siendo desarrollada ordinariamente por funcionarios que realizaban al mismo tiempo otras tareas administrativas y de gobierno, y que tenían una fuerte dependencia jerárquica que, en último término, descansaba en la potestad imperial; la hipertrofia burocrático-administrativa obligó a adoptar medidas de desconcentración funcional en la administración de justicia, con el fin de evitar las dilaciones que presentaba el

https://doi.org/10.55104/FRDC_0988

procedimiento, pero la autonomía concedida a los órganos judiciales superiores es tan sólo aparente, pues se inserta en un sistema de monopolio de la normatividad por parte del poder imperial, que ejercía, además, un control sobre los funcionarios judiciales, concebidos como destinatarios de la normatividad sin que tuviera reconocimiento su participación en el desarrollo de la misma por vía de interpretación.

La Compilación justinianea supone la sustitución del antiguo modelo de derecho jurisprudencial por otro de tipo legal y anti-jurisprudencial. La orientación general de la estructura del ordenamiento jurídico hacia la concentración de la normatividad en la potestad imperial no era, en principio, incompatible con el mantenimiento de un espacio autónomo para la Jurisprudencia en el sistema de fuentes, como se pone de manifiesto en el período histórico pre-justinianeo, en donde, a pesar de la desaparición de la Jurisprudencia científica de élite, el poder político mantuvo la vigencia del antiguo derecho jurisprudencial, entendido como parte de la estructura general del orden jurídico. La ruptura justinianea no es consecuencia de ningún enfrentamiento político con el sector profesional de los juristas; muy por el contrario, la funcionarización de la Jurisprudencia iniciada en el Principado había permitido el acceso a esa función pública de personas cualificadas por sus conocimientos, lo que amplió la base social de la que procedía el sector profesional de los juristas, pero su dependencia administrativa y la presencia del elemento económico-retributivo, generó un nuevo grupo profesional afecto al poder político como tal. La inserción de los nuevos profesionales del derecho dentro del aparato burocrático de la administración imperial les permitió ocupar una posición de potestad en la ordenación jurídico-social, que en el Imperio bizantino llegó a adoptar estructuralmente la naturaleza propia de una casta. Tampoco se generaron corrientes intelectuales de signo renovador o crítico respecto a la posición de los juristas en relación con el derecho en los medios profesionales vinculados con la docencia en los centros de enseñanza que surgieron, sobre todo, en la parte oriental del Imperio romano, y en los que se formaban los futuros funcionarios de la administración imperial.

Las verdaderas causas de la política del derecho justinianea se encuentran en la degeneración que en la práctica había experimentado la aplicación del derecho. Los problemas de falta de certeza en la normatividad vigente afectaban al propio derecho legislativo, lo que impulsa el fenómeno de la recopilación selectiva del mismo, primero por iniciativas particulares y después por los propios poderes públicos; pero la confusión era todavía mayor en el empleo del estrato del ordenamiento jurídico de origen jurisprudencial, ahora gestionado enteramente sin el concurso de los juristas de élite. Las medidas legislativas limitativas en materia de alegabilidad de doctrina jurisprudencial tratan de paliar el caótico estado de una administración de justicia que presenta signos de atrofia y parálisis en la excesiva duración de los procesos, a causa de la burocratización del procedimiento y las prácticas dilatorias de los abogados. A todo ello hay que añadir aún la imagen de confusión creada por el empleo degenerado del método dialéctico en las escuelas de derecho y las tendencias doctrinales teorizantes, que operaban con una literatura jurídica de carácter problemático, como la producida por todo derecho jurisprudencial. La necesidad de ruptura con la situación heredada se había convertido en un estado de opinión que requería una

https://doi.org/10.55104/FRDC_0988

respuesta política, que adopta un signo anti-jurisprudencial para procurar la certeza del derecho y una administración de justicia eficaz, en la que el principio de vinculación del juez al derecho trataba de eliminar el margen de discrecionalidad que hacía posible el reconocimiento de la interpretación.

La cultura jurídica occidental recibiría por el cauce de la Compilación justinianea la transmisión de un derecho de origen jurisprudencial, en el que también está presente el componente legislativo, pero dentro de un ordenamiento jurídico concebido como completo y basado en la legitimidad derivada de la potestad política imperial. Se trata, además, de un orden jurídico en el que el factor jurisprudencial no tiene naturaleza judicial, sino científica, y en el que tanto la función judicial como la del jurista se entiende situada en una posición de proximidad al poder político; por otra parte, es un derecho de naturaleza culta y de expresión técnica, que requiere un específico conocimiento para su comprensión y empleo en la práctica, lo que propicia su distanciamiento como cuerpo normativo de la formas consuetudinarias de expresión de la normatividad en la vida comunitaria.

