

## CAPÍTULO SEGUNDO TIEMPOS DE CAMBIO

I. ‘ <i>Mos italicus</i> ’, ‘ <i>Mos gallicus</i> ’ y el surgimiento del iusnaturalismo moderno . . . . .	81
1. Un problema . . . . .	81
2. La ‘ <i>jurisprudencia</i> ’ tradicional: el ‘bartolismo’ jurídico o ‘ <i>mos italicus</i> ’ . . . . .	85
3. La degeneración del ‘ <i>mos italicus</i> ’ . . . . .	90
4. Quejas de los humanistas contra la ‘ <i>jurisprudencia</i> ’ existente . . . . .	93
5. La reacción de los juristas: el ‘ <i>mos gallicus</i> ’ . . . . .	95
6. Dificultades del ‘ <i>mos gallicus</i> ’ para renovar la <i>jurisprudencia</i> . . . . .	102
7. La superación del ‘ <i>mos gallicus</i> ’ por el racionalismo humanista . . . . .	107
8. La ordenación de los institutos y la aparición de diversos sistemas jurídicos . . . . .	120
9. La proyección histórica del ‘humanismo jurídico’ . . . . .	135
II. Del ‘ <i>ius</i> ’ a la ‘ <i>facultas</i> ’ . . . . .	138
1. Duns Escoto y Juan de Gerson . . . . .	145
2. Persona, derecho y facultad . . . . .	153
3. Los tópicos se reúnen . . . . .	160
4. Reflexiones generales . . . . .	167
A. La norma, ¿normativa o mensurada? . . . . .	168
B. Las normas sustituyeron a los problemas . . . . .	174
C. Las autoridades se impusieron al análisis . . . . .	177

## CAPÍTULO SEGUNDO

### TIEMPOS DE CAMBIO

#### I. ‘MOS ITALICUS’, ‘MOS GALLICUS’ Y EL SURGIMIENTO DEL IUSNATURALISMO MODERNO

##### 1. *Un problema*

Cuando, hace ya demasiados años, realizaba mi tesis doctoral sobre Fernando Vázquez de Menchaca, centrada en el estudio de la función que cumplió este autor en el tránsito desde el derecho natural medieval al derecho natural moderno, intenté comprender a Vázquez dentro de las corrientes metodológicas que existieron en el siglo XVI en el mundo del derecho, el ‘*mos italicus*’ y el ‘*mos gallicus*’. Pero mi esfuerzo fue inútil, porque Fernando Vázquez, y con él otros juristas importantes de este siglo, siguen una actitud metódica que no se puede reducir a ninguna de las dos aludidas. Ello puede decir que ha existido una tercera corriente metodológica que ha escapado hasta ahora a la atención de los historiadores del pensamiento jurídico.

Como este hecho muestra una laguna en la historia de la metodología jurídica, me llevó a emprender el trabajo de determinar cuál había sido la situación metódica de Fernando Vázquez dentro del batiborrillo de ideas, de propuestas y de intereses que existieron en el siglo XVI. Pero como el intento de determinar la naturaleza de una opción, del tipo que sea, requiere previamente la determinación clara de las otras opciones, puesto que se trata de un estudio necesariamente comparativo, me vi obligado a estudiar la literatura existente sobre el ‘*mos italicus*’ y el ‘*mos gallicus*’.

La bibliografía existente sobre la historia de la ciencia jurídica presenta a la jurisprudencia de la primera mitad del siglo XVI bajo la tensión existente entre el método tradicional —conocido con el nombre de ‘bartolismo jurídico’ o ‘*mos italicus*’— y otra tendencia, nueva has-

ta entonces, que se suele designar como humanismo jurídico o ‘*mos gallicus*’.<sup>205</sup>

El ‘*mos italicus*’ se caracteriza, según ideas muy extendidas, porque sus representantes vieron en el derecho romano un monumento que consideraron insuperable y, en consecuencia, lo aplicaron directamente a la realidad social de su tiempo. En el siglo XI la cultura humanística no estaba aún muy desarrollada, y la falta de conocimientos históricos hizo que los juristas bajomedievales consideraran a este derecho en bloque, tal como fue transmitido por Justiniano, sin preocuparse por su génesis histórica. No se percataron, o no hicieron caso del hecho de que bajo el orden legal de la Instituta y del Digesto, por ejemplo, están las opiniones de unos hombres que representan talentos humanos y jurídicos muy diferentes. Para los juristas medievales y los ‘bartolistas’ de comienzos de la Edad Moderna, este derecho era la *ratio scripta*, un *donum Dei*, y su actitud ante él fue de sumisión, sin espíritu especialmente crítico ante los textos que manejaban. Esto lleva a muchos estudiosos a concluir que la jurisprudencia medieval estuvo dominada por el principio de autoridad, de la autoridad del derecho romano, fundamentalmente. Además, estos juristas, al glosar y comentar estos textos, siguieron el mismo método casuístico que ya se encontraba en el *Corpus Iuris*. Algunos afirman que este casuismo llevó a la ciencia del derecho hacia un fuerte desorden porque su actividad más importante habría consistido en hacer exégesis de los textos romanos utilizando para ello abundantemente los recursos de la lógica y de la dialéctica medieval, según una orientación preferente o exclusivamente analítica. Faltaron, por tanto, visiones panorámicas del derecho, porque la actividad jurisprudencial se ciñó a un amontonamiento de casos prácticos propuestos según sugería el contenido de cada lugar del *Corpus Iuris* que era comentado.

El humanismo jurídico, en cambio, nacido en la primera mitad del siglo XVI, representó una orientación opuesta a la del ‘*mos italicus*’. Sus representantes tomaron conciencia del carácter histórico del derecho de Roma, y dejaron de considerarlo como un ordenamiento jurídico vigente intemporalmente. A fin de conocerlo mejor, profundizaron en la historia de Roma y así estuvieron en condiciones de descubrir la *ratio legis* de cada disposición concreta. Cultivaron especialmente la filología, que fue

205 *Vid.*, por ejemplo, a Wieacker, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2a. ed., Göttingen, 1967, p. 97; Orestano, R., *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1961, pp. 140 y ss.; Villey, M., *La formation de la pensée juridique moderne*, París, 1968, pp. 507 y ss., y Koschaker, K., *Europa y el derecho romano*, Madrid, 1955, pp. 167 y ss.

para ellos uno de los instrumentos hermenéuticos que les permitió, junto con la historia, comprender mejor el sentido de la norma jurídica romana. Con esta ‘historificación’ del derecho romano, éste perdió el prestigio de ‘*ratio scripta*’ y fue preciso buscar otra *ratio* que permitiera descubrir lo justo y conveniente en cada caso. Esta exigencia les llevó a buscar una nueva ‘idea del derecho’ con la que poder sustituir la argumentación jurídica anterior, a la que consideraron excesivamente apegada al principio de autoridad. Además, muchos investigadores consideran que fue una nota típica del ‘*mos gallicus*’, como reacción contra el carácter casuístico y analítico de la *jurisprudencia* anterior, el intento de exponer ordenadamente el derecho y publicaron, a este fin, diversas obras que pretenden ser ordenaciones de todo, o de una parte del derecho o, yendo más allá de la simple ordenación, construcciones sistemáticas de tipo deductivo a partir de un primer principio.<sup>206</sup>

Si explicamos así el decurso histórico, salta a la vista una primera insuficiencia de este planteamiento: no logramos dar cuenta —es incomprensible— del surgimiento de la jurisprudencia racionalista específicamente moderna que se conoce bajo el nombre de la *Juris naturalis disciplina*, Escuela del derecho natural y de gentes, o derecho natural moderno.

En efecto, algunos estudiosos hacen recaer el peso de este tránsito en conceptos del ‘*mos gallicus*’ muy nebulosos.<sup>207</sup> Otros, que han estudiado este problema desde un ángulo distinto, analizan algunos de los conceptos del derecho natural que usaron algunos juristas y teólogos pregregorianos y reconocen en ellos unos antecedentes más o menos claros de los conceptos del *ius naturale* más comúnmente empleados en el siglo XVII.<sup>208</sup> Pero con exponer los debates y diferencias entre los seguidores de ambas ten-

206 Sobre la consideración puramente histórica del derecho romano, *vid.* Fassó, G., *Storia della Filosofia del Diritto*, Milán, 1968, vol. II, pp. 27 y ss., y Friedrich, C. J., *Filosofía del derecho*, México, 1964, pp. 81-88. Acerca de la formación de la nueva ‘idea del derecho’, *vid.* Wieacker, *Privatrechtsgeschichte...*, *cit.*, p. 97; Villey, *La formation...*, *cit.*, p. 540 y ss. En lo referente al problema del método en la exposición y creación del derecho, *vid.*, entre otros muchos a Orestano, *Introduzione...*, *cit.*, pp. 71 y ss. y Piano Mortari, V., “Dialectica e giurisprudenza. Studi sui trattati di dialettica legale nel secolo XVI”, *Annali di Storia del Diritto* I (1957), pp. 377 y ss.

207 Sobre esta última afirmación, *vid.* a Holthöfer, E., “Literaturtypen des frühneuzeitlichen ‘mos italicus’ in Europa”, *Ius Commune* II (1969), p. 133, y “Mozos, J. L., de los “El derecho natural en la formación del derecho civil”, *Estudios de derecho civil en homenaje al Profesor Castán*, Madrid, vol. VI, pp. 583-611.

208 La bibliografía existente sobre este tema es muy extensa. Quizá los estudios que han recibido mayor divulgación han sido los de Verdross, A., *La filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*, México, 1962, pp. 135 y ss.; Welzel, H., *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, Madrid, 1971, pp. 92 y ss.

dencias mencionadas, así entendidas, o con hacer referencia a algunas teorías iusnaturalistas premodernas, normalmente escolásticas, no explicamos las razones humanas que motivaron el nacimiento de la metodología y de la ideología jurídica que irrumpe vigorosamente en el mundo jurídico en la Edad Moderna.

Esta laguna en la historia del pensamiento jurídico puede ser enjuiciada desde ángulos distintos. De un lado, es muy posible que las nociones de '*mos gallicus*' y de '*mos italicus*' más o menos aceptadas entre los historiadores, padezcan insuficiencias y malentendidos; lo malo del caso es que estamos ante unos tópicos que cuajaron hace tiempo, y será difícil removerlos. Por otra parte, esta insuficiencia de los conocimientos históricos, en este caso de la historia de la metodología jurídica, se refleja en que no sabemos explicar la forma de proceder de Fernando Vázquez de Menchaca y de otros juristas importantes del siglo XVI que, sin adscribirse a una u otra tendencia, crearon y desarrollaron ampliamente un talante nuevo hasta entonces. Adelantando ideas, diremos ahora que estos juristas, que se orientan por un camino distinto al de la vieja jurisprudencia del *ius commune*, y que no agotan sus esfuerzos en los análisis filológico-históricos sobre las fuentes romanas, renovaron la ciencia del derecho mediante la inclusión en el razonamiento jurídico de ideas y conceptos que tomaron de la literatura, de la historia y de la filosofía grecolatina. Por este camino, los fundamentos del razonamiento jurídico rompieron los moldes, que ya resultaban estrechos, del derecho romano y del *ius commune*, y el jurista recabó para sí un campo de acción cada vez más amplio que progresivamente fue tomando un corte *filosófico*. El estudio de las obras de los juristas a que aludo, muestra como las teorías iusnaturalistas que se encontraban hasta entonces recluidas en el derecho romano y en las glosas y comentarios que se hicieron sobre este ordenamiento jurídico, fueron cobrando vida propia paulatinamente hasta invadir terrenos que hasta entonces eran desconocidos para los juristas.

Esta corriente metodológica, en la que no han reparado los estudiosos de la historia de la ciencia jurídica, debería ser llamada, con propiedad, racionalismo humanista porque, ante todo, sus representantes remozaron con las humanidades el contenido de la *jurisprudencia*. Y los datos que encontraron en las humanidades no sirvieron solamente para dar otra presentación externa al razonamiento usual en las escuelas: la literatura, especialmente la latina, les proporcionó los fundamentos para hacer realidad en los libros de derecho un espíritu en el que el *racionalismo* se

funde con el individualismo. Ciertamente, este juicio debe ser muy matizado según cada autor, porque no todos entraron por el camino individualista y racionalista a que aludo. Pero sí me parece claro que la introducción de las humanidades como fuentes o fundamentos del razonamiento jurídico, hizo posible la nueva ciencia del derecho que estalla en la modernidad.

Así, a tenor de lo expuesto, estamos ante un estudio de la metodología jurídica —abarcando forma y contenido— que hizo posible el nacimiento del iusnaturalismo racionalista del siglo XVII. Pero como toda la época se mueve entre el ‘*mos gallicus*’ y el ‘*mos italicus*’ que, en este caso, constituyen los extremos imprescindibles para el contraste y la valoración de la nueva tendencia, no será inútil estudiar previamente, por sus fuentes directas, las obras de los principales representantes de ambas corrientes en la primera mitad del siglo XVI. Así, de paso, el lector podrá disponer de una exposición sumaria, como a vista de pájaro, de este episodio de la historia de la ciencia del derecho.<sup>209</sup>

## 2. La ‘jurisprudencia’ tradicional: el bartolismo jurídico o ‘mos italicus’

Elias Kembach, en la *Epistola nuncupatoria* a una obra de Gabriel Mu-  
daeus publicada en 1604,<sup>210</sup> distinguía varios modos de proceder en la *juris-  
prudencia* del siglo XVI. Después de aludir a los representantes más conoci-  
dos del ‘*mos gallicus*’, “*qui omnes maluerunt textui explicando, quam  
glossis pertractandis operam navare suam*”, indica que “*diversa est quidem  
contraria fere opinio placuit Jurisconsultis Bartolo, Baldo, Decio, Jasonis et  
c. italis*”. En efecto, el sector más representativo de la jurisprudencia medie-  
val que, tras las obras de Pedro de Bellapertica, Cino de Pistoia y Dino Mu-  
cellano, culmina con Bartolo y Baldo, llega hasta el siglo XVI gracias a Pa-  
blo de Castro y Jasón del Mayn.<sup>211</sup> Como indiqué, los juristas que integran

209 Esto no quiere decir que no existan estudios de bastante calidad sobre este tema. *Vid.*, por ejemplo, los de Koschaker, *Europa y el derecho romano, op. cit.*; Wieacker, *Privatrechtsgeschichte...*, *cit.*, y Orestano, *Introduzione...*, *cit.* Sobre el ‘*mos gallicus*’ tenemos, entre otros, el de R. Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, reimpresión de la edición de 1880, vol. I. Permanece insuperada, desde muchos puntos de vista, la obra de Francesco Calasso, *Medioevo del diritto*, Milán, 1954.

210 “*Commentarius in eos titulos libri sexti Codicis Justiniani, qui post mortem Praefationem enumerantur*”, *Spirae Nevetum*, 1604.

211 *Vid.* Valentinus Forster, “De Historia Juris Civilis Romani libri tres”, *Tractatus Universi Iuris*, Venecia, 1584, vol. I, p. 57, y Rutilius, B., “*Jurisconsultorum vitae*”, en el mismo *Tratado*, vol. I, p. 139.

esta corriente no ponen en duda la vigencia intemporal del derecho romano: para ellos el *Corpus Iuris* es algo absolutamente racional y práctico, cuya utilización no requiere de especiales conocimientos de orden histórico, filológico o literario. Aceptan las ediciones del *Corpus Iuris* conocidas como *litterae vulgatae*,<sup>212</sup> y ni siquiera los *bartolistas* de la primera mitad del siglo XVI —aunque ya estaba seriamente comenzada la labor de depuración de las fuentes justinianeas— se cuidan de esclarecerlas mediante el análisis histórico o filológico. La literatura era para ellos sólo un instrumento imprescindible para expresarse, tanto más útil como breve y compendiosa fuera. En consecuencia, el latín que usan está plagado de abreviaturas taquigráficas, y su lectura es imposible para el lector actual si no dispone de un instrumento auxiliar adecuado.<sup>213</sup>

Su técnica exegética en los comentarios al *Corpus Iuris*, que es el género jurídico-literario más importante de estos autores,<sup>214</sup> presenta una estructura externa similar. En primer lugar exponen el texto romano, dividiéndole en *leges* o *paragrapha*, y a continuación —en las ediciones tardías de los siglos XVI y XVII— insertan un *summarium* en el que indican, numeradas, las cuestiones que se tratarán a propósito de ese texto. A continuación del ‘*summarium*’ están expuestas las respuestas a las cuestiones indicadas; una numeración marginal sirve para localizar rápidamente cada respuesta que, casi no hace falta decirlo, se trata siempre de un supuesto práctico.

La argumentación de estos juristas se fundamenta en las *leges*, *rationes*, *auctoritates*.<sup>215</sup> Es decir, alegan ante todo el texto del *Corpus Iuris*. Aparte del sentido global del texto, toman en serio la exégesis textual: no ya una frase, sino una simple palabra, un adverbio, por ejemplo, les sirve para sustentar su juicio. Por ello, ante todo interpretaban el texto (*lex*), y según Horn, esta interpretación comprende tanto la *ratio* como la *littera*.<sup>216</sup> Se trataba por lo general de una exégesis enormemente amplia, porque con frecuencia el texto romano no es sino un pretexto para introducir cada cual el problema que a él le interesa, problema que, a veces, apenas

212 Vid. Horn, N., “Die juristischen Literaturtypen der Kommentatorenzeit”, *Ius Commune* II (1969), p. 86.

213 He utilizado un diccionario de *Abreviaturas Latinas* compuesto, para uso privado, por la cátedra de paleografía y diplomática de la Universidad Complutense.

214 Vid. Horn, *Die juristische Literatur...*, cit., p. 86.

215 Vid. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milán, 1967, pp. 104 y ss.

216 Vid. *ibidem*.

guarda relación con la letra del texto.<sup>217</sup> De este modo, la búsqueda y dilucidación personal de los problemas jurídicos prevalece con frecuencia sobre la simple exégesis de las fuentes.

Las *rationes* son argumentos de equidad, de oportunidad o *utilitas*, o de lógica que encontraban apoyo en una ley divina o humana o en una opinión comúnmente admitida.<sup>218</sup> Un entramado de conceptos jurídicos, más extenso y denso en la jurisprudencia más tardía, ayudaba fuertemente en el desarrollo de esta argumentación. Lombardi mantiene que estos conceptos no se fundamentaban en convicciones filosóficas propias o en un análisis metódico de la realidad social,<sup>219</sup> aunque esta opinión debe ser matizada fuertemente.<sup>220</sup> Tampoco usaron conocimientos históricos o literarios en la construcción de sus argumentos, y este extremo tendrá bastante importancia posteriormente, porque los humanistas del siglo XV y algunos juristas del siglo XVI entendieron que la cultura filosófica, histórica y literaria era necesaria en la formación del jurista y, en consecuencia, rechazaron o relegaron a un segundo plano las obras de los ‘bartolistas’ por suponerlas insuficientemente fundamentadas.<sup>221</sup> Pero hay que tener en cuenta, para valorar correctamente este proceso histórico, que los juristas tradicionales consideraron que la “*civilis scientia est vera philosophia*”, completa en sí misma y que no necesita del auxilio de otras disciplinas.<sup>222</sup>

217 Horn, *Die juristische Literatur...*, cit., p. 95, repara en este hecho, pero lo limita a la “Casus-Literatur”.

218 Vid. Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, cit., p. 98. Brugi, “Dalla interpretazione della legge al sistema del diritto”, *Per la Storia della Giurisprudenza e della Università Italiana. Nuovi Saggi*, Turín, 1921, p. 38.

219 Vid. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 106.

220 Vid., en sentido distinto, las observaciones de Gerhard Otte, “Die Aristoteleszitate in der Glosse-Beobachtungen zur philosophischen Vorbildung der Glossatoren”, *SZRöm.* Abt. 85 (1968), pp. 8-393. Por mi parte, observo que juristas como Odofredo o Bellapertica poseen una buena formación escolar.

221 Sobre este problema explicaba Piano Mortari que “*la mancanza di cultura storica e letteraria, rimproverata ai bartolisti, appariva inferiorità culturale e difetto morale*”. Cfr. “Considerazioni sugli scritti programmatici del secolo XVI”, *Studia et Documenta Storie et Juris*, XXI (1955), p. 286.

222 Sobre este tema encontramos datos abundantes en Brugi, *Dalla interpretazione...*, cit., pp. 19 y 20, y en Calasso, F., *Introduzione al diritto comune*, Milán, 1951, pp. 191 y ss. Acursio que, aunque no es un comentarista puede servir de ejemplo para ilustrar la mentalidad de estos juristas, escribía: “*quod quicumque vult iurisprudens vel iurisconsultus esset, debeat theologiam legere? Respondeo quod non. Nam in corpore iuris haec omnia inveniuntur*”. Cfr. *Institutionum sive primorum jurisprudentiae elementorum libri quattuor. Commentariis Acursii et multorum insuper aliorum, doctorum hominum scholiis atque observationibus illustrati*, París, 1559, lib. I, tít. II, glosa “e”, en la p. 11 de esta edición. Un poco antes había advertido que “*Iuris sola scientia habet caput et finem*”. Cfr. *op. cit.*, lib. I, tít. I, glosa 7, p. 1.

Está extendida la idea de que de la filosofía tomaron únicamente la lógica, que les sirvió para construir el armazón de los conceptos jurídicos.<sup>223</sup> A este respecto, Stintzing ha entendido que la lógica fue utilizada preferentemente en la profundización analítica del *Corpus Iuris*, de modo que estos juristas lograron construcciones extraordinariamente agudas y sutiles y desdeñaron reunir los diferentes conceptos en una síntesis superior.<sup>224</sup> Efectivamente, los recursos lógicos usados en la exégesis, estudiados extensamente por Piano Mortari,<sup>225</sup> puede llevar a pensar que la tendencia analítica dominó la jurisprudencia del *jus commune* medieval. Así, la utilización frecuente de las nociones de “*totum, genus, pars, species*”, en las que distinguen entre “*genus generalissimum, genus subalternum y species specialissima*”, indican que las operaciones de *divisio y partitio* están omnipresentes en las obras de estos juristas.<sup>226</sup> Pero me parece que esto no autoriza a pensar, como hace Stintzing, que el afán analítico determinó una ‘*dissolvierende Tendenz*’ de la ciencia del derecho en la Edad Media.<sup>227</sup> Pues junto a la mentalidad que tiene por guía a la *divisio*, también utilizaron los conceptos de “*similitudo, paritas, comparatio*” que, aunque eran principios argumentativos independientes, fueron unidos en la práctica bajo el concepto de la “*extensio analogica*”.<sup>228</sup> De esta forma, la lógica ayudó a reagrupar los fragmentos similares y a concordar las antinomias, de manera que los juristas medievales construyeron doctrinas constituidas por principios generales ligados entre sí por vínculos lógicos. Así pues, la lógica sirvió también para obtener un entramado de conceptos jurídicos, o propios de la ciencia del derecho, en el que, a diferencia de tiempos posteriores, no se buscó tanto la construcción de conceptos más complejos y generales, como la solución de las *quaestiones* propuestas.<sup>229</sup>

Las *auctoritates* estaban constituidas por las opiniones de otros juristas cuando ayudaban a mantener el juicio propio sobre la cuestión debatida. El recurso a las doctrinas de otros autores era necesario porque los juristas han necesitado siempre una base sobre la que argumentar, y tal base la encontraron, además de en el *Corpus Iuris*, en las glosas y comen-

223 Cfr. Lombardi, *ibidem*.

224 Cfr. *Geschichte...*, cit., vol. I, p. 106.

225 *Vid. Dialectica...*, cit., pp. 293-401.

226 Sobre estas nociones, y cómo fueron utilizadas, *vid.* Piano Mortari, *op. cit.*, pp. 329-344.

227 Cfr. *Geschichte...*, cit., pp. 106 y 111.

228 *Vid.* Piano Mortari, *Dialectica...*, cit., pp. 334-339, y Lombardi, *Saggio...*, cit., p. 104.

229 Lombardi, *Saggio...*, cit., p. 118.

tarios que ya entonces se habían hecho sobre él, que llegaron a tener tanta autoridad como los mismos textos romanos. En este punto comprobamos cómo la creación de nuevos conceptos generales construidos más o menos siguiendo los que ya estaban en el derecho romano, ayudaban a rellenar las lagunas, supliendo al texto romano.<sup>230</sup> Lo que nos indica también que, junto a la tendencia analítica, existió una fuerte orientación sintética.

Sin embargo, tal como afirmaron los primeros glosadores, el argumento de autoridad poseía solamente un valor *probabilis* y, en consecuencia, los juristas no atendían tanto a la autoridad sobre la que se fundaba la opinión, como a los argumentos sobre los que estaba construida.<sup>231</sup> Por esta razón, hasta el siglo XV el principio de autoridad tuvo una función más bien secundaria en sus construcciones y ante todo predominaba la elaboración personal sobre los supuestos mencionados anteriormente. Así, sus doctrinas se presentan al lector como digresiones en las que, de vez en cuando, se alude a algún texto romano o a la obra de otro jurista.<sup>232</sup> Esto justifica que Elias Kembach escribiera en la citada epístola que:

*hi enim more a majoribus suis accepto potissimum occupantur in Acurssi glossa et Doctorum Commentariis exponendis, neglecto ferme, vel leviter, et quasi extremis digitis attacto textu ipso. Contenti sunt enim summa legum brevissima. Adiecto nonnunquam diverso siquis est, textus intellectu. Post notabilia et regulas constituent, cum harum multiplicibus ampliacionibus, limitationibus et sublimationibus.*

El conocimiento de las obras de los ‘bartolistas’ requiere, sin embargo, de un estudio minucioso y prolijo. Sus obras exegéticas se componen de agrupamientos de casos prácticos entre los que no existe habitualmente gran orden. El contenido del texto romano no determinaba una homogeneidad completa en los comentarios que se hacían sobre él, o a propósito de él. Estos casos, aunque vayan numerados correlativamente, presentan frecuentemente un contenido heterogéneo. Por esta causa, el manejo de los ‘*Index rerum et materiarum*’ que acompañan las ediciones de sus obras,

230 Vid. Brugi, B., “Sentenza di giuridici antichi e opinione comuni di dottori”, *Per la Storia de Giurisprudenza...*, cit., p. 87.

231 Vid. Brugi, op. cit., p. 86 y Piano Mortari, “L’argumentum ab auctoritate nel pensiero dei giuristi medievali”, *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, VII, serie III (1954/55), pp. 461-468. Este autor hace un estudio amplio acerca de la naturaleza y límites de esta argumentación. En la p. 457 el lector puede encontrar amplia bibliografía sobre el tema.

232 Esta forma de proceder lleva a Piano Mortari a hablar de una “concepción racionalista del derecho” propia de los comentaristas. Vid. *Dialettica...*, cit., pp. 306 y ss. y 362 y ss.

es imprescindible. Este casuismo se vio mitigado porque el agrupamiento de las cuestiones a resolver a propósito de una ‘ley’ del Digesto, por ejemplo, venía determinado en muy buena medida por lo que habían hecho los juristas anteriores: Así, si Irnerio y sus discípulos habían tratado de los instrumentos notariales en un pasaje determinado, lo normal era que todos los demás juristas posteriores trataran este tema al llegar al comentario de ese pasaje.

### 3. *La degeneración del ‘mos italicus’*

Pero Kembach, refiriéndose a estos autores, indica que “*Horum doctorum magna est farrago unde iis recensendis insumi necesse non est*”. Aunque este juicio no es exacto si lo proyectamos sobre las obras de todos los juristas tradicionales, sí es cierto que en los últimos representantes de esta escuela se percibe un apego al principio de autoridad, quizá como consecuencia de falta de espíritu creador. Así, el jurista posiblemente más relevante del siglo XV, Jasón del Mayno, cita las *auctoritates* con prudencia pero, a diferencia de los juristas anteriores, apenas razona sus opiniones: se limita con remitirse a un texto legal o a la opinión de otro jurista.<sup>233</sup> La lectura del *Prima super Digesto Veteri* de Jasón produce la impresión de que la mayor parte de las cuestiones que se podía proponer un jurista ya estaban —en el marco del ‘bartolismo’ jurídico— resueltas y, en consecuencia, la tentación de remitirse a un jurista conocido en lugar de emitir un juicio personal razonado, era demasiado fuerte como para ser vencida habitualmente. El método de Bolonia tendía, pues, a la rutina y al recurso a las autoridades en la última etapa de su vida.

De esta forma, el siglo XVI ve desarrollarse una tendencia iniciada en el siglo anterior que, siendo una continuación de la jurisprudencia medieval en lo que se refiere a la creencia en la vigencia intemporal del derecho romano y en la falta de orden en la exposición de las doctrinas, se caracteriza, frente a la jurisprudencia aludida, en el abuso del principio de autoridad. La manifestación externa más significativa de esta nueva corriente es la hipertrofia de remisiones a los textos romanos y a las obras de los juristas ya consagrados. Cualquier afirmación debe ser apoyada por el mayor número posible

233 Sirvan como ejemplos el comentario a la ley “ut vim”, Digesto, tít. “*De iust. et iure*” (D. 1,1,3) comentario núm. 10, en donde se plantea “*Quando est periculum mortis licitum occidere*”. Responde afirmativamente y se remite a una clementina. No es necesario probar —matiza Jasón— que el peligro de muerte es inminente. Es suficiente demostrar que hay peligro de sufrir una injuria grave: se remite a Bartolo, Antonio de Butrio, Alejandro y Ángel.

de opiniones favorables; debieron jugar una función grande los ficheros con las opiniones digestadas según problemas. Por este apego a las autoridades, los *argumenta et rationes* propios de la jurisprudencia anterior pasaron a un segundo plano, y la medida en el uso de las *auctoritates et leges* que existía en los juristas anteriores, desaparece ahora.

El latín ha mejorado, pero el continuo amontonamiento de citas produce un estilo farragoso, alambicado y fastidioso para el lector, que no encuentra utilidad en estos textos, si es que quiere conocer y aprender derecho. Por otra parte, el abuso de las autoridades debió producir una fuerte inseguridad jurídica, ya que al pasar a un segundo plano el razonamiento personal, cualquier afirmación encontraba apoyo en la selva de opiniones ya existentes sobre un caso determinado, opiniones que, con frecuencia, eran divergentes o contradictorias.<sup>234</sup> Por este camino, la ocupación con la *Jurisprudentia* perdió mucho de labor personal en la búsqueda de la *solutio* del caso, y más bien tomó un carácter de ‘coleccionar’ respuestas sobre cada problema.<sup>235</sup>

234 Antonio Gómez afirmaba sobre este extremo, a mediados del siglo XVI: “*Tanta est enim librorum, qui in ea scripta sunt moles et vastitas, ut vix triplex hominum aetas eos percurrendo (ne dicam legendo, atque cogitando) possit sufficere. Scientia vero adeo longa est, tot novis passis emergentibus dubiis, contrariisque hominum opinionibus in toto Juris Civilis corpore dispersis, et cum ad metam pervenisse putas, te in medio curso defecisse longumque iter tibi adhuc conficiendum sentias*”. Cfr. el “Proemium” de las *Variae Resolutiones iuris civilis, communis, et regii tribus tomis distinctae*, ed. de Salamanca, 1780. Alfonso de Castro nos acaba de informar del estado de la cuestión al indicarnos que “*Nam tam frequens et tam proluxa legum, et canonum, et Doctorum citatio ad solem proficit memoriae ostentationem; non autem ad meliorem interpretationem aut majorem confirmationem rei de qua tractat. Quae res non parvum solet audientibus aut legentibus generare fastidium, et saepe illorum perturbare memoriam*”. Cfr. *De potestate legis poenalis libri duo*, Universidad de Murcia, 1932, lib. II, cap. IX.

