

CAPÍTULO QUINTO

LA CRISIS DEL DERECHO COMÚN

Los últimos decenios del siglo XVI, y todo el siglo XVII, constituyen el momento en el que se rompe la imagen, hasta entonces unitaria, que el hombre occidental poseía de sí mismo, y la cultura se fragmentó en sectores que dependieron fundamentalmente del dominio religioso. Aparece una cultura específicamente protestante,⁴⁹⁷ que no se limita a los modos de vestir y de comportarse, sino que exige una ciencia jurídica que sea distinta de la tradicional. En general, todo el pasado cristiano, dado que había sido católico, debía ser superado. Los reformadores entendieron que el siglo XVII ha sido el momento escogido por la Providencia divina para arrojar sobre el mundo la luz de la razón.⁴⁹⁸ Veamos algunos jalones de la crisis de la ciencia jurídica tradicional y de su sustitución por la nueva forma de argumentar.

I. LAS QUEJAS DE LOS HUMANISTAS Y LA CRISIS DEL DERECHO

Los juristas de los siglos XI-XV, glosadores o comentadores, tropezaron, a la hora de escribir, con la carestía del pergamino o del papel sobre el que escribían. Desde los primeros tiempos de la jurisprudencia medieval los juristas desarrollaron un estilo literario propio, que consistió en un latín sencillo y no siempre correcto, expuesto en abreviaturas taquigráficas. Si el lector actual no dispone de un diccionario de estas abreviaturas, lo escrito por estos juristas le resulta ininteligible. En cualquier caso, resulta chocante para un latinista. Los humanistas de los siglos XV y XVI hicieron del idioma la ocupación científica fundamental. No solo aprendieron griego —desconocido por lo general por los juristas— y hebreo, sino que estudiaron a fondo la literatura romana a fin de dominar el latín, cosa que, desde luego, lograron. Lógicamente, los juristas de los siglos XI-XV aparecieron ante

⁴⁹⁷ Véase el estudio de Álvarez Caperochipi, J. A., *Reforma protestante y Estado moderno*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 19-69.

⁴⁹⁸ Véase mi estudio *La modernidad jurídica y los católicos*, cit., pp. 397 y ss.

ellos como unos bárbaros, cuyo éxito solo fue explicable (según estos humanistas) por el entorno pretendidamente semisalvaje en el que habían vivido y trabajado. El idioma fue, quizá, el factor fundamental de cisura entre la Baja Edad Media y la Edad Moderna, al menos, en su primer momento.⁴⁹⁹ Era preciso volver la mirada hacia la antigüedad romana.

Si estos *grammatici* estudiaron a fondo la Antigüedad clásica fue porque entendieron que la Antigüedad había representado una etapa de absoluta superioridad cultural y, en consecuencia, moral. Lógicamente, en lo que se refiere al derecho, su empeño estuvo dirigido a rehabilitar y conocer mejor el derecho romano. Esto requiere una breve explicación. El jurista medieval había visto en el Corpus Juris un ‘regalo de Dios’ —por usar una expresión de aquella época— que, en muy buena medida, encarnaba la *ratio scripta*; solía ser consciente de que él no era capaz de superar lo contenido en el Digesto y en la Instituta y, dirigió su esfuerzo a aplicar lo contenido en estos libros a la realidad en la que él vivía. En la aplicación del texto romano, cada jurista aportaba algo nuevo que acrecentaba lo contenido en el Corpus Juris. Con el transcurso del tiempo, los comentarios de los juristas medievales adquirieron un volumen mayor que el del propio derecho romano y, como es natural, en las universidades se estudiaban los añadidos de Accursius, Azo, Odofredo o Bártolo, que se fundamentaban, más o menos próximamente, en el texto estrictamente romano. Los humanistas, en su acentuado desprecio por lo medieval, se escandalizaron no solo del *stile pedestre* de los juristas, como denunciaba Petrarca, sino del hecho de que el derecho romano había sido sustituido por una ciencia jurídica bárbara. “Non possum sine dolore magno —escribía Maffeo Veggio— dicere eo deventum esse ut plus fidei adhibeatur Cynus vel Bartholo quam Scaevola aut Papiniani aut Juris consultorum”. Lorenzo Valla, siempre en insultos contra los medievales, recomendó un mejor conocimiento de las lenguas clásicas a fin de conocer en su pureza el derecho de Roma, y él mismo comenzó la investigación filológica e histórica del derecho romano.⁵⁰⁰ De este modo, desapareció del horizonte universitario de los *cultiores* la jurisprudencia anterior, y todo el esfuerzo se volcó en conocer directamente los textos romanos.

Muchos juristas en los que prevaleció más la faceta de historiadores o filólogos comenzaron a depurar la compilación de Justiniano sobre la base normalmente del manuscrito de Florencia. Los primeros juristas que de-

⁴⁹⁹ Véase mi estudio “«Mos italicus», «mos gallicus» y el humanismo racionalista”, *Jus Commune* (1977), pp. 121 y ss. Una obra clásica sobre este tema sigue siendo la de Chiappelli, L., “La polemica contro i legisti dei secoli XIV, XV e XVI”, *Archivio Giuridico*, XXVI (1881), pp. 295-322.

