

DERECHO  
PRINCIPIOS GENERALES  
DERECHO ROMANO

ESTUDIO SOBRE

# Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 1

Cynthia Paola Acosta

Gabriela Marta  
Alonsopérez

Mirta Beatriz Álvarez

María Elena Bazán

Daniel Bonjour

Emiliano J. Buis

Andrea Costa

Sebastián Cuenca

Susana Isabel Estrada

María Cristina Filippi

Yamila Fuentes Francis

Juan Carlos Ghirardi

Germán Giarocco

Norma Alicia Juárez

Favio Leonetti

Luis Aníbal Maggio

Gastón L. Medina

Elvira Méndez Chang

Laura Lilliana Micieli

Marilina Andrea Miceli

Patricia Silvina Mora

Noelia Morchio

Gabriela Victoria Morel

Grecia Sofía Munive

García

Alfonso Murillo Villar

Leticia Núñez

Soledad Andrea  
Peralta

Norberto Darío Rinaldi

Julieta Salomé  
Rodríguez

Luis Rodríguez Ennes

Mariana Verónica  
Sconda

Giselle Trupia Verón

Francisco Valenzuela  
Aránguiz

Adrián Gustavo Vedia

**UFLO**  
UNIVERSIDAD

# El antirromanismo ilustrado

---

Por Luis Rodríguez Ennes<sup>173</sup>

## Resumen

Este artículo pone de manifiesto las razones de la hostilidad existente entre los ilustrados del Siglo de las Luces contra el derecho romano. Tal confrontación contrasta con la admiración que profesan a otros múltiples aspectos de la cultura romana como las instituciones políticas, la arquitectura, el mobiliario o, incluso, la vestimenta femenina.

**Palabras clave:** Siglo de las Luces; hostilidad; derecho romano; influencias romanas

---

<sup>173</sup> Catedrático Emérito de Derecho Romano y Sistemas Jurídicos Comparados (Universidad de Vigo, España). Doctor Honoris Causa por UFLO Universidad.

## Abstract

*This article shows the reasons of the hability between the illustrates of the Enlightenment against the wonder to another multiples sights of the roman culture like the politicals institutions, the architecture, the furniture and the female 's clothes.*

**Keywords:** *Enlightenment; hostility; roman law, romans influences.*

## Sumario

I. Introducción: el marco histórico; II. El derecho romano y la *Encyclopédie*; III. Críticas a la excesiva presencia del derecho romano en las universidades y en la práctica dieciochesca; IV. Epílogo: Fray Martín Sarmiento y Ortega y Gasset

## I. Introducción: el marco histórico

El siglo XVIII es un período de equilibrio que se extiende entre dos grandes convulsiones que han sacudido y agitado la Europa de la modernidad. La primera sacudida proviene de las denominadas “guerras de religión” que asolaron al continente a lo largo de casi dos centurias y cuyo término cumple situar a fines del XVII. La segunda está representada por las “guerras revolucionarias” que desde su eclosión a partir de las revoluciones americana (1776) y francesa (1789) van a ir removiendo Europa hasta poner punto final, mediado el siglo XX, al colonialismo.

En medio de estos dos períodos agitados por la guerra se extiende el siglo XVIII como una etapa de equilibrio –ciertamente no con ausencia total de enfrentamientos bélicos– en el que cristaliza una

utopía soñada por muchos de los más conocidos e ilustres pensadores de la época.

En 1784 contestaba Kant a la pregunta “¿qué es la Ilustración?” – *Was ist Aufklärung?* – con una reflexión sobre el uso libre de la razón que había emancipado al hombre de las antiguas creencias.<sup>174</sup> Esta razón, la misma que en el Renacimiento desarrollara un espíritu humanista enfrentado al teológico medieval, sería la base de una nueva cultura forjada en esencia en la baja modernidad, a partir de una revolución metodológica que transformó el conocimiento humano haciéndolo crítico y experimental.<sup>175</sup> Este nuevo método empírico hecho de orden y precisión, desarrollado por el pensamiento matemático y geométrico del siglo XVIII, fue puesto por último al servicio de las ciencias del hombre y de la naturaleza.<sup>176</sup> Así, a fines del siglo XVII, la física newtoniana, partiendo ya de hechos probados, fija las leyes de la naturaleza superando el racionalismo abstracto cartesiano.<sup>177</sup> Por

---

<sup>174</sup> KANT, I. (1784). *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung*. Berlín: Haude & Spener; Cfr. *Was ist Aufklärung. Thesen und Definitionem* (Stuttgart, 1978). La realidad de una cultura tutelada, controlada y, en caso preciso, dirigida, no concuerda con la famosa definición que Kant dio de la Ilustración: una disposición del espíritu liberado de tutelas, conducido por la sola luz de la razón. Un ideal del que su época estaba lejana. Él no creía vivir en el Siglo de las Luces, sino en un siglo “en marcha” hacia el Aufklärung, hacia la Ilustración. Kant era vasallo de Federico II de Prusia y sabía cuáles eran los fines y los límites del absolutismo ilustrado; unas limitaciones que alcanzaban todavía en mayor medida a España, a los dominios de José I de Austria, a la mayoría de los pequeños estados italianos. Había más atrevimiento y espontaneidad en aquellos estados (Francia, Inglaterra) en los que no hubo absolutismo o, si lo hubo, fue escasamente ilustrado.

<sup>175</sup> HALL, A. (1956). *The Scientific Revolution 1500-1800*. Boston: Beacon Press; KOYRE, A. (1979). *From the closed World to the infinite universe*. Madrid: Siglo XXI.

<sup>176</sup> HAZARD, P. (1958). *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*. Trad. esp. Julián Marías. Madrid: Guadamara; HILL, C. (1961). *The century of revolution 1603-1714*. Londres: Routledge; PENNINGTON, D. (1973). *Europa en el siglo XVII*. Madrid: Aguilar.

<sup>177</sup> HAZARD, *op. cit.*; HILL, *op. cit.*; PENNINGTON, *op. cit.*

esta misma época, Locke redacta en sendos tratados un nuevo código de política moderna y de entendimiento humano con sus virtudes de tolerancia, beneficencia y humanidad.<sup>178</sup> Y en las Universidades de Heidelberg, Halle, Gotinga, autores como Puffendorf, Thomasius, Wolf o Heineccius, aplicando la sola razón al conocimiento del derecho natural, acabaron por desligar la ley humana de la divina.<sup>179</sup> El ideal sistemático del humanismo jurídico concretado en torno al esquema gayano-justiniano *personae, res, actiones* fue adoptado por los teóricos alemanes del derecho natural racionalista siguiendo el pensamiento de Leibniz. El esquema tiene ahora un nuevo significado

---

<sup>178</sup> NEWTON, I. (1987). *Philosophiae naturalis principia mathematica*. Trad. esp. F. Rada. Madrid: Alianza. “Toda la dificultad de la filosofía parece consistir en que a partir de los fenómenos del movimiento, investiguemos las fuerzas de la naturaleza y después, desde estas fuerzas, demostremos el resto de los fenómenos” (Prefacio).

<sup>179</sup> LOCKE, J. (1690). *Essay on human understanding*. Londres: Printed for Tho. Basset, and sold by Edw. Mory. Su divulgación europea vino propiciada por su traducción francesa *Essai philosophique concernant l'entendement humain* (trad. de P. Coste, Amsterdam, 1729). Como señala RODRÍGUEZ ARANDA en su prólogo a la trad. esp. (Madrid, 1987), p. 6: “La influencia de Locke en España fue muy profunda. En todo el tiempo transcurrido desde Feijoo hasta Martí de Eixalá no hay un solo filósofo que no acuse su huella. En el viraje cultural que experimenta España en el siglo XVIII, el filósofo inglés es un factor decisivo. De una parte, el ambiente se hallaba preparado para la recepción de esta nueva filosofía, debido a la tradición escolástica española y a los rasgos comunes que poseía con ella la filosofía realista de Locke. Por otra parte, el hecho de que el pensamiento español se moviera dentro de un ámbito de menor libertad que el francés fue causa de que originara una verdadera revolución intelectual. La cultura española de ese siglo gira bruscamente, y la causa principal de ello fue Locke, unas veces directamente y otras a través de los enciclopedistas. Es significativo que incluso un poeta, Meléndez Valdés, dijera que al Ensayo sobre el entendimiento humano debería toda su vida lo que supiera discurrir”. Del mismo a. *vid.* también: “La recepción y el influjo de las ideas políticas en España”, en *Rev. de Estudios Políticos* (en lo sucesivo REPOL), 76 (1954), p. 115-130.

por el presupuesto de valor universal que presentan las construcciones teóricas del derecho natural racionalista, y permite construir el *ordo iuris* como un conjunto de derechos subjetivos.<sup>180</sup>

La Razón, convertida en arma de la nueva cultura, se hace crítica y universal, enfrentándose a una concepción del mundo profundamente marcada por más de mil años de cristianismo. Como si de una onda laica del espíritu libertario de la Reforma se tratase, esta razón, como apuntara Leibniz, proviene de un norte germánico capaz de adoctrinar a un mundo latino que apenas transmite otra luz que la tenue de la tradición.<sup>181</sup> De ella nace una nueva civilización que por oposición a una presunta oscuridad anterior, similar a la noche gótica o medieval de los renacentistas, se conoce en todas partes con el nombre de Ilustración o las Luces: *Les Lumières*, *I Lumi*, *Die Aufklärung*, *The Enlightenmen*, *As Luzes*. Todas las variantes europeas del término hacen referencia a una revolución espiritual merced a la cual la mente humana quedaría liberada de las tinieblas del error y alumbrada por la luz de la Razón.<sup>182</sup> En el constante peregrinar de Minerva sobre la tierra, la luz ha posado ahora en Europa: “En saliendo de Europa todo se nos figura barbarie”, dirá Feijoo y así, más como un espacio cultural que geográfico concreto, será concebida por los ilustrados españoles.<sup>183</sup>

---

<sup>180</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO, A. (2000). “La dimensión político-cultural del humanismo jurídico”. En *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* (en lo sucesivo SCDR), XII, p. 131.

<sup>181</sup> CORONAS GONZÁLEZ, S. (1999). “El pensamiento jurídico de la Ilustración en España”. En DE MONTAUG, T. (ed.). *Historia del pensament jurídic*. Barcelona, p. 155.

<sup>182</sup> DOMÍNGUEZ ORTÍZ, A. (2005). *Carlos III y la España de la Ilustración*. Madrid: Alianza, p. 254.

<sup>183</sup> SÁNCHEZ AGESTA, L. (1995). “España y Europa en el pensamiento español del siglo XVIII”. En *Cuadernos de la Cátedra Feijoo* 2, p. 3-27.

## II

La polémica en torno al método, el objeto y los fines de la enseñanza jurídica, muy frecuente en el setecientos, se entrecruza con la tendencia ilustrada dirigida a reformar la vieja universidad con sus pertinentes raíces medievales y a dar cumplimiento a las nuevas exigencias de la vida práctica y a los ideales del Iluminismo. A grandes rasgos puede señalarse que el retroceso de la importancia de la teología en la cultura dieciochesca y su empobrecimiento escolástico, el apego al derecho romano y la escasa sensibilidad hacia el real o nacional o hacia el cultivo de las ciencias, tienden a acrecentar el divorcio entre la Universidad y la sociedad. Ello explica que el siglo XVIII no cese de acumular escritos y peticiones de reforma, de muy diversa entidad y alcance, que no logran penetrar de todo en los densos muros universitarios. Se darán algunos pasos, siempre insuficientes, para acercar la Universidad al conjunto de preocupaciones, saberes y demandas académicas de la sociedad.<sup>184</sup>

Estas mentes claras, iluminadas “por las luces de la razón”, no se limitaron a criticar lo caduco, sino que pretendieron reformar el sistema jurídico por el que se regía la sociedad. Como ha apuntado Tomás y Valiente, lo que intentaban conseguir era una sociedad estamental racionalizada y progresiva y un derecho adecuado a la misma, para lo cual pensaban que este debía ser racional, uniforme y emanado de la autoridad soberana, del rey absoluto.<sup>185</sup> Todos los proyectos de reforma ahora elaborados tienen un fundamento común: la exigencia de sustituir la vieja “jurisprudencia” basada en el derecho romano por un sistema nuevo construido sobre bases iusnaturalistas y racionales. La

---

<sup>184</sup> Amplia literatura a este respecto en RODRÍGUEZ ENNES, L. (1996). “La ruptura del monopolio de la enseñanza del Derecho romano en las universidades españolas del siglo XVIII” En *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, XLIII, p. 345 ss.

