

VI. EL “RENACIMIENTO” DE LA JURISPRUDENCIA .	133
1. El “Renacimiento” del siglo XI	133
2. El surgimiento de la jurisprudencia	136
3. La escuela de Bolonia.	138
a. <i>Clarissimi viri</i>	138
b. La jurisprudencia y las <i>universitates</i>	139
c. <i>Glossæ</i>	142
d. El método escolástico.	143
4. <i>Quæstiones disputatæ</i>	150
5. Conceptos jurídicos generales	156
IRNERIUS BONONIENSIS.	157

VI

EL “RENACIMIENTO” DE LA JURISPRUDENCIA¹

SUMARIO: 1. *El “Renacimiento” del siglo XI.* 2. *El surgimiento de la jurisprudencia.* 3. *La escuela de Bolonia.* a. *Clarissimi viri.* b. *La jurisprudencia y las universitates;* c. *Glossæ;* d. *El método escolástico.* 4. *Quæstiones disputatæ.* 5. *Conceptos jurídicos generales.*

1. *El “Renacimiento” del siglo XI*

Cuando salió el Sol el primer día del año mil e hizo obsoleta la fórmula: *appropinquante fine mundi* todas las fuerzas de la Tierra se intensifican, reviven. El siglo XI es escenario de una “nueva vida” en la historia de Europa. Ésta es la atmósfera que acompaña el “renacimiento de la jurisprudencia”. Primero en Provenza; luego en las ciudades de Lombardía: después en Ravena y, finalmente, en Bolonia.

¹ En lo que sigue nos guiamos principalmente por Vinogradoff, P., *Law in the Medieval Europe*, *cit.*, capítulo II: “The Revival of Jurisprudence”. Las referencias a otros autores son hechas expresamente. Sobre el particular véase: Jones, W. J., *Historical Introduction to the Theory of Law*, Nueva York, Augustus M. Kelley, Publishers, 1969 (reimpresión de la edición de Oxford University Press, 1940); Altamira, R. y otros, *A General Survey of Events, Sources, Persons and Movements in Continental Legal History*, *cit.* Savigny, Friedrich Carl von, *Histoire du droit romain au Moyen Âge* (versión francesa de C. Guenau de la *Geschichte des römischen Recht im Mittelalter*), *cit.*; Flach, J., *Études critiques sur l'histoire du droit romain au Moyen-Âge. Avec Textes inédits*, *cit.*; Meynial, E., “Roman Law”, *cit.*; Hezeltnine, H. D., “Roman and Canon Law in the Middle Ages”, *cit.*; Sherman, C. P., *Roman Law in the Modern World*. 1. *History of Roman Law and its Descent into English, French, German, Spanish and other Modern Laws*, *cit.*; Astuti, Guido, *Lezioni di storia del diritto italiano. Le fonti. Età romano-barbarica*, Padua, Cedam. 1953; Calasso, F., *Medio evo del diritto, le fonti*, *cit.*; Koshaker, P., *Europa und das römischen Recht*, *cit.*, Istituto della Società Italiana di Storia del Diritto. Atti del Terzo Congresso. *La formazione storica del diritto romano in Europa*, Florencia, Leo S., Olschki Editore, 1977; Cavanna, Adriano, *Storia del diritto moderno in Europa*. 1. *Le fonti e il pensiero giuridico*, Milán, Dott, A. Giuffrè Editore, 1979.

Al final del siglo XI (y durante los siglos que inmediatamente le suceden) ocurrieron cambios que conmovieron Europa. A los cambios políticos, económicos y religiosos que habían operado se agrega una transformación en el derecho y en su enseñanza. Varios son los factores que intervienen en la transformación jurídica, *inter alia*: (1) el “redescubrimiento” de los antiguos textos del derecho romano, (2) el nacimiento de las universidades (y su enseñanza del derecho romano) y (3) la aplicación del método dialéctico en jurisprudencia.² El resultado de todos estos sucesos e innovaciones originó el nacimiento de una ciencia jurídica europea cuyos postulados seguramente han sobrevivido, sin grandes desafíos, hasta el siglo XXI.

La idea de un “orden jurídico” no existía antes del siglo XII; esto, *ab obvo*, no quiere decir que no hubiera derecho entre los ostrogodos, vándalos, francos o entre cualquier otro grupo germánico; por supuesto, había derecho en Europa. Sin embargo, el derecho de estas comunidades carecía de un cuerpo de doctrina que lo ordenara en sistema y cuyos conceptos y principios fundamentales fueran cultivados por un grupo de personas especialmente entrenadas para tal propósito. Esta carencia se debía, entre otras razones, al carácter predominantemente tribal de tales comunidades.

Con la irrupción de poderosas autoridades centrales cuyo control alcanzó a todas las localidades, aparece una clase de juristas profesionales. Pero la aparición del gremio, no proviene de la nada; por el contrario, su emergencia se debe a la aparición de las primeras escuelas de derecho en Europa y a la formación de sus *universitates*.³

No se puede descartar la idea de que la creación de los “sistemas” jurídicos modernos fue, en mucho, una respuesta al cambio revolucionario de la Iglesia *vis à vis* el poder secular. En 1075, después de veinticinco años de propaganda del partido papal, Gregorio VII proclamó la supremacía política y jurídica del papado sobre toda la iglesia occidental y toda la grey cristiana, así como la total independencia del clero del

² *Vid.*, Berman, Harold J. *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, cit., pp. 1 y ss.

³ *Vid.*, *ibid.*, cit., pp.121-123; Cavanna, Adriano, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit., pp. 125-134.

control secular. El emperador Enrique IV de Sajonia, reaccionó a esta política mediante acción militar. Una guerra surgió entre el Imperio y el papado, la cual se intensifica por toda Europa, hasta 1122, cuando un compromiso fue alcanzado en el Concordato de Worms.⁴ Uno de los resultados de esta explosiva separación entre *regnum* y *sacerdotium* fue tema y argumento de la jurisprudencia medieval.

El derecho, bajo estas condiciones sociales, empezó a ser enseñado y estudiado en Occidente como una disciplina diferenciada. Pero ¿cómo es posible enseñar derecho cuando el derecho positivo y las instituciones jurídicas, tanto eclesiásticas como seculares, son de carácter consuetudinario y local? La respuesta a este respecto puede sonar curiosa a los oídos de juristas contemporáneos: el “derecho” que se enseñaba en Europa, fue el “derecho” contenido en un viejo manuscrito que surgió a la luz en una biblioteca italiana a finales del siglo XI. Este manuscrito contenía la compilación de “derecho romano” realizada por Justiniano alrededor del año 530, es decir cinco siglos antes.⁵

Es necesario tener presente que Justiniano gobernó en Constantinopla, capital del antiguo Imperio oriental donde predominaba la cultura griega (Justiniano fue el último emperador de lengua latina). La civilización romana había sido reemplazada en Occidente por ordas primitivas de visigodos, vándalos, francos, sajones y otros pueblos germánicos. El imperio Romano —y su derecho— sobrevivió en el Este, en la parte oriental del Imperio. El “derecho romano” compilado por Justiniano no tenía validez en Europa occidental, particularmente en el tiempo de su “redescubrimiento” en Italia. Desde el siglo VI al XI el “derecho romano” conocido en Europa occidental es derecho prejustiniano, el cual había sido incorporado a las legislaciones o códigos bárbaros, actualmente llamado “derecho vulgar”.⁶

Resulta realmente sorprendente que el “derecho” de una antigua civilización, compilado en un gran libro, haya sido el objeto de los

⁴ Vid., Berman, Harold J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, cit., pp. 87-88. Sobre este particular, véase mi libro: *La Universidad. Epopeya medieval*, cit.

⁵ Vid., Berman, Harold J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, cit., p. 123.

⁶ Vid., Stein, Peter, “Foreword”, en: Vinogradoff, Paul, *Roman Law in Medieval Europe*, cit., pp. VIII-IX.

primeros estudios jurídicos sistemáticos en Europa. Este hecho es particularmente sorprendente si tomamos en cuenta que la Europa medieval no contaba con instituciones políticas o gubernativas homólogas a las magistraturas romanas. Las instituciones jurídicas reinantes eran mayormente germánicas y francas.⁷

2. *El surgimiento de la jurisprudencia*

Una prueba del resurgimiento de la jurisprudencia en el sur de Francia es proporcionada por un opúsculo sobre derecho romano, conocido como *Exceptiones petri*.⁸ Su contenido es tomado de la compilación justiniana y su única autoridad es la autoridad del propio jurisconsulto —hasta ahora anónimo—.

En el norte de Italia aparecería también una incipiente jurisprudencia dogmática. Lombardía fue el lugar donde el estudio del derecho daría pasos decisivos. La interpretación del derecho longobardo por los tribunales hizo progresos rápidos y asumió el carácter de verdadero estudio coherente y reflexivo. No sólo sabemos de ingeniosos *casuidici* y doctos jueces, sino de verdaderas escuelas en las que los maestros, rodeados de discípulos, discutían el derecho longobardo.⁹

La escuela longobarda no pudo evitar la creciente penetración del “derecho romano”. La influencia romanística se manifiesta en dos direcciones: (1) la compilación de textos legislativos (*e.g.*, el

⁷ *Vid.*, Berman, Harold J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, *cit.*, *ibid.*

⁸ El texto de las *Exceptiones Petri legum romanorum* puede verse en Savigny, Friedrich Carl von, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*; *cit.*, t. II, pp. 321-428.