⁵⁰⁰ Sobre estos extremos, véase mi estudio “«Mos italicus...»”, *cit.*, p. 121.

mostraron conocer a fondo la lengua y la historia de Roma fueron Alciatus y Zazius,⁵⁰¹ y, una vez iniciado, el estudio filológico-histórico del derecho romano, ganó adeptos rápidamente. Entre 1520 y 1550 aparecen las obras de Luis Charondas, Francisco Duarenus, Eguinus Barus, Bernabé Brissotius, Juan Corasius, Antonio Govea, Cristóbal Hegendorf, Antonio Agustín y, fundamentalmente, Jacobo Cuyas. Todos estos autores, y otros que disfrutaron de menos relevancia, se propusieron redescubrir y restaurar el derecho romano, al que suponían corrompido, no solo por los medievales, sino también por la obra de los compiladores justinianos bajo las órdenes de Triboniano. Estos juristas, que integran el movimiento conocido como *Mos gallicus*, en razón de que fue la Escuela francesa de Bourges donde Alciato comenzó sus clases, desarrollaron una actividad que, fundamentalmente, era teórica. Esto es, quisieron conocer a fondo el derecho de Roma, comunidad política que había desaparecido, al menos en Occidente, hacía entonces mil años, y no pretendieron, a diferencia de los juristas medievales, aplicarlo a la realidad de su momento. Aunque maticemos distinguiendo varias corrientes entre estos autores, unos preferentemente teóricos, y otros más prácticos,⁵⁰² lo cierto es que el espíritu general y dominante entre los seguidores del *mos gallicus* estuvo dirigido a conocer el derecho privado y público de Roma. El problema que se planteó, estando así las cosas, lo podemos resumir preguntándonos si el conocimiento del derecho romano fue suficiente para renovar la jurisprudencia.

A los medievales no se les había planteado este problema: ellos habían identificado el derecho con los textos, y la validez jurídica de éstos no ofrecía dudas, porque todos ellos quedaban bajo el principio de autoridad: autoridad del jurista romano o medieval, autoridad de Justiniano o, lo que quizá era más decisivo, la autoridad del texto en sí mismo.⁵⁰³ Pero el principio de autoridad, así entendido, perdió su validez en los ámbitos humanistas, y el Corpus Juris romano pasó a ser considerado como el producto de una cultura ya desaparecida, sin especial vigencia para ellos. Los humanistas, sin proponérselo, habían *historificado* el derecho romano. Si se trataba de renovar la jurisprudencia medieval, reputada bárbara, y si el estudio de los humanistas solo logró conocer mejor el derecho de Roma, ¿con qué renovar la jurisprudencia, qué había de enseñarse en las escuelas de derecho? Toda la época, ante este problema, anduvo desorientada y dividida.

⁵⁰¹ *Ibidem*, pp. 124 y ss.

⁵⁰² *Ibidem*, p. 131.

⁵⁰³ *Ibidem*, p. 132.

II. UNA NUEVA RAZÓN PRÁCTICA: EL DERECHO OBTENIDO DESDE LA FILOSOFÍA

El rechazo al derecho existente que hicieron los humanistas fue acompañado por el deseo vehemente de sustituir los resultados de la ciencia del derecho tradicional por un nuevo ordenamiento jurídico, una nueva idea del derecho, como la llaman los estudiosos alemanes. Lo que podríamos llamar imprecisamente el mito de la simplicidad del derecho jugó una función importante en este proceso innovador. Efectivamente, cualquier profesional del derecho sabe que, junto al código civil, y para poder entenderlo, existe una masa ingente de comentarios; de esta forma, junto a un libro corto, breve, y que, para un inexperto en el trabajo jurídico puede parecer claro y suficiente, existen metros cúbicos de papel que intentan aplicar los artículos del código a la realidad. Exactamente lo mismo sucedía en el siglo XV. Cualquier profesional del derecho necesitaba disponer de las obras de una veintena de juristas importantes que habían glosado o comentado el derecho romano, de modo que la búsqueda de la norma o del principio aplicable exigía conocer muchos miles de páginas. El problema era algo más agudo entonces, porque al ser el *jus commune* un derecho casuístico y jurisprudencial, sobre un mismo caso podían alegarse las opiniones discrepantes de varios doctores, y se producía —más o menos como hoy— falta de seguridad jurídica. Naturalmente, el estudio del derecho en las escuelas requería dominar el contenido de muchos libros, por lo que los estudios jurídicos eran difíciles, fatigosos, y llevaban tiempo.⁵⁰⁴

Los humanistas entendieron que esta prolijidad jurídica existente entonces, que se mostraba a través de la maraña casuística de los libros de derecho, era el resultado de una falta de calidad moral. Sus ataques no fueron dirigidos únicamente contra el mal latín o al insuficiente conocimiento del estricto derecho romano por parte de los juristas, sino que, además, entendieron que las complicaciones propias de cualquier proceso o razonamiento

⁵⁰⁴ Antonio Gómez escribía sobre este extremo, a mediados del siglo XVI: “Tanta est enim librorum, qui in ea scripta sunt moles et vastitas, ut vix triplex hominum actas eos percurrendo (ne dicam legendo, atque cogitando) possit sufficere”. *Proemium* de las *Variae Resolutiones Juris civilis, communis et regii tomis tribus distinctae*, cit. Petrus Ramus, el personaje que más se distinguió en la primera mitad del siglo XVI en el afán de ‘ordenar’ el derecho, escribía: “Qui sudores, qui labores interpretum, et quaestiones istas in dialectica (ut Porphyrius ipse sentit) inutiles, et alienas exponunt? et Aristotelis interpretes secundarii interpretes nova interpretatione sic interpretantes, ut ipsi tertiarios interpretes nova interpretatione sic interpretantes, ut ipsi tertiarios interpretes requirant? o vanitate interpretum: siccine bonae inveniuntur illuditur?”. *Aristotelicae Animadversiones*, París, 1543, pp. 12 y 13.

