

El *ius commune* como antecedente jurídico de la Unión Europea¹

The *ius commune* as a legal antecedent of the European Union

Remedios MORÁN MARTÍN

Profesora Titular de Historia del Derecho

Facultad de Derecho. UNED

rmoran@der.uned.es

Recibido: 1 de marzo de 2005

Aceptado: 17 de marzo de 2005

RESUMEN

Con motivo del proyecto de Constitución Europea y posteriormente con su aprobación se ha levantado una significativa oleada de opiniones a favor o en contra de la inclusión en el preámbulo de la alusión a la tradición cristiana de Europa. Este trabajo viene a tratar de aportar una visión histórico-jurídica sobre la aportación cristiana a la cultura jurídica europea.

PALABRAS CLAVE: Europa. Cristianismo. Constitución europea. *Ius commune*.

ABSTRACT

Because of the project of an European Constitution and its subsequent approval, a significant wave of opinions has been raised to favor or against the inclusion in the introduction of the allusion to the Christian tradition of Europe. This work tries to throw a light on the issue of the Christian contribution to the European legal culture from the perspective of the history of law.

KEY WORDS: Europe. Christianity. European Constitution.

RÉSUMÉ

Une significative vague de différents avis s'est levée à l'occasion du projet de Constitution Européenne et avec son approbation postérieure. Très particulièrement, le débat s'est tourné sur la question de l'in-

¹ Esta ponencia se inserta dentro del proyecto de investigación BHA2002-00029 del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica. Inicialmente fue una ponencia en el Curso de verano de la Universidad de Extremadura "Europa: tiempos y leyes", pronunciada el 17 de julio de 2003.

clusion dans le préambule du projet de Constitution de l'allusion à la tradition chrétienne de l'Europe. Ce travail essaye d'apporter une vision historique- juridique sur la contribution chrétienne à la culture juridique européenne.

MOTS CLÉ : Europe. Christianisme. Constitution européenne. *Ius commune*.

ZUSAMMENFASSUNG

Im Zuge des Projekts einer Europäischen Verfassung und der sich anschließenden Verabschiedung hat sich eine bedeutende Meinungswelle zugunsten oder gegen die Einbeziehung der christlichen Wurzeln Europas in der Präambel erhoben. Die vorliegende Arbeit beleuchtet rechtshistorisch den christlichen Beitrag zur europäischen Rechtskultur.

SCHLÜSSELWÖRTER: Europa, Christentum, Europäische Verfassung, *ius commune*.

SUMARIO: Introducción. *Ius commune*: Derecho privado y cultura europea. El Derecho canónico en el *ius commune* y el Derecho romano justiniano a la búsqueda del equilibrio. El valor del Derecho canónico en la normativa comparada del *Ius commune*. El valor jurídico de los breves y bulas papales en el ámbito civil: el ejemplo de Castilla. De la utopía de la unión de Europa a la realidad de la Unión Europea. Reflexiones finales

Introducción

El 20 de junio de 2003, Giscard d'Estaing, presidente de la Convención europea, expuso un informe oral al Consejo Europeo reunido en Tesalónica en el cual se presentaba el proyecto de Tratado Constitucional para Europa, el llamado Proyecto de Constitución Europea, fruto aproximadamente de año y medio de trabajo desde su comienzo el 27 de febrero de 2002, durante el cual han colaborado once grupos de trabajo, se han desarrollado 48 sesiones plenarias y finalmente fue aprobado por amplio consenso el 13 de junio de 2003.

No se trata de un texto totalmente nuevo, sino que se ha pretendido fusionar los Tratados que se han ido firmando entre los diferentes países que forman la Unión Europea a lo largo de cincuenta años, manteniendo el espíritu de ellos y haciendo posible la inserción de nuevos miembros durante el siglo XXI.

En palabras del mismo Giscard d'Estaing, en defensa del proyecto, éste incluía en la primera parte (los sesenta artículos primeros) la definición de la Unión, sus valores, sus objetivos y el reparto de competencias entre los Estados miembros; en la segunda parte "Carta de Derechos fundamentales". La tercera se centra en la política de la Unión y en la cuarta se recogen las cláusulas finales, presidiendo todo el texto los principios de clarificación y simplificación del sistema europeo y la creación de nuevos instrumentos que permitan ir hacia lo que se ha venido denominando "más Europa", en la que se tengan dos elementos comunes: justicia y moneda.

Para responder a la primera de las exigencias, se propone:

- La definición clara y estable del sistema de competencias sólo modificables mediante la modificación de la Constitución (competencias exclusivas de la Unión y las competencias compartidas entre los Estados miembros y los ámbitos de la acción de apoyo, que permitirán acciones comunes o de coordinación, pero que no podrán suponer medidas de armonización de la legislación de los Estados miembros).

- La creación de mecanismos de control para la aplicación del principio de subsidiariedad con una implicación directa de los Parlamentos nacionales.

- Simplificación de los instrumentos de acción de la Unión y la creación de una norma general de adopción “de las leyes europeas y de las leyes marco europeas”, mediante votación conjunta del Parlamento Europeo y del Consejo de Ministros. Esta nueva nomenclatura sustituirá, para simplificarla, a la actual de directivas y reglamentos.

Teniendo en cuenta la amplitud del proyecto de Constitución, la aprobación del texto definitivo y los fines que pretende, así como los instrumentos novedosos que introduce, parece sorprendente que desde la presentación del proyecto haya sido tema de actualidad el debate que con anterioridad estuvo presente en el seno de las Comisiones y posteriormente en el Consejo de la inclusión en el Preámbulo de la Constitución Europea de una frase relativa a los fundamentos históricos de la Unión Europea, entre los cuales se ha debatido de forma especial y se defendió por parte de algunos miembros de la Convención la reforma del texto, en la cual se hiciera mención “al patrimonio religioso, especialmente cristiano” de Europa², propuesta presentada por el Partido Popular Europeo, mientras el Viceprimer ministro italiano, Gianfranco Fini defendía como texto alternativo una enmienda en la que se incluyera “la inserción del patrimonio religioso judeocristiano” (postura a la que se sumaba Joaquín Navarro Valls)³.

Finalmente no prosperaron dichas enmiendas, manteniéndose el texto del Preámbulo en el proyecto en su redacción inicial, pero siendo modificado en alguno de sus términos en el texto final de la Constitución Europea, tal como sigue:

Preámbulo del proyecto de Constitución Europea de 13 de julio de 2003

Preámbulo de la Constitución Europea, aprobada el 29 de octubre de 2004

Nuestra Constitución se llama democracia... porque el poder no está en manos de una minoría, sino de todo el pueblo (Tucídides, II, 37).

² El texto inicialmente redactado incluía la presencia cultural Greco-latina y de la Ilustración, no obstante ante la propuesta de incluir el patrimonio cultural cristiano entre los fundamentos culturales de Europa, se optó por excluir toda referencia específica.

³ Un breve resumen de este proceso puede verse en R. Núñez Rubio, “Unión política de Europa: confederación de Estados, comunidad de ciudadanos”, *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*, 88 (julio-agosto, 2003), 2-12, especialmente para este tema, pp. 8-9.

Conscientes de que Europa es un continente portador de civilización, de que sus habitantes, llegados en sucesivas oleadas desde los albores de la humanidad, han venido desarrollando los valores que sustentan el humanismo: la igualdad de las personas, la libertad y el respeto a la razón;

Con la inspiración de las herencias culturales, religiosas y humanistas de Europa, cuyos valores, aún presentes en su patrimonio, han hecho arraigar en la vida de la sociedad su visión del lugar primordial de la persona y de sus derechos inviolables e inalienables, así como el respeto del Derecho;

En el convencimiento de que la Europa ahora reunida proseguirá por esta senda de civilización, progreso y prosperidad en bien de todos sus habitantes, sin olvidar a los más débiles y desfavorecidos; de que esa Europa quiere seguir siendo un continente abierto a la cultura, al saber y al progreso social; de que desea ahondar en el carácter democrático y transparente de su vida pública y obrar en pro de la paz, la justicia y la solidaridad del mundo;

En la certeza de que los pueblos de Europa, sin dejar de sentirse orgullosos de su identidad y de su historia nacional, están resueltos a superar sus antiguas divisiones y, cada vez más estrechamente unidos, a forjar un destino común;

Con la seguridad de que, ‘unida en la diversidad’, Europa les brinda las mejores posibilidades de proseguir respetando los derechos de todos y conscientes de su responsabilidad para con las generaciones futuras y la Tierra, la gran aventura que la hace ser un espacio especialmente propicio para la esperanza humana.

INSPIRÁNDOSE en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona humana, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho,

CONVENCIDOS de que Europa, ahora reunida tras dolorosas experiencias, se propone avanzar por la senda de la civilización, el progreso y prosperidad por el bien de todos sus habitantes, sin olvidar a los más débiles y desfavorecidos; de que quiere seguir siendo un continente abierto a la cultura, al saber y al progreso social; de que desea ahondar en el carácter democrático y transparente de su vida pública y obrar en pro de la paz, la justicia y la solidaridad del mundo,

CONVENCIDOS de que los pueblos de Europa, sin dejar de sentirse orgullosos de su identidad y de su historia nacional, están decididos a superar sus antiguas divisiones y, cada vez más estrechamente unidos, a forjar un destino común,

SEGUROS de que “Unida en la diversidad”, Europa les brinda las mejores posibilidades de proseguir, respetando los derechos de todos y conscientes de su responsabilidad para con las generaciones futuras y la Tierra, la gran aventura que hace de ella un espacio privilegiado para la esperanza humana,

DECIDIDOS a continuar la obra realizada en el marco de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y el Tratado de la Unión Europea, garantizando la continuidad del acervo comunitario,

AGRADECIDOS a los miembros de la Convención Europea por haber elaborado el proyecto de esta Constitución en nombre de los ciudadanos y de los Estados de Europa.