III.-LOS JUECES FRENTE AL PODER POLITICO. CONQUISTA INSTITUCIONAL DE UN ESPACIO AUTONOMO PARA LA GESTION DEL DERECHO EN LA CULTURA ANGLO-SAJONA.

El momento histórico inicial del desarrollo de la cultura jurídica europea, en continuidad con la concepción del derecho de origen romano-jurisprudencial, está constituido por el descubrimiento científico del Digesto y su adopción desde principios del s. XII como base para el estudio y la enseñanza universitaria del derecho, a imitación del modelo de formación jurídica iniciado en la Universidad de Bolonia. Ello supuso, no sólo la recepción de un conjunto normativo dotado de un contenido terminológico y conceptual, sino también, y muy especialmente, la incorporación de una determinada técnica del razonamiento jurídico y, en el plano de la posición del jurista en la sociedad en relación con el derecho, la recuperación de su función mediadora como profesional dotado de un conocimiento que le faculta para orientar la aplicación del derecho en la práctica negocial y judicial, así como para influir en la formulación general del mismo, proporcionando al poder político el contenido de la normatividad aplicable.

La fuerza histórica del movimiento intelectual que se inicia en el s. XII europeo en cuanto a la transformación de la organización de la sociedad, puede compararse con el que en el s. XVIII promovió la recuperación de la idea democrática en la fundamentación legitimadora del poder político. Aunque ambas ideas acaban confluyendo en la moderna expresión del modelo occidental de ordenación de la sociedad, sus orígenes intelectuales son distintos y diferentes también los protagonistas de las corrientes de pensamiento que las encauzan.

En la penetración de la nueva cultura romanística en la práctica ocupan desde un primer momento una posición de protagonismo los juristas formados en los centros de estudios universitarios que se crean por toda Europa a imitación de Bolonia. La presencia de los juristas en funciones de asesoramiento en las esferas de la administración les proporcionó un cauce para afirmar su influencia como grupo profesional y para orientar la aplicación judicial del derecho desde las formulaciones

https://doi.org/10.55104/FRDC_0988

doctrinales del mismo contenidas en la literatura jurídica de la Jurisprudencia científica vinculada a la Universidad.

La componente técnica y culta del derecho, que la ciencia jurídica europea recupera de la tradición romanística, no podía dejar de influir en la formación de una cierta conciencia de grupo entre los miembros de la profesión jurídica; tal conciencia existía ya en el período histórico-cultural romano, pero las condiciones del Medievo propician por primera vez la organización corporativa de ciertas profesiones relacionadas con el derecho, algunas de las cuales, y también por primera vez, protagonizan un enfrentamiento con el poder político absolutista, desde la defensa de su autonomía como gestores del derecho. Este hecho cultural se encuentra relacionado con la profesionalización de la administración de justicia, que constituye también una conquista de los miembros de la profesión jurídica, y desde ese sector, aliado con la abogacía, se produce en el curso de los acontecimientos históricos que inciden en el proceso formativo de la organización jurídico-social del Estado de la Edad Moderna una confrontación, en cuyo desenlace se encuentra el reconocimiento constitucional de una esfera de autonomía para un sector de miembros de la profesión jurídica, situados institucionalmente en una administración de justicia dotada de independencia funcional y organizativa. Los acontecimientos políticos que conducen a ese resultado tienen lugar primero en Inglaterra y después en Francia, y presentan notables peculiaridades diferenciadoras.

En el fenómeno de profesionalización de la función judicial tuvo una decisiva influencia el modelo adoptado por la Iglesia Católica Romana, merced a las aportaciones de la doctrina canonística, a la que se debe, tanto el tipo de procedimiento denominado romano-canónico como la creación del Tribunal de la Rota, integrado por juristas; ello generó un movimiento imitativo en las ciudades italianas y en los diferentes Estados del continente europeo, que se dotan de tribunales similares, en cuya composición tienden a prevalecer los jueces de formación técnico-jurídica. Esta administración de justicia profesionalizada gozaba de una cierta autonomía funcional, y constituyó un cauce para la unificación territorial de los derechos nacionales, así como para la incorporación de la vigencia del derecho romano-canónico en la forma dada al mismo por la doctrina científica; se trataba, sin embargo, de una justicia delegada y los jueces eran libremente revocables por el poder político. La posición autónoma de la administración de justicia en la organización jurídico-social, aunque relacionada con la tendencia previa a la profesionalización de la misma, constituye el resultado de hechos vinculados a la vida histórica, que imprimen un cambio trascendental en la relación del grupo profesional de los juristas con el derecho y respecto a la potestad política, rectificando sustancialmente el esquema que tales relaciones presentaban en el modelo de administración que se configura en el período político-cultural romano. Resulta, pues, necesario analizar el medio histórico en que se produce tal acontecimiento y las condiciones que concurren en el mismo.