⁹ Sobre la escuela de Pavia véase: Mengazzi, Carlo, *Ricerche sull'attività della scuola de Pavia nell'alto medioevo*, Pavia, 1924, Gualazzini, Ugo. “La scuola pavese” en *Atti del IV Congresso Internazionale di Studi sul Alto Medio Evo*, Spoleto, 1964; Calaso F., *Medio evo del diritto*, *cit.*, pp. 305-315; Calisse, C. “Italy”, en “Roman and Germanic Law from Justinian to Feudalism (A. C. 475-1100)”, en Altamira, R. y otros, *A General Survey of Events, Sources and Movements in Continental Legal History*, *cit.*, pp. 23-36; *id.* “Italy”, en la obra anteriormente citada, pp. 95-103; Astuti, Guido, *Lezioni di storia del diritto italiano. Le fonti. Età romano-barbarica*, *cit.*, pp. 75-118. Sobre los longobardos en general, véase Fasoli, Gina, *I longobardi in Italia*, Bologna, Pàtron Editores, 1965. Véase también mi libro: *La Universidad. Epopeya medieval*, *cit.*, caps. II, III y IV.

Liber papiensis y la Lombarda) y (2) el estudio exegético del derecho.¹⁰

Una muestra del método de los jurisconsultos longobardos es suministrada por la *Expositio ad librum papiensem* (comentario doctrinal que acompaña la legislación contenida en el *liber papiensis*). Esta obra se basa en el trabajo de varias generaciones de juristas. Grandes fueron los jurisconsultos de esta escuela: Walcausus o Gualcosio (1055-1079), juez de la corte imperial; Bonifilius (1014-1055), asesor de la misma corte; Lanfranc (1005-1089), el famoso arzobispo de Canterbury quien, célebre ya en la escuela de Pavía, deviene abate de Bec, en Normandía, antes de seguir a Inglaterra a Guillermo el Conquistador.¹¹

En la *Expositio* se encuentra un motivo dominante: el esfuerzo por conciliar la *lex longobarda* con la *lex romana*. El expositor en su exégesis al *Liber papiensis* tenía a la vista los textos romanos.¹² La referencia a los textos romanos permite concluir que los juristas longobardos consideraban el “derecho romano” como supletorio. Era *lex generalis omnium* (*Expos., ad Guido, C., 5 ad Roth, 1,4,3,*) al que se habría de recurrir siempre que el derecho logobardo no proporcionara una norma aplicable. Con el tiempo, la autoridad del “derecho romano” habría de ganar más terreno en la jurisprudencia longobarda: la *lex romana* no sólo era *lex generalis omnium*, sino la única *lex* válida sobre todos los individuos, *sive sin longobardi, sibe sint romani* (*Expos., ad Otton, 1, 4, 3*).¹³

Una escuela de jurisprudencia puramente románica surgió en Ravena —ciudad de tradición imperial, históricamente contrapuesta a la Roma del papa—. Con la jurisprudencia de Ravena el “derecho romano” se introduce en la práctica —se convierte en derecho directamente aplicable—. Al respecto es famosa la disputa entre los jurisconsultos de Ravena y el temible cardenal Pier Damiani (1007-1072) sobre cómo contar los grados del parentesco. Los juristas de Ravena, *in*

¹⁰ *Vid.*, Calasso, F., *Medio evo del diritto*, cit. pp. 309 y ss.

¹¹ *Vid.*, *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, Unione Tipografica. Editrice Torinense, 1965, t. XX, pp. 732-734

¹² *Vid.*, Calasso, F., *Medio evo del diritto* cit., p. 3.

¹³ Citado por Calasso, F., *Medio evo del diritto*, cit., p. 309.

unum convenientes, se pronunciaron a favor del sistema del derecho romano.¹⁴

3. La escuela de Bolonia¹⁵

a. Clarissimi viri

La ciencia de la jurisprudencia no tomaría paso firme sino hasta el advenimiento de la escuela de Bolonia. La escuela nace a finales del siglo XI por obra de un simple maestro de artes liberales: Irnerio (1055-c 1130). El genio de Irnerio se revela por una triple intuición: (1) dar al estudio del derecho un carácter autónomo que la enciclopedia del saber medieval no le reconocía; (2) estudiar el “derecho justiniano” en los textos genuinos, haciendo a un lado extractos y epítomes; y (3) “establecer el significado “correcto” de la compilación justiniana y construir un “ordenado” y “completo” *Corpus iuris*. (Sobre Irnerio, véase la nota al final del capítulo).

La consecuencia de esta triple tarea constituyó el objetivo principal de la escuela boloñesa de los glosadores. A esta escuela pertenecieron los cuatro doctores: Bulgarus (?-c 1166), Martinus (?-c 1166), Hugo (?-c 1170) y Jacobus (?-c 1178), a los que se sumaron: Johannes (c 1175-1245), Bassianus (en activo c. 1200), Azo (c 1150-1230), Place-

¹⁴ Tal disputa es referida en un famoso pasaje de Godofredo en su comentario a *D.*, 35, 2, 82. Sobre este particular y sobre el origen de la escuela de Ravena, véase: Calasso, F., *Medio evo del diritto*, cit pp.281-282.

¹⁵ Sobre el particular, véase mi libro: *La Universidad. Epopeya medieval*, cit., Caps. III y IV; asimismo, véase Bernan, Harold J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, cit.; Kantorowicz, Hermann, “The *Quæstiones Disputatæ* of the Glossators”, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, Vol. 16, 1939, pp 1-67; *Id.*, *Studies in the Glossators of the Roman Law. Newly Discovered Writings of the Twelfth Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 198; Jones J. W., *Historical Introduction of the Theory of Law*, cit., pp.11-14; Wolf, H. J., *Roman Law. An Historical Introduction*, Oklahoma, University of Oklahoma Press, 1976, pp. 187-189; Stein, Peter, *Regulæ iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edimburgo University Press, 1966, pp. 131-132; Jolowicz, H.F., “Revivals of Roman Law”, en *Journal of the Warburg and Courtauld Institutes*, vol. XV, núms. 1-2, 1952, pp. 88-89; Kuttner, S., “Reflexions sur les brocards des glossateurs”, en Mélaneges J. de Gellinck, 1975; Brugia, B., “Dalla interpretazione della legge al sistema del diritto”, en *Per la storia della giurisprudenza e della iniversità italiana, nuovi saggi*. Turín, 1921; pp. 31 y ss. Post, G., *Studies in Medieval Legal Thought. Public and the State 1100-1922*, Nueva Jersey, Princeton, University Press, pp. 3.24; Cavanna, Adriano, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit., p. 105. Véase también las obras generales citadas en la nota 1 de este capítulo.

tinus (?-1192), Pillius (fines del s. XII primera mitad del s. XIII), Hugolinus (?-c 1233), Roffredus (?-1242), Acurcio (c 1182-1260), etcétera. Estos hombres habrían de sentar las bases de la moderna ciencia del derecho.

La importancia de los glosadores en la historia del derecho y de la jurisprudencia de Occidente es enorme. Una clara exposición de sus logros no es posible hacerla aquí. Únicamente, haré un breve comentario sobre sus métodos. En el curso de sus trabajos la escuela de los glosadores produjo una obra vastísima en la cual el “derecho de justiniano” fue progresivamente adaptándose a la actividad normal de los tribunales.¹⁶

b. *La jurisprudencia y las universitates*

Esta adaptación del “derecho romano” fue resultado del uso de ciertos métodos que habrían de producir abundante literatura jurídica. Los métodos de los glosadores, así como los libros que nos legaron, está íntimamente relacionada con las universidades.

Los estudiantes que deseaban manejar con maestría el “derecho romano” contrataban los servicios de un maestro. Un profesor en particular, Irnerio, ganó gran notoriedad; estudiantes de toda Europa se congregaron a su derredor —además de otros maestros que se le reunieron—. Hacia el año 1150 había de diez a trece mil estudiantes de derecho en Bolonia. Los profesores eran pagados, en un principio, directamente por los estudiantes; después, por la *civitas*. Los profesores formaban su propia *societas* (*collegium doctorum*) —no eran miembros de la *universitas* estudiantil—; tenían derecho de examinar y admitir candidatos al doctorado.¹⁷

¹⁶ En lo que sigue nos guiamos fundamentalmente por Hazaltine, H.D., “The legal and Political idea of the Post-Glossators”, en Ullmann, Walter, *The Medieval Idea of Law (As Represented by Lucas de Penna)*. A study in Fourteenth-Century Legal Scholarship, Londres, Matheun and Co., 1964, pp. XIV-XXXIX.