A caballo entre pasado, presente y futuro, éste es el nivel de la realidad en la que hoy nos hallamos inmersos, el texto constitucional que debe ser aprobado por los Estados miembros en un futuro próximo, en el que, para algunos, la omisión del elemento cristiano como una de las raíces de Europa elude uno de los elementos culturales que se desarrollaron entre los dos hitos fundamentales que forman las raíces culturales de Europa: la civilización grecolatina⁴ y la Ilustración; pero no existe referencia explícita a ninguna de las culturas señaladas, sino a los pilares que han presidido los valores que se han desarrollado en la cultura del conjunto de Europa, los cuales, ciertamente, no se recogen en el Preámbulo, salvo grandes pronunciamientos en torno a la libertad y la igualdad, sino en el art. 2⁵. En definitiva, parece que en la Convención prevaleció el criterio de no incluir ninguna referencia explícita con el fin de no incluir la referencia al cristianismo, cuestión que se ha mantenido, con algunas leves modificaciones, en el texto definitivo.

Fuera de los organismos europeos, lógicamente encabezado por el Vaticano y seguidamente por los medios de comunicación, especialmente *L'Osservatore Romano*, se ha abierto el debate público sobre el tema⁶.

⁴ Sobre el origen de Europa en la mitología griega, vid., L. Díez del Corral, *El rapto de Europa. Una interpretación histórica de nuestro tiempo*, Madrid, 1954, especialmente pp. 325-326.

⁵ “Valores de la Unión. La Unión se fundamenta en los valores de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres”. La referencia al respeto a las personas pertenecientes a minorías y la igualdad entre hombres y mujeres ha sido una modificación respecto al texto del proyecto.

⁶ A partir del momento en el que se plantea el tema nos encontramos con un gran número de opiniones al respecto que han saltado a los medios de comunicación y las revistas especializadas tanto histórico-jurídicas como, especialmente, sobre aspectos de política internacional, para J. M^a de Areilza Carvajal, “La convención europea: un balance”, en *Política Exterior*, vol. XVII, n^o 94 (julio-agosto, 2003), 45, refiriéndose al proyecto de Constitución, la petición de inclusión de la alusión al cristianismo hubiera sido razonable si la versión final del preámbulo de la futura Constitución hubiera hecho una enumeración de las diferentes tradiciones culturales, en cuyo caso tendría “pleno sentido la cita, ya que respetaría tanto la historia como el pluralismo europeo, aunque de todos modos el preámbulo no tiene valor jurídico, sino simbólico e interpretativo”, véase arriba la referencia a R. Núñez Rubio y R. Navarro Valls, nota 4. Especialmente significativo en cuanto a su posición en torno a la tradición cristiana como base de valores y posibilidad de libertad religiosa el trabajo de G. D. Guyon, “Questions autour de l’identité chrétienne et des valeurs politiques romaines. Débats antiques, débats contemporains?”, Separata de *Mélanges en l’honneur de Dmitri Georges Lavroff*, [2004], pp. 391-408. A nivel de prensa el tema ha estado en portada de nuestros diarios, especialmente los de tipo confesional, así J. Weiler, “Urge reconciliar religión y democracia”, *Alfa y Omega*, 24-VI-2004, 27; más recientemente el monográfico dedicado a este tema por *Alfa y Omega*, *Semanario católico de información*, edición de Madrid, n^o 423, de 4-XI-2004.

Hay distintos aspectos que pueden ponerse de relieve, a modo de reflexión, sobre el cristianismo como una de las raíces culturales de Europa, de ellos voy a señalar tres que pueden ser sugerentes: primero, el *Ius commune* en el que debe señalarse especialmente la formación de un Derecho privado con unos principios jurídicos homogéneos y la importancia que el elemento canónico ha tenido en la construcción de los dogmas del Derecho privado europeo; pero también deben traerse a colación las tensiones que se plantean en Europa en el nivel de lo político, las relaciones internacionales, diríamos hoy, en las que siempre se planteó un equilibrio de fuerzas entre el papa y el príncipe, entre el poder espiritual y el temporal; por último, la tensión entre lo real y lo posible se desenvuelve en una literatura específica, hoy conocida, que se sitúa en el género de la utopía y que planteó desde el Renacimiento la unión de Europa e incluso del mundo en una gran comunidad de convivencia.

***Ius commune*: Derecho privado y cultura europea**

Se ha tratado el tema del *Ius commune* desde muy distintos puntos de vista, tanto desde el análisis de sus elementos de formación como el análisis de la literatura jurídica que en tan gran medida elaboró dicho Derecho. Entroncar esta etapa jurídica con la situación actual en la que por primera vez se intenta una Constitución Europea no es sino realizar una labor de interpretación, subjetiva siempre, respecto a la conexión de sentido que se puede realizar entre ambas etapas, debiendo obviar, por tanto, el período fundamental del constitucionalismo desde el último tercio del siglo XVIII (pero precedido por el movimiento de la Ilustración, que lo posibilitó), en el que, creo, se fraguaron verdaderamente los principios que presiden hoy las diferentes Constituciones europeas y, por consiguiente, el actual texto de la Constitución Europea, por lo tanto dar ese salto en el vacío es labor que considero inviable. No obstante si bien es cierto que fue tras la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano y la Revolución francesa cuando se pusieron los primeros pilares de los valores y los derechos fundamentales que se han recogido en la Constitución Europea, así como de la conformación de las instituciones de Derecho público de los diferentes países europeos, en este caso con una gran influencia del Derecho anglosajón, no es menos cierto que fue durante el período inmediatamente anterior, al que denominamos *Ius commune*, cuando se llegaron a elaborar en todo el ámbito europeo unos conceptos comunes en materia de Derecho privado (sin olvidar el penal y procesal, en estos momentos de difícil delimitación con el privado), de ahí su nombre de *común*, en referencia al ámbito de la Europa central y occidental⁷.

⁷ Es significativo que hasta 1771 en las Universidades españolas no se estudiaba Derecho patrio (como se denominaba en el momento) sino Derecho común, debido tanto a la tradición romana de las Universidades europeas, como a la existencia de una doctrina común en Europa. Esta idea queda corroborada por la insistente referencia al Derecho romano, sus glosadores y comentaristas, M. Peset Reig, "Derecho romano y Derecho real en las Universidades del siglo XVIII", en *AHDE* 45 (1975), 273-339; así como del Derecho canónico y sus decretistas y decretalistas, por parte de los juristas hispanos hasta el siglo XIX.

Quizás pueda llevarse más allá si además de una unificación jurídica tomamos como referencia la homogeneidad cultural que se produce durante el periodo del *Ius commune* que va a posibilitar que en momentos posteriores se vayan difundiendo de la misma manera los principios propios de la revolución americana y francesa que introducirían el constitucionalismo⁸, teniendo en cuenta, en todo caso, que cuando se habla de “común” debe entenderse como difusión de unos conceptos jurídicos homogéneos dentro de un contexto espacial y cultural semejante, que no se puede hablar de identidad ni de las condiciones en las cuales tales conceptos se difundieron ni de las condiciones de vida en las que se desarrollaron, ni siquiera de que exista un pensamiento uniforme, tal como ha desarrollado A. Gurevich desde un punto de vista más cercano al pensamiento filosófico que jurídico, pero que puede ser válido para el fin que aquí se propone⁹.

Para Spengler una cultura nace cuando en un determinado espacio los hombres que lo habitan empiezan a sentir, a obrar y a pensar de un modo homogéneo y característico, dando a todas sus producciones un mismo estilo, que se hace característico de dicha cultura, yendo no al hecho en sí, sino a su esencia, a sus principios; asimismo para Chabod, refiriéndose concretamente a Europa, consideraba que ésta tenía una individualidad histórica, que obedecía desde un punto de vista cultural y moral, diferente a otras partes del globo, porque tenía unas características formas de pensar y sentir, respecto a sus sistemas filosóficos y políticos, en definitiva, una tradición propia¹⁰. Trasladando tal idea al Derecho estaríamos ante una misma cultura histórico-jurídica cuando el conjunto de una sociedad con unos presupuestos materiales similares y una previa mentalidad, ideología, etc. ante determinados problemas demanda un tipo de soluciones: responde jurídicamente ante ellos de forma homogénea¹¹.

Esta intrínseca homogeneidad del Derecho europeo, se ha puesto de relieve por numerosos autores en cuanto al sistema de producción y recepción del Derecho¹²,

⁸ Sobre la influencia del Derecho romano, canónico, mercantil y de la revolución en la formación de la cultura jurídica occidental, *vid.*, J.H. Merryman, *La tradición jurídica romano-canónica*, Fondo de Cultura Económica, 1998 (cuarta reimpression de la segunda edición castellana de 1989), este último aspecto en pp. 38 y ss; en los diferentes capítulos se exponen los diferentes aspectos, especialmente en materia de Derecho público en el que tiene especial relevancia la revolución en la modificación del *Ius commune*, pero partiendo, necesariamente de esta tradición jurídica.

⁹ A. Gurevich, *Los orígenes del individualismo europeo*, Col. La construcción de Europa, Ed. Crítica, Barcelona, 1997.

¹⁰ F. Chabod, *Historia de la idea de Europa*, Editoriales de Derecho Reunidas, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1992.

¹¹ Un contrapunto a esta idea de cultura y concretamente a la cultura jurídica europea, como propia de juristas, A. Iglesia Ferreirós, “La forja de la civilización europea: el *Ius commune*”, en *Cultura jurídica europea: una herencia persistente. Seminario permanente de Cultura Jurídica*, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2001, pp. 39-60. Una sugerente lectura, sobre lecturas en este contexto, C. Petit, “Textos y contextos para una historia de la cultura jurídica europea”, en *Ibid.*, pp. 61-71.