jurídico se debían a que el derecho estaba mal elaborado de raíz. Algunos humanistas que conocían el derecho, porque eran juristas, como fue el caso de Johann Oldendorp, atribuyeron el caos jurisprudencial al hecho de que los juristas no habían seguido un método en la creación o descubrimiento del derecho.⁵⁰⁵ En general, los ideales pedagógicos humanistas exigían un método de estudio atrayente y sencillo, que proporcionara un conocimiento claro, armónico, bien organizado en su totalidad, de forma que proporcionara una visión panorámica del derecho.⁵⁰⁶ Por este motivo, bastantes juristas elaboraron una serie de escritos programáticos en los que propugnaron la reelaboración metodológica de toda la jurisprudencia, a fin de obtener unos compendios completos del derecho. Elen, Duarenus, Catiúncula, Wesembeck, Corasius, entre otros, se distinguieron en esta tarea. Años antes, Pedro Andrés Gammarus había publicado, en 1514, su *De modo disputandi ac ratiocinandi in jure libri III*, que es un programa de lógica para juristas. Poco después, los *Loci argumentorum legales* de Nicolás Everardus y la muy difundida *Topica tractata per exempla legum* (conocida por lo general como *Topica legalia*), de Claudio Catiúncula, ordenaron los tópicos (*loci*) a fin de ayudar al jurista a proceder ordenadamente. El “*Quod sit unica doctrina instituendi methodus*”⁵⁰⁷ del polémico Petrus Ramus, ya nos muestra por su solo título la confianza que los *culti* del siglo XVI habían depositado en el método en tanto que instancia decisiva cuyo seguimiento correcto conduciría infaliblemente a las soluciones correctas. En mi opinión, las dos obras que muestran mejor el afán de crear el derecho según un *ars*, de modo que el *jus civile* aparece en ellas del mismo modo que en un código civil contemporáneo, fueron la *Jurisprudentiae liber unus* de Sebastián Derrer y las *Partitiones Juris civilis elementariae* de François Hotmann, cuyo tono sentencioso y lacónico, siguiendo el esquema de personas-cosas-acciones, es igual al de un código actual. Podríamos decir, más o menos convencionalmente, que el “*Seduardus seu de vera Jurisprudentia, ad Regem, libri XII*”, de Joaquín Hopper, publicado a finales de siglo, alcanza la máxima perfección razonable en la tarea de

⁵⁰⁵ “*Audis? quanam sit tanta causa tantarum tenebrarum, quas non leges ipsae, sed homines offundunt nobis. Primum quia non recte docuerunt ab aliquot annis, partim vana ambitione gloriae, partim ignorantia seducti. Tum id, quod in una, ac simplici cognitione erat, in infinita torserunt, ut nulla homini aetas sufficiat nunc lectioni, vel solius Baldi, aut Jasonis... quod non adhiberunt methodum, sed omnia confuse tractarunt*”. *Eisagoge seu elementaria introductio ad studium Juris et aequitatis*, edición de Vindebonae 1758 (la primera edición es de 1539), titulus I, § III.

⁵⁰⁶ Sobre este tema véase mi estudio “«Mos italicus»”..., *cit.*, pp. 150 y ss.

⁵⁰⁷ *Quod sit unica doctrina instituendi methodus ex Aristotelis sententia, contra Aristotelis interpretes et praecipue Galeno. Animadversiones P. Rami ad Carolum Lotharigen, Cardinalem*, París, 1557.

ordenar los *loci* o tópicos, a fin de que el jurista procediera ordenadamente. Pero estas obras fueron hechas bien por juristas profesionales, bien por concedores del *jus commune*, y estas personas, por conocer la vida jurídica, forzosamente hubieron de proponer estudios excesivamente complicados y prolijos para los *grammatici* que guiaban la cultura a comienzos de la Edad Moderna. Además, estos autores no innovaron gran cosa: se limitaron a ordenar el derecho ya existente, bien el derecho romano solamente, o bien este derecho con los añadidos propios del derecho común.⁵⁰⁸

Pero los humanistas no querían solamente una simple ordenación externa del derecho ya existente; pretendían un nuevo ordenamiento jurídico que, como exigía, por ejemplo, Luis Vives, tuviera como fuente a la filosofía.⁵⁰⁹ Según atestigua Christian Thomasius casi dos siglos más tarde, Vives proponía la creación de un derecho nuevo que debía surgir desde la sola equidad.⁵¹⁰ François Hotmann, después de indicar que el derecho romano no posee especial equidad ni justicia,⁵¹¹ propuso la creación de un derecho en el que no debemos atender a quién es griego o romano, pretor o cónsul; esto es, prescindiendo completamente de las autoridades y atendiendo únicamente a la justicia y a la equidad, de modo que construyamos un derecho que valga igual para todos los pueblos del universo.⁵¹² El remedio de los remedios, según Hotmann, es ejercitarse en la filosofía moral.⁵¹³ Jacobo Lernasner, en 1542, ya proponía, con toda naturalidad, que la jurisprudencia fuera derivada o creada desde la filosofía,⁵¹⁴ lo que nos muestra, entre

⁵⁰⁸ El tema de la ‘ordenación’ de los institutos jurídicos en el siglo XVI es complejo. Una primera aproximación a él se puede encontrar en “«Mos italicus»”, *cit.*, pp. 152-168.

⁵⁰⁹ *Aedes legum*, Madrid, 1947, pp. 685 y 686.

⁵¹⁰ *De Jurisprudentiae corpore, anima, cadavere, scelecto, spectro*, Halae, 1733, pp. 141-145.

⁵¹¹ “Nam cum varietatem, et confusionem tot Legum Romanorum videret, cumque imprimis animadverteret, his civile (ut supra monuimus) nihil aliud esse, quam jus particulare, ad tuendam Civitatis Romanae praerogativam, non habita naturalis aequitatis ratione...”, *Antitribonianus*, edición de Pisa, 1771, cap. XVI.

⁵¹² “Quorum primo accurate demonstrat, ad condendum Jus civile requiri, ut neque Graecus quis sit, ceu Romanus, neque Praetorem, neque Consulem respiciamus, sed justitiam, et aequitatem tanquam finem nobis proponamus, utque bonis rationibus usi, Leges cunctis toto mundo nationibus accommodatas, et aptas effingamus”. *Idem*.

⁵¹³ “Compositis igitur duobus tribusve his voluminis, oporteret iuvenes, cum in bonis litteris, scientiisque, atque inprimis in Philosophia morali, ad annum usque vicesimum primum, aut secundum sese exercuisent, in scholam aliquam ad unum, aut duos annos mitti, ubi eximius aliquis Jurisconsultus de Legum aequitate disputaret, ac dissereret”. *Idem*.