¹⁷ *Vid.*, Berman, Harold J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, *cit.*, pp. 123-127; Calasso, Francesco, *Medio evo del diritto*, *cit.*, pp. 281 y ss., Vergottini, Giovanni, “Aspetti di primi secoli della storia del’Università di Bologna”, en Rossi, Guido (ed.), *Scritti di storia del diritto*, Millán Dott, A. Guiffirè Editore, 1977, t. II. pp. 671-686; *Id.*, “Lo studio di Bologna, l’impero, il Papato”, en *op. ul. cit.*, t. II, pp. 695-792 *id.*,

En las ciudades italianas la educación no era supervisada por las autoridades eclesiásticas. La *universitas*, particularmente en Bolonia, era una gilda o hermandad de estudiantes cuyos privilegios habían sido otorgados por carta de las autoridades de las *civitas*. Durante mucho tiempo, hasta 1219 en que el papa decretó que nadie podía enseñar en Bolonia sin licencia del archidíacono de Bolonia, las *universitates* italianas gozaron de enorme libertad en la enseñanza y en sus métodos. Aún después del control episcopal las *universitates* siguieron gozando de relativa autonomía, sobre todo si se compara con la forma de enseñanza que existía con anterioridad al siglo XI; entonces la educación era, prácticamente, exclusiva de los monasterios.

Bolonia —como sabemos— fue fundada por Matilde (1046-1115), duquesa de Toscana; ella invitó a Irnerio a enseñar derecho romano en Bolonia. Por más de cien años de enseñanza, Bolonia estuvo libre del control eclesiástico. Ciertamente, la Iglesia presionaba de forma indirecta: el propio Irnerio fue excomulgado por respaldar la causa imperial en contra del papado.¹⁸ El *studium bononiensis*, la “fortaleza de los estudios jurídicos del medievo”, como la llama Walter Ullmann, durante sus primeras décadas de existencia fue una comunidad laica que enseñaba a laicos la ciencia del derecho. El único objeto de enseñanza e instrucción, hasta antes de 1365, cuando se agrega teología, es “derecho romano”.¹⁹

Desde el principio lo que se enseñaba en Bolonia era el “derecho romano” compilado por los juristas de Justiniano en el siglo VI. Pareciera que las escuelas de derecho se fundaban únicamente con el propósito de estudiar dicho manuscrito. El manuscrito comprendía toda la compilación ordenada por Justiniano: el *Digesto* (*Digestorum seu pandectorum*), el *Codex*, las novelas (*Novellæ*) y las *Instituciones*. El “derecho romano” se hizo accesible en su “totalidad”.

Al principio del capítulo mencioné que hacia la segunda mitad del siglo XI encontramos las escuelas de derecho en Provenza y en las ciu-

“Bologna e lo studio nell’età d’Acursio” en *op. cit.*, t. II pp. 813-835; *id.*, “Au temp de la scolastique et la théologie: Bologne, mère du droit”, en *op. ul. cit.*, t. II, pp. 837-843.

¹⁸ *Vid.*, Berman, Harold J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, *cit.*, pp. 126-127. En la lista de excomulgados se lee: “*Guarnerius bononiensis legis pritus*”, citado por Ullmann, Walter, *Law and Politics in the Middle Ages*, *cit.*, p. 85, n. 1.

¹⁹ *Vid.*, Ullmann, Walter, *Law and Politics in the Middle Ages*, *cit.*, p. 83.

dades italianas de Pavía y Ravena. Justamente en el siglo XI estas escuelas alcanzaron, en cuanto a su dominio sobre el derecho y su enseñanza, un nivel que no había sido hasta entonces conocido en la Europa medieval. En Pavía, el derecho romano era estudiado en combinación, y en cierto sentido, en subordinación al derecho longobardo. Ravena, la cual se encontró por mucho tiempo bajo la influencia bizantina, mantuvo en mayor grado la tradición del derecho romano. De la misma forma los juristas del sur de Francia se beneficiaron de una ininterrumpida tradición de derecho romano en la región. Sin embargo, tan sólidos y alentadores como pudieran ser los logros de estas escuelas, se mantenían dentro de límites modestos. Estas escuelas se encontraban aún lejos de penetrar la magnificencia y la solidez del “derecho romano”. Una de las razones principales de esta circunstancia era que la mayor parte del *Digesto* era desconocido. Por ello, el descubrimiento de un manuscrito completo del *Digesto* en Pisa fue el acontecimiento de la época.²⁰ Afortunadamente, los tiempos fueron propicios para sacar provecho de tal hallazgo.

Los juristas de tradición romanista encontrarían difícil creer que los textos originales fueran casuísticos y poco abstractos. Normalmente un jurista de nuestros días es capaz de encontrar, implícitas en el *mare magnum* de disposiciones jurídicas, un complejo sistema de concep-

²⁰ El manuscrito fue posteriormente llevado a Florencia donde se encuentra guardado en la *Biblioteca Medicea Laurentina* (la colocación del célebre manuscrito es el núm. F. 138), (vid., Wolf, Hans Julius, *Roman Law. An Historical Introduction*, cit., p. 186). A excepción de algunos pequeños fragmentos encontrados en Egipto, este manuscrito es el único que ha sobrevivido (vid., Wolf, Hans Julius, *Roman Law*, cit., p. 186, n. 4). El manuscrito del *Digesto* fue escrito, con toda probabilidad, alrededor del año 600 en la parte bizantina de Italia. Fue cuidadosamente confrontado con un texto original del *Digesto* que se ha perdido. El manuscrito existente se encontraba en Pisa (por lo que el manuscrito se llamó *Pisana*). En el siglo XV los florentinos tomaron Pisa y se apropiaron de esta joya invaluable (desde entonces se le conoció como *Florentina*). Existe poca evidencia que la *Pisana* haya jugado algún papel en la transmisión del “derecho romano”. La transmisión fue realizada por una copia de la *Pisana* hecha a finales del siglo XI la cual encontró su casa en Bolonia. Esta copia conocida como la *Vulgata* del *Digesto* (o *Littera Bononiensis*) fue la base de la enseñanza y la difusión del derecho romano en toda Europa (vid., Ullmann, Walter, *Law an Politics in the Middle Ages*, cit., p. 68. Para una explicación más detallada sobre el *Digesto* véase: Jolowicz, H.F., *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, ed. Por Nicholas, Barry, Cambridge, Cambridge University Press, 1972, pp. 478 y ss., Archi, G. G., *Giustiniano legislatore*, Bolonia, Il Mulino, 1970 (especialmente cap. IV y apéndice); Bonini, R., *Ricerche di diritto giustiniano*, Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1968, Collinett, P. *La genèse du Digest, du Còde et des Institutions de Justinian*, París, Recueil Sirey, 1953 ; Honoré, A., *Tribonian*, cit.

tos abstractos. Eso indudablemente es cierto, sin embargo, es más bien resultado de la herencia legada por la Europa medieval cuya jurisprudencia “reformuló” y conformó la compilación justiniana, convirtiéndola en un *corpus* consistente de doctrina jurídica. Fueron los juristas del medievo los que crearon, por ejemplo, una doctrina del contrato, a partir de los diferentes tipos de contratos romanos; una doctrina de la representación a partir de los diferentes mandatos; una teoría de la posesión, a partir de distintos actos de dominio; una teoría de la soberanía, a partir de la costumbre; etcétera.

Los diferentes elementos de la compilación justiniana fueron, así, gradualmente salvados del olvido. El examen crítico del texto fue una constante preocupación de los juristas de Bolonia. Después de la “recuperación” del texto seguía la “interpretación literal”. Los juristas de Bolonia —se convirtieron en *glossatores per excellentiam*.²¹

c. Glossæ

Es bastante conocido cómo se enseñaba el “derecho romano” en el medievo. La lectura de los textos era seguida por la *glossa* o *glossæ* del profesor. Las *glossæ* eran copiadas por los estudiantes entre las líneas del texto y, si no —por razones de extensión—, al margen. Poco a poco en esas *glossæ* se fue acumulando la doctrina. Las *glossæ* habrían de alcanzar tanta autoridad como el texto mismo, algunas veces superarían al texto (*e.g.*, *la Glossa Ordinaria* de Acursio).

La *lectura* de los textos y su *glossa* suponía un “análisis” metódico de dichos textos. El gran instrumento de análisis lo constituía, entonces, el procedimiento dialéctico, mediante el cual se analizaban “lógicamente” conceptos y se construían “deducciones”. La reformulación de los fragmentarios (y, a veces, contradictorios) textos clásicos y su reordenación “racional”, fue tarea magistral de los juristas, quienes aplicaron su acumen dialéctico, hasta lograr un producto digno de tal nombre: el *Corpus iuris*, fuente de autoridad de la cual debe partir toda “deducción”.²²

²¹ *Vid.*, Vinogradoff, Paul, *Roman Law in Medieval Europe*, *cit.*, pp 57-58.

²² *Vid. ibid.*, *cit.*, pp. 56-67.

Los procedimientos comúnmente empleados por los juristas para proporcionar una concepción sistemática de las distintas partes del complicado material eran la *distinctio* y la *quæstio*. Por la *distinctio* un concepto era sucesivamente “dividido” en varias especies subordinadas y, éstas en otras; así, hasta llegar al último detalle. Las *quæstiones* servían para someter a prueba las doctrinas contenidas en las *glosæ*.