¹² Sirvan como ejemplo las síntesis de A. M. Hespanha, *Cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio*, Publicações Europa-América, Mem Martins, 1997 (existen ediciones posteriores de 1998 y 2003

pero como ha sido habitual denominarlo por *obra de los juristas*, se aprecia de una forma especial en el Derecho privado, penal y procesal que ha sido un elemento unificador que ha arrastrado a las instituciones de Derecho público mediante el contenido de las fuentes de creación del Derecho. Además, en un sentido más amplio, ha sido a lo largo de la Historia un factor de cohesión del mundo europeo occidental, al integrarse los mismos elementos formativos: el Derecho romano, el Derecho germánico y el Derecho canónico, principalmente, así como el Derecho mercantil y los caracteres que posteriormente difundiría la industrialización, derivados de movimientos sociales e ideológicos (como la Ilustración, el capitalismo o los movimientos socialistas) lo que ha contribuido a ser un factor de estabilidad y permanencia de un sistema de Derecho público que ha permitido, finalmente, una confluencia en los momentos actuales en lo jurídico-público, porque desde el *Ius commune* existe una base unificadora en lo jurídico-privado¹³, tanto en las formas de elaboración del Derecho como de los principios que lo impregnan y las instituciones que lo posibilitan. Todo ello sin que fuera necesario la existencia de una unidad normativa, porque durante el *Ius commune* el contenido de las diferentes normas nacionales, su interpretación y su aplicación era similar, de modo idéntico al caso peninsular¹⁴, en el que la existencia de ordenamientos diferentes no impidió un desarrollo igual del contenido, interpretación y aplicación de las normas. A esta integración la ha llamado el profesor Pérez-Prendes *caracteres jurídicos unitarios*, suprapopulares y supranacionales¹⁵.

Puede corroborarse la idea de la homogeneidad jurídica de Europa durante el *Ius commune* si se trae a colación la elaboración de lo que en Alemania se ha denominado “Derecho privado moderno”, tratando de sistematizar una línea de investigación en distintos países europeos que ha ido elaborando obras de conjunto sobre la Historia del Derecho privado, especialmente, sobre la base de la elaboración de nuevos conceptos a partir de la transformación del Derecho romano justiniano, tanto por obra de los juristas y de los prácticos del Derecho, como de forma muy especial por la introducción del Derecho canónico¹⁶; se forma así un nuevo Derecho privado

y edición española al cuidado de A. Serrano González, Tecnos, Madrid, 2002); C. A. Cannata, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Tecnos, Madrid, 1996, especialmente caps. VII y ss.

¹³ Una síntesis de este tema, B. Clavero, *Temas de Historia del Derecho. Derecho Común*, Universidad de Sevilla, 1977 e *Historia del Derecho: Derecho común*, Universidad de Salamanca, 1994. Partiendo de su enfoque de Historia del Derecho como historia de los libros jurídicos, pero ampliando esta visión a la materia que aquí se estudia en algunos de sus aspectos, trata este tema R. Gibert, *Elementos formativos del Derecho en Europa. Germánico, romano y canónico*, Granada, 1975 (reimp. Madrid, 1982).

¹⁴ Sobre este tema para el caso portugués, *vid.*, R. de Albuquerque, “Direito de juistas-Direito de Estado”, en *Revista da Faculdade de direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLII, nº 2 (2001), 751-807 y la amplia bibliografía incluida sobre el *Ius commune* en el ámbito europeo.

¹⁵ J.M. Pérez-Prendes, *Historia del Derecho español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2004, I, 143-162, especialmente p. 161.

¹⁶ Más recientemente que las obras arriba citadas, con motivo de esta polémica, puede verse J. Orlandis Rovira, *Europa y sus raíces cristianas*, Ed. RIALP, Barcelona, 2004.

que se mantiene en cierta medida hasta el momento actual (mediante la inclusión de muchos de los principios elaborados en este momento en los Códigos civiles).

Baste citar algunas de las obras ya clásicas como las de Cl. Frh. von Schwerin y H. Thieme¹⁷, E. Bussi¹⁸, Fr. Calasso¹⁹, Fr. Wieacker²⁰, R. Orestano²¹, P. Koschaker²², G. Wessenberg y G. Wesener²³, H. Coing²⁴, la de enfoque doctrinal de P. Grossi²⁵, H. Hattenhauer²⁶, R.C. van Caenegem²⁷, M. Bellomo²⁸, etc.

Una importante aportación al análisis de conjunto de este tema la realizó Reiner Schulze en 1995²⁹, donde frente a la proliferación de referencias a los espacios económicos, de movilidad de personas y mercancías, etc., apelaba a lo que él llamó la doctrina de la “europeización” de la Ciencia del Derecho privado, aludiendo a la obra de Helmut Coing; de la exposición científica del “Derecho privado europeo”,

¹⁷ Cl. Frh. VON SCHWERIN, *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*, Duncker und Humblot, München und Leipzig, 1934 (4ª ed., 1950, con H. Thieme).

¹⁸ E. Bussi, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (diritti reali e diritti di obbligazione)*, CEDAM, Padova, 1937.

¹⁹ Fr. Calasso, *Introduzioni al Diritto Comune*, Ed. Giuffrè, Milano, 1951. *Id.*, *Medio Evo del diritto*, Ed. Giuffrè, Milano, 1954.

²⁰ Fr. Wieacker, *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna* (traducción del alemán por Francisco Fernández Jardón), Granada, 2000 (existe otra traducción de 1957. La primera edición alemana es de 1953).

²¹ R. Orestano, *Introducción al estudio del Derecho romano* (traducción y notas de Manuel Abellán Velasco), Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1997 (primera edición italiana de 1953).

²² P. Koschaker, *Europa y el Derecho romano* (trad. del alemán por José Santa Cruz Tejeiro), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955. Es una obra de carácter más amplio y diferente planteamiento que trata de identificar las raíces de Europa, tanto desde el punto de vista cultural como jurídico.

²³ G. Wessenberg y G. Wesener, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa* (Traducción de la 4ª ed. alemana por José Javier de los Mozos Touya), Lex Nova, Valladolid, 1998 (la 1ª edición alemana de G. Wessenberg es de 1954, a partir de la 2ª es revisada por G. Wesener).

²⁴ H. Coing, *Derecho privado europeo*, 2 vols. (traducción y apostillas de Antonio Pérez Martín), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996 (la 1ª edición alemana es de 1985, vol. I y 1989, vol. II).

²⁵ P. Grossi, *El orden jurídico medieval* (prólogo a la edición española de F. Tomás y Valiente y traducción de F. Tomás y Valiente y Clara Álvarez), Marcial Pons, Madrid, 1996.

²⁶ H. Hattenhauer, *Euroropäische Rechtsgeschichte*, Heidelberg, 1994, 2ª ed.

²⁷ R.C. van Caenegem, *An historical introduction to private law. Introduction historique au droit privé*, 1992. Más recientemente, *id.*, *European law in the past and the future: unity and diversity over two Millennia*, University, Cambridge, 2002 (electronic reproduction), versión castellana, *Pasado y futuro del derecho europeo: dos milenios de unidad y diversidad* (traducción de Luis Díez-Picazo), Civitas, Madrid, 2003.

²⁸ M. Bellomo, *L'Europa del diritto comune*, Roma, 1994, 7ª ed.

²⁹ Primero, tal como él mismo señala, en una ponencia en la *Society of Public Teachers of Law Conference* en 1995, posteriormente en versión modificada fue publicada en “De la aportación de la Historia del Derecho a una ciencia del Derecho privado europeo”, en *AHDE* 66, 1996, pp. 1.003-1.013.

y de los “principios comunes del Derecho civil europeo”³⁰, especialmente del Derecho de obligaciones, en cuyo campo está siendo demandada una comparación internacional ante el proceso de Unión europea, en referencia a obras de reciente publicación en el sentido de las arriba citadas, y en cuyo proceso la Historia del Derecho debe cumplir una función importante, puesto que alguno de los problemas con los que se enfrentaba diez años atrás (también hoy) el Derecho comunitario sólo podían resolverse mediante una previa labor de preparación partiendo de un análisis comparado del Derecho privado de los distintos Estados miembros, así como de la referencia a la tradición, a los principios generales del Derecho que presidían dichos ordenamientos y al Derecho romano, a los que están acudiendo el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea para establecer los principios generales del Derecho de la, entonces, Comunidad Europea, en lo que dichos jueces señalan “la unidad histórica de la cultura legal europea como nexo de unión de su actividad”.

No obstante, ya planteaba en este trabajo Reiner Schulze como entre los historiadores del Derecho alemán existían dos posturas enfrentadas según las cuales, unos, encabezados por el Instituto Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte fundado por Helmut Coing, consideraban esencial la aportación de la Historia del Derecho para el desarrollo de una ciencia del Derecho privado común en Europa, especialmente en el Derecho privado del *Ius commune*, por lo que desde su creación favorecieron los encuentros y las publicaciones encaminadas a poner en práctica dicha aportación desde el análisis del Derecho comparado y la Historia del Derecho (entre sus defensores se sitúan Franz Wieacker y Helmut Coing y las obras arriba citadas), planteando un tipo de investigaciones en las cuales la Historia del Derecho se entendía como una parte de la cultura europea; por el contrario, otros investigadores abogaban por el distanciamiento de la Historia del Derecho europeo de los temas jurídicos actuales, utilizando el concepto de *Ius commune* como denominación exclusivamente del Derecho común del pasado.

Considero, con el primer grupo de historiadores, que el *Ius commune* puede ser un punto de partida imprescindible para llegar a comprender, primero, y a resolver, después, muchos de los problemas que se pueden plantear en un futuro en la Unión Europea, por existir una base común europea en materia de Derecho privado, en lo que sería un Código civil de la Unión Europea³¹, lo que no significa vuelta indiscri-

³⁰ Prefacio de B. Schmidlin (ed.), *Vers un droit privé européen commun? - Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht*, 1994, pp. 5 y ss, *apud, ibid.*, 1003.