La instauración en Inglaterra de una jurisdicción dependiente de la Corona se inicia con una notable prioridad temporal al desarrollo de ese mismo fenómeno en el continente europeo, y con una cierta antelación incluso a la expansión de la doctrina científica del derecho común romano-canónico. En efecto, desde la conquista

https://doi.org/10.55104/FRDC_0988

normanda (1066) a la precedente organización jurisdiccional anglosajona se superpuso una nueva jurisdicción de los tribunales reales, que introdujo una incipiente idea de administración de justicia proyectada al conjunto de la población y de un derecho común a todo el Reino. Desde la primera mitad del s. XII la organización judicial de la Corona se encuentra ya estructurada, y en el s. XIII tiene su sede estable en Westminster. Esta jurisdicción, al basarse en la iniciativa de los particulares, sustrayendo la causa a las jurisdicciones locales y territoriales, de origen señorial y feudal, se desarrolla con un gran apoyo social, que se acrecienta por la mayor confianza suscitada por el sentido técnico con que operan esos tribunales, que coexisten con los eclesiásticos y con la jurisdicción mercantil, igualmente dotadas de carácter técnico.

La formación de la profesión jurídica (*legal profession*) se encuentra relacionada, precisamente, con la tecnificación del proceso y de la administración de justicia; a fines del siglo XIII está ya organizada corporativamente, y en esa época se inicia también la práctica de designación de los jueces de entre los miembros más prestigiosos de la abogacía; además, ese estamento profesional consiguió mantener el control de la formación jurídica de los aspirantes a acceder al mismo, excluyendo de esa función a las Universidades. Así, aunque los tribunales reales y la profesión jurídica nacieron al amparo de la Corona, se consolidaron como una organización independiente, convirtiéndose la función judicial en el centro de imputación del sistema jurídico y, en gran medida, en el factor que protagoniza la creación del derecho.

En competencia con los tribunales del *Common Law*, a lo largo del s. XIV se configura una nueva jurisdicción dependiente del Canciller real (*Court of Chancery*), que adopta como referente la doctrina romano-canónica y el procedimiento escrito que los juristas del derecho común difundían por el continente europeo; al igual que éstos, los profesionales del derecho que actúan ante esta jurisdicción proceden de los centros docentes universitarios. La rivalidad entre los sectores profesionales relacionados con estas dos jurisdicciones adquirió una creciente tensión, que desde comienzos del s. XVII se planteó en términos de enfrentamiento político entre una concepción de la administración de justicia dependiente del monarca y la tradicional configuración de la autonomía corporativa de los tribunales de la Corona. La causa defendida por los juristas del *Common Law* se identificaba políticamente con la supremacía de la tradición jurídica nacional, de la que formaba parte la idea de la soberanía limitada del monarca, sujeto él mismo al derecho y necesitado del concurso del Parlamento para que aquél pudiera ser modificado por vía legislativa; de esa tradición jurídica, compartida en la cultura política europea en el período bajomedieval, formaba también parte la idea de que el derecho tenía un ámbito de interpretación, que constituía una competencia autónoma de los juristas con formación técnica y, por tanto, en condiciones de determinar lo que es derecho en el caso concreto en virtud del ejercicio de una *ars lógica* propia de la metodología jurisprudencial.

La presencia activa de los juristas en el momento histórico en que se produce en Inglaterra el conflicto entre el Parlamento y la Corona muestra hasta qué punto constituían un grupo social políticamente influyente; por otro lado, el empleo del elemento ideologíco de la independencia judicial como arma contra el absolutismo y

https://doi.org/10.55104/FRDC_0988

la formulación del principio de supremacía del derecho ponen de manifiesto el profundo arraigo que en el derecho público medieval tenía la diferenciación entre el ámbito autónomo de la *iurisdictio*, que correspondía a los tribunales, y la esfera de gobierno, propia del monarca; los jueces del *Common Law* se quejaban, precisamente, de las interferencias reales en la esfera de la jurisdicción, al igual que el Parlamento de la pretensión del monarca de prescindir de su concurso para promulgar disposiciones legislativas.