Por estos mismos años Luis Charondas indicaba que “*in tanta enim opinionum confusione, et quandam velut perturbatione, si quid dicatur quod veritatis speciem prae se ferat, probandum est*”. Según este francés, la solución está en exponer el derecho de una forma ordenada, como un *ars*. Recuerdo al lector que una de las acepciones de la palabra latina “ars”, en el contexto jurídico, es la de colección ordenada.

235 Este fenómeno es especialmente perceptible en los tratados de ‘Consilia’, que es el género jurídico-literario en el que aparece en mayor medida el exceso de citas. Las páginas 415 hasta el final del vol. II de la *Opera Omnia* de Antonio Agustín, edición de Luca de 1764, nos ofrecen un testimonio de gran valor sobre esta forma de proceder en la confección de estos libros. En dicho lugar se encuentra la *Ex Consiliis multorum Codicis interpretatio ex Bibliotheca Antonii Augustini*, que se compone de una colección de fichas en la que expone una ‘ley’ del *Corpus Juris* (sólo su nombre, sin el texto), y a continuación los nombres de los juristas que han comentado esa ley, indicando Agustín los lugares de sus obras en los que se encuentran dichos comentarios. La interpretación que interesa al español es la literal, por lo que en estas fichas incluye los comentarios hechos sobre cada palabra de la ‘ley’. Así, por ejemplo, en la ficha correspondiente a la ley “*Habeat*” se encuentra lo siguiente: “*Habeat*”. Alex. cons. 182. “*Super eo*”, parte 5. Bal. Consil. 174. “*Praesupponendum*”, parte 5. Parnormit. consil. 13 Licet Petr. de Anchar. consil. 61 Istaq. Fulgos. consil. 69. “*Magister*”, Gaspar Calde de consil. 23 tít. de const. Oldra. consil. 287.

Michel Villey, al examinar las obras de los teólogos-juristas españoles de los siglos XVI y XVII repara en esta actitud, a la que califica de ‘*pedantisme juridique*’.<sup>236</sup> Sin embargo, estos teólogos no son los autores más representativos de esta nueva dirección de la literatura jurídica. La hipertrofia de citas y el abuso de las autoridades las encontramos, en mayor medida que en ellos, en algunos de los juristas más importantes de los siglos XV y XVI. Nicolás Boërio, Bartolomé y Mariano Socino, Felyno Sandeo, Juan de Imola, Alexander —el comentador más conocido de Bartolo—, Luis Gozadino o Andrés Tiraquello, entre otros famosos, trabajaban de este modo.<sup>237</sup> Algunos juristas españoles de los que haré mención más adelante caen en este mismo defecto.

Pero no toda la producción científica de estos autores tiene tal fundamentación, ni todos ellos usan del principio de autoridad con la misma intensidad. Bartolomé Socino, por ejemplo, se deja guiar por las autoridades casi exclusivamente en su *Tabula Regularum*, pero en los comentarios al Digesto muestra más sentido de la medida en el momento de citar. Mariano Socino deja entrever una cierta afición teorizadora sobre las principales instituciones jurídicas, entre el amontonamiento de citas. Juan de Imola, aunque es arrastrado por la moda del tiempo, es más sobrio que estos otros juristas en el manejo de las autoridades. Luis Gozadino alterna periodos en los que predominan largas argumentaciones propias con otros en los que reina el puro principio de autoridad. Andrés Tiraquellus constituye un caso especial: dotado de una gran erudición clásica y conector de las obras de Lorenzo Valla y Guillermo Budeo,<sup>238</sup> publicó varias obras que casi no son más que repertorios amontonados de opiniones de otros juristas sobre los problemas propuestos. En ellas, su aportación personal —aparte del trabajo de clasificación— es mínima.

236 Cfr. *La formation...., cit.*, p. 374.

237 Vid. Boërio, N., *Additiones In Regulas Juris Pontificii*, Lyon, 1564. Socino, B., *Tabula Regularum* y *Super Prima parte Digesti novi*, 1532. Sandeus, F., *Consilia seu Responsa*, Lyon, 1552. Imola, J. de, *Consilia clarissimi ac veridici in utraque censura Doctoris*, Venecia, 1581. Alexander, *Additiones super Commentaria*, Venecia, 1576. Gozadino, *Consilia seu Responsa*, Venecia, 1571. Andrés Tiraquellus tiene una producción extensa y variada. Vid., por ejemplo, *Le mort saisit le vif*, París, 1550. O *In l. Boves paragrapho hoc sermone, D. de verborum significatione*, París, 1550. *De privilegiis piae causae*, Lyon, 1584.

238 Vid. *Semestria in geniale dierum Alexandri ab Alexandro Jurisperiti Neapolitani libri VI*, Lyon, 1586. Aquí hace un comentario erudito en el que muestra una gran cultura clásica. Conoce bien la historia de Grecia y Roma y la literatura latina. Apela a Lorenzo Valla para apoyarse en sus comentarios filológicos, en los que utiliza también el griego. Dice de Budeo: “*Scientissime Buddaeus Galliae nostrae huiusque saeculi decus perpetuum...*”

Cada autor necesita, por tanto, de una cuidadosa matización. Pero como regla general se puede mantener sobre ellos el juicio general ya expresado.

Al centrar la atención en las opiniones de otros juristas, el interés por la comprensión del mismo texto romano —ya descuidado, como aludí páginas atrás, por los comentaradores— pasó a un plano casi sin relevancia, aun cuando aparentemente siguieran una técnica exegética del *Corpus Iuris*.

#### 4. *Quejas de los humanistas contra la ‘jurisprudencia’ existente*

Los literatos que mejor muestran el espíritu del Renacimiento no aceptaron la *jurisprudencia* existente, a la que he aludido. Dante reprochó a los juristas —personificados, en este caso, en Bartolo— su poco empeño especulativo y el excesivo apego al principio de autoridad. Petrarca, sintiendo la necesidad de una unión más fuerte entre la historia y la práctica, se quejó de que los juristas no se preocupaban por conocer los orígenes del derecho ni los primeros padres de la *‘jurisprudencia’*. Desaprueba la excesiva sutileza de los libros jurídicos y el *‘stile pedestre’* que usan. Bocaccio atacó con cierta vehemencia a los juristas porque no se preocupaban de la filosofía ni de la poesía. Entre los primeros humanistas, Travejsari y Filelfo acusaron a los comentaradores de ser bárbaros en su estilo literario. Maffeo Veggio lamentaba que el derecho fuera *“obscurum confusumque verbosis tractatibus et commentariis”*, y proponía estudiar el derecho romano (paradigma de claridad en esta mentalidad) libre de glosas y comentarios: *“Non possum sine dolore magno dicere eo deventum esse ut plus fidei adhibeatur Cynus vel Bartholo quam Scaevola aut Papiniani aut Jurisconclutorum”*. Lorenzo Valla, exacerbando con sus insultos la polémica, recomendó como remedio a estos males el estudio de la oratoria y un mejor conocimiento de las lenguas clásicas. Pero, a diferencia de los literatos anteriores, no se contentó con la actitud negativa de la queja y, siguiendo los pasos de Maffeo Veggio, comenzó la investigación histórica y filológica de las fuentes romanas. Angelo Poliziano, tras la actitud de Valla, se ocupó de depurar las Pandectas Florentinas:<sup>239</sup> había nacido la historia del derecho romano.

239 Sobre las quejas de estos humanistas, *vid.* Chiapelli, L., “La polemica contro i legisti dei secoli XV e XVI”, *Archivio Giuridico* XXVI (1881), pp. 295-322. Kisch, G., *Gestalten und Probleme aus Humanismus und Jurisprudenz. Neue Studien und Texte*, Berlín-Nueva York, 1969, pp. 36 y ss. Un estudio especialmente completo ha sido el realizado por Maffei, D., *Gli inizi dell’Umanesimo giuridico*, Milán, 1964, pp. 36-126.

Los humanistas del siglo XVI presentan quejas parecidas. Juan Luis Vives insulta a Acursio, Bartolo, etcétera, a causa de su oscuridad. Propone la vuelta a “las leyes verdaderas y buenas que fueron grabadas en tablas de bronce”.<sup>240</sup> El derecho, según el valenciano, debe tener por fuente la filosofía, que se nos muestra como norma de la naturaleza, de modo que leyes, derecho y equidad sean una misma cosa.<sup>241</sup> Comienza a aparecer un factor nuevo, que cuestionará toda la cultura ético-jurídica anterior. En esta misma línea de críticas, Erasmo y Budeo insisten en la idea de equidad que debe informar el quehacer jurídico, equidad que debe sustituir, según ellos, a la maraña del derecho creado hasta entonces.<sup>242</sup> Guillermo Budeo, personaje que llega a ser pintoresco en su afán de volver a la ‘era romana’, encarna y resume en las “*Annotationes in XXIV libros Pandectarum*” las quejas que los humanistas lanzan a la jurisprudencia.<sup>243</sup> Efectivamente, este francés que desde su empeño humanista llega al derecho, quiere que sea recompuesto íntegramente el derecho romano, que supone corrompido por los juristas bajomedievales. Estos son “*perosos, ab omnibus doctrinis humanioribus abhorrentes, rusticos, invenustos, illepidos, hircosos. Qui nisi ut villicus alium, ita ipsi barbariem ubique... homines affectatae rusticitatis, qui ne sic quidem satis sua tueri videntur, nisi elegantiae studiosos lacesserunt maledictis*”. Ellos son los culpables del desorden que existe en el derecho.<sup>244</sup> Budeo hace una crítica filológica de algunos términos del Digesto y recurre a tal fin a los autores clásicos romanos, tales como Cicerón, Plauto, Tito Livio, Macrobio, etcétera, y a los clásicos griegos. Para comprender mejor, en su contexto, los textos romanos, acude a la erudición histórica, de la historia griega y romana.<sup>245</sup>

240 Cfr. *Aedes Legum.*, Madrid, 1947, p. 682. Sobre este punto, vid. Sánchez Agesta, L., “Un capítulo de Luis Vives: *de iure civile corrupto*”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 167 (1935), pp. 510-531.

241 Cfr. *op. cit.*, pp. 685 y 686. Sobre este punto, vid. el estudio de Hernández Gil, A., “Ética y derecho en la doctrina de Juan Luis Vives”, *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, 13 (1943), pp. 43-52, y Castán Tobeñas, J., *El derecho y sus rasgos en el pensamiento español*, Madrid, 1950, pp. 27 y ss.

242 Vid. Kisch, *Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit*, Basel, 1960, pp. 55-68 y 194-226. Se trata de un estudio especialmente completo sobre la ‘*aequitas*’ en el pensamiento europeo de la primera mitad del siglo XVI.

243 Sobre Budeo, vid. Delaruele, E., *Etudes sur l’humanisme français. Guillaume Budée. Les origines, les débuts, les idées maîtresses*, París, 1907.

244 Cfr. *Annotationes in XXIV libros Pandectarum*, París, 1543, p. 7.

245 Sobre este extremo, vid. Piano Mortari, “*Studia humanitatis*’ e ‘*scientia juris*’ in Guglielmo Budeo”, *Studia Gratiana*, 14 (1967), pp. 437 y 438.

Pero este autor desborda la mera crítica histórica y filológica del derecho romano. Por una parte demuestra conocer bien este derecho y cada texto del Digesto es contrastado con otros textos jurídicos afines. Pero no se limita con citar el ‘lugar’ en el que se encuentra cada texto, sino que lo expone como opinión de un determinado jurista romano, citándolo por su nombre. De este modo, en lugar de un conocimiento fragmentario de las obras de los juristas romanos, aparecen en un primer plano los mismos juristas. Muestra de este modo un deseo de ‘recomponer’ las obras de cada jurista, que suponía dispersas por el *Corpus Juris*.

Por otra parte, la lectura de las “*Annotationes*” produce la impresión de que el derecho, según Budeo, es algo que debe ser creado y desarrollado por filósofos o, por lo menos, por juristas que tengan una formación filosófica. Al examinar la definición de ‘*ius*’ de Celso, afirma que el “*ius est ars boni et aequi, et qua sequuntur*”. Entre estas cosas ‘que se siguen’ incluye todos los saberes de su tiempo, que han de encontrarse en la filosofía gracias a su carácter enciclopédico: “*Hanc illa est encyclopaedia, de qua Fabius libro primo, ut efficiamur, inquit, orbis illae doctrinae, quam Graeci encyclopaediam vocant. Inde illud Vitruvii libro primo, cum autem animadverterit omnes disciplinas inter se coniunctionem rerum et communionem habere, fieri posse facile credent*”.<sup>246</sup>

Los filósofos, afirma poco después, deben aglutinar mediante la razón, lo que se encuentra disperso por todas las ciencias,<sup>247</sup> de lo que se puede inferir que, para Budeo, el ‘*ius*’ es una realidad subordinada a la filosofía y que se obtiene desde ésta.

Finalmente, en lo que interesa a este estudio, este autor se remite al *Organon* aristotélico como instrumento para exponer ordenadamente el derecho, obteniendo sus conceptos “*ex libro Topicorum*”.<sup>248</sup>

## 5. La reacción de los juristas: el ‘mos gallicus’

¿Cómo reaccionaron los juristas ante estas exigencias más o menos difusas de los cultivadores de las humanidades? De forma diversa: la jurisprudencia del siglo XVI siguió caminos distintos para adaptarse a las exigencias humanistas.

246 Cfr. *op. cit.*, pp. 5 y 6.

247 Cfr. *op. cit.*, p. 8.

248 Cfr. *op. cit.*, p. 9.

Observamos la existencia de un grupo numeroso de juristas al que podemos considerar de transición entre la jurisprudencia anteriormente aludida y el ‘*mos gallicus*’. El portugués Benedicto Pinellus, jurista del derecho común, se desligó casi completamente de los argumentos de autoridad, que quedaron sustituidos por largas argumentaciones propias expuestas en un latín aceptable. Buen conocedor de las obras de los principales representantes de la Escuela de Bourges, expone el texto romano que cita, sin limitarse con indicar el lugar en que se encuentra. De esta forma, el derecho romano pasa a un primer plano y los comentarios de los juristas del *ius commune*, aunque no desaparecen, quedan en un segundo lugar.<sup>249</sup> Otros juristas, como Arias Pinellus, sin manifestar tanto aprecio por el texto romano, escriben en latín de calidad y citan sobriamente el derecho romano y los juristas, evitando el recargamiento del estilo que se producía en buena parte de los autores coetáneos. Así proceden, entre otros muchos, Felipe Decio, Mateo de Afflictis, Juan de Platea, Carlos Ruino, Juan Francisco Balbo y Pedro Felipe Corneo.<sup>250</sup> Los dos últimos autores mencionados superan a los anteriores en que utilizan tímidamente algunas citas de los literatos clásicos latinos. Todos estos juristas aceptan y utilizan el derecho romano tal como viene expuesto en las manuscritos corrientes de su tiempo.

Andrés Alciato es el primer jurista que responde a la exigencia humanista de la depuración y clarificación filológico-histórica de las fuentes romanas. En 1513 publica las *Annotationes in tres posteriores Codicis libros*, en las que estudia la organización política y administrativa de Roma a fin de comprender mejor los textos romanos, y en 1518, con la publicación de las *Dispunctiones, Praetermissa y Paradoxa*, propugna el método que, tendente a esclarecer el sentido genuino del derecho romano, se basa en el análisis filológico de sus términos y expresiones. Por estos mismos años Uldarico Zazius realiza una labor similar y, también en 1518, ven a la luz sus *Lucubrationes in legem secundam, D, de origine juris*. Zazius, bajo la forma tradicional de un comentario al texto romano con *quaestiones* numeradas a modo de sumario, inaugura una nueva dirección de la literatura jurídica al incluir entre las *quaestiones* diversos estudios monográficos sobre la historia de Roma. Sus fuentes para la investigación his-

249 Vid. *Selectarum iuris interpretationem, conciliatorum ac variarum resolutionum*, Venecia, 1613.

250 Vid. Decio, *De Regulis Juris*, Turín, 1579; Afflictis, *Tractatus de iure prothomiseos*, Spiraev Nevetum, 1579; Balbo, *Tractatus praescriptionum*, Spiraev Nevetum, 1590; Corneo, *Consilia in quatuor Partes Digestorum*, Lyon, 1574, y *In Primam Codicis Partem Commentarius elegans*, Lyon, 1553.

tórica fueron, fundamentalmente, diversas obras de Cicerón, Plinio, Tito Livio, Terencio, Dionisio, Baro y Aulo Gellio.<sup>251</sup>

Una vez iniciado, el estudio histórico-filológico del *Corpus Juris* ganó adeptos rápidamente. Entre 1520 y 1550 aparecen todas o la mayor parte de las obras de Luis Charonda, Francisco Duarenus, Eguino Barus, Antonio Garronus, Francisco Balduinus, Jerónimo Cagnolus, García de Toledo, Rodolfo Prateius, Bernabé Brissonius, Juan Corasius, Antonio Govea, Cristóbal Hegendorf, Antonio Agustín y Jacobo Cujas, entre otros autores que podríamos mencionar. Con Hugo Donellus, que publicó sus obras en la segunda mitad del siglo XVI, tuvo esta escuela su canto del cisne. Estos últimos autores se propusieron primordialmente redescubrir y restaurar el derecho romano, al que algunos suponían desordenado y corrompido por la actividad de ministros de Justiniano y por la de los juristas de la baja Edad Media. Por este motivo, las citas de los grandes juristas de los siglos XII al XVI no existen en sus obras, a no ser que aparezcan para ser refutadas sus opiniones, o censurados, recriminados o insultados ellos mismos.

Para alcanzar el fin indicado de la concordancia interna del *Corpus Juris* —por esta razón son continuas las remisiones internas a otros lugares del derecho romano—, se sirvieron de la ayuda que les proporcionaban la historia y la literatura latina y griega. La historia ayuda a comprender mejor la ‘*ratio legis*’ de cada disposición legal, y la literatura les permitía contrastar las mismas palabras en contextos parecidos o diferentes. Algunos humanistas consideraron insuficiente el saber simplemente histórico sobre el derecho romano y reclamaron una cultura de proporciones enciclopédicas para el estudiante de derecho.<sup>252</sup>

La producción científica de estos autores se diversificó en un conjunto de obras que se pueden encuadrar en varios géneros distintos de la literatura jurídica de la época.<sup>253</sup> El género más común fue el de la glosa al

251 En la edición de la *Opera Omnia* de Zazius que he consultado, dicho estudio no aparece como libro independiente, sino que está incluido, como uno más, en los *In titulos aliquot Digesti Veteris Commentaria*, que ocupa las páginas 242-1018 del vol. I de la edición de Lyon de 1550. Los comentarios a la ley segunda del título “*De iustitia et iure*” del Digesto ocupan las páginas 270-365 de dicho volumen.

252 G. Astuti estudia especialmente este último fenómeno en “‘Mos italicus’ e ‘mos gallicus’ nei dialoghi” “*De iuris interpretibus di Alberico Gentili*”, *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 1937, pp. 192 y ss.

253 Troje, H. E., “Die europäische Rechtsliteratur unter dem Einfluss des Humanismus”, *Ius Commune* III (1970), pp. 35-38, distingue siete tipos de la literatura jurídica del ‘*mos gallicus*’: ediciones de textos jurídicos romanos, monografías, lexicografías, obras en las que se ordenan las materias del *Corpus Juris*, estudios expositivos, tanto de tipo dogmático como destinados a la enseñanza, y obras destinadas exclusivamente a la enseñanza.

*Corpus Juris*, que cultivaron la mayor parte de los integrantes del ‘*mos gallicus*’. Esta nueva glosa fue realizada de una forma distinta a la de los juristas a los que aludí anteriormente. A pesar de que sus obras se suelen titular *Comentarios*, no consisten exactamente en tal cosa: ya no se trata de comentar el texto romano con finalidad práctica, añadiendo a la ‘*lex*’ estudiada un *summarium* con las cuestiones que pueden ser resueltas a la luz del criterio allí expuesto. Su actividad consistió en glosar el derecho romano, normalmente mediante el procedimiento de letras intercaladas en el texto principal. Estas letras corresponden a otras tantas notas a pie de página o marginales en las que explican el significado de una expresión o de un término. Así, el texto romano aparece como lo más importante, y la actividad de estos nuevos glosadores tiende solamente a esclarecer su sentido o contenido. Por tanto, la sola presentación externa de la glosa humanista ya muestra el distinto modo de proceder —y la diferente finalidad— que existe entre los cultivadores del ‘*mos italicus*’ y la de estos otros a los que estoy aludiendo.

En la recomposición y explicación de las fuentes justinianas se siguieron procedimientos distintos. Unos, como Guillermo Budeo, Francisco Hotman, Luis Charonda, Juan Corasio, Antonio Duareno, Antonio Garronus, Jerónimo Cagnolus, Rodolfo Prateius, Francisco Balduinus o Antonio Agustín, pusieron una gran erudición humanista al servicio del estudio filológico e histórico de estas fuentes. Recurren continuamente a diversos manuscritos, y a la literatura, filosofía e historia clásicas.<sup>254</sup> En cambio, otros autores, y algunos de los ya mencionados en *Cor-*

254 Vid. Budeo, *Annotationes...*, cit. cit.; Hotman, *Epitomarum in Pandectas libri XII*, Lyon, 1599; Charonda, *Sacratissimi Principi Justiniani iuris enucleati ex omni vetere iure collecti Digestorum seu Pandectarum libri quinquaginta*, Amberes, 1575; del mismo autor, “De Legibus XII Tabularum”, incluido en el *Tractatus universi iuris*, cit., vol. I, pp. 267-270; Corasius, “Commentarii in Pandectarum titulos”, incluido en la *Opera Omnia* de Wittemberg, 1603, vol. I. Del mismo autor, “In titulum Digestorum de Senatoribus commentarii”, e “In titulum de verborum obligationibus commentarii”, vol. I de la ed. cit., pp. 82-100 y 132-154, respectivamente. Duareno, *In primam partem Pandectarum, sive Digestorum, methodica enarratio*. Frankfurt, 1592; Garronus, *Commentaria in titulum de origine juris*. Basel, 1544; Cagnolus, *In Constitutionibus et leges Primi, Secundo, Quinti et Duodecimi Pandectarum auream enarrationem libri duo*, Venecia, 1586; García de Toledo, *Rubricarum et titulorum in tres posteriores libros Codicis Justiniani*, Madrid, 1613; Prateius, *Catapodismon libri II in titulum de in ius vocando*, Lyon, 1561; Balduinus, *Commentaria ad leges de iure civili, Voconiam, Falcidiam, Papiam Popeam, Rodiam, Aquiliam*, Basel, 1559. Del mismo autor, *Commentarii de legibus XII Tabularum*, 3a. ed., Basel, 1557; Agustín, “Emendationum et opinionum libri IV”, *Opera Omnia* de Luca de 1764, vol. II, pp. 7-94. Del mismo autor, *Constitutionum graecarum Codicis Justiniani Imperatoris collectio, et interpretatio*, ed. cit., vol. II, pp. 147-250. *Juliani antecessoris constantinopolitani Novellarum Justiniani Imperatore Epitome*, ed. cit., vol. II, pp. 255-450. *Ad titulum Pandectarum De diversis*

pus el mismo derecho romano, recurriendo rara vez al auxilio de la literatura o de la historia. Así proceden, por ejemplo, Eguino Barus, Francisco Balduinus, Jacobo Cujas, Antonio Govea o Hugo Donellus.<sup>255</sup> Estos juristas tienden preferentemente a crear un entramado conceptual estrictamente jurídico, y las consideraciones filológicas e históricas pasan a un segundo plano.<sup>256</sup>

Las aportaciones de unos y otros para la comprensión del *Corpus Juris* fue muy diferente. El jurista que produjo la obra más completa fue Jacobo Cujas. Su glosa abarca, en varios volúmenes *in folio*, el Digesto, la Instituta, el Código y las Novelas. Los demás juristas se limitaron, por lo general, a estudiar el Digesto o la Instituta, o alguna parte de estas dos obras. Los comentarios a títulos concretos del Digesto y del Código fueron muy frecuentes, y en esto consistió fundamentalmente la actividad de Garronus, Corasius o Govea. Otros juristas, como Cagnolus o García de Toledo, sólo hicieron incidentalmente algunos estudios históricos al comentar alguna ley del Digesto o del Código.

Hay que hacer una mención especial del español Antonio Agustín en razón, de una parte, de la calidad y extensión de su obra y, por otra, del olvido en que actualmente se encuentra. Aunque sus intereses tienden más hacia el derecho canónico que no al derecho romano,<sup>257</sup> nos ha dejado una amplia obra romanística. Este '*Cujas espagnol*', como lo llama Mesnard,<sup>258</sup>

*Regulis Juris antiqui explanationes*, ed. cit., vol. II, pp. 407-450. *Ad institutiones Imperatoris Justiniani Commentarii*, ed. cit., vol. II, pp. 454 y ss.

255 Vid. Baro, *Commentarius ad librum I Justiniani Caesaris*, París, 1562. Balduinus, *Institutionum Juris Civilis Commentarii*, Lyon, 1583. Cujas glosó la Instituta, el Digesto, el Código y las Novelas. Vid. vols. I, V, VI y VII de la *Opera Omnia* de París de 1617. Este autor se ayuda con frecuencia en análisis históricos y filológicos, pero su obra es ante todo jurídica. Donellus, *Commentaria in Codicem Justiniani*, que ocupa los vols. VIII y IX de la edición de Luca de 1763, y *Commentaria in selectos quosdam titulos Digestorum*, que ocupa el vol. X de esta edición. Govea, en las pp. 120-750 de la *Opera omnia* de Lyon de 1622 tiene numerosos estudios, que versan normalmente sobre títulos concretos del Digesto.

256 Troje, en *Die europäische Rechtsliteratur...*, cit., desconoce los distintos procedimientos que siguieron estos juristas en el estudio y esclarecimiento del derecho romano. Solamente, en la p. 42, al tratar de los medios auxiliares de que se sirvieron en su trabajo, alude a "manuscritos de confianza".

257 De los siete volúmenes '*in folio*' que ocupa la *Opera omnia* de Luca de 1764, sólo los dos primeros están dedicados al estudio del derecho romano. Los restantes están ocupados por estudios de naturaleza similar, pero sobre el derecho canónico.

258 Cfr. "La place de Cujas dans la querelle de l'humanisme juridique", *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 23 (1950), p. 534.

fue el jurista coetáneo que más apreció Cujas,<sup>259</sup> y el que desarrolló, entre estos juristas humanistas, la labor filológica más completa.<sup>260</sup>

Otro género ampliamente cultivado fue el de las monografías, hechas, en unas ocasiones, sobre institutos jurídicos determinados o consistentes, en otras, en estudios históricos a propósito de una ‘*lex*’ o un título normalmente del Digesto.<sup>261</sup> En este género destacó especialmente Agustín, con dos tratados de calidad. Uno es el *De legibus et senatusconsultis liber*, en el que estudia ordenadamente las cuestiones más importantes relacionadas con las leyes romanas, tales como la etimología de ‘*lex*’, qué es una ley, qué hechos motivaron su creación, partes de que se compone, etcétera. Su intención era estudiar todas las leyes romanas clásicas: “*Collectae sunt a nobis, ut opinor, omnes veterum leges, quarum nomine in nostris libris, aut in variis variarum rebus scriptoribus require potuimus*”. En la página 127 del volumen I de la edición de Luca de 1764 acaba el tratado de las leyes y comienza el de los senadoconsultos, que se extiende hasta la página 174. Al final acompaña una relación de “*leges et senatusconsulta quae in veteribus cum ex lapide tum ex aere monumentis reperiuntur*”, y reproduce en folios desplegables los textos que ha encontrado, tanto griegos como latinos.

La otra monografía es el *De nominibus propriis*, que es un catálogo, con pretensión de ser completo, de todos los nombres propios que se en-

259 Cfr. Mesnard, *op. cit.*, p. 531. Antonio Agustín era uno de los pocos juristas que Cujas recomendaba estudiar, según consta por carta dirigida a Juan Antonio Brassicanus, que reproduce parcialmente J. Flach en “Cujas, les Glossateurs et les Bartolistes”, *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger* VII (1883), pp. 205-227.

260 Los siete volúmenes de la *Opera omnia* citada están dedicados preferentemente a estudios de tipo filológico sobre el derecho romano y el derecho canónico. Ello explica que Selchow, en su *Historia Universi Juris Romani*, Pisa, 1769, vol. II, p. 76, escribiera que “*donec Alciati potissimum, Antonii Augustini et Cujacii Jureconsulti post hominum memoriam summi, et cui postea aetas habeat, beneficio literarum humaniorum lumen elegantissimo jure inferretur*”. Cit. Por Domenico Maffei en *Gli inizi...*, *cit.*, p. 33. J. Flach dice de él que es “*un des plus savants hommes que l’Espagne ait produit au XVI siècle; aussi versé dans la philologie et l’histoire ancienne que dans le droit romain et le droit canonique*”.

261 Vid. Brissonius, B., *De ritu nupciali liber singularis*, París, 1564; del mismo autor, *De jure connubiorum liber singularis*, París, 1564; Duarenus, F., *De jure accrescendi libri duo y Disputatorium anniversariorum libri duo*, Frankfurt, 1592; Corasius, “Enarrationes, Rubrica de Sum. Trit. et fide catholica”, que se encuentran, respectivamente, en las pp. 155-157 y ss. de la *Opera omnia* de Amberes de 1603. A pesar de sus títulos, tales obras no consisten en glosas a los textos indicados: se trata de dos monografías breves. La primera trata de cuestiones muy generales de tipo ético-jurídico, y la segunda sobre el delito de herejía. Govea, A., *De jurisdictione libri duo. Adversus Eguinum Baronem*. Lyon, 1622; Cujas, J., *De diversis temporis praescriptionibus et terminis*, ed. cit., vol. I, pp. 326-354. Corversius, Pedro, *Edicta seu Decreta Veterum Imperatorum ac Jurisconsultorum in tit. de Pactis, D. et C. nunc primum in artem digesta*, Lyon, 1552.

cuentran en el *Corpus Juris*. Todos ellos son comentados y explicados. La mayor parte de esta obra está dedicada a los nombres de los jurisconsultos, a los que divide en cuatro grupos: a) los anteriores a Sabino; b) los que vivieron en el periodo comprendido entre Sabino y Salvio Juliano; c) los comprendidos entre los reinados de Septimio Severo y Gordiano. Después examina los nombres de los reyes, cónsules, emperadores, leyes, senadoconsultos, edictos, interdictos, etcétera. Nombres de otras personas: escritores griegos y latinos, dioses, etcétera. Nombres de las provincias, islas, regiones, ciudades. El trabajo se cierra con una relación y explicación de “*alia nomina ex suprascriptis deducta, quae non facile possunt superioribus conjugii*”.