⁵¹⁴ “Porro produit Jureconsulto, si philosophiam (quae in ethicem, politicam, et oeconomice dividitur) per aetatem attigerit: quum nostra Jurisprudentia ex illis philosophiae fontibus sit derivata”. *Oratio de dignitate utilitateque Juris civilis, verum ejus usum, contra misonomos, ostendens*, Coloniae, 1542, p. 17.

otras cosas, lo extendidas que ya estaban estas ideas. Por lo general, estos autores siguen una mentalidad que expuso con nitidez Guillermo Budaeus en sus *Annotationes in XXIV libros Pandectarum*.⁵¹⁵ La lectura de las *Annotationes* produce la impresión de que el derecho debe ser creado por los filósofos, o por personas que posean una formación filosófica y enciclopédica. Efectivamente, al examinar la definición del derecho de Celso, Budaeus afirma que “El derecho es el arte de lo bueno y equitativo, y de todas las cosas que se siguen de ello”. Entre estas ‘cosas que se siguen’, este autor incluye todos los saberes de su tiempo.⁵¹⁶ El encargado de aglutinar esa *coniunctionem rerum et communicationem* que se encuentra entre todas las disciplinas, es el filósofo.⁵¹⁷ El derecho es, pues, una labor filosófica, que es preciso realizar teniendo a la vista el conjunto de la realidad. La formación enciclopédica que ha de poseer el filósofo-jurista asegurará que él elabore una ciencia del derecho que, por contemplar toda la realidad, sirva lo mismo para un europeo que para un turco. Comienza ahora, de este modo, la doctrina del derecho racional o universal, que, por deducirse desde la naturaleza misma y no desde los prejuicios de los pretores o de los juristas, será derecho natural que obligará a cualquier hombre. Notemos que si en la primera etapa del movimiento humanista rechazaron al *jus commune* en nombre del derecho romano, pocos años más tarde ya rechazaban también al derecho romano en nombre de un derecho filosófico o racional.

Podemos observar que entre los *desiderata* humanistas del siglo XVI, unos pasan, ya que quedaron agotados en el estudio histórico y filológico del derecho romano. Otros, en cambio, como ha sido la pretensión de la simplicidad en el derecho, han permanecido hasta hace poco. Así, Simón Nicolás Henri Linguet seguía escribiendo, aun en 1768, que “Yo querría hacer ver que en todas las cosas la perfección consiste en la simplicidad. Me había propuesto mostrar que toda administración complicada es absurda y provoca la infelicidad”,⁵¹⁸ y Hufeland, ya casi en la Edad Contemporánea, nos explica que Kant entendía que “Es un viejo deseo aunque quién sabe cuándo se hará realidad que en lugar de la multiplicidad infinita de las *le-*

⁵¹⁵ Cito por la edición de París de 1543. La primera edición es de 1508.

⁵¹⁶ “Hanc illa est encyclopaedia, de qua Fabius libro primo, ut efficiatur, inquit, orbis illa doctrinae, quam Graeci encyclopediam vocant. Inde illud Itruvii libro primo, cum autem animadverterit omnes disciplinas inter se coniunctionem rerum et communicationem habere, fieri posse facile credent”. *Annotationes in XXIV libros Pandectarum*, París, 1543, pp. 5 y 6.

⁵¹⁷ *Idem*.

⁵¹⁸ “Je songeais à faire voir qu’en tout genre la perfection consiste dans la simplicité. Je me proposais de prouver que toute administration compliquée est absurde et malheureuse”. *Théorie des loix civiles ou principes fondamentaux de la société*, Londres, 1768, tome premier, p. 2.

ges civiles, busquemos sus principios, y éste es el secreto para simplificar la legislación”.⁵¹⁹

III. LA NUEVA IDEA DEL DERECHO: EL RACIONALISMO HUMANISTA Y EL NACIMIENTO DE LA *JURIS NATURALIS DISCIPLINA*

La confluencia de estos factores determinó una situación crítica en las universidades a lo largo del siglo XVI. Efectivamente, el hombre renacentista tiene la conciencia de que el *Corpus Juris* es el derecho propio de Roma, y no encuentra razones convincentes para que deba seguir siendo considerado derecho vigente. Para él, por lo general, el interés fundamental que despierta el derecho romano es el histórico-anticuario. El problema se agravaba, porque las glosas y comentarios medievales estaban hechos sobre el derecho de Roma y, en consecuencia, fundamentaban su valor jurídico en el valor de aquel derecho, por lo que quedaron, del mismo modo, sin vigencia jurídica. En esta circunstancia, ¿qué se había de enseñar en las cátedras de derecho, y qué derecho se podía alegar ante los tribunales?

Andrés Alciato, que por varias razones se le puede considerar el iniciador de la corriente humanista renovadora de la ciencia jurídica,⁵²⁰ no pretendió simplemente hacer historia del derecho romano, a diferencia de otros integrantes del *Mos gallicus*, sino que más bien se propuso remozar la jurisprudencia con un espíritu renacentista. Por esto, sigue considerando al derecho romano como un derecho vigente, y en modo alguno aceptó las recomendaciones de los *grammatici* italianos que, como Lorenzo Valla, propugnaban un estudio de él puramente histórico.⁵²¹ Empezó, ciertamente, investigaciones filológicas e históricas, pero no se propuso crear un saber puramente teórico; al contrario, consideró a la historia como un medio eficaz de obtener experiencias que debían servir al jurista como reglas

⁵¹⁹ Kant escribía que “Es ist ein alter Wunsch, der, wer, weiss wie spät, vielleicht einmal in Erfüllung gehen wird dass man doch einmal, statt der endlosen Mannigfaltigkeit bürgerlicher Gesetze, ihre Principien aufsuchen möge; dann darin kann allein das Geheimnis bestehen, die Gesetzgebung, wie man sagt, zu simplifiziren”. *Cit.* por Gottlieb Hufeland, en *Versuch über den Grundsatz des Naturrechts*, Leipzig, 1785, p. 8. El texto está tomado de la *Crítica de la razón pura* de Kant, A 301.