³¹ J. Gaudemet, “Les tendances à l’unification du droit en France dans les derniers siècles de l’Ancien Régime”, en *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, 1977 e *id.*, “Survivences romaines dans le droit de la monarchie franque du Ve. au Xe. Siècle”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XXIII, 1995, pp. 149-206; Ch. von Bar, “Die Resolution des Europäischen Parlaments vom 15. November 2001 zur Annäherung des Zivil- und Handelsrechts der Mitgliedstaaten”, en *ZeUP*, 2002, pp. 629-633. B. FAUVARQUE-COSSON, “Faut-il un Code civil Européen?”, en *Revue trimestrielle de Droit Civil* 3, julio-septiembre, 2002, pp. 463-480; con motivo fundamentalmente del análisis de un espacio de liber-

minada al pasado, sino la utilización del Derecho de la etapa del *Ius commune* como un elemento de la cultura común europea.

La clave de la cohesión intrínseca del Derecho europeo durante el período que denominamos *Ius commune* está en que se difunde un mismo pensamiento jurídico, unos mismos conceptos son los que impregnan las instituciones, con independencia de las leyes concretas de cada uno de los reinos que componen el espacio europeo del momento, una verdadera cultura jurídica europea, en el sentido que lo expusieran Koschaker, Wieacker y Coing.

El elemento canónico en el *Ius commune* y el Derecho romano justiniano a la búsqueda del equilibrio

Necesariamente debe ponerse de relieve algunos aspectos de los que se abordaron en las instituciones europeas especialmente con motivo de la redacción del Preámbulo y no niego que el tema es propicio para romper algunos tópicos, para abrir debates, para provocar, en cierta medida.

No se descubre nada nuevo si se dice que la Recepción del Derecho común tiene como elementos básicos el Derecho romano justiniano, el Derecho canónico y el Derecho feudal (elemento cambiante según el lugar en el que nos situemos), junto a éstos es fundamental el Derecho mercantil³². En los últimos años el profesor Pérez-Prendes viene defendiendo que durante la Recepción del Derecho común existe un elemento romano-justiniano que actúa como soporte, pero un substrato de Derecho canónico que es el verdadero modelador de las instituciones, impregnando cada una de ellas mediante la reelaboración del Derecho romano justiniano; en contraposición a posturas más comúnmente difundidas de la formación de la cultura jurídica europea con base en el Derecho romano justiniano y la aportación que éste hace a la elaboración del Derecho canónico en la conformación del Derecho común³³.

tad, seguridad y justicia en Europa, se ha abordado el tema de las líneas de trabajo en materia de principios de codificación en materia civil, véase Grupo de trabajo de la Comisión de Asuntos de la Unión Europea (CAUE), bajo la dirección de H. Georg Wehrens, “El acercamiento del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros de la Unión Europea”, en *La Europa del Derecho*, Conferencia de los Notarios de la Unión Europea (CNUE), Bruselas-Madrid, 2002, pp. 441-447; H. Schollosser, “Elementos de reflexión sobre el tema de un Código civil europeo desde el punto de vista de un juez austriaco”, *id.*, pp. 367-440 y Cámara Federal del Notariado Civil Europeo, “La construcción del Derecho civil europeo: perspectiva del Notariado Latino-germánico”, en *id.*, pp. 449-459.

³² Sobre el proceso de formación y evolución del *Ius commune* hay una abundante bibliografía, a título indicativo puede verse, A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1982 (reimpresión); A.M. Hespanha, *Cultura jurídica europea. síntesis de un milenio* (edición al cuidado de Antonio Serrano González; traducción de Isabel Soler y Concepción Valera), Ed. Tecnos, Madrid, 2002, especialmente pp. 73-172; además de la bibliografía citada en notas 13 y 17 a 28 y *passim*.

³³ A. Fernández Barreiro, *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.

H. Coing en las primeras líneas de su Derecho privado europeo da la clave para la interpretación de la relevancia del elemento canónico en el Derecho común, dice que “el que precisamente el Derecho romano-canónico se convierta en Derecho Común de estos países (de Europa Occidental y Central) dependió, de una parte, de la posición de poder de la *Iglesia* latina en la Edad Media y, de otra, de un acontecimiento cultural que usualmente es designado con la expresión de ‘*Recepción*’”, siendo éste fruto de un proceso histórico-cultural y sociológico muy complicado, pero que transcurrió de forma uniforme en los diversos países del continente europeo. De forma uniforme no significa idéntica, sino que existieron diferencias respecto al momento en el que el Derecho romano fue aceptado, conectando geográficamente la *Recepción* con la extensión de la cultura latina y las fronteras de la *Iglesia* latina durante el Edad Media, con lo que señala la estrecha conexión de dependencias que existió entre la *Iglesia* medieval y la ciencia jurídica promovida por ella en las Universidades y la extensión de los “derechos cultos”. De este modo, quedó al margen de este proceso la cultura bizantina, fijando la frontera aproximadamente desde Venecia a la frontera oriental de Hungría y Polonia hasta el Báltico; asimismo dentro de la zona en la que se produjo la *Recepción* del Derecho común ésta no se produjo de forma idéntica, siendo las zonas nucleares Italia, los reinos de la Península Ibérica, Francia, los Países Bajos, el Imperio Alemán, Hungría y Polonia y aún en éstos el proceso tiene un ritmo diferente: en el norte de Italia se produjo ya a principios del siglo XII, en la zona del mediterráneo (sur de Francia y Cataluña) en el segundo tercio del siglo XII; en Aragón, Castilla y Portugal, así como en el Imperio Alemán hacia el siglo XIII; en el Norte de Francia y Países Bajos en los siglos XIII y XIV, siendo hacia el siglo XV y principios del XVI cuando se impone de forma generalizada, salvo excepciones como Suecia donde el Derecho romano no se recibe hasta el siglo XVII o Inglaterra que no recibió apenas el influjo del Derecho común³⁴.

Me detengo en la primera de sus afirmaciones: el *Ius commune* obedece a una posición de poder de la *Iglesia* latina, porque en la ambivalencia mundo clásico-mundo cristiano es donde han puesto el énfasis de la expansión de una especial forma de cultura que denominamos europea y que se expandió posteriormente a América, creando el nuevo concepto de cultura occidental³⁵.

³⁴ H. Coing, *Derecho privado europeo*, o.c., 38-39s.

³⁵ *Ibid.* 38 y ss. Son muy numerosas las opiniones en este sentido, entre ellas a modo indicativo, P. Koschaker, *Europa y el Derecho romano*, o.c., especialmente cap. XI, pp. 217 y ss; H.J. Berman, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 12, el término occidental, referido a la tradición cultural, se ubica en el espacio sometido a la autoridad de la *Iglesia* de Roma y de la misma forma E. Todd, *La invención de Europa* (traducción de Juana Bignozzi), Tusquets Editores, Barcelona, 1995, 19, parte de la consideración de la comunidad histórica europea en el espacio donde se produce la tensión entre catolicismo y protestantismo (excluyendo, por tanto, a Grecia, por su confesión ortodoxa); F. Chabod, *Historia de la idea de Europa*, o.c., en la

Hasta ahora he aludido a la formación fundamentalmente de un Derecho común en el ámbito del Derecho privado donde se va remodelando diversas instituciones en gran medida procedentes del Derecho romano justiniano por la superposición y reelaboración que realiza el Derecho canónico (tómense como ejemplos las causas modificativas de la capacidad de obrar, discriminando a los no bautizados respecto a los que son cristianos, primero y católicos después; el matrimonio; la nueva dimensión del derecho de propiedad y de los derechos reales en su conjunto, para la defensa del patrimonio de la Iglesia; las limitaciones al derecho sucesorio; la introducción de principios canónicos en determinados procedimientos, especialmente los mercantiles y el procedimiento inquisitivo, etc.).

Si se aceptan estas premisas de que en el *Ius commune* el Derecho romano justiniano es remodelado por el Derecho canónico mediante la aportación de nuevos principios jurídicos y esta labor se realiza fundamentalmente en el Derecho privado, un paso más sería abordar de lleno el tema de los medios que utiliza la Iglesia para llegar a dicho objetivo y en un territorio tan amplio como es el de la Europa central y occidental y posteriormente dar el salto hacia el continente americano que también recibe (de nuevo *recepción del Derecho común*, ahora en una labor de aculturación-inculturación forzada desde fuera), hasta formar lo que hoy se suele denominar como “civilización occidental”, cuyos orígenes están en el *Ius commune*.

Quizás debamos buscar la clave en la tensión que se produce entre el Derecho romano justiniano y el Derecho canónico en lo que los historiadores denominan la lucha por el *dominium mundi*. Es aquí donde el mundo de las doctrinas políticas debe entroncarse con el mundo del Derecho para dejar de ser dos ámbitos inconexos, que aparentemente todos conocemos, pero que no han encontrado aún su verdadero engarce.