En el modelo constitucional que nace de la revolución de 1688 se establece la soberanía del Parlamento en el ejercicio de la potestad legislativa, pero también el principio de soberanía del derecho y la independencia de los tribunales, siendo reconocida la inamovilidad de los jueces como garantía de la misma. Por lo demás, la supremacía política de la ley parlamentaria no desvirtuó la estructura básicamente judicial del derecho inglés, y tampoco se dieron las condiciones para un enfrentamiento de los jueces contra la acción de gobierno; antes bien, desde el punto de vista de la relación del ciudadano con el derecho, el fortalecimiento del *Common Law* en pugna con el absolutismo imprimió a la función judicial y a la gestión del derecho por los juristas un sentido de baluarte defensivo del individuo frente a los abusos de los poderes públicos, contribuyendo así a reforzar la posición autónoma de la magistratura. La revolución inglesa no tuvo, después de todo, pretensiones de subvertir la ordenación jurídico-social, sino que más bien perseguía el restablecimiento de las bases tradicionales de la misma, amenazadas por la política absolutista de la monarquía que, por lo demás, no había podido prescindir completamente del Parlamento; por ello, tampoco se produjo en Inglaterra el desplazamiento de la potestad legislativa hacia el monarca, manteniéndose el principio constitucional del carácter paccionado de la legislación incluso durante el período de tensión absolutista.

En el continente europeo, en cambio, puede apreciarse desde el Medievo una tendencia de la Corona a asumir el reconocimiento de una potestad normativa general en el territorio como manifestación de la soberanía que pretende representar en forma exclusiva, y son los juristas quienes fundamentan teóricamente esta doctrina (*rex imperator in regno suo*), trasladando al monarca una competencia que los glosadores habían reconocido únicamente al emperador germánico. De este modo, la victoria política de la monarquía sobre las asambleas de representación estamental introduce en el continente europeo un modelo de ordenamiento que tiende a apoyarse en la potestad normativa del monarca, a través de la cual proyectan su influencia los juristas; en consecuencia, éstos pudieron mantener bajo el absolutismo una posición de preeminencia social y política en relación con el derecho; con su apoyo se edificó el modelo de Estado continental, en el que los juristas ocupan las diferentes esferas de la administración y, sobre todo, las relacionadas con la aplicación del derecho; el cuerpo normativo fué también establecido por los juristas que intervienen en la preparación de las recopilaciones que impulsa la Corona para propiciar la unificación y extensión territorial del derecho.

Como resultado de la alianza entre la política de la monarquía francesa y los juristas se produce la instauración de una jurisdicción central en la capital del reino; en el s. XIV, el Parlamento de París, derivado de la antigua *Curia regis*, funciona

https://doi.org/10.55104/FRDC_0988

como Tribunal Superior de Justicia en una posición institucional situada de hecho como órganicamente autónoma en relación con la Corona, dotándose de su propia organización; órganos judiciales del mismo tipo se crean en otras ciudades, que se constituyen en sedes de la jurisdicción territorial autónoma de las diferentes regiones del Reino.

Al igual que en Inglaterra, también en Francia la autonomía y profesionalización de los órganos judiciales superiores tiene su manifestación originaria en la práctica de intervención de éstos en la propuesta al Rey de los candidatos que habían de ser designados como jueces, y que procedían de los miembros de la abogacía. Sin embargo, la inamovilidad no fue una conquista institucional basada en ideas políticas, sino una consecuencia de la práctica del acceso al cargo judicial mediante la compra del oficio, de modo que una función pública se convirtió en objeto de comercio y de propiedad privada, resultando incluso transmisible por herencia; con ello, la designación formal del Rey no tuvo otra limitación que la de la concurrencia en el peticionario de las necesarias condiciones de su formación técnica como jurista; de este modo, los Parlamentos judiciales se convirtieron políticamente en reductos cerrados de la nobleza y de la burguesía. A pesar de la formal derivación de la potestad jurisdiccional de estos órganos de la del monarca, se convirtieron en un contrapoder frente al mismo; en estas asambleas se sitúa el protagonismo institucional del enfrentamiento al absolutismo monárquico, en el momento histórico en que la Corona pretendía impulsar una política de reformas que colisionaban con el mantenimiento de las posiciones de privilegio de los estamentos a que pertenecían los miembros de aquéllas; resulta, en efecto, altamente significativo que su resistencia extrema se hubiese tornado en agresiva con ocasión de las medidas financieras promovidas por Necker.