<sup>185</sup> TOMÁS Y VALIENTE, F. (1980). *Manual de Historia del Derecho Español*. Madrid: Tecnos, p. 383.

doctrina basada en el *ius commune*, que había constituido desde el siglo XIII el fundamento común del quehacer de los juristas y la tradición culta de la que éstos se nutrían, fue combatida desde distintos ángulos de tiro en el Siglo de las Luces.<sup>186</sup>

Punto focal de las discusiones era —y no podía dejar de serlo— el derecho romano y, en particular, la cuestión de su preponderancia en la enseñanza jurídica, así como su verdadera utilidad para la formación del jurista. Y es que los más conspicuos ilustrados concordaban en el papel subalterno y de todo punto insuficiente al que —de hecho— la hegemonía de la enseñanza romanística relegaba los derechos nacionales, impidiendo, por tanto, la realización del proyecto iluminístico de la creación de escuelas superiores destinadas a la formación profesional de las nuevas clases dirigentes. Sin perjuicio de que nos ocupemos más *in extenso* de esta cuestión en el último apartado del presente trabajo, basta ahora con traer a colación —por tanto, de un modo puramente ejemplificativo— los testimonios claramente concordantes de dos de los

---

<sup>186</sup> WIEACKER, F. (1952). *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, p. 313 ss. y (1957). *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*. Trad. esp. Fernández Jardón. Madrid: Aguilar, p. 197 ss.; THOMANN, M. (1968). "Influencia du philosophe allemand Christian Wolff (1679-1754) sur l'Encyclopedie et la pensée politique et juridique du XVIIIe. siècle français". En *APLD*, 13, p. 234 ss., con la literatura citada en la nota 1 de la página 235; COING, H. (1970). "Die juristische Fakultäten der Aufklärungszeit. Geschichte einer Studienreform", en *JAWG*, p. 34 ss. y (1979). "L'insegnamento della giurisprudenza nell'epoca dell'Illuminismo". En PICARDI (ed.). *L'Educazione giuridica. Il profili storici*. Perugia: Editrice p. 104 ss.; PESET REIG, M. (1975). "Derecho romano y derecho real en las universidades del siglo XVIII" en *AHDE*, 45, p. 278 ss.; acerca del iluminismo polaco, COMANDUCCI, P. (ed.) (1978). *L'illuminismo giuridico. Antología di scritti giuridici*. Bologna: Il Mulino, p. 121 ss.; SALMONOWICZ, S. (1984). "Le droit romain en Pologne a l'époque des lumieres", en *Studi Guarino*, 7, Nápoles, p. 214 ss., con literatura en nt. 1.

más señeros espíritus de la época: Diderot<sup>187</sup> y Voltaire<sup>188</sup>, en punto al paupérrimo nivel académico de las facultades de derecho. En realidad, los editores de la *Encyclopédie*<sup>189</sup> solo tienen en cuenta al derecho natural

---

<sup>187</sup> "Notre Faculté de Droit est misérable. On n'y lit pas un mot de droit français; pas plus du droit de gens que s'il n'y en avait point; rien de notre code ni civil ni criminel; rien de notre procédure, rien de nos lois, rien de nos coutumes, rien des constitutions de l'Etat, rien du droit des souverains, rien de celui des sujets; rien de la liberté, rien de la propriété, pas d'avantage des offices et des contrats. De quoi s'occupe-t-on donc? On s'occupe du droit romain dans toutes ses branches, droit qui n'a presque aucun rapport avec le notre". Cfr. DIDEROT, D. (1875). "Plan d'une Université pour le gouvernement de Russie". En *Oeuvres*, 3, París, p. 437.

<sup>188</sup> No es menos explícito y duro VOLTAIRE (1771) : "Je suis de Paris et on m'a fat etudier pendant trois ans les loix oubliées de l'ancienne Rome; ma coutume me suffirait, s'il n'y avait pas dans notre pays cent quarante -quatre coutumes différentes (...). Ensuite on me parla de la loi des douze Tables, abrogée bien vite chez ceux qui l'avaient faite, de l'edit du préteur quand nous n'avons point de préteur, de tout ce qui concerne les esclaves quand nous n'avons point d'esclaves domestiques (au moins dans l'Europe chretienne), du divorce quand le divorce n'est pas encore reçu chez nous. Je m'aperçus bientôt qu'on me pongeait dans un abime dont je ne pourrais jamais me tirer. Je vis qu'on m'avait donné une éducation très inutile pour me conduire dans le monde". Cfr. "Dialogue entre un conseiller et un ex-Jésuite". En *Questions sur l'encyclopédie par les Amateurs*, V, p. 80 ss.

<sup>189</sup> *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, para une Société des gens de lettres. Mis en ordre et publié par M. Diderot* (París, 1751). La *Encyclopédie* es el paradigma y la síntesis de la forma típica del pensamiento de la Ilustración. A la vista de esta obra paradigmática podemos preguntarnos en qué consiste la tarea de la Enciclopedia. Y la respuesta a esta pregunta es que la Enciclopedia es la manifestación del valor autónomo y primordial de un saber, que generado a lo largo de los siglos, se concentra en ella para que el hombre del siglo XVIII pueda disponer de él y superar las tinieblas de la ignorancia. Para que ese saber enciclopédico, suma de conocimientos, pueda ser comunicado al conjunto del género humano, está concebido y organizado bajo la forma de informaciones clasificadas por orden alfabético. De esta forma la Enciclopedia se nos presenta, y así debemos interpretarla,

que para ellos constituye una parte de la ciencia moral y, por tanto, de la filosofía. Este es el punto de vista más característico de la época.<sup>190</sup>

Con todo, la hostilidad –aún siendo más acerba por lo que hace al derecho romano– abarca también a la jurisprudencia en general, como lo prueba el significativo hecho de la parca atención que la *Encyclopédie* consagra al derecho y a la jurisprudencia.<sup>191</sup> Entre los enciclopedistas, esta animadversión contra el mundo jurídico está compensada por la tendencia propiamente omnicomprendensiva que trata de presentar todos los conocimientos humanos. Como la *Encyclopédie* es un compendio del saber, ella debe –pese a la enemiga de sus editores– presentar de una manera suficiente el derecho que, según d’Alembert, “*est devenu pour notre malheur un objet considérable d’études*”.<sup>192</sup> Razón por la cual, como escribe Diderot en su prefacio al volumen III, “*La jurisprudence, cette science malheureusement si nécessaire, et en meme temps si étendue,*

---

como el fruto del gran proyecto de los hombres de la Ilustración, que consiste en adquirir un saber lo más amplio posible cuantitativamente y lo más autónomo y crítico cualitativamente para utilizarlo técnicamente sobre la naturaleza y la moral, y políticamente sobre la sociedad. Cfr. FLÓREZ MIGUEL, C. (1998). *La Filosofía en la Europa de la Ilustración*. Madrid: Síntesis, p. 21.

<sup>190</sup> Es arquetípico al respecto lo que señala DIDEROT: “La Morale, dont nous avons fait la seconde partie de la Science de l’Homme, est ou générale ou particulière. Celle-ci se distribue en Jurisprudence Naturelle, Oeconomique et Politique. La Jurisprudence Naturelle est la Science des devoirs de l’Homme en Famille”. Cfr. “Explication détaillée du système de la connaissance humaine”, p. LXIX.

<sup>191</sup> Como ha demostrado WOŁODKIEWICZ: “L’*encyclopédie* de Diderot consacre au droit et à la jurisprudence un nombre étonnant (20%) d’articles et de rubriques”. De ahí, el a. infiere que los editores de *Encyclopédie* son hostiles al derecho y a la jurisprudencia (Cfr. *Le droit romain et l’encyclopédie*, Nápoles, 1986, p. vii). A mayor abundamiento refuerza su opinión con el incontrovertible dato de que el derecho y la jurisprudencia se hallan totalmente ausentes de las 45 páginas del “discours préliminaire des éditeurs” (*Ibidem*, p. X).

<sup>192</sup> *Encyclopédie*, 1, p. XI.

*va désormais (...) paraître dans l'Encyclopédie avec le détail et la dignité qu'elle mérite*".<sup>193</sup> Podemos, pues, afirmar sin ambages que los adeptos al espíritu de las Luces eran hostiles a la jurisprudencia y, en mayor grado, todavía al derecho romano, calificado peyorativamente de "símbolo de la rutina".

Empero, a partir del volumen III, publicado en 1753, un jurista va a aportar su concurso a la *Encyclopédie*: Boucher d'Argis,<sup>194</sup> a cuya autoría se deben las voces relativas al derecho romano, y que Diderot, en su prefacio al volumen III nos presenta como un "*avocat, au Parlement de Paris, et Conseiller au Conseil Souverain de Dombes*",<sup>195</sup> autor de excelentes obras sobre la jurisprudencia "*cete science malheureusement si nécessaire*". Este inciso final nos demuestra la parca consideración que los saberes jurídicos suscitaban en el sentir diderotiano. Ello no obsta, en modo alguno, para que –pese a esas trabas de partida– la competencia del autor esté destacada por el tratamiento de la evolución histórica de las diferentes instituciones y los reenvíos que él hace

---

<sup>193</sup> *Ibidem*, 3, p. III.

<sup>194</sup> Se trata de Antoine-Gaspard Boucher d'Argis, nacido en 1708 en el seno de una noble familia de antiguas tradiciones jurisprudenciales y padre, a su vez, de André-Jean Boucher d'Argis, autor de un sonado opúsculo titulado: *Lettres d'un magistrat de Paris á un magistrat de province sur le droit romain et la manière dont on l'enseigne en France* (Ginebra, 1782), del que haremos cumplida referencia. Antoine-Gaspard fue un conocido abogado del Parlamento de París. Miembro del Consejo soberano de Dombes y de Boullion fue, al propio tiempo, además de famoso juriconsulto, autor fecundo y prestigioso editor. Se le conocen diversas monografías y varias ediciones de artículos y voces jurídicas para la *Encyclopédie* de Diderot (desde el tercer volumen, hasta el último, el decimoséptimo de 1765). Acusado por Marat de contrarrevolucionario, fue guillotinado el 23 de julio de 1794, algunos días antes de finalizar el Terror. Datos extraídos de WOŁODKIEWICZ, W. (1986). "La giurisprudenza e il diritto romano nel pensiero degli Enciclopedisti". En SSA, p. 3, nt. 22, más literatura en *Dictionnaire de bibliographie française*, 6, París, 1933, p. 112.

<sup>195</sup> *Encyclopédie*, vol. 3, p. III.

eventualmente a las fuentes romanas. Con ello únicamente trata de cumplir con el compromiso marcado por los enciclopedistas de abordar las instituciones “*avec le detail et la dignité qu'elle mérite*”.<sup>196</sup>

El artículo “Droit Romain” cubre solo cinco páginas *in folio*.<sup>197</sup> Fue redactado por Boucher d'Argis, que distingue el derecho romano arcaico del que nos transmitió la compilación justiniana. El derecho romano es así definido por él como las leyes “*qui ont été adoptées par la plupart des différents nations de l'Europe, chez lesquelles ces lois sont encore en usage plus au moins entendu*”.<sup>198</sup> En toda su contribución a la *Encyclopédie* transparece que no se puede formar un verdadero jurista sin un profundo conocimiento de la experiencia jurídica romana.<sup>199</sup> Aunque queda patente su fidelidad al derecho romano, no estamos ante un fiel incondicional. Él mismo se preocupa de señalar –junto a las virtudes del derecho romano– sus “*grands défauts*”: las antinomias

---

<sup>196</sup> *Ibidem*.

<sup>197</sup> Seguimos aquí, básicamente a WOŁODKIEWICZ, *Le droit romain et l'Encyclopédie*, *op. cit.*, p. xxxvi ss.

<sup>198</sup> *Encyclopédie*, vol. 5, p. 137, donde califica además el derecho romano como “le droit commun et général de presque tous les états d'Italie, d'Allemagne, d'Espagne, et de Portugal: on y a aussi quelque fois recours au défant des lois du pays, en Pologne, en Angleterre, et en Danemark.”

