

# LA FORMACIÓN DEL JURISTA EUROPEO E IBEROAMERICANO EN PRINCIPIOS DE LA TRADICIÓN ROMANÍSTICA

ROSARIO DE CASTRO-CAMERO

UNIVERSIDAD DE SEVILLA

(Copia de la versión final aceptada para su publicación en J. Adame Goddard (coord.), *Estudio y Enseñanza del Derecho Romano* [Ciudad de México 2022]) ISBN: 978-607-8826-17-9)

RESUMEN: Entre las grandes aportaciones del Derecho romano a nuestro modelo de convivencia está el haber desarrollado una forma de razonamiento basada en principios. Los principios pueden ser más que fuente subsidiaria del derecho, ya que gracias a su flexibilidad permiten aportar soluciones creativas a los problemas de la realidad jurídica contemporánea. Superar las limitaciones que presenta el positivismo para afrontar los nuevos retos a los que, como juristas, debemos dar respuesta requiere volver a nuestras raíces. Por ello, ahora más que nunca, es necesario que la formación de los estudiantes de Derecho (europeos e iberoamericanos) contemple un mayor y mejor conocimiento de su propia identidad, lo cual supone profundizar en la tradición jurídica romano-canónica a la que pertenecen.

PALABRAS CLAVE: Principios jurídicos – *Ius commune* europeo e iberoamericano – Formación jurídica.

## THE FORMATION OF THE EUROPEAN AND IBERO-AMERICAN JURIST IN PRINCIPLES OF THE ROMAN TRADITION

ABSTRACT: Among the great contributions of Roman law to our model of coexistence is the development of a form of reasoning based on principles. Principles can be more than a subsidiary source of law, since thanks to their flexibility they allow to provide creative solutions to the problems of contemporary legal reality. Overcoming the limitations that positivism presents to face the new challenges that, as jurists, we must

respond requires returning to our roots. That is why, now more than ever, it is necessary that education of Law students (European and Ibero-Americans) includes a greater and better knowledge of their own identity, which means deepening into the Canon-Roman tradition they belong.

KEYWORDS: Juridical principles – European and Ibero-American *ius commune* – Legal education.

## I.SOBRE LA NECESIDAD DE UN NUEVO *IUS COMMUNE* DE PRINCIPIOS.

El período de la historia que nos ha tocado vivir es, sin duda, singular y desconcertante. Dos son las notas que, a nuestro juicio, lo marcan de una manera muy especial: la velocidad con la que se suceden los cambios y el fenómeno de la globalización<sup>1</sup>. La pandemia declarada a principios del año 2020 es el más claro ejemplo. Nunca antes habíamos asistido a un fenómeno, a nivel mundial, que transformara de forma tan radical y tan rápida nuestro modo de vida. El mundo se enfrenta, cada vez con más frecuencia, a nuevas e insospechadas situaciones para la que las legislaciones nacionales probablemente no tengan una regulación adecuada. A pesar de ello, el Derecho está llamado a jugar, al igual que lo hizo en otras épocas, un papel primordial; pues, en una sociedad sin derecho, afloran poderes que acaban rompiendo la convivencia y socavando la libertad y dignidad que corresponde a toda persona.

Con independencia de las notas propias de cada momento histórico, pueden observarse en el ser humano ciertas aspiraciones fundamentales y permanentes entre las que cabe situar el derecho, uno de los fenómenos originarios de la convivencia<sup>2</sup>. Ahora bien, el derecho, como creación humana que es al servicio de unos determinados fines, requiere su sometimiento a ciertas exigencias éticas. El derecho, como la ética, buscan el

---

<sup>1</sup> CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO, *Globalización y orden internacional*. Lección inaugural leída en la Solemne Apertura del Curso Académico 2004-2005 en la Universidad de Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2004, p. 13. A juicio de este prestigioso internacionalista, la sociedad contemporánea se caracteriza por ser interdependiente, transnacional y global.

<sup>2</sup> Como pone de relieve SAVIGNY, FRIEDRICH KARL, *Sistema del Diritto Romano Attuale*, t. I (Torino 1886), trad. italiana de V. Scialoja, en Bove, L. (a cura di), *Prassi e diritto. Valore e ruolo della consuetudine*, Jovene Editore, Napoli, 2008, pp. 44-46, la esencia del derecho consiste en regular la vida común de los hombres de una determinada manera. Las principales manifestaciones del espíritu de un pueblo, la lengua y el derecho, presuponen para su existencia la vida en sociedad. El uso del derecho, al igual que sucede con la lengua, provoca cambios en la misma. A su modo de ver, se trata de un proceso natural de evolución que se desarrolla en distintas fases, cada una de ellas vinculada con la especial manifestación del espíritu del pueblo, que es el que crea el derecho. Por su parte, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, FEDERICO, “Retorno a Roma en la elaboración del futuro código europeo de contratos”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Città del Vaticano, núm. LXVI, 2000, p. 247, destaca cómo la lengua y el derecho revelan la personalidad de los pueblos.

desarrollo de todas las potencialidades del hombre, inherentes a su naturaleza y conformes a su dignidad<sup>3</sup>. Por eso Viñas considera que es inevitable la proximidad entre los principios éticos y los jurídicos: el derecho, en tanto en cuanto es la ciencia de lo justo, se desarrolla en el marco de la ética, no fuera de ella. Ésta se estructura de acuerdo con criterios lógicos y objetivos, llegando a principios, perdurables y universales, basados en la dignidad de la persona; el derecho, en su formulación, debe hacer lo mismo para seguir siendo apropiado más allá del contexto histórico de su promulgación<sup>4</sup>.

Si prestamos atención a los rasgos de la realidad actual, podemos ver cómo un alto porcentaje de relaciones jurídicas son de carácter internacional. La problemática que de ellas se deriva no encuentra siempre respuesta en los códigos decimonónicos, siendo necesarias (cada vez más) formas de creación del derecho que vayan más allá de las que habitualmente se vienen aplicando. Los intentos por elaborar normas internacionales de obligado cumplimiento chocan con resistencia de los estados, de ahí que haya que buscar otras soluciones. A nuestro juicio, éstas pasan por poner la mirada en otras épocas y ver cómo a lo largo de la historia se ha conseguido la aproximación entre distintos ordenamientos. Los juristas, como concedores del derecho, han sido históricamente los llamados a desarrollar la tarea de encontrar respuestas a los problemas jurídicos y a los retos que éstos planteaban. También hoy, en la creación del nuevo derecho para este nuevo mundo globalizado que nos ha tocado vivir, tienen un importante papel que desempeñar. Probablemente esta labor exija de ellos convertirse casi en sacerdotes del

---

<sup>3</sup> Como afirma COING, HELMUT, *Fundamentos de filosofía del derecho*, trad. de J. M. Mauri, Ariel, Barcelona, 1976, pp. 23, 105-109, 122, 143-146, la justicia tiene valor moral en tanto en cuanto exige un respeto al otro y a su dignidad. Para GILIBERTI, GIUSEPPE, “*Omnium una libertas. Alle origini dell’ idea di diritti umani*”, en Labruna, L., Baccari, M.P., y Cascione, C., (a cura di), *Tradizione romanistica e costituzione*, t. II, Edizioni Scientifiche Italiane SpA, Napoli, 2006, pp. 1885, 1900, la dignidad ocupa un lugar destacado, pues es el presupuesto para admitir que existen derechos fundamentales. La civilización romana, durante la etapa del Principado, llegó a reconocer la *dignitas hominis* de los ciudadanos y, también, de los esclavos; si bien, lo hizo dándole un sentido diferente al que hoy día le otorgamos, vinculado a la *humanitas* y consistente en comportarse con los demás de forma benevolente. A juicio de MAROTTA, VALERIO, “*Iustitia, vera philosophia e natura. Una nota sulle Institutiones di Ulpiano*”, en Mantovani, D. y Schiavone, A. (a cura di), *Testi e problema di giusnaturalismo romano*, Cedant-IUSSPress, Pavia, 2007, p. 565, D. 1,1,1 pr.-1 (Ulp. 1 *inst.*) representa la consagración de la idea de justicia desde una perspectiva práctica y ética.

