

Ius Commune y Common Law

Ius Commune and Common Law

Miguel Ángel JUSDADO RUIZ-CAPILLAS

Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado

Departamento de Derecho Eclesiástico del Estado. Facultad de Derecho

Universidad Complutense de Madrid

majusdado@hotmail.com

Recibido: 6 de febrero de 2008

Aceptado: 26 de marzo de 2008

RESUMEN

En este trabajo se analizan algunas causas del origen y evolución de las dos grandes tradiciones jurídicas de Occidente: *ius commune* y *common law*. Desde Bolonia hasta París y Salamanca, empezó a estudiarse un *ius commune* con vocación universal, cuyas dos caras fueron, Derecho romano y Derecho canónico. El Derecho romano, a partir del siglo XI, fue recibido en todo el continente europeo. Inglaterra no lo incorporó a su orden jurídico consuetudinario. Como tampoco lo hizo con el Derecho canónico, por el temor de la monarquía a perder la unidad y el control de su derecho, frente al derecho de la Iglesia. Las constituciones de Clarendon, impuestas por Enrique II a Becket, son un símbolo del freno al derecho de la Iglesia, ante el derecho de la Corona en Inglaterra

PALABRAS CLAVE: *ius commune*, *common law*, recepción del derecho romano, derecho canónico, universidades.

ABSTRACT

The two great legal western traditions - *ius commune* and common law -, along with some of their causes, origin and aspects of their evolution are analyzed here. From Bologna to Paris and Salamanca, *ius commune*, whose two faces were Roman law and Canonical law, began to be studied with an universal vocation. The Roman Law was received in all the European continent from the 11th century on. England did not incorporate it to its customary legal order. Neither did the canonical law, through the monarchy's fears to lose the unit and the control of his law, against the Church's law. The Clarendon constitutions, imposed by Henry the 2nd to Becket, are a symbol of the brake imposed to the Church's law, before the English Crown's law.

KEYWORDS: *ius commune*, common law, Roman Law reception, canonical law, universities.

RÉSUMÉ

Dans ce travail on analyse quelques causes de l'origine et l'évolution des deux grandes traditions juridiques d'Occident : *ius commune* et *common law*. Dès Bologna jusqu'à Paris et à Salamanque, on a commencé à étudier un *ius commune* avec vocation universelle, dont les deux faces ont été le Droit romain et le Droit Canon. Le Droit romain, à partir du XI^{ème} siècle, a été reçu dans tout le continent

européen. L'Angleterre ne l'a pas incorporé à son ordre juridique coutumier. Comme ne l'a pas fait non plus avec le Droit canon, par la crainte de la monarchie à perdre l'unité et le contrôle de son droit, face au droit de l'Église. Les constitutions de Clarendon, imposées par Henry II à Becket, sont un symbole du frein au droit de l'Église, devant le droit de la Couronne en Angleterre.

MOTS CLÉ : *Ius commune, common law*, réception du droit romain, droit canon, universités.

ZUSAMMENFASSUNG

Einige Ursachen von Ursprung und Entwicklung der beiden großen Rechtstraditionen des Abendlandes liegen dieser Arbeit zugrunde, nämlich das *Ius Commune* und das *Common Law*. Von Bologna ausgehend bis Paris und Salamanca begann das Studium eines *Ius Commune* mit universeller Berufung, dessen zwei Gesichter das Römische wie das Kanonische Recht verkörperten. Seit dem 11. Jahrhundert wurde in ganz Europa das Römische Recht rezipiert. England machte dieses indes nicht zu einem Teil seiner gewohnheitsrechtlich geprägten Ordnung. Ebenso wenig tat es dies mit dem Kanonischen Recht aus Angst, die englische Monarchie könnte -im Hinblick auf das Recht der Kirche- die Einheit und die Kontrolle über ihr Recht verlieren. Die Konstitutionen von Clarendon, die Heinrich II. Becket auferlegte, wurden zum Sinnbild der Ausbremsung des Rechts der Kirche vor dem Recht der englischen Krone.

SCHLÜSSELWÖRTER: *Ius Commune, Common Law*, Rezeption des Römischen Rechts, Kanonisches Recht, Universitäten.

SUMARIO: I. *Ius Commune* en el continente. 1. La Recepción del Derecho romano. 2. El Derecho canónico clásico. II. La escisión de Inglaterra: el *common law*. III. Consideraciones finales.

I. *Ius Commune* en el continente¹

El fenómeno de la creación de un derecho común —*ius commune*— en la Europa medieval y continental, obedece a un conjunto de diversas circunstancias históricas. Como es bien conocido, dos de ellas fueron decisivas, coetáneas y convergentes: la *Recepción del Derecho romano* en primer lugar y, sin solución de continuidad, el esplendor del Derecho canónico clásico².

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación financiado por la Comunidad de Madrid 'La libertad religiosa en España y en Derecho comparado, y su incidencia en la Comunidad de Madrid' (S2007/HUM-0403).

² F. Calasso, *Medio Evo del Diritto*, Milano 1954. Entre otros estudios jurídicos clásicos sobre el derecho medieval, sirva como marco de referencia esta obra de consulta obligada para el investigador. Y no —por reiterada— menos importante en todos los trabajos atinentes a la cuestión que aquí se analiza.

1. La Recepción del Derecho romano

Se trata del acontecimiento central del Derecho en la Edad Media —propriadamente hablando— desde la segunda mitad del siglo XI. En cierto modo, cabría pensar que el *Renacimiento* se adelantaba tres siglos en el ámbito del Derecho. Pero la Recepción del Derecho romano, tan estudiada en su índole, causas y efectos, no es un fenómeno repentino surgido por generación espontánea, ni tampoco es una amplificación de la influencia previa del Derecho romano sobre el derecho germánico, que comienza ya en el siglo VI, con anterioridad incluso a la compilación de Justiniano.

Es cierto que aquellas invasiones bárbaras sepultaron en el olvido las bellas artes, cuyos patrones clásicos durmieron enterrados en ruinas como las de Pompeya, o se refugiaron en el Imperio bizantino, o fueron paulatinamente recogidos por la Iglesia. Y de semejante modo, fue relegado y abandonado ese otro “arte de lo bueno y de lo justo” —el Derecho romano en expresión de Celso— cuyas obras clásicas sobrevivirían en ignoradas copias manuscritas de ciertas colecciones protegidas por el exarcado de Rávena; o pasarían de unas bibliotecas a otras como trofeo conquistado³. Pero, no es menos cierto, que desde los comienzos de la dominación germánica, el derecho de los visigodos, francos, longobardos o burgundios, recibió la impronta y la influencia romana, pudiendo hablarse desde entonces de un derecho romano-germánico. Ahora bien, así las cosas, la pregunta clave podría formularse en estos términos: ¿el derecho germánico se injertó espontáneamente en el derecho romano? Evidentemente, no. Roma perdió su imperio por la invasión de aquellos pueblos, y las guerras siempre dejan heridas profundas y difíciles de curar en ambos bandos. El bálsamo que, de alguna manera, contribuyó a suavizar y cauterizar aquellas heridas puede encontrarse —en parte— en la conversión a la fe cristiana, tanto de Roma, como de los pueblos bárbaros⁴.