Un deseo de algunos humanistas era el de reordenar el derecho romano dejándolo como ellos suponían que debía de haber sido antes de que lo desordenaran los expertos de Justiniano. ‘Ordenar’ el *Corpus Juris* no consistía únicamente en exponer ordenadamente su contenido, como ha entendido algún autor,<sup>262</sup> sino en recomponer la producción de cada jurista según el orden cronológico de aparición de su obra, extrayendo los diversos fragmentos de la masa del *Corpus Juris*.<sup>263</sup> En esta tarea se distinguió Wolfgang Freymonius,<sup>264</sup> pero el jurista que realizó la labor más amplia fue Cujas, que recompuso las obras de Papiniano, Africano, Paulo y Modestino. Balduinus y Agustín también abordaron este tipo de trabajo, mucho más modestamente que Cujas.<sup>265</sup>

Además de los “Paratitla”, que consistían en comentarios breves a cada título, con los que se puede obtener rápidamente una visión de conjunto,<sup>266</sup> en la primera mitad del siglo XVI aparecen por primera vez los

262 Cfr., entre otros, a M. Villey, *La formation...*, cit., pp. 522 y 523.

263 Cfr. Mesnard, *La place de Cujas...*, cit., p. 534.

264 *Ibidem*.

265 Vid. *Ad Africanum tractati IX*, París, 1617, vol. I, pp. 941-1206. *Commentaria accuratissima in libros quaestionum summi inter veteres Jurisconsulti Aemylii Papiniani*, vol. II, pp. 2-835 de la ed. cit. *Commentaria Aemylii Papiniani iuris. libros XIX Responsorum*, en vol. II, pp. 2-602. *In libri LXXVIII Pauli ad Edictum Commentarii seu Recitationes solennes*, vol. III, pp. 2-954; *Ad Julii Pauli jurisconsulti libros Quaestionum XXV*, vol. III, pp. 958-1259; *Recitationes solennes ad Herenii Modestini Differentiarum libros novem*, vol. III, pp. 2-50. *In libros XXI Responsorum Julii Pauli Recitationes solennes*, vol. VIII, pp. 2-111. Balduinus, F., *Commentarius de jurisprudentia Muciana*, Basel, 1558; Agustín, *Ad Modestinum, sive de excusationibus liber singularis*, cit., de Luca, vol. II, pp. 95-144.

266 Vid., entre otros, a Zazius, *In Digestorum, sive Pandectarum Partem primam Paratitla*. Lyon, 1550, vol. I, pp. 2-490. Cujas, *Paratitla, in libros quinquaginta Digestorum seu Pandectarum*, ed., cit., vol. I, pp. 490-586. Del mismo autor, *Paratitla in libros IX Codicis Praelectionis*, cit., vol. II, pp. 2-266. La noción de ‘Paratitla’ es incierta, como reconoce Stintzing en *Geschichte, op. cit.*, vol. I, p. 143. Según este autor, se trata de un género jurídico-literario en el que se expone ordenada y brevemente el contenido de cada título. Por este motivo opina Stintzing que este género nuevo de la

tratados generales y pretendidamente sistemáticos del derecho romano. Charonda fue el primero que publicó un tratado de este tipo. Pronto le siguieron, entre otros, Connanus, Balduinus y Wesembeck.<sup>267</sup> Al tratar, más adelante, del movimiento sistematizador, tendremos ocasión de aludir a este tipo de obras.

## 6. Dificultades del ‘mos gallicus’ para renovar la jurisprudentia

Entre los estudiosos actuales de la historia del pensamiento jurídico está extendida la opinión de que los seguidores del ‘mos gallicus’ sólo pretendieron conocer mejor que los juristas anteriores el derecho romano, sin pretensiones de aplicarlo a la vida práctica.<sup>268</sup> Según esto, su actividad fue ante todo teórica, desligada de la práctica jurídica y sin pretensiones de influir en ella ¿Es cierto esto?

Es difícil contestar esta pregunta porque la revisión de este juicio ha comenzado recientemente. Kisch, contradiciendo a Stintzing, quien negó que el humanismo jurídico haya tenido influencia en la formación del pensamiento moderno, indica que existieron dos direcciones entre los juristas humanistas. Unos se dedicaron, según Kisch, a la comprensión filológica de las fuentes y otros elaboraron una dogmática jurídica mediante la interpretación del derecho romano.<sup>269</sup>

No parece lícito generalizar acerca de las pretensiones de los juristas que integran el ‘mos gallicus’. Más bien podemos apreciar varias tendencias dentro de este amplio movimiento. Unos, como Garronus, Cujas, Agustín, Balduinus o Brissonius, dedicaron sus esfuerzos al puro estudio histórico del derecho romano. Otros, y tal es el caso de Duarenus o Hotman, por ejemplo, alternan las investigaciones histórico-filológicas con estudios que tienen una finalidad práctica. En cambio, Baro o Julio Pacius, sin abandonar la investigación histórica en su ocupación con el *Cor-*

literatura jurídica es extremadamente parecido al de las antiguas “Summae” y *Expositiones titulorum*”, *vid. op. cit.*, vol. I, pp. 143-144.

<sup>267</sup> Vid. Charonda, L., *Verosimilium...*, *cit.*; Balduinus, *De iure novo commentariorum libri III*. París, 1596. Del mismo autor, *Juris Civilis Catechesis*, Basel, 1558; Connanus, *Commentariorum Juris Civilis libri X*, Lyon, 1545; Wesembeck, *Isagoge in Commentarium Institutionum frequentem*, Colonia, 1593. La “Catechesis” de Balduinus y la obra citada de Wesembeck se limitan a exponer resumidamente el contenido de la Instituta.

<sup>268</sup> Cfr., entre otros, Koschaker, *Europa y el derecho romano*, *cit.*, p. 167. Villey, *La formación...*, *cit.*, p. 522; Friedrich, *La filosofía del derecho*, *cit.*, pp. 81 y ss.

<sup>269</sup> Cfr. *Studien zur humanistischen Jurisprudenz*, Berlin-Nueva York, 1972, pp. 60 y 61.

*pus Juris*, pretenden ejercer con algunas de sus obras una influencia en la praxis jurídica. Existe un último grupo de juristas que, con independencia de la finalidad que queramos asignar a sus obras, muestran una tendencia a la teorización acerca del origen, fundamento y naturaleza del ‘*ius*’ en general, del derecho natural y de gentes, de las leyes positivas, etcétera. La ocupación en actividades especulativas sobre las cuestiones más generales de la jurisprudencia había sido hasta entonces patrimonio casi exclusivo de los teólogos que se ocuparon de temas ético-jurídicos. Este nervio teórico, que amplió el horizonte de los juristas, puede ser considerado un rasgo distintivo de la jurisprudencia culta o humanista que nace en el siglo XVI.<sup>270</sup>

Pero Antonio Agustín, Cujas y los demás estudiosos que pretendieron reconstruir y explicar el derecho romano, ¿influyeron sobre la ciencia del derecho de su tiempo? Dicho de otra forma más concreta: ¿el conocimiento del derecho romano histórico era suficiente para renovar la jurisprudencia? Hay que reparar en que a estos juristas se les planteó un problema inexistente con anterioridad, problema que tomando prestada una expresión de Ricardo Orestano, llamaremos la del ‘objeto’ del derecho.

En efecto, es conocido que los juristas medievales identificaron el derecho con los textos, y la validez jurídica de éstos no ofrecía problemas porque todos quedaban bajo el principio de autoridad: autoridad del sa-

270 F. Duarenus dedica las dos obras anteriormente citadas a profundizar en el puro derecho romano. En cambio, la *In primam partem Pandectarum, sive Digestorum, methodica enarratio*, es una obra con finalidad práctica, a la que aludiré después. François Hotman tiene una producción muy variada. El “Disputationum Juris Civilis volumen unum”, el “Commentarii verborum juris”, el “Antiquitatum Romanorum libri V”, los “Commentarii in XXV Ciceronis orationis”, los “Notae renovatae in C. Juli Caesaris Commentariis”, entre otras muchas obras suyas de este tipo, son estudios eruditos sobre la cultura de Roma. En cambio, el “Quaestionum illustrium liber” o las “Partitiones Juris Civilis Elementariae” persiguen una finalidad práctica. Estas obras se encuentran en su *Opera omnia* a cargo de los herederos de Eustaquio Vignon y Jacobo Stoer, 1599. Barus, en el *Commentarius ad librum I, cit.*, incluye una *accomodatio huius tituli ad mores Galliarum et leges Regiae* al final de la exposición y comentario de cada título. Julio Pacius, en el *Analisis Institutionum Imperalium*, Lyon, 1570, expone al final de cada título de la Instituta comentado por él, varios ‘*axiomata*’ o reglas en tono sentencioso que vienen a ser una recapitulación o resumen de lo comentado antes.

Sobre la actividad especulativa en torno a cuestiones ético-jurídicas fundamentales, *vid.* Bolognetus, A., “De lege, jure et aequitate disputationes”, en el *Tractatus Universi Juris, cit.*, vol. I, pp. 289-322. Hopper, L. “*De juris arte*”, en el mismo *Tratado*, vol. I, pp. 81-102. Charondas, Luis, *Verosimilium...*, *cit.*, en la ‘Rubrica’ indicada. R. Prateius, *Dicaeologiae liber singularis*. Lyon, 1561; Kisch, G., en *Studien...*, *cit.*, pp. 52-54, alude a la inclinación de los juristas humanistas hacia la ‘*Rechtsphilosophie*’, y Welzel, H., *Introducción a la filosofía del derecho, cit.*, p. 112, indica que en el siglo XVI aparecen ‘juristas filosofantes’, tales como Vázquez de Menchaca y François Connanus. Welzel no debió sufrir muchos quebraderos de cabeza para indicar esto: Vázquez y Connanus son los únicos juristas que Pufendorf cita en el ‘Index’ final del *De jure naturae et gentium*.

cratísimo emperador Justiniano, del texto en sí mismo, o de cada jurista.<sup>271</sup> Pero el principio de autoridad así entendido pierde su validez en los juristas humanistas y, en consecuencia, el *ius civile* romano pasa a ser considerado el producto de una cultura ya desaparecida. ¿Con qué renovar, pues, la jurisprudencia? Indica Orestano que, ante este problema, los humanistas anduvieron desorientados y divididos.<sup>272</sup>

No es fácil exponer las soluciones que dieron aquellos juristas, porque los estudiosos actuales han dado respuestas muy diferentes a esta cuestión, quizá con la nota en común de una cierta unilateralidad en sus apreciaciones. Villey estima que los humanistas, bajo el influjo de la filosofía estoica, sustituyeron la *jurisprudencia* anterior por un complejo de doctrinas basadas en los derechos subjetivos naturales.<sup>273</sup> Esta apreciación no me parece que se pueda fundamentar documentalmente. En cambio, Wieacker opina que, gracias a la influencia de la filosofía neoplatónica, los humanistas se formaron una ‘idea del derecho’ que sería como una rememoración de lo que ya encontraban en la historia y la literatura antiguas.<sup>274</sup> Es posible que fuera así en las obras de los juristas de la primera mitad del siglo XVI. De forma menos comprometida, Piano Mortari indica que la actividad de los juristas humanistas —que él personifica en Eguino Barus— “tendía a desenvolver la actividad intelectual en un sentido creador de nuevos principios jurídicos”, y H. E. Troje estima que estos juristas lograron una alianza singular entre investigación humanista y jurisprudencia práctica.<sup>275</sup>

Entre los juristas hasta ahora mencionados, sólo Luis Charonda tocó expresamente el tema de la renovación de los contenidos de la jurisprudencia. Este autor declara que “*jurisprudentiam originem habet a natura*” y que “*omnis juris atque legis fons ipsa natura est*”. La razón humana se ajusta a la naturaleza y, por tanto, la ley, “*quae est recta ratio*

271 Cfr., entre otros, a Orestano, R., *Introduzione...*, cit., pp. 158 y ss.; Stintzing, *Geschichte...*, cit., vol. I, p. 103. J. Bolognietti, jurista que realizó un estudio especialmente extenso de las nociones del *ius civile* utilizadas en su tiempo, indica que “*ius significat totum corpus juris civilis, et ejus partem*”. Cfr. *Prima Digesti Veteris vocant, Commentarius seu Repetitiones*, Venecia, 1582, p. 69 y 50.

272 Cfr. p. 156.

273 Cfr. *La formation...*, cit., pp. 540 y ss.

274 Cfr. *Privatrechtsgeschichte...*, cit., p. 92.

275 Cfr. Piano Mortari, “Razionalismo e filología nella metodologia di Baron e di Duareno”, *Labeo* 15 (1969), p. 11; Troje, “Humanistische Kommentatierungen Klassiker Juristenschriften”, *Jus Commune* IV (1972), p. 52. Este mismo autor, *Die europäische Rechtsliteratur...*, cit., pp. 58 y 59 desarrolla más ampliamente esta idea.

*in juvendo et vetando*”, y el ‘*jus*’, consisten en la “recta razón” común a todos los hombres.<sup>276</sup> Pero no piense el lector que Charonda propone una metodología jurídica nueva basada en el ‘derecho de la razón’ o el ‘derecho de la naturaleza’, que sustituiría al *Corpus Juris*. Por el contrario, las explicaciones de este autor sobre las relaciones entre la *natura*, *ratio* y *jus* sólo persiguen convencer al lector de que el derecho romano es superior al elaborado por los juristas bajomedievales, ya que aquél se fundamenta en la equidad natural y los juristas medievales (Charonda los llama *scholastici*) “*iniquitatis artem confixerunt*”. Consecuentemente con estas ideas, el francés propone la vuelta al estudio del puro derecho romano.<sup>277</sup>

Algunos estudiosos destacan la función de la idea de la aequitas en las teorías de los humanistas del siglo XVI,<sup>278</sup> pero esto no cambia sustancialmente el estado de la cuestión, porque también los juristas medievales recurrieron a la aequitas como punto último de referencia de la justicia de las opiniones que ellos emitían.<sup>279</sup> Es decir, a menos que entendieran la equidad de forma distinta a los medievales, la simple alusión a ella no cambiaba ningún fundamento.<sup>280</sup>

Domenico Maffei sostiene reiteradamente que la filología fue el instrumento hermeneútico que permitió a los humanistas construir una visión renovada del derecho, de modo que estos juristas hicieron brotar una filosofía del seno de la filología.<sup>281</sup> Pero Maffei no plantea ni resuelve el problema de la renovación del ‘contenido’ del derecho en el marco del

276 Cfr. *Verosimilium...*, cit., ‘Praefatio’.

277 Cfr. *ibidem*.

278 Vid. el ya citado estudio de Kisch, *Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit*. Ideas parecidas del mismo autor encontramos en *Studien...*, cit., pp. 51 y 54.

279 Vid. mi estudio “En torno al método de los juristas medievales”, *Anuario de Historia del Derecho Español* (1982), pp. 617-647.

280 Indica Piano Mortari que la ‘*aequitas*’ en el pensamiento jurídico medieval era identificada con la *naturalis ratio* y que, conforme a este pensamiento, las normas jurídicas representaban la actuación de la justicia en cada caso concreto: la *aequitas constituta*. Prosigue indicando este historiador que no podríamos hoy determinar el significado de la equidad, ‘*justitia*’ y *naturalis ratio* en las teorías de los juristas del siglo XVI y que, por tanto, no es posible saber si estos autores dieron un sentido nuevo al contenido equitativo y racional de las normas jurídicas: “*Qui ci interessa mettere in rilievo la derivazione sostanziale delle concezioni del diritto dei giuristi del secolo XVI da quella dei Commentatori e porre in evidenza soprattutto che per gli altri l’attributo più importante delle norme giuridiche era la loro intrinseca razionalità*”. Cfr. *Dialettica...*, cit., pp. 358 y 360.

281 Cfr. *Gli inizi...*, cit., p. 154, entre otros lugares. Troje, en *Die europäische Rechtsliteratur...*, cit., pp. 54, 55 y 60 sigue esta misma tesis, pero destacando más que Maffei la proyección política de la jurisprudencia humanista. Según Troje, los humanistas aplicaron los conocimientos filosóficos, históricos y literarios a las circunstancias políticas de su tiempo. La actitud de Troje viene a ser como de conciliación entre las soluciones de Maffei y de Orestano, que veremos después.

humanismo jurídico. Se limita con indicar que la filología hizo posible la ‘historificación’ del derecho romano, que fue vuelto a su estado original con una comprensión más plena de la norma jurídica romana, y que tal sentido histórico del derecho romano es la línea que separa a los juristas medievales de los humanistas.<sup>282</sup>

Orestano, por su parte, entiende que los humanistas sustituyeron la autoridad del *Corpus Juris* por la de la historia, viendo en ella una “*certissima philosophia*”.<sup>283</sup> Esto es cierto, porque estos juristas concedieron a la historia un valor normativo sobre la realidad presente, y esta idea sirve de telón de fondo, en el campo del derecho público, a la *Francogallia* de Hotman, y al *De Ecclesia, potestate ecclesiastica et civile, ac de utriusque discrimine* de Francisco Duarenus, obras que intentan la solución de algunos problemas políticos de su tiempo. A pesar de que hubo algunos intentos de aplicar la historia al derecho civil privado,<sup>284</sup> los humanistas se hubieron de contentar con exponer ordenadamente lo que encontraban en el derecho romano.

Por este motivo, Astuti opina que los juristas que se adscribieron al ‘*mos gallicus*’ no supieron distinguir entre la elaboración dogmática del derecho y su conocimiento histórico y que, en su ilusión por la antigüedad, fueron incapaces de renovar la ciencia del derecho.<sup>285</sup> Giambattista Vico fue consciente de la impotencia del ‘*mos gallicus*’, y por ello designaba a los seguidores de esta tendencia como “simples historiadores del derecho romano”, mientras que a los juristas de la corriente ‘bartolista’ los tenía por “filósofos de la equidad natural”.<sup>286</sup> Al dedicarse al puro estudio histórico del derecho romano, estos juristas emprendieron un camino que se mostró insuficiente para remozar o sustituir a la jurisprudencia medieval, esencialmente práctica.

282 Cfr. *op. cit.*, pp. 154-161. Me parece más exacto el juicio de Piano Mortari —aunque lo matizaré más adelante— cuando escribe que “*quello in realtà significò per la scienza giuridica l'utilizzazione degli studi letterati, delle ricerche storiche e filologiche nel campo del diritto è problema non ancora approfondito in concreto della storiografia*”. Cfr. *Considerazione...*, *cit.*, p. 284.

283 Cfr. *Introduzione...*, *cit.*, p. 178.

284 *Vid.*, entre otras, las monografías del Alciato, “De singulari certamini” y “Consilium in materia duelli ex certum ex libro quinto responsorum Alciati”, en el vol. XII del *Tractatus Universi Juris*, pp. 293 y ss.

285 Cfr. *Mos italicus...*, *cit.*, pp. 177 y ss.

286 Cfr. *De nostri temporis studiorum ratione*, citado por Biagio Brugi en “Come gli italiani intendevano la culta giurisprudenza”, *Per la Storia de la Giurisprudenza...*, *cit.*, p. 134.

## 7. La superación del ‘mos gallicus’ por el racionalismo humanista

De una forma más o menos intuitiva, otros juristas, la mayor parte de los cuales no suelen ser considerados plenamente humanistas, obviaron estos inconvenientes. Andrés Alciato, al que por varios motivos se le puede considerar el iniciador del humanismo jurídico,<sup>287</sup> no pretendió hacer historia, al contrario que Cujas o Agustín, sino remozar elegantemente la jurisprudencia con un espíritu renacentista: de ahí su latín de calidad. Por esto, sigue contemplando al derecho romano como un ordenamiento jurídico vigente y en modo alguno acepta las sugerencias de los *grammatici* italianos que, como Lorenzo Valla, propugnaban un estudio puramente histórico de él.<sup>288</sup> Empezó, ciertamente, investigaciones históricas y filológicas, pero no se propuso crear un saber simplemente teórico. Por el contrario, consideró a la historia como un medio eficaz de obtener experiencias que debían servir al jurista como reglas y lecciones orientadoras de su trabajo: “*Bene beataque vivendi exemplis, historiae lectione admonemur*”,<sup>289</sup> ya que los conocimientos históricos formaban parte de los fundamentos de la ‘*prudentia juris*’ a la que tanto valor concedía este autor.<sup>290</sup> De este modo, los estudios lógicos, históricos o filosóficos sólo constituían unos instrumentos culturales imprescindibles de los que debía valerse el jurista para alcanzar los fines propios de la jurisprudencia. Alciato tuvo siempre presente la distinción entre elaboración dogmática y conocimiento histórico de los institutos jurídicos.<sup>291</sup> La filología, en cambio, era un medio útil al servicio de la interpretación del texto romano dentro del marco de los principios interpretativos fijados por el *jus commune* medieval. No se advierte en Alciato —al contrario de lo que sucedía entre los seguidores de la Escuela de Bourges— una tendencia a la simple erudición histórica hecha posible por el análisis filológico.<sup>292</sup>

287 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*”. Cfr. *Historia Juris Civilis*, cit., p. 58.

288 Cfr. Brugì, *Come gli italiani...*, cit., p. 113.

289 “*Encomium Historiae*”, *La lettere di A.A. giureconsulto*. Barni, Firenze, 1953, p. 222, cit. por Piano Mortari en “*Pensieri di Alciato sulla giurisprudenza*”, *Studia et Documenta Historia et Juris* 33 (1967), p. 213.

290 Cfr. Piano Mortari, *op. cit.*, pp. 214 y 215.

291 Cfr. Piano Mortari, *op. cit.*, p. 218. Este autor explica, refiriéndose a Alciato, que “*per lui la ricerca storico-giuridica non poteva esaurire i problemi creativi indispensabili all’attività intellettuale del giureconsulto, ma allargare solo il patrimonio del suo spirito, fornendogli le lezioni della storia da tener presenti nell’esercizio della sua opera*”. Cfr. *op. cit.*, p. 219.

292 Sobre la función de la filología, vid. Piano Mortari, *op. cit.*, p. 219.

La intención que le guiaba era eminentemente práctica, como se reconoce, entre otras obras suyas, en el *De verborum obligationibus*, estudio en el que tiene en cuenta ampliamente las aportaciones de los juristas medievales. En él, contrariamente a los que propugnaban el estudio del derecho romano libre de glosas y comentarios, el de Alzate tiene en cuenta a Acursio —al que llama ‘columna del derecho’— y a Bartolo —‘maestro del arte jurídico’— y en cualquier caso es preferible, según Alciato, Acursio a Valla. Hay que tener en cuenta que Alciato consideraba necesarias las obras de los juristas para entender muchos textos romanos porque faltando aquéllas éstos eran un enigma incluso para los expertos.<sup>293</sup> Esta intención práctica se reconoce también en el *De verborum significatione liber*, en donde pasa del comentario de este título a la elaboración propia del significado que han de tener las palabras que se emplean en el derecho.<sup>294</sup>

En conjunto, la aportación de Alciato más importante, además de exigir una formación humanista en el estudioso del derecho, de la que él mismo dio ejemplo, fue hacerla compatible con un buen latín, y con la brevedad en la forma: “*Latine breviterque de iure disserendo*”.<sup>295</sup> En efecto, al explicar en Bourges, en 1530, el título “*De verborum obligationibus*”, se sirvió de las numerosas opiniones de los juristas medievales y de otros doctores más recientes. Fueron examinadas y, en su caso, refutadas, una a una, como era costumbre. Ello suponía dedicar la mayor parte del tiempo a esta tarea, sin que los estudiantes pudieran alcanzar una visión sintética del estado de la cuestión. Por esta razón, este mismo curso, los estudiantes de Bourges le pidieron mayor brevedad en la exposición del programa: no era necesario exponer con detalle y minuciosamente todas las opiniones existentes sobre un detalle determinado. Bastaba con hacer un breve resumen, con orden y claridad. Así se podía ampliar la materia a estudiar, y quedaba tiempo para exponer las ideas propias. Alciato,

293 *Vid.*, sobre estas ideas, Brugi, *op. cit.*, pp. 112-114. Acerca de la repugnancia que causaban en Alciato las exigencias de Lorenzo Valla, *vid.* Mesnard, P., “Alciato y el nacimiento del humanismo jurídico”, *Revista de Estudios Políticos* 53 (1950), pp. 123-129.

294 *Cfr.* Mesnard, *op. cit.*, p. 126, y Brugi, *op. cit.*, p. 115.

295 En el “De eo quod interest. Commentariis ad l. unicam C. de sentent. quae pro eo, quod in te pro se”, en el *Tractatus Universi Juris*, *cit.*, vol. V, p. 7, escribe: “*Non me latet ab Romani Imperii inclinatione nullius opera extare, quae latina dictione in civile disciplina, concinnata sint, quin potius tum primum ab recto curso flecti ceptum est, et barbarismis quisbusdam corrupta commentaria in pretio tamen habebantur, deinde processu temporis mandrabuli more eo deventum, ut nostris hisce diebus nulla bona littera in omnibus, quotquot sunt juris civilis interpretibus, reperiri queat, et jam vulgo circumferatur, nullum est se jurisconsultum posse, qui latine loqui et eleganter sciat*”.

titubeando por miedo a ofender a la tradición de Bourges, accedió al deseo de los estudiantes, mientras manifestaba que el nuevo método le costará mayor esfuerzo. No se trataba de escoger un argumento, entre otros, y añadir algo propio. Sería preciso estudiar profundamente la cuestión debatida y agrupar todos los principios dispersos en la casuística jurídica existente. Después, habrá de contemplar de un golpe de vista el problema en su conjunto, y aducir una sola razón que anule todas las contrarias.<sup>296</sup>

Algo parecido hizo Uldarico Zazius, el otro pionero del humanismo jurídico, que compatibilizó la erudición sobre la historia y la literatura clásicas con las doctrinas de Acursio y Bartolo.<sup>297</sup> En los *Paratitla*, una de sus obras más conocidas, tiene presentes continuamente las aportaciones de los glosadores y comentaristas, cosa congruente con el propósito que persigue con este estudio y, consecuentemente, en la polémica entre los humanistas y los juristas se puso decididamente de parte de éstos, defendiendo a Acursio y a Bartolo de los ataques de Valla y Budeo.<sup>298</sup> Así pues, Zazius, el otro pionero del humanismo jurídico, construye sobre las doctrinas de los medievales, como cualquiera reconoce en sus *Commentaria, seu lecturas in titulos... Pandectarum*,<sup>299</sup> y no aprueba que *grammatici* como Lorenzo Valla se entrometan en la jurisprudencia, pues ésta presenta unas exigencias que sólo pueden ser satisfechas por aquellos que poseen una adecuada formación jurídica. Entre los humanistas, esta formación únicamente la encuentra en Budeo, hombre que es “*modestius tamen quam Valla, et doctius egisse videtur*”.<sup>300</sup>

Este jurista tiene en cuenta las exigencias culturales de su tiempo; demuestra conocer bien las obras de Angelo Poliziano y Lorenzo Valla. Con frecuencia se remite a Alciato y Budeo, y sigue con entusiasmo los escritos de Erasmo.<sup>301</sup> Aceptando algunas de las ideas nuevas sobre el

296 Sobre estas últimas ideas, *vid.* Brugi, *cit.*, pp. 116 y ss.

297 Indica en el *Praefatio*: “*Ordo dabitur titulus pulcher et brevis. Porro et quae vel in textibus vel gell. selecta putavero, velut ad puncta congeram, Bartoli potissimum et Baldi, et aliorum doctrinis, si quando necessitas exigat, non praetereundis*”. *Cfr.* ed. cit., vol. I, p. 1.

298 *Cfr.* Kisch, *Gestalten...*, *cit.*, pp. 56 y ss.

299 *Vid.* *Commentaria, seu lecturas eiusdem in titulum secundae partis Pandectarum quod vulgo Infortiatum vocat* y *Commentaria, seu lecturas eiusdem in titulos tertiae partis Pandectarum, quod vulgo Digestum novum vocat*. Ambas obras ocupan, respectivamente, los vols. II y III de la ed. cit.

300 *Cfr.* “*Antinomiarium aliquot dissolutiones*”, 7. Ocupa las pp. 242-256 de la ed. cit.

301 Los datos más importantes a este respecto los encontramos en su Epistolario. Son especialmente interesantes las cartas dirigidas a Bonifacio Amerbach, magistrado en Basilea, que se encuentran en el vol. V de la ed. cit. Alude repetidas veces a Montaigne. *Vid.* carta sin fecha, en la p. 546; carta de julio de 1627, en p. 465. Se refiere a Angelo Poliziano en una carta de mayo de 1520, en la p. 473, entre otros lugares. Su autor más admirado es, sin duda, Erasmo. En una carta sin fecha, del año

modo de proceder en el derecho, concede al derecho romano más importancia que la que le habían asignado los juristas anteriores. Pero, a diferencia de los seguidores del ‘*mos gallicus*’, no emplea su tiempo en el simple estudio histórico de este derecho, pues aunque se esfuerza por conocerlo y exponerlo con claridad, y a tal fin prescinde de vez en cuando de las glosas y comentarios medievales, no se limita a concordar los textos romanos y a esclarecer su sentido. Estudió a fondo el Digesto, la Instituta y el Código, y obtuvo un entramado de conceptos jurídicos romanistas que proyectó sobre el derecho de su tiempo, con una pretensión práctica. Así procede en las “*Enarrationes in titulum institutionum de actionibus*” y en el “*De verborum obligationibus*”.<sup>302</sup>

Así pues, Alciato y Zazius, por una parte, y los representantes del ‘*mos gallicus*’ por otra, no guardaron una relación de precedente a realidad madura. El milanés y el alemán iniciaron los estudios históricos y filológicos sobre el *Corpus Juris Civilis*, pero ambos entendieron a la *Jurisprudentia* como un saber esencialmente práctico basado en la autoridad del derecho romano y de los principales representantes de las escuelas jurídicas que se fueron sucediendo hasta el siglo XVI, lo que era algo opuesto al espíritu que animaba a los seguidores de la Escuela de Bourges. Algunos juristas del siglo XVI se percataron ya de estas diferentes actitudes metódicas, y Julio Paciús, en la ‘*Dissertation*’ leída en Heidelberg el 30 de agosto de 1584, reconocía la existencia de cinco métodos jurídicos existentes desde el siglo XII hasta entonces. Los más importantes, según Paciús, son los de Bartolo y Baldo, Alciato y Zazius, y la dirección filológica que compete tanto a los juristas como a los gramáticos.<sup>303</sup>

1509, escribe: “*Erasmus et Budaeus ambo Graeci sunt*”. A Erasmo se refiere normalmente llamándole *Magnus Erasmus*: vid. pp. 532, 539, 544. En una carta de diciembre de 1521 (p. 538) dice de él que es “*nostri saeculi ornamentum*”, y llega a decir “*Vivat in aeternum os Erasmi gemmeum, quod circa aureum os tam eleganter versatur, os oci tam salubriter jungit*”. Cfr. p. 454.