<sup>4</sup> VIÑAS, ANTONIO, *Teoría del Derecho y experiencia jurídica romana*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 13, 70-74, 128 sostiene que los valores de una sociedad no pueden quedar excluidos de la argumentación y resolución de los problemas jurídicos y que lo adecuado sería que el derecho natural y el derecho positivo fueran de la mano. No obstante destaca cómo, aunque el derecho natural reconoce la existencia del derecho positivo (si bien considera que su legitimidad depende de su conformidad con el orden natural), el derecho positivo, sin embargo y pese a utilizar conceptos como la buena fe, la fidelidad o el abuso de derecho, niega que el derecho natural tenga carácter jurídico. En su opinión, tal dicotomía podría ser superada a través de un *tertium quid*, el iuspersonalismo. Cfr. también VIÑAS, ANTONIO, *De la filosofía personalista al iuspersonalismo*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 144, 153-161 s.

derecho, como decía Ulpiano en D. 1,1,1,1 (Ulp. 1 *inst.*), y consagrarse fielmente a la justicia por encima de otros intereses.

Entre los trabajos más importantes llevados a cabo con el ánimo de lograr una cierta armonización jurídica internacional están los de la Conferencia de la Haya de 1964, sobre los contratos de compraventa internacional; los de la Comisión para el estudio del comercio internacional de Naciones Unidas (UNCITRAL); los de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional; los del Congreso de Pavía de 1990; y los del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), que en 1994 publicó por primera vez los “Principios sobre contratos comerciales internacionales”<sup>5</sup>.

En el ámbito europeo, el desarrollo del proyecto político de la Unión tiene como uno de sus más grandes desafíos el de la creación de un nuevo derecho común. La construcción de Europa demanda el establecimiento de un espacio jurídico en el que, sin perder la identidad propia de cada uno de los estados miembros, puedan encontrarse soluciones armonizadas. En la mayoría de los casos, estas peculiaridades toman forma en los respectivos códigos civiles nacionales. Sin embargo, a nuestro modo de ver, responder al reto de la aproximación jurídica elaborando otro código, un código de derecho privado europeo, no parece lo más conveniente. Ciertamente es necesario un acercamiento en materia jurídica de los distintos derechos nacionales, pero no creemos que optar por el tradicional modelo de código decimonónico sea tarea fácil. El trabajo realizado en los últimos años por la Comisión para el derecho contractual europeo, la publicación de los *Principios del Derecho Europeo de Contratos* (los llamados “Principios Lando”) y del *Draft Common Frame of Reference* van en esa dirección<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Cfr. a propósito FERNÁNDEZ DE BUJÁN, FEDERICO, “Retorno a Roma...”, *cit.*, pp. 245-248. A su juicio, en gran medida, el éxito de una legislación internacional común dependerá de que sea realizada por juristas, de su carácter práctico y casuístico y de su redacción abierta, apta para una interpretación flexible. Sobre la voluntad de los principios UNIDROIT (Instituto para la Unificación del Derecho Privado) de ser considerados como reglas generales de la contratación internacional, cfr. SCHULZE, REINER y ZIMMERMANN, REINHARD, *Textos básicos de Derecho privado europeo. Recopilación*, presentación y coordinación de la edición española, estudio preliminar y anotaciones de Derecho español y europeo de E. Arroyo i Amayuelas, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2002, p. 491. De otra parte, DOMINGO, RAFAEL (ed.), ORTEGA, JAVIER, RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, BEATRIZ, ZAMBRANA, NICOLÁS, *Principios de derecho global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados*, 2ª. Edición revisada y aumentada, Thomson, Navarra, 2006, p. 29, destaca el valor de la Convención de Viena de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías, en cuenta en cualquier intento de unificación del derecho de obligaciones.

<sup>6</sup> A este respecto conviene también tener en cuenta el papel que las cláusulas generales pueden desarrollar en el proceso de armonización, a partir de unos mismos principios, del derecho privado europeo. Cfr. a propósito PFEIFFER, THOMAS, “Die Generalklausel auf der Agenda der europäischen Privatrechtsangleichung”, en Baldus Ch. y Müller-Graff, Ch. (Hrsg.), *Die Generalklausel im*

Convendría pues, en nuestra opinión, centrar los esfuerzos en la búsqueda de los principios inspiradores de las distintas normas nacionales, realizar un trabajo histórico y de derecho comparado que permitiera situar estos principios en su origen, ver su evolución y, por último, su recepción en los distintos códigos nacionales. La aproximación a la tradición jurídica común a los distintos ordenamientos es imprescindible para poder llevar a término cualquier intento de regulación. Esta, en cualquier caso, debería estar basada en principios comunes y redactada de forma abierta a fin de que, posteriormente, la doctrina y los tribunales de cada nación pudieran darle concreción<sup>7</sup>.

Por lo demás, no podemos olvidar que la tradición jurídica común a la que aludimos no es sólo europea, sino que también es la propia de los países latinoamericanos. En efecto, como Hinestrosa ha puesto de relieve, estas naciones recibieron la cultura española y portuguesa, incluida la jurídica, permaneciendo después de su independencia dentro de la tradición romanista, pese a la actual y fuerte influencia del derecho estadounidense<sup>8</sup>. Es mucho lo que une a las naciones europeas e iberoamericanas, que pertenecen a una misma cultura jurídica, la del *ius commune*, y que cuentan, por tanto,

---

*Europäischen Privatrecht: Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive*, Sellier. European Law Publishers, München, 2006, pp. 28-36.

<sup>7</sup> A favor de la elaboración de un marco de referencia europeo de principios y valores de derecho privado, se expresa TROIANO, STEFANO *Die Generalklausel in Kontinentaleuropa: Erwartungen an die deutsche Rechtswissenschaft-Dogmatik*, en Baldus Ch. y Müller-Graff, Ch. (Hrsg.), *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht: Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive*, Sellier. European Law Publishers, München, 2006, pp. 89-91. La Corte de Justicia europea, como señala ANDRÉS SANTOS, FRANCISCO JAVIER, “Was erwartet sich die Geschichte des Europäischen Privatrechts von der deutschen Rechtswissenschaft?”, en Baldus Ch. y Müller-Graff, Ch. (Hrsg.), *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht: Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive*, Sellier. European Law Publishers, München, 2006, pp. 95-106, ha reconocido la existencia de principios comunes, entre los estados miembros, resultado de su historia jurídica. El análisis histórico de estos principios es, en su opinión, sumamente conveniente. También MÜLLER-GRAFT, PETER CHRISTIAN, “Schlusswort, “Elemente einer gemeinschaftsprivatrechtlichen Dogmatik der Generalklausel – Was leistet die deutsche Wissenschaft vom Europäischen Privatrecht?”, en Baldus Ch. y Müller-Graff, Ch. (Hrsg.), *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht: Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive*, Sellier. European Law Publishers, München, 2006, p. 143 destaca la importancia de la tradición jurídica en la elaboración del derecho privado europeo.

<sup>8</sup> Cfr. HINESTROSA, FERNANDO, *op. cit.*, p. 188. Sobre la recepción del *ius commune* en Iberoamérica, cfr. BETANCOURT, FERNANDO, *La recepción del Derecho romano en Colombia (saec. XVIII). Fuentes codicológicas I. Ms. N° 274 BCN*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2007; ID., *Reforma universitaria ilustrada en el virreinato de Nueva Granada (1768-1798)*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2011; ID., *Manuscritos universitarios de “ius commune” en Nueva Granada. Estudio, transcripción paleográfica y notas*, Editorial Académica Española, Saarbrücken, 2017; CASTRO-CAMERO, ROSARIO, “*Ius commune*: Fundamento del Derecho común europeo e iberoamericano. Breve aproximación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLIII, núm. 128, mayo-agosto 2010, pp. 671-700.

con códigos inspirados en una misma idea de justicia, heredera de ese pasado común. La identificación de los principios jurídicos recogidos en las fuentes de Derecho romano sería, a nuestro juicio, el primer paso a dar. Pues, como sostiene Fernández de Buján, durante siglos, éste permitió el establecimiento de relaciones jurídico-patrimoniales entre quienes se movían con libertad por todo el orbe romano<sup>9</sup>. Dichas fuentes (principalmente el Digesto y las Instituciones), señala Cerami, fueron elaboradas por Justiniano con la intención no sólo de recoger el rico patrimonio jurídico de la época clásica sino también con la de proporcionar a las futuras generaciones una obra de “normas-principios” atemporales<sup>10</sup>.