En este plano nos situamos ante los aspectos jurídico-públicos del *Ius commune* que también elabora unas bases de Derecho público, que fundamentalmente se sitúan en el terreno de la teoría política, especialmente en la consideración de la soberanía del príncipe, sus atribuciones, caracteres y límites. En los tres primeros aspectos (soberanía, atribuciones y caracteres) la teoría de los juristas está soportada en el Derecho romano fundamentalmente, al fin y al cabo éste era Derecho imperial; en cuanto a los límites ya se adopta el Derecho canónico y la teoría difundida por la

que introduce a la Ilustración y los conceptos de ciencia y progreso, como el momento de concienciación de la existencia de la idea de Europa, partiendo de la existencia de una identidad cristiana a lo largo de su historia; asimismo, I. Sotelo, “Elementos para una idea de Europa”, en *Europa en la encrucijada*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 1999, 19-42. R. Brague, *Europa: la vía romana*, Gredos, Madrid, 1993. También se plantea el fondo de este tema en la obra de conjunto, G. Ortalli (a cura de), *Storia d' Europa, vol. Terzo. II Medioevo, secoli V-XV*, Giulio Einaudi editore, Torino, 1994, para el tema que aquí se está desarrollando especialmente los capítulos de S. Boesch Gajano, “Patriche e cultura religiose”, pp. 169-216; V. Fumagalli, “Ad Occidente, l' “entità” Europa nell' alto Medioevo”, pp. 341-412 y D. J.A. Matthew, “L' “entità” Europa nel basso Medioevo”, pp. 415-537; respecto al aspecto jurídico, el capítulo de C. Petit y J. Vallejo, “La categoría giuridica nella cultura europea del Medioevo”, pp. 721-760.

patrística y elaborada por los canonistas del *Ius commune*³⁶, puesto que los límites jurídicos proceden puramente de la acomodación a la técnica jurídica propia del *Ius commune*, en cambio las limitaciones morales son las que llevan a la teoría del tiranicidio y a la legitimación, en cuanto consenso, no en cuanto a *legis facere* (de hacer la ley o de soportar el poder por el hecho de estar en la ley), en el sentido que ha expuesto el profesor Pérez-Prendes. La comprensión de este tema nos lleva de nuevo a cerrar el círculo por dos vías, ambas en el nivel que ahora abordamos del Derecho público: la consideración de la monarquía vicarial y las formas de penetración del Derecho canónico en el Derecho civil, en el Derecho real o en los ordenamientos particulares de cada uno de los reinos, según las expresiones comúnmente acuñadas.

Este análisis puede hacerse desde dos puntos de vista complementarios y que en absoluto deben separarse, porque de lo contrario se pierde la perspectiva: en primer lugar desde el punto de vista de creación de las fuentes del Derecho canónico y, en segundo lugar, desde el punto de vista de la imposición de dichas fuentes como Derecho civil (se imposta en la materia primigenia del proceso, no se olvide que civil viene de *ius civilis*, del Derecho de la Ciudad, entonces Roma, por tanto en el Derecho romano).

Esta imposición del Derecho canónico en el Derecho civil tiene a su vez otros dos mecanismos de actuación: por una parte mediante la formación en las Universidades de clérigos que posteriormente ocupan lugares predominantes en las instituciones reales influyendo en la toma de decisiones en el momento de la creación del Derecho real-Derecho civil, así como por la difusión de la conciencia de deber-actuar según los dogmas de la Iglesia de la totalidad de la clase dirigente del momento. Por otra parte mediante la actuación de la Iglesia como fuente de poder, y a su vez fuente de *legitimación*, en Europa y posteriormente en América. Sirva de ejemplo la difusión de la falsa donación constantiniana o la labor de las embajadas de los diferentes países con el Papado que dirime y crea controversias a la búsqueda siempre de la prevalencia de su posición en el amplio período que denominamos del Antiguo régimen cuando nos referimos a los acontecimientos socio-políticos que se desenvuelven antes del la Revolución francesa (como hito histórico) y cuyo inicio no está claro, quizás el inicio del *Ius commune*, hablando en términos jurídicos o su consolidación, que coincide a nivel del mundo occidental con el hito también histórico de la caída de Constantinopla (fecha recientemente conmemorada en sus 550 años) y en la Península con el reinado de los Reyes Católicos, si bien durante los siglos precedentes se estaba consolidando una política de relación entre el poder político y la Iglesia en un proceso de absorción paulatina de lo eclesiástico por el poder real, característico de lo que sería el Estado Moderno³⁷.

³⁶ Vid., S. Mochi Onory, *Fonti canonistiche dell'idea moderna dello stato (Imperium spirituale-iurisdictio divisa-sovrانيتà)*, Pubblicazioni dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, Società Editrice "Vita e Pensiero", Milano, 1951. Vid., A. Torres Gutiérrez, "Orígenes canónico-medievales del concepto moderno de Estado", en *Escritos en Honor de Javier Hervada*, Pamplona, 1999, 987-998.

³⁷ Vid., J.M. Nieto Soria, *La Iglesia y la génesis del Estado Moderno en Castilla (1369-1480)*, Madrid, 1993.

No puedo siquiera esbozar unas referencias a la historia de lo que en Europa se ha denominado la lucha entre el Imperio y el Papado a lo largo de los siglos desde el siglo IX hasta la difusión del regalismo (al fin y al cabo la versión dieciochesca, en su última elaboración, de lo que inicialmente fue el *dominium mundi*) desde que papa y emperador (iniciándose la pugna con Carlomagno) lucharan por la ostentación del título del poder espiritual y temporal³⁸, a ser posible de forma superpuesta, por lo que el papa pretendía el poder temporal (el espiritual lo tenía sobre toda la cristiandad) y el emperador (o posteriormente el rey en su reino) intentaba su posición como vicario de Cristo (con lo cual se erigía en salvaguarda espiritual en su reino, puesto que se le suponía el poder temporal). La diferencia en el discurso teórico estaba en que el papa siempre tendría una supremacía por su posición universal, mientras que el poder del emperador o del rey se limitaba a su imperio o su reino.

El inicio de este proceso, denominado revolucionario por H.J. Berman³⁹, se inicia con la escisión de la Iglesia de Oriente y Occidente en el año 1054. La consolidación de esta teoría se produjo en el año 1075, con la promulgación de los llamados *Dictatus papae*, en los cuales se declaraba la supremacía del Papado sobre la cristiandad, teniendo el pontífice, vicario de Cristo en la tierra, poder *de atar* y *desatar*. Desde este momento se inicia la emancipación de los clérigos respecto de emperadores, reyes y señores y se erige la Iglesia como entidad política y legal, mediante la creación de un Derecho canónico nuevo (*ius novum*) a partir de la reforma gregoriana.

El equilibrio, no obstante, no podía romperse y las prerrogativas papales eran tan amplias que avocaban a ello, en este momento enfrentándose a las que reivindicaban los emperadores del llamado Sacro Imperio Romano Germánico. Se inicia de este modo, especialmente con los emperadores Enrique IV (1056-1106) y Enrique V (1106-1125) la pugna conocida como guerra *de las Investiduras*, que finalizó con el *Concordato de Wörms* (1122)⁴⁰.

Es el momento de la consolidación de los espacios que van a conformar las futuras naciones europeas: consolidación de la dinastía normanda en Inglaterra (con-

³⁸ Ampliamente desarrolla este tema S. Mochi Onory, *Fonti canonistiche, o.c.*, pp. 11 y ss. Respecto al tema de la jurisdicción dividida de lo espiritual y lo temporal, así como del papel tuitivo que el papado establece sobre el imperio y su papel de árbitro en el proceso de nacionalización de Europa, *ibid.*, pp. 21 y ss. Y 181 y ss. Sigue siendo interesante la visión de P. Koschaker, *Europa y el Derecho romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, especialmente en este punto pp. 43 y ss.

³⁹ H.J. Berman, *La formación de la tradición jurídica de Occidente, o.c.*, pp. 11-12 y 102 y ss.

⁴⁰ Por el cual el emperador garantizaba la elección de los cargos eclesiásticos por la Iglesia de Roma, renunciando, asimismo, a la investidura de los símbolos espirituales que representaban el cuidado de las almas (báculo y anillo); concediendo el papa como contrapartida la presencia del emperador en las elecciones y su intervención cuando hubiera controversia y, en el caso de los preladados alemanes el emperador los investía con el cetro, símbolo de deber recíproco de lealtad de tipo feudal.

quistada por Guillermo I en el año 1066 y posteriormente con Enrique II, 1154-1189, y con la aprobación de la *Carta Magna*, 1215) y la dinastía capeta en Francia, especialmente con Felipe I de Francia (1060-1108). En la Europa central y del norte los reinos consolidaron igualmente sus dominios y un proceso paralelo de consolidación de los reinos se seguía en la Península Ibérica, en los que a principios del siglo XIII, tras la victoria de las Navas de Tolosa (1212) se conforman los territorios que serían la Corona de Castilla y la de Aragón, así como el reino de Navarra.

En este proceso, el Papado actuó, y seguirá actuando a lo largo del tiempo⁴¹, como mediador de controversias, legitimando el poder real o deslegitimándolo en diversas ocasiones⁴², en gran medida elaborando un Derecho canónico a medida de los intereses del papado, interesado en la formación de Estados nacionales frente a la potencia del Imperio, tomando como base al Derecho romano⁴³.

⁴¹ Es lo que H.J. Berman, *La formación de la tradición jurídica, o.c.*, pp. 109 y ss, ha denominado “revolución papal”, que de una forma rápida y violenta afectó a los cambios políticos, socioeconómicos, culturales e intelectuales de Occidente entre los siglos XI y XII.