En ese sentido, el *derecho canónico* constituyó una especie de *línea de armisticio* que preparó el ensamblaje del derecho romano-germánico, a través de innumerables concilios por toda Europa⁵. Un ejemplo paradigmático —anterior a la com-

³ El manuscrito más antiguo del Digesto, copiado hacia el año 600 y conservado actualmente en la Biblioteca Laurenziana, Florencia, estuvo en Amalfi y desde allí fue trasladado a Pisa como donación de Lotario II. Entre los muchos autores que mencionan esta cuestión, en una obra reciente, lo ha hecho A. Torrent, *Fundamentos del Derecho Europeo*, Madrid 2007, p. 209.

⁴ Son numerosos los autores que han subrayado en sus estudios, esta suerte de fondo de ojo cristiano que ilumina la cultura jurídica altomedieval. En su reciente monografía, Torrent recoge también este pensamiento, adjudicando a la Iglesia el depósito de la tradición romana y la unidad no sólo religiosa, sino también cultural y jurídica, ayudando a los pueblos germánicos a superar su carácter excluyente como ha escrito Wieacker. Vid. A. Torrent, *Fundamentos...* cit. p. 208.

⁵ En general, entre el siglo V y el siglo VII, se celebraron no pocos concilios provinciales, de ámbito territorial. Y, para el reino de España, tuvieron una importancia decisiva los concilios de Toledo, que constituyen la serie denominada visigótica. Especialmente desde el III concilio, año 589, al producir

pilación justiniana— es el derecho visigótico recopilado en el Breviario de Alarico en el año 506. *El Breviario*, cuyo contenido es básicamente *derecho romano*, fue elaborado y aprobado por una asamblea de obispos provinciales, según d'Ors⁶. Y en fin, con el correr de los siglos, la restauración del imperio en la persona de Carlomagno y su coronación por el Papa en Roma —en Navidad del año 800— revela esa influencia canónica y romana en la misma denominación: *sacro imperio romano germánico*. Pero, —como es bien conocido— ninguna de estas implicaciones, ni tampoco otras coetáneas, constituyen la denominada Recepción del Derecho romano.

La Recepción del Derecho romano no se realizó *ratione imperii* sino *imperio rationis*, no por razón del imperio sino por el imperio de la razón. Es decir, no tuvo lugar tanto por motivos territoriales del antiguo imperio romano, coincidentes con los vastos, extensos dominios del nuevo sacro imperio romano germánico. Ni tampoco, fundamentalmente, por directrices ni constituciones imperiales, o de los papas. El verdadero impulso, el auténtico motor de la Recepción fue genuinamente racional y científico. En este sentido, estuvo inseparablemente vinculado al nacimiento de las universidades, y por tanto, al cultivo y enseñanza sistemática de la ciencia jurídica del derecho romano.

Irnerio, nacido en Bolonia hacia 1055, y fundador de su estudio jurídico según Kantorowicz, comenzó a enseñar allí cuando fueron traídos a la ciudad los libros de Justiniano. La enseñanza de Irnerio estuvo íntimamente unida con el origen de la universidad de Bolonia⁷. Su magisterio consistía en la lectura sistemática del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, desde el Código a las Instituciones pasando por los 50 libros del Digesto. Y como ha subrayado Van Caenegem, el *Corpus* estaba en latín, la lengua hablada y escrita de los profesores en toda Europa occidental, cuyo trabajo sobre este renacido Derecho se convirtió en el derecho común de todos los juristas sin interferencia de fronteras nacionales⁸. Irnerio, además, figura como causidi-

se la unidad religiosa del reino, hasta el concilio XVII (694) de lamentable carácter antisemita al privar de sus derechos a los judíos, pasando por el VIII en el que se consolidó la distinción entre los bienes del rey y el patrimonio de la corona, o el XIII (683) en el que se llegó a establecer lo que podríamos llamar el *Habeas corpus* visigótico. Cfr. M. A. Jurdado, “Bienes de la Mitra y la Corona, un problema común y soluciones canónicas en los concilios de Agde y VIII de Toledo”, en *L'Année Canonique*, volumen I (1992), pp. 417-423.

⁶ A. D'Ors, “La territorialidad del Derecho de los visigodos”, en *Estudios Visigóticos*, 1956, vol. I, nº 5, pp. 91-150. En aquella asamblea reunida en Aduris, asistieron numerosos representantes de la nobleza galorromana, obispos católicos y arrianos. Vid. también la obra de J. Orlandis, *Historia del Reino Visigodo Español, acontecimientos, instituciones, sociedad, protagonistas*, Madrid 2003.

⁷ Cannata sitúa la fecha fundacional hacia 1088, y prosigue la relación de profesores con los famosos cuatro doctores: Búlgaro, Martino, Hugo y Jacobo que serían consejeros de Federico I Barbarroja en la dieta de Roncaglia en 1158. Cfr. C.A. Cannata, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid 1996, trad. L. Gutiérrez-Masson, p. 145. Vid. R. Gibert, *Elementos formativos del Derecho en Europa*, Granada 1975, p. 81

⁸ R.C. Van Caenegem, *Pasado y Futuro del Derecho Europeo*, Madrid 2003, trad. Luis Díez-Picazo, p. 24. Y también del autor, *An historical introduction to private law*, Cambridge 1992.

co, es decir, como representante de causas y pleitos en los tribunales hasta 1125. Este es el *génesis de la Recepción*, y al mismo tiempo, su *ciclo vital característico*: enseñanza del derecho romano en las universidades, y aplicación práctica desde los tribunales. Naturalmente, esta actividad implicaba y exigía una profunda adaptación de aquellos textos justinianos a los nuevos tiempos. Y esas aplicaciones prácticas destinadas a unificar el derecho chocaban, a veces, con normas y costumbres vigentes. Pero en tal caso, el universalismo romano se imponía sobre ese particularismo de cuño feudal⁹. De hecho, la Recepción fue posible porque los Glosadores restituyeron el Digesto como base del derecho vigente, y al mismo tiempo, como repertorio de categorías conceptuales y método de análisis casuísticos. Sobre la *ratio scripta* del Corpus Iuris aplicaron sus métodos exegéticos y dialécticos¹⁰. Sin duda, por este motivo, el trabajo más brillante de Irnerio consistió en aquellos comentarios al Corpus, mediante glosas interlineares y marginales que le valieron el sobrenombre de *lucerna iuris*.

El esquema de trabajo de Bolonia se repetiría en otras universidades como Padua, Pavía, Perusa y Pisa¹¹. Y aquellos profesores doctores, que también actuaban en los tribunales, fueron cristalizando el fenómeno conocido como la Recepción. Bolonia destacó por el alto nivel de sus maestros: después de Irnerio llegaría Acursio con su Glosa Magna, y luego Bartolo ya a comienzos del siglo XIV, profesor en cuatro de las universidades ya mencionadas; pero también por el elevado número de alumnos procedentes de diversas nacionalidades (cisalpinos y transalpinos)¹², y por el carácter oficial que fue recibiendo la universidad desde una doble instancia: civil y canónica.

Sin embargo, tampoco sería correcto pensar que la Recepción fuera uniforme y simultánea en la Europa medieval de los siglos XII al XV. Sin pretender abordar una explicación exhaustiva, sí conviene hacer algunas precisiones que matizan, tanto los tiempos, como la intensidad del fenómeno en su conjunto. Así, el *Ius commune* se extendió con peculiar intensidad y simultaneidad en Italia, y también en el centro y el sur de Francia, desde el siglo XII. Por el contrario, los intentos de romanización de Inglaterra, a partir del siglo XII, nunca fueron más allá de unas pocas biografías

⁹ Por ejemplo, al debatirse la cuestión de si un vasallo debía mantenerse fiel a su señor en el caso de que éste último se rebelara contra el rey, la respuesta afirmativa del derecho feudal del siglo XIII cedía en Francia ante la invocación romanista de la *lex Julia maiestatis*, aceptándose por el civilista Jean de Blanot una doctrina del Digesto justiniano contra el principio feudal de su tiempo. Cfr. R. Feenstra: "Jean de Blanot et la formule Rex Franciae in regno suo princeps est", en *Etudes d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, II, Paris 1965, pp. 885-895.