La enseñanza del derecho canónico se añadió al *curriculum* de los *studia* a finales del siglo XII. En contraste con el “derecho romano”, el derecho de la Iglesia, *i.e.*, el derecho canónico, era *lex posita*: puesta justamente por los jerarcas de la Iglesia y aplicada por los tribunales eclesiásticos.²³

Después del derecho canónico se introdujo en el *studium* de Bolo-
nia y en los otros *estudia* problemas contemporáneos de derecho se-
cular (incluyendo derecho feudal). Esta introducción se hizo de la
manera siguiente: los juristas planteaban una cuestión jurídica de rele-
vancia práctica y la analizaban a la luz de los textos del “derecho
romano”. De esta manera, el estudio del “derecho romano” de un
tiempo anterior, condujo al análisis de los problemas jurídicos
contemporáneos. Fue así como, a través del estudio del “derecho
romano”, comienza la sistematización del derecho de Europa.

d. *El método escolástico*

Este método desarrollado al principio del siglo XII en jurisprudencia y teología, presupone la autoridad absoluta de ciertos libros, los cuales hay que entender como conteniendo un *corpus* consistente y completo de doctrina. Pero, paradójicamente, este método presupone, también, la posibilidad de lagunas, así como de contradicciones en el texto. El propósito fundamental del método es hacer la *summa* del texto, integrando las *lacunæ* y resolviendo las *contradictiones*. El método escolástico, *i.e.*, la dialéctica, logró la reconciliación de los opuestos.²⁴

²³ *Vid.*, Berman, H. J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, *cit.*, pp. 129-131. Sobre el derecho canónico puede verse: Le Bras, Gabriel, “Canon Law”, en Grump, C. G., y Jacob, E. F., (eds.), *The Legacy of the Middle Ages*, *cit.*, pp. 321-361.

²⁴ *Vid.*, Para una breve explicación de la dialéctica medieval, véase: Berman, H. J., “The Origins of the Western Legal Science”, *cit.*, p. 908, n. 20.

El método escolástico, mediante análisis y síntesis, construyó un *corpus* de doctrina encontrada precisamente en la codificación justinianea. Dice la *Summa in pandectas* —atribuida a Bassianus y a Azo—: nuestro *modus in legendo* es cuádruple; (1) configuramos un caso adecuado al que dispone la ley (*i.e.*, el *Corpus iuris*); (2) seleccionamos los pasajes que contrastan con el texto y resolvemos las *contradictiones*; (3) obtenemos de la ley los *generalia* o *brocarda*; (4) planteamos las *quæstiones* y las discutimos a la luz de la ley (del texto) mencionada.²⁵

El estudio del derecho y su enseñanza universitaria tenía como tarea primordial, insisto, la superación de las *contradictiones*. Esta circunstancia permitió a los juristas del siglo XII gran libertad y flexibilidad (de la que nunca dispusieron sus predecesores romanos o bizantinos). El método de los juristas transformó radicalmente el razonamiento dialéctico de la antigua filosofía griega y el *modus geometricus* de la jurisprudencia romana.²⁶ Aristóteles distingue entre razonamiento *apodíctico* (derivado de premisas que son tenidas por verdades necesarias) y razonamiento derivado de premisas generalmente aceptadas. Esto caracteriza al razonamiento *dialéctico*. El razonamiento *dialéctico* se distingue, sobre todas las cosas, por el hecho de que no comienza con enunciados verdaderos sino, más bien, con problemas o *quæstiones*, aunque, en última instancia, las *quæstiones* serán resueltas de forma concluyente por una proposición o principio primero.²⁷

Berman señala que la distinción aristotélica entre razonamiento apodíctico y dialéctico fue aceptada por los estoicos en el siglo III. Sin embargo, los estoicos concibieron el razonamiento dialéctico no sólo como método para llegar a los primeros principios (como un procedimiento inductivo) sino como método de análisis de argumentos y definición de conceptos, mediante *distinctiones* y *synthesis* de género y especie. De esta manera, la dialéctica se convierte en una disciplina

²⁵ Vid., ‘Nicolini, Ugo, “I giuristi postaccursiani e la fortuna delle glossa in Italia”, en *Jus. Rivista di Science giuridiche*, Milán, año XV. núm. 1, enero-marzo 1964, p. 61.

²⁶ Sobre la ciencia clásica y la jurisprudencia romana véanse mis libros: *Elementos para una teoría general del derecho (Introducción al estudio de la ciencia jurídica)*, México. Editorial Themis, 2003, pp. 229-268 y *Razonamiento y argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004 (Serie Doctrina Jurídica, Núm. 121), Caps.: IV y V.

²⁷ *Cfr.*, Arist. *An. Pr.*, 24a 20-30; *Eth., Nic.*, 1139b 31, *Top.*, 100b 21-24.

independiente, no necesariamente diferente de la lógica; pero con poderosos elementos de retórica y gramática.²⁸

La dialéctica deviene así la *disciplina disciplinarum*. Entre las artes del *trivium*, la gramática y la retórica no son sino artes preliminares. La dialéctica tiene el primer lugar. Para comprender el sentido de este triunfo de la dialéctica no hay que olvidar, que la dialéctica no es sólo un arte formal de discusión en el pensador medieval.²⁹ La dialéctica griega llega a la Roma republicana en su forma estoica. Los juristas romanos fueron los que, por primera vez, aplicaron el método dialéctico al análisis y sistematización de las normas e instituciones jurídicas.³⁰

El jurista romano realiza un enfoque jurídico, práctico y profesional. Los romanos adoptaron los métodos griegos, pero nunca hicieron del derecho —ni quisieron— un sistema filosófico.³¹ Los juristas romanos aplicaron los métodos griegos para explicar el derecho; sin embargo esto no produjo una “simbiosis” entre su jurisprudencia y la filosofía griega. Esta “simbiosis”, señala Berman, se llevó a cabo aproximadamente mil años después en las universidades de Europa.³²

²⁸ Vid., Berman, Harold J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, cit., pp.134-135; Vid., Schulz, Fritz, *The History of Roman Legal Science*, cit., pp. 124-132.

²⁹ La dialéctica comprende, además de la *introducción* de Porfirio, todos los otros tratados del *Organon*, el primero de ellos, las *categorías*, así como la *Introducción* de Porfirio, contienen, al lado de las nociones puramente formales, elementos de metafísica. (Vid., Bréhier, Emile, *La philosophie du Moyen Âge*, París, Albin Michel, 1971 [L'évolution de l'humanité, p. 104]).

³⁰ Vid.: Stein, Peter, “*Regulae Iuris*”, *From Juristic rules to Legal Maxims*, cit., pp. 49 y ss. Dice Berman que los griegos nunca intentaron una aplicación de la dialéctica al derecho ni a su estudio. Las razones de ello son complejas. Las ciudades griegas nunca experimentaron el surgimiento de una prestigiada clase de juristas encargados del desarrollo del derecho. La administración de justicia fue llevada a cabo, en gran medida, mediante asambleas populares. Los que alegan ante asambleas practicaban un modo de declamación que los vincula menos a un argumento jurídico que a los reclamos de moral y a las conclusiones políticas. Los filósofos griegos no reconocían a las normas jurídicas como puntos de partida de razonamiento (Vid., *Law and Revolution, de Formation of the Western Legal Tradition*, cit., p. 134. Véase también Künkel, Wolfgang, *An introduction to Roman Legal and Constitutional History*, cit., pp. 98-103). Jones, J. W., *The Law and Legal Theory of the Greeks. An Introduction*, Aalen, Scientia Verlag, 1977 (reimpresión de la edición de Oxford University Press, 1956); Calhoun, George Miller, *Introduction to Greeks Legal Science* (ed. Por Zulueta, Félix de), Aalen, Scientia Verlag, 1977, reimpresión de la edición de Oxford University Press de 1944).

³¹ Véase a este respecto: Schulz, Fritz, *The History of Roman Legal Science*, cit., pp. 57-58.

³² Vid., *Law and Revolution, de Formation of the Western Legal Tradition*, cit., pp. 135-136.

Para los romanos los “primeros principios” del derecho, *i.e.*, las *regulæ* no son entendidas como principios “revelados” o “descubiertos”. Las *regulæ* son extraídas del derecho positivo y valen sólo en relación con él. La naturaleza de las *regulæ* se aprecia fácilmente si recordamos cómo eran establecidas. No voy a describir el modo o modos de formulación de *regulæ* por la jurisprudencia romana —ya lo hice en otro lugar—.³³ Basten ciertas indicaciones para entender su naturaleza y distinguir las *regulæ* romanas de los “principios” o *brocarda* medievales.