<sup>199</sup> En *ibidem*, p. 141, afirma: “Le droit romain est la meilleure source où l'onsoit á portée de puiser la science des loix”; teorizando que quien se limita a estudiar las leyes vigentes en su país “sans y joindre la connoissance du droit romain” no pasará de ser un “homme superficiel”. “Dissons plutot -engadía- qu'il ne mériteroit point le nom de jurisconsulte, et qu'il ne servit au plus qu'un médiocre praticien.” En otra obra, el mismo a. señala: “Ainsi le fameux M. Fourcroit disoit qu'on pouvoit bien, sans du Droit Romain, devenir un habile Practicien, et meme quelquefois faire fortune au Palais; Mais qu'on ne pouvoit pas devenir un habile Avocat, sans avoir acquis une parfaite connoissance de ce droit, qui est la mère de toutes les Loix, *Legum omnium mater*.” FERRIERE, C. (1769). *Dictionnaire du droit, nouvelle edition, revue, corrigée et augmentée par Arg. Boucher d'Argis*, Vol. I-II. París: Gallimard, s.v. Droit romain.

entre los fragmentos del Digesto y del Código; el hecho de que en lugar de contener decisiones generales sean la mayor parte soluciones a casos concretos, con lo que con todos estos materiales no se puede formar un sistema metódico de jurisprudencia “*si l'on excepte les institutions, mais qui son trop abregés pour renfermer tous les principes du droit*”.

Esta crítica al derecho romano, proveniente de los humanistas del siglo XVI, retorna con fuerza en la época de la Ilustración. Pero en Boucher d'Argis no está fundada en la pretendida inmoralidad de Justiniano y sus juristas: “El derecho romano tiene muchas instituciones extrañas a nuestras costumbres, por ejemplo, todo lo que concierne al gobierno y a la administración de la justicia, las fórmulas de las acciones, los esclavos, la adopción, etc.”. Así las cosas, ello no obsta para que en otros artículos de la *Encyclopédie* debidos a su autoría vuelva a subrayar la necesidad de conocer el derecho romano para ser un verdadero jurisconsulto. Por ejemplo, la voz “*jurisprudence*”, donde afirma: “*on ne doit pas non plus prodiguer le titre de jurisconsulte à cent qui n'ont qu'un conaissance superficielle de l'usage qui s'observe actuellement*”.<sup>200</sup>

A modo de conclusión, convenimos con Wolodkiewicz<sup>201</sup> que los artículos de la *Encyclopédie* sobre el derecho romano no son ciertamente muy originales. El objetivo de la obra es otro. Se proponía presentar una suma de conocimientos de la época. Por lo que respecta al derecho romano, los autores de las voces muestran, en general, un buen conocimiento de las fuentes y del estado de la investigación en la materia y, en este sentido, los artículos redactados por Boucher d'Argis merecen una alta consideración. En un tiempo en el que los cambios de la era revolucionaria estaban en gestación, él hace conocer el derecho con competencia e imparcialidad. Y es en parte gracias a él que ese mismo derecho romano haya influido en el Código Civil francés, triunfando sobre el derecho natural.

---

<sup>200</sup> *Encyclopédie*, vol. 9, p. 70-72.

<sup>201</sup> WOŁODKIEWICZ, *Le droit romain et l'Encyclopédie*, op. cit., p. xliii.

## III

Las obras de Voltaire, Montesquieu, Diderot y Rousseau son leídas e imitadas. Una pléyade de pensadores profundos, de hombres políticos y de escribanos, fornecidos de ideas nuevas, aparecen en la escena pública. En la ciencia del derecho, el Siglo de las Luces consagra el triunfo de la doctrina del derecho natural. Visto el papel que esta doctrina ha jugado en la Europa de las Luces, en lo que concierne a la formación de una nueva actitud con respecto al derecho romano y sus prolongaciones en el pensamiento y en la práctica judicial, parece útil consagrarle algunas notas. Que el derecho romano fue combatido con rigor creciente a medida que el racionalismo crítico de la Ilustración se difundió entre nosotros, está fuera de toda duda. Los juristas ilustrados tomaron aversión a unas leyes que comienzan a ser calificadas como “bárbaras” y a ser desdeñadas desde las elevadas alturas de un racionalismo seguro de su propia capacidad innovadora. Esta corriente antirromanista enlazaba con la idea del derecho popular —propia del iusnaturalismo— al exigir a las leyes una claridad y sencillez tales que pudieran ser comprendidas por todos, sin necesidad de la intervención de los juristas.<sup>202</sup>

Durante la primera mitad del siglo XVIII, los iusnaturalistas emiten sobre el derecho romano juicios y opiniones que por su acrimonia recuerdan la crítica del humanismo sobre el *mos italicus*.<sup>203</sup> Este ambiente

---

<sup>202</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO, A. (1970). *Los estudios de Derecho romano en Francia después del Código de Napoleón*. Roma-Madrid: CSIC, p. 18.

<sup>203</sup> KOSCHAKER, R. (1955). *Europa y el Derecho romano*. Trad. esp. Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Revista de Derecho Privado, p. 226. El propio autor en nota 32 añade: “Así, p. ex., Thomasio afirma que ‘no hay libro más insulso y simple que las *Iustiniani Institutiones*’. Conocida es también la manifestación del iusnaturalista holandés Schorer, de que es más fácil encontrar una perla en un muladar que en el *Corpus Iuris* una idea utilizable. También el título del escrito de Thomasio, *Larva legis Aquilliae detracta actioni de damno receptae in foris Germanorum* (1703), prueba su falta de simpatía hacia el derecho romano. En este escrito

hostil acrecienta con el decurso del siglo, como puede apreciarse a través de un artículo de J. Garat, publicado en *Mércure de France* de 1785,<sup>204</sup> objeto de viva réplica por parte de J. Berthelot.<sup>205</sup> Sería harto prolijo detenernos en el examen pormenorizado de las críticas contrarias al derecho romano y de las favorables a su vigencia y estudio.<sup>206</sup> Lo cierto es —y ello no admite duda alguna— que las ideas nuevas van a provocar un cambio de actitud con respecto al derecho romano. Se observa en numerosos países que el retorno a la tradición nacional condujo a

---

pretende su autor probar que el derecho a reclamar indemnización por el daño aquiliano, rigió en Alemania por ser de derecho natural y que esta misma *lex Aquilia*, en cuanto se desvía de los principios iusnaturalistas que constituyen su fundamento, no ha sido recibida:

<sup>204</sup> Se trata de un artículo violentamente hostil al derecho romano en el que, entre otros asertos, se sostenía que tal derecho era fruto de las “*fantaissies bizarres*” y de los “*caprices tyranniques*” de los emperadores y no de las opiniones de los jurisconsultos los cuales “*trés souvent... n'étaient que des esclaves autour d'un despote...*” (p. 1006).

<sup>205</sup> J. BERTHELOT escribió, en defensa del derecho romano, en un ensayo titulado *Réponse á quelques propositions hasardées par M. Garat contre le droit romain* (París, 1785), en donde subrayaba: “Ce n'est point une question indifférente pour le Public, de savoir si le droit romain est un recueil d'absurdités ou l'expression de la raison... Il importe qu'elle [la loi romaine] ne soit pas calomniée par les hommes de l'art, en que l'on suppose des connaissances de jurisprudence”. Más literatura sobre esta polémica en BOUCHER d'ARGIS, A. (1984). *Lettres d'un magistrat de Paris á un magistrat de province sur le droit romain et la manière dont on l'enseigne en France*, nota introductoria de WOŁODKIEWICZ. Nápoles: Jovene, p. 24 ss.

<sup>206</sup> Son citados frecuentemente —por lo que hace a Alemania— Fuchsberger, en su traducción de las Instituciones (“si desapareciera el Derecho romano, volverían los hombres a su estado salvaje, se alimentarían de bellotas y el más fuerte oprimiría al más débil”), y Vigelius, profesor de Marburgo, en su *Methodus de retractu, praef.*, p. 20, en el mismo supuesto enunciado por Fuchsberger: *mahometicae iurisprudentiae ad occidentis regna occupanda iter apertum*, con lo que el autor alude indudablemente al peligro turco. En otro lugar dice que la eliminación del derecho romano es *nihil aliud quam vincula imperii romani dissolvere*. Cfr. KOSCHAKER, *op. cit.*, p. 290, nt. 33.

una actitud crítica hacia el derecho romano, considerado como factor de cosmopolitismo. Grocio, Puffendorf y Thomasius representan tres etapas de la evolución de las ideas sobre el derecho romano que en la época de actividad de Thomasius –comienzos del siglo XVIII– se encuentra violentamente atacado por este último.<sup>207</sup> Los partidarios del derecho natural en Alemania no podían, por tanto, condenar en bloque la secular tradición del *usus modernus pandectarum*, inseparable de la herencia nacional en el terreno jurídico. Es por lo que algunos tratan de encontrar una solución de compromiso al demostrar que las normas del derecho romano son compatibles con la exigencia de la razón. Tal había sido la posición de Grocio<sup>208</sup> o de Domat en Francia.<sup>209</sup> “En nuestra patria –escribe Villadiego, el editor del *Fuero Juzgo*– las leyes romanas no deben usarse como tales, sino ‘por ser razón natural’ pues los reyes españoles no están sometidos a ellas, ya que rescataron sus reinos de manos de sus enemigos, solo cabe utilizarlas *tanquam ratione naturali si fundantur in ea, non tanquam legibus*”.<sup>210</sup> Estas realidades evidentes de la España moderna continúan sin interrupción durante el setecientos. Así, el polígrafo dieciochesco Mayans y Siscar se pronunciaría con ideas semejantes: “El derecho romano consta de preceptos del derecho natural, del derecho de gentes y del derecho meramente civil. En todo lo que está tomado del derecho natural y de las gentes, debe seguirse, no porque lo ha confirmado el derecho

---

<sup>207</sup> Cfr. LANDSBERG, E. (1898). *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III, 1, Munich-Leipzig: Oldenbourg, p. 80-82, 107-110; WOLFF, H. (1949). *Die Weltanschauung der deutschen Aufklärung in geschichtlicher Entwicklung*. Munich: Bern & München, p. 22 ss.; BLOCH, E. (1953). *Christian Thomasius. Ein deutscher Gelehrte ohne Misere*. Berlín: Aufbau.

<sup>208</sup> WIEACKER, *Historia del derecho privado de la Edad Moderna, op. cit.*, p. 175.

<sup>209</sup> Su obra *Lois civiles dans leur ordre naturel 1689-1697* constituye un ensayo de conciliar las reglas de la razón con los principios del derecho romano.

<sup>210</sup> VILLADIEGO, A. DE (1600). *Forus antiquus Gothorum Regni Hispaniae, olim Liber Iudicum, hodie Fuero Juzgo nuncupatus*. Madrid: Madriti, fol. 71.

romano apropiándolo a sí, sino porque es derecho natural y de gentes los cuales derechos obligan a todo el género humano”.<sup>211</sup>

Podría multiplicar los textos de los autores del XVIII que expresan esa conformidad –con críticas– acerca de la presencia y fuerza del derecho romano. Basta abrir cualquier obra para que nos encontremos su peso todavía decisivo en el tratamiento de las cuestiones prácticas de nuestro derecho.<sup>212</sup> En 1765 sale la primera edición de Juan Francisco de Castro, *Discursos críticos sobre las Leyes y sus intérpretes*, en la que el autor, tras condenar al exceso en el derecho romano como uno de los enemigos capitales de la práctica,<sup>213</sup> reconoce, empero, su valor supletorio: “últimamente las leyes romanas no solo resuenan en las escuelas, sino también en los tribunales y los escritores españoles las veneran, citan y exponen con muy largos comentarios; y por decirlo en una palabra,

---

<sup>211</sup> MAYANS Y SISCAR, G. (1775). Prólogo a BERNI, J. *Instituta civil y real*. Valencia: Estevan y Cervera, p. XXIII.