Se considera amigo de Alciato, con quien cruzó correspondencia: vid. pp. 470-474 del volumen referido. En una carta de agosto de 1525 (p. 549) escribe: “*Alciati Fortunam prosperam avidissime accipi: det Dominus, ut ad animae ejus salutem sit perpetua. Quod autem non semel ab eo discedo, me id facere veritas cogit, quis Plato amicus et veritatem omnibus amicitias semper praetulit*”. Le llama “*principi in doctrinis*” (carta de octubre de 1522, p. 533), alude a los “*Alciati divini responsa*” (carta de septiembre de 1525, p. 451) y dice de sus escritos: “*Nihil enim in ejus scriptis est otiosum, nihil absque ratione collocatum*”. Cfr. carta de octubre de 1525, p. 454.

302 Ambas obras se encuentran en el vol. IV de la ed. cit. La primera ocupa las páginas 243 y ss., y la segunda, con una paginación no correlativa con la anterior, las 671 últimas páginas.

303 Cfr. Astuti, *Mos italicus...*, cit., p. 181.

Alciato y Zazius fundaron una escuela que tuvo numerosos seguidores. Por estos mismos años Jerónimo Cagnolus procede de una forma similar a la de los iniciadores de la corriente humanista. Cagnolus conoce bien las obras de Budeo, Zazius y Alciato,<sup>304</sup> y alterna los estudios históricos sobre el derecho romano con cuestiones orientadas a la práctica jurídica. Pero no tiene obras dedicadas exclusivamente a estudios puramente históricos, al contrario que Alciato, sino que, intercaladas en sus ‘*enarrationes*’ y ‘*commentaria*’,<sup>305</sup> incluye numerosas digresiones históricas, procediendo así de una forma similar a la de Zazius. Su preocupación más importante es el derecho público y todas aquellas cuestiones que se relacionan con la naturaleza, ejercicio y límites del poder político.<sup>306</sup> En el campo del derecho privado propone —siguiendo las sugerencias de Poliziano, Valla y Alciato— restituir “*textum proprio candori*”,<sup>307</sup> y se muestra preocupado por crear un procedimiento de enseñanza del derecho concorde con las nuevas corrientes.<sup>308</sup>

Las dos obras citadas de Jerónimo Cagnolus presentan externamente la estructura antigua, un comentario al texto romano constituido por un conjunto de casos prácticos presentados en un ‘*summarium*’ colocado en el lugar de cada ‘*lex*’. Pero los contenidos concretos y formales de su argumentación jurídica se han enriquecido. Además de las *leges* y las *rationes*, incluye entre las *auctoritates* no solamente a los juristas medievales y del siglo XVI —que demuestra conocer bien— sino también los autores clásicos griegos y latinos, tanto literatos como filósofos, cuyas opiniones tienen la misma autoridad en el momento de resolver un problema como una ‘*lex*’ romana o la opinión de un jurista importante. Obviamente, los filósofos y literatos de la antigüedad no tratan directamente temas jurídicos: Cagnolus se sirve de sus citas para mostrar lo adecuado o inadecuado, la conveniencia o la inconveniencia de una conducta, y estas citas funcionan a modo de argumentos de autoridad, o explicativos, que hacen ver la justicia o la injusticia de una determinada solución. Esto era algo nuevo hasta entonces que tendría para la jurisprudencia coetánea y posterior una importancia insospechada, porque proporcionó al jurista una li-

304 *In Constitutiones et leges Primi, Secundo, quinti et duodecimi Pandectarum aurearum enarrationem libri duo*, Venecia, 1586, pp. 70 y 79, entre otros lugares.

305 *Vid. In titulum Digesti De regulis Juris, omnibus jurisperitis utilissima*, Venecia, 1558.

306 *Vid. la extensa Epistola boni principis*, editada juntamente con el *In Constitutionibus et leges...*, *cit.*, en el *In Constitutionibus...*, también se plantea frecuentemente cuestiones de este tipo.

307 *Cfr. In Constitutionibus...*, *cit.*, p. 61.

308 *Cfr. cit.*, pp. 50 y 51.

bertad intelectual muy superior a la de los seguidores estrictos del ‘*mos gallicus*’ —dependientes enteramente del *Corpus Juris*— y de los ‘bartolistas’ decadentes, excesivamente apegados a la producción jurisprudencial anterior.

Al incluir las humanidades en el derecho, renovando con aquéllas el contenido de éste, Cagnolus y otros juristas hicieron posible una nueva dirección metódica distinta de la jurisprudencia tradicional y del ‘*mos gallicus*’, que fue seguida por numerosos autores. Su rasgo fundamental, frente a las actitudes metódicas ya existentes, fue el de proporcionar al cultivador de la ‘*jurisprudentia*’ 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 —adelanto ideas— será frecuente la indagación sobre los fundamentos últimos de los diversos institutos jurídicos, para lo que fue preciso aludir al derecho natural y al *ius gentium*, y los juristas reclamaron progresivamente, como propia, la ocupación con temas filosófico-jurídicos.

La etapa en la que el ‘*ius*’ era identificado con el derecho romano y sus glosas y comentarios ha quedado, así, definitivamente superada por un sector de juristas. Esta nueva orientación del pensamiento jurídico —que no rompe bruscamente con la tradición: normalmente dicen ocuparse del derecho natural— se deslizó paulatinamente hacia un razonamiento jurídico en el que lo fundamental era el libre despliegue de la razón de cada cual. Ello 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.<sup>309</sup> Es decir, influye la tendencia nueva que consideraba al derecho de Roma como algo perteneciente a una cultura ya desaparecida, pero el peso de la tradición era demasiado fuerte como para desprenderse de él bruscamente. De esta manera, como la autoridad del derecho romano se había debilitado extraordinariamente en tanto que fuente principal del derecho, y algunos juristas del siglo XVI, que eran más o menos conscientes del vacío que se estaba produciendo en la docencia universitaria, echaron mano de otros elementos que fundamentaran la argumentación jurídica.

309 En los *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*. Venecia, 1559, cap. 45, 3, afirma que “*exulavit enim caeque eorum sententia, qui existimabant jus Romanorum omnium gentium commune esse debere, quasi Romanorum Imperator dominus esset totius mundi; res sane risu et ludibrio, quam longa contentione dignior*”.

En este sentido, apunta Piano Mortari que para los humanistas, los antiguos no proporcionaban tanto modelos literarios 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 Piano, es que los nuevos ideales éticos y culturales de algunos juristas del siglo XVI se alimentaban de las obras jurídicas, filosóficas y literarias de la antigüedad griega y romana de una forma que aún nos resulta desconocida.<sup>310</sup> Tiene razón Piano Mortari en insistir en la dificultad para entender este paso histórico de la *jurisprudencia*. En un primer momento, muchos rechazaron el derecho bajomedieval en nombre de la recuperación del derecho romano ‘puro’. Pero, pocos años después, ya rechazan el derecho romano en nombre del derecho natural, es decir, de una especulación sobre el origen, fundamento, naturaleza, etcétera, del derecho, de las leyes y del poder político. Se podría decir imprecisamente que, en este segundo momento, rechazaron el derecho romano en nombre del derecho de la razón. Fue lógico que volvieran sus ojos a los clásicos romanos y griegos: en esta época, aún renacentista, ante la tesitura de tener que crear un nuevo orden jurídico que sustituyera al derecho romano, lo más fácil y aceptado socialmente fue recurrir a la cultura antigua. Estaban, pues, en una situación en la que la razón aplicada al derecho se desplegó apoyándose en la historia, la filosofía y en teorías diversas sobre el derecho natural y el derecho de gentes, con el fin de sustituir el espíritu del derecho romano. Es decir, el enriquecimiento de los elementos que constituyen la nueva argumentación jurídica se debió, fundamentalmente, no tanto al rechazo del derecho romano porque se percataran de sus condicionantes históricos, como a la búsqueda de una ‘idea del derecho’ (por usar una expresión alemana) que hiciera honor a la mentalidad individualista que ya estaba extendida socialmente. El derecho romano perdió su vigencia jurídica, en parte porque resultó ‘historicado’ tras el proceso humanista, y en parte porque buscaron otros fundamentos para la convivencia.

Jerónimo Cagnolus no fue el único que procedió de esta forma. Un grupo numeroso de juristas que no se interesaron por las investigaciones históricas comenzaron a aplicar la literatura antigua y la filosofía escolás-

310 Cfr. *Considerazione...*, cit., pp. 285-287. Orestano, en *Introduzione...*, cit., p. 170, confiesa que nada se sabe con certeza sobre el motivo por el que los humanistas volvieron los ojos hacia la filosofía.

tica al derecho, convirtiéndolas en fuentes directas de él. Andrés de Exea fue uno de los primeros en seguir este nuevo camino. Exea presenta la peculiaridad, además, de remitirse con precisión a ciertas nociones del derecho natural para resolver sus problemas: era la primera vez en la historia que el *ius naturale* recibía una aplicación práctica en la sede del *ius civile*. El derecho romano estaba siendo sustituido por el derecho natural, en un proceso bastante confuso, como es el comprendido entre 1550 y 1640. Exea, además de fundamentar sus opiniones en los juristas más conocidos de la Edad Media y del siglo XV, se introduce por un camino filosófico y cita abundantemente a Platón, Aristóteles, Cicerón, Santo Tomás, etcétera. Tiene en cuenta diversas obras de Alciato y Zazius y usa el griego cuando le parece conveniente. Pero, como he indicado, al comienzo de su *Liber pactorum* hace unas largas digresiones sobre el derecho natural y el derecho de gentes. De esta forma desprendió el *ius naturale* de los textos romanos —en donde los juristas lo habían tenido recluido hasta entonces— y le dio una vida propia.<sup>311</sup>

Este humanismo por el que la razón encontró un nuevo camino tuvo seguidores en Francia desde los primeros tiempos en que irrumpe la corriente humanista. Francisco Connanus aún la erudición sobre el derecho romano con la historia, la filosofía y la literatura griega y latina, utilizándolas en la forma antes indicada a propósito de los autores anteriores. En su obra principal, los *Commentariorum Juris Civilis libri X*, se puede observar este modo de proceder, aunque hay que observar que la erudición clásica se agota en los primeros capítulos. Duarenus, sucesor de Alciato en la cátedra de Bourges, también se sirve de las humanidades en el *In primam partem Pandectarum, sive Digestorum, methodica enarratio*. Sus argumentos están fundamentados, además de en el derecho romano, en la filosofía e historia griega y latina. François Hotman, en cambio, rara vez fundamenta sus opiniones en el derecho romano, pero recurre continuamente en el *Quaestionum illustrium liber*,<sup>312</sup> a todas las fuentes de la sabiduría antigua, formando una argumentación que resulta, en conjunto, armoniosa y límpida. Andrés Tiraquellus, que posee una producción muy variada tanto por el contenido de sus obras como por los estilos literarios que emplea en ellas, tampoco duda en recurrir a los clásicos. Apunta F. Schaffstein que este jurista “brilla con su conocimiento extraordinario, incluso para aquella época, de la literatura antigua. Junto a los poetas, his-

311 Vid. *Liber pactorum unus*, Lyon, 1592.

312 Pp. 846-1007 de la ed. cit.

toriadores y filósofos romanos, cita en abundancia a los griegos y, aún más, éstos se mencionan de modo inmediato y con la misma fuerza que los juristas romanos y medievales”.<sup>313</sup> Este juicio de Schaffstein necesita ser matizado para no desorbitar la aportación de Tiraquellus. Este francés recurre a los autores clásicos de la antigüedad en algunas de sus obras. En unas, monografías como “*De utroque retractu municipali, et conventionali, commentarii duo*, y *Cessante causa, cessat effectus*, y otras, comentarios sobre el Corpus Juris, tal como el *Commentarius, L. si unquam, C. de revocandis donationibus*”,<sup>314</sup> Tiraquellus demuestra dominar el griego y poseer algunas nociones de hebreo, y cuando la cuestión que se discute es muy general, recurre a los testimonios de Homero, Virgilio o Terencio, por ejemplo.<sup>315</sup> Pero cuando el problema es más concreto, o al comenzar la glosa propiamente dicha, su argumentación descansa, como apuntaba páginas atrás, en una relación farragosa de autoridades. El recurso a los clásicos se muestra, en la obra de Tiraquellus, como una muestra de erudición histórica, literaria y filosófica que proporciona un cierto aire humanista a sus líneas, pero que apenas influye en la estructura de su argumentación. Y el mismo Tiraquellus no debió conceder gran importancia a esta forma de proceder porque en otras obras suyas que se prestaban a la inclusión de la cultura clásica, se limitó a recurrir al derecho romano y a los juristas.<sup>316</sup>

Fuera de Francia, esta dirección metódica alcanzó un fuerte éxito. Juan Pedro de Ancharanus, desligado por completo del principio de autoridad —ni siquiera cita al derecho romano—, se deja guiar de vez en cuando por los filósofos y literatos antiguos.<sup>317</sup> En los Países Bajos, dos juristas de gran importancia, Gabriel Mudaeus y Mateo Wesembeck, lo siguieron.<sup>318</sup> Mudaeus, profesor en Lovaina, cita algunas veces a Cicerón

313 *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*, Madrid, 1957, pp. 47 y 48.

314 Las dos monografías primeras están citadas por la edición de Lyon de 1584. El *Comm. L. si unquam...*, por la edición de Lyon de 1587.

315 En el *Utroque retractu...*, para fundamentar la afirmación de que “amicus fratri non posponendus”, por ejemplo, cita a Homero. Poco después, para dilucidar “*Affectio quanta in rebus majorum*” recurre a Tibulo y a Claudiano. *Cfr. op. cit.*, p. 15.

316 *Vid.*, entre otras, *Le mort saisit le vif*, París, 1550; *In L. Boves paragrapho hoc sermone, D. de verborum significatione*. París, 1550. *De privilegiis piae causae*, Lyon, 1584; *De Praescriptionibus Tractatus in consuetudines Pictunum*. Lyon, 1584.

317 *Vid. Quaestiones aureae ac seletissimae omnium praestantissimorum*, Frankfurt am Main, 1581.

318 Wesembeck publicó sus obras a lo largo de la segunda mitad del siglo XVI y por este motivo el análisis de su obra desborda los límites impuestos. Cabe apreciar, de todos modos, que su actividad se orienta preferentemente por un camino histórico-filológico que tiende a esclarecer los textos romanos para, después, exponerlos de forma ordenada. Pero este autor intenta una finalidad práctica, como

al comentar algún pasaje del *Corpus Juris*, pero sin buscar en dicho autor una ayuda para el análisis filológico, sino más bien el auxilio de su filosofía moral. En el *Libri Sexti Codicis (tit. IX) Commentarius* no se limita a esclarecer el texto romano: la intención que le guía es la de exponer sus opiniones a propósito de las cuestiones que suscita la lectura de este libro del Código. Su exposición rompió los moldes tradicionales porque no consiste ya en un agrupamiento de casos prácticos con el inevitable sumario, ni tampoco en una glosa humanista del texto romano.<sup>319</sup> Se trata de un comentario extenso para cada título o 'lex', escrito en buen latín, en el que además de tener en cuenta a los juristas, tanto humanistas como los que no lo son, cita repetidas veces a Cicerón, Quintiliano, Valerio y otros autores latinos.

En España arraigó fuertemente esta dirección del humanismo jurídico, a veces con características peculiares. El portugués Arias Pinellus conoce bien las obras de los seguidores de la Escuela de Bourges, y las remisiones a Alciato, Balduinus, Duarenus, Barus, Zazius, etcétera, se suceden frecuentemente. Pero Arias trasciende la simple explicitación histórica de los textos romanos: en sus obras, consistentes en comentarios a lugares del *Corpus Juris* con la estructura tradicional del agrupamiento de casos tras el sumario, se ayuda de clásicos latinos y griegos para resolver problemas concretos.<sup>320</sup> Y, además, este jurista manifiesta una inclinación entonces poco usual para tratar cuestiones muy teóricas,<sup>321</sup> alejadas de la praxis jurídica.

se desprende de la lectura de *De studio iuris recte inchoando*, incluido en las pp. 21-23 de la *Opera omnia* de Colonia de 1593, y de otras obras suyas en las que combina los estudios tendentes a esclarecer el sentido genuino del texto romano con otros en los que tiene en cuenta las aportaciones de la jurisprudencia medieval. El interés de su obra no reside en el recurso al saber antiguo como fuente del derecho, sino en la combinación del método glosador, propio del 'mos gallicus', con el analítico-exegético usado por los 'bartolistas'. Tal método lo recomienda en el *De compositione juris*, en las pp. 1-21 de la *Opera* citada, y podemos observar su aplicación en el *Commentarius in Institutionum seu Elementorum Juris Civilis libri IIII*, edición de Colonia cit., pp. 93 y ss.

319 Solamente incluye un sumario con enunciación de los temas propuestos cuando la 'lex' o párrafo a comentar son de corta extensión. Stintzing opina que Madaeus sigue un método exegético-analítico, pero mostrando las conexiones conceptuales existentes entre los diversos institutos jurídicos. Cfr. *Geschichte...*, cit., vol. I, p. 341.

320 Vid. *Constitutiones, Codice de Bonis maternis Commentarii quibus maternae successiones jura foeliciter explicantur y Rubricae, C. de rescindenda venditione*, Salamanca, 1518.

321 Cfr. *Constitutiones...*, cit., p. 154, entre otros lugares. Se plantea aquí que "agitur de justificatione usucapione" y, además de remitirse a la interpretación filológico-histórica que Balduinus hizo de ese texto, cita, para apoyar su opinión personal, a Cicerón y Cornelio Tácito.

Martín de Azpilcueta recurre también a la literatura clásica, especialmente a algunos poetas, para mostrar la ‘naturalidad’ de sus opiniones.<sup>322</sup> Pero mayor interés que este canonista presentan Fortún García y Miguel de Ulzurrum. Las obras de estos dos autores ofrecen una doble peculiaridad. En primer lugar, versan sobre temas que son tratados desde un ángulo estrictamente teórico o abstracto, por lo que las remisiones al derecho natural son frecuentes. Por otra parte, apoyan normalmente sus argumentaciones en la filosofía tomista, cuyas ‘*quaestiones*’ y artículos entran, por primera vez en la historia, en la literatura hecha por los juristas, a formar parte de una argumentación sobre el derecho.<sup>323</sup>

La obra de Fernando Vázquez de Menchaca ha despertado un interés singular, porque ha sido considerado el iniciador de la Escuela del derecho natural moderno que se desarrolla en el siglo XVII a partir de Grocio.<sup>324</sup> Este jurista hace en sus “*Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*”, aparecida en Venecia en 1559, un alarde de erudición de la literatura latina que no fue superado por ningún autor coetáneo. Las citas de Cicerón, Ausonio, Horacio, Ovidio, Manilio, Propertio, Lucano, Terencio, Séneca, Juvenal, Lucrecio, etcétera, se suceden —de forma desigual según cada tema— para fundamentar en ellas conclusiones prácticas. Jurista ante todo del derecho común, Fernando Vázquez suele tratar los problemas “ilustres” (como reza el título de su obra) desde una perspectiva muy abstracta, cosa inusitada entonces. Recurre con bastante frecuencia a diversas teorías sobre el derecho natural que, por primera vez en la historia, sirve para fundamentar y resolver soluciones jurídicas concretas. Los juristas anteriores, desde el siglo XII, habían recurrido en contadas ocasiones al *ius naturale*, normalmente en casos fijados por la costumbre para ser tratados desde el derecho natural. Pero nadie había empleado una o varias versiones del derecho natural de forma constante en las argumentaciones jurídicas, o había hecho del *ius naturale* el fundamento único de un sector de la jurisprudencia.

322 Vid. las numerosas obras que se encuentran en la *Opera omnia* de Lyon de 1595.

323 Vid. Fortún García, “De ultimo fine Juris Canonici et Civili. De primo principio et subsequentibus praeceptis, de derivatione, et differentiis utriusque Juris, et quod sit tenendum ipsa justitia”, y Ulzurrum, Miguel de, “Tractatus regimini mundi”, estudios que están incluidos respectivamente en el vol. I del *Tractatus Universi Juris*, pp. 106-132, y en el vol. XVI, pp. 103-129 del mismo Tratado.

324 Vid. Reibstein, Ernst, *Die Anfänge des neueren Natur- und Völkerrechts. Studien zu den ‘Controversiae illustres’ des Fernandus Vasquius (1559)*, Bern, 1949. Vid. también mi estudio *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, Universidad de Salamanca, 1977.

Diego de Covarrubias fue uno de los juristas europeos que mejor respondió al conjunto de las exigencias del movimiento humanista. No se contentó con las aclaraciones filológicas e históricas porque, ante todo, es un jurista práctico que indica expresamente que sigue a Alciato.<sup>325</sup> Pero lo que llama la atención en las obras de Covarrubias es la síntesis que realiza entre la jurisprudencia medieval y coetánea, de un lado, y la filosofía y la teología moral, de otro. Para dilucidar las cuestiones que él mismo se propone, se remite con frecuencia a Platón, Aristóteles, Cicerón, Santo Tomás, Escoto, y no duda en recurrir a los padres de la Iglesia (demuestra conocer bien la patrística), San Pablo, las Sagradas Escrituras, y varios teólogos del siglo XVI, como Cayetano, Vitoria o Soto.<sup>326</sup> Esto, en el marco de una exposición humanista en el que aparecen repetidamente las obras de Juvenal, Ovidio, Tácito, Suetonio, Aristófanes, Platón, etcétera, cuyas citas son tomadas como autoridades que encuentran una aplicación inmediatamente práctica.<sup>327</sup> La *jurisprudencia* se enriqueció con Covarru-

325 Cfr. “Praefatio” de la *Variarum Resolutionum Summa*. Salamanca, 1578. Sobre Diego de Covarrubias existe una monografía de Pereña, L., *Diego de Covarrubias y Leyva, maestro de derecho internacional*. Madrid, 1957. El apartado II del cap. 1, titulado “Derecho y humanismo”, es especialmente ilustrativo acerca de la metodología propia de este jurista.

326 En la *Opera omnia* de Salamanca de 1557-1578 puede comprobarse la forma de argumentar de Covarrubias. Este jurista dosificaba su cultura humanista con gran regularidad, y por ello ninguna de sus obras es diferente, respecto del tema que nos ocupa, de las demás. En el *In librum quartum decretalium Epitome*, vol. II de la ed. cit., pp. 225-465, cap. Sextum, secundae partis, epígrafe Decimus, 3, encontramos un texto que muestra claramente su modo de proceder. En dicho lugar se propone la cuestión de si el matrimonio entre parientes de primer grado está prohibido por el derecho natural. Parece que, en efecto, está prohibido por este derecho, y así lo confirman Santo Tomás, Cayetano y Jenofonte. Pero Quinto Curcio, Estrabón, Catulo, Quintiliano, Tertuliano, Crisóstomo, Clemente Alejandro, Suetonio, Tito Livio y Plutarco muestran que en algunos pueblos era tolerado el incesto. Ello no quiere decir, sin embargo, que el incesto esté permitido por el derecho natural o que el mismo derecho natural haya cambiado, “*nam licet in aliquo homine dictamen legis extinctum, et sopitum sit in una specie, non tamen inde sequitur in eo prorsus extinctam esse legem naturae communem, ex qua tamen ex principio communi illud particulare deducitur*”. Esta juicio se refuerza por el testimonio de César en “*De bello gallico*”, en donde afirma que entre los germanos estaba permitido el hurto, y es evidente que los robos están prohibidos por el derecho natural. La respuesta correcta a esta cuestión es la que ofrecen Santo Tomás, Alejandro de Hales, Escoto, Durando, Silvestre, San Agustín y un comentario de Juan Luis Vives al *Nuevo Testamento*.

327 Schaffstein, en *La ciencia europea...*, cit., afirma que “cual sus contemporáneos franceses e italianos, está también Covarrubias herido por el espíritu humanista... Este ropaje humanista ha contribuido sin duda a proporcionar a la obra de Covarrubias aquella difusión asombrosamente rápida y amplia fuera de España, que expresa la multitud de ediciones que llegó a tener. Podría hablarse de disfraz humanista, ciertamente. Pues el influjo humanista determina en Covarrubias únicamente la forma externa de exposición, no el contenido. Precisamente en sus teorías jurídico-penales se nos presenta también, en absoluto, como un post-escolástico” Cfr. pp. 161 y 162.

Es difícil ponderar este juicio de Schaffstein. Al parecer, este alemán —como resulta de la lectura de la obra indicada— pretende equiparar a Covarrubias con los teólogos españoles del siglo XVI que

bias con unos contenidos que los juristas anteriores habían usado sólo parcialmente.

Alfonso de Castro, con su *De potestate legis poenalis libri duo* fue el jurista español de esta época que procedió más elegantemente. Ante todo, está su claridad y coherencia, problemas que tanto preocupaban a los humanistas. Él se aparta del método casuístico seguido por la mayor parte de los juristas coetáneos, y en este estudio suyo, aunque no es una obra con una presentación pretendidamente *sistemática*, sí existe orden en la exposición de sus opiniones. El razonamiento personal predomina en su argumentación, y rara vez recurre a las *auctoritates*. En estos extremos supera a los juristas ya mencionados. El zamorano, igual que Covarrubias, demuestra ser un *homo universalis* que pone al servicio de la *jurisprudencia* todos los saberes que se encuadraban entonces bajo el rótulo de humanidades. Las remisiones de las *Sagradas Escrituras* son frecuentes, tanto, al menos, como las de los filósofos: Platón, Aristóteles, Santo Tomás, Escoto, etcétera. A pesar de ser fraile franciscano, las citas más frecuentes son las de Aristóteles y Santo Tomás, y los Padres de la Iglesia aparecen una y otra vez, del mismo modo que Virgilio, Plutarco, Aulo Gellio, Terencio, Herodoto, etcétera.

Los juicios negativos sobre la penetración del humanismo en la cultura española del siglo XVI,<sup>328</sup> y sobre la influencia de las corrientes humanistas en la jurisprudencia hispana de esta época,<sup>329</sup> necesitan ser revisa-

se ocuparon de temas ético-jurídicos. De ahí el epíteto “post-escolástico” aplicado a sus teorías. Si Schaffstein entiende por ‘escolástica’ una actitud metódica escasamente o nada original, hay que concluir que está equivocado. El modo de argumentar de Covarrubias aparece por primera vez en el siglo XVI, siendo desconocido por los juristas y teólogos anteriores, y precisamente fue el mismo Covarrubias uno de los que recreó y ayudó más a difundir y prestigiar por Europa este nuevo método. Si Schaffstein considera ‘escolásticos’ a los juristas que no presentan su doctrina de forma sistemática —así parece que también caracteriza a los que él llama tales— tendría que considerar como escolásticos a la mayor parte de los juristas humanistas franceses, belgas y holandeses de la primera mitad del siglo XVI, que tampoco exponen sus doctrinas de forma sistemática.

328 *Id.*, entre otros, Gil, L., “El humanismo español del siglo XVI”, *Actas del III Congreso Español de Estudios Clásicos*, Madrid, 1968, vol. I.

329 Schaffstein afirma que “por lo demás, bajo el título conjunto de ‘Ciencia del derecho penal en la época del Humanismo’, estos juristas españoles sólo pueden mencionarse a modo de apéndice. Pues aunque el humanismo llegó también a España y se percibe su influencia en la forma externa de composición, no obstante, su penetración fue demasiado superficial para poder impregnar la auténtica substancia del pensamiento español y, en especial, del pensamiento jurídico español. Estos juristas eran, como se sabe, esencialmente post-escolásticos, lo que se traduce no sólo en los puntos filosóficos de partida sino también en el método que siguen para discutir problemas aislados dogmático-jurídicos y en los resultados a que llegan”. *Cfr. La ciencia europea...*, *cit.*, pp. 154 y 155. Según Schaffstein, los juristas españoles son “escolásticos” porque no siguen un camino sistemático y porque buscan

dos. España, ciertamente, careció de grandes centros editoriales, del tipo de los de Amberes, Lyon o Venecia, y los mismos españoles solían publicar sus libros fuera de España. Pero Elías Kembach, testigo de excepción de las corrientes metodológicas del siglo XVI, después de aludir al ‘*mos italicus*’ y al ‘*mos gallicus*’ escribe: “*Mediam ingredi viam putantur hispani; qui et legum textus, eiusque verbarum magnam habent rationem, et simul in ea, quae glossa Doctoresque tradiderunt, accurate inquirunt... Tales sunt Didacus Covarrubias, Arias Pinellus, Garzias, Gomezius, Alvarus et alii, quorum monumenta hodie sunt in manibus omnium*”.<sup>330</sup>

### 8. La ordenación de los institutos y la aparición de diversos sistemas jurídicos

Los cambios que experimentó la *jurisprudencia* en el siglo XVI afectaron también a la forma según la cual debían ser expuestos los diversos institutos jurídicos. Ya he indicado que la actitud metódica y docente de la jurisprudencia anterior, que consistía en el examen minucioso y detallado de cada parte del *Corpus Juris*, debía ser superada, aunque los motivos en los que se fundamentó esta exigencia fueron de naturaleza muy diversa. De una parte, la enseñanza del derecho en las facultades universitarias se veía seriamente afectada por la enorme cantidad de glosas, comentarios y monografías ya existentes. Sobre este problema Chiapelli indica que “en esta época de decadencia de los estudios jurídicos era

en la filosofía de Santo Tomás su apoyo doctrinal último. Como crítica a la primera parte de esta afirmación, me remito a lo indicado inmediatamente antes. En lo referente a la filosofía tomista, me parece que no se puede llamar “escolástico” —tómese o no este adjetivo en sentido peyorativo— a un jurista porque fundamente su doctrina en la filosofía tomista. Debe tenerse en cuenta que los principios ético-jurídicos fundamentales tomistas eran aceptados comúnmente, de forma tácita, por la práctica totalidad de los juristas, católicos o protestantes. El hecho de que algún jurista se remita expresamente a Santo Tomás sólo indica —teniendo en cuenta la formación filosófica de los juristas de este tiempo— una mayor cultura en filosofía por parte de quien lo cita. Además, hubiera sido deseable que Schaffstein describiera esa “auténtica substancia del pensamiento jurídico español”, que le parece a él tan fácil de caracterizar.