Creemos, pues, que nuestros tiempos requieren un nuevo *ius commune* basado en principios de la tradición romanística, que posibilite el desenvolvimiento de las relaciones jurídico-patrimoniales con seguridad y agilidad. Su creación debe ser obra de juristas, por lo que no será posible si, a la par, no se desarrolla una nueva ciencia jurídica. En opinión de Zimmermann, la creación de esta nueva cultura jurídica demanda que el derecho privado emanado a través de convenios internacionales, directivas y reglamentos se enriquezca por medio de la labor de la dogmática jurídica, el derecho comparado y la historia del derecho. Asimismo, la comprensión y armonización entre las tradiciones del *common law* y el *civil law* se verían reforzadas gracias a la combinación de los estudios históricos y comparados, pues éstos ponen de manifiesto cómo algunas figuras tradicionales del derecho anglosajón se inspiran en reglas, conceptos o instituciones del *ius commune* europeo e iberoamericano. Por lo demás, en aquellos ámbitos donde no existiesen puntos de referencia comunes, el derecho comparado permitiría conocer mejor las peculiaridades de cada ordenamiento jurídico y proporcionaría elementos de juicio para, entre las posibles soluciones de una cuestión, elegir la más racional<sup>11</sup>. En la misma

---

<sup>9</sup> Se trata, según FERNÁNDEZ DE BUJÁN, FEDERICO, “Retorno a Roma...”, *cit.*, pp. 260 s., de superar las dificultades y encontrar en los principios un lugar común. La imposición de una tradición jurídica sobre otra está condenada al fracaso. DOMINGO, RAFAEL (ed.), ORTEGA, JAVIER, RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, BEATRIZ, ZAMBRANA, NICOLÁS, *op. cit.*, p. 27 extiende esta necesidad más allá del contexto europeo y defiende el estudio de las reglas de derecho para la formación de “juristas globales” que hagan realidad la internacionalización de la justicia en el siglo XXI.

<sup>10</sup> CERAMI, PIETRO, “*Ius est ars boni et aequi*. Un riesame della definizione celsina”, *Annali del Seminario Giuridico dell’ Università di Palermo (AUPA)*, Palermo, núm. LXII, 2019, pp. 62 s.

<sup>11</sup> Cfr. ZIMMERMANN, REINHARD, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, trad. de A. Vaquer Aloy, Civitas Ediciones, Madrid, 2000, pp. 60-62, 111 s., que realiza un magnífico análisis teniendo en consideración fundamentalmente el contexto europeo. VIÑAS, ANTONIO, *De la filosofía personalista ...*, *cit.*, pp. 137 s., sin embargo, puntualiza que no se trata de volver al Derecho romano en un sentido estático, sino dinámico. Dogmática e historia deben combinarse para su estudio, ya que los actuales ordenamientos recogen un Derecho romano transformado a lo largo de los siglos. Su historia nos lleva desde la época clásica a la bizantina y de allí, pasando por el período del *ius commune*, hasta los actuales códigos civiles.

línea se sitúan otros autores como Baldus, que defiende la necesidad de interpretar el derecho privado común europeo desde una perspectiva histórica y comparada<sup>12</sup>.

## II. EL VALOR Y LOS VALORES DE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO.

Afirma Guzmán Brito que la voz “principio”, en sentido jurídico, no significa algo distinto a lo que designa en sentido filosófico. De sus posibles acepciones, este autor opina que la que más se ajusta a la función de los principios en el ámbito jurídico es aquella en virtud de la cual “principio” es la proposición mental, verbalizada en forma de oración o frase, que representa el punto de partida a partir del cual una cosa empieza a ser cognoscible<sup>13</sup>. Garofalo, reconociendo el carácter polisémico de este término, lo refiere a los valores constitutivos que definen la esencia de las instituciones<sup>14</sup>. Fue en el siglo XIII cuando Raimundo Lulio, en su obra *Arbre de Ciencia*, utiliza por primera vez la expresión *principia iuris*, junto con los principios de otras ciencias y artes<sup>15</sup>.

El valor de los principios en la creación de un nuevo *ius commune* (europeo e iberoamericano) es muy alto, por ser éstos manifestación de una misma idea de justicia, resultado de una tradición de siglos. Los principios son expresión de unos valores superiores y por ese motivo pueden seguir aplicándose aún hoy en la resolución de controversias jurídico-patrimoniales; y, en concreto, los principios del derecho revelan lo que una sociedad considera bueno y justo. La creatividad y rapidez de las respuestas que plantea la realidad jurídica hace que tengamos que volver la vista a los principios de

---

<sup>12</sup> BALDUS, CHRISTIAN, “Historische und Vergleichende Auslegung im Gemeinschaftsprivatrecht. Zur Konkretisierung der “geringfügigen Vertragswidrigkeit”, en Baldus Ch. y Müller-Graff, Ch. (Hrsg.), *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht: Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive*, Sellier. European Law Publishers, München, 2006, pp. 3-12, 18-21. En este tipo de estudio, las fuentes de Derecho romano han de ser tenidas en cuenta para comprender el origen y el sentido de una solución jurídica.

<sup>13</sup> GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, “La idea de *principio* mentada en la expresión *principios generales del derecho*”, en Reinoso-Barbero, F. (ed.), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2014, p. 1 pone de relieve cómo esta acepción está basada en una de las propuestas por Aristóteles, quien no fue el primero en emplear el término, pero sí en reflexionar sobre él en su *Metafísica*.

<sup>14</sup> Cfr. GAROFALO, LUIGI, “Principii e ordinamento romano: una riflessione sulle orme di Fritz Schulz”, en Reinoso-Barbero, F. (ed.), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2014, p. 99.

<sup>15</sup> Cfr. BETANCOURT, FERNANDO, “*De regulis iuris* en el *ius commune* y en el *ius patrium* español y colombiano”, en Reinoso-Barbero, F. (ed.), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2014, pp. 198, 204. Betancourt, por otra parte, señala cómo la primera vez que se empleó la expresión “principios del derecho”, en el contexto universitario, fue por el catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Sevilla, López de Rueda, que en 1928 redacta un catálogo de principios para explicar el programa de su asignatura y lo titula “Algunos principios y definiciones del Derecho Romano”.

nuestra tradición, a los valores que la inspiran, ya que una norma concreta formulada en un momento histórico determinado no siempre puede satisfacer la aspiración de justicia que la rica casuística de nuestros tiempos genera.

El código civil español (art. 1.4), al igual que otros códigos nacionales europeos e iberoamericanos, atribuye a los principios jurídicos como función principal la de ser fuente subsidiaria del derecho (“los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre”); al mismo tiempo, también reconoce “su carácter informador del ordenamiento jurídico”<sup>16</sup>. No obstante, en el actual contexto de globalización, consideramos que su más importante misión ha de ser otra: la de contribuir a la creación de un nuevo derecho. En esta línea se expresa Guzmán Brito, que opina que de dicho *àèl* deriva su especial trascendencia<sup>17</sup>. Es más, en opinión de Hinestrosa, junto a las habituales funciones que se le asignan como integradores de lagunas legales y herramientas de interpretación, señala también la de ser productores de valores<sup>18</sup>.

Los principios del derecho deben ser, a nuestro juicio, la encarnación de unos valores, pues como antes hemos defendido la fenomenología jurídica no puede ser ajena a la ética en ninguna de sus etapas (creación, interpretación y aplicación) porque el derecho es una ciencia que se define fundamentalmente por su finalidad. Es tarea de los juristas identificar esos valores y, con ayuda de la razón natural, convertirlos en principios jurídicos que sirvan de referencia tanto a legisladores como a jueces en su actividad<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Cfr. la valoración que de este artículo realiza VALENCIA RESTREPO, HERNÁN, *Nomoárquica, Principalística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*, 4ª. Edición corregida, puesta al día y parcialmente refundida, Comlibros, Medellín, 2007, p. 99.