Aunque los Parlamentos fundamentaban la defensa de su autonomía en el derecho a concurrir con el soberano en forma paccionada en la formación de la ley, y en la defensa del orden jurídico-social frente a la voluntad momentánea del príncipe, tal ideario ocultaba la preservación de la estructura estamental en que el mismo se basaba; el propio monarca les imputa la pretensión de instaurar un régimen de aristocracia judicial, contrario a los derechos e intereses de la Nación. La vida histórica podía haber conducido a un resultado político-organizativo conforme a las posiciones sustentadas por los Parlamentos, que recibieron un apoyo teórico-doctrinal en las ideas de Montesquieu, pero prevaleció el componente popular de la dinámica revolucionaria, y se puso de manifiesto la incompatibilidad de la independencia de esos órganos judiciales con una acción de gobierno que no podía tolerar limitación alguna. La incidencia de este factor político resultó determinante para el triunfo de la idea de sustituir el antiguo modelo de ordenamiento jurídico de base jurisprudencial por otro de tipo legal, en el que el sector profesional de los juristas aparecía privado de todo poder en relación con el derecho. Una serie de corrientes intelectuales habían preparado esa transformación, cuya necesidad encontraba también fundamento en una situación en la que la gestión del derecho aparecía social y políticamente secuestrada por el sector profesional de los juristas.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0988

IV.- PREVALENCIA DE LAS TENDENCIAS ANTI-JURISPRUDENCIALES EN MEDIOS INTELECTUALES Y POLITICOS DE LA EUROPA CONTINENTAL.

La incorporación del derecho como valor cultural en la organización jurídico-social de los Estados de la Edad Moderna se encuentra directamente relacionada con la influencia que llegó a alcanzar el sector profesional de los juristas a partir del renacimiento jurídico medieval, tanto en los medios intelectuales vinculados a la institución universitaria como, muy especialmente, en el grupo formado por los prácticos, que lograron afirmar una posición autónoma en la gestión de la administración de justicia.

El fenómeno de concentración del poder político en el monarca conducía a situar en éste la potestad normativa, lo que colisionaba con las competencias de las asambleas de representación estamental; desde el punto de vista del orden jurídico general, aquella tendencia contribuía también a impulsar la unificación territorial del derecho, lo que tropezaba con la diversidad normativa propia del particularismo medieval; finalmente, resultaba inevitable el intento de configurar la función judicial bajo la forma de justicia delegada, que resultaba incompatible con la independencia e inamovilidad de los jueces.

El sector profesional de los juristas no planteó problema alguno al absolutismo monárquico en su política de concentración de la potestad normativa, sino más bien una eficaz colaboración, merced a la cual el orden jurídico vino a resultar establecido por ellos. En principio, tampoco el sistema de justicia delegada suscitó su oposición, en tanto que resultaba compatible con una autonomía funcional en la gestión del derecho; en realidad, el enfrentamiento jurisdiccional que se produce en Inglaterra tiene su origen en la rivalidad entre dos grupos profesionales, siendo el de la *Equity* próximo a las posiciones de política del derecho de la Corona, en consonancia con las ideas organizativas que por entonces tendían a prevalecer en la Europa continental.

Al haberse vinculado la concepción tradicional del derecho y la independencia de los jueces en la gestión del mismo a la causa defendida por el Parlamento, los miembros de la profesión jurídica pudieron seguir ocupando una posición de poder en relación con el derecho, que conservó su estructura jurisprudencial. En ese resultado influyó decisivamente la anticipación histórica de la derrota política del absolutismo, antes de que el fenómeno pudiera llegar a adoptar un planteamiento que afectara a la transformación del conjunto de la ordenación jurídico-social, tal como ocurrió en el continente europeo en la vida política francesa; un cambio de signo revolucionario resultaba incompatible con la posición de poder que los miembros de la profesión jurídica habían llegado a ocupar bajo el absolutismo. Una serie de corrientes intelectuales precedentes se habían situado en una posición crítica frente al derecho común jurisprudencialmente construido y en contra del monopolio que los juristas habían logrado imponer en la gestión del derecho.

Un proceso cultural encaminado a dotar de forma legislativa al conjunto del ordenamiento jurídico presupone un determinado programa de política del derecho formulado desde los poderes públicos y un compromiso con el mismo por parte de, al menos, un sector de élite del grupo profesional de los juristas. La cultura anglosajona pudo mantenerse al margen del fenómeno codificador continental por la

https://doi.org/10.55104/FRDC_0988

incidencia de peculiares factores en el proceso formativo de la constitucionalización de su ordenamiento jurídico, pero también porque desde los sectores intelectuales influyentes no surgieron corrientes de pensamiento en actitud crítica frente al sistema de gestión jurisprudencial del derecho representado por el Common Law. No ocurrió así en el continente europeo, en donde, especialmente en Francia, pero también en otros paises, intelectuales vinculados a corrientes renovadoras se hacen eco de un descontento social generalizado en lo referente al funcionamiento de la administración de justicia. Las críticas proceden, sobre todo, de intelectuales situados fuera del grupo de integrantes de la profesión jurídica; ciertamente, entre éstos existía también sensibilidad acerca de la situación del orden jurídico, y a ello responden los esfuerzos realizados ya desde el s. XVI para promover la unificación teórico-científica del derecho común; sin embargo, los profesionales del derecho relacionados con la práctica tienden a adoptar actitudes conservadoras, que encuentran explicación en su interés en mantener un ordenamiento jurídico complicado y problemático, que los convertía en necesarios mediadores entre el ordenamiento jurídico y la sociedad.