330 F. Tomás y Valiente, en *El derecho penal en la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII)*, Madrid, 1969, p. 121, entiende que Castilla no conoció bien el humanismo porque culturalmente se relacionó con Italia, en donde apenas prosperó esta corriente, y no con Francia. Holthöffer, a su vez, mantiene que “*Hier sowie in Spanien und Portugal, wo die humanistische Richtung sich nicht nachhaltig oder nur zögernd durchsetzen kann, ist es auch in der zweiten Jahrhunderthälfte noch verbreitet, während es in Frankreich, den Niederlanden und in Deutschland jetzt vom humanistischen Kommentar völlig verdrängt wird*”. Cfr. *Rechtstypen...*, cit., pp. 146 y 147. Este juicio es realmente sorprendente si tenemos en cuenta que los juristas alemanes, fuera de Zazius y Catiúncula, permanecieron refractarios al humanismo jurídico

común un vicio gravísimo, concretamente el de extenderse en el comentario de una ley hasta el punto de consumir un año entero de enseñanza en el examen de un solo título de las Pandectas”.<sup>331</sup> Había que poner remedio a esta situación, y a ello ayudaron los ideales pedagógicos humanistas que querían un método de estudio del derecho atrayente y sencillo, tendente a conseguir un conocimiento claro, armónico, bien organizado en su totalidad.<sup>332</sup> Ante esta exigencia, algunos juristas recogiendo ideas difusas entre los humanistas que habían atacado la jurisprudencia ‘bartolista’, elaboraron una serie de escritos programáticos en los que propugnaron como programa científico la reelaboración metódica de toda la *jurisprudentia* a fin de obtener unos compendios panorámicos del *ius civile*.

Además, existe un factor difícil de caracterizar según lo que nos muestran las fuentes. Resumidamente lo podría llamar ‘la tendencia hacia el sistema’, porque existía una mentalidad, borrosa, que entendía que toda la multiplicidad y la variedad de opiniones que mostraban los libros de los juristas era consecuencia de un fallo en el método científico seguido. Los humanistas entendían, más o menos, que así como la naturaleza del hombre es única, el derecho ha de ser igualmente unitario, sin dar lugar a discrepancias entre unos juristas y otros, o entre unas naciones y otras. Era preciso que la filosofía estudiara correctamente la naturaleza humana (cosa que ellos entendían que hasta entonces no se había hecho) y que, de la mano de esta investigación filosófica, se *expusiera* el derecho ‘verdadero y bueno’, por usar la expresión de Juan Luis Vives. Un personaje importante en este capítulo de la historia de la jurisprudencia fue Guillermo Budeo, que propugnaba la unión entre la filosofía y la *jurisprudentia*, porque entendía que la única forma válida de proceder en la creación y exposición del derecho era la ‘sistemática’, ya que la filosofía, en esta época precartesiana, tendía a desarrollarse bajo la exigencia del sistema. De este modo, una preocupación práctica, surgida de las exigencias de la docencia del derecho, y una convicción puramente ideológica, coadyuvaban a reformar la exposición y la enseñanza del derecho en la primera mitad del siglo XVI.

331 *Firenze e la scienza del diritto nel periodo del Rinascimento*, cit., p. 465. Schaffstein indica en *op. cit.*, pp. 35 y 36 que “ya desde el siglo XVI se había convertido, con independencia del movimiento humanista, en una necesidad inaplazable para la enseñanza teórica de palabra y por escrito ordenar la materia jurídica porque ésta había llegado a alcanzar una extensión insospechada”.

332 *Cfr.* Piano Mortari, *Considerazioni...*, cit., p. 288.

Está extendida la idea de que los juristas seguidores del ‘*mos gallicus*’ se encaminaron colectivamente por un camino sistemático, y que la sistematización del derecho fue un logro de esta Escuela.<sup>333</sup> Quizá el decurso histórico fue más complejo. Alciato siempre se mostró reacio ante los intentos del *ius in artem redigere*. Para él era suficiente con exponer las instituciones según el orden del Digesto.<sup>334</sup> Zazius rechazó la conveniencia de un cambio total en la jurisprudencia y, consecuentemente, polemizó con los primeros defensores de la exigencia sistematizadora,<sup>335</sup> que no eran juristas. Cujas, el representante por excelencia del ‘*mos gallicus*’, fue ante todo un glosador y un exégeta del *Corpus Juris Civilis* que hacía de la *interpretatio*, frecuentemente analítica, el último escalón de su quehacer jurídico. Ciertamente, si él hubiera querido hubiera podido redactar un cuerpo doctrinal —lo que hoy llamaríamos ‘dogmática jurídica’— con las nociones romanas. Nadie estuvo en mejores condiciones que él, dada la calidad de su investigación, su dominio de todo el *Corpus Juris*, y el método ante todo jurídico que siguió para ofrecer un conocimiento adecuado del derecho romano. Pero en Cujas destaca su falta de espíritu sintético,<sup>336</sup> lo que quizá fue consecuencia de su mentalidad jurídica: los juristas romanistas siempre han tendido a considerar el derecho como un *saber* o actividad, como explicitaba Pedro de Bellapertica: “*quia ius est scriptum, et jurisprudentia est scire*”<sup>337</sup>

Esta resistencia a la tendencia sistematizadora opuesta por los representantes más importantes del ‘*mos gallicus*’ motivó la existencia de una

333 Piano Mortari escribía que es característico de la Escuela de Bourges “*il delinearsi di una moto intellettuale tendente a mettere in rilievo la grande importanza delle discipline logiche per costruire un sapere sistemático del diritto*”. Cfr. *Razionalismo...*, cit., p. 7, Mitteis, H., “Renaissance, Humanismus und Rezeption der fremden Rechte in Deutschland”, incluido en *Die Rechtsidee in der Geschichte*, Weimar, 1957, p. 556, sigue también, entre otros, esta idea.

334 Vid. Brugi, B., “Un corso sistemático di un nostro professore del secolo decimosesto”, *Per la Storia...*, cit., p. 51. Schaffstein, *La ciencia europea...*, cit., p. 36. Este autor se apoya en los estudios de Moeller, E., *Andreas Alciato*, Breslau, 1907, pp. 103 y ss. y Viard, E., *André Alciato*, París, 1925, pp. 142 y ss., y Troje, *Die europäische Rechtsliteratur...*, cit., p. 43.

335 Cfr. Stintzing, *Geschichte...*, cit., vol. I, pp. 142 y 171.

336 Cfr. Troje, *Die europäische Rechtsliteratur...*, cit., p. 43, entiende que Cujas defendió el ‘*ordo iuris*’ tradicional. Piano Mortari, en cambio, lo considera defensor del sistematismo jurídico. Se fundamenta en el opúsculo de Cujas “*Oratio de ratione docendi iuris*”. Vid. *Dialectica...*, cit., p. 298. Teniendo en cuenta el conjunto de la obra de Cujas, no parece que este juicio se pueda mantener aun cuando este jurista hiciera alguna concesión a la corriente sistematizadora en la citada *Oratio*. Brugi, en cambio, en *Un corso sistemático...*, p. 51, repara en las profundas diferencias metodológicas existentes entre Cujas y Donellus, que sí fue el gran sistematizador del ‘*mos gallicus*’.

337 *Petri de Bellapertica Jureconsulti Gallorum clarissimi, in libros Institutionum Divi Justiniani Sacratissimi. Principis, Commentarium longe acutissimi*, Lugduni, 1586, p. 50.

actitud ecléctica entre la jurisprudencia tradicional, puramente casuística, y esa otra que se desarrolló a lo largo del segundo tercio del siglo XVI. Elen, Catiúncula, Duarenus o Wesembeck, entre otros, al partir del convencimiento de que “*in docendo in artibus, ab iis quae universalialia, et nobis notiora sunt, ad singularia procedendum est*” —idea que era un lugar común tanto en muchos autores, del derecho como de otras ciencias— recomendaban a sus alumnos el estudio de la Instituta como medio propedéutico para introducirse en el estudio del derecho. Mateo Wesembeck, por ejemplo, superando los consejos de Alciato, sugería agrupar bajo principios generales o especiales los diversos problemas jurídicos, pero siguiendo fundamentalmente el orden de los títulos del Digesto.<sup>338</sup>

El camino hacia esta ‘medio-sistematización’ fue rápido, y aunque se publicaron obras pretendidamente sistemáticas en la segunda mitad del siglo XVI, puede afirmarse que tal camino nace, se desarrolla y llega a su plenitud en la primera mitad de este siglo.

Dicho rumbo fue marcado, ante todo, por los tratados de dialéctica legal que se fueron publicando a partir de 1514, año en que Pedro Andrés Gammarus publicó su *De modo disputandi ac ratiocinandi in jure libri III*. Esta obra es un compendio de lógica, redactada según las fuentes medievales, en la que expone las diversas formas de la *argumentatio*, centrandó su estudio en los cuatro tipos fundamentales, a saber, el silogismo, la inducción, el entimema y el ejemplo. Se ocupa de las diez categorías aristotélicas, de los cinco predicables de Porfirio, y concede un valor especial al estudio de los *loci argumentandi*, tomando su doctrina de Aristóteles y Boecio. El contenido de esta obra responde a su título, y Gammarus ilustra unas digresiones lógicas con ejemplos jurídicos.

Es oportuno advertir, y esta observación se puede referir tanto a Gammarus como a los otros autores que mencionaré a continuación, que los tratados de ‘lógica legal’ de esta época versan indistintamente sobre lógica, retórica y dialéctica, con la pretensión, por parte de algunos, de disolver la dialéctica en la retórica o, por lo menos, dejar reducida la diferencia entre una y otra a una simple cuestión de forma literaria.<sup>339</sup>

338 Cfr. Piano Mortari, *Considerazioni...*, cit., pp. 290 y ss. Wesembeck, en el *De compositione juris*, incluido a modo de “Praefatio” en la *Opera omnia* de Colonia de 1573, declara que el texto debe exponerse según un doble comentario, uno exegético “*seu methodico, altero analytico seu apodictico: quorum illo singulae Jurisprudentia partes industria investigatur, et in certum corpus ordine ac ratione cocinna contrahantur: hoc vero evoluantur enucleate omnia, et exponuntur interpretatione justa*”.

339 Cfr. Brugi, *Dalla interpretazione...*, cit., p. 25. Piano Mortari, *Dialettica...*, cit., p. 305.

Sin embargo, la *inventio argumentorum* fue considerada el momento más importante en el trabajo con la jurisprudencia, gracias a su carácter práctico. En cambio, el *Organon* aristotélico resultaba excesivamente teórico y abstracto en este saber. Desde los inicios de la Escuela de Bolonia había existido la tendencia al *ius in artem redigere* por medio de la aplicación de los recursos lógico-formales a la jurisprudencia. Años antes, Alberico de Rosate denunciaba esta pretensión, haciendo suyas las palabras de Ricardo: “*Ipsae enim irridebat aliquos doctores contemporaneos suos qui studebant tradere scientiam nostram syllogistico, sophistico et dialectico modo*”.<sup>340</sup> En plano práctico, lejos de las abstracciones de los filósofos, las dos obras sobre dialéctica jurídica publicadas después de la de Gammarus fueron dedicadas exclusivamente al tratamiento de los *loci* aplicables al derecho, y consistieron, por tanto, en tratados destinados a ayudar en la búsqueda de los argumentos utilizables en la argumentación jurídica. Tal sucede con los *Loci argumentorum legales* de Nicolás Everardus y con la *Topica tractata per exempla legum* de Claudio Catiúncula, también titulada y más comúnmente conocida como *Topica legalia*. Catiúncula declara en el *praefatio* de esta obra que sigue las doctrinas de Aristóteles, Cicerón, Boecio, Rodolfo Agrícola y Trapezontius. La *Topica legalia* se compone de veinticinco capítulos dedicados cada uno de ellos al estudio de un ‘*topos*’, comenzando por los más generales y ocupándose progresivamente de los ‘*loci*’ cada vez más concretos.<sup>341</sup> Esta forma de ordenar científicamente los criterios que permiten discernir las formas correctas del pensamiento tuvo gran importancia en la evolución del pensamiento jurídico sistemático. En efecto, todo sistema reclama partir desde un *principium unicum*, que forzosamente ha de ser la noción lógica más general, y el siglo XVI obedecía titubeantemente a esta exigencia. Otros autores de libros de dialéctica legal se limitaron, en cambio, a ordenar alfabéticamente los ‘*loci*’.<sup>342</sup>

340 La cita continúa: “*et dicebat considerare debere quod scientia nostra tradi non debet hoc modo... arguere enim in scientia nostra ad decapitationem alicuius de formato et forma, de substantia et accidenti et similibus modis et argumentis syllogisticis non credere bene tutum*”. Negaba que ésta hubiera sido el método que siguieron los grandes maestros: “*nec hunc styllum secuti sunt patres et doctores nostri antiqui, qui satis fuit subtilis Azo, Bulgarus, Martinus, Odofredus et alii*”. La cita la he tomado de Astuti, *La “glossa accursiana”, Atti del Convegno Internazionale di Studi Accursiani*. Milán, 1969, pp. 626 y 627.

341 Catiúncula comienza con los *loci* “*a praejudicis, a definitione, ab Etymologia, a coniugatis, a toto*”, etc. Concluye con los *loci* “*a scripto, a sententia contra scripto, quod sumitur a verosimile*”, y estos últimos pueden ser “*a more, ab opinione, a natura, a qualitate rei vel personae, a tempore (praeterito, instanti, consequenti) a loco, a siquis et circumstantibus*”.

342 Cfr. Stintzing, *Geschichte...*, cit., vol. I, p. 116.

No estaba muy claro, sin embargo, qué era un ‘*topos*’ jurídico. Estos autores mencionados se refieren a realidades diferentes cuando tratan de ellos. Por una parte están los *loci ordinarii*, que son aquellos lugares del *Corpus Juris* en los que se fundamentan los argumentos, aislados entre sí, referentes a un determinado instituto jurídico. De esta forma se obtenía una cierta unificación del contenido fragmentario del Digesto o de la Instituta. Así, por ejemplo, al aludir al *ius gentium* era obligado remitirse a la ‘ley’ *Ex hoc iure*, D., título “De iust. et iure” (D. 1,1,5), en donde se mencionan las instituciones ‘introducidas’ por este derecho. Por otra parte estaban los *loci communes*, que eran los criterios dialécticos empleados en la argumentación jurídica, necesarios para el análisis del texto romano. Estos autores eran conscientes de las diferencias que existían entre unos ‘lugares’ y otros, y esta diferencia la reflejaban en la distinta denominación que les otorgaban. Por ejemplo, Gribaldo Mofa llamaba a los ‘*loci ordinarii*’ *sedes materiaram*, con lo que se resaltaba su carácter fundante y topológico, mientras que Pedro Loriot designaba a los ‘*loci communes*’ como *axiomata*, destacando el carácter lógico de la dialéctica legal.<sup>343</sup> Percibimos cómo Loriot era un tratadista de la lógica y no un jurista. La tradición jurisprudencial existente hasta entonces había entendido que un tópico consistía en la normalidad de una cosa: “*Locus est a communiter accidentibus*”.<sup>344</sup>

Al confundir la lógica con la dialéctica, el ‘*locus*’ recibió un significado muy amplio, pues en los tratados de los autores mencionados, los *loci* no consisten únicamente en los criterios de la demostración, sino, también, en un arte para pensar con el cual el jurista puede proceder ordenada y correctamente.<sup>345</sup> Así, lógica y dialéctica legal venían a ser la misma cosa, pues la definición escolástica de lógica usada durante siglos venía a decir que la lógica era un *ars directiva ipsius actus rationis, per quam homo, faciliter, et ordinate, et sine errore procedat*.

Para ordenar o sistematizar el derecho —cualquier lector sabe que ‘ordenar’ y *sistematizar* son dos cosas muy distintas—, se precisaba de una disciplina que cumpliera una función instrumental en orden a conseguir estas cualidades en la jurisprudencia. El saber que cumplió esta función, o por lo menos lo intentaron a través de él, fue la dialéctica, porque, a causa de la confusión entre la dialéctica entendida *stricto sensu* y la ló-

343 *Idem*, vol. I, pp. 115 y 116.

344 Acursio, en l. I, tít. III, ley “Ideo”, glosa “c”, p. 39 de la edición de sus *Commentaria* de Lyon de 1628.

345 Cfr. Stintzing, *Geschichte...*, cit., vol. I, p. 117.

gica, aquélla fue considerada como la razón misma, en este caso, como la razón en su proyección jurídica.<sup>346</sup>

Pero los juristas, casi siempre conscientes de la naturaleza prudencial de su trabajo, que opera con *operabilia* contingentes, incompatibles con la necesidad propia de la lógica, más bien trataron simplemente de hacer accesible al jurista los criterios lógicos para el desarrollo de su tarea interpretativa. Tal es la función de los tratados de Gammarus, Catiúncula, Everardus y Lorient,<sup>347</sup> a pesar de que muestran estar afectados en cierta medida por las exigencias sistemáticas. Con matizaciones, se puede afirmar que existe una continuidad sustancial en el modo de entender la función de la dialéctica entre los juristas bajomedievales y estos otros autores sacados a colación.<sup>348</sup> Consecuentemente, Stintzing afirmó sobre este problema que las obras de Gammarus, Everardus, etcétera, “no pueden ser consideradas como el comienzo de una nueva orientación, sino el resto de una tradición escolástica moribunda”.<sup>349</sup> Estoy de acuerdo con este juicio de Stintzing, siempre que prescindamos en esta contexto del adjetivo ‘escolástico’, que fue usado omnipresentemente durante el siglo XVI y la Edad Moderna para designar, descalificándola, la práctica totalidad de la cultura humanista premoderna.

Como la lógica o la dialéctica (acabaron confundidas) fueron puestas especialmente al servicio del examen analítico del texto jurídico, la clarificación en el derecho que esperaban estos autores de tratados de dialéctica legal estuvo lejos de producirse. Ciertamente, el análisis fue más agudo y preciso. Pero si ya la *jurisprudencia* existente era excesivamente analítica, esto es, casuística hasta en los pormenores, una hipertrofia de criterios dialécticos agravó la complejidad inabarcable de la *jurisprudencia*. Por este motivo se fue afianzando el deseo de una lógica más sencilla que permitiera conceptualizar las instituciones jurídicas y exponerlas or-

346 Cfr. Piano Mortari, *Dialettica...., cit.*, p. 305.

347 Lorient, P., publicó el *De jure apicibus tractatus VIII* y *De juris arte tractatus XX*. Lyon, 1545.

348 Cfr. Piano Mortari, *Dialettica...., cit.*, p. 307, entre otros lugares. La tesis central que anima este estudio de Piano es mostrar que la dialéctica cumplió la misma función en los juristas medievales que en los tratados de dialéctica legal del siglo XVI. Sin embargo, en las últimas páginas —dedicadas a exponer las conclusiones obtenidas— afirma que los comentaristas utilizaron la dialéctica exclusivamente para el análisis sutil y refinado del texto romano, mientras que los juristas cultos del siglo XVI la usaron en la sistematización del derecho. Tal afirmación, además de no estar fundamentada y ser opuesta a los estudios más recientes sobre el tema, supone una contradicción con la tesis mantenida a lo largo de todo su documentado estudio.

349 Cfr. *Geschichte...., cit.*, vol. I, p. 121.

denadamente sin necesidad de aplicar el inmenso aparato lógico existente. Piano Mortari señala que el problema humanista de una lógica nueva fue sentido de forma especial por los juristas de la dirección ‘culta’, y este empeño por simplificar las argumentaciones montadas sobre el *Organon* aristotélico y sus desarrollos bajomedievales debe ser entendido como un deseo de encontrar formas del razonamiento más concordes con el proceso *real* del pensamiento. Buscaron una ‘lógica del sentido común’, más natural, más espontánea, más fácilmente comprensible para todos.<sup>350</sup>

En la tarea de simplificar la dialéctica legal destacó Pedro Ramus, quien en el opúsculo *Quod sit unica doctrina instituendae methodus...*,<sup>351</sup> propuso un replanteamiento de la dialéctica usual en aquel tiempo. Para Ramus, lo fundamental es plantear correctamente el problema epistemológico, para lo cual hay que volver a la doctrina de Aristóteles. Todo conocimiento, indica Ramus, tiene su origen en los sentidos y en la inducción realizada sobre las cosas singulares. Por tanto, el conocimiento de las especies es anterior al de los géneros, pero éstos, una vez conocidos, son ‘*notiores et clariores*’ que las especies y las cosas singulares. Notemos cómo Ramus muestra una mentalidad que, pretextando a Aristóteles, es casi más cartesiana que no aristotélica. Realmente, Descartes fue un producto muy tardío de la mentalidad cartesiana. Ramus alude a los bárbaros que han malentendido a Aristóteles, tales como Porfirio, Armonio, Filopono, Simplicio y otros, “*qui logicam non ex Aristotelis principiiis perpendere et componere... sed pro suo arbitrio tradere voluerunt*”. Estos autores “*duas vias in descensu ascendique fixarunt, rectam unam, alteram inversam: anales et genesim nominant... analysis denique a crassissimis maximaque compositis descendat ad simplicia: genesis contra a simplicibus ad composita perveniat... hoc aristotelicae philosophiae contrarium est, non approbo, non laudo*”.

Porque, aunque todo conocimiento tiene su origen en los sentidos, y se asciende desde lo particular a lo general, como enseña Aristóteles, el error de los intérpretes aludidos ha consistido en asignar a la lógica una finalidad ‘demostrativa’, *in quo toto coelo aberrant*. Afirma Ramus que, según el pensamiento de Aristóteles, la lógica es solamente un *ars bene disserendi*, según el cual:

350 Cfr. *Dialectica...*, cit., pp. 308-310.

351 *Quod sit unica doctrina instituendae methodus ex Aristotelis sententia, contra Aristotelis interpretes et praecipue e Galeno IX Animadversionem P. Rami ad Carolum Lotharigem, Cardinalem*, París, 1557.

*“Ea per qua scimus, primo loco tractanda sunt;  
Per principia, causas, et elementa scimus  
Principia, igitur, causae et elementa sunt primo loco tractanda”.*

Lo contenido en este silogismo se refuerza por otros que incluye a continuación, que demuestran que lo más evidente para nosotros son los “*effecta et composita*”. Luego estos elementos deben ser tratados en primer lugar. “*Totam hanc philosophiam*”, según la cual “*a generalibus ad specialia, a causis ad effecta... ab Aristotele institui*”.

Si aquello que se quiere tratar no va precedido de los conceptos más generales, se incurre, según Ramus, en una tautología. “*Ergo methodus et collocatio artis a generalibus et universalibus causas atque principiis in phisicis et praeceptis et exemplo non solum necessaria, sed sola et unica traditur et approbatur*”. Éste es el inicio del método genuinamente aristotélico. “*¿Quomodo progreditur? Definitionem primo modo statuit, beatitudinem definit, genera deinde dividit, alteram in actione, altera in contemplatione; postremo generis utriusque species deinceps exponit*”. Como conclusión de esta doctrina general sobre el método, escribe: “*interrogatus de methodo ac ordine collocandae artis ert doctrinae, respondebis a prioribus absolute progrediendum esse. Generalissima (inquam) absolute priora sunt subalternis: ab illis igitur ad haec procedendum: subalterna absolute priora sunt specialissimis: ab illis igitur ad haec progrediendum esse*”.<sup>352</sup>

Unos y otros propusieron lo mismo, y Piano Mortari indica que esta lógica nueva fue incapaz de concebir formas lógicas que renovaran fundamentalmente los principios y procedimientos existentes.<sup>353</sup> De este modo encontramos las verdades primeras mediante la *inventio*, se fijan en *axiomata* y se continúan mediante el silogismo. En el silogismo se divide la definición en sus ‘*partes et species*’ que, individualizadas, se unen mediante *transitiones*. Al final del proceso, Ramus dice obtener una síntesis ordenada.<sup>354</sup>

Aludo a la doctrina de Ramus sólo para mostrar la existencia de una forma de pensar, intuida por muchos a mediados del siglo XVI, que sólo sería desarrollada por el *Jus naturale et gentium* más tarde. Porque la doctrina de Ramus, aunque conocida, no fue aplicada en su tiempo,<sup>355</sup> y

352 Estas ideas ocupan las páginas 1-8 de la obra citada.

353 Cfr. *Considerazioni...*, cit., p. 297.

354 Cfr. Stintzing, *Geschichte...*, cit., vol. I, p. 147.

355 *Idem*, p. 148.

antes de aparecer este libro, fueron publicadas varias obras que siguen fundamentalmente este esquema metódico.

Respecto de los tratados anteriores de dialéctica de Gammarus, Ca-tiúncula, etcétera, Troje indica que no sabemos nada cierto acerca de la influencia que ejercieron sobre la jurisprudencia de la época.<sup>356</sup> Éste es un juicio matizable. En los *praefationes* de algunas obras que ofrecen compendios de derecho más o menos ordenados, a las que aludiré más adelante, sus autores hacen referencias explícitas a dichos tratados de dialéctica legal. De hecho, en la primera mitad de este siglo encontramos dos obras que siguen los esquemas de ordenación y sistematización trazados por estos estudios dialécticos.

En 1540 fue publicada la *Jurisprudentiae liber unus* de Sebastián Derrer, que fue quizá la obra de presentación ‘sistemática’ más lograda de todo el siglo XVI. Derrer, profesor de matemáticas, estudió derecho como alumno de Zazius, y ambos hechos se reconocen en el rigor conceptual—casi matemático— de que hace gala y en la consideración de la *Jurisprudentia* como un saber práctico. Aunque cita ocasionalmente a Aristóteles y Cicerón, sus fuentes son ante todo la *Glossa*, Bartolo o Baldo. La razón que le mueve a Derrer es el caos que él percibe en la ciencia del derecho: “*Hinc tam immensa commentariorum coacervatio, et opinionum sylvia, in quibus nihil nisi perpetua incertitudo et animi fluctuatio*”.<sup>357</sup> Ante este panorama, él inició el tratamiento sistemático del derecho partiendo desde convicciones de naturaleza filosófica: “*ego ex philosophicis institutis circa rerum cognitiones aliquo modo attentior*”. Ante todo, según estas convicciones filosóficas, hay que determinar el objeto supremo y esencial de la jurisprudencia a fin de asumirlo como el *principium* informador de todas las partes del derecho, a las que éstas han de remitirse.<sup>358</sup> Su método consiste, pues, en un proceso de deducción sucesiva en el que, a partir del concepto fundamental del derecho (la *jurisprudentia*), va desarrollando las nociones incluidas en aquella otra superior. Derrer se propuso elaborar un compendio de todo el derecho en varios libros, si-

356 *Idem*, p. 51.

357 “Prólogo” de *Jurisprudentia*..., *cit.*

358 En el prólogo citado escribe: “*Verum comperi huic malo aliter mederi non posse, neque nos, magnam collimatuos ad verum scopum, nisi in legali scientia instar aliarum disciplinarum objectum certum praefigatur, in quo omnis legalis scientia conatus tendet, et tandem idem objectum in penitioribus sui ipsius quidditatis, ut ratio jurisprudentia desiderat, intimius contempletur, in partibus subjectivis secernatur: et demum singulis capitibus debita praeeptiones accommodentur: et sic ad statum ac verum rei scopum fiat*”.

guiendo el esquema de personas-cosas-acciones. Pero únicamente llegó a la imprenta el primero, que trata de las personas y de aquellos conceptos fundamentales a la luz de los cuales deben explicarse los demás conceptos más singulares.<sup>359</sup>

Otra obra ahora interesante es la *Methodica dialectices ratio ad jurisprudentiam adcommodata* de Juan Apel, publicada en 1545. A diferencia de la Derrer, no se trata de un compendio del derecho que pretenda una finalidad inmediatamente práctica. Apel persigue, simplemente, enseñar cómo es posible aplicar la dialéctica al derecho, de modo que éste sea expuesto sistemáticamente. En la “Epistola nuncupatoria” de este libro insiste en la necesidad del conocimiento, para el jurista, de las principales categorías dialécticas, “*quae juris civilis studioso sunt valde necessaria... atque jurisprudentiae eam artem adcommodarem*”. Sin embargo, reconoce que existen juristas que no se preocupan de exponer su doctrina bajo forma de *ars* y, a pesar de ello, sus obras son de gran utilidad. El conjunto doctrinal que debe ser compendiado y sistematizado es el de “*Bartholi, Baldi et aliorum clarissimum interpretum*”. Apel, del mismo modo que Derrer, es un autor en el que predomina la vertiente jurídica, que no proviene de las filas del *mos gallicus*. Podría decirse que es un ‘bartolista’ que quiere exponer sistemáticamente el bagaje doctrinal legado por los medievales. Notemos, de paso, el sentido tan débil que recibe la palabra ‘sistema’ en estas obras. Apel se propone *exponer* sistemáticamente un ordenamiento jurídico ya constituido, lo que implica que la “sistematización” sólo afecta a la presentación externa de las materias. Evidentemente, ésta no es aún la época en la que el sistema pretende ser el *principium essendi* de todo el ordenamiento jurídico.

En el “Proemium” de esta obra declara que él se apoya en los tratados de dialéctica de Gammarus y Catiúncula, y recomienda tratar cada instituto jurídico según seis tópicos: *Definitionem, divisionem, causam efficientem, effectus, adfinem et contrarium*. El porqué de la conveniencia de utilizar todos y cada uno de estos tópicos, así como las partes de que consta cada uno de ellos y las matizaciones que es preciso hacer, constituyen la materia de su libro. Pero la *Methodica dialectices ratio...*, no es un

359 El esquema de su libro es el siguiente: *Jurisprudentia*, que se compone de a) *ius* y b) *iusuris objectum*. El *ius* puede ser *divinum, misticum, humanum, naturale, formatum, consuetudo, scriptum*. Cada una de estas *species* del *ius* está dividida, a su vez, en sus correspondientes subespecies. El *iusuris objectum* se compone de *personae, res, commercium et persecutio*. El estudio de las ‘*personae*’ lo divide en *personae conditio, personae defensio, tutela et cura*. Cada una de estas partes se divide, ulteriormente, en sus correspondientes especies.

tratado de dialéctica como los de Gammarus y Catiúncula, por ejemplo. Apel se mueve en el marco de un género literario intermedio entre el puro tratado jurídico y el simple estudio dialéctico. Al exponer cada uno de los tópicos indicados refiere a ellos diversos institutos jurídicos, de modo que la presentación de buena parte de las instituciones queda ya sistematizada en sus elementos más importantes. Pero la intención que le mueve no es tanto ofrecer un conjunto ya sistematizado como enseñar, mediante ejemplos, pautas seguras para la *sistematización* jurídica. Por esta razón carga el acento en la faceta didáctica de su obra, y las instituciones que ofrece sistematizadas las presenta al lector como simples ejemplos de la aplicación correcta del método que él propone.<sup>360</sup>

Stintzing opina que Juan Apel prosigue la corriente exegética propia de los juristas medievales y que su aportación a la ciencia jurídica fue pequeña. Según este historiador alemán, el mérito de Apel reside en la simplificación de los criterios escogidos, criterios que extrae de la naturaleza de la cosa y que, por tanto, dejan de ser criterios externos, *loci*, para pasar a formar parte de una lógica más sencilla, que es la que usará algo más tarde Pedro Ramus.<sup>361</sup> No es fácil estar enteramente de acuerdo con este juicio de Stintzing. De una parte, su apreciación descansa en la convicción de que la dialéctica jurídica medieval sirvió únicamente como instrumento del análisis, volviendo imposible la síntesis de los institutos jurídicos. Me parece que un estudioso de la jurisprudencia bajomedieval percibe cómo aquellos glosadores y comentadores poseían una visión de conjunto de cada institución, a pesar de que sus rasgos y elementos se encontraban dispersos por el *Corpus Juris*. Lo que implica que usaron de un talante metódico que tanto servía para el análisis como para la síntesis. Otra cosa muy distinta fue el exceso de comentarios y el manierismo analítico en la época de decadencia del '*mos italicus*'. Además, la obra de

360 Este método se desarrolla de la siguiente forma: "*Ut sit verbigratia. Tutela veniat explicanda: primum quaeras, quod sit. Et definit eam Servius Sulpitius... Deinde investiges quot habeat partes, quot species*". Recalca la diferencia entre "partes" y "especies" proporcionando ejemplos diversos: "*Animal partimus in corpus et animam. Dividimus in hominem, leonem, bovem...*". En tercer lugar, hay que averiguar "*quae sit causa, unde fluat. Fluit tamen a jure civili... Quarto loco quaeritur effectus et officium, hoc est, quod efficiat tutela: et exercet vim et potestatem in caput liberum et tuetur eum qui per aetatem se nequit defendere. Quinto 'loco' adfine habet tutela curam: magna siquidem est inter tutela et curam adfinitas, magna similitudo: neque tamen unum est alterum. Postremo contrarium est quod tutelam vel impedit, quod minus oritur, vel jam ortam rursus tollit. Ut sit pubertatis fiat mentio: haec etenim tutelam, et quo minus oritur impedit, eamque olim ortam rursus tollit*". Cfr. el "Proemium" de la obra indicada.