¹⁰ La expresión se desprende de los trabajos de Cannata, cit. p. 146.

¹¹ Vid. en este sentido, A. García, *En el entorno del Derecho común*, Madrid 1999, pp. 93-117.

¹² A finales del siglo XII los alumnos citramontanos llegaron de 17 naciones; los ultramontanos, de 13 naciones en 1265, según Gibert, *op. cit.*, p. 74.

personales de ilustres juristas, más o menos eruditos¹³. Alemania, por su parte, no refrendará categóricamente la Recepción¹⁴ hasta el siglo XV, pero entonces lo hará de un modo absoluto. Y en lo concerniente a España, como Italia o el sur de Francia, la Recepción se asimiló desde los comienzos: ya Las Partidas de Alfonso X, en el siglo XIII, son una magna obra jurídica cuyas fuentes son: el *Corpus Iuris*, las Decretales de Gregorio IX, y el derecho feudal consuetudinario¹⁵. En aquella Europa, obras jurídicas pioneras, como las *Exceptiones Petri*¹⁶ o el *Brachylogus iuris civilis*¹⁷ y *Lo Codi*¹⁸, son pruebas evidentes de que el fenómeno del *Ius commune*, romanizó todo el sur de Francia. Pero desde una línea no lejana al norte del río Loira, subsistía el llamado *pays de droit coutumier*¹⁹. Y si Alemania decidió, en

¹³ Es el caso de Vacario, considerado con su *Liber Pauperum*, como introductor del derecho romano en Inglaterra. Aunque su composición es un epitome en nueve libros de los 50 del Digesto, su fecha no segura de publicación, dataría de 1149. Y sólo dos años después, en 1151, el rey Esteban de Blois mandó retirar todos los libros que versaban sobre el *ius civile*, siendo verosímil que la célebre frase “nolumus Angliae leges mutare” pueda referirse a ésta época. Cfr. R. Domingo, *Juristas Universales*, (AA.VV.) Volumen I, Madrid 2004, pp. 356-357. Posiblemente, Juan Basiano sucedió a Vacario en Inglaterra. Pero la suerte del derecho romano en esas tierras iba a sufrir una nueva prohibición en 1234 por parte del rey Enrique III. *Ibidem*, 357. En el mismo sentido se ha pronunciado toda la doctrina, de la que ahora sólo quiero destacar, el trabajo del prof. Martínez Torrón, *Derecho Angloamericano y Derecho canónico*, Madrid 1991, p.42. Volveré sobre este estudio más adelante.

¹⁴ Durante los siglos XIII y XIV se acentuó la influencia romanista, en el periodo de *Frührezeption*, vid. Cannata, cit. p. 156. Además, entre los estudiantes extranjeros en Bolonia, los agrupados en torno a la nación alemana fueron los más numerosos, y su nación la más fuerte y activa. Vid. Gibert cit. 75.

¹⁵ En España también existieron matices. La pretensión universalista del *Ius commune* en pugna con el derecho consuetudinario, se revela en los fueros del siglo XIII, que representaron una firme reacción para mantener instituciones nacidas de privilegios y costumbres. En este sentido, J. Sánchez-Arcilla, *Manual de Historia del Derecho*, Madrid 2004, p. 187. Para una visión menos específica, A. García, *La recepción del derecho romano en España hasta el siglo XVI*, Salamanca 2002, I, pp. 421-434.

¹⁶ Las *Exceptiones legum Romanorum*, pretenden armonizar la adaptación del derecho romano, desde sus posibles fricciones con el orden canónico y consuetudinario de la región. Redactadas en su forma definitiva en la Provenza o Borgoña, fueron útiles en la enseñanza y en la práctica, según los estudios de Gibert, incluso con anterioridad a Bolonia, cfr. *Elementos formativos...* cit. pp. 66-67.

¹⁷ Kantorowicz, siguiendo a Conrat, reafirmó el origen provenzal de este libro, aunque su carácter post-irneriano revelaría su interdependencia con Bolonia. Vid. *Ibidem*, p. 68

¹⁸ *Lo Codi* se ha puesto en relación con la enseñanza del derecho en Arlés y Montpellier. Como ha sido subrayado por Cannata, la Escuela de los ultramontanos apareció, en paralelo con la de Bolonia, en el centro y el sur de Francia durante los siglos XII y XIII, siendo Placentino un glosador muy destacado y, tal vez, fundador de Montpellier. Aunque el centro de la Escuela fue Orléans, que con su inclinación por la sistemática, configuró el *mos gallicus* frente al *mos italicus* de Bolonia, según dice Cannata, op. cit. p. 147. Se ha llegado a escribir que, a través de *Lo Codi*, el derecho romano penetró en la práctica, cfr. R. Feenstra, *Fata Iuris Romani*, en *Etudes d'histoire du droit*, Leiden 1974.

¹⁹ Frente al *pays de droit écrit*, que era el derecho romano recogido en libros, cfr. Van Caenegem, op. cit., pp. 13-14. La *Coutume de Paris* se fijaría por escrito y, en 1539, los eruditos que la comentaban como Ch. Dumoulin, al haberse formado ellos mismos en el Derecho romano, otorgaron a éste un papel supletorio, pero integrador y unificador. *Ibidem*, p. 35. Vid. Cannata, cit. pp. 171-172.

1495, incorporar la *Rezeption* para todos los Estados Alemanes, el derecho consuetudinario medieval tuvo vocación de subsistencia, particularmente en Sajonia, donde nunca se perdería aquella memoria del *Sachsenspiegel*²⁰.

Una última acotación, se revela conveniente, ahora, antes del estudio del Derecho canónico clásico. Precisamente, porque este Derecho canónico, aparece como la otra cara de la moneda —el reverso del euro— en el *Ius commune* de aquella Europa unida de los siglos XII-XIV. Un derecho que arranca, como el derecho romano, en Bolonia en el siglo XII. Pero cuya influencia recorrerá el continente, más deprisa, en virtud de la fuerte centralización de la Iglesia, tras el Pontificado de Gregorio VII²¹, y gracias a la ausencia de fronteras, no sólo lingüísticas, sino tampoco étnicas, o políticas. Antes de abordar este análisis, tan sólo procede reseñar con Cannata el *modus operandi* de aquella síntesis entre derecho romano, derecho canónico y derecho consuetudinario. La solución fue considerar el derecho romano como *ius commune* para las cosas temporales; el canónico como *ius commune* para las cosas espirituales; y el derecho local y consuetudinario como, una suerte o clase de *derecho especial*, con respecto al derecho general del *utrumque ius*²².

2. El Derecho canónico clásico

Siguiendo a Pedro Lombardía,²³ el Derecho canónico clásico abarca un período que se inicia en el año 1140 y se extiende hasta el año 1325. En estos casi dos siglos, el derecho canónico alcanzará su esplendor —en esto coincide toda la canonística— básicamente por *tres causas*: por su estudio científico y sistemático en la *universidad*; por la técnica jurídica procedente de la *Recepción* del Derecho romano; y por el prestigio del *Pontificado* tras la reforma gregoriana y la firma del Concordato de Worms (1122), que aportó un principio de solución al problema de las investiduras. Personalmente, me atrevería a decir que el factor principal y desencadenante de los otros dos, es el primero: el cultivo de la ciencia canónica en *las universidades*. Y a su vez, este hecho primordial tiene un primer protagonista universalmente reconocido: Graciano.