Los juristas romanos extraían las *regulæ* del derecho positivo (de ahí que su alcance se limite a sus instituciones). Los jurisconsultos romanos obtenían las *regulæ* mediante un procedimiento inductivo siguiendo, *similiter*, el que describe Aristóteles en los *Segundos analíticos*.³⁴ Mediante $\epsilon\pi\alpha\rho\omega\gamma\eta$ los juristas romanos realizan generalizaciones empíricas a partir de la observación de sus instituciones positivas (las cuales constituían la base empírica de su sistema). Estas generalizaciones (definiciones y conceptos generales) eran, en ese sentido, la cúspide del sistema. Para los romanos los “primeros principios”, *i.e.*, las *regulæ*, no se encuentran por encima del derecho positivo; su significado y su alcance dependen de la experiencia jurídica concreta de la cual deriva.³⁵

Es fácil observar que las *regulæ* sintetizan, los elementos comunes de una “clase de cosas”. Paulo señala:

Regula est, quæ rem quæ est breviter enarrat. non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut

³³ Sobre la jurisprudencia pontificia véanse mis libros: *Elementos para una teoría general del Derecho*, *cit.*, pp. 253-268 y *Razonamiento y argumentación jurídica*, *cit.*, Caps. IV y V.

³⁴ El paso clave en la transición de la experiencia a la ciencia es el descubrimiento del elemento común que une los casos particulares, el método por el cual se alcanzan los primeros principios (*Vid.*: Aristóteles, *Anal. Post.*, 100a-b). Cuando los primeros principios de la ciencia han sido así obtenidos, éstos tienen que ser formulados en proposiciones (axiomas, definiciones e hipótesis). (*Vid.*: Aristóteles, *Anal. Post.*, 72a). Estos elementos fundamentales provén a la ciencia de sus presupuestos mínimos. Según el modelo clásico, toda ciencia se funda en sus propios principios. Para construirla es necesario obtenerlos y formularlos. Consecuentemente, la jurisprudencia requería de sus propios principios: de sus definiciones y sus *regulæ*. *Vid.*, mi libro: *Elementos para una teoría general del derecho*, *cit.*, pp. 253-268 y *Razonamiento y argumentación jurídica*, *cit.*, Caps. IV y V

³⁵ *Regulæ* significa ‘principio’. Con objeto de apreciar la función de las *regulæ* Schulz recomienda comparar *D.*, 50, 17, 1 (que se transcribe a continuación en el texto) con *Anal. Post.*, 92b. (*Vid.*, Schulz, Fritz, *The History of Roman Legal Science*, *cit.*, pp. 66-67).

*ait Sabinus, quasi causæ coniectio est, quæ simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.*³⁶

La *regula* (i.e., principio) no está destinada a valer sin referencia al derecho. Una *regula* que no sea la descripción sumaria de clases de cosas jurídicas, construidas a partir de la observación de la experiencia (i.e. εμπείρια) perdería su función (*perdit officium suum*). Es claro para los romanos que el derecho no deriva de la *regula*, la *regula* se obtiene sólo porque hay derecho positivo (*sed ex iure quod est regula fiat*).

Los griegos nunca intentaron tales racionalizaciones de materiales jurídicos. Para ellos el razonamiento dialéctico fue una técnica para obtener enunciados válidos a partir de premisas generalmente aceptadas. Los romanos hicieron de la dialéctica griega un *ars iudicanti*.³⁷

Los juristas del siglo XII, convertirían las *regulæ* del *corpus iuris* en máximas intemporales, de valor universal (i.e., *maximæ propositiones*) y llevarían la dialéctica griega a un mayor grado de abstracción.

Por lo demás, los juristas medievales “superaron” la separación entre razonamiento dialéctico y apodíctico; ambos son aplicados en el análisis y en la síntesis de los materiales jurídicos. No sólo intentaron organizar el sistema jurídico, sino suponían que podían demostrar, mediante la razón, la verdad universal y la justicia universal de los textos romanos. Como estos textos son racionalmente probados, constituyen *maximæ propositiones* para, a partir de ellos, deducir, apodícticamente, “nuevas resoluciones”.³⁸ Pero como dichos textos contenían *lacunæ*, *ambiguitates* y *contradictiones*, fue necesario recurrir al razonamiento dialéctico para superarlas.

³⁶ D., 50, 17, 1:

Regula [i.e. principio] es la descripción sucinta de lo que una cosa es [*quæ rem quæ est*]. No es por la *regula* que el derecho se crea; es del derecho [positivo] de donde la *regula* es obtenida. La *regula* realiza la descripción resumida de las cosas y, como sostenía Sabinus, esa es su razón de ser, tanto que si en algo está viciada pierde su función [no vale]. traduje *causæ coniectio* como ‘su razón de ser’ conservando el sentido de ‘argumento substancial’. Este es el sentido que tiene *causæ coniectio* en el derecho procesal romano.

³⁷ Vid., Berman, Harold, J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, cit., pp. 138-139.

³⁸ Vid., *ibid.*, pp. 139-143.

Una vez resuelta la oposición entre razonamiento dialéctico y apodíctico, el método dialéctico devino el método *per excellentiam* de la jurisprudencia en el análisis y síntesis del derecho.

Otro aspecto que se refleja en la jurisprudencia medieval es el famoso conflicto de los universales. Como quiera que haya surgido, el nominalismo jugó un papel esencial en la sistematización del derecho. El problema del nominalismo, sin embargo, no voy a discutirlo aquí, baste recordar la importante disputa entre nominalistas y realistas surgida alrededor de un pasaje de la *Εἰσαγωγή* de Porfirio (c 233-305), traducido por Boecio (480-224), en el que el célebre filósofo griego aborda el problema de los universales. Para el nominalismo medieval los “universales” o conceptos generales no existen como realidades anteriores e independientes, ni en las cosas ni fuera de las cosas. La manera como se presentan los universales a la mente humana es en forma de *nomina* (i.e., como nombres o signos). Los conceptos generales, en consecuencia, no son sino *flatus vocis*, como sostenía Roscellino (1050-1120), uno de sus campeones. El nominalismo, por tanto, asume como presupuesto ontológico, que sólo los individuales o entidades particulares son reales. Los opositores, por su parte, siguiendo una concepción platónico-agustiniana, de corte más bien mística, atribuían realidad a tales términos, recurriendo, unos, al concepto de Dios; otros, más tarde, a las tesis estoicas del significado.³⁹

Un ejemplo importante del papel de la dialéctica escolástica en la formación de la ciencia jurídica se observa en el *Concordia discordantium canonum* de Graciano (c 1090-1159).⁴⁰ En este tratado Gra-

³⁹ El nominalismo habría de alcanzar un desarrollo impresionante en el pensamiento de Guillermo de Occam (Ockam c 1280, c 1349). Sobre el particular, puede verse: Bréhier, Emile, *La philosophie du Moyen Âge*, cit.; Gilson Etienne, *La philosophie du Moyen. Âge*, París, 1947; Knowles, David, *The Evolution of Medieval Thought*, cit., (esp. caps. IX, XVIII, XXVIII).

⁴⁰ Sobre Graciano, véase: Kuttner, S. “The Father of the Science of Canon Law”, en *Jurist*, vol. I, núm. 2, 1941. Berman considera que la obra de Graciano constituye el primer tratado comprensivo y sistemático de derecho en la historia de Occidente (vid., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, cit., p. 143). Berman olvida los tratados de los juristas romanos de la *Republica*, e.g., el *Ius civile* de Q. Macius Scaevola (vid., Stein, Peter, *Regulae Iuris*, cit., pp. 26-48; Schulz, Fritz, *The History of Roman Legal Science*, cit., pp. 87-98).

ciano intentó cubrir la totalidad del derecho eclesiástico y se esfuerza por presentarlo como un *corpus* unitario, en el que todas las partes se conciben interactuando de manera a formar un todo. El *concordia discordantium canonum* es, o pretende ser, comprensivo y sistemático. Graciano contó con algunos intentos anteriores de sistematización; pero, particularmente, contó con el trabajo de los glosadores, especialmente el de Irnerio.

Graciano estableció cantidad impresionante de *distinciones*. El mejor ejemplo de su método de análisis y síntesis se encuentra en las primeras veinte *distinciones* en las cuales varios tipos de derecho son identificados (*e.g.*, derecho divino, derecho humano, derecho natural, derecho eclesiástico, derecho legislado, derecho consuetudinario, etcétera). Una vez identificados, Graciano define y determina las relaciones de todas estas categorías. Él no inventó tales categorías, los juristas habían adaptado cantidad de *distinciones* provenientes de la jurisprudencia romana, así como de la filosofía griega. Sin embargo, Graciano exploró sistemáticamente las implicaciones jurídicas de estas *distinciones* y fue el primero en arreglar las diferentes fuentes del derecho en un orden jerárquico.⁴¹

Con el método dialéctico los juristas (*e.g.*, Graciano) no trataban, simplemente de oponer tesis contrarias y optar entre las dos soluciones, como es característico en Tomás de Aquino. Los juristas no van a solucionar el problema escogiendo simplemente una de las tesis contrarias.⁴² A este respecto no existe ejemplo mejor de la técnica

⁴¹ *Vid.*, Berman, Harold J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, *cit.*, pp. 143-145. Me parece importante señalar que los juristas romanos, en varios de sus tratados hacen una enumeración de las fuentes, la cual difícilmente ignora una particular jerarquización. El mismo *Digesto* presupone, en algún sentido, una jerarquización de fuentes (*cf.*, *D.*, 1, 3, 1; 1, 4, 1).