361 Cfr. *Geschichte...*, cit., vol. I, p. 289.

Apel persigue mostrar una visión panorámica del derecho, y esto no se compadece con una inteligencia exclusivamente analítica de su ‘lógica’.

En efecto, Apel, sirviéndose de las categorías dialécticas cuyo uso recomienda a los juristas, contempla panorámicamente todo el *ius civile*. Para esto se sirve de un proceso de deducción sucesiva en el que, a partir de la *deffinitio*, divide lo definido en sus ‘*partes et species*’, define estas partes y especies, divisiones que, a su vez, son vueltas a definir y dividir. Así apunta la posibilidad de ofrecer un sistema jurídico que abarque todo el derecho. Aunque Apel no se expresa con la precisión de Derrer, su forma de proceder es muy parecida a la de aquél. En primer lugar, propone el concepto fundamental del *ius*, que es el de *Jurisprudentia*. Después explica que la “*jurisprudentia tractat*” del a) “*ius in re*”, y b) “*ius ad rem*”. El “*ius in re*” comprende tres especies: a) “*quasi dominium*”, b) “*dominium*”, y c) “*ius in re specificum*”. A su vez, en el “*dominium*” hay que distinguir sus “*partes*” (“*proprietates et usufructum*”) y “*species*”: “*dominium directum et utile*”. Se trata, como es obvio, de una exposición esquemática, pero lúcida, de los tipos de *dominia* en la que los distintos *dominia seu proprietates* quedan recogidas en un capítulo único. Posteriormente, Apel, en el *Brachylogus Juris Civilis*, publicado en Lyon en 1548, desarrolló más ampliamente sus ideas sobre el modo de impartir la docencia y el procedimiento para el ‘*ius in artem redigere*’.

El camino iniciado por Derrer y Apel fue seguido por juristas de escuelas muy diversas. En 1543, Conrado Lagus publicó en Frankfurt su *Juris utriusque methodica traditio*, obra que, según el juicio de Stintzing, fue el compendio del *ius civile* más logrado de esta época. En 1542 Melchor Kling había publicado sus *Enarrationes in libros IV Institutionum*, también en Frankfurt, obra en la que se aprecia una mixtura de exégesis y de exposición sistemática, escrita en un estilo popular, alejado de la elegancia propia del ‘*mos gallicus*’.

En la segunda mitad del siglo XVI proliferaron los estudios más o menos sistemáticos del derecho, y los relacionados con la teoría que suponía el *ars juris*. Luis Pelleus, en el “*De juris civilis arte defensione*”,<sup>362</sup> expuso ordenadamente los ocho argumentos más utilizados por los adversarios de la sistematización jurídica y los refutó. Luis Hopper, en su *De juris arte*,<sup>363</sup> se ocupó de ordenar sistemáticamente los problemas más importantes relacionados con la noción de “*ius*”, del derecho natural, del

362 Se encuentra en el *Tractatus Universi Juris*, vol. I, pp. 103-105.

363 *Tractatus Universi Juris*, vol. I, pp. 81-102.

*ius gentium*. En tanto que escrito programático, el “*De jure civili in artem redigendo*” de Juan Corasius gozó de cierta fama. Ensayo corto, aunque con pretensiones, además de ofrecer algunas ideas personales sobre la noción del método propio de la jurisprudencia,<sup>364</sup> le sirvió para ordenar algunos conceptos generales, según las fuentes romanas, y algunas cuestiones jurídicas especialmente controvertidas en su tiempo.

Las monografías en las que se exponen sistemáticamente las cuestiones más importantes referentes a un determinado instituto jurídico forman parte de un género jurídico-literario cultivado por varios juristas a mediados de siglo. Pedro Conversius intentó sistematizar los temas referentes a los *pacta*, pero su estudio es bastante desordenado si lo comparamos con otros estudios similares de la misma época.<sup>365</sup> Gabriel Mudaeus se ocupó de la compraventa y de la hipoteca.<sup>366</sup> Julio Clarus, autor que ha pasado desapercibido durante mucho tiempo, expuso sistemáticamente en sus “*Ex libros Sententiarum Receptarum*”<sup>367</sup> las cuestiones más generales de la sucesión *mortis causa*, la donación, la enfiteusis, el derecho feudal. En el comentario al libro IV se ocupa detenidamente de varios delitos, y al final del libro V expone la “*Practica criminalis*”, estudio unas veces sistemático, otras casuístico, sobre el proceso penal. Con Clarus comienza la ordenación del derecho penal.

Con François Connanus, François Hotman y Hugo Donellus aparecen los primeros compendios, con pretensión de ser completos, del *ius civile*. Connanus, en sus “*Commentariorum Juris Civilis libri X*” intenta una sistematización de estilo muy personal, desordenada quizá para un lector actual, de la que excluye el estudio de las ‘*acciones*’. Los libros referentes

364 *Tractatus Universi Juris*, vol. I, pp. 59-80. Corasius tomó postura propia en la cuestión que nos ocupa. En el cap. 7 de la *Pars Prima* propone un método triple, resolutivo, compositivo y definitivo (o definitorio) que define en el capítulo siguiente como “*methodum aliud esse nihil, quam brevem quaedam, et compendiosam cum ratione docendi viam omnes artes partes subtiliter inveniuntur, et inventae, recto judicio distinguuntur et docentur*”. Su concepción del método está vinculada a convicciones filosóficas: en el capítulo 4 mantiene la necesidad de obtener el derecho “*ex inthima philosophia*”.

365 *Vid. Edicta seu Decreta Veterum Imperatorum ac Jurisconsultorum in tit. de Pactis, D. et C. nunc primum in artem digesta*, Lyon, 1522. En la “*Epistola nuncupatoria*” declara: “*Quod longo studio et meditatione assidua versatus, circa percipiendi et tractandi res modos et formas varias, ubi praestantiorem viam et methodum tutiorem esse, sic disponeres leges singulas ad materiam, ut haec ipsa secundum rectum suum ordinem... ut facilior intelligibilior multo ad suas rationes rei seu tituli, scientia quamvis redderet, ac minore animo negotio et molestia percipi posse*”.

366 *Vid. De contrahenda emptione et venditione y De Pignoribus et Hypothecis*, Lovaina, 1563. Ambos estudios están estructurados en siete capítulos, ordenados desde las cuestiones más generales a las más concretas.

367 Editado en Lyon, 1582.

a personas y cosas se entremezclan continuamente pero, en cambio, el contenido de cada libro en concreto está pulcramente ordenado. La extensión “parte general” que precede al estudio de los institutos concretos constituye una pieza de filosofía jurídica de valor inestimable. Siguiendo la tendencia que también apuntaban Juan Bolognetus y Joaquín Hopper, Connanus entiende que el *ius gentium* romano creado por los hombres *ex necessitatibus*, constituye verdadero y propio derecho natural, pues si es natural al hombre percibir unos primeros principios innatos en la razón, igualmente ‘naturales’ son las necesidades que le obligan a crear unas formas de vida con las que hacer frente a estas necesidades.<sup>368</sup> La figura del derecho natural como recurso argumentativo echa a andar con soltura, por primera vez, en el marco de esta *jurisprudencia* romanista. Una noción del derecho natural que poco o nada tiene que ver con el *Jus naturale et gentium* que pondrá de moda Hugo Grocio en el siglo siguiente. Connanus, aunque hace alguna referencia esporádica a Acursio, Bartolo, etcétera, toma el material de su exposición civilista del *Corpus Juris*.

Hotman, en las “Partitiones Juris Civilis Elementariae”<sup>369</sup> realizó una sistematización del derecho privado en tono sentencioso y lacónico, similar al de una ley actual, siguiendo el esquema de personas-cosas-acciones. Presenta la peculiaridad de no citar ninguna fuente, ni siquiera el derecho romano. Teniendo en cuenta que Hotman preconizaba la conveniencia de la codificación del derecho francés, es muy posible que estas “Partitiones” fueran publicadas para servir ellas mismas como código de derecho civil. Por lo demás, este autor ocupa un puesto importante en la historia del movimiento codificador.<sup>370</sup>

La labor sistemática más extensa fue la que realizó Hugo Donellus. A lo largo de veintiocho libros<sup>371</sup> expuso ordenadamente el derecho romano. Es, pues, un seguidor del ‘*mos gallicus*’. Aunque desde el punto de vista

368 Vid. el estudio de Megías, J. J., *Propiedad y derecho natural en la historia. Una relación inestable*, Universidad de Cádiz, pp. 291-304.

369 Ocupa las páginas 982-1066 del vol. II de la *Opera omnia* de 1599.

370 Hotman publicó en 1573 sus *dialectices Institutiones libri III*, tratado extenso de Dialéctica en el que se ocupa muy especialmente del concepto de ‘*methodus*’, al que dedica buena parte del libro II. Pero, a diferencia de Catiúncula o Apel, esta obra no es un tratado de dialéctica jurídica. El mismo Hotman explica, en el libro II, cap. 18, que “*Dialecticam non aut materiam ullam esse, aut certum aliquod habere ac definitum genus, in quo solo versetur, atque occupata sit: sed instrumentum esse, quo artium omnium materiae ordine certe tractentur... Neque Physici, neque Theologici, neque Medici, neque Jurisconsulti, neque aliarum artium professores suas disciplinas sine illius adiumento tractare possunt*”.

371 Vid. *Commentariorum de jure civili in libri viginti octo. In quibus Jus Civile universum singulari artificio atque doctrina explicantur*, Hannoveriae, 1612.

sistemático es inferior a Sebastián Derrer, ya que no guarda el rigor deductivo propio de este último autor, el *Commentariorum de Jure Civile...* fue la obra sistemática más completa del siglo XVI, aparte, claro está, de los estudios de Cujas.

No todos los seguidores del ‘*mos gallicus*’ que publican en la segunda mitad del siglo XVI exponen sus doctrinas ‘sistemáticamente’. Antonio Govea, Bernabé Brissonius, Eguino Barus, Julio Pacius, Rodolfo Praetius o Francisco Balduinus, entre otros, se desentienden de esta cuestión. A través de los trabajos de Juan Tomás Freigius, German Vultei, Joaquín Hopper y Juan Althusius, la corriente sistematizadora llega hasta el final de este siglo y alcanza a la corriente racionalista del siglo XVII. Sin embargo, no hay que hacerse grandes ideas: por lo general, faltaron obras que expusieran sistemáticamente todo el derecho civil existente. Otto von Gierke nos indica que Johannes Althusius se lamentaba, en su *Jurisprudentia romana* de 1588, de que la sistematización de la ‘materia jurídica’ (*Rechtsstoff*) era una tarea aún no conseguida en absoluto.<sup>372</sup>

### 9. La proyección histórica del ‘humanismo jurídico’

A lo largo de las páginas precedentes hemos sido espectadores, a vista de pájaro, de algunos de los cambios más importantes que experimentó la *jurisprudentia* a lo largo del siglo XVI. La atención prestada a los procesos que se desarrollaron en este tiempo puede ayudarnos a comprender algunas dimensiones de la génesis de la nueva ciencia del derecho, llamada derecho natural moderno, que se manifestó abiertamente con Hugo Grocio.

Aún en la primera mitad del siglo XVI, el ‘*ius*’ era ante todo y fundamentalmente el derecho romano y, en consecuencia, la labor de los juristas era preferentemente exegética del texto romano. Como vimos en páginas anteriores, los juristas estaban firmemente convencidos de poder encontrar en el *Corpus Juris* el fundamento de todo lo que les era necesario: su trabajo se reducía a ‘aplicarlo’ a casos más concretos, o distintos, de los contemplados por los jurisprudentes romanos. Estamos ante una cuestión de prestigio: el derecho romano era la *ratio scripta*, un *donum Dei*: la convivencia humana, en su vertiente estrictamente jurídica, estaba suficientemente asegurada con las Pandectas.

372 “... die Systematisierung des Rechtsstoffs für eine überhaupt noch nicht gelöste Aufgabe zu halten”. Cfr. Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, reimpression de Scientia (Aalen) de la 7a. ed. alemana, 1981, p. 37.

Pero la historia es compleja, y rara vez discurre de forma más o menos lineal: sería fácil echar la culpa de la pérdida de la vigencia jurídica del derecho romano a la ‘historificación’ que este derecho sufrió a manos de los juristas humanistas. No cabe ninguna duda que este hecho debió de influir seriamente en esta *derogación* del derecho romano como orden normativo vigente. Pero no parece que éste fuera el único motivo de este cambio. El problema era difícil, y los juristas tardaron casi un siglo en encontrar el nuevo camino, el del derecho natural propio de la modernidad. Porque la etapa que discurre entre 1559 (año de la publicación de las *Controversias ilustres* de Fernando Vázquez de Menchaca) y 1640, cuando Grocio publicó su *De Jure Belli ac Pacis*, es un tiempo realmente tenebroso: los que proponían, no sabían bien qué era lo que querían, y los que se agruparon en torno al círculo conservador que hizo posible el *Tractatus Universi Juris* no conocían bien el enemigo que intuían que habían de combatir.

Paradójicamente, éste es un momento de enorme riqueza de la especulación jurídica. Quizá el gran vacío del derecho romano y del *ius commune* fue el de no reflexionar sobre su propio trabajo: de ahí las acusaciones, fáciles, de apego a los textos, exceso del principio de autoridad, etcétera, que les achacaron en el siglo XVI. Con independencia de la parte de razón que llevan estos ataques, lo cierto es que los juristas del *jus commune* sabían lo que hacían, aunque no supieron o no se preocuparon por explicarlo: su trabajo fue muy intuitivo. Ante los ataques, la segunda mitad del siglo XVI ve surgir una serie de obras, como las de Bolognetus, Hopper, Connanus o Tholosanus, que representan la primera filosofía jurídica hecha por romanistas: una autoexplicitación de su propio método. Desgraciadamente pronto fueron olvidados ante el alud imparable del derecho natural del siglo siguiente.

El nuevo derecho natural de la modernidad tiene unos puntos de partida y un contenido muy distintos de los de la jurisprudencia prudencial, romanista. Ésta partía desde las exigencias objetivas de las *situaciones*, y el *ius naturale* moderno no reconoce más que individuos aislados portadores de una *qualitas moralis*, la de su independencia. ¿Cómo fue posible el origen del derecho natural moderno? El jurista necesita una base sobre la que argumentar, y el ‘*mos gallicus*’, con su actitud cerrada en torno al texto romano no facilitaba el cambio. En este caso, la base argumentativa fue justificada, o vino de la mano, de la forma de la argumentación. Efectivamente, el nuevo razonamiento jurídico, que reconocemos claramente

en Fernando Vázquez, se constituye por argumentaciones personales, fundamentadas y montadas sobre unos elementos que ya no son exclusivamente el derecho romano o las aportaciones de los juristas del *ius commune*. Podríamos observar, de forma muy imprecisa, que el ‘objeto’ del derecho (por seguir la expresión de Ricardo Orestano) es, en estos autores, una inteligencia de la razón humana que se despliega apoyándose en unos elementos distintos a los de la ciencia jurídica anterior. Los nuevos elementos externos, formales, de la argumentación jurídica moderna estuvieron constituidos por la literatura, por la historia y las filosofías de la antigüedad: éstas fueron las andaderas que justificaron y dieron el marchamo de ‘válido’ a un pensamiento cuyo contenido era profundamente distinto del romano.

El *Corpus Juris* ya no servía, ni tampoco el *ius commune* elaborado sobre él. Ambos agotaban lo que se llamó desde la antigüedad *jus civile*, esto es, el derecho positivo propio de cada comunidad.<sup>373</sup> Además, no rechazaron solamente los contenidos materiales actuales del derecho civil existente: en nombre del arbitrio (*arbitrium*, *Willkühr*) del individuo, contemplado como su único derecho natural, inmotivado porque no era una facultad moral (que habría requerido de una ley previa), sino una ‘cualidad moral’,<sup>374</sup> repudiaron la médula misma del trabajo prudencial. No en vano, ya las primeras páginas del *Leviathan* de Hobbes están dedicadas a mostrar que el derecho no es asunto de experiencia o prudencia, sino de rigor lógico-deductivo. En otras palabras: era preciso crear ‘*ex novo*’ un saber *jurídico* de naturaleza distinta al existente. Obviamente, al *ius civile* sólo podía oponerse otro *ius civile*, es decir, otras opiniones contrarias a las existentes, pero que participarían del mismo estatuto epistemológico: con añadir más opiniones discordantes a las ya existentes no se ganaba nada. En consecuencia, fue necesario dar un nombre nuevo al nuevo saber sobre el derecho: *Novis nova imponenda*, escribía Pufendorf en el ‘Praefatio’ de su *De jure naturae et gentium*, y este rótulo enteramente nuevo fue el de derecho natural, *ius naturale*, que más tardíamente fue llamado derecho natural y de gentes por incluirse en él el derecho internacional.

373 Sobre el significado de la expresión *ius civile*, vid. el estudio de Kuttner, S., “Sur les origines du terme ‘droit positif’”, *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, IV série, XV (1936), pp. 728-739.

374 Vid. el estudio de Megías Quirós, J. J., “De la facultad moral a la cualidad moral”, *Anuario de Filosofía del Derecho IX* (1992), pp. 325-350.

En la primera etapa de su vida, durante el siglo XVII, el *ius naturale* se identificó ante todo con el método que he designado como humanismo jurídico, y que también podría ser llamado racionalismo humanista.<sup>375</sup> La segunda nota que lo caracterizaba era partir desde las nociones romanistas del *status naturae*, en el que contemplaban únicamente a un individuo solitario, sin ningún tipo de *jurisdictiones*. Aun Grocio, autor en realidad de transición, reconoció tres formas de subjección: la voluntaria, la pater-na, y la originada por la guerra. Pero este residuo, más propio de la literatura prudencial, desapareció poco después, y sólo quedaron los *pacta* como las únicas instituciones jurídicas ‘reconocidas’ o fundamentadas directamente en el derecho natural.

El contenido —el individuo aislado— ya estaba en la literatura del *jus commune*. Pero estaba contextualizado de tal forma que no podía echar a andar por sí solo: la *prudencia* lo ampliaba, lo limitaba, o lo sublimaba, según las expresiones de aquellos tiempos. Al crearse una *juris scientia* distinta del *jus commune*, que contempla al derecho romano como un ordenamiento más, los contenidos jusnaturalistas del derecho romano quedaron en libertad. Pero esto sólo fue posible porque la argumentación había ganado previamente una libertad desconocida hasta entonces, de la mano del racionalismo humanista. Como en casi todos los cambios realmente importantes, lo decisivo fue una cuestión de forma.

## II. DEL ‘IUS’ A LA ‘FACULTAS’

Tras los cambios metódicos latían exigencias nuevas que buscaban un cauce por el que expresarse: el método era solamente un pretexto por el que querían hacer posibles reformas de fondo en la inteligencia del derecho. La baja Edad Media, en su madurez, no tenía buena opinión de sí misma: Wycleff y Huss habían intentado reformar el estrato más hondo del *homo ludens* que historió Johann Huizinga, y Lutero triunfó allí donde fracasaron estos reformadores. Los cambios pretendidos no eran solamente religiosos: las ideas romanistas de la ‘*omnium una libertas*’ habían calado en amplias capas de la población, que no alcanzaban a entender

375 Este hecho llevaba a L. A. Warnkönig a escribir, casi a mediados del siglo XIX, que “*Die ersten Gründer des Naturrechts, namentlich Grotius, legen auf Autoritäten das allergrößte Gewicht und haben durch die Berufung auf sie mehr auf die Meinung der Zeitgenossen gewirkt, als sie durch bloße Raisonnements oder ganz durch die philosophische Speculation gewirkt haben würden*”. Cfr. *Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts*, Freiburg im Bressgau, 1839, p. 17.

los motivos por los que había de existir una sociedad estamental y monárquica; las mismas quejas de Francisco de Vitoria contra los abusos políticos de comienzos del siglo XVI nos indican que las tesis tomistas según las cuales el poder ‘reside en el pueblo’, y las tesis romanistas relativas a la igualdad entre los seres humanos, estaban entrando con fuerza en la conciencia de buena parte de las clases cultas.

Los siglos XV y XVI fueron convulsos y equívocos: la protesta y el descontento estaban bastante generalizados, pero ni unos sabían exactamente lo que querían, ni los otros alcanzaban a entender el enemigo nuevo que habían de combatir. El gran factor presente en las polémicas escolares era el de la noción primera del derecho, que para los más conservadores seguía siendo un conjunto de ‘reglas’ a partir de las cuales trabajaba el jurista, y para los innovadores consistía en unas facultades o poderes de cada individuo. Una facultad jurídica implicaba la existencia previa de una norma jurídica que concediera tal poder: pero en este punto vemos la intencionalidad profunda de los escolares de París, que contra toda lógica situaron la facultad antes de cualquier ley objetiva.

Había, pues, que sustituir la forma romanista de argumentar por una consideración del ser humano que ante todo lo consideraba como un portador de derechos subjetivos, de derechos subjetivos de libertad o libertades *ad analogiam spatii*, como explicó Samuel Pufendorf.<sup>376</sup> La consideración de ‘las cosas’, fueran las *personas* que encarna cada hombre, fueran las exigencias que las situaciones concretas plantean a la justicia, desaparecen en los tratados de los iusnaturalistas de la Edad Moderna. En su lugar entra un individuo aislado, independiente y autónomo que es ‘persona jurídica’ en el sentido que Pufendorf otorgó a esta palabra, y que bastante más tarde recuperó Kant expresamente.<sup>377</sup> Estamos, pues, ante un *personalismo* que sustituye a la metodología jurídica típicamente romanista. Ha sido una constante de todos los tiempos considerar que la ‘per-

376 “*Sic v. g. libertas pro statu concipitur ad analogiam spatii: pro facultate agendi ad modum qualitatis activae*”. Cfr. *De jure naturae et gentium libri octo*, Ed. de Francofurti et Lipsiae, 1759, l. I, cap. I, 11.

377 Pufendorf escribe que: “*respiciunt illae vel Personas vel res, et utroque vel proprias vel alienas. Potestas in personam actionesque propria vocatur libertas (etsi quibus ambiguitatibus hoc vocabulum laboret, alibi sit tradendum). Quae tamen non tanquam divisum principium ab eo, cui tribuitur, est concipienda, aut tanquam vis seipsum de se suisque actionibus proprio ex arbitrio disponendi; quae et ipsa involuit negationem impedimenti ex alia quandam potestate superiore provenientis*”. Cfr. *De jure naturae...*, cit., l. I, cap. I, XIX. Sobre este tema en Kant, sus precedentes y sus discípulos, vid. mi estudio *La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la ‘persona jurídica’*, que está publicado en este mismo volumen.

sona', con su inconmensurable dignidad, sólo puede ser medida por sí misma y desde ella misma. Y que la vara de medir un acto de una persona libre, sólo puede ser la naturaleza de tal persona.

Desde la relativa objetividad del cálculo jurídico que Aristóteles entendió y que Tomás de Aquino fijó en la fórmula del *medium rei*, el pensamiento jurídico europeo pasó a la consideración de la *persona* y sus derechos o libertades. Actualmente experimentamos con una especial viveza lo que los siglos XVII y XVIII propusieron como fundamento único del razonamiento jurídico: que la manifestación primera y fundamental del derecho sólo pueden ser los derechos de la persona. Más adelante aludiré a cómo estos derechos de la personalidad se descompusieron históricamente sólo en manifestaciones concretas —'libertades'— de una *lex permissiva originaria*. Quizá el expediente buscado para rehacer la ciencia del derecho, que fue el recurso al 'estado de naturaleza', encarriló decisivamente la consideración de la personalidad como una igual libertad, fuente de cualquier otro derecho. Hasta que Locke no añadió el derecho natural a la propiedad privada, los únicos 'derechos naturales' fueron la igualdad y la libertad.

Este proceso no se produjo repentinamente, como de la mano de un pensador genial que innovara él todo el fundamento de la *jurisprudencia*. Al contrario, más bien parece que se fue gestando lentamente durante los siglos anteriores, especialmente en los siglos XV y XVI. Ciertamente, los iusnaturalistas de la Edad Moderna no hablaron de derechos subjetivos, sino de *qualitates morales personae competentes*.<sup>378</sup> La diferencia entre la facultad y la cualidad moral consiste en que aquella precisa de una ley objetiva anterior que otorgue al sujeto tal facultad. La cualidad moral, por el contrario, no necesita de ninguna ley anterior: es algo que corresponde *naturalmente* a cada persona, de modo que la noción de ley objetiva y supraindividual, vinculando las libertades originarias, es siempre algo antinatural o *contra natura*.<sup>379</sup> Lo 'natural' es la libertad o son las libertades de cada individuo.

378 Vid. Megías, J. J., "De la facultad moral a la cualidad moral", *Anuario de Filosofía del Derecho IX* (1992), pp. 325-350.

379 Pufendorf explicaba que la noción de una ley natural es una contradicción en sí misma: "*Ubi notandum, hoc loco per vocabulum Juris non notari legem, iuxta quam agendum sit, et citra iniuriam agere quis possit; sed facultatem agendi: eoque non recte inferri, omnia, ad quae agenda jus aliquis habet, necessario quoque eundem agere debet. Deinde uti impropria est acceptio vocabuli legis naturalis, quando notat id, secundum quod unaquaque res certa ac determinata ratione agit: Sic et impropria potentia et modus agendi; qui in creaturis ratione non praeditis, juris nomine vocatur.*"

Pero aunque no se puedan confundir históricamente facultades morales y cualidades morales, lo cierto es que la doctrina de la facultad preparó decisivamente el terreno para poder hablar de la persona como portadora de cualidades morales en el derecho. Hubo de ser así porque la jurisprudencia romana no conocía la noción contemporánea de derecho subjetivo, según informa Michel Villey.<sup>380</sup> Desde luego, la realidad del derecho como poder es una categoría necesaria de cualquier consideración jurídica, pero todo es cuestión de matices. Los juristas romanistas, o los teólogos que teorizaron al filo de esta jurisprudencia, vieron la ‘facultad natural’ más bien como una realidad extrajurídica, que correspondía al campo del *fas*, no del *jus*.<sup>381</sup> Lo propio del derecho o *jurisprudencia* era ‘lo debido’ objetivamente, con lo que saltaba a un primer término la noción de deber u obligación, no la de prerrogativa o poder.

Este planteamiento había de ser cambiado en la historia, hasta quedar sustituido por el de una *libertad en general* que corresponde a todos los seres humanos ‘de forma innata’, como se decía en la terminología antigua. De modo que si hasta entonces lo primero y positivo era la institución jurídica existente, desde ahora en adelante toda institución será vista como una restricción de la libertad natural del hombre, y recae sobre ella la carga de la prueba de la justificación de su existencia. Por este camino, todo el derecho fue tomando un carácter negativo: sólo existe en la medida en que es necesario para asegurar las libertades de las personas que viven en el mundo exterior, en el *Sinnenwelt*,<sup>382</sup> como se expresaban los últimos iusnaturalistas, normalmente kantianos. Lo primero y positivo es la libertad. Lo segundo, con un carácter predominantemente negativo, es el orden coercitivo necesario para que puedan coexistir las ‘esferas de libertad’ o *Freiheits-sphären*. Tengamos en cuenta que durante la Ilustración, la propiedad fue entendida a modo de un aseguramiento eficaz de la libertad del in-

*Nam proprie illum duntaxat ius ad agendum habere dicimus, quia previa ratione agit*. Cfr. *De jure naturae et gentium libri octo*, ed. cit., I, II, cap. II, 2, p. 156 de esta edición. No podemos estar de acuerdo con A. Dufour cuando escribe que “*En affirmant que le Droit naturel-ou la Loi naturelle, Pufendorf employant indifféremment l’un ou l’autre terme...*”. Cfr. *Le mariage dans l’école allemande du droit naturel moderne au XVIII siècle*, París, 1972, p. 125.

380 La producción de Michel Villey sobre este tema es muy abundante. Vid., por ejemplo, *Le droit et les droits de l’homme*, París, 1981, pp. 37-104.

381 Francisco de Vitoria entendía el problema de forma parecida. Vid. *Comentario al tratado de la ley*, Madrid, Ed. de V. Beltrán de Heredia, 1952, q. 62, art. 1, 8.

382 Vid. mi estudio, *La cabeza de Jano*, Universidad de Cádiz, 1989, pp. 103-110.

dividuo en el mundo exterior,<sup>383</sup> que no tiene más garantía o fundamento que servir a la libertad. Como el *quantum* de la propiedad quedó indeterminado, según los consejos de Locke y Adam Smith, la propiedad o las propiedades aseguraban la libertad efectiva de algunos, pero menoscababan la igual libertad de todos. Pero éste es otro tema.

Los primeros escauceos de este modo de valorar al hombre y su conducta los reconocemos en las discusiones que mantuvo Pedro de Bellapertica en el siglo XIII, cuando se enfrentaba a la opinión de algunos *moderni* que mantenían que todos los hombres somos iguales desde todos los puntos de vista, de forma que todos quedamos equiparados, seamos libertos o ingenuos, con independencia de la dignidad o de los oficios propios de cada cual.<sup>384</sup> Éste era un tema escolar que había de ser tratado a modo de ejercicio típico, porque de él se ocupó Isidoro de Sevilla, cuyas *Etimologías* constituían una de las más grandes autoridades de la baja Edad Media. La identificación incipiente entre libertad y derecho emerge ya claramente en las páginas de Conrado cuando explica este tema en la segunda mitad del siglo XV. Explica Conrado que según Isidoro, *fas* es el derecho natural, y el *ius* constituye el derecho positivo. “Transitar por un campo de propiedad ajena es ‘*fas*’, porque es lícito. Pues es ‘*fas*’ todo lo que es lícito. Pero no es ‘*ius*’, esto es <derecho> positivo”.<sup>385</sup> Así pues, el *ius naturale* sería esa libertad o permisión universal para los hombres de la que habló Ulpiano.