<sup>212</sup> Mora y Jaraba, aún cuando ataque al derecho romano sabe que no hay posibilidad de prescindir de sus libros: “Lo mismo debe entenderse de los papeles en Derecho y de los informes que se hacen en los Tribunales, donde se citan las leyes romanas con tal satisfacción como si fuesen preceptos del Evangelio. Cuyo abuso pudieran los jueces reformarlo fácilmente, obligando a los abogados a que diesen juntamente la razón de los textos que citan; que yo aseguro que no se citarían tantos en los informes y papeles, no siendo dado a todos penetrar la razón de las Leyes Civiles, aquellas digo que están bien fundadas”. Cfr. *Tratado crítico. Los errores del Derecho y abusos de la Jurisprudencia*, Madrid, 1748, p. 221.

<sup>213</sup> “Entre la inmensidad de leyes civiles y canónicas, entre el inexplicable número e inagotable fluxión de buenos y malos libros nacionales o extranjeros, opiniones del mismo dictado y patria, escritas y no escritas costumbres, sumergida toda humana capacidad, le hace detestar una profesión en que nada hay apenas cierto y seguro, y en que el que más alcanza sólo llega, después de encontrarse en los últimos períodos de su vida, destruida su salud con tantas y tan penosas tareas, a poder más que otros por propia experiencia certificar esta verdad y asegurar lo inextricable de este laberinto”. Cfr. DE CASTRO, J. F. (1829). *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*. Madrid: Imprenta de Aguado, I, III s. Es la segunda edición.

este es un derecho que en pluma de todos se llama común, en cuyo nombre se denota su universalidad para los casos que no estén determinados por ley particular”.<sup>214</sup> Con todo, el interés hacia el derecho romano descende y los espíritus se orientan hacia el derecho natural, hacia las reformas humanitarias del derecho penal o bien hacia las investigaciones históricas de carácter documental.

Como ha puesto de manifiesto Wieacker,<sup>215</sup> este cometido del derecho natural provino de la situación crítica de la ciencia jurídica en el mundo espiritual de comienzos de la Edad Moderna. Esto es, por haber quedado relegada ante el concepto europeo del mundo surgido a comienzos del siglo XVII de una revolución espiritual cuyos focos fueron la teoría del conocimiento de Descartes y la fundamentación de la nueva física por Galileo y cuya conclusión provisional la constituyen, en las ciencias sociales, precisamente los grandes sistemas del derecho racionalista. Como fenómeno europeo, el derecho natural parece ser el enemigo del derecho romano. Esto, sin embargo, no es verdad o es verdad solo en parte muy pequeña. El derecho natural, como derecho de profesores que era, no podía eliminar el derecho de juristas, y solo a través de la legislación pudo influir en la práctica. Muchos iusnaturalistas abominan del derecho romano, pero con acierto afirma Koschaker<sup>216</sup> que “tales abominaciones son más bien expansiones temperamentales de profesores, a los que no debe concederse mucha importancia”. Los iusnaturalistas, sobre todo sus más eximios representantes como Grocio o Puffendorf, fueron no solo profundos conocedores del derecho romano, sino que también amigos suyos.

Las críticas al derecho romano se entrecruzan con otras relativas a la “imperfeción” del sistema romanístico –sobre todo en su aspecto justinianeo–, calificado de demasiado oscuro, lagunoso, en muchos

---

<sup>214</sup> *Ibidem*, I, p. 59.

<sup>215</sup> WIEACKER, *Historia del derecho privado en la Edad Moderna*, *op. cit.*, p. 199.

<sup>216</sup> KOSCHAKER, *Europa y el derecho romano*, *op. cit.*, p. 358.

aspectos contradictorio, cuando no indescribable o ambiguo, frente a la imagen clara, racional, perfecta, completa de un ordenamiento jurídico fundado sobre principios elaborados por juristas, humanistas, racionalistas, iusnaturalistas.

Esta crítica al derecho romano se alía paradójicamente con aquella, muy feroz, al sistema feudal del que el tardío derecho romano estaba impregnado y del que el derecho justiniano constituía un símbolo, a menudo también malentendido y traicionado. En sus memorias dirigidas a la emperatriz Catalina II de Rusia, Diderot escribía: “Yo no sé qué relación podía haber entre el derecho romano y la constitución de un gobierno feudal en toda su ferocidad. El hecho es que los usos se modificaron sensiblemente por la aparición de este derecho. ¿Cómo se hizo esta modificación, fue efectuada con el conocimiento que la nación o el soberano tenían de este derecho? En modo alguno”. Y concluye: “*Les usages furent modifiés par la force des opinions des jurisconsultes. Ces jurisconsultes ne pouvaient pas représenter la nation*”.<sup>217</sup>

Otro factor contrario a la doctrina del viejo *ius commune* era intrínseco a la misma y consistía en su propia rutina. Falta de renovación, la doctrina romanista permanecía lastrada por su rancio e irreversible envejecimiento. No es de extrañar, en consecuencia, que a mediados de siglo se posea conciencia clara de que los tesoros de la interpretación jurídica se habían tornado en gruesa carga para los juristas. Los libros de los intérpretes son áridos, dificultosos de leer, las glosas o los tratados sobre una materia —en la que se entrelazan otras muchas—, las decisiones o consejos explican oscuramente las cosas e introducen no pocos errores por la variedad de opiniones que traen; otros incluyen grandes listas de doctores para aumentar la confusión... Es un mundo extensísimo, farragoso y complicado.<sup>218</sup> Montesquieu denominaba a

---

<sup>217</sup> DIDEROT, D. (1966). “Essai historique sur la Police de la France depuis son origine jusqu’à son extinction actuelle”. En *Memoires pour Catherine II*, edición por P. Vernière. París: Garnier, p. 2.

<sup>218</sup> PESET REIG, “Derecho romano y derecho real en las universidades del siglo XVIII”, *op. cit.*, p. 287.

la compilación de Justiniano “El Indigesto”.<sup>219</sup> Verri escribía a propósito del derecho romano: “Este amasijo de leyes, monumento de una gran obra mal ejecutada, puede parangonarse a las ruinas de un gran e informe palacio”.<sup>220</sup> Filangieri, siguiendo a Leibniz, aconsejaba que fuesen quemados todos los farragosos volúmenes de estos intérpretes.<sup>221</sup> En España se encuentra la misma postura en De Castro,<sup>222</sup>

---

<sup>219</sup> MONTESQUIEU, Ch. (1892). “Remarques sur certaines objections que m'a faites un homme qui m'a traduit mes Romains en Angleterre”. En *Mélanges inédits de Montesquieu*. Burdeos-París: J. Rouam & co., p. 205: “Il pourroit citer contre moi une infinité des loix du Code, de l'Indigeste”. ¿Factura de Montesquieu o de uno de sus secretarios? Según BARCKHAUSEN, M. (1990). *Montesquieu, considerations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur decadence*. París, p. VI, fue “un secretaire des plus ignorants, auquel Montesquieu a dicté les *Remarques*”.

<sup>220</sup> VERRI, P. (1978) “Il café”, fol. XVI. En COMANDUCCI, P. (ed.). *Il iluminismo giuridico. Antología di scritti giuridici a cura di P. Comanducci*. Bolonia: Il Mulino, p. 121, donde añade: “Comenzaron primero Irneiro, después Acursio, Bártolo y Baldo y tantos célebres ignorantes a inundar Italia con gruesos volúmenes y, rodeados de libros de jurisprudencia, nos quedamos sin leyes”. Y concluye: “Se il codice é chiaro, i commenti sono inutili o sono un abuso; s'egli é oscuro, i commenti sono tutt'al piú un rimedio parziale; conviene rifonderlo, o abolirlo”.

<sup>221</sup> FILANGERI, G. (1826-1827). “Riflessioni politiche sull'ultima legge del nostro Sovrano, che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia”. En *La scienza della legislazione e degli opuscula scelti*, V. Livorno: Stamperia Delle Province Unite, p. 350 ss., donde además apunta: “Los males que nacieron de esta fatal libertad (de refiera al *ius respondendi*) duraron hasta tiempos de Justiniano, quien finalmente se instruido por la experiencia, quiso que a nadie le fuese lícito comentar el nuevo *Corpus Iuris* promulgado por él. Pero el fanatismo de los comentadores se desarrolló con mucha más fuerza después de la prohibición. Italia, Francia, España y particularmente Alemania, vieron nacer tantos comentadores”; (...) “quali nell'illustrazione delle leggi romane inventarono tante limitazioni, eccezioni ed amplificazioni, che diedero á magistrati il mezzo d'eludere il vero senso di queste leggi”.

<sup>222</sup> DE CASTRO, *Discursos, op. cit.*, I, p. 201 ss.: “El trabajo de nuestros intérpretes es inmenso. Entrando cualquiera en casa de un abogado que, o sea verdaderamente exacto en su empleo, o solo tenga el gusto de hacer de ella ostentación, viendo las paredes de su estudio

Sarmiento<sup>223</sup> y Medina y Flores.<sup>224</sup>

## Uno de los motivos de la profunda aversión hacia el derecho romano

---

cubiertas de libros, se confirmará en esta verdad, y mucho más si se reserva la reflexión de que allí falta la mayor parte de estos escritos (...). Esta multitud crece con los siglos, cada año produce nuevos intérpretes y nuevos escritores (...). No solo los escritores españoles ocupan nuestras bibliotecas jurídicas, sino que también en ellas los autores extranjeros tienen un muy distinguido lugar y con ellos enriquecemos nuestra jurisprudencia. Con la ocasión de que nos exponen el derecho romano y canónico, los leemos, citamos, y de ellos nos valemos para patrocinar nuestras causas en asuntos diferentes, sin advertir la confusión en que nos envuelven y los engaños que en su lectura recibimos."

<sup>223</sup> SARMIENTO, M. (2008). *Obra de los 660 pliegos*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, fol. 249 r. Las leyes deben ser "puras, sin pegotes, ni comentarios, ni fárragos". Y añade en fol. 278 r.: "Los principios no pueden ser mejores para que en España reciba la literatura. Pero jamás cree que florezca subsistiendo el embarazoso espantajo de verse inundada España de Idiotas Abogados de la Legua, que siendo a todo tirar unos meros textuarios de comentadores quieren meterse en todo lo que no entienden. En una villa de Galicia había en un año 11 abogados; y hoy hay 8 boticas y oí que en Monforte había 21 escribanos. ¿Qué literatura se podría introducir a vista de tantos Enemigos de la Hacienda, y de la Bolsa y de la Vida? No, no es eso lo peor, sino que han usurpado el oficio de oráculos en todas materias y Ciencias y Artes. Todos deben sujetarse a las Leyes de Dios, del Papa y del Rey; pero ninguno a los caprichos de legistas, que echan a pares o nones esas leyes, por aferrarse y aforrarse únicamente con sus comentadores de derecho romano".

<sup>224</sup> CANELLA SECADES, F. (1878). "Miguel de Medina y Flores. Representación para promover el estudio de el derecho español y facilitar su observancia." En *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 52, p. 353 ss.: "Pero por el siglo décimocuarto introducido en la jurisprudencia el método escolástico, se hicieron sus profesores linceos para las disputas y topos para las resoluciones, quedaron más sutiles, pero menos sólidos; abriáanse ya los Digestos y se escudriñaban sus leyes, no para retener lo que disponen, si no es para ver en lo que se contradicen; desde entonces más se aprecia el hallazgo de una antinomia que el de cien verdades. Trocaron lo útil por lo deleitable y la doctrina por el lucimiento, y como estos abusos se hicieron naturaleza con el largo uso, quedaron tanto más perjudiciales cuanto más desconocidos".

en el siglo del iluminismo estriba en tildarlo de derecho extranjero y antinacional. Ello obedece al monopolio que venía gozando el derecho romano en la enseñanza universitaria, que durante centenios impidió la inclusión del derecho real en los planes de estudio. Escribe Medina y Flores:<sup>225</sup>

En las Universidades solo estudiamos las leyes del derecho civil de los romanos, porque de las nuestras, ni hay cátedras dotadas, ni maestros que las expliquen... las mismas disputas del derecho romano logran más atención y aplauso aquellos que más desvían de la pauta de nuestras leyes reales, y así de ordinarios ofrecen al palenque de los actos literarios materias de inútiles estipulaciones, condiciones imposibles y otras puramente teóricas, y las anteponen a las de compra y arrendamiento y a todas las demás que puedan dejarle algún jugo o utilidad práctica.