⁵²⁰ Forster, a mediados del siglo XVI, escribía de Alciato: “Hic omnium primus jurisprudentiam nimis disputationibus et barbaro discendique involutam, pristino nitore restituere, et ad veros fontes conatus est”. “De Historia Juris Civilis Romani libri tres”, *Tractatus Universi Juris*, *cit.*, vol. I, p. 58. Véase sobre este tema, a Mesnard, P., “Alciato y el nacimiento del Humanismo jurídico”, *Revista de Estudios Políticos*, 53 (1950), pp. 123-129.

⁵²¹ “«Mos italicus»”, *cit.*, p. 136.

orientadoras de su labor: “Bene beateque vivendi exemplis, historiae lectione admoneamur”.⁵²² De esta forma, los estudios históricos, filosóficos e históricos eran solamente instrumentos de los que debía servirse el jurista para alcanzar los fines propios de la jurisprudencia. Por esto, Alciato, igual que el suizo Zazius, tuvo siempre presente la distinción entre elaboración propiamente jurisprudencial y conocimiento histórico en la ciencia jurídica. Como jurista que era, y no simplemente un historiador, apreciaba las aportaciones de la jurisprudencia medieval, y mantuvo que es preferible tener en cuenta a Accursio, al que llama ‘columna del derecho’ o a Bártolo (‘maestro del arte jurídico’), que no a Lorenzo Valla. Alciato consideraba imprescindibles las obras de los medievales para entender el derecho romano, porque, faltando estas, muchos textos romanos eran un misterio, incluso para un experto.⁵²³

Por estos mismos años, Jerónimo Cagnolus procedió de forma similar a la de los iniciadores de la corriente humanista. Las obras de Cagnolus presentan externamente la estructura tradicional: un comentario al texto romano constituido por un conjunto de casos prácticos. Pero, en Cagnolus, los contenidos materiales del razonamiento jurídico se han enriquecido: además de las *leges* y de las autoridades tradicionales, incluye, también como autoridades, a los clásicos griegos y latinos, tanto literatos como filósofos, cuyas opiniones tienen la misma autoridad en el momento de resolver un problema como un texto del derecho romano o un juicio de un jurista importante. Esta era una forma nueva de proceder en el derecho, que tuvo, en este momento de crisis, y para la posteridad, una importancia insospechada. Al incluir las humanidades en el derecho, renovando con aquellas el contenido de este, Cagnolus y otros juristas hicieron posible una nueva dirección metódica, distinta de la jurisprudencia tradicional y del *mos gallicus*, que fue seguida en el siglo XVI por algunos autores.⁵²⁴ Su rasgo fundamental, frente a las actitudes metódicas ya existentes, fue el de proporcionar al cultivador de la *jurisprudencia* una libertad mayor en la elección de los elementos que componen el razonamiento jurídico, y, consecuentemente, una ampliación de la frontera de los problemas que le incumbe resolver. A partir de ahora

⁵²² “Encomium Historiae”, *Le lettere di A. A. gjureconsulto*, Firenze, edición de Barni, 1953, p. 222. *Cit.* por Piano Mortari en “Pensiero di Alciato sulla giurisprudenza”, *Studia et Documenta Historiae et Juris*, 33 (1967), p. 213. La primera teorización expresa que he encontrado que trata acerca del valor del uso de la historia en las disciplinas prácticas es la de Christian Samuel Martini, *De vi seu efficacia exemplorum*, Lipsiae, 1686.

⁵²³ Mesnard, P., *Alciato y el nacimiento del humanismo jurídico, cit., per totum.*

⁵²⁴ Dufour califica a este método como ‘tacticismo’. Véase *Droits de l’homme, droit naturel et histoire, cit.*, p. 52.

será frecuente la indagación acerca de los últimos fundamentos de los diversos institutos jurídicos, para lo que será preciso aludir al derecho natural, y los juristas reclamarán progresivamente como propia la ocupación con temas filosófico-jurídicos. La etapa en la que el derecho era identificado exclusivamente con el derecho romano y las glosas y comentarios que se habían hecho sobre él, ha quedado definitivamente superada por un sector de los juristas. Esta nueva orientación del pensamiento jurídico que no rompe bruscamente con la tradición se deslizará paulatinamente hacia una nueva forma de razonar, en la que lo fundamental será el despliegue más o menos libre de las ideas de cada autor.

Si nos preguntamos la razón por la que la historia y la literatura clásicas fueron consideradas fuentes del derecho, podemos considerar que el ataque de los seguidores del *Mos gallicus* contra la vigencia del derecho romano encontró cierto eco entre los juristas del derecho común del siglo XVI. Esto explica que Fernando Vázquez de Menchaca, por ejemplo, se remita continuamente al Corpus Juris para fundamentar sus opiniones, y que, al mismo tiempo, niegue expresamente la validez del derecho romano.⁵²⁵ Por una parte influyeron las nuevas tendencias, que consideraban el derecho romano como el producto de una cultura ya desaparecida, y de otro lado, el peso de la tradición y la necesidad de un apoyo racional para la argumentación eran demasiado fuertes como para desprenderse definitivamente del derecho de Roma. Así pues, la autoridad de los textos romanos se había debilitado extraordinariamente en tanto que fuente fundamental del derecho, y algunos juristas del siglo XVI, que fueron especialmente conscientes del vacío que se había producido, echaron mano de otros elementos que fundamentaran la argumentación jurídica. En este sentido, apunta Piano Mortari que los humanistas antiguos no proporcionaban tanto modelos literarios dignos de ser imitados como ejemplos de sabiduría moral. Por ello, está continuamente presente la idea fundamental de una conexión indisoluble entre la formación cultural y la formación moral del jurista mediante los *Studia humanitatis*. Pero lo más que se puede afirmar, declara este mismo autor, es que los nuevos ideales éticos y culturales se alimentaban de las obras jurídicas, filosóficas y literarias de la antigüedad griega y romana de una forma que aún nos resulta desconocida.⁵²⁶ Ignoramos, en efecto, los motivos por los que la

⁵²⁵ En las *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 45, § 3, afirma que “Exulavit enim caequa sententia, qui existimabant jus Romanorum omnium gentium commune esse debere, quasi Romanorum Imperator dominus esset totius mundi”.

