

Alfonso Castro Sáenz
José Manuel Camacho Delgado
Miguel Polaino-Orts
Directores

COLECCIÓN HUMANISMO, DERECHO Y CRIMINOLOGÍA

Fundamentos romanísticos del derecho europeo. Materiales para un curso

Joaquín Garrido Martín



JYB
BOSCH EDITOR



La historia jurídica que presenta este libro comienza en la Alta Edad Media describiendo las condiciones del renacimiento de la ciencia jurídica europea en tiempos de Glosadores, cuando se comienza a aplicar la crítica exegética al *corpus iuris* justiniano siguiendo un hilo intelectual que se prolonga desde tiempos medievales hasta nuestros días. Su propósito es dilucidar los presupuestos ambientales y espirituales de aquel asombroso florecimiento intelectual, para lo cual se estudia la interacción entre el pensamiento jurídico y la reflexión filosófica de la época: la escolástica y la ciencia jurídica medieval, la ilustración y la mentalidad codificadora, el historicismo romántico y la Escuela histórica del derecho. Se sigue para ello el patrón de una *Privatrechtsgeschichte* con vocación de aunar la mirada romanística con la de la historia y filosofía jurídicas.

JYB
BOSCH EDITOR

ISBN: 978-84-121158-7-1



9 788412 115871

Joaquín Garrido Martín

COLECCIÓN HUMANISMO, DERECHO Y CRIMINOLOGÍA

Fundamentos romanísticos del derecho europeo

Materiales para un curso

Textos pandectísticos en apéndice

Barcelona | 2021



BOSCH EDITOR



© AGOSTO 2021 JOAQUÍN GARRIDO MARTÍN

© AGOSTO 2021



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-121158-7-1

ISBN digital: 978-84-121158-8-8

D.L.: B 12230-2021

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

Sumario

INTRODUCCIÓN

La ciencia jurídica y su historia	11
-----------------------------------------	----

CAPÍTULO I

Glosadores y comentaristas.....	17
1. Raíces altomedievales	17
2. Ley y costumbre	20
3. La Iglesia feudal y el derecho canónico	28
4. Renacimiento medieval	34
5. Redescubrimiento del Digesto	41
6. El marco del renacimiento: el <i>Studium Generale</i> y la <i>lucerna iuris</i>	48
7. La dialéctica de la Glosa.....	55
8. Literatura y didáctica jurídica.....	66
9. La <i>renovatio</i> metodológica de los Comentaristas	73
10. La diversidad de los <i>Iura propria</i> y la unidad del <i>Ius commune</i>	79
11. Los <i>doctores moderni</i> y la ciudad: un caso de <i>interpretatio</i>	83

CAPÍTULO II

Humanismo jurídico, <i>Usus modernus pandectarum</i> y segunda escolástica.....	91
---------------------------------------------------------------------------------	----

1.	Los humanistas y la percepción histórica del derecho.....	95
2.	La Jurisprudencia humanista.....	105
3.	La vocación sistemática del <i>mos Gallicus</i>	112
4.	El triunfo del <i>mos Italicus</i> y su proyección al <i>Usus modernus pandectarum</i>	121
5.	Vigencia del derecho romano <i>in foro Germanico</i> .	128
6.	Perfiles de la escolástica española.....	135
7.	La escolástica tardía en el tránsito a la modernidad jurídica.....	149

CAPÍTULO III

	La modernidad jurídica.....	155
1.	La nueva filosofía	155
2.	El iusnaturalismo en perspectiva histórica.....	167
3.	El derecho de la razón.....	174
4.	<i>Mos geometricus</i> . La epistemología del derecho moderno	183
5.	La edad de la codificación	190
6.	Los códigos «iusnaturalistas». <i>CMBC, ALR, ABGB, Code</i>	203

CAPÍTULO IV

	Escuela histórica y pandectística alemana	219
1.	Razón e historia en Alemania. El contexto de la <i>historische Rechtsschule</i>	219
2.	El plan de trabajo de Gustav Hugo.....	223
3.	Savigny y la investigación de las fuentes antiguas	230

SUMARIO

4.	La polémica alemana sobre la codificación (<i>Kodifikationsstreit</i>).....	235
5.	Escuela histórica y Germanística.....	239
6.	El derecho «científico» y los sistemas pandectísticos	245
7.	La disputa por el método y la Jurisprudencia de Conceptos (<i>Begriffsjurisprudenz</i>).....	250

APÉNDICE DE TEXTOS

	Georg Friedrich Puchta (1798-1846), «Sobre los períodos de la historia del derecho», <i>Civilistische Abhandlungen</i> , Reimer, Leipzig, 1823, pp. 173-191	261
	Bernhard Windscheid (1817-1892), «Derecho y Jurisprudencia», Discurso del Rector entrante. 31 de octubre de 1884. Universität Leipzig, Leipzig, 1884, pp. 17-36	295
	Bibliografía	343
	Índice onomástico	411

