

PREFACIO

*Nullum est iam dictum quod
non sit dictum prius*¹

Este es un libro nuevo. Pero, como casi todos los libros de su género, aparece después de un prolongado periodo en el cual le precedieron diferentes trabajos.² Después de los clásicos conviene preguntarse: *Quid sub sole novum?* En los trabajos mencionados, en las reseñas y debates que originaron, así como en los iluminantes comentarios de colegas y amigos, éste libro encuentra a sus antecesores. No obstante el título, tan frecuente y reiterado por mi, el libro es distinto a los trabajos que le han precedido. El objetivo y los propósitos del libro aparecen claramente en su largo título y en su no menos largo subtítulo.

¹ No hay nada que se diga, que no haya sido dicho previamente.

² “Introducción a la ciencia del derecho y a la interpretación jurídica. La jurisprudencia romana”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Año XIII, Núm. 39, septiembre-diciembre 1980, pp. 821-869; *La jurisprudencia y la formación del ideal político. (Introducción histórica a la ciencia jurídica)*. México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983 “El derecho romano en la formación de la teoría política. (La temprana edad media)”, en *Anuario Jurídico*, México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Año XI, Núm. 11, 1984, pp. 407-429; *La Universidad epopeya medieval. (Notas para un estudio sobre el surgimiento de la universidad en el alto medievo)*. México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987; *La ciencia del derecho y la formación del ideal político. (Estudio histórico de la ciencia jurídica y de su impacto en la ciencia política)*. México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989 (Serie C. Estudios Históricos, Núm. 28). “La jurisprudencia medieval” (Prólogo), en Magallón Ibarra, Jorge Mario. *El renacimiento de la jurisprudencia romana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002. pp. xi-xxii; *La Universidad epopeya medieval. (Notas para un estudio sobre el surgimiento de la universidad en el alto medievo)*, 2a. Edición, corregida y aumentada, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

Algunos lustros de estudio y de enseñanza de la ciencia del derecho (*i.e.* jurisprudencia) y de su historia me han llevado a consignar en varios trabajos ciertos temas que juzgo imprescindibles para conocer la evolución de la jurisprudencia y su impacto en la historia general de las ideas. La obra está destinada, fundamentalmente, a estudiantes de derecho, sin embargo, espero que pueda ser de alguna utilidad para aquellos que cultivan el derecho público, la teoría del Estado, la filosofía política y la historia de las ideas políticas.

Este libro puede considerarse una modesta contribución a la historia de la jurisprudencia (y su relación con la historia de las instituciones e ideas políticas). La amplitud del tema me impuso la necesidad de limitar mi exposición. El trabajo se refiere, casi íntegramente, al Renacimiento de la ciencia del derecho (*i.e.* jurisprudencia) en el despertar cultural de la Europa medieval. El rasgo peculiar del libro consiste en mostrar las características de la ciencia de la jurisprudencia y su influencia en la formación del ideal político de Occidente.

Se podría considerar excesivo haberme circunscrito a un solo periodo de la historia o que lo haya preferido con exclusión de otro. Esto lo puedo explicar de la siguiente manera. La formación, el método y el desarrollo de la jurisprudencia medieval no ha sido objeto de una literatura tan abundante como, *v.g.* sobre la jurisprudencia romana (clásica) u otras manifestaciones posteriores o más recientes. Por otro lado, quería, también, desvanecer la errónea idea, sostenida habitualmente, de que la jurisprudencia romana en poco o en nada había influido en las instituciones del derecho público, presentando evidencia suficiente que muestra qué tanto esta tesis es falsa y de qué manera los estudios del derecho romano en la Edad Media contribuyeron a la formación de la dogmática del derecho público de nuestros días

Aunque el objeto de este libro es histórico (aborda la jurisprudencia medieval), no pretende ser un libro de historia del derecho ni de historia de las ideas políticas; consiste más bien en un análisis, necesariamente fragmentario, de la actividad de los juristas y sus obras que dieron origen a las ideas políticas que conforman la tradición jurídica de Occidente.

El objetivo del libro me impuso ciertas restricciones. Mucho he tenido que omitir aquí. Si el libro quería ofrecer las fuentes jurídicas

que habrían de dibujar las ideas políticas de Occidente, la delimitación era inevitable, toda vez que el propósito de este libro consiste en poner ante el estudiante un breve compendio de los dogmas, tesis y acontecimientos que originaron las ideas políticas modernas. El libro intenta mostrar, ciertamente, los argumentos pero, también, los presupuestos que publicistas, líderes y estudiosos asumieron al formular sus tesis políticas en la alta Edad Media, tesis que se convirtieron en el legado político de Europa occidental.