⁵²⁶ “Considerazioni sugli scritti programmatici dei Juristi del secolo XVI”, *Studia Humanitatis Historiae et Juris XXI* (1955), pp. 285-287. Orestano, en *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Turín, 1961, p. 170, confiesa que nada cierto se sabe acerca de los motivos por

jurisprudencia del siglo XVI volvió los ojos hacia la Antigüedad. Pero ya hemos observado la forma concreta como la cultura clásica se incorporó al pensamiento jurídico europeo; en esta época inmediatamente postrenacentista, ante la coyuntura de tener que crear un nuevo derecho que sustituyera al derecho romano y a sus glosas y comentarios, lo más lógico y fácil fue recurrir a la cultura clásica romana y griega. Aquellos juristas estaban en una situación en la que la razón, aplicada al derecho, se desplegó apoyándose en la historia, la literatura, la filosofía y en diversas teorías sobre el derecho natural y el derecho de gentes, a fin de construir un nuevo ordenamiento jurídico que sustituyera al *Corpus Juris* de Justiniano, ya sin tanta autoridad. El enriquecimiento de los elementos que constituyen la nueva argumentación fue debido, fundamentalmente, a la falta de fe en la vigencia y validez jurídicas del derecho romano.

Jerónimo Cagnolus no fue el único que procedió de esta forma. Un grupo de juristas que no se interesaron por las investigaciones históricas o filológicas comenzaron a aplicar la sabiduría antigua y las filosofías antigua y escolástica al derecho, convirtiéndolas en fuentes directas de él. Andrés de Exea fue uno de los primeros en seguir este nuevo camino; además de fundamentar sus opiniones en las de los juristas medievales más conocidos, cita abundantemente a Platón, Aristóteles, Cicerón, Tomás de Aquino, etcétera; tiene en cuenta diversas obras de Alciato y Zazius, y recurre al griego cuando le parece conveniente. Pero Exea se distingue de Cagnolo y de los demás que le han precedido, porque al inicio de su *Liber pactorum* hace unas largas digresiones acerca del derecho natural y del derecho de gentes: de esta forma desprendió la teoría sobre el derecho natural de los textos romanos en donde los juristas lo tenían recluido hasta entonces y le dio una vida propia.⁵²⁷ A partir de ahora, la ocupación con el derecho natural por parte de los juristas será un hecho cada vez más frecuente.

Este modo de proceder encontró seguidores en Francia desde los primeros tiempos en que irrumpe la corriente humanista. François Conan aún la erudición sobre el derecho romano con la historia, la filosofía y la literatura griega y latinas, utilizándolas de la forma indicada. En su obra principal, los

los que los humanistas volvieron los ojos hacia la filosofía. Randall sintetiza el proceso con su claridad habitual: “¿Qué hallaron estos afanosos eruditos en la literatura de Grecia y Roma que expresara tan asimilablemente los sentimientos que sentían nacer a su alrededor? Hallaron el árido campo de la crítica textual, las herramientas de la gramática, la débil luz de la pasión erudita; hallaron los períodos de Cicerón y las reglas de Quintiliano... Y, sin embargo, no era esto lo que buscaban ni oro puro lo que encontraron. Descubrieron una gran autoridad para romper con el espíritu medieval, y del conflicto de autoridades resultó eventualmente la libertad”. *La formación del pensamiento moderno, cit.*, p. 126.

⁵²⁷ *Liber pactorum unus, cit.*, primer capítulo.

Commentariorum Juris Civilis libri X se puede observar este modo de proceder, aunque la erudición sobre los clásicos se le agota en los primeros capítulos. Duarenus, sucesor de Alciato en la cátedra de Bourges, también emplea las humanidades en la *In primam partem Pandectarum, sive Digestorum, methodica enarratio*. Sus argumentos, además del derecho romano, están tomados de la filosofía e historia griegas y latinas. François Hotmann, siguiendo fielmente el programa que él expuso en el *Antitribonianus*, rara vez fundamenta sus opiniones en el derecho romano, pero recurre continuamente en el *Quaestionum illustrium liber* a todas las fuentes de la sabiduría antigua. Andrés Tiraquellus tampoco duda en recurrir a los clásicos griegos y latinos.⁵²⁸ Fuera de Francia, esta dirección metódica alcanzó también un fuerte éxito. Juan Pedro de Ancharanus, desligado aparentemente del principio de autoridad, ni siquiera cita el derecho romano; se deja guiar de vez en cuando por los clásicos griegos y latinos. En los Países Bajos, dos juristas de gran importancia, Gabriel Mudaeus y Mateo Wesembeck, también proceden así.⁵²⁹

En España arraigó esta dirección del humanismo jurídico. El portugués Arias Pinellus conoce bien las obras de los seguidores de la Escuela de Bourges, y se ayuda de los clásicos latinos y griegos para resolver problemas concretos; además, este jurista manifiesta una cierta tendencia a tratar cuestiones muy teóricas, y la teorización sobre las instituciones jurídicas fundamentales es un rasgo más de estos autores humanistas del siglo XVI.⁵³⁰ Marín de Azpilcueta recurre igualmente a la literatura clásica a fin de mostrar la *naturalidad* o racionalidad de sus opiniones.⁵³¹ Un interés peculiar para nuestro propósito manifiestan Fortún García y Miguel de Ulzurum. Las obras de estos dos autores presentan una doble peculiaridad. En primer lugar, versan sobre temas que son tratados según un criterio filosófico, por lo que las remisiones al derecho natural son frecuentes; en segundo lugar, apoyan frecuentemente sus argumentaciones en la filosofía de Santo Tomás, del mismo modo que estaban haciendo los teólogos integrantes de la Segunda Escolástica, y esto era algo completamente nuevo entre los juristas laicos.