La ciencia jurídica y su historia

Der Erkenntnisauftrag der Rechtsgeschichte wie der jeder anderen Historie [ist] nicht im vorgegebenen Material der einzelnen Daten und Fakten und ihrem Nutzwerk für die Gegenwart begründet, sondern in der Geschichtlichkeit unserer eigenen Existenz selbst¹

Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, ²1967, p. 16

Se ha dicho que Europa es una entidad mental²: pensamiento, idea, cultura. Tres grandes productos del espíritu humano le dan su carácter: la religión de Israel, la metafísica griega y el derecho romano, en la recordada frase del maestro Zubiri.³ Hecha de cafés y de distancias transitables,

- 1 «La misión cognoscitiva de la historia jurídica, como toda otra historia, no encuentra justificación en el complejo de datos y hechos del pasado, ni en su capacidad de ser utilizados directamente para el presente, sino en la historicidad de nuestra propia existencia».
- 2 Eliot, «Tradition and the individual talent», 1934, p. 16.
- 3 Zubiri, *Naturaleza, Historia, Dios*, ⁶1974, p. 5, en idea que hacen suya los romanistas Juan Iglesias y Alfonso Castro como lema

Europa es «lugar de la memoria».⁴ Una corriente fluye de los presocráticos a Heidegger, de Celso a Savigny, de San Agustín a Schleiermacher, y la filosofía occidental puede entera resumirse en una nota a pie de página a Platón, decía Whitehead. La casa europea está así compuesta de recuerdos, leídos por una historia crítica que razona. Por eso su horizonte está atravesado de historicidad, como enseña Wieacker en el lema que sirve de frontispicio a estas páginas. Su forma es el diálogo y la memoria, «notas al pie de notas al pie»,⁵ es decir agradecimiento.⁶

Cuando Savigny se preguntaba por el camino a seguir para conocer la historia de una ciencia como la jurídica, apuntó los siguientes objetos de interés: «Historia literaria, estudio de métodos concretos de determinados autores o Escuelas, comparación de los mismos».⁷ Nuestra historia del derecho coincidiría así con la de su «ciencia» o tradición intelectual, y por eso su punto de arranque lo situamos en Roma, pues es allí donde vemos nacer la *iurisscientia* como

inicial de sus respectivos tratados: del primero cf. *Derecho romano*, 2002, p. 24; del segundo *Compendio*,³2006, p. 35.

- 4 Enseña Georg Steiner en su *Idea de Europa*, 2008, p. 11.
- 5 Castro, *El arte de enseñar derecho*, 2020, p. 175.
- 6 O deuda de amor, en la fórmula de Dostoievski que acoge Steiner: *Tolstói o Dostoievski*, 2002, p. 16.
- 7 Savigny, *Vorlesungen 1802-1842*, 1993, p. 86. Abre Dieter Nörr con estas palabras de Savigny su reflexión sobre la «Wissenschaftsgeschichte», 1995, n. 1.

específico saber del hecho jurídico considerado por primera vez de forma autónoma, separado en su *episteme* de cualquier otro saber vecino: el concepto jurídico quedaría allí incontaminado en su configuración teórica del elemento político, económico o moral (aunque naturalmente tenga efectos su aplicación en estos otros ámbitos normativos, como de hecho siempre tienen). Por eso en Roma encontramos por primera vez la figura del intelectual consagrado al estudio (idealmente separado) del derecho, considerado el *Ius*, con Windscheid, «como tal» («als solche»).⁸ Desde entonces la tradición ha situado al jurista en el lugar central de esta cultura jurídica europea. Su peculiar saber consistió en un exacto conocimiento de los conceptos jurídicos. Jurista no es el que sabe de leyes, sino el que conoce y desarrolla los principios y el sistema jurídico técnicamente; partes de un todo que otorgan al derecho su carácter «científico», lo que le distingue como específico «arte»: aquello que no cambia con un «soplo del legislador». ⁹ Ese elemento técnico que permanece, lo que modernamente Savigny llamó «sistema» y Stahl «estructura» del derecho, guarda una línea de continuidad intelectual con el presente desde su primera hora ro-

8 Windscheid, «Die Aufgaben der Rechtswissenschaft», 1904, p. 112. Hay algo de exacto en el concepto de hecho jurídico, «como distinto de los demás», decía Marc Bloch en su *Apologie pour l'histoire ou métier d'historien*, 1974, pp. 124, 125.