<sup>17</sup> GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *op. cit.*, pp. 8 s. considera, asimismo, que los principios generales constituyen el fundamento dogmático de un determinado régimen jurídico y son elementos de integración de la ley y criterios hermenéuticos imprescindibles para la corrección o rectificación de las normas. Sobre el papel de los principios como integradores de la ley o vehículo de interpretación creativa, cfr. ADAME GODDARD, JORGE, *La ciencia jurídica*, Bepress, México, 2021, pp. 95-98. Para poder desarrollar esta función, es imprescindible a su juicio la previa identificación de dichos principios así como la determinación del tipo de situación a la que van a ser aplicados. Tres son las clases de relaciones posibles: de intercambio de bienes (caso en el que regiría el principio general de la equidad entendida como justicia conmutativa); de distribución de bienes o cargas (supuestos en los que se recurriría a la equidad, considerada como justicia conmutativa); y obligatorias en favor de la comunidad (inspiradas por el principio general del bien común).

<sup>18</sup> Cfr. HINESTROSA, FERNANDO, *op. cit.*, pp. 183-190. Este autor opina que el origen de los principios hay que situarlo en la experiencia, la realidad y la conciencia social. Su incorporación al ordenamiento jurídico es posible gracias a la labor de abstracción y generalización por parte de los intérpretes. PALMA, ANTONIO, *Giustizia e senso comune*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2006, p. 151 considera que la equidad, por expresar los valores del sentido común y la voluntad de la colectividad, se configura como un recurso especialmente idóneo para adaptar el derecho a la evolución socio-cultural de los tiempos.

<sup>19</sup> Según COING, HELMUT, *Fundamentos...*, *cit.*, pp. 162, 167, 175-177, los principios poseen un fundamento ético-empírico, al tener en cuenta los datos que proporciona la naturaleza de la cosa. Se



No cabe duda de que los valores de la antigua Roma conformaron muchas de las instituciones de su derecho. Según Schulz no puede entenderse el régimen jurídico de la patria potestad o las relaciones patrimoniales entre cónyuges sin tenerlos en cuenta; dentro de ellos estarían la *pietas*, la *fides*, la *reverentia* o el *officium*<sup>20</sup>. En este sentido, Garofalo considera que son muy numerosos los ejemplos en los que puede apreciarse la influencia del principio de la *humanitas* en el ámbito del derecho de familia, en la mejora de las condiciones de la mujer y en la relación entre los padres de familia y sus hijos y sus esclavos; también se observa en el área del derecho penal y en su procedimiento a través de las garantías ofrecidas al imputado en su procesamiento, la reducida aplicación de la pena de muerte, el principio de personalidad de la sanción y la modulación de la condena en función de circunstancias objetivas y subjetivas<sup>21</sup>. El pensamiento jurídico romano, según señala García de Enterría, operaba con base en principios y esta fue su gran aportación, no tanto como la corrección de sus soluciones. Los principios no eran considerados como algo abstracto sino como algo que se correspondía con una idea central, con la esencia de una institución. Por ese motivo, razonar, interpretar o aplicar el derecho consistía fundamentalmente en manejar los principios alrededor de los cuales giraban las reglas y los actos de la vida jurídica, pues encerraban los valores superiores a los que aspiraba el derecho<sup>22</sup>. A este respecto, Vallet de Goytisolo considera que los

---

desarrollan a partir de situaciones básicas y recurrentes, llegando a informar el derecho positivo y convertirse en base de la cultura jurídica de una determinada sociedad. Principios como el de equidad, imparcialidad o el de la naturaleza de la cosa permiten apreciar si el derecho se corresponde o no con la justicia. Sin embargo, Kelsen, Hans, *op. cit.*, pp. 39, 42 sostiene que el problema de los valores no puede ser resuelto racionalmente porque éstos vienen determinados por factores emocionales. En consecuencia, opina, los valores son subjetivos y relativos. No obstante, el que sean subjetivos no significa necesariamente que sean individuales, ya que entre los sujetos se da una influencia mutua.

<sup>20</sup> Cfr. SCHULZ, FRITZ, *I principii del Diritto romano*, ed. V. Arangio-Ruiz, Le lettere, Roma, 1946, pp. 16-21.

<sup>21</sup> GAROFALO, LUIGI, GAROFALO, LUIGI, *Fondamenti e svolgimenti della scienza iuridica. Saggi*, CEDAM, Padova, 2005 pp. 6 s., 19. Según este autor, la *aequitas* y la *humanitas* siguen siendo valores fundamentales en nuestra tradición jurídica occidental y, gracias a ello, el derecho continúa estando al servicio del hombre.

<sup>22</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, "Prólogo", en Viehweg, Th., *Tópica y Jurisprudencia*, trad. de L. Díez-Picazo Ponce de León, Taurus, Madrid, 1964, pp. 15-18. Desde su punto de vista, hoy en día, estos valores deben concretarse en forma de unos "principios generales del derecho", singulares y específicos, operantes en determinados ámbitos de problemas. Así es cómo, a su juicio, cabe interpretar la referencia que el código civil español hace a los "principios generales del Derecho", los cuales son resultado de la experiencia jurídica, no de la mera especulación retórica, e informan la institución en la que se manifiestan. De acuerdo con García de Enterría, no hay figura jurídica sin un principio informador y estos principios se organizan en torno a problemas concretos, con una estructura tópica, no axiomática. CERAMI, PIETRO, voz "Giurisprudenza-Scienza giuridica nel diritto romano", *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, t. IX, Utet Giuridica, Torino, 1993, p. 186 sostiene al respecto que los principios jurídicos, los preceptos religiosos o las normas éticas son, en esencia, expresión de los valores más importantes de una sociedad, que en el caso de la romana eran de carácter político.

juristas romanos más que de tópicos se valieron de determinados principios rectores, como la *aequitas*, la *bona fides*, el *animus*, el *restituere* o el *id quod interest*, para dar sus soluciones<sup>23</sup>.

En opinión de Burdese, los principios de equidad y racionalidad sobre los que se apoyó la actividad de la jurisprudencia romana habrían sido los precursores de los principios del derecho natural, de los principios constitucionales y de los principios generales del derecho de los ordenamientos modernos<sup>24</sup>. Al estar basado el derecho no sólo en el valor de la justicia, sino también en el de la dignidad del hombre, uno de sus presupuestos necesarios es la libertad. De ahí que, a juicio de Coing, sólo garantizando la libertad, el derecho puede asegurar el respeto de la dignidad humana<sup>25</sup>. Sin embargo, para d'Ors estos principios no son los inspiradores del derecho natural sino al revés: los principios son expresión del derecho natural ya que responden a la genuina naturaleza del

---

<sup>23</sup> Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, JUAN, *Metodología jurídica*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1988, p. 134. SCARANO USSANI, VINCENZO, *L' utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvo Giuliano*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 51, 74 s., 199 encuentra en la obra de Neracio los siguientes valores: la *fides*, la *aequitas*, la *patria potestas*, la *pietas* y la *aequitas*; y, en la de Celso, el *bonum et aequum*, la *benignitas* o la *voluntas legum*. Principios todos ellos que, para HINESTROSA, FERNANDO, *op. cit.*, p. 184, tuvieron y tienen un valor ético-político, al ser la expresión jurídica del pensar y sentir de una sociedad en un momento concreto de su historia. VIÑAS, ANTONIO, *De la filosofía personalista ...*, *cit.*, pp. 153 s., 161 opina que todo lo jurídico está abierto a lo ético, si bien no todo lo ético es jurídico y, en este sentido, pone de relieve el interés de los postulados de la Escuela Axiológica de Friburgo, que considera deben impulsarse otros ideales distintos de la razón, y los de la Escuela de Marburgo, que defiende la necesidad de formular unos principios que sirvan para aproximar la idea de justicia a la realidad jurídica.

<sup>24</sup> BURDESE, ALBERTO, *Derecho Romano e interpretación del Derecho*, trad. de J. M. Coma Fort y J. D. Rodríguez Martín, Comares, Granada, 1998, pp. 66 s. Para el jurista romano, la equidad no era sólo inspiradora de su interpretación, sino la actividad que había que realizar con carácter previo a la formulación de cualquier regla vinculante. Por su parte, PALMA, ANTONIO, *op. cit.*, pp. 56 s. pone de relieve que, a partir de Adriano, los juristas apoyan sus respuestas en la *humanitas*, la *benignitas* o la *clementia*, al considerarlas expresión del sentido común de su época. A propósito de la relación entre justicia y equidad, cfr. CASTRO-CAMERO, ROSARIO, "El jurista romano...", *cit.*, pp. 134-140.