Graciano, considerado como el fundador de la ciencia canónica, escribió en Bolonia hacia el año 1140, una *Concordia discordantium canonum*, para clarificar las frecuentes divergencias existentes entre los cánones de diversos concilios y las decretales pontificias que regulaban materias semejantes. Su propósito fue articular

²⁰ Van Caenegem, *Pasado y Futuro del Derecho Europeo*, cit. p. 18. También Cannata, cit. pp. 151-160. Y, con Cannata, Torrent data la redacción del *Sachsenspiegel*, entre 1215-1235 para Sajonia. Este fue reformulado en 1275, como *Schwabenspiegel*, compendio del derecho alemán, *Fundamentos...*, cit. p. 275.

²¹ Cfr. P. Lombardía, *Lecciones de Derecho Canónico*, Madrid 1984, p. 30. También, J. Maldonado, *Curso de Derecho Canónico para juristas civiles*, Madrid 1975, pp. 303 y ss.

²² Cfr. C. A. Cannata, *Historia de la ciencia jurídica...* cit. p. 148.

²³ Lombardía, *Lecciones de Derecho Canónico*, cit. p. 31.

con criterios de unidad y jerarquía todo el Derecho de la Iglesia. Aunque la obra tuvo carácter privado, su prestigio eclipsó las colecciones anteriores y, muy pronto, fue admitido en los tribunales y en las cátedras universitarias. El mérito y el acierto del Decreto de Graciano —como en adelante se conocería— se debe a la unidad interna de su contenido que procede de una rigurosa selección de los textos de las colecciones anteriores, así como del método dialéctico que acredita al autor como maestro de pensamiento y vida²⁴. En efecto, en todo el Decreto, pero sobre todo en la segunda parte, dividida en treinta y seis causas, Graciano confronta las diversas autoridades sobre una misma materia, y a través de casos prácticos en litigio va resolviendo con sus comentarios (*dicta*) todas las posibles antinomias existentes en los textos de las fuentes. Este trabajo sistemático, apoyado en la casuística, y buscando la armonía dialécticamente entre cánones y decretales (leyes eclesiásticas) es la clave del arco de la ciencia jurídica. Una ciencia, que por impartirse en Bolonia con posterioridad a Irnerio, recibió el influjo de la *técnica jurídica* de la Recepción, contribuyendo a una neta distinción entre Derecho canónico y Teología²⁵, ciencias que habían discurrido durante el primer milenio sin una clara distinción de métodos.

La importancia del Decreto, que se constituyó como hemos dicho en referente de los tribunales y las cátedras, desencadenó el trabajo de los decretistas. Durante los siglos XII y XIII se desarrollaron crecientes estudios de interpretación del Decreto, extrayendo principios generales, haciendo selecciones y resúmenes (*summae*) que sirvieron de base para la enseñanza (*lectiones*), y que facilitaron la fijación de un texto común o *glosa ordinaria* que, aceptado por los tribunales, solía acompañar al Decreto²⁶. Entre los discípulos más destacados del maestro Graciano, cabe señalar a Paucapalea y muchos otros. Siempre se subraya la figura de Rolando Bandinelli, ya que éste fue más tarde, el Papa Alejandro III, uno de los grandes papas legisladores. Una prueba evidente de que el prestigio del pontificado, al menos jurídico, derivó en buena medida del cultivo de la ciencia canónica en la universidad.

Bolonia concitó desde el inicio de su singladura, y por los grandes maestros que allí enseñaban, unas excelentes relaciones con el poder civil y eclesiástico. La Iglesia y el Imperio fueron imprimiendo carácter oficial a esta universidad. Y así, unos años después de la aparición del Decreto, concretamente en la dieta de Roncaglia 1158²⁷, Federico I promulgó la constitución *Habita*, considerada como el

²⁴ Gibert, *op. cit.*, p. 96.

²⁵ A. García, *En el entorno del Derecho común*, cit. p. 15.

²⁶ Cfr. Maldonado, *Curso de Derecho canónico para juristas civiles*, cit. p. 335.

²⁷ Según Ullmann, en Roncaglia se cimentó la alianza entre el imperio de los Staufen y los juristas de Derecho romano, al presentarse Barbarroja como sucesor de los antiguos emperadores romanos. Cfr. W. Ullmann, *Law and politics in the Middle Ages. An introduction to the sources of medieval political ideas*, London 1975, p. 93. Esta anécdota se inscribe en la trayectoria que culminará con la Recepción del Derecho romano en Alemania, y contrasta con la primera prohibición del *ius civile* en Inglaterra ya siete años antes de Roncaglia, en 1151 por el rey Esteban de Blois, como se ha reseñado en la nota 12.

primer documento del derecho académico medieval, estableciendo garantías para los estudiantes *sobre todo si profesan leyes*²⁸ y esbozando los orígenes del fuero universitario en Bolonia. A comienzos del siglo XIII, el papa Honorio III promulgó una constitución por la que se confería al archidiacono de la catedral de Bolonia la facultad de otorgar la *licentia docendi*, previo examen de los candidatos por sus maestros. Y, precisamente, hacia el año 1200, se produce la modernización de los tribunales eclesiásticos, en el sentido de que sus jueces y funcionarios empiezan a ser licenciados universitarios.²⁹

Raimundo de Peñafort, dominico español y antiguo profesor en Bolonia, recibió en el año 1230, un encargo del papa Gregorio IX, en cuya penitenciaría trabajaba: compilar las decretales pontificias posteriores al Decreto en una sola obra unitaria y sistemática. Peñafort se basó en algunas colecciones de ilustres profesores boloñeses anteriores a él, como Bernardo de Pavía o Juan de Gales, así como en las decretales de los papas legisladores y en los cánones de los concilios generales celebrados. El resultado fue una gran obra dividida en cinco libros, distribuidos por materias según el criterio de Bernardo de Pavía, *iudex, iudicium, clericus, connubium, crimen*³⁰. El texto fue promulgado oficialmente por el papa Gregorio IX en 1.234, y remitido a las universidades de Bolonia y París, para que fuera utilizado universalmente, *in iudiciis et in scholis*, en los procesos y la enseñanza. Recibió el nombre de *Decretales* por antonomasia. Y constituyó, durante siglos, el núcleo fundamental de la legislación de la Iglesia, en cuya exégesis y comentario se esforzaron los mejores canonistas de la historia³¹.

El Derecho canónico clásico se completó con otros textos. En primer lugar, el *Liber Sextus* promulgado el año 1298 por el papa Bonifacio VIII, y remitido a las universidades de Bolonia y Salamanca; probablemente se llamó así para poner de relieve su carácter complementario de los 5 libros de la gran colección de 1.234. En segundo lugar, las Decretales Clementinas, que fueron promulgadas en 1.317 por un papa con residencia en Avignon, Juan XXII, pero que deben su nombre al hecho de haberse preparado ya durante el pontificado de Clemente V. La unidad de todas estas colecciones, el Decreto, las Decretales, el *Liber Sextus* y las Clementinas se reflejó en la costumbre de denominar *Corpus Iuris Canonici*, al conjunto de todas ellas, estableciéndose un parangón con el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano.