9 En la célebre expresión de Kirchmann: *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (1848).

mana que explica que hablemos hoy de ciencia del derecho, de *Rechtswissenschaft*.¹⁰

La ciencia jurídica occidental se ha reconocido en esta visión «pura» del hecho jurídico a lo largo de su ya larga tradición.¹¹ Es cierto que su proximidad con otras ramas del saber ha desdibujado en determinadas épocas ese perfil técnico que permite reconocer su autonomía.¹² Es lo que acontece durante los siglos del iusnaturalismo moderno, cuando la ciencia jurídica, absorbida por la filosofía, se deposita en manos de pensadores que hacían participar los ámbitos más amplios de la teología y filosofía moral en la reflexión del fenómeno jurídico, confundiendo ambas esferas filosófica y jurídica, antes más claramente separadas; también la moderna política jurídica ha difuminado este perfil «autónomo» del derecho, desplazando el saber del jurista por el poder del legislador: es lo que acontece con el movimiento codificador, que con razón ha podido calificarse como la operación política más importante de la historia del derecho occidental.¹³ El modelo del Código condiciona nuestra visión del pasado;

10 A pesar de lo problemático del término: Kiesow, «Rechtswissenschaft», 2010.

11 Rückert, «Denktraditionen», 2015.

12 Para el siglo XIX, determinante en la articulación moderna de esta autonomía, vid. Rückert, *Autonomie*, 1988, y el comentario de Luig, 1990.

13 Grossi, *Assolutismo giuridico*, 1998, p. 265.

resulta difícil penetrar sin importante hipoteca la mentalidad jurídica precodificadora.

El derecho tiene en su esencia una dimensión ética que apela a la Justicia de sus preceptos, vocación axiológica que se explica por el carácter sustancialmente normativo que acompaña al accionar humano en todas sus dimensiones, también la jurídica. Pero esta perspectiva «valorativa» del problema jurídico no ha sido la que históricamente ha otorgado su carácter específico a la Jurisprudencia. La ciencia del derecho ha florecido precisamente cuando ha sabido independizar el análisis jurídico del componente valorativo en que se asienta siempre todo problema jurídico. Es la vieja idea de la *Isolierung*.¹⁴ Un conjunto de conceptos y categorías jurídicas organizadas de un modo coherente conformando un todo más o menos sistemático es el presupuesto de esta idea de *iurisscientia*.¹⁵ Este tipo de reflexión científica, autónoma –no separada– respecto del componente ético, caracterizó la primera Jurisprudencia romana. Su renacer en la Europa bajomedieval propició el florecimiento de la ciencia jurídica en suelo occidental,¹⁶ tras un largo periodo en que Europa, como ha dicho Cannata,¹⁷ no pudo permi-

14 Clásico Schulz, *Principles of Roman Law*, 1936, p. 20.

15 Wieacker, *Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudencia romana*, 1998.

16 Coing, «Das Recht als Element der europäischen Kultur», 1984; Wieacker, «Foundations of European Legal Culture», 1990.

17 Cannata, *Historia*, 1996, pp. 141.

tirse una ciencia jurídica, o una «Jurisprudenz an sich»,¹⁸ en expresión de Savigny.

18 Savigny, *Juristische Methodologie*, 2004, p. 173.

Alfonso Castro Sáenz
José Manuel Camacho Delgado
Miguel Polaino-Orts

Directores

1. Raúl Carrancá y Rivas | Miguel Polaino-Orts, *Cervantes, Wilde, Azorín. Cinco estudios de Derecho penal y literatura*, 2018.
2. Myriam Herrera Moreno (Directora), *La víctima en sus espejos. Variaciones sobre víctima y cultura*, 2018.
3. Alfonso Castro Saéenz , *Cuadrivio. Filosofía europea y derecho romano: Vico, Kant, Savigny. Ortega*, 2019.
4. Noel Rivas Bravo, *Rubén Darío día a día*, 2021.
5. Joaquín Garrido Martín, *Fundamentos romanísticos del derecho europeo*, 2021.
6. Aquilino Duque, *El poder político en el teatro clásico español*, 2021.
7. Miguel Polaino-Orts, *Las normas y las letras*, 2021.

Joaquín Garrido Martín

es licenciado en derecho (2012) y en filosofía (2015), y doctor (2017) por la Universidad de Sevilla. Ha cursado estudios de posgrado en la Universidad de Berna y en el Instituto universitario europeo de Florencia. Imparte enseñanzas de grado y posgrado tanto de su propia Universidad hispalense como en programas de otras (Universidad de Heidelberg, Alemania; Universidad Nacional de Rosario, Argentina). Ha realizado estancias de investigación de larga duración en diversas Universidades (München / Hamburg / Frankfurt / Heidelberg / Oxford). Su investigación se ha dirigido a la historia del Derecho Romano y su Recepción.

Algunas obras son *Fuentes, Método y Sistema en la Escuela histórica del Derecho. Georg Friedrich Puchta (1798-1846)* (Prólogo R. Zimmermann), Granada, 2019; *Recepción de Escuela histórica. La «Teoría de la convicción» en la ciencia jurídica española del XIX* (Prólogo A. López y López), Madrid, 2018; *Derecho romano y dogmática en la modernidad jurídica alemana. Estudios sobre ciencia pandectística*, Granada, 2021.