<sup>25</sup> Cfr. COING, HELMUT, *Fundamentos...*, *cit.*, p. 203. VIÑAS, ANTONIO, *De la filosofía personalista ...*, *cit.*, pp. 136, 160 s. opina que las reglas y preceptos jurídicos deben cumplir determinadas exigencias éticas como el respeto a la libertad, la dignidad, la justicia o la fidelidad. En concreto, la dignidad de la persona sería, a juicio de este autor, la piedra angular de toda la escala de valores que debe informar el derecho. A este respecto nos gustaría destacar que una de las primeras voces que se alzaron para defender la importancia de la libertad como derecho natural del hombre, originario, universal y necesario, fue la del español Bartolomé de Las Casas. Puede decirse, siguiendo a PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, *La filosofía del derecho en perspectiva histórica*, González-Tablas Sastre, R. (coord.), Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2009, pp. 76-79, 84-87, que su iusnaturalismo racionalista y humanista, de signo democrático, fue el germen de los modernos derechos humanos y del Estado de Derecho. Como afirma este autor, la historia es resultado de la experiencia de un pasado y no una yuxtaposición de períodos separados; por ese motivo, es necesario reconocer el papel de los clásicos españoles en la formación histórica de los derechos humanos.

hombre y son cognoscibles por medio de la razón natural. De ahí su carácter universal y la perdurabilidad en el tiempo de las soluciones que inspiran<sup>26</sup>.

Ahora bien, este tipo de actividad jurisprudencial de carácter creativo, preocupada por dar concreción jurídica a valores de contenido ético, no sólo la encontramos en Roma, sino que también se dio durante todo el período en que estuvo vigente el *ius commune*, esto es, hasta la codificación de los derechos nacionales en el s. XIX. A partir de entonces, la labor interpretativa de los juristas se limitó a ser meramente intelectual<sup>27</sup>. El jurista abandonó la tarea que Pomponio le asignaba en D. 1,2,2,13 (Pomp. *lib. sing. enchir.*), consistente en actualizar el derecho y mejorarlo (*quod constare non potest ius, nisi si aliquis peritus, per quem possit cottidie in melius produci*)<sup>28</sup>. Es hora, a nuestro juicio, de retomar esta actividad en aras del desarrollo de un nuevo *ius commune* y el primer paso es el conocimiento de los principios de nuestra tradición<sup>29</sup>. En Roma, tal y como pone de relieve el análisis de la actividad jurisprudencial, la tradición jugaba un importante papel puesto que ponía de manifiesto la utilidad de una determinada solución a lo largo del

---

<sup>26</sup> Cfr. D'ORS, ÁLVARO, "Principios...", *cit.*, p. 30; GÁNDARA MOURE, AGUSTÍN, *Concepto de Derecho en Álvaro d'Ors*, Fundación Alfredo Brañas, Santiago de Compostela, 1993, p. 110. Como COING, HELMUT, *Fundamentos...*, *cit.*, p. 180 ha señalado, por medio de los valores se pretende el respeto de la dignidad humana, contenido esencial de la idea de derecho. El reconocimiento de los derechos subjetivos en una comunidad es expresión del respeto de su persona y su libertad. Subraya este autor cómo el derecho general de la personalidad se manifiesta en una serie de derechos fundamentales que, en su formulación, tienen en cuenta de una manera muy especial la naturaleza humana, sus instintos y sus aspiraciones. A este respecto, GILIBERTI, GIUSEPPE, *op. cit.*, p. 1882 sostiene que los derechos fundamentales son consecuencia de la positivación de los derechos emanados del orden natural.

<sup>27</sup> Cfr. BIONDI, BIONDO, "Funzione della giurisprudenza romana nella vita moderna", *Rivista di Diritto civile*, Padova, núm. X (1), 1964, pp. 7, 11. A su modo de ver, en la actualidad, no se trataría tanto de recuperar el Derecho romano como los métodos empleados por la jurisprudencia romana, su mentalidad y su sentido jurídico. VIÑAS, ANTONIO, *Teoría del Derecho...*, *cit.*, pp. 109-114 subraya cómo cuando se elaboran reglas de conducta de validez universal, puede caerse fácilmente en la abstracción y, por consiguiente, producirse un alejamiento de la realidad. Por ese motivo el jurista debería tener como una de sus principales tareas la de reducir la distancia entre hechos y valores, praxis y teoría, conducta y norma.

<sup>28</sup> A juicio de NÖRR, DIETER, *Alla ricerca della vera filosofia. Valori etico-sociali in Giulio Paolo*, en Mantovani, D. y Schiavone, A. (a cura di), *Testi e problema di giusnaturalismo romano*, Cedant-IUSSPress, Pavia, 2007, p. 539, los principios tienen una naturaleza meramente evocativa y su eficacia depende de la autoridad y el consenso. Por eso es necesario, según VIÑAS, ANTONIO, *Teoría del Derecho...*, *cit.*, pp. 109-114 la labor del derecho consiste en concretar los principios en la realidad y ordenarlos jerárquicamente, proporcionando unas coordenadas dentro de las cuales se puedan encuadrar las distintas situaciones y conductas emanadas de la vida social en un momento determinado.

<sup>29</sup> PALMA, ANTONIO, *op. cit.*, p. 56 aboga, igualmente, por la recuperación de la actividad creadora de derecho de los juristas. Si bien somete cualquier innovación a la conformidad de la misma con el común sentir de su tiempo, del que los juristas deben ser intérpretes.

tiempo siempre que la realidad jurídica lo permitía. Tradición e innovación no se excluían, como tampoco ahora deberían hacerlo<sup>30</sup>.

El jurista de hoy, europeo e iberoamericano, debe seguir haciendo de su actividad un arte, el arte del derecho, el arte de lo bueno y lo justo. Precisamente, un aspecto no suficientemente destacado de la célebre definición que Celso da del *ius* como *ars boni et aequi* (D. 1,1,1 pr. [Ulp. 1 reg.]), es el de su consideración de *ars*. Cerami considera que, como *ars* que es tiene su propio fin, el *bonum et aequum* y, en consecuencia, contenidos y métodos autónomos. El carácter teleológico de la definición de Celso se explica por la condición de realidad histórica concreta del derecho, que no permite que se le identifique por su esencia sino por su finalidad, que es atemporal<sup>31</sup>. Aunque en los últimos siglos, nuestra forma jurídica de convivencia se ha basado demasiado en reglas y preceptos; sin embargo, los nuevos tiempos demandan un derecho fundado en valores, en los principios con los que nos identificamos como sociedad. Pues lo recto, lo ajustado a derecho, no siempre es lo más justo<sup>32</sup>. Como acertadamente pone de relieve Cerami, la justicia y el derecho sólo coinciden cuando su fin es el mismo, esto es, la realización de lo bueno y lo

---

<sup>30</sup> Cfr. CASTRO-CAMERO, ROSARIO, “El jurista romano y su labor de concreción de la justicia”, *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*, Pamplona, núm. LXXIV (1), 2016, pp. 125, 140-164. Como observa REINOSO-BARBERO, FERNANDO, *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Dykinson, Madrid, 1987, pp. 121-125, 131, en el ánimo de la jurisprudencia romana estaba que sus soluciones sirvieran no sólo para un caso sino también para otros similares.