⁴² Sobre el papel de la Iglesia en la conformación de la monarquía castellana bajomedieval, *vid.*, J.M. Nieto Soria, *Iglesia y génesis del Estado, o.c.*

⁴³ Sobre la influencia que los juristas ejercían en el Derecho de sus diferentes naciones, tras haber recibido una formación propia del *Ius commune*, “Ma tutti eran vissuti, nella scuola o nella vita pubblica, entro l’ambito dell’azione della Chiesa e del Papato, e vi avvevano operato, sia pure con alta graduazione di responsabilità, come uomini di curia, come giuridice, come ambasciatori, come legati papali, come maestri, come collaboratori della nuova attività legislativa della Chiesa. La loro esperienza perciò fece parte della vita e dell’azione della Chiesa stessa; e come tale, fu tenuta nella più alta considerazione nei vari ambienti politici e culturali. Dove invece balza subito agli occhi, pressoché totale, la loro assenza è proprio nell’ambito della vita dell’Imperio: alla corte imperiale, tra i consiglieri e seguacci dell’Imperatore, tra i giuristi e gli interpreti del diritto dell’Impero. Ciò, naturalmente, non impedì ai nostri glossatori canonisti di considerare il diritto romano come indubbio strumento di studio e di lavoro, utile ai loro fini (...) Ma a parte il fatto, che spesso il diritto romano ebbe soltanto valore strumentale ai fini della loro opera di interpreti del diritto della Chiesa (come la filosofia e la cultura classica, cui più d’uno di essi fece ricorso nella formulazione delle proprie dottrine), allorché essi si trovarono davanti il problema del valore del diritto romano, che’era il diritto imperiale per eccellenza, in quegli stati in cui la fronda politica contro l’imperio aveva raggiunto il punto culminante di attrito, presero posizione conforme al loro connaturato ant imperialismo. Per esempio, Uguccio da Pisa e Lorenzo Spano asserirono, che il diritto romano doveva vincolare necessariamente *romani et qui subsunt romano imperio*; conseguentemente, ne esaminarono e ne discussero il valore per quei popoli (spagnuoli, francesi, inglesi, *et alii ultramontani*) i quali aspiravano a svincolarsi dalla soggezione imperiale. La Chiesa stessa, proprio in quest’età pregregoriana, su richiesta del re di Francia, il quale aveva costantemente condizionato la sua attitudine nei confronti del diritto romano alla propria politica nei confronti dell’Impero (gli imperatori basavano, infatti, tanta parte delle loro aspirazioni unitarie e universali proprio sulle *romane leges*), si orientò (sia pure in maniera limitata e locale), nella direzione auspicata dalla monarchia francese, ch’era una delle principali forze del particolarismo politico d’Europa. Se ben si osserva, adunque, questi nostri glossatori canonisti operarono prevalentemente, con le loro dottrine, anziché sul sistema imperiale, sulle sue forze centrifughe e vi accentrarono la maggior parte dei loro interessi. Coerentemente, assunsero l’iniziativa per metter mano a fissare nuove visioni pubblicistiche, fondamentali e innovatrici”, S. Mochi Onory, *Fonti canonistiche, o.c.*, 32-33.

No obstante, el poder que indudablemente se le atribuía con frecuencia se reducía (limitándolo) mediante dos mecanismos:

Uno, puede decirse, interno: por los frecuentes cismas que se produjeron en el seno de la cristiandad occidental, como el cisma de Avignon (1378) por la coexistencia de dos papas, en Aviñón y Roma, lo que provocó el llamado *Cisma de Occidente* (1378-1417), con la división del poder temporal de la cristiandad, que no concluyó hasta el Concilio de Constanza (1415) y la elección de Martín V (en 1417); posteriormente la ruptura de la iglesia anglicana y la Reforma protestante en el siglo XVI fueron elementos de tensión que mantuvieron el equilibrio entre el poder del Papado y el de los reyes

Por otra parte, los pactos entre los diferentes reinos ya consolidados desde finales del siglo XIV y principios del siglo XV, que restablecían los posibles desequilibrios, que fueron desencadenantes de numerosos conflictos bélicos en la Europa medieval y moderna, desde la Guerra de los cien años (1337-1483) a las guerras de sucesión inglesa e hispana, por citar una remota y otra más reciente en el periodo que aquí estudiamos, que no venían sino a reubicar el equilibrio europeo.

El valor del Derecho canónico en la normativa comparada del *Ius commune*

Aquí, no obstante, corresponde tener en cuenta dicho proceso histórico, pero debo centrarme en el primero de los mecanismos que he apuntado: el valor del Derecho canónico como elemento del *Ius commune* y su modo de penetración como normativa de Derecho civil. Se trata, por tanto, de exponer no sólo la influencia que el Derecho canónico tuvo en el Derecho civil en cuanto que los miembros de las instituciones eran en su mayor parte cristianos y por lo tanto inmersos en una ideología, sino la influencia directa del Derecho canónico en la legislación civil como de la aplicación directa de normas procedentes del Derecho canónico en aquélla, para ello puede seguirse el método de exposición de la naturaleza jurídica de las normas canónicas y después su plasmación en varios ejemplos.

Inicialmente el Derecho canónico basó su vigencia en la facultad legislativa del papa y en su autoridad sobre la cristiandad, lo que se mantuvo, incluso, en territorios protestantes después de la Reforma. Posteriormente se mantuvo por la aplicación como costumbre y por la tolerancia de los príncipes.

Si bien el Derecho romano justiniano contaba con una fuente fundamental, el *Corpus Iuris civilis*, el Derecho canónico no tenía tal fuente, por lo que inicialmente se intentaron recopilaciones privadas, la fundamental es el *Decreto de Graciano* (Bolonia, c. 1140) que fue utilizada para el estudio en las Universidades del mismo modo que el *Corpus Iuris civilis* para los legistas, y a partir del cual el Derecho canónico fue teniendo un importante desarrollo por la actividad legislativa de los papas, que se fue recopilando en lo que en el siglo XVI llegó a denominarse *Corpus*

*Iuris Canonici*⁴⁴, su aplicación judicial y la misma técnica utilizada por los legistas, en el caso de los canonistas denominados primero decretistas y posteriormente decretalistas. Respecto a su relación con el Derecho romano justinianeo el Derecho canónico inicialmente tiene el mismo modo de análisis y estudio y en cuanto a la labor de integración ambos Derechos se influyen mutuamente, no obstante pronto empieza a prevalecer el Derecho canónico mediante la aplicación del principio de que “*lex posterior derogat priori*”, principio que no se aplica siempre y directamente, pero que tiene un amplio campo de actuación en materias donde se planteen conflictos, siendo también el criterio de prioridad de los canonistas sobre los civilistas en la alegación, en el caso de criterios contradictorios.

Para Coing, sólo se puede hablar de recepción de la normativa canónica en el sentido de aceptación de las reglas canónicas en el Derecho secular⁴⁵.

Esta aceptación se realizaba mediante distintos procedimientos:

El más habitual y menos explícito es cuando conceptos de elaboración bien del Derecho canónico bien por canonistas son introducidos en la legislación pasando directamente por esta vía a ser normativa civil, así, por ejemplo, el tema de los vicios de la voluntad que se introducen en el *Ius commune* tras un largo debate de los canonistas y su incidencia no sólo en el consentimiento matrimonial, sino en todo el Derecho de obligaciones y posteriormente en el Derecho penal. O bien el un importante papel que el Derecho canónico tiene en la elaboración de nuevos conceptos en relación con los Derechos reales, especialmente la evolución de los objetos del Derecho (*res sancta*, *res sacrae* y *res religiosae* en la elaboración del concepto diferente de *res divinis iuris*) o la nueva concepción del derecho de propiedad aplicado a las instituciones religiosas, mediante la creación de patrimonios vinculados a la Iglesia, imposibles de enajenar, lo que afecta al tráfico mercantil de bienes, no sólo *inter vivos*, sino *mortis causa*.

En otras ocasiones el procedimiento es por aplicación impuesta por los Concilios. Señalaría dos Concilios de especial trascendencia para el tema que aquí se aborda: por una parte el Concilio de Letrán de 1215 a partir del cual se inicia la elaboración de causas modificativas de la capacidad de obrar de las personas en un importante número de aspectos, con una clara discriminación de las minorías y los más débiles; en segundo lugar los temas relacionados con cuestiones matrimoniales, en las cuales el Concilio de Trento atrae al matrimonio como materia de naturaleza espiritual, por lo que impone como única forma válida la solemne y se inicia la práctica de los registros matrimoniales en las iglesias para

⁴⁴ Comprendía la Decretales de Gregorio IX, la colección de Decretales de Bonifacio VIII (*Liber Sextus*), las de Clemente V (*Clementinas*), dos colecciones privadas, llamadas Extravagantes (las de Juan XXII y las Extravagantes comunes), que fueron acogidas por Gregorio XIII en 1582, ya en la nueva edición del *Corpus Iuris Canonici*.

⁴⁵ H. Coing, *Derecho privado europeo, o.c.*, 34-35.

recortar las posibilidades de los matrimonios clandestinos y a partir de aquí se inicia la elaboración de una serie de delitos relacionados con este tema, como la bigamia; asimismo el matrimonio al ser considerado como de naturaleza espiritual por razón de la materia las causas matrimoniales son conocidas por el juez eclesiástico⁴⁶. Siguiendo esta técnica intenta atraer los temas relacionados con los delitos contra las costumbres, entre los que están los de naturaleza sexual, etc. Debe tenerse en cuenta que los cánones conciliares fueron promulgados como legislación civil en un importante número de países, por ejemplo en nuestra Península lo promulgó Felipe II por decreto de 12 de julio de 1564, recogido en la Novísima Recopilación 1.1.13⁴⁷.

El último de los Concilios que aquí interesan cronológicamente es el Concilio de Trento (1545-1563), puesto que el siguiente Concilio ecuménico es el Concilio Vaticano I (1869-1870), sí hubo Concilios provinciales. Esto no significa que los pontífices no desarrollen su labor legislativa, fundamentalmente mediante Bulas y Breves papales, que son formas de creación del Derecho canónico similares a las pragmáticas reales y que se habían desarrollado de una forma muy amplia, de la misma forma que la legislación real durante el siglo XV. Por lo tanto las Bulas y Breves papales son fuentes primordiales para el Derecho canónico en el período que analizamos.

Subsidiariamente también se aplicaron las obras de los canonistas para su alegación en los tribunales así como tuvieron una enorme influencia en la legislación civil⁴⁸.

⁴⁶ En Alemania *vid.* G. Wesenberg y G. Wesener, *o.c.*, 50.

⁴⁷ El valor del Derecho canónico como fuente del Derecho es reconocido en los diferentes países europeos así el *Corpus iuris canonici* tuvo carácter oficial en Alemania desde 1580.