En suma, los itinerarios descritos para la Recepción del Derecho romano, y el esplendor del Derecho canónico clásico, se entrecruzan en la Europa medieval. Y, a

²⁸ La constitución *Habita* vino a equiparar los privilegios de los estudiantes laicos en derecho romano, con los de los clérigos estudiantes en derecho canónico. Cfr. Van Caenegem, *Pasado y Futuro...* cit. p. 93.

²⁹ Vid. *Ibidem*, p. 94.

³⁰ Del juez, del proceso, del clero, del matrimonio, del delito.

³¹ Lombardía, *op. cit.*, p. 32

través de ese catalizador de las universidades, van a cristalizar en un Derecho culto constituido por los dos Derechos: el Civil, a través de la Recepción del *Corpus Iuris Civilis* justiniano, y el Canónico contenido en el *Corpus Iuris Canonici*. Durante los siglos XII-XIV los estudiantes de Leyes en las universidades empezaron a recibir sus doctorados en uno y otro derecho, *iuris utriusque doctor*; y este derecho común unificaba los criterios para administrar justicia en los tribunales. Una famosa Bula de Nicolás IV en 1291, confirmada por Clemente V, en 1310, concedió que aquellos licenciados en *Bolonia in utroque iure* pudieran legislar y enseñar en cualquier otro lugar.

II. La escisión de Inglaterra: el *common law*

Ya se ha señalado que el *Ius commune* fue, verdaderamente, un derecho común dentro de la Europa *continental*. En esas centurias, Inglaterra, una vez concluida la dominación normanda, iniciará su propia singladura del derecho anglosajón.

Esta diferente formación del derecho en Inglaterra debe buscarse, sin duda, en su peculiar idiosincrasia, y en la capacidad de la Corona para orientar, en su propio beneficio, todo aquel sistema judicial³². De hecho, la *justicia del rey* creó su peculiar *common law* unificando las costumbres locales de los condados. Y la *Curia regis*, actuando como tribunal central³³ empezó a registrar, en el siglo XIII, los precedentes del derecho anglosajón adherido a la tradición del *stare decisis*.

Inglaterra empezaba a desmarcarse del continente en lo que al derecho se refiere, aunque, al mismo tiempo, mantenía lo mejor del *espíritu del Derecho romano*: su *veneración por la jurisprudencia*, en un sistema judicial casuístico y adherido a los precedentes. Inglaterra no incorporó el fenómeno de la Recepción y, obviamente, no romanizó su derecho. Pero podríamos decir que, desde el interior de aquel derecho feudal y consuetudinario, se abrió hacia un método jurisprudencial que *emulaba* en su esencia el espíritu de los jurisconsultos romanos³⁴. En este sentido, no deja de ser una tesis extraordinariamente sugerente y, por lo demás, típicamente representativa de la *weltanschauung* del Reino Unido, la descrita por el profesor italiano Maurizio Lupoi en sus originales trabajos de derecho comparado³⁵. Lupoi se enfrenta con el problema desde el otro lado del espejo, para afirmar que fue el con-

³² Martínez-Torrón, *Derecho Angloamericano...* cit. pp. 29-35.

³³ Torrent aborda los orígenes del sistema, señalando dos fechas capitales, 1135 y 1185. La primera, marca un hito para los usos legales del *Exchequer*, que impone justicia rápida y sanciona con multas de cuantía importante a quienes incumplen sus obligaciones financieras con el rey. El *Exchequer*, el brazo más importante de la Curia regis, fue desde 1135, el primer gran tribunal de *common law*, y desde 1185, sus ministros empezaron a denominarse jueces. Vid. *Fundamentos*, cit. pp. 248-258.

³⁴ El *Tractatus de legibus et consuetudinibus Angliae* de H. Bracton, en 1258, parece conectarse ya de forma incipiente con el método del *case law*, y con los *Year Books* a partir de 1292. *Ibidem*, 257.

³⁵ M. Lupoi, *Alle radici del mondo giuridico europeo. Saggio storico-comparativo*, Roma 1994.

tinente quien cortó con Inglaterra y la continuidad del derecho medieval, y no al revés. Algo que había sido ya sugerido por otros autores, no sólo por la facilidad de la inversión dialéctica, sino por la íntima conexión del desarrollo del *common law* centrado en opiniones, debates y casos, sobre una fórmula de acción cual es el *writ* del canciller, en estrecho paralelismo con la fórmula del pretor en el Derecho romano clásico³⁶. El derecho común anglosajón desconoce, ciertamente, la veneración por las grandes teorías y elaboraciones de la dogmática jurídica. Y, en este aspecto, está algo más cerca del Derecho romano clásico que nuestros ordenamientos del continente, paradójicamente ahormados, sobre una Recepción formal del derecho romano. No obstante, aquella profunda escisión entre *ius commune* y *common law*, debería ser focalizada en aras de una mejor comprensión, con la ayuda de una retrospectiva jurídica que pudiera recorrer, sin problemas, la singladura de los siglos XIII-XIV. Y esa *retrovisión*, no es posible sin las fuentes, a cuyo estudio volvemos, siquiera en sede doctrinal.

Los libros II y V de las Decretales, el *proceso* y el *procedimiento criminal*, iban a tener una trascendencia tan extraordinaria que, en conexión con el derecho romano, terminarían conformando el llamado proceso romano-canónico: ese proceso común para todo el continente. No procede aquí, abordar una exposición detallada sobre este procedimiento, pero sí un breve enunciado de sus líneas de inserción y consolidación dentro del derecho medieval³⁷. Entre nuestros canonistas complutenses, Maldonado, realizó una excelente síntesis de su origen³⁸. Y el mismo autor, siguiendo a Bussi, señaló la convergencia romano-canónica³⁹. En suma, un procedimiento basado en la escritura, el poder de investigación del juez sobre todo en las causas penales⁴⁰, y las distintas fases con términos preclusivos. Y en fin, la apela-

³⁶ Tal es la opinión de Caenegem, siguiendo a F. Pringsheim, "The inner relationship between English and Roman Law", *Cambridge Law Journal* 5, 1935, 347-365. Vid. *op. cit.*, p. 52.

³⁷ Van Caenegem, escribe textualmente: "bajo la influencia del procedimiento romano-canónico, el papel del juez se hizo más importante, primero en los tribunales eclesiásticos de todo el mundo, y después en los tribunales laicos del Continente". *Pasado y Futuro...* cit. p. 65. Advuértase como el autor subraya el universalismo para la Iglesia, y el carácter continental para el *Ius civile*.

³⁸ La acción *secundum canones* permitía que la autoridad eclesiástica, conociese de las reclamaciones por incumplimiento de pactos, mediante la que se denominó *denuntiatio evangelica*, a tenor de lo que se dispuso en el capítulo 13, Título 1, Libro II de las Decretales. Y si los pactos habían sido reforzados por juramento, entonces el juez canónico podía recabar la competencia del juez civil, ya que *ratione perjurii sunt de foro ecclesiastico*. Cfr. *Curso de Derecho Canónico para juristas civiles...* cit. p. 362.

³⁹ Una decretal regulada en el capítulo 14, Título 22, Libro II de las Decretales, admitió la efectividad de la obligación del pago de una deuda, siempre que estuviera aceptada por escrito, y en dicho escrito se hiciera mención de la causa de la deuda. De esta suerte, la confesión extrajudicial reconocía ante los tribunales canónicos la fuerza de los pactos *cum causa*, equiparándolos con la *stipulatio* civil, en cuanto *pacta nuda a sollemnitate sed non a causa*. *Ibidem*, p. 363. Vid. también Caenegem cit. 62, sobre los *ordines iudicarii* y el *Speculum iudiciale* de Guillermo Durand, publicado en 1271.