Me detengo en los sucesos que hacen que surja la Edad Media. Procuro mostrar únicamente aspectos importantes que afectan la estructura del gobierno y la conducción política. Dentro de este orden de ideas describo la declinación del Imperio Romano, así como el surgimiento y consolidación de la cristiandad. Continúo con el estudio de la Crisis del Siglo III, la Reforma de Dioclesiano y de la emergencia del nuevo Imperio Romano oriental. No podría ser de otra manera. Es indispensable saber por qué se funda una nueva Roma en el Bósforo. Cómo se gobierna Bizancio. Basta recordar que el legado jurídico que recibe Occidente de la antigüedad es un legado bizantino. Igualmente es necesario conocer cómo gobierna Justiniano y cómo es la compilación del derecho que ordena a Triboniano. ¿Cómo entender cuál es la ideología subyacente a la compilación justiniana sin conocer el contexto social y político en que ésta surge? Igualmente reviso el espectacular ascenso de la Iglesia en la vida pública del Imperio y me detengo en los antecedentes y desarrollo de la Revolución Papal que conduce a la creación de un imperio en Occidente y a un Estado pontificio. En la lucha por el poder en este nuevo espacio, se convierte en el tema de legistas y jurisconsultos. Sin estos antecedentes no es posible conocer la idiosincrasia del hombre medieval, ni de sus instituciones. Esta primera parte termina con un breve epílogo que delinea la resultante de estos acontecimientos.

Con el estudio del renacimiento de la jurisprudencia, comienza, por decirlo así, la segunda parte del libro. Empiezo con el surgimiento de manifestaciones incipientes y el estado de la educación superior en Europa. Prosigo con el episodio fascinante del *studium* de Bolonia, y de sus *universitates* cultivadoras y difusoras de la jurisprudencia medieval. ¿Cómo surge la escuela de Bolonia? ¿Por qué se estudia la compilación justiniana? Grandes fueron los juristas que participaron en la reconstrucción de la ciencia del derecho: Irnerio, Bulgaro, Jaco-

bo, Hugo, Martino, Bassiano, Azo, Placentino, *inter alia*. ¿Por qué estos juristas eran glosadores? ¿Cuál era su relación con las instancias del poder político? Con los glosadores los diferentes elementos de la compilación justineana fueron salvados del olvido y se ordenaron en un consistente cuerpo de doctrina: en un verdadero *Corpus iuris*. No podía concluir esta parte sin mostrar cómo se estudiaba y se enseñaba la jurisprudencia. De manera, más bien breve, doy cuenta de las *glossæ*, de las *regulæ iuris* (principios generales) y de las *quæstiones disputatæ*.

El libro continúa con una rápida explicación de la ciencia medieval y de los rasgos metodológicos de la ciencia jurídica (*i.e.* jurisprudencia). Aquí describo cómo nace la jurisprudencia como primera ciencia de Europa occidental. Explico el surgimiento de los postglosadores (*i.e.* juristas postacursianos) y hago una comparación entre éstos y los glosadores, particularmente en cuanto a su participación en la esfera del poder político.

El estudio de la jurisprudencia medieval continúa con algunos ejemplos del impacto que esta disciplina tiene en la formación de las ideas políticas. En este espacio abordo lo que podría llamarse la ‘teoría política de los juristas medievales’. Todas provenientes prácticamente de una sola fuente: sus comentarios al *Corpus iuris civiles*. Abordo sus comentarios a los temas del poder, de la justicia y de la naturaleza del derecho en sus diferentes manifestaciones (*ius naturale, ius civile, ius gentium*), siguiendo, principalmente, las voces autorizadas de Cynio de Pistoia, Baldo de Ubaldis y Bártolo de Sassoferrato, *il più grande giurista, forse, que sia mai visuto*. Me detengo en el estudio del tema del Imperio (*universitas amplissima*) *i.e.* comunidad jurídica internacional y de las entidades (*universitates*) que la componen (reinos, repúblicas o principados). Contrasto la postura quimérica del Dante con la detallada exposición de Bártolo. Esta última es la respuesta brillante al problema de la diversidad de órdenes jurídicos, al problema de la descentralización territorial, la legitimidad del poder y la eficacia como problema de la validez del derecho. En sus comentarios Bártolo explica la necesaria unidad de la experiencia jurídica, la cual, en tanto *universitas amplissima* contiene todos los órdenes jurídicos parciales. Continúo el análisis de la obra de Bártolo con su teoría de la soberanía y los límites a su ejercicio, así como con su doctrina de la creación del derecho por los miembros de

la *civitas* y su tesis de la soberanía popular. Los elementos fundamentales de su argumento son: el concepto de ciudadano, el de derecho consuetudinario (*i.e.* la costumbre) y el de *lex regia*. El ciudadano es partícipe de la “...*communis rei publica sponsio publica*”, como bien señala Papiniano (*D.* 1, 3, 1, *in fine*), y, por tanto, con los demás, creador del derecho. Pero, si bien es cierto que el poder de creación del *populus* puede delegarse en un “legislador” mediante *lex regia*, el poder creador manifiesto en el, la costumbre nunca se delega. Dice Bártolo que “*lex et consuetudo differunt sicut taciutum et expressum*” (*Comm. super Dig, veteris*, 1, 3, 32, § *De quibus*, 7, fol. Rv.), por lo que si el *populus* puede crear derecho mediante el consentimiento tácito, *v.g.* la costumbre —lo que nadie duda— No hay razón para que el *populus* no cree derecho por consentimiento expreso. Termino la explicación de las ideas de Bártolo con el análisis de una comunidad soberana (*i.e. civitas sibi princeps*) y de la resistencia a la opresión. Esta segunda parte culmina, al igual que la primera, con un epílogo donde se consideran los efectos del desarrollo de la jurisprudencia medieval.