En verdad, la fuerza del derecho romano en el siglo XVIII es indudable. No solo en los recintos especulativos de la universidad, en donde su estudio se torna arqueología incluso, sino en la práctica más usual de nuestros tribunales. Se alega y se sentencia con él y con los autores, junto con el derecho real inmerso en el mar tan amplio y proceloso de la doctrina común. Ello parece indudable. “Lo peor —escribía Lanz de Casafonda—<sup>226</sup> es que para sentenciar los pleitos recurren antes al Digesto que a las Leyes del Fuero Juzgo, Partidas, Estilo, Ordenamiento y Recopilación, no teniendo los más Ministros Colegiales todas estas colecciones, y muchas de ellas ni aún noticia, ni se cuidan de ello, mirándolas siempre con horror por haber sido un estudio en los colegios sobre los ápices y sutilezas del derecho civil, con que toda su vida viven preocupados”. A mayor abundamiento, la ley patria es interpretada

---

<sup>225</sup> *Ibidem*, p. 360.

<sup>226</sup> LANZ DE CASAFONDA, M. y AGUILAR PIÑAL, F. (1972). *Diálogos de Chindulza*. Oviedo: Universidad de Oviedo, p. 126.

desde un marco de derecho común, como es el caso de las Partidas con la glosa de Gregorio López.<sup>227</sup> Y es que se hace de todo punto imposible lograr el exilio del derecho de Roma.<sup>228</sup> Constituye un ejemplo paradigmático al respecto un texto de Fernández de Mesa aparecido en Valencia en 1747 en el que se dice que “el derecho romano como tal no tiene fuerza entre nosotros, no el canónico sino es respecto de lo espiritual”. Más añade de inmediato en la segunda regla: “pero infinitamente debemos seguirle como a derecho en cuanto se conforma con

---

<sup>227</sup> *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Magestad* (Salamanca, 1555). GOMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBAN, J. M. (1886) dicen a propósito de la observancia de los preceptos de la legislación alfonsina: “Más si el Fuero Real no había caído ante las exigencias de los nobles, no obstante su espíritu foral y su mayor conformidad con las costumbres de la época, mucho menos podía esperarse que prevaleciera desde luego una legislación desconocida hasta entonces, tomada del derecho romano y de las decretales y contrariada por las preocupaciones y los usos del país”. Cfr. *Elementos de derecho civil y penal*, I, Madrid, p. 127. Estas realidades evidentes de la España moderna ya estaban pacíficamente admitidas en el setecientos. “No todo lo que se halla en nuestras leyes de Partida puede llamarse práctica (...) el cuerpo de aquellas leyes fue como una traducción del derecho civil romano, y como en este notamos ahora muchas disposiciones anticuadas, abolidas e innovadas, es fuerza que sucede lo mismo en las Leyes de Partida que de él se copiaron”. Cfr. BERNI, *Instituta civil y real, op. cit.*, p. IX.

<sup>228</sup> El propio MONTESQUIEU (1993), no sospechoso en modo alguno de filorromanismo, escribe: “Aunque se considere, entre nosotros, que el derecho consuetudinario es opuesto en cierto modo al derecho romano, de manera que ambos derechos dividieron los territorios, es cierto, sin embargo, que muchas disposiciones del derecho romano penetraron en nuestras costumbres, sobre todo cuando se elaboraron nuevas relaciones, en tiempos no muy alejados de los nuestros, en que dicho derecho era conocido por todos los que se destinaban a empleos civiles; en tiempos en que no se hacía gala de ignorar lo que se debía saber, y saber lo que se debía ignorar”. Cfr. *Del espíritu de las leyes*. Trad. esp. M. Blázquez y Pedro de Vega. Barcelona: Altaya, p. 400.

el derecho natural y de gentes, o en cuanto está aprobado por nuestras leyes.<sup>229</sup> Cuando en el mismo siglo XVIII, Berni presenta su edición de Partidas esta misma idea –más matizada– sigue gravitando sobre el más importante de nuestros códigos reales.<sup>230</sup>

Otra de las causas de la decadencia es la falta de una cultura adecuada y el abuso de los estudios teológicos y literarios, poco útiles, en vez de los de medicina, la física, las matemáticas, etc. en los planes educativos de las universidades. Ante este panorama un tanto caótico y de estancamiento, los ilustrados experimentaron el deber de propagar una didáctica de lo práctico para el bien común. De ahí que se imponga la necesidad de reformar la enseñanza en todos sus ámbitos. Puesto que la educación-instrucción estaba destinada a favorecer el progreso y el bienestar social, no solo debía expandirse al mayor número de ciudadanos posibles, a todos ellos si fuera factible, sino que también debía modificar sus contenidos. Tenía que proporcionarse una instrucción práctica. Hay una renovación pedagógica en un período de lucha decisiva entre la inercia y el cambio, entre la disquisición, la especulación y los conocimientos positivos. Y entendemos por positivos también los que componen las ciencias sociales. Los aires de “cultura utilitaria” soplaron pues hacia el derecho romano, disciplina omnipresente hasta entonces en las facultades de jurisprudencia. Ya en los albores del XIX el famoso iushistoriador Martínez Marina escribía: “Quinientos años de experiencia nos han hecho ver claramente la imposibilidad de que los jóvenes educados en los principios del derecho romano y familiarizados con las doctrinas de sus glosadores e intérpretes lleguen a aficionarse y mirar con gusto y menos a comprender nuestra jurisprudencia, inconciliable muchas veces con aquellos principios. Luego es necesario desterrar

---

<sup>229</sup> FERNANDEZ DE MESA, T. (1747). *Arte histórica y legal de conocer la fuerza y uso de los Derechos Nacional y Romano en España*, I, Valencia, p. 160.

<sup>230</sup> BERNI, *Instituta civil y real*, op. cit. en nt. 28, p. XXIII.

de los estudios generales hasta el nombre de Justiniano”.<sup>231</sup> Esta es la razón por la que Sarmiento llama “cátedras superfluas” a las de derecho romano, frente a las “cátedras necesarias para estudiar el derecho español, mucho más útil”.<sup>232</sup> Pero todas estas consideraciones críticas contrarias al derecho romano y favorables a la vigencia y estudio del derecho real de poco podían servir mientras en las universidades aquel continuase siendo el único derecho enseñado.<sup>233</sup>

---

<sup>231</sup> MARTÍNEZ MARINA, F. en TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, *op. cit.*, p. 392.

<sup>232</sup> SARMIENTO, *Obra de los 660 pliegos*, *op. cit.*, fol. 253, donde se pregunta: “Sería bueno que hubiese Cátedras de Virgilio y de Ovidio? ¿Porqué pues las ha de aver de Justiniano?;” añadiendo: “lo peor no es que se conserban esas *Cathedras Supérfluas*; sino que han sido causa de que no se hayan fundado las *Cathedras Necesarias*, para enseñar y estudiar el Derecho Español. La fuente, origen y cabeza del Derecho Español es el *Fuero Juzgo*. Y si sobre él se hubiesen amontonado la décima parte de los *Comentarios* sobre las *Leyes Romanas*, no estaríamos tan ignorantes de la *Historia de España*. Las *Leyes del Fuerzo Juzgo*, y los *Concilios Toledanos*, tienen una íntima conexión”. La grafía es siempre la original.

<sup>233</sup> Se hace eco de ello MEDINA Y FLORES cuando afirma: “Lo segundo que se opondrá es lo mucho que aprovecha la lección de las leyes romanas, y según lo propuesto, parece que quiero desterrar su estudio; pero esta instancia tendría más de suposición que de verdad. No condeno yo el estudio del derecho romano, pues antes por muchos respetos lo confieso útil; solo suplico que se truequen las suertes, *no se dediquen a él todas nuestras fuerzas* [subrayado en el original] obsérvense las más para nuestras leyes reales, puesto que son nuestro principal instituto; léase como hasta aquí, en las universidades, el derecho romano, pero en los cuatro años que median desde que se admiten al grado de bachilleres hasta que se reciben de Abogados e por qué no habrán de instruirse bien en nuestro derecho por medio de otras instituciones?” Cfr. *Representación para promover el estudio del derecho español y facilitar su observancia*, editada de nuevo por CANELLA SECADES (1978), “El derecho español en 1744”, en *RGLJ*, 52, p. 353 ss., *op. cit.*, p. 490.

## IV

Uno de los problemas fundamentales de la universidad ilustrada residía en la puesta en entredicho de la función desempeñada por el derecho romano, monopolizador –hasta entonces– de la teoría y la práctica jurídicas.<sup>234</sup> Así las cosas, todos los proyectos de reforma ahora elaborados tienen un fundamento común: la exigencia de sustituir la “vieja jurisprudencia” basada en el derecho romano por un sistema nuevo construido por bases iusnaturalistas y nacionales.

Las críticas, a menudo en un tono de invectiva, echaban por tierra el mito de Justiniano, exaltado en el pasado como el soberano legislador por excelencia y tachado ahora de monarca despótico, incapaz, imbécil, autor de una compilación considerada un amasijo informe y contradictorio de normas frecuentemente injustas e irracionales. En esas circunstancias se consolidaba la convicción de la necesidad de sustituir la acumulación de fuentes sedimentadas a lo largo del tiempo por una normativa unitaria dictada por el poder soberano y que respondiera a criterios de racionalidad y justicia, según una concepción en la que confluyeran racionalismo y voluntarismo y en la que predominaba la conciencia típicamente ilustrada en el primado de la ley sobre la costumbre y la tradición. Este derecho, creación del pensamiento jurídico moderno y verdadera piedra de toque de la ilustración jurídica europea, había nacido en las universidades alemanas de la segunda mitad del siglo XVII como una creación doctrinal libre que propugnaba la creación de un sistema jurídico basado en los principios del derecho natural, los mismos que al faltar hacían del derecho romano una vaga sombra, una imagen sin vida, en expresión de Heinecio.<sup>235</sup>

---

<sup>234</sup> Cfr., sobre el tema, RODRÍGUEZ ENNES, L. (1994). “El Derecho Romano y la Ilustración”. En *SCDR*, IV, p. 125-157.

<sup>235</sup> Por lo que hace a nuestra doctrina, *vid.* MEREJA, P. (1943). “Escolástica e jusnaturalismo o problema da origem e o poder civil em Suárez e em Puffendorf”. En *Boletim da Faculdade*

Por otra parte, el derecho nacional, desde fines de la Edad Media, se hallaba relegado a un segundo plano en las universidades y tribunales del reino en beneficio del derecho común romano-canónico, aumentando su retracción la dificultad de su conocimiento, disperso como se hallaba en códigos y leyes de diferente época y autoridad.<sup>236</sup> La introducción en las universidades del derecho real o español era ya una vieja aspiración del nacionalismo borbónico y de sus necesidades administrativas y políticas.<sup>237</sup> Los viejos textos romanos se consideran, a la altura del absolutismo dieciochesco, como insuficientes para fortalecer el poder real; es más, son textos ajenos a la voluntad del soberano y en cuanto tales inadmisibles dentro de una concepción absolutista del poder. El viejo derecho romano que desde siglos antes había sido favorecido por los reyes, precisamente porque éstos lo consideraban conveniente para fortalecer una visión centralizada del poder político, ha sido superado por la realidad política. Hay, pues, en esta condena

---

de *Direito da Universidade de Coimbra*, 19, fasc. 3; BRUFAU PRATS, J. (1968). *La actitud metódica de S. Puffendorf y la configuración de la "Disciplina Iuris Naturalis"*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

<sup>236</sup> En 1765 sale la primera edición de Juan Francisco De Castro, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, en la que condena el exceso en el derecho romano como uno de los enemigos capitales de la práctica: "Entre la inmensidad de leyes civiles y canónicas, entre el inexplicable número e inagotable fluición de buenos y malos libros nacionales o extranjeros, opiniones del mismo dictado y patria, escritas y no escritas costumbres, sumergida toda humana capacidad, le hace detestar una profesión en que nada hay apenas cierto y seguro, y en el que el que más alcanza solo llega, después de encontrarse en los últimos períodos de su vida, destruida su salud con tantas y tan penosas tareas, a poder más que otros por propia experiencia certificar esta verdad y asegurar lo inextricable de este laberinto" (f. I, p. III, cito por la segunda edición, Madrid, 1821).