<sup>31</sup> CERAMI, PIETRO, “La concezione celsina del *ius*”, *Annali del Seminario Giuridico dell’ Università di Palermo (AUPA)*, Palermo, núm. XXXVIII, 1985, pp. 10-13, 19, 21. La idea dinámica del derecho que tiene Celso choca con el planteamiento ciceroniano, que concibe el derecho desde un punto de vista estático, al considerarlo como *aequitas constituta* (Cic. *top.* 2,9). Cicerón ofrece una definición del *ius* ontológica y de contenido sustantivo, mientras que la de Celso es teleológica y de contenido metodológico. Cfr. asimismo al respecto el reciente trabajo del maestro palermitano dedicado a la cuestión, CERAMI, PIETRO, “*Ius est...*”, *cit.*, pp. 53, 62- 68 en el que se reafirma en muchos de los postulados sostenidos en trabajos anteriores y expone su punto de vista sobre el *bonum et aequum*, que entiende como justo equilibrio entre los intereses individuales y el interés común (*bonum*) y justo equilibrio entre intereses contrapuestos (*aequum*). En relación también con la consideración del derecho como arte, cfr. DÍAZ BIALET, AGUSTÍN, “*Elegantia*”, en *Studi in onore di Cesare Sanfilippo II*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 173, para quien la investigación, unida a la razón y a la virtud, crean *ars*, ciencia y permiten al jurista distinguir lo justo de lo injusto y dar a cada uno su derecho.

<sup>32</sup> Sobre cómo la jurisprudencia romana se inclina por la interpretación más moderada, cfr. CASTRO-CAMERO, ROSARIO, “*In dubio mitius*”, *Cuadernos Informativos de Derecho histórico público, procesal y de la navegación*, Barcelona, núm. XVIII, 1995, pp. 4587-4601. En este sentido se expresa también GAROFALO, LUIGI, *Fondamenti...*, *cit.*, pp. 4, 7, 11 quien considera que, más allá los casos donde se evocaba la *humanitas* de forma expresa, esta idea estuvo presente constantemente en los escritos de la jurisprudencia, que la consideraba como parte del *bonum et aequum*.

justo en las relaciones intersubjetivas<sup>33</sup>. Gracias a la justicia el derecho se va conformando y llega a ser posible que cada uno reciba lo suyo, lo que es justo<sup>34</sup>.

### III. LA FORMACIÓN DEL JURISTA MODERNO EN PRINCIPIOS DE DERECHO.

La actividad jurídica conlleva un alto nivel de responsabilidad y exige del jurista una excelente preparación científica, técnica y ética. A las Facultades de Derecho, como centros de enseñanza donde se educan los futuros expertos en la ciencia del derecho<sup>35</sup>, les corresponde una tarea con importante repercusión en la sociedad. Sin duda alguna, del tipo de educación que reciban los estudiantes de Derecho en la Universidad, dependerá el modo de afrontar los conflictos que, ya egresados, estarán llamados a solucionar. En los casos europeo e iberoamericano, esta sólida formación debe iniciarse con un retorno a los orígenes, a las fuentes de su tradición científico-jurídica, ya que ésta constituye una de las más preciosas joyas de su patrimonio.

Ahora bien, el desarrollo del *ius commune* entre los siglos XI al XVIII, momento en el que la existencia de un espacio jurídico común fue una viva realidad, no impidió que de forma paralela se fueran creando los *iura propria*. La relación entre ellos fue armónica gracias, sobre todo, al desarrollo simultáneo de una ciencia jurídica cuyos

---

<sup>33</sup> Cfr. CERAMI, PIETRO, “*La scuola del diritto: educare alla speranza*”, en Cerami P. y Serio, M. (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, t. II, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, p. 466. Desde Aristóteles, se habla de dos tipos de justicia: la conmutativa, o del equilibrio, y la distributiva, o de la adjudicación. Junto a ellas está también la justicia protectiva, que se da cuando existen relaciones de poder. La justicia conmutativa consiste fundamentalmente en no dañar al otro. En el ámbito del Derecho privado, éste es el tipo de justicia que se da, ya que las situaciones que predominan son las de coordinación. La justicia protectiva, por su parte, presupone que el poder está limitado por la finalidad que lo justifica, el respeto a los derechos fundamentales, el principio de lealtad y confianza y por determinados mecanismos de supervisión. Es el tipo de justicia propia del Derecho administrativo y a ella responde la estructura del Estado de Derecho. Por último, los principios de la justicia distributiva establecen un reparto de bienes y cargas. Se basa en la igualdad, excluyendo cualquier tipo de privilegio entre quienes integran la comunidad. Según MAROTTA, VALERIO, *op. cit.*, p. 577, la concepción que Celso tiene de la justicia como arte de lo bueno y de lo justo se correspondería con la noción de justicia distributiva.

<sup>34</sup> COING, HELMUT, *Fundamentos...*, *cit.*, pp. 127 s., 189-193, 219, por su parte, distingue esta justicia del derecho, basada en hechos y acciones aisladas, de la justicia personal, que es la que la equidad proporciona. Ésta rebasa los requisitos mínimos de la justicia del derecho cuando tiene en cuenta las circunstancias concretas del caso y la situación personal de los interesados en el mismo.

<sup>35</sup> Estudiar Derecho, siguiendo a ADAME GODDARD, JORGE, *op. cit.*, pp. 2, 42-44, supone adentrarse en el conocimiento de las reglas conforme a las cuales se juzga acerca de lo justo en casos concretos. Para determinar lo que es justo, los jueces tienen tres posibilidades: 1) considerar que lo justo es ser fiel a lo convenido entre particulares; 2) defender que lo justo coincide con lo legal; 3) entender que lo justo es aquello que se conforma a la doctrina jurídica elaborada por los juristas, a lo largo del tiempo, a partir de su observación y reflexión sobre la realidad o naturaleza de las cosas y las relaciones personales. El fenómeno de la codificación, advierte Adame, hizo que pareciera como creación legal lo que no eran sino soluciones científicas elaboradas por los juristas y recogidas por la tradición.

principios y categorías mentales eran comunes<sup>36</sup>. Esa tradición romanística, a la que pertenecían los intérpretes del derecho medievales y modernos, y cuya puesta en valor hoy defendemos en el mundo contemporáneo, se apoya según Adame en los principios fundamentales enunciados por Ulpiano y recogidos en D. 1,1,10,1 (Ulp. 1 *reg.*): vivir honestamente, no dañar a nadie y darle a cada uno lo suyo. Junto a estos principios fundamentales, Adame sitúa los principios generales derivados de la naturaleza racional del hombre, entre los que estarían los siguientes: todas las personas son libres y responsables de sus actos; todas poseen una misma naturaleza racional e igual dignidad; el hombre es un ser que se perfecciona a través de la vida en comunidad, dirigida por una autoridad y una potestad, cuyo fin debe ser el bien común. Adame identifica asimismo otros principios relativos al comportamiento del hombre, que son los preceptos de la ley natural, fácilmente reconocibles por la simple razón y comunes a la ética y al derecho: por un lado, no matar, no mentir, no robar, no cometer adulterio y, por otro, el amor a uno mismo, al prójimo y a Dios. Estos principios son, en su opinión, la base del derecho y constituyen el fundamento del derecho de propiedad, del derecho contratos, del derecho penal y, en general, de todo el derecho público y privado<sup>37</sup>.

Como pone de relieve Vallet de Goytisolo la preocupación de los juristas clásicos romanos era tan solo resolver la controversia que se les planteaba a partir de la realidad, siendo muy posterior la elaboración de repertorios de reglas, consecuencia del interés didáctico de la última jurisprudencia clásica. No fue hasta Justiniano cuando las *regulae iuris* adquirieron naturaleza normativa y general, viendo modificado así su originario valor descriptivo y particular<sup>38</sup>. Siglos después, los glosadores, para quienes la lógica era

---

<sup>36</sup> Como destaca BETANCOURT, FERNANDO, “*De regulis iuris...*”, *cit.*, p. 186 el *ius commune* fue resultado del estudio, la interpretación y aplicación de los derechos propios (*iura propria*) a la luz del Derecho romano y el Derecho canónico (*utrumque ius*). Cfr., particularmente, su detallado estudio sobre la fundación de las primeras universidades iberoamericanas, recogido en ID., *Manuscritos universitarios...*, *cit.*, pp. 207-211.

<sup>37</sup> ADAME GODDARD, JORGE, *op.cit.*, pp. 48-52. D’ORS, ÁLVARO, *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, 2ª. Edición, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, pp. 31-38, por su parte, sostiene que dar concreción a los principios del derecho natural es la labor fundamental que tiene el jurista, pues éstos principios actúan como criterios rectores de la conducta del hombre y orientan el juicio sobre la misma. Sobre la relación entre derecho, justicia y orden natural, cfr. CASTRO-CAMERO, ROSARIO, “El jurista romano...”, *cit.*, pp. 126-133.