El libro concluye con dos *excursus*. El primero da cuenta de lo que, en el contexto, debemos entender por ‘jurisprudencia dogmática’, *i.e.* ‘ciencia del derecho’ o, simplemente: ‘jurisprudencia’ y cómo opera la descripción del derecho que ella realiza. El segundo de los *excursus* trata de temas frecuentemente referidos en el texto, primeramente: el *ius naturale*, entendido como doctrina política y el “derecho romano”, considerado como la *ratio scripta*.

No he podido suprimir los reconocimientos contenidos en trabajos, hubiera sido muy ingrato. La investigación de este libro comenzó en la Universidad de Oxford cuando disfrutaba de la invitación del profesor Ronald Dworkin. Mi reconocimiento al profesor Joseph Raz, a cuya iniciativa debo dicha invitación. Agradezco al profesor H.L.A. Hart(†) sus invaluable consejos y apoyo. Muchas fueron las personas de las que obtuve estímulos y atenciones, gracias a todos; pero no quisiera dejar de mencionar a Denis J. Galligan. Buena parte de las fuentes se encuentran en la *Bodleian Law Library*. Sin embargo, trabajé con frecuencia en la *Codrington Library* del *All Souls Collage*. Agradezco a los bibliotecarios Barry Britton y a Norma Aubertin-Potter su eficaz colaboración.

La beca “Jean Monnet” que me fuera otorgada por la Comunidad Económica Europea (ahora Unión Europea), me hizo accesibles nuevamente las fuentes medievales y bizantinas. La investigación la realicé en la *Abadía Fiesolana*, sede magnífica del Instituto Universitario Europeo (European University Institute), de cuya biblioteca obtuve muy valioso material. En esta tardía oportunidad agradezco al profesor Werner Maihofer, entonces rector, y al profesor Mauro Cappelletti, su ayuda y apoyo constantes. Asimismo, quiero hacer patente mi agradecimiento a todos aquellos que estimularon mi trabajo. No puedo dejar de mencionar a los profesores Renato Treves(†) y Uberto Scarpelli(†) de la *Università degli Studi di Milano* y a los queridos colegas de la milenaria *Università degli Studi di Bologna*, particularmente al profesor Enrico Pattaro.

Del mismo modo, agradezco a los colegas juristas, historiadores y politólogos que han discutido mis anteriores trabajos sus atinados comentarios. Pienso particularmente en los inolvidables maestros Antonio Gómez Robledo(†) y Guillermo Floris Margadant(†), a quienes dedico este libro; agradezco sus generosos y sabios consejos y el innmercido afecto que me brindaron. Pienso igualmente en Roman Iglesias(†) Martha Morineau(†) Ma. del Refugio González Domínguez, y Sara Bialostosky sus sugerencias y apoyo.

Quiero expresar mi reconocimiento a la Facultad de Derecho de la UNAM y a su director eximio doctor Fernando Serrano Migallón, destacado jurista y entrañable amigo, por su estímulo y apoyo constantes. Agradezco a mis colegas profesores de esa Facultad su solidaridad y afecto. No olvido a los amigos cuya generosa amistad alienta y estimula, pienso en Ernesto Garzón, Eugenio Bulygin, Gregorio Robles, Martín Farrell, Rodolfo Vázquez, Roberto Vernengo, Ulises Schmill, y muy particularmente en Cielito Bolívar, brillante colega y fina amiga y al maestro Gerardo Laveaga, entusiasta y dinámico Director del Instituto Nacional de Ciencias Penales, fino y cordial amigo, por toda su ayuda y finas atenciones. A todos mi afecto y reconocimiento.

Agradezco al Instituto de Investigaciones Jurídicas y su director magnífico doctor Diego Valadés, brillante jurista y dilecto amigo, su invitación, que mucho me honra y me distingue, para elaborar este libro y publicarlo bajo el prestigiado nombre del Instituto. Hago extensivo mi agradecimiento al licenciado Raúl Márquez y a sus co-

laboradores por todas las facilidades que me brindaron durante el proceso de edición. Asimismo, doy las gracias a Antonio Chávez de la Cruz y a Humberto Cubos Castillo por su enorme paciencia y el esfuerzo que implicó la composición del libro.

Por último, doy las más expresivas gracias a mis hijos, Rolando, José Alberto y Antonio César por sus muestras de afecto, estímulo y comprensión.

RT y S