La política de los monarcas hacia la concentración de la potestad normativa y jurisdiccional en la Corona obedecía, en realidad, a un intento de reforma de un orden jurídico con notables deficiencias acumuladas, que afectaban a la certeza del derecho y a la insatisfacción social resultante de la gestión del mismo por parte de los tribunales de justicia. La dimensión del poder corporativo alcanzado por el grupo de representantes de la profesión jurídica vinculados a la práctica del derecho resulta manifiesta al constatar la eficaz resistencia que consiguieron oponer a la política reformista del absolutismo monárquico. Un ordenamiento jurídico jurisprudencialmente estructurado requiere, sin embargo, una confianza social en los juristas como gestores del mismo, y fue precisamente esa relación la que entró en crisis en las naciones europeas en donde la Jurisprudencia había afirmado su posición de influencia sobre la base del derecho común doctrinalmente construido a partir del cuerpo jurídico romano-justinianeo; como consecuencia de ello, se fue abriendo paso la idea opuesta de reducir el orden jurídico a un claro, estable y sencillo sistema únicamente legal, como solución más segura para la certeza del derecho. Algunos juristas de élite, pero, sobre todo, un número cada vez más relevante de intelectuales protagonizan una corriente crítica contra el orden jurídico tradicional en diversos paises europeos, y de forma especialmente intensa y combativa en Francia, que desde el s. XVI se convierte en el ambiente histórico-ideológico de elección para la batalla contra el derecho común.

La repulsa de la confusa situación del derecho jurisprudencial, la propuesta de un programa de simplificación del orden jurídico-normativo, la necesidad de articular la construcción de un derecho nacional, y la apelación a la autoridad política para que llevara a cabo una intervención clarificadora en el sistema de fuentes y, sobre todo, en la doctrina, constituyen los aspectos centrales de la temática del pensamiento renovador promovido por la corriente humanista, configurada después por la ideología de la Ilustración. Durante mucho tiempo se trata, sin embargo, de voces aisladas, que encuentran una firme oposición entre los miembros de la profesión jurídica vinculados a la práctica, frente a los que el poder político no estaba en condiciones de actuar. En el ambiente político-intelectual protagonizado por el absolutismo

https://doi.org/10.55104/FRDC_0988

monárquico, el problema de la certeza del derecho adquirió paulatinamente un planteamiento cada vez más radical y siempre en un sentido abiertamente anti-jurisprudencial; la figura del jurista práctico resulta cada vez más un referente al que se imputa la responsabilidad por la confusión en el orden jurídico y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia; por otro lado, el control del derecho por parte de jueces y abogados genera una progresiva reacción de rechazo al ser percibida la situación como favorecedora de una posición de poder social y económico; en especial, la ideología iluminista comenzó a cuestionar la incapacidad del sector profesional de los juristas para asumir la representación funcional del conjunto del cuerpo social, y a acusarlos de ser portadores de la defensa de intereses corporativos. Así, pues, un creciente estado de opinión propugnaba la necesidad de un control del poder de jueces y abogados, y ello acabó afectando también al propio orden jurídico, cuya complejidad normativa y técnica facilitaba el monopolio de los juristas sobre el derecho.

De acuerdo con los supuestos políticos del momento, las corrientes de pensamiento de signo renovador se dirigían a solicitar una intervención de los monarcas mediante una política de reformas, que deberían afectar, ante todo, al propio cuerpo normativo; a ello responden las intervenciones de carácter recopilador realizadas por impulso de la Corona en varios paises europeos con el concurso de comisiones de expertos, así como también las medidas limitativas en cuanto a la alegabilidad de doctrina jurisprudencial; se trataba, sin embargo, de una política que no pretendía una ruptura con el orden jurídico anterior ni tampoco un desplazamiento de los juristas como gestores del derecho. Es en Francia en donde la ideología de la Ilustración asume un planteamiento revolucionario, propugnando la sustitución del conjunto del orden normativo por otro nuevo y, al mismo tiempo, la erradicación del poder de los juristas sobre el derecho; ello venía a suponer un rechazo al modelo de orden jurídico creado por el derecho común romano-canónico, cuya estructura jurisprudencial había permitido situar al derecho y a los juristas como gestores del mismo en una posición autónoma; el cambio estructural propugnado conducía a la adopción del modelo legal, en el que los agentes que operan en la aplicación del derecho no pueden tener reconocimiento alguno en el plano de la creación de la normatividad por vía de interpretación.