<sup>38</sup> Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, JUAN, *op. cit.*, pp. 134, 156. En este sentido, REINOSO-BARBERO, FERNANDO, *Los principios generales del derecho en la jurisprudencia...*, *cit.*, pp. 13, 31 pone de relieve cómo la jurisprudencia sólo tenía interés por los enunciados teóricos en tanto en cuanto éstos eran útiles para la práctica. De ahí que, aunque las reglas y principios de D. 50,17 tuvieran una orientación general, su formulación no estaba por completo desvinculada de situaciones concretas. También SCHMIDLIN, BRUNO, “*Horoi*”, “*pithana*” und “*regulae*” – *Zum Einfluss der Rhetorik und Dialektik auf die juristische Regelbildung*, en *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, De Gruyter, Berlin/New York, 1976, p. 119 destaca como característica de la jurisprudencia romana el hecho de dirigir su metodología al problema

el fundamento de su ciencia como bien señala Coing, elaboraron inductivamente proposiciones de carácter general a partir de la rica casuística romana a la que otorgaron la condición de premisa mayor del silogismo<sup>39</sup>. En cualquier caso, a juicio de Hinestrosa, estos brocardos medievales al igual que las reglas romanas y las máximas del *common law* hacen referencia a lo mismo: a los principios<sup>40</sup>; pero no sólo eso, como pone de manifiesto Cerami, tanto unos como otras tienen en común el estar formulados con gran elasticidad, admitiendo por tanto muchas excepciones<sup>41</sup>. En eso se diferencian claramente de los principios generales del derecho recogidos en los modernos códigos civiles, textos con valor normativo que establecen su función de interpretación e integración<sup>42</sup>.

Recuperar ese carácter abierto es, a nuestro modo de ver, sumamente importante porque nos permitiría acudir a ellos, con facilidad y eficacia, para resolver los desafíos ante los que nuestra realidad cambiante nos coloca cada vez con más frecuencia. Esta

---

concreto. Por su parte, STEIN, PETER, *op. cit.*, pp. 107, 130, 144-149, 170 sostiene que las reglas, a diferencia de las máximas, tuvieron un campo de aplicación perfectamente delimitado. Asimismo, señala cómo en la confusión de la voz “brocardo” con “regla” fue decisiva la discusión que, a propósito de la naturaleza de esta última, mantuvieron los canonistas. Finalmente se impuso la expresión “brocardo” para referirse a un lugar común, resultado de la abstracción y generalización de las soluciones encontradas en los textos romanos. La finalidad con la que estos juristas medievales elaboraron los brocardos era eminentemente práctica. Se formularon para poder aplicarse en los juicios de su tiempo, si bien fueron considerados insuficientes como argumentos; este reconocimiento sólo lo tuvieron en el *common law*. Stein opina que las máximas fueron concebidas a modo de principios generales formulados brevemente a partir de un número de casos resueltos de idéntico modo.

<sup>39</sup> Cfr. COING, HELMUT, *Derecho Privado Europeo I. Derecho Común más antiguo (1500-1800)* (München 1985), trad. de A. Pérez Martín, t. I, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, pp. 47 s. El primer paso de la *duplex interpretatio* era estudiar la solución del caso romano y determinar cuál era su *ratio*. Con la segunda interpretación se analizaba si dicha respuesta contenía un pensamiento jurídico susceptible de ser empleado como argumento para fundamentar un principio general que pudiera servir para solucionar situaciones no planteadas en dicho texto.

<sup>40</sup> Cfr. HINESTROSA, FERNANDO, *op. cit.*, pp. 183, 190. No obstante, como pone de relieve STEIN, PETER, *op. cit.*, p. 153, sólo las reglas de la compilación justiniana y las recogidas en el Libro Sexto de Bonifacio VIII fueron consideradas “auténticas”. Al resto, a las que tenían origen privado por ser obra de la doctrina, como señala VALENCIA RESTREPO, HERNÁN, *op. cit.*, p. 181, se las denominó “brocardos”.

<sup>41</sup> Cfr. CERAMI, PIETRO, “D. 1,7,25 pr. (Ulp. 5 *opin.*) e il brocardo *Venire contra factum proprium*”, en Reinoso-Barbero, F. (ed.), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2014, pp. 856 s. SCHMIDLIN, BRUNO, *op. cit.*, 120, 124-127 considera que las reglas de derecho son resultado de un progresivo proceso de generalización y simplificación de soluciones de casos concretos, a través de las cuales se establecieron unos determinados principios que sirvieron de fundamento al legislador para realizar su función sin perder su carácter casuístico. En ningún caso, opina, deben ser consideradas como proverbios; de ahí que constituyan un género propio dentro de la literatura jurídica, el de los *libri regularum*.

<sup>42</sup> Cfr. DOMINGO, RAFAEL (ed.), ORTEGA, JAVIER, RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, BEATRIZ, ZAMBRANA, NICOLÁS, *op. cit.*, p. 27 que pone de manifiesto cómo, desde el siglo XIX, el lugar donde las reglas de derecho han encontrado su sitio en los distintos ordenamientos jurídicos ha sido a través de los principios generales del derecho. Es interesante, por otra parte, tener en consideración la peculiaridad que VALENCIA RESTREPO, HERNÁN, *op. cit.*, p. 485 observa en los derechos colombiano, panameño y griego, que no utilizan la expresión “principios generales del derecho”, sino la de “reglas generales del derecho”, más acorde con la tradición romana y romanista de las *regulae iuris*.

flexibilidad ha permitido, incluso a tradiciones jurídicas tan lejanas como la china, recurrir al Derecho romano cuando se enfrentó a la dificultad de elaborar su propio código civil. En efecto, en el año 1986 China decidió que el primer paso para la redacción de esta norma fuera la aprobación de una ley con los Principios Generales del Derecho Civil, que presentan un marcado carácter romanístico<sup>43</sup>.

Es conveniente que esta historia de la tradición jurídica romanística, sus bases, su contenido, su modo de evolución sean conocidos por los estudiantes de Derecho europeos e iberoamericanos. De ahí la importancia de la presencia en planes de estudios de asignaturas que contribuyan a ampliar los horizontes del alumno y le permitan conocer otras formas diferentes de creación del derecho, especialmente idóneas para un contexto de relaciones jurídicas globalizado. Estudiando las instituciones del Derecho romano, sobre todo a partir del análisis de casos, el alumno puede captar los principios que inspiran las respuestas de la jurisprudencia. A este respecto puede ser de gran interés el método de comparación casuística propuesto por García-Garrido, ya que permite identificar principios jurídicos a través del análisis de distintas soluciones jurídicas<sup>44</sup>. Los alumnos, además, pueden advertir cómo hay problemas que se repiten de forma reiterada y cómo los juristas, para afrontar su solución y antes de plantear otra nueva, tienen en cuenta la tradición, la respuesta que otros anteriormente ya han dado<sup>45</sup>. La historia de las reglas romanas conviene que sea estudiada no sólo porque éstas sean el fundamento de los principios jurídicos de muchas legislaciones actuales y sirvan para la interpretación y aplicación de numerosas decisiones jurisprudenciales, sino también porque nos permiten conocer, mejor y con más profundidad, nuestra tradición jurídica<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> LIHONG ZHANG, “Los últimos avances en la codificación del derecho civil chino”, *Revista chilena de Derecho*, Santiago de Chile, núm. XXXVI (3), 2009, p. 470.

<sup>44</sup> Cfr. GARCÍA-GARRIDO, MANUEL JESÚS, “Prólogo”, en Floria Hidalgo, M.D., *La casuística del “furtum” en la jurisprudencia romana*, Dykinson, Madrid, 1991, pp. 12-15. Este método, que constituye una superación del histórico-crítico, se sitúa entre la *Textstufengeschichte* de Wieacker y la *Sachengeschichte* de Kaser, ya que los textos son analizados tanto en atención a su forma como a su contenido.