La obra de Fernando Vázquez de Menchaca ha despertado un interés especial, porque ha sido considerada, con razón, como el iniciador de la Escuela del derecho natural moderno.⁵³² Este jurista vallisoletano sigue el méto-

⁵²⁸ «Mos italicus»..., *cit.*, pp. 144 y ss.

⁵²⁹ *Ibidem*, pp. 144 y 145.

⁵³⁰ *Ibidem*, pp. 145 y 146.

⁵³¹ Véanse las numerosas obras recogidas en la *Opera omnia* de Lyon de 1595.

⁵³² Reibstein, Ernst, *Die Anfänge des neuen Natur- und Völkerrechts. Studien zu den "Controversiae illustres" des Fernandus Vasquius (1559)*, Berna, 1949; Carpintero, F., *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, ya citado.

do que he llamado “Racionalismo humanista”, que consiste en argumentar alegando puntos del *Corpus Juris*, de los juristas medievales, de los clásicos latinos (Vázquez no parece conocer el Griego), y de los filósofos y teólogos más relevantes entonces, tales como Duns Scoto, Juan de Gerson o Domingo de Soto. Jurista del derecho común, Vázquez examina frecuentemente temas puramente teóricos, y a este fin recurre con frecuencia a diversas teorías jusnaturalistas, que toma de la jurisprudencia medieval. Las contradicciones a que aludía anteriormente al tratar de las nociones medievales del derecho natural, incompatibles, pero presentes en la obra de un mismo jurista, se reproducen en Vázquez, pero esto no parece importarle. Él parte normalmente desde la figura del individuo aislado, independiente y autónomo en el estado de naturaleza, y —esto es lo realmente importante— hace del individuo así entendido el elemento sistemático de todo posible razonamiento jurídico. En él se hizo realidad la idea de Popper: “The proper study of mankind is man”.⁵³³ Sin embargo, se mostró poco sensible ante las exigencias de sistema y orden, y su obra es todavía casuística. Este último dato debió de resultar de una importancia decisiva en el éxito incompleto que obtuvo su obra.

Este modo nuevo de razonar penetró ampliamente toda la jurisprudencia europea hasta el siglo XVIII.⁵³⁴ Se trata de una forma de argumentar que constituyó, de hecho, la forma externa bajo la que echó a andar la *Juris Naturalis Disciplina*. Pues lo que comienza a llamarse derecho natural, ya en el siglo XVI, no es sino el conjunto de estas obras, cuyas argumentaciones se fundamentaban en la Antigüedad griega y, especialmente, latina. El derecho natural moderno consistió, especialmente en sus inicios con Vázquez y Grocio, en una forma de escribir, en un género literario jurídico, que arrancaba sus digresiones desde el individuo aislado en el *status naturae*, y que proseguía las argumentaciones también de la mano de la literatura latina clásica, sin distinguir entre los filósofos, como Séneca, los literatos como Ovidio, los historiadores como Plutarco o los comediógrafos como Plauto. El lector no debe esperar, al menos hasta la segunda mitad del siglo XVII, obras que argumenten recurriendo expresa y sistemáticamente a una idea sobre el derecho natural. A partir de las *Controversias ilustres* de Fernando Vázquez, se vinculó de facto al *jus naturale* nuevo con un fuerte individualismo ético-jurídico, que fue hecho posible mediante el empleo sistemático de las figuras del estado de naturaleza y del contrato social, en el marco de un pensamiento que por partir desde el individuo aislado e independiente no reconoce más obligaciones justas que aquellas que surjan del propio consentimiento.

⁵³³ Cassirer, E., *La filosofía de la Ilustración...*, cit., p. 19.

⁵³⁴ Véase, por ejemplo, a Rachel, Samuel, *Institutiones Jurisprudentiae libri quattuor*, Francofurti, 1681, y Hertius, Johann Nicolaeus, *Elementa prudentiae civilis*, Francofurti, 1703.

Las explicaciones posteriores eran desarrolladas a través de argumentos de oportunidad, utilidad, conveniencia o lógica, que fundamentaban en citas de los clásicos. El estado de naturaleza hizo posible concebir imaginativamente a unos hombres aislados, independientes unos de otros que, a causa precisamente de este aislamiento mutuo, son entendidos como autónomos; por este motivo, no pueden existir más obligaciones jurídicas que aquellas que cada sujeto se dicte a sí mismo, o aquellas en las que cada individuo convenga con otros, mediante un contrato o pacto. Vázquez no innovaba gran cosa, porque toda la Baja Edad Media, siguiendo las ideas romanas que derivaban desde la “*Omnium una libertas*”, tuvo presente la doctrina de la *Naturalis obligatio*, que solo podía surgir desde el propio consentimiento. Era tan fuerte esta vivencia (unida a la doctrina romana que entendía a las leyes como una *Communis reipublicae sponsio*), que Pedro de Bellapertica ya había mantenido en el siglo XIII que las leyes positivas, civiles y pontificias, únicamente obligaban porque se suponían surgidas del consentimiento de todos.⁵³⁵ Pero la novedad de Fernando Vázquez residió en que prescindió de las limitaciones que el derecho de gentes imponía a la libertad natural de los hombres, y proclamó como dato normativo y omnipresente la doctrina jurídica de la *Naturalis obligatio*. De esta forma, el derecho romano se revolvió contra sí mismo, y una de sus vertientes fundamentales acabó acaparando cualquier explicación de la génesis de todas las obligaciones jurídicas.