⁴² Un ejemplo de síntesis de opuestos se encuentra en la doctrina sobre el uso legítimo de la fuerza. El derecho romano y la *Biblia* prohíben matar. Sin embargo, tanto el derecho romano como los textos bíblicos dan ejemplos en los que el uso de la fuerza es permitido. El derecho romano contiene la *regula: vim vi repellere licet*, como toda *regula*, ésta se limita a una clase específica de casos (*i.e.*, a la doctrina de la *lex aquilia* que sostiene que un hombre puede usar la fuerza física para proteger su propiedad del despojo). Los juristas de los siglos XII y XIII convirtieron la *regula* en *maxima propositio* y con las *maximæ* opuestas, desarrollaron un concepto general de justificación para el uso limitado de la fuerza (aplicable a una serie de categorías sistemáticamente interrelacionadas, tales como la ejecución del derecho,

escolástica de plantear *quæstiones* sobre pasajes contradictorios de un texto jurídico dotado de autoridad que las mismas *quæstiones disputatæ*.

4. Quæstiones disputatæ

Este método fue inventado por los juristas de la primera mitad del siglo XII. La idea era conjurar o relacionar —para evaluar— todos los elementos relevantes en una compleja estructura que asemejaba los alegatos y argumentaciones propias de casos sometidos al conocimiento de los tribunales. Las *disputationes* sobre derecho romano en Bolonia y, después, en todas las otras escuelas de derecho, se hubieran olvidado de no haber sido recogidas por las *quæstiones disputatæ* (forma de literatura jurídica originada y desarrollada en la época de los glosadores).⁴³

La expresión *quæstiones disputatæ* es un término usado por los glosadores. Dos características pueden señalarse: (1) las *quæstiones* se refieren siempre a problemas de derecho (“*solutio facti ad nos non pertinent*”),⁴⁴ y (2) el problema siempre es planteado de manera interrogativa expresando una genuina duda, incertidumbre o ignorancia. Las *quæstiones* pueden ser llamadas *dialecticæ*, toda vez que tienen como elemento esencial los *pros* y los *contras* de un problema para el cual existen soluciones contradictorias. Una *quæstio* es siempre dialéctica: “*quæstio est dubitabilis proposito... omnis enim quæstio contradictionibus constat*”.⁴⁵

De esta manera, la parte dialéctica de estos escritos adopta la forma de un diálogo; en algunas ocasiones de un verdadero debate. En caso

la legítima defensa, la protección de la propiedad, etcétera). (Vid., Berman, Harold J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, cit., pp. 147-148).

⁴³ Kantorowicz, Hermann, “The *Quæstiones Disputatæ* of the Glossators”, cit., p. 1.

⁴⁴ Acurcio, *Glossa, generi ad Nov. 6 pr.*, citado por Kantorowicz, Hermann, “The *Quæstiones Disputatæ* of the Glossators”, cit., p. 2. Las *Quæstiones* que, después, serían técnicamente llamadas de *facto* eran *quæstiones iuris* que habían efectivamente surgido, oponiéndose a los casos ficticios tradicionales (vid., Kantorowicz, Hermann, “The *Quæstiones Disputatæ* of the Glossators”, cit., p. 2).

⁴⁵ Boecio, citado por Kantorowicz, Hermann, “The *Quæstiones Disputatæ* of the Glossators”, cit., p. 3.

de una *quæstio disputata* la contradicción yace en los alegatos ficticios de dos disputantes litigando un problema jurídico ante el maestro que preside la disputa y decide sobre los alegatos.

Estas *quæstiones disputatæ* constituyen el “núcleo y eje” de toda instrucción científica en las escuelas medievales. La importancia de las *quæstiones disputatæ* en derecho trascienden en mucho su función educativa. Las *quæstiones* en el tiempo de los glosadores eran la única práctica complementaria a las *lecturæ* puramente teóricas. De esta forma, las *quæstiones disputatæ* fueron el “vínculo principal entre el derecho escrito de Justiniano y su aplicación en los tribunales contemporáneos”. Así se desarrolló el talento para derivar audaces analogías, manejar amplios principios de equidad e integrar *lacunæ* con intuición e imaginación. La importancia histórica de las *quæstiones disputatæ* reside en ser factor imprescindible en la “adaptación del derecho romano a las condiciones medievales”.⁴⁶

La estructura de las *quæstiones disputatæ* es variada, comienza con la *rubrica* o *titulus*;⁴⁷ en algunos manuscritos el título se convierte en pequeños sumarios del problema.⁴⁸ El siguiente elemento es el *exordium*. Según Kantorowicz el *exordium* consiste en una mera frase introductoria, algunas veces una *captatio benevolentia*, otras, un señalamiento histórico: “*In tali negotio non est difficilis deffinitio*”;⁴⁹ *In scolis Bulgari tale negotium apparuit*.⁵⁰ Señala Kantorowicz que la importancia de los *exordia* reside en que son una evidencia de que las *quæstiones* no se originaban en la mesa de trabajo sino en el salón de clase.⁵¹

⁴⁶ Kantorowicz, Hermann, “The *Quæstiones Disputatæ* of the Glossators”, *cit.*, pp. 4-6.

⁴⁷ Algunos manuscritos de la *Stemma Bulgaricum*, como de las *Quæstiones dominorum* no tienen algo que pueda considerarse un *titulus*. Podría decirse que en algunos de los manuscritos el *titulus* es una adición del copista. (*vid.*, Kantorowicz, Hermann, “The *Quæstiones Disputatæ* of the Glossators”, *cit.*, p. 18).

⁴⁸ El título de la *Collectio Azoniana I*, *v.gr.*, aparece en algunos manuscritos como *An servitus amittatur tempore* (*Vid.*, Kantorowicz, Hermann, “The *Quæstiones Disputatæ* of the Glossators”, *cit.*, p. 18).

⁴⁹ *Stemma Bulgaricum* (Royal M. S. II. 8. XIV, Museo Británico), qu. 39, citado por Kantorowicz, Hermann, “The *Quæstiones Disputatæ* of the Glossators”, *cit.*, p. 19, *cfr.*, p. 7.

⁵⁰ *Stemma Bulgaricum* (M. S. Carpentros, Bibl. Inquimbertaine 170), citado por Kantorowicz, Hermann, “The *Quæstiones Disputatæ* of the Glossators”, *cit.*, p. 22.

⁵¹ *Vid.*, Kantorowicz, Hermann, “The *Quæstiones Disputatæ* of the Glossators”, *cit.*, p. 19.

El elemento más importante de las *quæstiones* lo constituye el *casus* (en ocasiones denominado *causa, negotium, materia* o *tema*). El *casus* establece, escuetamente, los hechos esenciales ocurridos (o los primeros pasos del procedimiento) que conducían a la *quæstio*. La oración en la cual el problema es formulado comienza generalmente con *queritur (inde queritur, quæsitum es, quæstionis est, iuris est quæstio, etcétera)*. Normalmente las *quæstiones* contenían sólo un problema. Son raras aquellas que tienen más de uno; si es el caso, los diferentes problemas se enumeran al final del *casus* en lo que en la *Glossa* se denomina una *divisio*. Las *quæstiones disputatæ* estaban destinadas al entrenamiento de futuros jueces y abogados (en lucha por un amplio reconocimiento del resucitado derecho romano). De esta manera, el problema tenía que ser de tal naturaleza que no pudiera ser resuelto de memoria ni mediante el mero conocimiento teórico; requería habilidad dialéctica, discernimiento jurídico e imaginación creativa.⁵²

El problema podría, algunas veces, estar más allá de la capacidad de los estudiantes, por eso se les sugería, no una solución, pero sí un punto de vista: un enfoque de la solución. Esta sugerencia es hecha en una oración que contiene el término *proponitur* (por lo que Kantorowicz la denomina *propositio*). Pillius coloca generalmente la *propositio* después del problema: “*queritur quit iuris sit? Proponitur reivindicatio vel conditio ex lege*”.⁵³ Según Hermann Kantorowicz es este el lugar correcto. El mismo hombre que plantea la *quæstio*, *i.e.*, el maestro, proporciona también la dirección de la discusión.⁵⁴

El problema o problemas son seguidos por la *disputatio* denominada *argumenta*. Los *disputantes* son, en un principio, un actor y un demandado. Esto se hace patente en el estilo narrativo de las primeras *quæstiones disputatæ*. El estilo de las *quæstiones* que aparecen en posteriores colecciones (aunque no los debates reales) cambió totalmente. Ya no hay protagonistas, los *argumenta* no son los alegatos de

⁵² Vid., *ibid*, *cit.*, pp. 20-21.

⁵³ *Brocarda, qu.* 74[51], citado por Kantorowicz, Hermann, “The *Quæstiones Disputatæ* of the Glossators”, *cit.*, p. 22.

⁵⁴ Vid., por Kantorowicz, Hermann, “The *Quæstiones Disputatæ* of the Glossators”, *cit.*, p. 22.

las partes, son simplemente argumentos objetivos arreglados en dos columnas: *pros*, de un lado, *contras*, del otro.