⁴⁸ Si seguimos a H. Coing, *o.c.*, pp. 134 y ss., respecto a la aplicación del Derecho canónico en los diferentes países europeos, obtenemos los siguientes datos:

En Francia penetra como un elemento de formación del *Ius commune*, habiendo discrepancia entre los autores en su aplicación directa o subsidiaria hasta la formación del Derecho francés, momento en el cual el Derecho romano pasa a ser subsidiario.

En España y Portugal penetra de la misma forma, estableciéndose en el orden de prelación de fuentes el Derecho común de forma diferente, pero impregnando todo el Derecho civil de Derecho romano-canónico.

En los Países Bajos en el sur el Derecho canónico se aplica subsidiariamente y en el norte regían como leyes tanto la normativa romana como la canónica, por tanto también se aplicaba de forma subsidiariamente en caso de laguna.

En Polonia después de los Estatutos nacionales (1520), el Derecho romano canónico se aplica subsidiariamente.

En Escandinavia apenas se recibió el Derecho romano canónico.

En Inglaterra el Derecho común influyó en materia matrimonial y de sucesiones, pero fue disminuyendo a partir del siglo XVII.

El valor jurídico de los breves y bulas papales en el ámbito civil: el ejemplo de Castilla

Para la comprensión de esta idea debe tenerse en cuenta que durante todo el Antiguo régimen la monarquía española se consideraba una monarquía vicarial⁴⁹, lo cual condiciona su misión en la tierra a la defensa de la fe cristiana y en el orden jurídico la monarquía acepta plenamente la potestad legisladora de la Iglesia, cuyo ordenamiento tiene fuerza de ley tanto por afectarle como miembro de la comunidad de creyentes, como porque en una gran medida se promulgó como legislación civil un importante número de cánones conciliares, e incluso Concilios completos, como se ha dicho.

Puesto que los Concilios ecuménicos son de difícil reunión, el papado tiene dos formas habituales de legislar, que, incluso su nomenclatura, están íntimamente relacionada con las formas de elaboración del Derecho propias del Derecho romano, recibidas, a su vez, por los reyes: en primer lugar las bulas o constituciones pontificias las dicta el papa para el gobierno general de la Iglesia, sin necesidad de consulta previa, sino de *propio motu* del pontífice y tanto establecen Derecho nuevo, como confirman el antiguo, por lo que a través de ellos los papas dictan decretos y acuerdos u otorgan gracias; suelen ser para asuntos importantes y diplomáticamente son documentos solemnes surgidos de la Cancillería apostólica. Por el contrario los breves, o rescriptos, surgen a raíz de una consulta, por lo tanto son respuestas para resolver casos concretos en los que se presentan dudas o se solicita alguna cuestión, suelen ser documentos carentes de solemnidad y expedidos por el cardenal, secretario de breves. En este caso la parte dispositiva del breve tiene fuerza de obligar y aunque responda a una solicitud, actúa frente a terceros y son aplicables a los casos idénticos que se puedan presentar⁵⁰.

No obstante, los reyes en sus reinos fueron adquiriendo el derecho de impedir la validez de las bulas y breves papales hasta que no fueran examinados y comprueben su adecuación con el Derecho real, a lo que se denomina *regium exequatur* (o simplemente *exequatur*) y fue considerado como una regalía a partir del siglo XVIII, si bien su origen puede remontarse a una real cédula de los Reyes Católicos de 1497, en el caso de la ejecución de una bula de Alejandro VI en relación con la concesión de indulgencias⁵¹, hasta 1747 sólo se ejercía el derecho de retención real y examen

⁴⁹ J.M. Pérez-Prendes, “La obsesión de la “Nueva Planta”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* 94, 1999, pp. 129-150; *id.*, “1789. Tras las Cortes de los Borbones”, en E. Fuentes Ganzo (ed.), *De las Cortes históricas a los Parlamentos democráticos. Castilla y León. S. XII-XXI*, Benavente, 2003, pp. 313-332. Sobre el bagaje ideológico que caracteriza a tal monarquía, *vid.*, J.M. NIETO SORIA, *Fundamentos ideológicos del poder real en Castilla (siglos XIII al XVI)*, Madrid, 1988.

⁵⁰ P. B. Golmayo, *Instituciones de Derecho canónico*, Madrid, 1859, I, 22-23 y 82-85.

⁵¹ *Recopilación*, 1.10.1; *Nov. Recop.* 2.3.2, nota 4.

en el caso de bulas de concesión de indulgencias, a partir de este momento se ampliarían al resto de los temas, imponiéndose (salvo en temas de materia puramente eclesiástica) por ley de Carlos III de 1768⁵², que se reiteraría frecuentemente con el fin de que los papas no utilizaran los breves papales de concesión de dispensas con fines derogatorios de lo recogido en los Concordatos⁵³, procediéndose sucesivamente al recorte de los breves incluso en las materias de pensiones eclesiásticas reservadas por el Concordato a la Santa Sede⁵⁴, asimismo son muy numerosas las normas restrictivas de la ejecución de breves papales sin previa revisión por el Consejo real, cuyo análisis no es materia de esta exposición.

En varias ocasiones, cuando me he acercado al análisis de algún tema tomando como referencia la *Novísima Recopilación* he advertido la enorme cantidad de referencias que en la misma hay al Derecho Canónico, tanto en el cuerpo de las normas que recoge como en las notas que en la edición de 1805 se señalan. A tenor del análisis de las Bulas y Breves papales introducidos directamente mediante promulgación como normativa civil como por la incorporación de sus principios puedo decir que hay libros de la *Novísima Recopilación* cuyas leyes están en gran medida afectados de la normativa canónica. Ciertamente esto no puede extrañar en los libros primero, relativo a la “La Santa Iglesia, sus derechos, bienes y rentas: prelados y súbditos y Patronato real” y segundo sobre “La jurisdicción eclesiástica, ordinaria y mixta y de los tribunales y juzgados en los que se ejerce”, cuya normativa en un noventa por ciento es promulgación directa o indirecta de cánones conciliares y, fundamentalmente de Bulas y Breves; sino que un porcentaje también muy significativo se aprecia en títulos sobre materias puramente civiles o penales: es sorprendente el seguimiento de las directrices marcadas por los Concilios tanto ecuménicos como provinciales y después por las bulas y breves papales en materia como las fiestas, las actividades que estaban prohibido realizar en días de fiestas religiosas, la fijación del calendario con total sujeción a la normativa eclesiástica, las asociaciones, etc., por hablar de temas aparentemente poco importantes, pero lo mismo puede decirse de los temas matrimoniales, de Derechos reales, de obligaciones o penales.

No obstante lo cual, hubo determinados temas en los cuales la Iglesia tuvo un interés especial y por ello lo tomamos como referencia, así, por ejemplo, en materia de bienes de la iglesia, hasta el siglo XIX se actuó generalmente con autorización papal para proceder tanto a expropiaciones de tierras eclesiásticas e incorporación a la Corona, como para cualquier tipo de actuación sobre su patrimonio (diezmos, pensiones, beneficios, etc.). Uno de los casos más evidentes es el de la extinción de la Compañía de Jesús, para lo cual se aplica un breve de Julio I de 21 de julio de

⁵² *Nov. Recop.* 2.3.6, también leyes 7 a 14.

⁵³ *Nov. Recop.*, 1.22.1-6.

⁵⁴ *Nov. Recop.*, 1.23.8 y ss.

1773 (*Nov. Recop.*, 26.1.4, en notas 12 al 14 de esta ley, puede apreciarse la sucesión de breves papales sobre los que actuó la normativa civil).

Por lo tanto debe deducirse que se mantenían dos criterios diferentes, siendo el Estado restrictivo en materias de aplicación de los Concordatos en lo que afectaba, por ejemplo, al patronato real, así como a su jurisdicción (especialmente en materia de recursos de fuerza) y, por el contrario, respetuoso, e incluso tomando la iniciativa de solicitud de breves papales en materia económica.

En tercer lugar debe tenerse en cuenta para el tema que nos ocupa la importancia de los Concordatos, por los cuales se intenta llegar a un punto de acuerdo entre la Iglesia y el Estado, transigiendo en cesiones mutuas sobre los actos del pasado y previniendo el futuro en los asuntos que se trate. Para el tema de análisis del patrimonio de la Iglesia afectan los Concordatos de 1737, 1753, 1851 y 1951.

En este proceso que muy brevemente estamos analizando la Ilustración y la difusión del regalismo real fue introduciendo un elemento de desequilibrio en cuanto a la penetración del Derecho canónico en la normativa civil y de la continua injerencia de la jurisdicción eclesiástica en la ordinaria. No obstante el hito fundamental lo va a marcar primero la independencia de América y la Revolución francesa, los cambios que se producen en occidente a partir de este momento van a producir la ruptura de la concepción del Derecho y de los principios jurídicos que hasta ahora se habían difundido en Europa, el *Ius commune*, para dejar paso a unos principios diferentes que son los que se van a desarrollar en las Constituciones de los diferentes países, si bien no hay tanto cambios conceptuales en el Derecho privado, que sigue manteniendo principios fundamentalmente procedentes del Derecho romano, sí los hay en otros que afectan tanto al Derecho privado, como al Derecho público, como la introducción del principio de igualdad, la modificación de la esencia del concepto de propiedad y la desaparición de los bienes amortizados, las bases del procedimiento y la ley penal⁵⁵, que lo arrebatan definitivamente de su mezcla con el Derecho privado, etc.

Lo fundamental de la ruptura está en el Derecho público, donde se va a modificar la teoría política en torno al vicariato de los reyes, en cuanto a la concepción de radicación de la soberanía, en la división de poderes, en la participación ciudadana en el legislativo, etc.