Era lógico que para renovar la teoría política y los contenidos de la ciencia jurídica, los hombres de los siglos XVI y XVII eligieran el cauce del *jus naturale*. Su mismo rótulo *jus naturale*, frente a la *jurisprudencia* tradicional, era revolucionario, como revolucionario era también el uso omnipresente de la figura del *status naturae*. En realidad se manifestaron como ciencias opuestas, y Hervada hace notar que el nuevo derecho natural “Adquirió esa fuerza expansiva hasta constituirse en ciencia autónoma también respecto de la ciencia jurídica”.⁵³⁶ Por esto, a partir de 1560, cuando aparecen publicadas las *Controversias ilustres* de Vázquez, el *jus naturale* finalmente triunfante irá unido indisolublemente al tópico del estado de naturaleza, en el marco de esta nueva forma de argumentar. Grocio y Pufendorf usaron este estilo literario que les facilitaba las cosas, y solamente desaparece con los tratados del *Jus naturale et gentium* de la Ilustración. Entonces estos cañamazos del razonamiento nuevo se vieron sustituidos por el discurso clásico, impersonal,

⁵³⁵ Pedro de Bellapertica entendía que tanto el estatus jurídico del papado como de los gobernantes seculares tenía su fundamento en el *jus civile*. Véase, por ejemplo, *Petri de Bellapertica...*, *cit.*, p. 85. En consecuencia, es necesario suponer el consenso popular en ambos tipos de legislaciones, *op. cit.*, pp. 87-98.

⁵³⁶ *Historia de la ciencia del derecho natural, cit.*, p. 254.

propio del que expone verdades que él cree evidentes, y cuya sola presencia fuerza el asentimiento

Diversos autores habían lanzado incitaciones para que, en el lugar de la vieja ciencia del derecho, compuesta por *opiniones probabiles*, apareciera un saber sobre el derecho, que, prescindiendo de las opiniones, fuera exacto, preciso, como la geometría o las matemáticas. El primer autor que conozco que hizo una propuesta así fue Raimundo de Sabunde (*Hispanus Barcinonensis*), que mantuvo en 1425 que “En esta ciencia se puede argüir con argumentos infalibles, a los que nadie puede contradecir porque se fundamentan y prueban por la naturaleza del hombre y de todas las criaturas”.⁵³⁷ Pero después se sucede una época, larga y turbulenta en lo que hace a este tema, en la que según autores del siglo XVIII, algunos juristas iniciaron la *Juris naturalis disciplina*. Hollmann opinaba (a finales del siglo XVIII) que Hemming y Winckler fueron sus iniciadores,⁵³⁸ y Johann Oldendorp, en 1539, ya se atrevió a llamar al *titulus secundus* de su *Eisagoge De Jure naturali*. Pero el primer autor que he encontrado que utiliza el tópico, o el pretexto, del derecho natural para resolver cuestiones jurídicas concretas fue Andrés de Exea, en su *Liber factorum*. Estos antecedentes hicieron posibles las *Controversias illustres* de Fernando Vázquez. El interés de este último jurista por el derecho natural hizo que escribiera un tratado titulado *De vero jure naturali* —quizá el

⁵³⁷ Martini escribía en el Praefatio a la *Eisagoge seu elementaria introductio ad studium juris et aequitatis* de Johann Oldendorp, Vindebonae, 1758 (la obra de Oldendorp es de 1539) que “Raimundus a Sabunde, Hispanus Barcinonensis, in artibus et medicinae doctor, in ejus Theologia naturali Anno MCCCCXXV.: Haec scientia arguit per argumenta infallibilia, quibus nullus potest contradicere, quoniam per omnes Creaturas, et per natura ipsius hominis, et per ipsumet hominem omnia probat, et per illam quae homo certissime cognoscit de se ipso”.

Era lógico. Raimundo de Sabunde realizó extraordinariamente las capacidades y el valor del hombre. En su *Theologia naturalis sive Liber Creaturarum*, Lugduni, 1541, pp. 4 y 4-D, mantuvo “Quia nulla res magis vicine magis propinqua et magis intranea vel intrinseca et propria alteri est quam ipsemet sibi... Et ideo ipsemet homo ex sua propria natura esse medicum argumentum et testimonium ad probandum omnia de homine: scil. quae pertinet ad salutem hominis vel ad demonstrationem ejus: vel ad bonum vel ad malum ejus”.

⁵³⁸ El ya mencionado Martini escribía que “Posteriorem inveni nullam, quin potius adeo exoluisse videtur libelli istius non usus modo, sed etiam cognitio, ut paucis abhinc annis Cel. Hollmanus in praelectionibus Jurisprudentiae naturalis dixisse seratur auditoribus suis “Ignorare a maxima eruditorum parte eum qui systema Juris naturalis primus scribendum susceperit, adesse etenim aliquem Hemmingio atque Winklero priores... Quandoquidem Cel. Hollmanus in primis Lineis Jurisprudentiae naturalis paulo post, nimirum anno MD-CCL Gottingae publici Juris factis, hunc ipsum tradit etsi ab omnibus Juris naturalis ejusque Historiae scriptoribus hactenus neglectum, non systema quidem, sed prima hujus scientiae fundamenta posuisse”. A Hemming y Winckler hay que añadir, naturalmente, a Oldendorp, cuya obra prologa Martini. *Cfr.* Oldendorp, J., *Eisagoge...*, *cit.*, *Lectori benevolo* de C. A. Martini.

primer libro monográfico que ha existido sobre el derecho natural— según consta por su testamento. Pero le sorprendió la muerte, y el manuscrito no fue impreso.

De todos modos, este proceso desde la ciencia del derecho romanista a la nueva ciencia política basada en alguna idea del derecho natural, fue complejo. Hervada indica acertadamente que “Lo cierto es que, tal como históricamente se produjo este hecho, a él contribuyeron factores de índole doctrinal que le dieron su configuración típica. El asunto es complejo y la historiografía está lejos de haber dado, al respecto, su última palabra”.⁵³⁹

⁵³⁹ *Historia de la ciencia del derecho natural, cit.*, p. 251.