El nuevo proyecto de orden jurídico recibió también la influencia de las ideas renovadoras que en el marco de la sistemática había introducido el humanismo jurídico renacentísta. En efecto, algunos de sus representantes adoptan el esquema gayano-justinianeo de las Instituciones, imprimiendo al orden jurídico una estructuración que toma a la persona como punto de referencia, anticipando así los planteamientos iusnaturalistas posteriores; esta confluencia se produce igualmente en la construcción científica de un cuerpo institucional y doctrinal que pudiera superar al justinianeo, cuyo componente casuístico había sido tomado como base para el desarrollo del derecho común y servía igualmente como fundamento metodológico en la docencia universitaria.

Las exigencias de claridad y certeza en el derecho encontraron una respuesta intelectual en el pensamiento matemático de Leibniz, que hace una proyección del mismo a la Jurisprudencia en su obra *Nova methodus discendae docendaeque*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0988

jurisprudentiae (1667), en la que se formula un método para construir un sistema unitario y racional del orden jurídico, a partir del cual la aplicación del derecho se guiaría por medio de operaciones lógico-deductivas. Orden, claridad y uniformidad son ideas que inspiran en Francia la obra de J.Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689), destinada a influir en el nuevo modo de entender el derecho por parte de las generaciones de juristas alineados con los movimientos renovadores. A partir de las ideas de Domat, construye Pothier un unitario *droit français* al haber acertado a realizar una exposición sintética y sistemática del *droit coutumier*; por otra parte, en sus *Pandectae in novum ordinem digestae* (1748-1752) llevó a cabo una reordenación y reelaboración de los materiales del Digesto.

En la medida en que la doctrina jurídica que prepara la futura codificación procede a partir de materiales tomados de la tradición romanística, no puede decirse que hubiera en ella propósito intelectual alguno de ruptura con la misma. La actitud crítica del humanismo y del pensamiento ilustrado tomaba como objetivo prioritario los vicios de la administración de justicia y su control por jueces y abogados, al amparo de un cuerpo normativo disperso, lo que resultaba agravado por la existencia de un gran número de derechos particulares y diferentes ámbitos jurisdiccionales, que configuraban una imagen de confusión y desorden. Una ruptura se propugna, en cambio, en el ámbito del derecho y el proceso penal, que muy poco tenían que ver con la tradición romanística, basada en el derecho privado. En cambio, el iusnaturalismo continental no llegó a cuestionar la estructura de la organización política, en la que los representantes del movimiento intelectual de la Ilustración se encontraban, después de todo, situados en alianza con el poder político; la prevalencia en Francia de elementos de tipo revolucionario alteraron la relación de equilibrio de una política reformista que tuvo un normal desarrollo en otros territorios europeos.

V.- SIGNIFICACION DE LAS CODIFICACIONES EN LA POLITICA DEL DERECHO.

Desde comienzos de la Edad Moderna el absolutismo monárquico había intentado conseguir la unificación del derecho nacional como forma de expresión de la soberanía de la Corona en el campo de la ordenación jurídico-social; esa política venía a coincidir con la tendencia general de los agentes sociales relacionados con el derecho, pero no llegó a alterar la estructura esencial del ordenamiento jurídico, caracterizado por la prevalencia en el mismo del elemento jurisprudencial y la posición autónoma de los representantes de la profesión jurídica como gestores del derecho tanto en su aplicación como en su desarrollo. El derecho inglés pudo mantener esa estructura en el nuevo orden jurídico-constitucional parlamentario; la alianza entre los sectores intelectuales de la Ilustración con los Estados autoritarios del área germánica y otras monarquías ilustradas del continente europeo permitió una política de reformas que no alteró tampoco la estructura de la ordenación jurídico-social ni la posición del sector profesional de los juristas en la misma.

El modelo de ordenación jurídico-social que nace de la Revolución francesa, tras la reestructuración napoleónica del Estado, consiguió llevar a término lo que el absolutismo monárquico no había logrado en lo referente a la organización centralizada de la administración del territorio y el establecimiento de un cuerpo

https://doi.org/10.55104/FRDC_0988

normativo concebido como único aplicable en la nación; en ese modelo, la ley se convierte en la única forma de expresión de la normatividad, por lo que el elemento jurisprudencial queda fuera del sistema de fuentes del derecho. La significación distintiva de los cuerpos normativos napoleónicos respecto a los impulsados por el absolutismo monárquico y las reformas promovidas por la Ilustración se encuentra en la derogación completa del derecho anterior, que es sustituido por el contenido en los nuevos códigos, lo que supone una ruptura con la tradición jurídica precedente. En realidad, ello afectaba de modo tan sólo relativo al componente romanístico de la misma, cuyo contenido había adoptado tan sólo una nueva forma en el derecho codificado; la auténtica dimensión de la ruptura con el modelo anterior es preciso contemplarla en la diferente posición en la que se sitúa al factor jurisprudencial en el sistema de fuentes del derecho y a la posición del juez en la creación de la normatividad. El verdadero propósito del nuevo modelo de ordenación jurídico-social es la eliminación del poder del sector profesional de los juristas sobre el derecho y, en el plano político, la configuración de la acción de gobierno como no controlable por los jueces que habían conseguido mediatizar el poder del absolutismo monárquico cuando éste intentó introducir una política reformista.