Cada *argumentum* tenía que basarse en uno o más pasajes del “derecho romano”; éstas son las *allegationes*. Las *allegationes* consisten en transcripciones casi literales de ciertas normas bien conocidas, por lo que no era necesario referirse a ellas expresamente por capítulo y párrafo.⁵⁵

La última parte de la *quæstio* es, obviamente, la *solutio* (la expresión raramente aparece en los manuscritos —probablemente fue introducida por los copistas—; se usa en su lugar *ait, dico, dicit*, etcétera). La *solutio* —en las más antiguas colecciones— consiste normalmente en una oración apodíctica que se reducía a una, dos o tres palabras, *e.g.*, *Non; actor obtinent; posunt, petitione hereditatis*. Posteriormente, las soluciones se caracterizan por ser extremadamente extensas y llenas de referencias.

Además de su enorme valor pedagógico, el procedimiento de las *quæstiones disputatæ* mostraba enorme respeto por los puntos de vista de los estudiantes, aun si eran completamente erróneos. No todos los elementos que hemos visto aparecen en las *quæstiones disputatæ*, el *casus* y el *problema* son los únicos indispensables y, sin embargo, frecuentemente faltan, aunque se presuponen en el contexto. Una vez que se estandarizó el estilo de las *quæstiones*, éstas se presentan con la siguiente estructura: *casus, propositio, argumenta, responsum*. Esta estructura penetró y dominó toda la literatura jurídica de los siglos posteriores.⁵⁶

En cuanto a los orígenes históricos de las *quæstiones disputatæ*, éste es aún un problema complicado. En cuanto a esto hay que estar muy consciente que únicamente se puede pensar en influencias que

⁵⁵ *Vid.*, *ibidem*, pp. 23-24.

⁵⁶ *Vid.*, Kantorowicz, Hermann, “The Quæstiones Disputatæ of the Glossators”, *cit.*, pp. 29-31. Una sorprendente analogía se da entre las *quæstiones disputatæ* y los *reports* del derecho medieval inglés (c 1280-1536). Kantorowicz se refiere a aquellas *quæstiones disputatæ* que denomina *reportatæ*, en virtud de que no son redactados por el maestro (el cual sólo introduce el *casus*) sino por un alumno que llevaba a cabo las *reportationes* de las *disputationes*. Los *reports* eran notas tomadas en clase (*vid.*, “The Quæstiones Disputatæ of the Glossators”, *cit.*, p. 43).

hayan operado en Bolonia, después de que Bulgarus empezó a enseñar (*i.e.*, c 1225). La técnica dialéctica de las *disputationes* pudo, quizá, ser aprendida de la *Tópica*. Sin embargo, este trabajo pertenece a la lógica *nova* que no alcanza Europa antes de 1225.

Señala Kantorowicz que en la teología francesa, que se encontraba más cercana de Aristóteles que la jurisprudencia italiana, las *disputationes* no alcanzaron el carácter de *curriculum* sino hasta mediados del siglo XII. De ahí que debió de haber sido la jurisprudencia la que influyó sobre la teología; fue Bolonia la que influyó sobre París y no *viceversa*. Las *disputationes* en derecho canónico, las que encontramos en tiempo de Martinus (las *quæstiones* en Graciano no son *disputatæ*), pudieron haber servido de intermediario.⁵⁷

Mucho se ha hablado del gran Abelard y, en particular, de su trabajo *Sic et non*, escrito c 1121. De hecho, y haciendo a un lado las inmoderadas apreciaciones, se ha mostrado que las ideas expresadas por Abelard en el prólogo de su libro, *i.e.*, los varios modos de resolver aserciones contradictorias mediante *distinctiones*, estaban lejos de ser originales. Abelard dependía de las mismas fuentes canónicas sobre las cuales trabajaba Graciano. Ciertamente, esto no excluye la posibilidad de que posteriores autores hayan dependido más de Abelard que de sus predecesores. Pero con respecto a las *quæstiones disputatæ* de su contemporáneo Bulgarus, puede señalarse que éste no pudo aprender su método del *Sic et non* por la simple razón de que este libro no contiene, salvo el prólogo, más que una masa de aparentes aserciones contradictorias bíblicas o de los Padres, sin referirse a casos concretos. Un paralelo jurídico del *Sic et non* son las *Discussiones Dominarum*, pero no tienen nada que ver con las *quæstiones disputatæ*.⁵⁸

⁵⁷ *Vid.*, Kantorowicz, Hermann, "The *Quæstiones Disputatæ* of the Glossators", *cit.*, pp. 51-52.

⁵⁸ *Vid.*, Kantorowicz, Hermann, "The *Quæstiones Disputatæ* of the Glossators", *cit.* pp. 52-53. Además, el mismo prólogo del *Sic et non* difícilmente pudo influir; la gran mayoría de las *solutiones jurídicas* no se basan en *distinctiones*. La mente de los glosadores era de un tono jurídico y querían *entrenar* personas que trataran con intereses mundanos en conflicto y no con interpretaciones de la misma "verdad eterna". Por lo demás, el trabajo de Abelard nunca es mencionado en Bolonia (*vid.*, Kantorowicz, Hermann, "The *Quæstiones Disputatæ* of the Glossators"), *cit.*, p. 54.

Razones similares excluyen la influencia de los *rethores* romanos. Los *rethores* son los transmisores de las *Controversiæ* de Séneca. Sin embargo, estos trabajos nunca son aludidos en la literatura jurídica medieval, ni ninguno de sus problemas asoma en las *collectio-*nes de *quæstiones disputatæ*. De hecho, el valor jurídico de esta obra es nulo. Lo que interesó a los *rethores*, no interesaba a los juristas de Bolonia.⁵⁹

Si nos mantenemos dentro del propio campo de la jurisprudencia es sorprendente que la escuela de Pavía, la cual es antecedente de las *distinctiones* boloñesas, no sea responsable de las *quæstiones*. También se ha hablado de las escuelas postjustinianas, pero aquí la evidencia consiste en algunas similitudes de frases y terminología. La influencia bizantina puede ser manifiesta en otros tipos de literatura de los glosadores, sin embargo es considerablemente menor en lo que a las *quæstiones disputatæ* se refiere. Kantorowicz pareciera inclinarse por una mayor influencia de los textos clásicos. En efecto, sostiene que en las *quæstiones*, *disputationes* y *responsa* clásicas los glosadores encontraron los mejores modelos para sus *casus*, *problema* y *solutiones*. Es difícil leer el *Stemma Bulgaricum* sin recordar las *quæstiones* de Q. Mucius Scaevola,⁶⁰ cuyas estructuras debieron de ser tomadas como modelos para los diferentes tipos de *quæstiones* boloñesas. No importa si estos modelos sufrieron interpolaciones justinianas. La formación de los glosadores es, por razones obvias, una mezcla de escritos clásicos y *constitutiones imperiales*.⁶¹

⁵⁹ Vid., Kantorowicz Hermann, "The *Quæstiones Disputatæ* of the Glossators". *cit.*, p. 54.

⁶⁰ Vid., *ibid*, *cit.*, pp. 55-56. Las *quæstiones* de Q. Mucius a las que se refiere Kantorowicz se encuentran en *D.*, 17, 1, 60. Voy a transcribir algunas para evidenciar la semejanza:

quarendum est, an manente appellatione debitor a creditore conveniri potest. Respondi posse.

Quæro, si heres Titii ex causa mandati præstiterit, an actone mandati heredem Titiae convenire potest, respondi secundum ea quæ propornuntur non posse ...

Item quæsitum est, an nec negotiorum gestorum, respondi nec hoc nomine iure agere posse ...

quæsitum est, si quid non administrandi animo, sed fraudulenter alienasset vel mandasset, an valereti, respondi eum de quo quæreretur plene quidem, sea quatenus res ex fide agenda essest, mandasse ...

⁶¹ A este respecto Kantorowicz señala que un buen ejemplo se encuentra en *constituito* núm. 84 o, mejor, en su versión latina (*Auth.*, 6, 12) (*vid.*, "The *Quæstiones Disputatæ* of the Glossators"), *cit.*, pp. 57-58.

Lo que los cuatro doctores (*i.e.*, Bulgarus, Martinus, Hugo y Jacobus) no pudieron aprender de sus antiguos maestros romanos, fueron ingredientes medievales de la dialéctica escolástica: *disputationes pro et contra* con constantes referencias al *corpus* jurídico. Observa Hermann Kantorowicz que no existe una fuente donde puedan encontrarse estos elementos; pero —subraya—, no es necesario encontrarlos. Éstos fueron probablemente tomados de forma directa de los alegatos ante los tribunales para los cuales este tipo de ejercicios en la escuela de derecho era una preparación. Los antecedentes, más que de origen teológico o filosófico, son de naturaleza procesal, sean clásicos, justinianos o medievales.⁶²

5. Conceptos jurídicos generales

En los siglos XII y XIII canonistas y romanistas, comienzan a establecer *conceptos* generales *e.g.*, ‘representación’, ‘sociedad’, ‘jurisdicción’, etcétera. Nuevamente el derecho de Justiniano proporciona el material conceptual básico; la dialéctica, el método. La combinación de ambos aplicada a un contexto social completamente diferente produjo algo extraordinariamente novedoso. Esto no quiere decir que no existieran conceptos generales en el derecho romano de Justiniano o en el derecho clásico. Conocemos el alcance de los *nomina iuris* y las *regulae iuris* romanas.