Pero esta vez los términos derecho natural, libertad, etcétera, tienen una significación distinta a la que hemos observado en siglos anteriores en los juristas del *jus commune*: para estos últimos, lo que era justo o injusto estaba claro: para conocerlo existían el *Corpus Juris* y la ‘razón natural’ del hombre. Aludir al derecho natural no tenía gran relevancia práctica. En cambio, en el momento histórico en que escribe Conrado, y en el ámbito escolar en el que él se mueve, los problemas eran distintos: había comenzado la polémica por determinar los últimos fundamentos del dere-

383 Vid. *La cabeza de Jano*, cit., pp. 103-117.

384 “*Credis tu quod propter hoc quod dixit quod una est conditio: nunquid omnes liberi aequae liberi sunt? Moderni dicunt quod sic, libertinus aequae liber est, sicut ingenuus: tantum libet sibi quantum ingenuus. ideo nunc vult dicere quod in hoc differunt penes dignitatem et penes officia*”. Cfr. *Petri de Bellapertica Jureconsulti Gallorum clarissimi, in libros Institutionum Divi Justiniani Sacratiss. Principis, Commentarium longe acutissimi*, Lugduni, 1586, p. 128.

385 “*Unde Isidorus intelligendo per fas ius naturale, et per ius intelligendo positivum ius: ait sic. Transire per alienum agrum fas est: quia est licitum: fas enim est, quod licitum est: sed non est ius, scilicet positivum, immo vetitum est iure positivum*”. Cfr. *De contractibus licitis atque illicitis*, Venetiis, 1580, tractatus I, quaestio IX, pp. 32-33 de esta edición.

cho y de la nueva sociedad. Ya no se trataba de ningún ejercicio escolar en el que la capacidad dialéctica de cada cual pagaba los gastos de lo expuesto.

Bellapertica optó claramente contra un sentimiento que llegaría a ser dominante: una cosa es el ámbito del derecho, en el que hay que hablar de ‘libertades’ <jurídicas>, *libertas est in his quae juris sunt*, y otro el ámbito de las ‘facultades’, *et in his quae sunt facultatis*,<sup>386</sup> que en principio poco tienen que ver con el derecho. Por esta razón:

transitar por un campo ajeno es *fas*; no es lícito concluir que se tiene un derecho, *ius*, a hacer esto, porque entonces, si alguno me impidiera transitar yo podría oponerle un interdicto. Pero ir por un campo ajeno es ‘*fas*’, pero no ‘*ius*’. De modo que si el dueño me lo prohíbe no podré transitar, y si lo hago, él tendrá contra mí una acción de injurias. Y así se dice que la libertad es una facultad natural.<sup>387</sup>

Tomás de Aquino planteó una solución parecida: del hecho de que existan algunas cosas permitidas no se deduce que la ley las apruebe, sino, simplemente, que las leyes no alcanzan a dirigirlas.<sup>388</sup> No se trata exactamente del mismo problema, pero muestra una mentalidad similar a la de Bellapertica. Y la teoría de Tomás de Aquino sobre el derecho posee para nosotros, en estos puntos, un interés grande, porque Tomás fue el teorizador más completo de la jurisprudencia romanista: él suele explicitar lo que los juristas simplemente daban por supuesto. Los juristas trabajaban, y tenían a gala, dada su enemistad gremial de entonces con los teólogos, no proporcionar demasiadas explicaciones. Quizá por este motivo Bellapertica se siente obligado a explicar expresamente que la ciencia jurídica no embrutece a sus expertos.<sup>389</sup>

386 “*Quare dico quod libertas est in his quae juris sunt, et in his quae sunt facultatis*”. Cfr. Petri de Bellapertica..., *cit.*, p. 121.

387 “*Quare dico quod libertas est in his quae juris sunt, et in his quae sunt facultatis. Per agrum alienum ire fas est: ergo ius, non est verum, quia tunc si quis impediret me ire, interdictis possem age. Sed per agrum alienum ire fas est, sed non ius. Ideo si dominus me prohibeat non ibo: sed si irem tenere actione iniurarum. Et ideo dicit libertas est naturalis facultas...*”. Cfr. Petri Bellaperticae..., *cit.*, p. 121.

388 “*Ad tertium dicendum quod lex humana dicitur aliqua permittere, non quasi ea approbans, sed quasi ea dirigere non potest*”. Cfr. *Suma teológica*, Madrid, BAC, 1947-1960, I-II, q. 93, art. 3.

389 “*Et sic supponit quod omnes qui veniunt ad istam scientiam sunt rudes: hoc est contra artistas qui veniunt de parisiis et faciunt se subtiles. Quiddam dixit mihi anno praeterito quod ista scientia reddiderat ipsum rudem. Dico ista scientia non facit aliquem rudem: si ante subtilis fuit*”. Cfr. Petri de Bellapertica..., *cit.*, p. 52.

En este proceso histórico, desde el *ius* a la ‘facultad’, en el que hay todavía hoy pocas cosas claras,<sup>390</sup> tenemos como protagonistas a juristas del *ius commune*, a teólogos de París y a los teólogos españoles de los siglos XVI y XVII. Los teólogos españoles no forman, ni mucho menos, un bloque compacto ante el problema de la fundamentación o naturaleza última del derecho. Los primeros cronológicamente, como Francisco de Vitoria y Domingo de Soto, viven en un ambiente jurisprudencial aún en buena medida medieval, y por este motivo buena parte de sus obras están dedicadas de hecho a polémicas con los maestros de París. Porque Soto o Vitoria han estudiado a Tomás de Aquino, y han aprendido de él a valorar la *jurisprudencia* existente. En cambio, los más tardíos, como Molina, Vázquez o Suárez, aunque hacen alarde de un gran conocimiento de la jurisprudencia, especialmente Luis de Molina, se apartan del espíritu romanista y de Tomás de Aquino. Ellos conectan mejor con las tesis modernas de Escoto, Gerson y Conrado sobre el derecho.

En este punto parecería obligado echar mano de la filosofía seminominalista de Guillermo de Occam. Estamos ante un tema delicado. Yo compruebo que los teólogos españoles conocen y citan, en este problema, a Gerson sobre todo, y a Conrado; en menor medida a Escoto. Y Grocio, a su vez, citará profusamente a estos teólogos españoles, con Escoto ya perdido de vista. Occam es el gran ausente en la polémica. Hoy damos gran importancia a la contribución filosófica de este autor; pero en los tiempos que le siguieron, Occam no gozó de un prestigio tal como para influir en la historia. Aunque es posible que sus tesis extremadamente voluntaristas, y seminominalistas, expliciten los supuestos más abstractos que hacen inteligible el deslizamiento desde el ‘*ius*’ a la *facultas*.

Domingo de Soto explicaba, con extraña facilidad, que Gerson y Conrado habían mantenido que el derecho o *ius* se puede entender de una doble forma, *bifariam*: “*primo pro lege, secundo pro facultas seu legitima potestate*”.<sup>391</sup> El tema tenía ya alguna historia a sus espaldas a la altu-

390 Existen estudios de calidad sobre la génesis histórica de la noción del derecho subjetivo como manifestación primera del derecho. Tal es el caso de, por ejemplo, Folgado, A., *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*. San Lorenzo del Escorial, Ed. Pax Juris, o el de Bastit, M., *Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas à Suárez*, París, 1990. De todos modos, y a pesar de estos estudios, el desarrollo histórico de este problema dista de estar claro.

391 Estos autores habían establecido que el “*ius bifariam: primo pro lege, secundo pro facultas seu legitima potestate... dominium, inquit, est potestas seu facultas propinqua assumendi res alias in sua facultate vel usum licitum secundum jura rationaliter instituta*”. Cfr. *De justitia et iure libri decem*, Madrid, IEP, 1967, l. IV, q. 1, art.1, p. 279.

ra de 1530, porque Francisco de Vitoria había explicado, algunos años antes, que el derecho no es otra cosa que aquello que es lícito hacer según las leyes, es decir, “*id est jus quod est licitum per leges*”.<sup>392</sup> De acuerdo con lo que explica Santo Tomás en la q. 57, artículo 1, prosigue Vitoria, la ley no es propiamente el derecho, sino una cierta razón del derecho, es decir, es aquella razón por la cual algo es lícito para alguien. En este lugar, afirma Vitoria, explica Santo Tomás que el *ius* y el *iustum* son lo mismo, pues lo justo es lo que es lícito según las leyes.<sup>393</sup>

El mismo Vitoria nos sigue informando que esta definición del derecho es la que proponía Conrado, que identificaba *facultas* y ‘*jus*’, y aunque Conrado ofrece dos definiciones, en realidad coinciden en una, por lo que este autor afirmaría que “el derecho es una potestad o facultad que pertenece a alguien según las leyes, esto es, una facultad concedida”.<sup>394</sup> Esta definición del derecho, nos instruye Vitoria, la tomó Conrado de Juan de Gersón, quien la expone en su *De potestate ecclesiastica*, en la *consideratio* 13, en donde afirma que es derecho porque es una facultad: *jus quia facultas*. Y en esta acepción es como aparece frecuentemente en las *Sagradas Escrituras*.<sup>395</sup> Ni Vitoria ni Soto mencionan a Guillermo de Occam, aunque sí a Escoto.

## 1. Duns Escoto y Juan de Gerson

Escoto había reaccionado fuertemente contra Tomás de Aquino, al que despectivamente llama ‘cierto doctor’ sin mencionarlo por su nombre. En efecto, Escoto mantiene que el *medium* en que consiste la justicia según Tomás no viene suministrado por la cosa, sino exclusivamente por la razón: es un *medium rationis*. Escribe el escocés que ‘cierto doctor’ ha

392 “*Jus ergo, ex superioribus constat, nihil aliud est nisi illud quod licet, vel quod lege licet, id est jus quod est licitum per leges*”. Cfr. *De Justitia*, Madrid, edición preparada por Beltrán de Heredia, 1934, vol. I, II-II, q. 61, art. 1, 5.

393 “*Patet hoc ex Sancto Thomas, q. 57, art. 1, ubi dicit quod lex non est proprie jus, sed est ratio juris, id est, est illud ratione cujus aliquid est licitum. Item, patet in eodem loco in corpore articuli, ubi dicit quod jus et justum idem sunt; et justum illud idem est quod legibus licet: ergo jus etiam idem est, id est quod legibus licet*”. Cfr. *ibidem*.

394 “*Sed ista est diffinitio quid nominis tantum illius vocabuli. Et ideo de diffinitione quid rei notandum est quod Conradus ponit late diffinitionem illius nomine “jus”. Et licet ponat duas diffinitiones, nihilominus coincidunt in unam. Dicit ergo quod jus est potestas vel facultas conveniens alicui secundum leges, id est, facultas data*”. Cfr. *ibidem*.

395 “*Hanc diffinitionem accepit Conradus ex Gersono in tractatu “De potestate ecclesiastica”, consideratio 13, et ideo vocatur jus quia facultas. In qua significatione saepe reperitur hoc nomen ‘potestas’ sive ‘facultas’ in scriptura sacra*”. Cfr. *ibidem*.

explicado que la justicia consiste más bien en un *'medium rei'*, a diferencia del *medium rationis* en que se expresan las demás virtudes. *Hoc enim falsum est*. Porque incluso en el 'medio' que es propio de la justicia conmutativa existe una gran amplitud, y dentro de esa latitud no se alcanza ese punto indivisible en el que se sitúa la equivalencia entre cosa y cosa.<sup>396</sup>

Si la realidad externa a la racionalidad humana no habla de algún modo y medida, entonces la vida práctica del hombre, más que consistir en el análisis de los problemas para alcanzar un fin, se circunscribe al conocimiento (en cierto modo pasivo) de unas normas 'ya dadas' por Dios. Sucede que Escoto rehúye admitir una naturaleza de los actos humanos que, de algún modo, pudiera vincular la omnipotencia divina; porque el movimiento escolar bajomedieval conocido como intelectualismo<sup>397</sup> tendía a concebir las naturalezas de las cosas como absolutamente inmutables, inmodificables para Dios mismo: éste es un peligro que siempre se ha cernido sobre las actitudes filosóficas y teológicas que quieren explicar racionalmente toda la realidad, de modo que el teólogo lanzaría condiciones a Dios, que Él debe cumplir si quiere que el teólogo lo considere ser divino. Escoto, para acallar las pretensiones que tendían a esta inteligencia del orden moral, parte siempre desde la voluntad absoluta de Dios, incognoscible para nosotros. Sigue el viejo aforismo latino: *Non licere mortalibus scrutare arcana Dei*. Y como la voluntad es irreductible a cualquier razón, motivo o causa, Duns traspassa la indeterminabilidad de la voluntad divina a las voluntades humanas, por lo que también consagra la independencia del hombre frente a la naturaleza: ya no existe, según él, una finalidad en los actos del hombre.<sup>398</sup> Duns Escoto únicamente exige el amor incondicional del hombre a Dios, el 'amor espiritual' porque no se fundamenta en ninguna ventaja que tal amor le pudiera reportar a hombre; y este amor reside y es hecho posible por la voluntad, siempre irreductible a motivos o razones.<sup>399</sup>

396 "*Ista autem aequalitas secundum rectam rationem non consistit in indivisibili, sicut dicit quaedam doctor, motus ex hoc, quia iustitia habet tantum medium rei, sed caetera virtutes medium rationis. Hoc enim falsus est. Immo in isto medio, quod iustitia commutativa respicit, est magna latitudo, et intra illam latitudinem non attingendum indivisibilem punctum aequivalentiae rei, et rei, quia quod hoc quasi impossibile est communitatem attingere*". Cfr. *In Primum, Secundum, Tertium et Quartum Sententiarum quaestiones subtilissimae*, Antwerpiae, 1620, l. IV, distinctio XV, q. 2, 15.

397 Para conocer lo que entendemos por tal, vid. J. Hervada, *Historia de la ciencia del derecho natural*. Pamplona, 1987, pp. 175-179.

398 Vid. Dufour, A., *Le mariage dans l'école allemande du droit naturel au XVII siècle*, París, 1981, p. 28.

399 Vid. A. Dufour, *Le mariage...*, cit., pp. 29 y 32.

El peso de la explicación de la realidad jurídica se desplaza entonces desde el análisis de los hechos y situaciones, a las leyes.<sup>400</sup> Consecuentemente, Escoto explica que la ley natural es aquella ley que ‘desciende’ desde los primeros principios: tales son algunos principios prácticos, conocidos por sí mismos (*nota ex terminis*), que son como semillas hacia cuya verdad se inclina naturalmente el intelecto por ellos mismos.<sup>401</sup> Amplía algo más el contenido de la ley natural cuando explica que algunas cosas se dicen que pertenecen a la ley natural de un modo doble: bien como los primeros principios prácticos, “conocidos por sí mismos”, *nota ex terminis*, bien como las conclusiones que se siguen necesariamente de tales principios, de las que se dice que constituyen ley natural en sentido muy estricto.<sup>402</sup> Aunque también cabe la posibilidad de que alguna conducta sea considerada de ley natural porque *consonat* con estos primeros principios conocidos ‘*ex terminis*’.<sup>403</sup> Concluye su breve tratamiento del problema explicando que “Verdaderamente es de derecho natural aquello cuya verdad es conocida por sus términos... o aquello que se sigue evidentemente de lo que es conocido así, como sucede con la conclusión práctica demostrada. Pues hablando estrictamente, sólo son de ley natural aquellos principios o estas conclusiones”.<sup>404</sup> Si extendemos la noción de ley natural, vemos que también lo es aquello que *consona* con aquellos principios y estas conclusiones.<sup>405</sup> Siempre según un talante ‘descendente’: “La Ley natural es aquella que desciende...”<sup>406</sup>

400 Michel Bastit repara extensamente en este problema. *Vid. Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas à Suarez*, París, 1990, pp. 227 y ss.

401 “*Sed istae expositiones non videtur salvare propositum. Dispensare enim non est facere, quod stante praecepto liceat facere contra praeceptum: sed dispensare est revocare praeceptum, vel declarare qualiter debeat intellegi. Est enim duplex dispensatio scilicet, juris revocatio, et juris declaratio*”. *Cfr. In Primum...*, cit., I III, distinctio 37, q. 1, 3.

402 “*Ad quaestionem igitur dico, quod aliqua possunt dici esse de legis naturae dupliciter. Uno modo tanquam prima principia practica, nota ex terminis, vel conclusiones necessario sequentes ex eis: et haec dicuntur esse strictissime de lege naturae*”. *Cfr. loc. cit.*, 5.

403 “*Alio modo dicuntur aliqua esse de lege naturae, quia sunt multum consona illi legi; licet non sequantur necessario ex principiis practicis, quae sunt nota ex terminis; et omni intellectus apprehendentes sunt necessario nota*”. *Cfr. loc. cit.*, 8.

404 “*Illud autem est verum de jure naturali, cuius veritas est nota ex terminis... sive quod sequitur evidenter ex tali vero sic noto, cujusmodi est conclusio practica demonstrata: et stricte loquendo, nihil aliud est de lege naturae, nisi principium, vel conclusio demonstrata*”. *Cfr. In Primum...*, cit., I. IV, distinctio XVII, q. 1, 3.

405 “*sic tamen extendendo quandoque dicitur illud esse de lege naturae, quod est rerum practicum consonum principiis, et conditionibus legis naturae, quod statim notum est omnibus illud convenire tali legi*”. *Cfr. ibidem*.

406 “*Lex naturae est lex descendens...*”. *Cfr. In Primum...*, cit., I. 3, distinctio 37, quaestio 1, 2.

Curiosamente, Escoto desconoce la distinción jurisprudencial entre derecho y ley. Realmente, si para él la realidad humana es algo opaco y amorfo, los hombres carecemos de puntos de referencia para analizar nuestros problemas, y estamos abandonados a seguir pasivamente lo que aparentemente Dios nos indique. Sin embargo, los glosadores habían explicado que las instituciones ‘odiosas’ que se oponen al derecho natural, como sucede con la esclavitud o la *usucapio*, son lícitas porque han sido ‘introducidas’ *propter necessitates*. Es decir, según los juristas, la inteligencia o razón humana posee la capacidad de estudiar lo que es ‘necesario’ para la vida. Y lo que ‘está bien o mal’ de acuerdo con las necesidades, es justo o injusto en el sentido profundo del término porque, como explicaba Hugo de Roy bastante más tarde, pero siguiendo siempre los pasos de Acursio,<sup>407</sup> así como la naturaleza no falla en lo que es natural, del mismo modo la voluntad de Dios no nos deja de asistir en lo que es racional.<sup>408</sup> Parece que Duns no reconoce esta posibilidad al hombre. Él, cuando estudia el porqué de estas instituciones *odiosas*, explica que existen porque así lo han querido de hecho o históricamente los hombres; pero se niega a analizar las razones sociales que aconsejaban su creación y ordenan hoy su mantenimiento.<sup>409</sup>

Entra igualmente por un camino irracionalista al definir la virtud. Según él, la definición de justicia que es preferible seguir es la que proporcionó san Anselmo en su tratado *De veritate*, capítulo 12: *Justitia est rectitudo voluntatis propter se servata*. Esto es así “porque la primera exigencia es que sea observada por sí misma, no a causa de algún provecho o pasión de aquel que la guarda: sino observada o guardada por sí, esto es, espontáneamente por sí misma”.<sup>410</sup> A la vista de esta declaración,

407 En la glosa “g” a las palabras “*Non omnium*” del tít. III, libro I del Digesto, escribe que “*Quidam dicunt se non intelligere hanc legem. Alii dicunt, non omnium, id est nullorum: sed hoc falsum est: quia eorum, quae vira ratione statuuntur, ratio reddi potest*”.

408 En su obra *De eo quod justum est*, Hildesii, 1653, liber II, titulus primus, 2, escribe que: “*Est enim illud ob bonitatem publicam omnino aequum, ob aequitatem necessarium, ob necessitatem justum, quia rationi naturali, ac divinae voluntati congruum est. Nec enim ratio naturalis deficit in necessariis, nec divina voluntas in rationalibus*”.

409 Escribe, a propósito de la *usucapio*, que “*Istud etiam apparet probabile per hoc, quod si quilibet posse suum dominium transferre in alium, tota communitas posset cujuslibet de communitate transferre dominium in quamlibet (quia in facto communitatis suppono inclusi consensu, cujus libet) ergo illa communitas habens justum consensum, quasi jam oblatum, in hoc quidem quilibet consentit in leges justas condendas a communitati vel principe, potest per legem justam cujuslibet dominium transferre in quemlibet*”. Cfr. *In Primum...*, cit., l. IV, distinctio XV, q. 2, 10.

410 “*Hic primo videndum est de justitiae diffinitione, rationem generalissimam justitiae ponit Anselm. de verit. cap. 12, quod “justitia est rectitudo voluntatis propter se servata” ... quia prima*

el autor de estas líneas rememora los escritos de los kantianos, que historió en *La cabeza de Jano* hace ya algunos años.<sup>411</sup> Porque es típico de Kant y sus discípulos no matizar entre las razones o motivos que generan un deber (a los que no tienen en cuenta por su rechazo global del eudemonismo moral o consecuencialismo ético), y la faceta necesariamente autorreferencial que presenta cualquier deber ya constituido. Del mismo modo, para Escoto la “rectitud de la voluntad guardada por sí misma” agota todo lo que se puede explicar de la justicia. Esta actitud parece suponer que las ‘normas’ morales ya existen, que están dadas al hombre desde siempre y para siempre: es la misma actitud de Kant cuando se asombraba del cielo estrellado sobre su cabeza y del mundo moral, que existiría del mismo modo que las estrellas.

Pero Escoto, aunque citado por los autores del siglo XVI, fue poco conocido en comparación con Juan de Gerson, canciller de la Universidad de París, omnipresente en los españoles del siglo XVI, juristas o teólogos. Gerson fue la persona que, además de transmitir estas ideas, las hizo operativas en el derecho, porque abandonó la escueta noción de ‘facultad’ y la substituyó por la de ‘cualidad moral’. Explica Mauricio Beuchot que:

El que propiamente extrae esa noción de derecho subjetivo es Juan de Gerson, pero, a diferencia de Ockham, él sostiene que al dominio pertenece por completo a la libertad, la cual es una facultad irrestricta dada por Dios al hombre... Gerson fue un gran filósofo nominalista, pero también un gran místico, y su vivencia de la libertad divina (para crear y para salvar) le lleva a ver la libertad como un derecho y como una libertad. Ya el derecho no está vinculado a un orden moral objetivo ni a un deber —como para Santo Tomás—, su fundamento es la soberanía del individuo.<sup>412</sup>

Porque Tomás de Aquino entendía que desde el ‘*ius*’ se derivaba el *dominium*, y desde éste la ‘facultad’ de hacer o no hacer, de forma que el dominio y la facultad no eran más que simples contenidos del ‘derecho’, que presentaba ante todo una faz ‘objetiva’ y normativa. Según Beuchot, los derechos subjetivos que Tomás admite son solamente los ‘pasivos’, “como derechos que son dados o permiten algo por otro, más

*regula est, et servata propter se, non prout servata dicit aliquam susceptionem, vel passionem respectu alicuius servantis: sed servata propter se, id est spontanee propter se habita”. Cfr. In Primum..., cit., L. IV, distinctio XLVI, q. 1, 2.*

411 Fue publicado por el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1989.

412 *Derechos humanos. Juspositivismo y jurnaturalismo*, México, 1995, p. 33.

que como derechos para hacer algo por uno mismo”.<sup>413</sup> El pensamiento tomista es, en este punto, igual al de Pedro de Bellapertica, esto es, jurisprudencial, que entiende que las facultades ‘naturales’ de hacer o no hacer *ad libitum* constituyen realidades *de facto*, en principio ajenas al mundo del derecho: pertenecen al *fas*, no al ‘*ius*’.

Explica Alejandro Guzmán que:

La noción de derecho subjetivo, tan familiar a nuestro actual entendimiento, no es romana ni medieval hasta el siglo XIV... No existe ningún texto de esas épocas que nos diga que la palabra *ius* significa *facultas* o *potestas*, que es lo que a fin de cuentas se quiere decir cuando se toma la palabra *ius* en sentido subjetivo. Entiéndase, por ende, que no se trata de negar que los romanos o los medievales hayan desconocido la existencia de *facultates* o *potestates*, cosa que por lo demás hubiera sido muy extraña; lo que se quiere decir es que ellos desconocieron que las facultades o las potestades fueran una de las acepciones de la palabra *ius*.<sup>414</sup>

La palabra *facultad* pertenece al mundo de los hechos, sea porque se derive de *facilis* o *facere*. En el plano jurídico no cambian sustancialmente de significado, explica Guzmán, porque el dueño ‘puede’ usar de las cosas que son suyas: “Porque el uso, el disfrute y la disposición, después de todo, son acontecimientos que ocurren en el plano de los hechos. Solo que, y aquí viene lo interesante, en ciertos casos eso que ocurre en el plano de los hechos es *ius*, como si se dijera *iustum* y en otros es *inius*, como si se dijera *iniustum*”.<sup>415</sup> El *ius*, en consecuencia, es un juicio que se emite sobre algo ya acontecido en la realidad, y por ello originariamente aparece como adjetivo.

Una vez substantivado, equivale a los juicios que se pueden emitir sobre lo real. Éstos, una vez conocidos y reiterados, sirven para emitir juicios sobre lo futuro. Como quiera que, cuando hay un título, esas actividades de hecho, facultades o potestades consistentes en usar, disfrutar y disponer son calificables de *ius* o, si se quiere, de *iustae*, y abreviativamente decimos, es decir los romanos decían, que cuando son *ius* entonces hay un *dominium*, en el lenguaje corriente es correcto decir que el *dominium* hace posible usar, disfrutar y disponer, queriéndose decir sólo, tautológicamente, que es

413 *Idem*, p. 28.

414 “La doctrina iusnaturalista de los derechos innatos y los modernos derechos humanos”, *Revista de Ciencias Sociales* (Valparaíso), 41 (1996), p. 247.

415 *La doctrina iusnaturalista de los derechos innatos...*, *cit.*, p. 248.

justo usar, disfrutar y disponer y no que es posible, porque de todos modos, con *ius* o sin *ius*, es posible, si hay los medios físicos para ello.<sup>416</sup>

Es fácil dar a la palabra *ius* un sentido subjetivo, porque con ella se opera una discriminación entre lo factible y lo que no lo es. “Pero los romanos y tampoco los medievales, no se dejaron llevar por tal facilidad. Jamás dijeron que *ius* fuera palabra que designa la facultad o el poder hacer; lo que dijeron fue que el *ius* es una palabra que expresa un juicio sobre lo ya hecho y, por ende, si es el caso, sobre lo factible o posible”.<sup>417</sup> Ésta es la explicación más precisa que he encontrado para entender, desde nuestras categorías actuales, la diferencia entre ‘*ius*’ y facultad de hacer.

Por contra, Juan de Gerson explica que “el derecho es la potestad, o la facultad que pertenece a alguien según el dictamen de la Primera Justicia”.<sup>418</sup> Con una definición así, Gerson se va directa y realmente a los cielos porque sitúa el fundamento de la justicia en un plano celeste y divino, de modo que con tal distancia entre el hombre empírico y la justicia, aquél no tiene nada que hacer con ésta, que le desborda completamente. La jurisprudencia ya no tiene sentido, porque es imposible. Este irse a las nubes en el plano jurídico se nos manifiesta en la afirmación de un derecho natural puramente ideal, siempre impotente por su condición de ordenamiento paralelo al derecho realmente vigente.<sup>419</sup>

Juan de Gerson mantiene que conocemos la ley natural por la ‘evidencia natural’,<sup>420</sup> de modo que el hombre es totalmente pasivo ante esta ley. Los juristas estaban explicando, y venían afirmando desde Irnerio, que los primeros principios de la razón práctica, comunes a todos los hombres, e indemostrables, sólo se podían conocer de la forma indicada por Gerson: mediante el conocimiento directo. Pero estos juristas entendieron que junto a esta justicia ‘primera’ o inicial, el funcionamiento conjunto del *intellectus* y de la *ratio* permitía al jurista y al moralista avanzar más en el conocimiento de lo que es justo, y por este motivo era posible la *jurisprudencia* como un saber opinable y prudente. Y como el derecho

416 Guzmán, *La doctrina iusnaturalista...*, cit., p. 249.

417 *Idem*.

418 “*Jus vero sic describitur. Jus est potestas, seu facultas propinqua conveniens alicui secundum dictamen primae Justitiae*”. Cfr. *Tractatus de potestate ecclesiastica, et de origine iuris et legum*, edición de Amberes de 1706, vol. II, p. 250, “Consideratio Decimo Tertia”.

419 *Vid.* la explicación de M. Bastit, en *Naissance...*, cit., p. 231.

420 “*Sed si cognoscatur per evidentiam naturalem, accipitur jus proprie naturale*”. Cfr. *Tractatus...*, cit., p. 252.

se consigue a través de un saber prudente, no arbitrario, las leyes justas obligan en conciencia a su cumplimiento, tanto por la índole de lo que contienen como por la calidad de las personas de las que emanan. Pero si se hace como Escoto y Gerson, no queda más remedio que afirmar que el derecho que no es estrictamente derecho natural no posee fundamentos razonables, o que su origen es exclusivamente arbitrario. Veamos este tema despacio, porque es delicado.

Efectivamente, Gerson, que sigue estrechamente a Escoto,<sup>421</sup> reduce el derecho de origen humano a las leyes dictadas por los gobernantes.<sup>422</sup> Así, lo que es justo se especifica como tal únicamente por una peculiaridad de origen: lo justo es lo ordenado o mandado por una voluntad superior. Muy consecuentemente, en su *Opusculum de contractibus*, Gerson viene a negar la capacidad de los *jurisprudentes*<sup>423</sup> y con ello, la existencia misma de cualquier ciencia del derecho. Notemos que los voluntarismos de todos los momentos, morales y jurídicos, no han atacado tanto la posibilidad de una justicia objetiva, que estos escolásticos aún admiten reduciéndola al ámbito del derecho natural así entendido, como la posibilidad de los saberes propiamente jurídicos.