<sup>237</sup> RIAZA, E. (1929). "El Derecho romano y el Derecho nacional en Castilla durante el siglo XVIII" En *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 12, p. 105 ss.; PESET REIG, M. (1975). "Derecho romano y Derecho real en las Universidades del siglo XVIII" En *AHDE*, 45, p. 273 ss.

contra el derecho romano una actitud política interesada,<sup>238</sup> como lo demuestra el acuerdo del Consejo de 16 de diciembre de 1713, instando a las universidades a abrirle sus puertas al derecho real.<sup>239</sup>

Con todo, tal empeño reformador conocerá serias dificultades y colisionará con fuertes resistencias, entre las que sobresalen las provenientes del estamento docente. Será en definitiva el liberalismo el que, una vez más, realice cumplidamente el programa de la Ilustración descargando al derecho romano de su excesivo peso, sin que ello signifique en modo alguno privarle de su carácter de disciplina básica en la formación del jurista moderno. De este acervo común de ideas antirromanistas y promotoras del nacionalismo jurídico participa, como siempre con vehemencia, nuestro sabio benedictino. Su enemiga hacia el derecho romano ya se pone de manifiesto de una manera que incluso podríamos tildar de visceral, cuando se refiere a la más antigua y venerada de sus leyes, la Ley de las XII Tablas: “El año 302 de la Fundación de Roma, salieron de Roma diez varones a la Grecia, a vuscar leyes para los romanos. Volvieron con diez tablas y aviendo añadido dos tablas más; ese cuerpo de primitivas Leyes, se llamaron y llaman, las Leyes de las XII Tablas”.<sup>240</sup>

---

<sup>238</sup> TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, op. cit., p. 385.

<sup>239</sup> “Porque los catedráticos y profesores pasan la flor de la vida en el estudio del derecho civil de los romanos, mirando nuestras patrias leyes con desdén y aun con desprecio, incapacitándose así de salir de las universidades y colegios a regentar los empleos de jueces de las Chancillerías, Audiencias y Tribunales, donde precisamente deben sentenciar las leyes del Reino y con cierta noticia y conocimiento de ellos, y de ninguna manera por el derecho civil!” Cfr. “Acuerdo del Consejo de 16 de diciembre de 1713.” En TORREMOCHA, M. (1993). *La enseñanza entre el inmovilismo y las reformas ilustradas*. Valladolid: Universidad de Valladolid, p. 62.

<sup>240</sup> SARMIENTO, M. (1758). *Elementos Etymológicos según el Método de Euclides para averiguar por I Analógica alteración de la Lengua Latina y en todos sus dialectos, el primitivo origen de muchísimas voces*, Colección Medina Sidonia, Museo de Pontevedra, ms. T II, fol. 701. Este manuscrito de Sarmiento ha sido publicado en facsímil por la Universidad de Vigo

En primer lugar, del fragmento sarmientano se colige que nuestro polígrafo conocía bien el relato tradicional de Tito Livio 3, 31, 8 respecto del envío de una Embajada a Atenas para tomar nota de la legislación de Solón y del derecho que rige en otras ciudades griegas.<sup>241</sup> La narración de la Embajada a Atenas, igual que el supuesto calco de las leyes solónicas, ha sido “*la plus suspect de tous les épisodes de l’histoire officielle du decenvirat législatif*” según Lambert.<sup>242</sup> Y no es que sean imposibles los contactos entre Grecia y Roma en esa época, a juzgar por la abundancia de cerámica helena que encuentran los arqueólogos en Roma para esas fechas.<sup>243</sup> No es suficiente razón el silencio de otros historiadores, como

---

(1997). Con anterioridad vio la letra impresa en el *Boletín de la Real Academia Española* XVIII (1981), p. 122-123. Existe otra edición posterior, concretamente de 1998, a cargo de J. L. PENSADO, auspiciada por la Fundación Pedro Barrié de la Maza.

<sup>241</sup> LIVIO, 3, 31, 8: *Missi legati Athenas... iussique inclitas leges Solonis describere et aliarum Graecarum civitatum instituta, mores iuraque noscere*. Según DIONISIO DE HALICARNASO 10, 51, 5 para informarse del derecho de las ciudades de la Magna Grecia y de Atenas. Pomponio en D. 1, 2, 2, 4 dice: *Placuit publica auctoritate decem constitui viros per quos peterentur leges a Graecis civitatibus...* Hay fuentes que se conforman con reseñar las influencias del Derecho griego en la Ley, sin detallar respecto a la Embajada. Así TÁCITO, *Annales* 3, 27 y PLINIO EL JOVEN, *Epistulae* 8, 24, 4.

<sup>242</sup> LAMBERT, E. (1902). “La question de l’authenticité des XII Tables et les Annales Maximi” En *Nouveau Revue Historique*, 26, p. 147. Sobre esta cuestión, *vid.*, también, del mismo autor: “L’histoire traditionnelle des XII Tables et les criteres d’inauthenticité” En *Mélanges Appleton*, I, Lyon, 1903, p. 126 ss. Ha llegado a afirmarse que si los embajadores romanos hubiesen visitado literalmente Atenas en 454 a. C., Pericles les habría dado algo más actual que las leyes de Solón, ya desfasadas por aquel entonces. Cfr. MOMIGLIANO, A. (1967). “Osservazioni sulla distinzione fra patrici e plebei” En *Les origines de la république romaine, Entretiens*, 13, p. 357; en general, ver CRIFFÓ, G. (1972). “La legge delle XII Tavole: osservazioni e problemi” En *ANR*, I, 2, p. 124-127.

<sup>243</sup> LEWIS, G. (1855). *An inquiry in the credibility of early Roman history*. Londres: J. W. Parker; PAIS, E. (1909). “L’età della redazione e della pubblicazione delle leggi delle XII Tavole” En *Studi Storici per l’antichità classica*, vol. II, 1; GJERSTAD, E. (1966). *Early Rome*, IV. Lund: C. W. K. Gleerup.

Polibio, quien en 6, 25, 11, afirma que la primera embajada romana a Grecia fue la del año 228, después de la guerra de Iliria. En cuanto al silencio de los historiadores griegos del siglo V, no tiene por qué extrañar, cuando están tan poco preocupados de las cosas de Roma. El problema es que resulta tan inverosímil una embajada de parte de un estado verdaderamente minúsculo, como un aprendizaje tan rápido de una legislación foránea. Además bastaba con el conocimiento del derecho que se aplicaba en las ciudades de la Magna Grecia ubicadas, como es sabido, al sur de la península itálica. Los mismos historiadores de la Antigüedad clásica fueron conscientes de la escasa fiabilidad de las informaciones proporcionadas por la tradición sobre los primeros tiempos. Livio se excusaba por la escasez de datos que daba para los primeros siglos de la historia de Roma aduciendo que toda la información se había perdido en el incendio de la ciudad por los galos en el 387 a. C.<sup>244</sup>

A mi juicio, posiblemente se trata de una invención que invoca el prestigio de lo arcaico por un lado y de las artes griegas por otro. Todos los legisladores han buscado apoyaturas en legislaciones más antiguas: Licurgo en los cretenses,<sup>245</sup> Solón en Epiménides de Faistos.<sup>246</sup> Tanto Solón como Atenas constituyen prototipos en el terreno de la legislación para los literatos latinos; los romanos son propensos a reconocer su deuda cultural con Grecia. De este sentir tradicional participa también el propio Sarmiento, no solo en el texto comentado, sino también cuando en el mismo fragmento observa: “El legista que no tiene presentes esas Leyes Romanas; y Athenienses no merece el título de tal: pues los Romanos han sido unos Monos de los Griegos, en todo, en la Lengua, en las Leyes y Ciencias”. Por lo demás, esta hipervaloración de

---

<sup>244</sup> RASCÓN GARCÍA, C. y GONZÁLEZ, J. M. (eds.) (1993). *Ley de las XII Tablas*. Madrid: Tecnos, p. XV.

<sup>245</sup> PLUTARCO, *Licurgo*, 4, 1-4.

<sup>246</sup> *Ibidem*, *Solón*, 12, 8.

lo helénico como modo de justificar la ausencia de originalidad de la cultura latina, se mantiene todavía en pleno siglo XIX por Hegel.<sup>247</sup> Es la admiración por Grecia, insisto, probable ingrediente del conjunto que lleva a Sarmiento y al iusfilósofo alemán a la infravaloración general de Roma, de la que las críticas a su derecho recién mencionadas son una buena muestra.

La segunda cuestión relativa a la ley decenviral que preocupa a nuestro monje es la contemporaneidad del latín empleado en las reconstrucciones hipotéticas del texto normativo:

Tampoco el Latín de las 60 leyes de las XII Tablas (...) es el Latín coetáneo, sino muy posterior (...) Al Período o Época de las XII Tablas, pertenece la inscripción de la Columna Rostrata de Cayo Duilio que está hoy, en el Capitolio y que se escribió el año 494 de la fundación de Roma. Y a la misma época pertenecen los fragmentos de la Ley Thoria, que están en la colección de las Leyes Agrarias, que sacó Wilhelmo Goesio. Son esos fragmentos del año 620, de la fundación de Roma, y se hallan en la página 329 del dicho Goesio (...) Al caso, el Latín de la Columna Rostrata: y el de la Ley Thoria, no se parece con el de las 18 Leyes de Rómulo, y de las 60 de las XII Tablas. Luego el Latín de estas no es coetáneo sino que se imitó muchos años después.<sup>248</sup>

A este respecto, cumple decir que es probable que los fragmentos conservados respondan al sentido de la Ley, y en parte también a su vocabulario, pero no tanto a su expresión fonética y gramatical primigenias. Tras la invasión de los galos del 380 a. C. en la que se destruyeron las tablas originales, la Ley dejó de ser conocida epigráficamente. Además, sus procedimientos y fórmulas legales se habían seguido utilizando

---

<sup>247</sup> Sobre esto ver: ALONSO OLEA, M. (1999). "El antirromanismo y el hechizo griego de Hegel". En *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 29, p. 71 ss., en lo sucesivo ARAJL.

<sup>248</sup> SARMIENTO, *Elementos Etymológicos*, op. cit., fols. 736-737.

en la redacción de nuevas leyes, en la práctica jurídica y en el recitado de las escuelas, por lo que se supone que se irían remozando gramaticalmente a la par que evolucionaba la lengua latina.<sup>249</sup> En resumen, la Ley puede haberse visto modificada para su reutilización en la creación de nuevas leyes o para su aplicación en los tribunales, además de por añadiduras y modificaciones en la expresión.<sup>250</sup> En este mismo sentido, puede que la jurisprudencia –tanto la del siglo IV y III como la del siglo II a. C.– hayan remozado, no creado, el texto. Ello lo demuestra el hecho de que Cicerón, en *De Legibus* 2, 23, dice: “...*lessum... Hoc veteres interpretes Sextus Aelius, non satis intelligere dixerunt, sed suspicari vestimenti aliquod genus funebris*”. El reconocimiento de la ignorancia pone de relieve un gran respeto por el tenor de la Ley, aquí de poca trascendencia. Pero cuando hubiera que decidirse por una u otra interpretación, es posible que se vieran obligados estos editores a dar una lectura y que incluso llegaran a sustituir las expresiones equívocas o la sintaxis por expresiones más inteligibles. Y, finalmente, la utilización de la ley decenviral en la escuela con finalidad didáctica: *discebamus enim pueri XII ut carmen necessarium, quas iam nemo discit*,<sup>251</sup> y con propósitos filológicos o de anticuario, por más respetuosa que fuere con el texto, cabe que lo haya modificado, al menos fonéticamente. De hecho la lengua de la *Lex* está modernizada, por más que la historia y/o la leyenda sitúen su origen a mediados del siglo V a. C. Así que la lengua de la Ley de las XII Tablas, tal como se nos muestra en la reconstrucción de los filólogos modernos, convive remozada con

---

<sup>249</sup> RUIZ CASTELLANOS, A. (ed.) (1992). *Ley de las XII Tablas*. Madrid: Ediciones Clásicas, p. 9.

<sup>250</sup> Cuando la expresión resultara ambigua, cuando la lengua hubiera cambiado en la pronunciación, aun cuando generalmente tendiera a conservar la lengua de la ley primitiva (*Ibid.*).