<sup>45</sup> Cfr. GARCÍA-GARRIDO, MANUEL JESÚS, “Los principios contractuales visigóticos en la tradición romanística medieval”, en Reinoso-Barbero, F. (ed.), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2014, p. 7 pone de manifiesto cómo pueden distinguirse varias redacciones de un caso y también diversos estratos en la formulación de una regla de derecho. En este sentido es significativo, opina STEIN, PETER, “*Regulae iuris*”. *From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh University Press, Edimburgh, 1966, p.118, que de las doscientas once reglas que se recogen en D. 50,17, treinta y cinco de ellas sean leyes geminadas, esto es, textos que tienen otro paralelo en el Digesto ubicado en un libro diferente.

<sup>46</sup> Cfr. GARCÍA-GARRIDO, MANUEL JESÚS, “Los principios contractuales visigóticos...”, *cit.*, p. 91. Cfr. BIONDI, BIONDO, *op. cit.*, p. 4, a propósito de la influencia del Derecho romano en el patrimonio jurídico y la sensibilidad de los juristas de nuestra tradición.



Por otra parte, Rodríguez-Ennes critica el exagerado interés por la formación práctica (nosotros diríamos que, más bien, pragmática) que se tiene en la actualidad. A su juicio, parece como si se quisieran convertir las Facultades de Derecho en Escuelas de práctica jurídica. Ciertamente, junto a esta tendencia, hay otra opuesta que peca de ser demasiado teórica. Coincidimos con este autor en que la enseñanza del Derecho requiere de ambas, de la teoría y de la práctica, aunadas y no enfrentadas<sup>47</sup>. Roma supo conciliar, como pone de relieve Biondi, la doctrina con la práctica, la abstracción con el empirismo, pues los juristas romanos eran conscientes que el derecho se hacía a partir de la realidad de la vida y del importante papel que jugaban en la sociedad, que iba más allá de conocer las leyes o la mera erudición. Estaban dotados de un profundo sentido de humanidad y sabían que el problema fundamental del derecho no es otro que la justicia. En definitiva, subraya Biondi, tenían presente que el derecho existía a favor y no en contra de los hombres<sup>48</sup>.

El Derecho romano y la tradición que se desarrolla, durante siglos, a partir de sus textos, pueden proporcionar una ayuda inestimable a los jóvenes juristas que durante sus años de formación deben entrenar su capacidad de razonamiento; gracias a su modo de creación e interpretación del derecho basado en principios que, más que regir, orientan la respuesta que debe darse al conflicto, el estudiante de Derecho adquiere flexibilidad, lógica y, sobre todo, sentido común. Por otra parte, Garrigues Walker basa la oportunidad del conocimiento de la tradición romanística en la necesidad de un lenguaje jurídico global que permita el entendimiento entre juristas de distintas nacionalidades. Para ello es imprescindible en su opinión establecer unas “reglas de juego comunes”, unos principios jurídicos globales que permitan tal entendimiento<sup>49</sup>. Los nuevos tiempos que

---

<sup>47</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-ENNES, LUIS, “¿Qué y cómo se debe enseñar el derecho?”, *REDU. Revista de docencia universitaria*, Valencia, núm. extraordinario, XII (3), 2014, p. 12.

<sup>48</sup> Cfr. BIONDI, BIONDO, *op. cit.*, p. 12. Sobre los importantes cambios que se produjeron a lo largo del s. II en este sentido, gracias a los cuales tuvo lugar la conciliación entre ciencia y técnica, actividad teórica y práctica, cfr. CERAMI, PIETRO, “La concezione celsina...”, *cit.*, p. 14.

<sup>49</sup> Cfr. GARRIGUES WALKER, ANTONIO, “Prólogo”, en Domingo, R. (ed.), Ortega, J., Rodríguez-Antolín, B., Zambrana, N., *Principios de derecho global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados*, 2ª. Edición revisada y aumentada, Thomson, Navarra, 2006, p. 9. Acerca de la conveniencia de mantener la formulación latina de los principios jurídicos, cfr. REINOSO-BARBERO, FERNANDO, “Los principios generales del Derecho en la modernización del lenguaje jurídico”, en Reinoso-Barbero, F. (ed.), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2014, pp. 73 s., donde expone distintas razones por las que seguir utilizándolos, entre las que destacan principalmente su economía y concreción, así como el hecho de facilitar la interpretación jurídica en sentido unívoco. Sobre la importancia del lenguaje en el ámbito jurídico, cfr. CRIFÒ, GIULIANO, “Semantica giuridica in Vico, en Trabant J. (Hrsg.), *Vico und die Zeichen. Vico e i Segni*, Gunter Narr Verlag, Tübingen, 1995, p. 29.

vivimos demandan un *ius novum* que debe ser creado por integración, no impuesto por los estados más poderosos. En este contexto, y particularmente en determinados ámbitos como el de las telecomunicaciones, el medioambiental o el bioderecho, la contribución de las reglas de derecho es enormemente relevante<sup>50</sup>.

Coincidimos con Cerami en que la misión de las Escuelas de Derecho debe ser la de dotar de certeza y concreción el derecho, adecuándolo a la idea de justicia. Esto significa, a su juicio, educar en la esperanza, en la confianza, en la realización de un futuro mejor, donde prevalezca la justicia en la solución de las controversias. La educación del jurista en el *bonum et aequum* supone también la difusión de criterios éticos o valores<sup>51</sup>. Gracias a ellos, el jurista puede practicar la justicia y su actividad adquiere un sentido superior, fundamental para la convivencia en armonía dentro de la sociedad a la que, con su labor, ayuda a mejorar.

#### IV. CONCLUSIÓN.

En los últimos siglos, el Derecho privado se ha preocupado en exceso de formular enunciados jurídicos. Los artículos de los códigos civiles se han convertido en reglas generales empleadas para la solución de problemas jurídicos concretos. Sin embargo, a nuestro modo de ver, no debemos olvidar que la regla es tan solo la concreción, enunciada de manera breve y con carácter general, de un principio. Puede decirse que las reglas de derecho expresan, a través de un enunciado breve y concreto, lo que para una sociedad son sus principios o valores fundamentales. Por ello, creemos que, aunque frecuentemente se empleen los términos “regla” y “principio” indistintamente, no procede tal identificación porque su naturaleza y función son diferentes. La regla sería como el fruto del árbol del derecho, que tiene sus raíces en los principios. En consecuencia, son los principios, los que dan vigor a toda la construcción jurídica elaborada después.

En nuestra opinión, el modelo predominante hasta ahora en la Europa continental y en Iberoamérica, está en crisis porque no responde a los problemas que la sociedad contemporánea, global y cambiante, plantea. La rigidez y encorsetamiento de los códigos

---

<sup>50</sup> Cfr. DOMINGO, RAFAEL (editor), ORTEGA, JAVIER, RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, BEATRIZ, ZAMBRANA, NICOLÁS, *op. cit.*, p. 27.

<sup>51</sup> Cfr. CERAMI, PIETRO, “*La scuola del diritto...*”, *cit.*, pp. 465, 468. Cfr. también, sobre la finalidad de la actividad del jurista, CERAMI, PIETRO, voz “*Giurisprudenza...*”, *cit.*, p. 190. En relación con la necesidad de una actitud no utópica, pero sí esperanzada, para afrontar los desafíos de nuestro tiempo, cfr. CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO, *op. cit.*, p. 75.

impide, en muchas ocasiones, llegar a soluciones justas, aunque formalmente correctas. Por tanto, más que un derecho que se base en reglas, es necesario que lo haga en valores, encarnados en principios. El arraigo de los principios en la tradición y su naturaleza flexible hace de ellos instrumentos especialmente adecuados para la generación de respuestas creativas, novedosas pero que no violentan la idea de justicia de una sociedad. Estos principios y valores no se pueden improvisar, pues son resultado de la historia y de la cultura jurídica de una comunidad. Constituyen su identidad, pero al mismo tiempo también su punto de conexión con otros ordenamientos jurídicos situados en el ámbito de influencia de su misma tradición jurídica; de ahí la importancia de su estudio durante el período de formación de las nuevas generaciones de juristas, llamados a ser artífices de un nuevo *ius novum*. Esos principios y los valores que encierran son, a nuestro modo de ver, los que hacen que la ciencia del derecho siga siendo humana, pues como afirmaba el jurista Hermogeniano, *hominum causa omne ius constitutum est* (D. 1,5,2 [Hermog. 1 *iuris epit.*]).