El desarrollo histórico-político del modelo continental de ordenación jurídico-social constituye un proceso de corrección de esta heterodoxia revolucionaria. La doctrina de la separación de poderes, interpretada en el sentido de sustraer al factor jurisprudencial cualquier participación en la creación de la normatividad por medio de la interpretación jurídica, y la identificación consiguiente entre ley y derecho, resultó paulatinamente superada en la práctica merced a la recuperación por parte de la Jurisprudencia de su anterior protagonismo, y ello ocurre, no sólo con el derecho codificado, sino también, y muy especialmente, con el nuevo derecho administrativo, que se desarrolla al margen del modelo general de las codificaciones, resultando introducidas sus normas más importantes en forma de decisiones judiciales, merced a la labor de interpretación creadora del Consejo de Estado.

A lo largo del s. XIX, el sistema judicial consolida su posición autónoma y el conjunto del orden jurídico adquiere la estructura propia de un derecho de juristas; contribuyó a ello la vitalidad de la tradición jurisprudencial francesa y la evolución general de la vida política y cultural en el sentido de fortalecimiento de la organización democrática de la sociedad. Fuera del espacio político-cultural francés el modelo napoleónico siguió diferentes vicisitudes, a tenor de la distinta incidencia de las ideas democráticas en la organización jurídico-social; resulta, sin embargo, significativo que la idea de identificación del derecho con la legalidad hubiera resultado adaptable a formas autoritarias de organización política y la concepción burocrático-administrativa de la función judicial permitiera la acomodación del sector profesional de los juristas vinculados a la práctica a cualquier normatividad formulada desde el poder político, sin cuestionamiento alguno acerca de su legitimidad.

BIBLIOGRAFIA

J. VAN KAN, *Les éfforts de codification en France*, 1929; A. MARANGIU, "Legislatori e giudici di fronte all'autorità dei giuristi", *Studi Besta*, III, 1939, pp. 441 ss.; P.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0988

KOSCHAKER, *Europa y el derecho romano*, (trad. esp.), 1955; M.A. CATTANEO, *Iluminismo e Legislazione*, 1966; R. AJELLO, , *IL preilluminismo giuridico*, 1965; W. WILHELM, "Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich im 17. und 18. Jahrfundert", *Ius commune*, 1 (1967), pp. 241 ss.; L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, 1967; J.VANDERLINDEN, *Le concept de Code en Europe occidentale du XII au XIX siecle. Essai de définition*, 1967; J. H. SHENNAN, *The Parliament of Paris*, 1968; F. VENTURI, *Settecento riformatore. Da Muratori a Beccaria*, 1969; J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, 1969; V. GUIZZI, "Il diritto comune in Francia. I giuristi alla ricerca di un sistema unitario", *Tijdschrift voor rechtsgeschiedienis*, 37 (1969), pp. ll ss.; A. FERNANDEZ BARREIRO, *Los estudios de derecho romano en Francia después del Código de Napoleón*, 1970; J. EGRET, *Louis IV et l'opposition parlamentaire*, 1970; A. LLOYD MOOTE, *The Revolt of the judges. The Parlament of Paris and the Fronde*, 1971; L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, 1975; L. MOSSINI, *Le citazioni dei giuristi*, 1975; J. KONIG, *Pothier und das römisches Recht*, 1976; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I.*Assolutismo e codificazione del diritto*, 1976; A. GUZMAN BRITO, *La fijación del derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones*, 1977; H. CONIG, "Zur Vorgeschichte der Kodifikation: die Diskussion um die Kodifikation um 17. und 18. Jahrhundert", *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, II, 1977, pp. 857 ss.; J. GAUDEMET, "Les tendances a l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Règime", *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, I, 1977, pp. 160 ss.; F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, (tr.it.), 1980; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, 1982; G. BASANELLI SOMMARIVA, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del iudice nel diritto giustinianeo*, 1983; A. FERNANDEZ BARREIRO, *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*, 1992; L. RODRIGUEZ ENNES, *El Derecho romano y la Ilustración*, 1995.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0988