El jurista europeo que revivía el estudio del derecho romano, sistematizó y “armonizó” la inmensa cantidad de preceptos jurídicos en términos de principios y conceptos generales. Para ello usó los métodos que sus colegas en teología emplearon para sistematizar y armonizar el *Antiguo* y el *Nuevo Testamento*, los escritos de los Padres y otros textos sagrados.

Los aspectos filosófico y teológico estaban estrechamente relacionados con los cambios políticos. La coexistencia (y competencia) de las autoridades centralizadas emergentes (eclesiásticas y seculares) hacía imperioso articular los principios subyacentes a las normas, así como,

⁶² *Vid.*, Kantorowicz, Hermann, “The *Questiones Disputatae* of the Glossators”, *cit.*, pp. 58-59.

también, los conceptos subyacentes a los principios. En este aspecto la Iglesia conducía el camino. Un proceso similar al de la sistematización del derecho de la Iglesia comenzó a llevarse a cabo en el derecho secular. De esta forma comenzaron a desarrollarse los sistemas jurídicos nacionales. Los mismos términos, ampliamente derivados del “derecho romano”, fueron usados en la articulación de principios generales y, eventualmente, en la formulación de conceptos generales.⁶³

*

IRNERIUS BONONIENSIS

Muchos son los logros que la tradición atribuye a Irnerio, la cual quiere ver en él a la personalidad responsable del renacimiento de los estudios jurídicos y de la fundación del *studium bononiensis*. Éste, señala Enrico Besta, es un fenómeno muy conocido a través del cual aquello que fue probablemente obra colectiva, quiere verse como el quehacer de un hacedor impresionante.^a

Irnerio se coloca así, en la misma dimensión que la conciencia del hombre medieval otorgaba a Virgilio, a Justiniano o a Carlomagno.^b Otra es la dimensión que Besta da a Irnerio; poco deja a la autoridad de la tradición o a la fascinación de la leyenda. Besta busca el perfil histórico de Irnerio.^c

Lo que sabemos de cierto sobre la vida de Irnerio y de su actividad como jurista se reduce a muy poco. De su obra jurídica nos quedan glosas al *Corpus iuris* y una relación de las *Authenticæ*. Por menciones posteriores sabemos que redactó una colección de *Quæstiones*, un tratado de *actionibus* y un formulario notarial. Por lo que a su biografía respecta, la tradición escolar boloñesa lo presenta como el primero que formula glosas a los textos jurídicos romanos; esta misma tradición nos dice que Irnerio fue primeramente *magis-*

⁶³ Vid., Berman, Harold J., *Law and Revolution, the Formation of the Western Legal Tradition*, cit., pp. 151-152.

^a Vid., *L'opera d'Irnerio. Contributo alla storia del diritto italiano*, Turín, 1986, t. I, p. vii.

^b Vid. *Ibid.*, p. 2.

^c Vid., Spagnesi, Enrico, *Wernerius bononiensis iudex. La figura storica d'Irnerio*, Florencia, Leo S. Olschki Editore, 1970, p. 9.

ter in artibus. Un cronista del siglo XIII (Godofredo Dani) habla de que la condesa Matilda mostraba mucho interés en él. Después de la muerte de la condesa, Irnerio se unió al séquito del emperador Enrique V en su viaje por Italia en los años 1116-1118, respaldando en Roma la elección del antipapa Gregorio VIII. Vinculada con esta militancia filoimperial encuentra su excomunión decretada por el *Concilio de Reims* en octubre de 1119. El registro de su nombre como evidencia histórica se remonta al 1112 en que aparece en un *placito* (en el medievo: ‘sentencia de quien ejerce funciones judiciales’) acompañado con el predicado de *casuidicus*. Este mismo predicado se repite al lado de su nombre en un *placito* de Matilda que data del 1113. En los años 1116-1118 aparece como *iudex* en varios documentos imperiales y en uno privado. Su nombre aparece por última vez en un documento de 1125 entre aquellos que someten a juicio arbitral un diferendo entre el monasterio de San Benedetto di Polirone y el monasterio de San Zeno di Verona.^d

El *studium* de Bolonia, como señalé, fue fundado por Matilda, duquesa de Toscana; ella invitó a Irnerio a enseñar derecho romano en Bolonia.^e

En el *Burchardi prepositi Chronicon, De generatione Welfonum* se leen las siguientes palabras:

Eisdem quoque temporibus dominus Wernerius libros legum, qui dudum neglecti fuerant, nec quisquam in eis studuerat, ad petitionem Mathilde comitisse renovavit et, secundum quod olim a dive recordationis imperatore Iustiniano compilati fuerant, paucis forte verbis alicubi interpositis eos distinxit.^f

^d *Vid.*, Spagnesi, Enrico, *Wernerius bononiensis iudex, cit.*, pp. 10-12. Sobre las obras atribuidas a Irnerio, véase: Patteta, Federico, *Studi sulle fonti giuridiche medievali*, Turín, Bottega d’Erasmio, 1967, pp. 341-555.

^e Al respecto véase: Fasoli, Gina, *Per la storia dell’Università di Bologna nel Medio evo, cit.*, Calasso, Francesco, *Medio evo del diritto, cit.*, pp. 281 y ss., Vergotini, Giovanni de, “Aspetti dei primi secoli della storia dell’Università di Bologna”, *cit.*; *id.*, “Bologna e lo studio nell’età d’Acursio”, *cit.*; *id.*, “Au temp de la scolastique et la théologie, Bologna, mère du droit”, *cit.*; *id.*, “Lo studio di Bologna, l’impero, il papato”, *cit.* (previamente publicado en *Studi e memorie per la storia dell’Università di Bologna*, N. S., 1956, t. 1).

^f Holder-Egger, O. y Simson, B. von, *Die Chronik des Propstes Buchard von Ursberg*, Hannover/Leipzig, 1916, pp. 15-16, citado por: Spagnesi, Enrico, *Wernerius bononiensis iudex, cit.*, p. 110.

Muchos son los problemas que este pasaje ha suscitado con respecto al origen del *studium bononiensis*. ¿La intervención de la condesa referida con la expresión *ad petitionem* era simple sugerencia o verdadera autorización? La opinión de Savigny (1779-1861)^g es que la condesa no podía haber influido en la creación del *studium* más allá de una simple excitativa. Otros autores, partiendo de la base de que el emperador Enrique v designó a Matilda vicaria imperial, interpretan la *petitio* como verdadera autorización o privilegio, acto de fundación del *studium*.^h

Sin embargo, no sabiéndose de un diploma o de un privilegio solemne que concediera a Irnerio y a sus escolares una *tutio* y bajo la duda de si un vicario podía emitir tal privilegio —que parece más bien propio de los *iura imperii* reservados al emperador—, otros estudiosos,ⁱ sostienen que Matilda no podía dictar un privilegio a favor de Irnerio ni del incipiente *studium*; su acción fue promotora, de mero patrocinio.^j

Esta versión (sostenida por cierta evidencia histórica) fue contrariada por una leyenda fuertemente defendida, de que un emperador Lotario funda el *studium* y promulga una *constitutio* por la cual derogaba el derecho bárbaro. Él mismo entrega a los pisanos unas *Pandectas* encontradas en el saqueo de Amalfi (eventos que resultan difíciles de documentar). Con un Lotario en el papel de Justiniano, existía una parte fácil para Irnerio: Triboniano. Pero en esta trama resultaba difícil encontrar un papel para una condesa Matilda. Esta leyenda perturbó tanto que una vez el teólogo católico Barthold Nihus (en controversia con un teólogo protestante) interpelló al Colegio de derecho civil y canónico de Bolonia para que respondieran oficialmente si a Irnerio se le había encargado enseñar derecho romano por Matilda o por Lotario. La respuesta de cuatro doctores designados para exami-

^g Vid., *Geschichte des römischen Rechts in Mittelalter*, cit., t. IV, pp. 18-19.

^h Vid., Cencetti, G., "Sulle origini dello studio di Bologna", en *Rivista Storica Italiana*, vol. v, 1940, pp. 251 y ss., y Mor C. G., "I giudici della Contessa Matilde e la rinascita del diritto romano", en *Studi in memoria di Benvenuto Donati*, Bolonia, 1954, pp. 43 y ss.

ⁱ Vid., De Vergotini, G., "Lo studio di Bologna, l'imperio, il papato", cit., y Masi, G., "L'università di Bologna al suo primo albeggiare", en *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, vol. xxxi, 1958, pp. 269 y ss.

^j Vid., Spagnesi, Enrico, *Wernerius bononiensis iudex*, cit., p. 101.

nar la cuestión fue emitida el 17 de diciembre de 1641 la cual sostenía que efectivamente el emperador Lotario, en 1137 había promulgado una ley sobre la interpretación pública del derecho, antes de la cual Irnerio exponía “*privata auctoritate*”.^k

^k Vid., Spagnesi, Enrico, *Wernerius bononiensis iudex*, cit., p. 16; Calasso, Francesco, *Medio evo del diritto*, cit., pp. 361-362.