Los más de dos siglos de avance en todas las materias que hemos recorrido desde la Revolución francesa creo que hacen inviable una vuelta a la recuperación de la tradición europea basándose en el *Ius commune*.

III. De la utopía de la unión de Europa a la realidad de la Unión Europea

Durante el periodo del *Ius commune* por Europa se difundieron unos mismos conceptos jurídicos, ahora, por primera vez Europa intenta conformar una Unión por

⁵⁵ Vid., J.H. Merryman, *La tradición jurídica, o.c.*, pp. 38-46, 163 y ss.

voluntad de los diferentes Estados y la votación de sus ciudadanos, en un proceso que se presenta como un estadio intermedio entre el inicio del proyecto de construcción europea, mediante el Tratado de la Comunidad Económica Europea de 1957 en Roma y un futuro de integración progresiva del resto de los países aún no incluidos en la Unión, donde ya se han desbordado ampliamente los inicios puramente económicos de aquélla, aunque subsistan en su base. En otras ocasiones la unión de Europa se ha intentado por la fuerza. Pero también se pueden barajar conceptos diferentes que hoy están en todos los aspectos de nuestra vida, en el concepto que denominamos globalización. El primer intento de globalización no es tan ajeno al ya elaborado en siglos anteriores de *pancomunió*n unido a la religión.

Pero de muchas otras formas se han esbozado sistemas de unión ideal que surgen, precisamente con el Renacimiento (no olvidemos que el Renacimiento es el movimiento cultural, artístico y literario, que coincide con el movimiento que desde el punto de vista jurídico hemos aquí denominado *Ius commune*), que no fueron sino exposiciones ideales de organización de hombres, ciudades o Estados, a los cuales incluimos en el género de la Utopía.

La evolución de estos proyectos de unión entre los pueblos con el fin de conseguir la paz, ha sido plasmada por Armand Matterlart⁵⁶ que considera que, tras el mundo imaginario en el cual se resumen muchas de las utopías que sobre la unión de pueblos se han esbozado, está la idea de *pax christiana*, como horizonte mítico de la sociedad que se genera en el humanismo. Es interesante seguir el desarrollo de las diversas concepciones que se han elaborado sobre la comunidad ideal, desde la república de Utopía de Tomás Moro (escrita por encargo de Erasmo) en la cual esboza un mundo ideal contrario al de la Inglaterra de entonces, haciendo una denuncia de la complicidad de los teólogos y monjes en la perpetuación de la ignorancia y de las supersticiones, así como de la guerra; pero, no obstante este planteamiento, tanto Erasmo como Tomás Moro consideraban que el problema estaba en la necesidad de una reforma de la Iglesia, de modo que se pudiera llevar a la *Civitas christiana*, en ningún caso en una ruptura.

Posiblemente el mejor precedente de la Unión está en la obra del Abate de Saint-Pierre: *Proyecto para instaurar la paz perpetua en Europa* (publicado en 1713 los dos primeros volúmenes y en 1715 el tercero), que junto con su Compendio, publicado doce años después, hace una exposición de los cinco puntos en los cuales se debe basar la unión de Europa para conseguir la paz y la seguridad⁵⁷.

⁵⁶ *Historia de la utopía planetaria. De la ciudad profética a la global*, Paidós, Barcelona, 2000.

⁵⁷ Se concreta en cinco premisas consistentes en: a) A través de la Sociedad permanente los soberanos se proporcionarán mutuamente seguridad contra las guerras extranjeras y las civiles, con lo que disminuirá el gasto militar y se incrementará la seguridad del comercio; b) Cada aliado contribuirá a los gastos en proporción a sus ingresos y las cargas de su Estado; c) Los grandes aliados renuncian al uso de las armas y adoptan la vía de la conciliación a través de la mediación de una asamblea general perpe-

IV. Reflexiones finales

Parafraseando las palabras de Giscard d'Estaing que consideraba al Tratado Constitucional como la representación de un edificio, porque constituye un conjunto coherente y un equilibrio porque se ha buscado el mejor punto de equilibrio entre el papel de la Unión y de los Estados miembros, considero que fue durante el periodo del *Ius commune* cuando Europa, por primera vez, hizo un intento de coherencia en cuanto a los conceptos jurídicos que impregnaron un Derecho y también, por vías diferentes, se intentó un equilibrio político, en el que frecuentemente su pérdida llevó a la guerra. Pero éste fue uno de los medios empleados para la imposición por la fuerza del equilibrio, que siempre mantuvo una tensión en la cual el poder de la Iglesia fue elementos fundamental sobre el que pivotaban las fuerzas. Por primera vez la Ilustración intentó romper el poder de la Iglesia y el constitucionalismo, no tanto el del siglo XIX como el del siglo XX, tendió claramente hacia la laicidad de los Estados. Así, indicaba H.J. Berman, que en el siglo XX por primera vez la religión se ha vuelto prácticamente asunto privado, en tanto que el Derecho se ha vuelto, en gran parte, cuestión de conveniencia política: ninguna de ellas expresa ya claramente la visión que la comunidad tiene de su futuro y de su pasado; estos cambios señalan el fin de una época, la crisis del modelo anterior⁵⁸.

En esta trayectoria el periodo que supuso el *Ius commune* en el que el Derecho canónico estuvo presente no debe ser obviado, supuso uno de los momentos fundamentales en la conformación de la cultura jurídica europea, no obstante, creo que deben resaltarse algunos de sus elementos distorsionadores en relación con los principios que rigen el Derecho actual:

Primero, por el largo camino recorrido desde el siglo XVIII hasta ahora también culturalmente en el que la Ilustración y el constitucionalismo han sido importantes aportaciones a la introducción de nuevos principios jurídicos que son los que hoy predominan y en los que el Derecho anglosajón tiene un importante papel en la construcción de las instituciones europeas.

Segundo, porque la labor del Derecho canónico en términos positivos en el Derecho privado habría que analizarla más detenidamente: desde el Concilio de Letrán de 1215 actuó de forma discriminadora de las minorías étnicas y religiosas, así como de las personas con posición débil dentro de la sociedad: mujeres, niños, enfermos, discapacitados, etc. Esta realidad jurídica no puede obviarla la posición de beneficencia que algunas de sus instituciones adopta y, que sin duda son meritorias, especialmente cuando hubo dejación total del Estado.

tua, llamada la Dieta General de Europa; e) Estas disposiciones son intangibles, salvo el consentimiento unánime de todos; esta Confederación europea está regida por un Senado cuyos asuntos son tramitados por un Consejo y unas Comisiones, dispone de un ejército internacional, aunque respeta los asuntos internos y tiene su capital en Utrecht (ciudad de paz), donde se publica el proyecto, *Ibid.*, 75-76.

⁵⁸ H.J. Berman, *La formación de la tradición jurídica de Occidente, o.c.*, pp. 8, 44, *passim*.

En tercer lugar, porque desde el punto de vista del Derecho público y de las relaciones internacionales siempre se situó en una posición de poder como un Estado, utilizando la disgregación como forma de prevalecer en su posición y no en una situación de integración en un mundo convulso.

En cuarto lugar, porque sólo una parte de la Iglesia es la que reivindica este legado cultural (la iglesia católica), aunque quiera encubrirlo con el término “cristianismo”, consciente de que el proceso del que aquí hemos tratado del *Ius commune* como período de integración jurídica de la mayor parte del espacio europeo, no fue ni total ni idéntico en todos los países que son o serán miembros de la Unión Europea y que, a pesar de que el *Ius commune* como tal se mantuvo en los distintos países aún después de la división religiosa, sin embargo nunca se consiguió la tolerancia en esta materia para las minorías no dominantes, fueran católicos, calvinistas, luteranos o anglicanos siempre se identificó una religión con un Estado cuyo rey se erigió en salvaguarda de una determinada confesión, que solo empieza a introducirse un cambio con la Ilustración y se consolida sólo con el constitucionalismo del siglo XIX.

Finalmente, por no señalar sino el que para mí sería el argumento fundamental y primero, ya en el terreno más cercano a la valoración personal, porque en una sociedad multicultural como en la que estamos inmersos con una clara tendencia hacia la laicidad, los aspectos religiosos, de cualquiera de las religiones, considero que deben quedar en la esfera de la privacidad del individuo, sin que sean factor de discriminación ni negativo ni positivo y del mismo modo erradicado del Derecho y, por tanto, de lo que será la Norma Fundamental de la Unión Europea. En este sentido abogar al patrimonio religioso, especialmente cristiano, estando en la base la consideración de que la Iglesia católica sigue manteniendo una posición de salvaguarda de los valores éticos de la sociedad es, además de claramente discriminatorio y contradictorio con el art. 51 de la Constitución. La sistemática vuelta a este elemento sería, y esto es peligroso, retroceder a lo que Wieacker señaló para el *Ius commune* en el cual la Iglesia de Roma “no solamente representó ante Europa una poderosa imagen de la realidad, que sobrevivió, omnipresente y al mismo tiempo, en carne y sangre, al Derecho romano en cuanto se descompuso la potencia creadora del *Imperium*. Por ser la ética social la fuente de todo Derecho vivo, al continuar la ética social cristiana siendo la ética social europea hasta bien entrado el siglo XVIII, la doctrina cristiana determinó el pensamiento jurídico europeo aun allí donde apenas si se han conocido ya legisladores y juristas de esta comunión. Eso significa que todo Derecho se aproxima a lo absoluto en una relación subordinada y que siempre ha de volver a justificarse ante una idea de Derecho”⁵⁹.

En la pugna que estuvo tan presente en el *Ius commune* entre el poder del papa y del emperador o el rey, creo que es mejor desentrañar la etimología de las palabras, frente a religión, de *religare* (atar atrás, amarrar, sujetar), prefiero absoluto, de *absolvere* (sin ligaduras).

⁵⁹ F. Wieacker, *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, o.c., 18.