⁴⁰ El viejo proceso acusatorio abrió camino a la técnica inquisitorial. Vid. Caenegem, cit. pp. 65-66.

ción al tribunal *ad quem* con efecto suspensivo en el tribunal *a quo*⁴¹. Este proceso romano-canónico, como es sabido, en permanente interinfluencia con el derecho sustantivo del *Ius commune*, configuró el derecho medieval continental. Y, sin embargo, no arraigó en Inglaterra.

Así las cosas, parece conveniente detener el estudio en este punto de inflexión, para ralentizar aquellos fotogramas históricos, en los que se produce la bifurcación entre *Ius commune* y *common law*. Las causas de aquella escisión jurídica, entre Inglaterra y el Continente, han sido objeto de nuevo estudio, inventario y análisis, recientemente⁴². Pero esa multiforme variedad de causas, culturales, económicas, de oportunidad, etc. pueden reconducirse a dos causas principales, políticas y legales, profundamente interconectadas entre sí.

La estrecha relación e interdependencia entre *proceso, derecho y poder*, ya fue analizada por los procesalistas clásicos⁴³. En efecto, Calamandrei nos recuerda que el proceso civil *inquisitorio* es el proceso civil sobre relaciones *indisponibles*. Y en las controversias sobre éstas⁴⁴ resultan inaplicables los institutos del proceso *dispositivo*. Obviamente, nunca puede hacerse una transacción sobre la paternidad como si se tratara de un mero interés patrimonial. Pero, nuestra época ha sido también testigo, de cómo se ha devaluado el vínculo matrimonial, al dejar su existencia o inexistencia civil, a merced de un cuasi—repudio unilateral sin causa, en aquellas legislaciones del divorcio express o *divorce no fault*. Tales reformas de los procesos sobre el divorcio, han hecho transitar el contrato matrimonial, desde aquel proceso *inquisitorio* con un interés público, hasta ese proceso *dispositivo* de la plena autonomía privada de las partes. Estas, y otras repercusiones de la fuerza de la impronta del proceso⁴⁵ sobre el derecho sustantivo, visto siempre desde aquella interconexión con el poder, son muy útiles para devolver nuestro análisis a ese punto de inflexión del siglo XIII, sobre la disyuntiva *Ius commune y common law*.

Ciertamente, Inglaterra hizo *prohibiciones políticas*. Como ya se ha dicho, llegó a prohibir, expresamente (1234), el estudio y la enseñanza del derecho romano⁴⁶. Y

⁴¹ Maldonado, cit. pp. 370-371.

⁴² Van Caenegem, cit. pp. 89-100.

⁴³ “Entre proceso y derecho hay una necesaria infiltración recíproca, en virtud de la cual el proceso toma el color del derecho y viceversa”. P. Calamandrei, *Estudios sobre el Proceso civil*, Buenos Aires 1945, p. 356.

⁴⁴ Vid. *ibidem*, 358 y 359.

⁴⁵ En el mismo volumen, se recogen diversos estudios de Calamandrei, y sus críticas a las reformas procesales de la ley alemana de 6 de julio de 1938 sobre el matrimonio, cuyo carácter entonces de derecho público, y desde la óptica de la salud del pueblo alemán, reforzaba los poderes inquisitorios del juez, incluso, en contra del principio del *favor matrimonii*. O de la legislación comunista rusa, donde el Ministerio público, sin necesidad de un consentimiento expreso del acreedor, podía perseguir en juicio al deudor, y conseguir revertir el crédito al Estado. Vid. Calamandrei cit. p. 357.

⁴⁶ Aunque ya lo prohibió el rey Esteban de Blois en 1151, la interdicción de Enrique III, en 1234, fue definitiva según la doctrina. Torrent, sigue a Koschaker, situando en la estructura feudal inglesa la

rechazó el principio romano de la legitimación de los hijos naturales por subsiguiente matrimonio, en 1236 en el *Statute of Merton*⁴⁷, para proteger el derecho a la sucesión en la tierra. Sin embargo, es inevitable reconocer que también en Inglaterra, junto a la jurisdicción civil existía la jurisdicción eclesiástica. Y, por consiguiente, todos los litigios y controversias que se dirimían bajo la competencia de la Iglesia, generaban las influencias de un derecho aplicado *por y desde* los tribunales eclesiásticos. Y, por esta vía, las cuestiones no podían estar exentas de la impronta del derecho romano, o de un cierto romanismo⁴⁸. Pero además, aquel proceso canónico tuvo un gran radio de acción y un ámbito extenso en Inglaterra⁴⁹, aunque siempre, con cortapisas. Unas veces, por obra del poder político. Y, otras veces, en virtud del propio sistema civil inglés, cuyo proceso fundado en los *writs* concedidos por el rey⁵⁰, cortocircuitaba cualquier posibilidad de conexión con el derecho canónico. El proceso eclesiástico y el proceso civil, en la Inglaterra del siglo XIII, iban a empezar a funcionar como en compartimentos estancos. No es exagerado afirmar que el complejo sistema feudal de los *writs*, fuese un conjunto autosuficiente de normas procesales. Esta tesis de Maruotti, explica por qué la norma jurídica del *common law*, no está concebida de modo abstracto, pues sólo quiere dirimir una contienda procesal, con sus propias reglas para la investigación de las pruebas, y su formación del jurado. Por ello, el *common law* no pretendió formular una regla escrita de conducta general para el futuro. Esto contrasta con la tradición romano-germánica⁵¹, tan propicia a elaborar normas y conceptos universales, y tan relacionada con el derecho

causa del rechazo, en *Fundamentos...* cit. p. 256. Además, sostiene que en Oxford no se enseñaba derecho romano, sino en la parte que interesaba a los canonistas en la Facultad de derecho canónico. *Ibidem*, p. 225.

⁴⁷ Martínez-Torrón, en *Derecho Angloamericano* cit. sigue a Helmholz, y ubica en la dieta de Merton de 1236, el célebre principio “*nolumus leges Angliae mutare*”. Cfr. R. H. Helmholz, *Canon law and the law of England*, London 1987, pp.3 y ss. El profesor Torrón, a diferencia de otros autores, escribe *doctrina canónica* para referirse al principio de legitimación por subsiguiente matrimonio, vid. op. cit. p. 45. Pero, precisa con gran acierto la cuestión de fondo, que no era otra sino el derecho a la sucesión en la tierra, o *land law*. En todo caso, el principio rechazado unánimemente por la nobleza inglesa, fue romano-canónico.

⁴⁸ Cfr. Martínez-Torrón, *Derecho Angloamericano...* cit. pp. 60 y ss. Enumera cuestiones relativas a los diezmos, a los contratos *with pledge of faith and breach of faith*, al matrimonio, adulterio y delitos sexuales, a los testamentos y derecho sucesorio, con la limitación de la *real property* –inmuebles– en favor del derecho feudal y cortes del *common law*. Y concluye, siguiendo a Donahue, que las cortes eclesiásticas inglesas aplicaron derecho romano-canónico, pero juntamente con leyes y costumbres locales, que introducían variaciones con respecto a la perspectiva continental. Para una visión en las fuentes del derecho sucesorio *secundum canones*, vid. Maldonado cit. pp. 364-365.