<sup>251</sup> CICERÓN, *De Legibus*, 2, 23.

rasgos arcaicos, que se le han quedado incrustados y que delatan la antigüedad de la primitiva redacción.<sup>252</sup>

Este furibundo rechazo sarmientano del sistema y las instituciones del *Corpus Iuris*, entonces omnipresentes en la universidad y en el foro, no se detiene en la ley decenviral, sino que va mucho más allá al culpar a los juristas formados en Bolonia de la multiseccular marginación de las leyes patrias. Con su causticidad habitual, condena abiertamente la fundación del Colegio de Bolonia porque salen juristas que vuelven a España “no a ser maestros, sino a gozar de pingües beneficios” y añade:<sup>253</sup> “¿No ay en España derecho divino, natural y patrio? Cómo, pues podrán faltar jurisperitos?”,<sup>254</sup> concluyendo en otro lugar: “Los comentadores españoles de leyes extrañas pudieron haberlo excusado y se debían emplear en comentar nuestras leyes patrias, utilizando los materiales que ay en los Concilios, en las leyes antiguas y en los Fueros municipales”.<sup>255</sup>

---

<sup>252</sup> Por lo que respecta a los aspectos lingüísticos de la ley decenviral, ver: BONFANTE, G. (1962). “Diritto romano e diritto indoeuropeo”. En *Studi Betti*, II, Milán: Giuffè, p. 87-96; BRÉAL, M. (1902). “La langue des XII Tables”. En *Journal des Savants*, p. 599-608; DEVOTO, G. (1954). “I problemi del piú antico vocabulario giuridico”. En *Atti del congresso internazionale di diritto romano*, I, p. 17-35; ERNOUT, A. (1954). *Aspects du vocabulaire latin*. París: Klincksieck; FONTANAROSSA, J. (1955). “Introducción al latín de las XII Tablas”. En *Iuris*, 15-16, p. 1-21; GUILLÉN, J. (1967). “El latín de las XII Tablas”. En *Helmántica*, 18, p. 341-401; *Ibidem* (1968), *op. cit.*, 19, p. 43-111 y 193 ss.; *Ibidem* (1969), 20, p. 67-103; PAGLIARO, A. (1971). “Testo ed esegesi delle XII Tavole (1, 4). La crítica del testo”. En *Atti del secondo congresso internazionale della Società italiana di Storia del Diritto*, Florencia, p. 567-574; RADKE, G. (1970). “Sprachliche und historische Beobachtungen Zu den Leges XII Tabularum”. En *Festgabe Lübtow*. Berlín: Duncker & Humblot, p. 223-246.

<sup>253</sup> SARMIENTO, *Obra de Seiscientos Sesenta Pliegos, op. cit.*, fol. 242.

<sup>254</sup> *Ibidem*, fol. 255.

<sup>255</sup> *Ibidem*, fol. 256. En fol. 247 afirma: “Así, dirán los émulos de España, que a lo menos lograron el que los españoles hayan abandonado sus leyes patrias; para que entre ellos reine la confusión, el chisme y la discordia con tantas leyes hermafroditas y extrañas. La que no avía,

En verdad la fuerza del derecho romano en el siglo XVIII es indudable. No solo en los recintos especulativos de la universidad, sino en la práctica más usual de nuestros tribunales. Se alega y se sentencia con él y con los autores, junto con el derecho real inmerso en el mar tan amplio y proceloso de la doctrina común. Ello parece indudable. “Lo peor –escribía Lainz de Casafonda–<sup>256</sup> es que para sentenciar los pleitos recurren antes al Digesto que a las leyes del Fuero Juzgo, Partida, Estilo, Ordenamiento y Recopilación, no teniendo los más Ministros Colegiales todas estas colecciones, y muchos de ellos ni aún noticia, ni se cuidan de ello, mirándoles siempre con horror por haber sido su estudio en los colegios sobre los ápices y sutilezas del derecho civil, con que toda su vida viven preocupados”.

Sarmiento, en esta misma línea, reivindica como fuente hispana por excelencia al Fuero Juzgo, pero lamentándose al propio tiempo de que su prístina originalidad quede obnubilada por un farrago de comentarios de progenie romanista.<sup>257</sup> Y es que no se puede negar que la misma interpretación de nuestros textos se vicia de romanismo, al ser considerados como nuevas traducciones y adaptaciones. Acertadamente apunta

---

cuando sólo se juzgaba por las solas leyes españolas, por mas de mil años, asta que vino la peste de comentadores. Dirán que estos ilustran nuestras leyes patrias, con las preciosidades de Bártolo y de Baldo. ¿Y porqué no se ilustran nuestras leyes, con otras leyes nuestras? ¿Con hechos históricos nuestros? ¿Con erudición española? ¿Con señalar el origen, motivo y causa que ocasionó nuestra ley? ¿Y con una metódica análisis de toda ella? Mas tiene que comentar una ley nuestra que una ley romana o imperial. Sobre estas leyes extrañas, ay millones de volúmenes corpulentísimos. Y la mayor chusma es de autores alemanes y los más clásicos son herejetazos, porque las miran como leyes”

<sup>256</sup> LAINZ DE CASAFONDA, M. (1972). *Diálogos de Chindulza*. Oviedo: Aguilar Piñal, p. 126.

<sup>257</sup> SARMIENTO, *Obra de Seiscientos Sesenta Pliegos, op. cit.*, fol. 253: “La fuente, origen y cabeza del Derecho español es el *Fuero Juzgo*. Y si sobre él se hubiesen amontonado la décima parte de los Comentarios sobre las *Leyes Romanas*, no estaríamos tan ignorantes en la Historia de España”

nuestro beneditino:<sup>258</sup> “Pero de las leyes españolas, aunque hay bastantes comentadores, nada de erudición española se saca de ellos; sino una pelmosa y fastidiosa trasposición de autores lombardos, franceses y alemanes que no sabrán palabra de las cosas en España”. Con todo, el constante recurso a las opiniones de los comentaristas medievales se justifica plenamente si tenemos en cuenta que el Fuero Juzgo es simplemente la versión en la lengua romance castellana del *Liber Iudiciorum* de Chindasvinto,<sup>259</sup> verdadero monumento jurídico del derecho romano-vulgar,<sup>260</sup> y otro tanto acaece con las Partidas que, por ello, solo pueden ser interpretadas desde un marco de derecho común.<sup>261</sup> Como ha

---

<sup>258</sup> *Ibidem*, fol. 248.

<sup>259</sup> Baste para ello con traer a colación lo que la propia Real Academia Española señala en el prólogo a la edición del Fuero Juzgo de 1815: “No podía (La Real Academia) menos de fixar su atención en la antigua traducción castellana, mandada hacer por el rey San Fernando del código legal que gobernaba desde el tiempo de los visigodos: monumento de los más calificados de nuestro idioma”.

<sup>260</sup> Ver al respecto: KING, P. (1980). “King Chindasvind and the first territorial Law-code of the Visigothic Kingdom”. En *Visigothic Spain. New approaches*. Oxford: Oxford University Press, p. 131-157; OTERO VARELA, A. (1959). “El Códice López Ferreiro del *Liber Iudiciorum*”. En *AHDE*, 29, p. 559-573; ZEUMER, K. (1944). *Historia de la legislación visigoda*. Barcelona: Universidad de Barcelona. El contemporáneo de Sarmiento e ilustre penalista Manuel de Lardizábal no abriga dudas respecto del claro componente romano del Fuero Juzgo: “Émulos de los romanos en esto como en otras muchas cosas, los visigodos dividieron su código legal a imitación de Justiniano en doce libros, y éstos en sus títulos y leyes correspondientes; y no contentos con haber tomado el orden y método de los romanos adoptaron también muchas leyes de ellos en su legislación”. Cfr. “Introducción”, a la edición citada en nota precedente.

<sup>261</sup> GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN justifican la inobservancia de los preceptos de la legislación alfonsina en que se trataba de “una legislación desconocida hasta entonces, tomada del derecho romano y de las decretales y contrariada por las preocupaciones y los usos del país” Cfr. *Elementos de Derecho civil y penal, op. cit.*, p. 127. Estas realidades evidentes de la España moderna ya estaban pacíficamente admitidas en el setecientos: “El cuerpo de

señalado Tomás y Valiente,<sup>262</sup> ya en su día hizo Martínez Marina dos afirmaciones que podemos considerar como verdades incuestionables e indiscutibles: las Partidas están escritas con majestad y elegancia, con lenguaje puro y castizo, “pero ese lenguaje es derecho común (canónico, romano y feudal) y no derecho de Castilla, aunque puedan encontrarse en éste algunas adiciones o huellas. Puesto que su contenido es casi exclusivamente el derecho común bajo medieval, es lógico que las principales fuentes de éste fuesen fuentes directas de las Partidas”.

Cuestión plenamente distinta –en la que sí convenimos con Sarmiento– es la necesidad de denunciar los excesos interpretativos a los que había conducido la inflación comentarista y que, en realidad, fueron los causantes de que el antiromanismo se erigiese como una de las banderas programáticas de la Ilustración. Las críticas al derecho romano se entrecruzan con otras relativas a la “imperfección” del sistema romanístico –sobre todo en su aspecto justiniano– calificado de demasiado oscuro, lagunoso, en muchos aspectos contradictorio, cuando no indescifrable o antiguo, frente a la imagen clara, racional, perfecta, completa de un ordenamiento jurídico fundado sobre principios elaborados por juristas, humanistas, racionalistas, iusnaturalistas. Ya en los siglos XVI y XVII se pasa a definir una normativa perfecta partiendo de las coordenadas de sencillez, claridad y asequibilidad.<sup>263</sup>

---

las Leyes de Partida fue como una traducción del derecho civil romano y como éste notamos ahora muchas disposiciones anticuadas, abolidas e innovadas, es fuerza que sucede lo mismo en las Leyes de Partida que de él se copiaron”. Cfr. BERNI, *Instituta civil y real, op. cit.*, p. x.

<sup>262</sup> TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español, op. cit.*, p. 240.

<sup>263</sup> MORO, describiendo a su país imaginario escribía: “Tienen muy pocas leyes pero, para un pueblo tan bien organizado son suficientes muy pocas (...). Por lo demás, todos allí son expertos en leyes, pues, como dije más arriba las leyes son escasas y, además, cuanto más sencilla y llana es su interpretación más justa se la considera.” Cfr. *Utopía, op. cit.*, p. 167-168. Las palabras de CAMPANELLA, T. (1976) son casi idénticas: “Las Leyes de la ciudad del Sol son pocas, breves, claras y están escritas en una tabla de bronce, colgada de los huecos del

Un siglo después, Diderot en su *Encyclopédie*<sup>264</sup> formuló esta exigencia, reiterada en su tiempo por Montesquieu<sup>265</sup> y nuestro Sarmiento que define a la ley “conforme a Régla, norma justa y *equi*, breve, concisa, clara, en idioma vulgar, útil, necesaria, que induzca y obligue *in bonum*, que retraiga del mal moral; constante, perpetua e inalterable”.<sup>266</sup> El pensamiento de estos autores –que podemos considerar arquetípico de la época– revela una profunda desconfianza hacia el juez formado en las sutilezas romanísticas y un evidente deseo de prescindir de él.<sup>267</sup>

---

templo, es decir, entre las columnas”. Cfr. VV. AA. Moro, Campanella y Bacon. *Utopías del Renacimiento*. México: Fondo de Cultura Económica, p. 185.

<sup>264</sup> *Encyclopédie, Ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, para une Société de gens de lettres. Mis en ordre et publié par M. Diderot*, París, 1751, s. v. “loi”: “La Ley en general es la razón humana en tanto gobierna a todos los pueblos de la tierra; las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser más que los casos particulares en que se aplica esta razón humana (...) Puede haber leyes excelentes, perniciosas e inútiles. Toda ley buena debe ser justa, fácil de ejecutar. Toda ley equívoca es injusta, porque castiga sin prevenir. Toda ley que no es clara, nítida, precisa es perniciosa. Las leyes pueden cambiar, pero su estilo debe ser siempre el mismo, es decir, simple, preciso, destacando siempre la antigüedad de su origen como un texto sagrado e inalterable”. Sobre esta locución, ver: DIDEROT, D. y DALEMBERT, J. (1992). *Artículos políticos de la Enciclopedia*. Edición de Ramón Soriano y Antonio Porras. Madrid: Tecnos, p. 106 ss.

<sup>265</sup> MONTESQUIEU escribe: “Les Lois no doivent point être subtiles: elles son faites pour des gens de médiocre entendement; elles ne sont pas un art de loquigue, mais la raison simple d’un père de famille”. Cit. por GENY, F. (1904). “La technique législative dans la codification civile moderne”. En *Libre du Centenaire*, II, París, p. 1006.