⁴⁹ Cfr. Pollock-Maitland, *The history of English law before the time of Edward I*, Cambridge 1968, 439.

⁵⁰ Para un análisis y estudio de la evolución de los *writs*, *writ of right*, *writ of gage*, *writ of entry*, *writ of trespass...* cfr. Cannata, cit. pp 216-224. Siguiendo a Cannata, Torrent precisa que durante el reinado de Enrique III (1216-1258) quedaron registrados en la cancillería real cerca de 500 *writs*. Vid. *Fundamentos*, cit. p. 255.

⁵¹ Esta idea de Maruotti, resumida por Torrent, puede verse, en *Fundamentos...* cit. p. 259.

canónico. En este sentido, el *Ius commune* se hizo, cada vez más, derecho escrito, mientras el *common law* permaneció con un marcado carácter consuetudinario.

De esta suerte, el proceso canónico nunca consiguió tender puente alguno con el derecho del *common law*, donde —como bien ha dicho Maitland— el derecho sustantivo parece crecer en aquellos intersticios del derecho procesal⁵². Pues, si alguna vez lo pretendió, se encontró siempre con la firme oposición del poder monárquico. Y, de hecho, los *writs of prohibition* fueron órdenes dirigidas por la jurisdicción real a los tribunales eclesiásticos, conminándoles para que se abstuvieran de juzgar en casos concretos⁵³. En este sentido, Helmholz, en sus trabajos sobre procesos matrimoniales en la Inglaterra medieval, ha presentado pruebas convincentes de la tesis que estamos manteniendo. Pues, aún defendiendo la influencia del proceso canónico matrimonial, el autor subraya la escasa aplicación de *la legítima* —institución romano-canónica— por aquellas cortes eclesiásticas inglesas⁵⁴. Y en la misma línea, trabajando archivos de tribunales eclesiásticos ingleses de los siglos XIII y XIV, y terciando en la polémica entre Maitland y Stubbs, se ha pronunciado Donahue.⁵⁵

Un precedente paradigmático de esas tensiones entre proceso canónico y civil en Inglaterra, se constituye ya en el siglo XII, por aquellas famosas constituciones de Clarendon, impuestas por Enrique II y aceptadas por Thomas Becket, en 1164⁵⁶. La disputa versaba sobre el conocido privilegio del fuero eclesiástico⁵⁷, o enjuiciamiento de clérigos por delitos y crímenes graves, cuya competencia era propia de la Iglesia. Y la ocasión se planteó, durante el verano del año 1163, al resultar acusado Felipe de Brois, canónigo de Bedford, de haber matado a un caballero, y haber sido exculpado por el tribunal eclesiástico de Lincoln⁵⁸. Entonces, el justicia itinerante del rey en Bedfordshire, Simón Fitz-Peter, llevó el caso ante el rey, quien exigió nuevo juicio. Becket consintió un nuevo juicio, pero reclamando tribunal propio por tratarse de un clérigo. De Brois fue absuelto del homicidio por el nuevo tribunal canónico, aunque se le sancionó con una multa por haber insultado la justicia del rey. Además, se le impuso la pena de exilio⁵⁹. Pero Enrique quería terminar con la

⁵² Vid. F. W. Maitland, *The forms of action at common law*, Cambridge 1954, p. 4. Y como añade Torrent, esta derivación del derecho a partir del proceso ha hecho que en el *common law* se atribuya igual dignidad al derecho procesal y al sustantivo, *op. cit.*, 259.

⁵³ Cfr. W. Bassett, *Canon Law and the Common Law*, en *Hastings Law Journal* 29 (1978) pp. 1.407 ss.

⁵⁴ Cfr. R. H. Helmholz, *Legitim in English legal history*, en *Canon law and the law of England*, London 1987, pp. 258 y ss.

⁵⁵ Citado por Martínez-Torrón, *op. cit.*, p. 64. Sobre archivos de York y Canterbury, siglos XIII-XIV.

⁵⁶ Cfr. David Knowles, en *Thomas Becket*, Madrid 1980, pp. 136-144. En idéntica línea, vid. P. Aubé, *Tomas Becket*, Madrid 1994, pp. 185-209.

⁵⁷ Este privilegio cuyos orígenes se remontan al código de Teodosio, se asentó con carácter definitivo en la decretal de Alejandro III, *Licet praeter*, en 1178. Cfr. X, III, I, 4.

⁵⁸ Vid. D. Knowles, *cit.* pp. 126-127.

⁵⁹ La multa consistía en un gravamen sobre su beneficio a favor del rey durante dos años. El rey no

inmunidad clerical, y su revancha llegó meses después, en enero de 1164, fecha de las constituciones de Clarendon. De las 16 cláusulas de estas célebres constituciones, cinco establecieron límites, tanto sobre el privilegio del fuero eclesiástico, como sobre el mismo proceso canónico. Veamos una sucinta exposición.

En la cláusula primera, la corte del rey se arrogaba las competencias para juzgar disputas entre laicos, clérigos, o clérigos y laicos respecto al patronato y presentación a las iglesias. En la tercera, se disponía que aquellos *clérigos acusados*, cuando sean requeridos por el justicia del rey, *comparecerán ante el tribunal del rey* que podrá *supervisar el juicio del tribunal eclesiástico*, enviando un emisario para observar. En la séptima se vetaba el entredicho de las tierras, y la excomunión de cualquier oficial de los dominios al servicio del rey, salvo autorización expresa del monarca. Y en la octava, se cercenaba la potencialidad de un desarrollo pleno del proceso canónico, al disponer que las *apelaciones* fueran del arcediano al obispo, y de éste al arzobispo. Y si el arzobispo no lograra hacer justicia, el caso debe ser remitido al rey señor, para que por su mandato la disputa sea resuelta en la corte del arzobispo, sin que pueda ir más lejos sin asentimiento del rey⁶⁰. Esta disposición *impedía la apelación a Roma*, vetando la intervención de la instancia suprema y unificadora del derecho canónico.

En suma, Clarendon se inserta en la singular cadena de *prohibiciones políticas*, que el poder realizó en Inglaterra para mantener intangible, esencialmente, aquella jurisdicción del rey. Esta prohibición, desde la segunda mitad del siglo XII, fue dirigida contra el derecho canónico. También existió trece años antes, en 1151, la primera interdicción del derecho romano, que se repetiría en 1234 y 1236, como ya se ha visto. Y así, con múltiples interdicciones dirigidas a impedir el desarrollo del derecho romano y del ordenamiento canónico en Inglaterra, el derecho inglés no podía discurrir por aquellos mismos derroteros del continente. Máxime, cuando los mencionados derechos, proscritos en mayor o menor medida, no lo fueron por una causa accidental o una cuestión coyuntural. Antes bien, *veto y límite al utrumque ius*, fueron aquella expresión cristalizada de la *voluntad del poder*, monárquico y feudal, en Inglaterra.

En otras palabras, *la cuestión más esencial* que está latiendo en el trasfondo de Clarendon, y en el rechazo unánime de la nobleza inglesa a la legitimación de los hijos por subsiguiente matrimonio; así como en las prohibiciones del rey Esteban, y más tarde, las de Enrique III, contra el derecho romano, *es una, idéntica, y siempre*

quedó satisfecho, pues deseaba la pena de muerte. Y la cuestión sobre la inmunidad clerical, quedaría enquistada en el ánimo de Enrique II, hasta una ocasión propicia para doblegar la voluntad de Becket.

⁶⁰ La versión más completa de las famosas constituciones de Clarendon puede consultarse en *English Historical Documents*, ed. D. C. Douglas, Londres 1953, II, 718 y ss. En el trabajo, citado en varias ocasiones, *Derecho Angloamericano...* Martínez-Torrón atribuye a Clarendon una prohibición dirigida a la jurisdicción eclesiástica para intervenir en materia contractual sobre la base de *breach of faith*. Vid. *op. cit.*, p. 140. Aunque la prohibición no extinguió totalmente las competencias eclesiásticas, y fue necesario un expreso *writ of prohibition*, p. 147.

la misma: “*nolumus leges Angliae mutare*”. Es decir, no queremos cambiar las leyes, sino permanecer en las costumbres del reino de Inglaterra. El empeño por mantener la jurisdicción del rey, por encima de cualquier otro sistema jurídico, resultaría una empresa relativamente fácil de llevar a cabo, toda vez que los únicos instrumentos en el origen y en la fuente del derecho anglosajón, fueron aquellos *writs* o mandatos del mismo rey: auténticos generadores del proceso y, a la postre, también, del derecho sustantivo. De esta suerte, la dialéctica entre poder, proceso y derecho, se cerraba con facilidad ante elementos extraños, aunque tales elementos pudieran proceder incluso, de otros derechos cultos⁶¹.

Pero, además, Inglaterra no quiso, en aquellos siglos, un derecho culto. No quiso cultivar la ciencia jurídica laica en las universidades. Y, en el fondo, la ausencia del catalizador de aquellas universidades continentales, en las que se cultivaron derecho romano y canónico, de manera que, sus métodos, conceptos y elaboraciones llegaran a fusionarse, resultó imposible en Inglaterra. Como es bien sabido, la educación de los juristas ingleses se forjó en torno a las *inns of court*. Estas surgieron como lugar de hospedaje de abogados, funcionarios y aprendices de derecho, que acudían a la ciudad de Londres, en periodo de sesiones del Parlamento, y de los tribunales. Allí, se estudiaban los pormenores prácticos de la vida judicial, pero sin preocuparse de las cuestiones especulativas en las que se debatían los juristas de las universidades continentales. Esta estructura de la formación jurídica en Inglaterra, tiene mucho que ver con su concepción del derecho. Un derecho que es, sobre todo, práctica procesal y que desdeña las teorías y construcciones de la dogmática jurídica, ciertamente, más propias de un derecho repensado y elaborado en las universidades.

Con el transcurso del tiempo, aquellas *inns of court* se fueron transformando en auténticas asociaciones de abogados. A finales del siglo XIV y comienzos del XV, la mayoría de los jueces y *serjeants at law* resultaban elegidos en tales asociaciones. Las cuatro más conocidas, que se remontan a tiempos de los Tudor, continúan una tradición inveterada, cuyos nombres son: *Inner Temple*, *Middle Temple*, *Gray's Inn* y *Lincoln's Inn*⁶².

⁶¹ Así se pone de relieve, en aquellas dos grandes obras jurídicas del derecho inglés de la época, los famosos Tratados, de Glanvill y de Henry Bracton. El primero, en 1187, fijó el método de desarrollo, durante siglos, de la literatura jurídica inglesa: presentación y comentarios acerca de los *writs* reales, de uso corriente en aquellos tiempos. El segundo, en 1258, contiene una Introducción, y toda una serie de pequeños tratados como prolongación de la obra de Glanvill. Cada tratado, dedicado a una forma de acción procesal, incluye como novedad el *pleading* completo de los *cases* elegidos. Aunque, como ha precisado Cannata, el método de Bracton no era todavía el del *case law*, al no haber sido elegidos en función de su *authority*. En Bracton, se suele señalar una influencia romanista y culta, pues fue un gran conocedor del derecho romano. Vid. *Historia de la Ciencia...* cit. p. 231.

⁶² Cfr. J.H. Baker, *An Introduction to English legal history*, London 1979, pp. 132 y ss.

III. Consideraciones finales

Entre las posibles ideas fuerza, que podemos destacar como conclusiones, al terminar este pequeño trabajo, tal vez la primera, debe ser la siguiente. En aquella época de la Recepción del Derecho romano en el continente, Inglaterra se mantuvo al margen, no por azar, ni por capricho de la Historia, sino gracias a una lucha eficaz y consciente. No me parece redundante, reiterar las palabras de la dieta de Merton, tal y como las recogió Radbruch, en su espíritu del derecho inglés: *Omnes comites et barones una voce responderunt, quod nolunt leges Angliae mutare*.⁶³ Esta frase, de algún modo, sintetiza la lucha del poder político en Inglaterra por mantener, frente al Derecho romano su propio derecho nacional.

En ayuda de esa protección y defensa, obra del poder político, existe otra causa que podemos denominar técnica, y que jugó un papel determinante en la formación del derecho inglés. Los propios jueces, desde el siglo XIII, tomaron conciencia de la importancia de dirigir la educación en el ámbito jurídico, desde una perspectiva que no era tanto la ciencia, sino la práctica jurídica. Así, mientras el continente desarrolló una clase jurídica, y un derecho culto de juristas en las universidades, versados en derecho romano y canónico, Inglaterra se aferró al derecho consuetudinario de sus procesos medievales, acotados por los *writs* reales, pero sobre todo manejados por una magistratura que controlaba el proceso de aprendizaje y práctica del derecho⁶⁴, sin necesidad de adquirir los doctorados del *utrumque ius*.

Una tercera idea fuerza sobre la peculiaridad del *common law*, fue subrayada por Bacon, con dos palabras: empirismo, inducción⁶⁵. El derecho inglés no quiere trazar grandes líneas maestras para tender las catenarias de la justicia. Antes bien, se sitúa a la expectativa, abierto a las circunstancias de las nuevas situaciones. Ciertamente, ésta y otras conclusiones, reflejan un poco el estereotipo del derecho inglés. Por ello, parece obligado repetir con sus propios historiadores alguna de sus máximas. Y, en este sentido, resulta muy apropiada, aquella de Maitland: *stumbling forward, in our empirical fashion, blundering into wisdom*.⁶⁶

Y, en fin, una forma de ser y entender la vida, que se refleja en el modo de hacer el derecho. El aprecio y alta estima de las viejas costumbres y formalidades, da lugar a un derecho adherido, profundamente, a la tradición, a lo que se decidió otras veces: al sistema del *stare decisis*. El derecho inglés parece no haber tenido la preocupación por un derecho ideal, capaz de prever innumerables acontecimientos futuros.

⁶³ G. Radbruch, *El espíritu del derecho inglés*, ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, p. 22.

⁶⁴ Van Caenegem, "Réflexions sur la formation du common law et la procédure romano-canonique, en *Etudes d'Histoire du Droit canonique, dédiées à Gabriel Le Bras*, II, Paris 1965, pp. 1.459-1.465.

⁶⁵ F. Bacon, *Maxims of the law*, citado por Martínez-Torrón, para quien tales máximas son propias del *common law*, y no proceden de fuentes romanas ni canónicas, *op. cit.*, p. 102.

⁶⁶ Maitland, citado por Radbruch, en *El espíritu del derecho inglés...* cit. p. 25.

Sólo se ocupa del derecho vigente, del problema real y presente, y rechaza las innovaciones, salvo aquellas imprescindibles para resolver un problema nuevo. En palabras de un amigo, colega, y profesor en la universidad de Nimega, el *common law* refleja esa popular sabiduría anglosajona encerrada en la máxima *don't fix it, if it isn't broken*.