<sup>266</sup> SARMIENTO, *Obra de Seiscientos Sesenta Pliegos, op. cit.*, fol. 288.

<sup>267</sup> El propio SARMIENTO apunta: “Los Castellanos antiguos tenían pocas leyes; y todos eran interesados en que se observasen; y así no tenían tanta *Infinidad de Hombres de Pluma*, ni había tantos *Pleytos*” (*Ibid*, fol. 272). También hace profesión de fe del pensamiento ciceroniano de que *simplicitas legum amica*: un letrado no tiene que servir para la inteligencia de la ley “pues si como es ley y justicia, que esa ley está en vulgar, clarísima, y que pueden entender todos, qualquiera la

Era necesario crear un nuevo sistema jurídico perfecto. Este sistema ideal debería suprimir toda antinomia y toda controversia mientras que, por el contrario, el derecho romano, y sobre todo las fuentes justinianeas y el *usus modernus pandectarum*, dejaban el campo libre a las opiniones contradictorias y a las concepciones divergentes. De ahí la persistente solicitud, por los más conspicuos ilustrados, de la codificación ya que, como apunta Alonso Pérez,<sup>268</sup> “codificar es llegar a un grado de madurez en la ordenación del Derecho, que presupone siglos de variedad legislativa, desorden en la aplicación de las normas, fuertes corrientes filosóficas subyacentes, servicio a una ideología política muy definida y pugna doctrinal, en algunos momentos de gran dureza”. Empero, llegados a este punto, Sarmiento se muestra mucho más conservador que sus coéteanos ilustrados y propugna por la ya periclitada técnica compilatoria como remedio a la confusión normativa.<sup>269</sup> Como

---

entenderá: esto se palpa en los *Bandos*, cuyo contexto después de pregonado, se fixa en las esquinas. Y sería necesidad consultar abogados para entenderle. Y que son *leyes*, sino *unos Bandos de larga duración*” (*Ibid.*, fol. 266). Los subrayados del texto son del autor. Para PILAR ALLEGUE: “El é o defensor do que “se ve y se palpa con los dedos”. A legalidade ven dada polas leis patrias, escritas en idioma vulgar, castelán para que poidan ser entendidas por todos. As leis civis deben ser respetuosas coa seguridade das persoas, co seu dereito á propiedade, coa igualdade de todos diante da Lei e debe permiti-la participación de todos na súa aplicación. A lexitimidade ven dada polas Leis Divins e o Dereito Natural”. Cfr. *A Filosofía ilustrada*, op. cit., p. 195.

<sup>268</sup> ALONSO PÉREZ, M. (1990). “Ideal codificador, mentalidad bucólica y orden burgués en el Código civil de 1889”. En *Centenario del Código civil*, I. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, p. 17.

<sup>269</sup> Para SARMIENTO, el sistema normativo debe ser una “Colección de Leyes Patrias que debe comenzar por el Fuero Juzgo y continuar hasta las leyes de la Recopilación, novísima, que actualmente dicen se está formando en Madrid” (*Obra de Seiscientos Sesenta Pliegos*, fol. 242); FILGUEIRA VALVERDE, J. (1996). “Sarmiento e Galicia. Discurso inaugural”. En *Actas do Congreso Internacional o Padre Sarmiento e o seu tempo*, I. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, p. 28.

es sabido, las Recopilaciones están muy lejos de lograr un cuerpo legal con carácter de verdadero código. Se agrupan leyes sin orden, ni sistema, sin especialización de materias; falta un sentido íntimo de validez jurídica estable. La Novísima Recopilación –a la que alude Sarmiento–, pese a promulgarse en los comienzos del gran siglo codificador, no estuvo a la altura de su tiempo, reiterando el tradicional sistema recopilador cuando ya se había publicado en Francia, con arreglo a modernos principios, el Código Civil napoleónico. No extraña, por tanto, que Martínez Marina la calificase de “vasta mole levantada de escombros y ruinas antiguas; edificio monstruoso, compuesto de partes heterogéneas y órdenes inconciliables; hacinamiento de leyes antiguas y modernas”.<sup>270</sup>

Es curioso constatar cómo pese al decurso del tiempo –casi dos siglos– el antirromanismo ilustrado de Fray Martín Sarmiento perviva en un Ortega y Gasset anclado en los mismos prejuicios que nuestro sabio benedictino. Así las cosas, Ortega, siguiendo a Wickhoff, contrapone la cosmovisión helénica al mero utilitarismo romano: “El arte griego que busca lo típico y esencial bajo las apariencias concretas, no puede afirmar su ideal conato frente a la voluntad de imitación ilusionista que halla desde tiempo inmemorial dominando a Roma”.<sup>271</sup> Es evidente que Ortega desprecia el componente romano de la clasicidad antigua, destacando únicamente el griego.<sup>272</sup> En 1906, ocho años antes de publicar sus *Meditaciones*, le escribía a Unamuno: “La cultura es primariamente un acto de bondad, por eso no hay cultura latina y si

---

<sup>270</sup> MARTÍNEZ MARINA, F. (1820). *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*. Madrid: Imprenta de Fermín Villalpando.

<sup>271</sup> ORTEGA Y GASSET, J. (2004). “Meditación preliminar.” En *Obras Completas*, I. Madrid: Taurus, p. 778. En lo sucesivo, OC.

<sup>272</sup> Traigamos aquí nuevamente a colación el ya citado pasaje sarmientazo: “... pues los Romanos han sido unos monos de los griegos en todo, en la Lengua, en las Leyes y Ciencias”.

griega.<sup>273</sup> Para Alfonso Castro,<sup>274</sup> esta visión sesgada de la latinidad en el pensamiento orteguiano hunde sus raíces en el mundo intelectual de la modernidad alemana, lo que le lleva a escribir sin ambages que “los pensamientos nacidos en Grecia toman la vuelta de Germania”.<sup>275</sup> Otra manifestación de lo arraigado de su antirromanismo queda patente en su carta IX a Unamuno, fechada en Marburg el 3 de enero de 1907: “¡Lo clásico, lo clásico! No hay otra cultura que la clásica, ayer Grecia, luego en Francia, hoy en Inglaterra y Alemania”.<sup>276</sup>

“Cada día que pasa afirma Grecia más enérgicamente su posición *hors ligne* en la historia del mundo, pues Grecia ha inventado los temas sustanciales de la cultura europea y la cultura europea es el protagonista de la historia mientras no exista otra superior”.<sup>277</sup> Para Ortega, cultura esencial es solo la germánica, y entre las del pasado, la griega.<sup>278</sup> “El pensamiento y la literatura romanos no son más que un pensamiento y una literatura históricos que fueron una vez y fenecieron sin que haya pretexto para que nos esforcemos en repetirlos”.<sup>279</sup>

---

<sup>273</sup> ORTEGA Y GASSET, J. (1987). *Epistolario completo Ortega-Unamuno*. Madrid: L. Robles, p. 56. En lo sucesivo, *EC*.

<sup>274</sup> CASTRO, A. (2005). “La idea de *romanitas* y de *ius romanum* en Ortega”. En VV. AA. *Meditaciones sobre Ortega y Gasset*. Madrid: Tebar, p. 344.

<sup>275</sup> ORTEGA Y GASSET, “Meditación preliminar”. En *OC*, I, p. 776.

<sup>276</sup> *Ibidem*, *EC*, p. 64.

<sup>277</sup> *Ibidem*, “Meditación preliminar”. En *OC*, I, p. 774.

<sup>278</sup> *Ibidem*, “El centro de las divinas irradiaciones”, en “Meditación preliminar”. En *OC*, I, p. 774.

<sup>279</sup> *Ibidem*, “Problemas culturales. Sobre la enseñanza clásica”. En *OD*, I, p. 466-467, donde añade: “No me es posible escuchar con simpatía a los defensores de la enseñanza clásica, cuando al proponer que estudiemos griego y latín, ponen el acento en este último. El latín será un aprendizaje más o menos útil, pero no es un idioma clásico. La cultura latina no fue original según es sabido; fue meramente un reflejo de la cultura griega, y un reflejo mísero, incomprensivo, parcial. Solo el hecho de que las raíces de las palabras francesas, españolas e italianas sean más claras en su pureza latina que en nuestros idiomas barbarizados, puede

Su hiperhelenismo no se detiene siquiera ante el genio jurídico de Roma quizás debido —y en ello concuerdo netamente con Alfonso Castro—<sup>280</sup> al deficiente conocimiento orteguiano de la tradición jurídica europea, lo que le lleva que a Roma “un Japón occidental [*sic*] solo le quedaba el derecho, la música ideadora de instituciones y ahora resulta que también el derecho lo había aprendido de Grecia”.<sup>281</sup> Para llegar a tan rotunda afirmación se basa en el tan manido pasaje de Tito Livio acerca de la embajada decenviral a la Atenas del siglo V. a. C. cuya ahistoricidad ya ha sido suficientemente comentada a propósito de las ideas de Fray Martín Sarmiento. Que un hombre de la talla intelectual de Ortega mantenga, siglo y medio después, una postura tan simplista de la visión titoliviana de la historia, no deja de asombrarnos y constituye una prueba palpable de la crasa ignorancia en temas jurídicos que destilan algunas de las páginas de insignes polígrafos. El antirromanismo orteguiano es puramente germánico y se retroalimenta del hiperhelenismo de Goethe o de Hegel.

Y ya a modo de conclusión acerca de esta multiseccular y un tanto arbitraria polémica grecolatina, quisiera regresar al terreno de las consideraciones generales que ocuparon no parco espacio del presente trabajo. Ahora que la moda exalta el supuesto heroísmo de Alejandro Magno, cuyo paseo militar apenas legó a la posteridad algo más que las imágenes de su propia gloria, conviene revisar la historia del imperio que, entre la diástole de su génesis y la sístole de sus fracturas, trazó

---

obligarnos a conceder al lenguaje del Lacio un valor superior que al chino o al árabe (...) Qué pretende hacer Francia sacando de su sepulcro a este cadáver [se refiere a la reforma francesa del bachillerato de 1911 que propugnaba la potenciación de la enseñanza del latín]. Virgilio puso en el infierno a Decenio porque se dedicaba a atar a un hombre muerto a la espalda de un hombre vivo. Una cosa semejante pretenden hacer los que ahora pregonan un renacimiento latino”

<sup>280</sup> CASTRO, “La idea de *romanitas*”, *op. cit.*, p. 356.

<sup>281</sup> ORTEGA Y GASSET, “Meditación preliminar”. En *OC*, I, p. 774.

el primer esbozo del dibujo occidental que aún retocamos. Europa viaja hoy por carreteras que imitan el trazado de las vías y habla latín en su forma española, francesa, portuguesa, italiana o rumana. Más de la mitad de América ha importado este acervo lingüístico-cultural. Lo verdaderamente importante de ambos continentes no es que tengan restos romanos, es que *son restos romanos*. En palabras de Chesterton,<sup>282</sup> que muestran la magnificencia de su lenguaje y el sutil equilibrio de sus frases:

realmente no se trata de restos como de reliquias, pues siguen obrando milagros. Una hilera de álamos es más una reliquia romana que una hilera de columnas. Casi todo lo que llamamos obras de la Naturaleza no han hecho más que crecer como hongos sobre esa obra original del hombre; y nuestros bosques son como musgo en los huesos de un gigante. Debajo de las semillas de nuestras cosechas y de las raíces de nuestros árboles se encuentran unos cimientos inequívocamente romanos.

Bien dijo Savigny que en nuestra ciencia toda verdad arranca de un cierto número de principios fundamentales y éstos son los que constituyen verdaderamente la grandeza de los juristas romanos, de aquellos juristas que nunca abrigaron la pretensión de ser “originales” y “ocurrentes”. Los juristas romanos –como los romanistas auténticos de nuestro tiempo– rezuman *derecho*. Los prototipos, las bases arquitecturales, los principios fundamentales del derecho romano tienen todavía validez. Obviamente, no podemos decir lo mismo en punto al conjunto de las instituciones jurídicas de progenie helénica. Misión nuestra es la de explicar con trazo firme y vigoroso todo eso.

---

<sup>282</sup> CHESTERTON, G. (1929). *A Short History of England*. Londres: Chatto & Windus, p. 13.