Al lector de estas obras le queda la impresión, difícil de mostrar mediante textos claros y expresos, que consiste en que existía una intencionalidad que hizo entender las manifestaciones del derecho sobre el esquema del derecho real de propiedad. Así, del mismo modo que la propiedad es asunto humano, creación de los hombres para su mayor comodidad y seguridad, según la mentalidad de esta época,<sup>424</sup> el derecho o las leyes son igualmente creación humana que poco tienen que ver con la moral o humanidad, con este sector de la moral que es la justicia. No deja de llamar la atención que Escoto, inmediatamente después de describir lo que es el derecho real de propiedad, pase a estudiar la noción del derecho natural,<sup>425</sup> y que Gerson trate incluso en la misma página de la definición del

421 *Vid.* en Escoto el 10 del L. IV, distinctio XV, q. 2 de *op. cit.*

422 Esta cuestión es tratada profusamente en la “Consideratio Quarta” del *Tractatus*, pp. 230 y ss.

423 No lo expresa así taxativamente, pero lo da a entender cuando escribe que “*Arbitrio Legislatoris convenit nedum in Contractibus ponere; sed positas interpretari, non tantum doctrinaliter ut jurisperiti possunt, sed authoritative et judicialiter. Est itaque Legislator tanquam lex viva, director et epikeies*”. *Vid.* el vol. IV de la edición citada, p. 171.

424 *Vid.* Megías, J. J., *Propiedad y derecho natural en la historia: Una relación inestable*, Universidad de Cádiz, 1994, pp. 65-290.

425 Estudia la propiedad en el L. IV, distinctio XV, de *op. cit.*, y al derecho natural en este mismo libro, distinctio XVII.

derecho natural y del *dominium*.<sup>426</sup> Gerson escribía que “el dominio es la potestad adecuada de tomar otras cosas, o *como otras* en su facultad <del sujeto> o uso lícito, según los derechos o leyes instituidos racionalmente”.<sup>427</sup> La mayor precisión de la lengua latina nos permite reparar en un hecho importante: el dominio vincula de tal modo al dueño con sus cosas, que éstas incluso pueden ser entendidas ‘como si’ fueran cosa distinta del mismo dueño, que no lo son, según da a entender Gerson: “*res alias, vel ut alias...*”. Entre los juristas, el dominio tendía a identificarse con la cosa misma *objeto* del derecho. Ahora, en este subjetivismo creciente, son las cosas las que se identifican con el titular del derecho.

## 2. *Persona, derecho y facultad*

Según Escoto, Gerson y Conrado, el derecho no es algo externo al sujeto, como tampoco lo son las cosas objeto de las propiedades. El derecho, o los derechos, comienzan y culminan en el sujeto mismo y, faltos de una objetividad exterior que los mida o determine, los derechos constituyen facultades de los sujetos en las que no queda clara cuál es su medida o cuáles son los criterios para tal medición. Con el tiempo se imponía una solución como la de Samuel Pufendorf, cuando explicó que el *ius naturale* consiste en una *libertas ad analogiam spatii*, una libertad que, de acuerdo con el espíritu de su obra, había de ser ‘igualitaria’. Si no, ¿cómo conciliar la multitud de derechos o facultades enfrentadas? Así se llegaría, como a un dato evidente, a mantener que la misión más importante del ordenamiento jurídico, es la de mantener intactas las ‘esferas de libertad’ o *Freiheitssphären* de los individuos, cosa que hicieron los kantianos.<sup>428</sup>

El derecho quedó separado en cierto modo de la moral, porque ha dejado de ser la ‘cosa justa’, objeto y resultado simultáneamente de la virtud moral de la justicia. Hubiera sido muy difícil a Escoto y Gerson determinar, dentro de sus categorías escolásticas, el estatuto real u ontológico de las leyes positivas humanas. Éstas son, según ellos, creación humana, con un fin igualmente humano y terreno, no sobrenatural. Por esta razón, ellos entienden que ninguna transgresión de la ley natural o de las leyes huma-

426 Vid. la p. 252 de *op. cit.*

427 “*Dominiun, est potestas propinqua assumendi res alias, ut vel alias in sui facultatem vel usum licitum, secundum jura vel leges rationabiliter institutas*”. Cfr. *Tractatus de potestate ecclesiastica...*, ed. cit., vol. II, p. 252.

428 Vid. mi estudio *La cabeza de Jano*, Cádiz, 1989, pp. 103 y ss.

nas es pecado grave, pues la ley natural y las leyes humanas no pueden servir para alcanzar un fin sobrenatural, como una pena o un premio.<sup>429</sup>

Conrado representa un batiborrillo de ideas populares no siempre coherentes, interesante para hacerse cargo de este problema en aquel momento histórico. El de Summerhart nos explica que él sigue la definición del *ius* que dio Gerson, a la que califica de ‘magistral’; ya comienza el *Compendium* que precede a su tratado sobre los contratos, identificando el *ius* con el *dominium*. Veamos: Conrado escribe que:

existe una descripción del dominio magistralmente expresada por los maestros, según la cual el *Ius* es una potestad o una facultad adecuada (*propinqua*) que pertenece a uno según el dictamen de la primera justicia. Y por eso, el *Ius* es una potestad, o facultad, adecuada, que corresponde a cada cual según el dictamen de la recta razón. El dominio es una potestad o facultad adecuada de hacerse con una cosa (*assumendi res*) en su facultad o uso lícito, según las leyes racionalmente establecidas.<sup>430</sup>

En realidad, aunque usa términos distintos, no reconoce ninguna diferencia entre el *ius* y el *dominium*: “*Omnes clausulas positae in descriptione domini sunt etiam positae in descriptione juris: et hoc vel expresse, vel impliciter*”.<sup>431</sup>

En esta equiparación entre *ius* y *dominium*, que hace que el *ius* se conciba como una facultad libre para todos los usos permitidos por la ley, debió jugar una función importante la noción medieval del ‘*dominium*’. Hoy entendemos que dominio significa lo mismo que derecho de propiedad, pero en la baja Edad Media *dominium* significaba más bien cualquier sujeción jurídica de un hombre a otro.<sup>432</sup> De ahí que se hablara del *dominium episcopi*, etcétera. Pero en esta equiparación, Conrado avanza hacia

429 “*Nulla transgressio Legis naturalis aut humanae, ut naturalis est vel humana, est de facto peccatum mortale... quia lex naturalis et humana, ut tales sunt, non possunt attingere ad cognitionem aeternitatis in poena vel praemio; non ergo seruntur ad finem talem supernaturalem*”. Cfr. *Liber de vita spirituali animae*, en el vol. III de la ed. cit., Lectio IV, corollarium primum, p. 38.

430 “*Una descriptio domini sint a magistri bene ac magistraliter positam, quibus dicit Ius est potestas, vel facultas propinqua conveniens alicui secundum dictamen primae justitiae. Et iterum, Ius est potestas, vel facultas propinqua conveniens alicui secundum dictamen rectae rationis. Dominium autem est potestas vel facultas propinqua assumendi res, alias in sui facultatem, vel usum licitum: secundum jura vel leges rationabiliter institutas*”. Cfr. *De contractibus licitis atque illicitis*, Venetiis, 1580, *Compendium* inicial, quaestio 1, p. 1.

431 *Op. cit.*, p. 4, Quarta Conclusio.

432 *Vid.* Willomeit, “*Dominium und proprietas. Zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs in der mittelalterlichen Literatur und neuzeitlichen Rechtswissenschaft*”, *Historisches Jahrbuch der Görres-Gesellschaft* 94 (1974), pp. 133-140.

una falta de medida en el derecho: ¿cómo conocer el alcance de nuestro *ius* o *dominium*, toda vez que el ‘dominio’ viene a ser una facultad o potestad *ad libitum* del sujeto? Era necesario matizar acerca del estatuto ontológico de la potestad o facultad en que consiste el derecho. Para este fin, Conrado nos explica que todo derecho o todo dominio es un ‘hábito’, y este hábito no termina en la cosa misma, sino que llega hasta el acto o acción que puede ejercer quien posee el *ius vel dominium* sobre esa cosa. Él propone un ejemplo: el derecho o dominio que tiene el padre sobre su hijo, y los actos de dirección que comprende. Y el derecho que cada cual tiene sobre su casa, y el derecho a tenor del cual alguien puede ejercer esos actos en la casa, es decir, entrar, salir, usar de sus cosas. De lo que se desprende que tiene ‘tanto’ derecho o dominio sobre esa cosa como cuantas acciones puede ejercer sobre esa misma cosa.<sup>433</sup>

Quizá pudiera pensarse que Conrado tiene a la vista las ‘personas’ y *officia* propios de la jurisprudencia romanista, de forma que el alcance de un derecho viene determinado por la finalidad estereotipada y socialmente reconocida que se otorga a esa persona u *officium*. Pero lo que Conrado considera no es precisamente la tipicidad de una expectativa justificada, sino la libertad o arbitrio inherente a todo derecho subjetivo. Porque prosigue explicando que “Igualmente, la libertad es una especie del derecho, y aquel derecho es el que tiene el hombre libre sobre sí mismo para hacer lo que quiera”. Por lo que la Instituta define al *ius* en el párrafo 1 del “*De iure personarum*” como “la facultad natural de hacer cualquiera lo que le agrade, a no ser que se le prohíba por la violencia o por el derecho. Y así es como el hombre libre tiene derecho sobre su persona”.<sup>434</sup> Aparece en esta idea otro elemento interesante: la noción de *persona ut persona*, como la llamaban los juristas, que ahora es convertida en el eje del fundamento del razonamiento jurídico.

433 “*Nam omne jus, atque dominium est habitudo... et haec habitudo non terminatur ad illam rem: nisi secundum aliquem actum, vel actionem, quam habens jus vel dominium habet exercere in illam, vel in illa. Exemplum, jus vel dominium quod habet pater in filium, est jus in filium secundum quod pater potest exercere actus correctionis in filium, et actus directionis circa eundem. Et jus, quod habes quis in domo sua, et jus secundum quod tale potest exercere illos actus in domo, scilicet ingredi, egredi et res suas inferre. Unde tantum quisque habet juris vel domini in aliquam rem: quantum actionis licet sibi exercere circa rem*”. Cfr. *De contractibus...*, cit., p. 4.

434 “*Similiter libertas est quaedam species juris, et illud jus habet liber in seipsum scilicet agendi quod libet. Unde diffinitur ius in Inst. de iure personarum, par. 1. Est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi per vi aut jure prohibeatur. Et sic liber habet jus super suam personam*”. Cfr. *De Contractibus...*, cit., tract. I, quaestio 1, p. 4.

El término ‘persona’, en el sentido jurídico-romanista, se refiere a aquella situación fijada socialmente, la de ser padre, hijo, comerciante, marido, etcétera, en la que lo que cada uno puede hacer lícitamente viene determinado por la naturaleza y fin de esa institución.<sup>435</sup> Es decir, la persona jurídica no es fuente de derechos subjetivos, cuya nota fundamental es la irresponsabilidad: puede hacer lo que quiera, ejercerlo o no, ante todo. En cambio, cuando alguien reviste una ‘persona jurídica’, lo que puede hacer, y ‘cuanto’ puede hacer, es algo que viene determinado por el derecho objetivo según la finalidad de esa situación que ha sido fijada de acuerdo con lo que se persigue institucionalmente con ella. Por este hecho, a todo padre, por el simple hecho de serlo, le son lícitas una serie de conductas sin necesidad de haberlas convenido previamente con los hijos, o con la familia, y sin necesidad tampoco de estar expresamente contempladas en las leyes pertinentes. Y por este mismo hecho, todo padre o tutor tiene una serie de obligaciones y capacidades por el hecho de ser tal. Para designar estas situaciones en las que un ser humano se encuentra *objetivamente* vinculado, los romanos usaron el término de ‘*officium*’. En el *officium* apenas existen derechos, en el sentido de derechos subjetivos; más bien existen ‘competencias’, en las que casi nunca queda muy claro dónde comienza el deber y dónde acaba el derecho.

En la *jurisprudencia*, el término *persona* no era usado para indicar todas las posibles relaciones jurídicas, sino sólo las más fundamentales del ser humano, normalmente pertenecientes al derecho de familia. Naturalmente, todo es cambiado de raíz si en lugar de partir desde la persona en sentido jurídico, se hace arrancar el razonamiento desde la ‘*persona ut persona*’, que fue definida por Boecio como “el ser individual de naturaleza racional”, y que actualmente llaman algunos persona ‘filosófica’ para diferenciarla de la ‘persona jurídica’ romanista en la filosofía práctica. Buena parte de las transformaciones que sufrió la *jurisprudencia* desde su etapa romanista a su era moderna consistió en prescindir de la persona jurídica que, con sus objetividades aparecía como odiosa, y situar en su lugar la ‘persona’ sin más. Quizá entendieron que así se hacía un planteamiento de los derechos y deberes más humano, más *personalista*. Pero describiendo o normando de tal modo a la realidad jurídica, se plantea un

435 Las explicaciones más completas que encuentro sobre la noción de ‘persona’ en este sentido, son las de Austin, en *Lectures...*, cit., vol. I, pp. 274 y 275, y vol. II, pp. 700-728. Igualmente son de calidad las explicaciones de Carleton Kemp Allen en *Legal duties and other essays in jurisprudence*, Oxford, 1931, pp. 30-106.

problema serio: el contenido jurídico de la *persona ut persona* consistiría precisamente en no tener ningún contenido ‘determinado’: Esta persona únicamente se manifiesta mediante su voluntad indeterminable heterónomamente. De ahí que Conrado proponga como arquetipo del derecho la libertad que cada hombre libre posee su propia persona.

Conrado de Summerhart explicita más esta tesis cuando explica que:

Hay que decir, como lo hizo Juan de Gerson, que es más conveniente situar a la facultad (en la medida en que se deriva del *fas*) como el género, y no a la potestad... Pues el que un hombre tenga facultad en una cosa no quiere decir sino que tiene potestad de hacer en esa cosa... Así pues, la facultad, ya que se deriva del *fas*, connota licencia (*licere*). En cambio, tener potestad en alguna cosa denota poder hacer algo en esa cosa, pero sin especificar si es lícito o ilícito, como cuando decimos que el ladrón puede matar.<sup>436</sup>

Y así, concluye Conrado, la potestad que corresponde a alguien según el dictamen de la primera justicia, no es más que una facultad de hacer algo lícitamente.<sup>437</sup> Poco antes ha indicado que *jus formaliter est potestas vel facultas, quod patet*.

Pero no toda ‘potestad del alma’ —como él la llama— es ya un derecho. Pues puede suceder, explica Conrado, que se trate materialmente o fundamentalmente de la realidad de un acto del alma elictiva (o de un acto elictivo del alma), en donde la potencia del alma es una realidad absoluta, y no una relación.<sup>438</sup> Traduciendo esta idea al castellano actual, parece que Conrado quiere decir que no todo acto de voluntad del ser humano <del alma> es sin más un derecho. Para que pueda hablarse de ‘derecho’ se requiere una especial relación entre la voluntad y la cosa: “De otro modo, por sí misma y por su significado. Entonces, así, es un hábito del alma fundado en tal realidad, que es el hábito desde el alma al objeto, y así la potencia es una *relación*”.<sup>439</sup> Las categorías filosóficas de

436 “*Dicendum, ut placuit Joanni a Gersona, quod convenientius ponitur a facultas (prouit a fas derivetur) pro genere... Nam hominem habens facultatem in aliqua re, est eum habere potestatem agendi aliquid in illam rem, vel in illa re... facultas enim, ut a fas derivatur, connotat licere. Potestatem autem habere in aliqua rem denotat posse agere aliquid in illa re: sed sive licite sive illicite... quomodo dicimus latro possit occidere*”. Cfr. *De contractibus...*, cit., tractatus I, quaestio 1.

437 “*Potestas autem secundum dictamen primae justitiae alicui conveniens est potestas licite agendi aliquid*”. Cfr. *ibidem*.

438 “*Potentia, seu potestas animae capitur dupliciter. Uno modo materialiter sue fundamentaliter pro realitate animae elictiva actuum, quomodo potentiae animae est res absoluta, et non relatio: quoniam relatio non est entitas elictiva*”. Cfr. *De Contractibus...*, cit., tractatus I, quaestio 1.

439 “*Alio modo formaliter et pro per se significato. Et sic habitudo animae fundata in tali realitate, quam habitudinem habet anima ad obiectum, et sic potentia est relatio*”. Cfr. *ibidem*.

la baja escolástica ayudaron a precisar la definición del derecho. Éste no era ya la misma cosa debida, pero tampoco lo constituía, sin más ni más, cualquier deseo del agente: había de consistir en una ‘relación’ entre el agente y la cosa, y a esta relación Conrado la caracteriza como un ‘hábito’.<sup>440</sup>

Por los mismos años que Conrado, otro escolar de París, John Mayr, precisaba más la exposición del problema: “Según los principios reales de la metafísica hay que enseñar que el derecho es fundamentalmente la cosa poseída”.<sup>441</sup> Pero, sigue enseñando Mayr, “Formalmente es un hábito o relación del mismo poseedor con la cosa poseída”.<sup>442</sup> Le mueve a pensar así el hecho de que —según él— el dominio es el derecho de tener, de poseer y de usar alguna cosa según el propio gusto, si no existe alguna limitación por la ley positiva”.<sup>443</sup> Notemos que define simultáneamente al *ius* y al *dominium*. Este *ius*, facultad, dominio o potestad no puede consistir en la misma cosa, pues esto sería absurdo: “El dominio de la cosa, o es la misma cosa, o es el posidente de la cosa... Valga esta proposición: yo tengo el dominio de este caballo: esto equivale a: yo soy el dueño de este caballo; y esto se dice con más propiedad que no decir que el caballo es mi propiedad o dominio”.<sup>444</sup>

Temo que Mayr, igual que Conrado, no ha entendido a los juristas: éstos no mantenían que el derecho mismo consistiera ‘en el’ caballo. Más bien parece que los juristas querían indicar, y así lo entendían Tomás de Aquino y sus discípulos más directos como Vitoria o Soto, que ‘el derecho mismo’ de ser padre consistía *en* el hecho de ser padre, de forma que desde este hecho se podían determinar con cierta precisión las competencias de padres e hijos. Porque ‘ser padre’ no es un *hecho* más de la naturaleza: la paternidad es, cultural, social y jurídicamente, una acción con un sentido, con un fin. De ahí la importancia decisiva que Tomás otorga al fin en la caracterización de la ley: sin fines no puede haber leyes ni

440 “*Ita hic non debet capi potestas, vel facultas in descriptione juris et domini pro aliqua absoluta entitate... quia jus et dominium sunt relationes: sed debet capi pro habitudine, ut dictum est*”. Cfr. *ibidem*.

441 “*Sequendo principia realium in Metaphysica descendum est quod ius fundamentaliter est res possessa*”. Cfr. *Quartum Sententiarum quaestiones utilissimae*, París, 1521, questio 15, fol. 76, en el dorso.

442 “*Formaliter aut est habitudo seu relatio ipsius possidentis ad rem possessam*”. Cfr. *ibidem*.

443 “*Dominium est jus habendi, possidendi et utendi aliqua res proprio libito si no fuerit limitatio aliunde per legem positivam*”. Cfr. *ibidem*.

444 “*quod dominium rei vel est ipsa res vel rem ipsam possidens... Et sic ista propositio: ego habeo dominium hujus equi: ego sum dominus hujus equi: et illud est magis proprie dictum quod dicere equum esse proprietatem meam vel dominium*”. Cfr. *Quartum Sententiarum...*, cit., q. 15, fol. 73, al dorso.

derechos. De ahí también el brocardo romano: “*Ex facto oritur jus*”, que viene a indicar que ‘desde el *hecho*’ comienza, y sólo comienza (*oritur*) a diseñarse el contenido de los derechos. El fin al que tiende la institución de la paternidad (que eso es el *hecho* jurídicamente relevante de la paternidad), que se concreta en expectativas tipificadas, proporciona la medida y el alcance de los derechos y deberes. Pero si la paternidad se considera, ante todo o exclusivamente, como una *relatio* entre padre e hijo, o si la propiedad se considera como una relación entre propietario y cosa poseída, entonces esta explicación que se fundamenta en la “relación”, sin dejar de ser verdad, no explica la verdad jurídica de la paternidad ni de la propiedad. Porque no alude al fin por el que existe, y el fin es tanto la causa que le lleva a la existencia como su medida permanente.

Indicar que se trata de una relación *específicamente* jurídica porque se ha construido según el esquema del *dominium* como propiedad, sigue planteando los problemas aludidos. Porque, en tal caso, como toda facultad *connotat licere*, según estos autores, la relación del padre o del propietario sólo puede consistir en la exteriorización sin trabas de la voluntad de quien lleva el protagonismo en la relación jurídica. Y ni la paternidad, ni tampoco en principio el derecho de propiedad, consisten en cotos de arbitrariedad para sus titulares. Tenía razón Michel Villey cuando denunciaba que “No se veía más que cosas debidas (*res debitae*), personas obligadas: he aquí que de la relación misma, del vínculo del derecho, se va a hacer una cosa en sí”.<sup>445</sup>

A veces se acusa a los estudiosos que tienen en cuenta el criterio del *medium rei* de ‘cosificar’ las posibilidades de hacer de las personas libres. Pero quizá fueron estos otros autores, con su insistencia en las prerrogativas de las ‘personas’, las que reificaron las relaciones jurídicas. Porque éstas cobraron una vida propia cuando obtuvieron su estatuto filosófico u ontológico de ‘hábito’ o de ‘relación’ (entendida en este último sentido expuesto) al margen del significado de las ‘personas jurídicas’, y así las relaciones e instituciones jurídicas pasaron a existir en un mundo ‘lógico’, distinto del mundo propiamente humano. Así se explica que cuando esta mentalidad alcanzara su madurez, cosa que no sucede hasta el siglo XIX, los juristas desarrollaran una terminología extraña en la que aludían a la ‘naturaleza jurídica’ de los institutos, o a la ‘jurisprudencia de con-

445 *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Universidad Católica de Valparaíso (Chile), 1976, p. 86.

ceptos' con su inevitable 'genealogía de los conceptos'. Entonces la ciencia jurídica, a fuer de insistir en la independencia de la *persona*, se vuelve peligrosa para el hombre cuando ha desvinculado la relación jurídica del ser humano por concebir a estas relaciones como un hábito o una relación con sustantividad propia. Era más humana la jurisprudencia romanista cuando entendía que el 'derecho' no era una cosa ajena a aquello mismo que se debía a otra persona.

### 3. *Los tópicos se reúnen*

Estos autores fueron lanzando incitaciones para la explicación de la realidad jurídica, y sus propuestas no cayeron en saco roto. Ya he aludido a cómo incluso los seguidores más fieles del espíritu tomista, como eran Vitoria y Soto, se encontraban influidos por las explicaciones de los maestros de París, hasta el punto que se podría explicar, si tomamos algunos textos aislados de su contexto, que Soto o Vitoria ya representaron una mentalidad moderna frente al espíritu medieval.

Hoy sabemos que la segunda escolástica ejerció una fuerte influencia en la formación del pensamiento jurídico moderno. Todas estas elaboradas construcciones filosóficas con materiales jurídicos, tales como las de entender el derecho como un 'hábito' o relación, proponer que entendamos la manifestación originaria y fundamental del derecho al modo del dominio que cada ser humano posee sobre su propio cuerpo, que el derecho natural existe necesariamente *a priori*, con independencia de las circunstancias sociales, históricas, etcétera, pasaron a través del siglo XVI gracias a la ayuda de algunos pensadores españoles, muy citados por Grocio y por otros autores importantes de la primera mitad del siglo XVII. No nos engañemos, sin embargo, acerca del alcance de esta influencia: los escolásticos españoles siguen aún bajo la idea de una 'facultad' que para existir necesita normalmente de una ley previa,<sup>446</sup> aunque su manifestación primera sea la de facultad o *licentia*. El *ius* como libertad o licencia originaria y absoluta, únicamente aparece por primera vez con Hobbes, ya que Grocio, aunque expresa la tesis de la '*qualitas moralis personae competens*', no acabó de ser coherente con ella. Y Pufendorf hizo que esta noción hobbesiana fuera operativa en la filosofía jurídica.

446 Vid. Beuchot, *Derechos humanos...*, cit., p. 37.

Hugo Grocio permanece rodeado de una cierta nebulosa en este punto fundamental.<sup>447</sup>

Entre los teólogos que integran la Segunda Escolástica hay autores más conocidos, que ejercieron más influencia en la posteridad, y otros que han pasado más desapercibidos. Tras la primera generación de escolásticos, los dominicos que introdujeron la *Suma teológica* de Tomás de Aquino como libro de texto universitario, vienen los agustinos, fundamentalmente Pedro de Aragón y Miguel Bartolomé Salón. Y los más conocidos fueron los de finales del siglo XVI y comienzos del siglo siguiente, los que integran la generación de jesuitas, fundamentalmente Luis de Molina, Gabriel Vázquez de Belmonte y Francisco Suárez. No sería empresa sensata, sino más bien *naïv*, intentar exponer ahora el pensamiento filosófico-jurídico de Molina y de Suárez. Por este motivo, es preferible centrar algunos tiros en un par de puntos del “*De justitia et jure*” de Luis de Molina.

Molina reúne ejemplarmente los tópicos a los que he aludido anteriormente a propósito de Escoto, Gerson, Conrado o Mayr.<sup>448</sup> “Explicaré esta parte de la definición de modo que se haga la luz paulatinamente... la facultad que todos tienen *ex natura rei* para usar sus cosas, para comer su propia comida, para vestir los vestidos que son suyos... esto es el derecho tal como quiero referirme a él”.<sup>449</sup> Notemos el cambio de tono respecto a los juristas del *jus commune*: Molina habla con una seguridad que hubiera dejado algo atónito a un glosador como Acursio o a un comentador como Bartolo: para indicar que todos pueden usar sus cosas o consumir sus bienes consumibles, el jesuita habla de una ‘*facultad ex natura rei*’,<sup>450</sup> con lo

447 Vid. Megfias, J. J., “De la facultad moral a la cualidad moral”, *Anuario de Filosofía del Derecho* IX (1992), pp. 342 y ss. Hervada, J., *Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona, 1987, pp. 262 y ss.

448 A. Dufour nos indica que “*Dans cette perspective renovatrice du droit naturel, ouvert tant à l'historicité qu'à la spécificité du Droit en un monde changeant, les premiers jalons d'une doctrine de l'autonomie de l'ordre moral par rapport à la volonté divine seront posés de manière significative par le grand apôlète de la liberté humaine... Luis de Molina*”. Cfr. *Le mariage...*, cit., pp. 54 y 55.

449 “*Explicemus partes definitionis, ut res haec paulatim dilucidior fiat... Facultas, quod ex natura rei habet uniuscuiusque, ad utendum rebus suis, ut ad comedendum proprium cibum, ad induendam propriam vestem... est ius de quo modo loquimur*”. Cfr. *De justitia et jure opera omnia*, ed. de Venecia de 1614, tract. II, disputatio I.

450 Sería todo un problema discernir hasta qué punto Luis de Molina consideró que únicamente puede constituir derecho natural aquello que *siempre* es absolutamente ‘necesario’, o si más bien el pensamiento de este jesuita estaba próximo a los de los juristas coetáneos suyos, como Francisco Connanus o Gregorius Tholosanus, porque realmente él mantuvo que pertenece al *ius naturale* lo que es justo ahora, aquí. Por esta segunda interpretación se inclinaba Johann Kleinappl. Vid. su “Die Eigentumslehre Ludwig Molinas”, *Zeitschrift für Katholische Theologie* 56 (1932), p. 53. Manteniendo esta tesis, se oponía a A. Vermeersch, *Quaestiones de justitiae*, Brugis, 1901, p. 243.

que se sitúa, quizá inconscientemente, como en un plano superior al propiamente jurídico. Pues los juristas usaban más bien expresiones tales como “me parece que...”: *video, quaero, placuit, apparuit me*, etcétera, que no la rotundidad propia del criterio ‘*ex natura rei*’. Estamos ante el tono propio del que cree exponer derecho natural y no una simple explicación opinable: había pasado el tiempo de las *opiniones probabiles* en la ciencia jurídica y en las teorías más generales sobre el derecho. Es comprensible, sin embargo: Molina había contemplado la crisis de la *jurisprudencia* en el siglo XVI, y dado que él no se apoya especialmente en el derecho romano, ni pretende hacer teoría de la jurisprudencia tradicional o ‘bartolista’, pretende situar sus reflexiones en un nuevo estatuto epistemológico más propio de las *Sagradas Escrituras* (él era teólogo) que no de la argumentación jurídica. Además, debió influir bastante otro factor que menciona Beuchot: estos escolásticos traspasaron la ‘objetividad’ desde el sujeto al objeto de la conducta como reacción frente al subjetivismo de Escoto y sus discípulos.<sup>451</sup>

Llega a este nuevo ‘estatuto epistemológico’ no porque razone de forma distinta a los juristas o a Tomás de Aquino: él sigue citando, como puntos de apoyo de su argumentación, a los juristas, al derecho romano, derecho canónico, etcétera. Tampoco se inscribe plenamente en la línea que he llamado ‘humanismo racionalista’: cita poco a los literatos, historiadores o filósofos de la antigüedad. Su novedad consistió ante todo en el tono dogmático que él usa y que encontraremos, a partir de ahora, en la escuela del derecho natural moderno. Este tono categórico es posible por el uso continuo de expresiones tales como *formaliter, proprie loquendo, sine dubio*, etcétera. Un simple recurso retórico, pero muy eficaz de hecho.<sup>452</sup>

Luis de Molina ya no razona para identificar, desde el comienzo mismo de su tratado, al derecho con el *dominium*: precisamente se refiere a categorías jurídicas que caen dentro del ‘*dominium*’ (usar las cosas *pro-*

451 *Vid. Derechos humanos...*, cit., p. 106.

452 Sobre este tema, quizá lo más sensato que escribió la modernidad es lo que expuso Baruch Spinoza, denunciado las actitudes del tipo de las de Luis de Molina: “Aquí me limitaré a decir brevemente qué entiendo por verdadero bien y, al mismo tiempo, qué es el bien supremo. Para entenderlo rectamente hay que anotar que bien y mal se dicen sólo relativamente, de tal manera que una misma cosa puede ser llamada buena o mala según las relaciones diversas que se consideran; dígase lo mismo cuando se trata de lo perfecto y lo imperfecto. En efecto, nada puede ser llamado perfecto o imperfecto si sólo se lo considera en su naturaleza misma. Cfr. *Tratado de la reforma del entendimiento*, Madrid, 1989, 12, p. 9. trad. L. Fernández y J. P. Margot.

*pias*, comer los alimentos *proprios*) para explicar, desde éstas, lo que es el derecho. El *ius* está dejando de ser una cualidad de las cosas y ya es decididamente una ‘cualidad del sujeto’: Molina hace arrancar sus consideraciones “desde aquello de lo que somos dueños, de los derechos”,<sup>453</sup> que nos otorgan un *ius in re*.<sup>454</sup> El lector de su obra obtiene la impresión de que equipara muy intencionadamente los ‘derechos’ con los *iura in re*. Si observamos la discusión decimonónica de los ingleses que se ocupaban de la *jurisprudence*, distinguiendo los ‘*jura in re*’, a los que calificaban de absolutos porque se pueden hacer valer contra cualquiera, frente a los derechos que son simplemente “*ad rem*”,<sup>455</sup> cuesta trabajo comprender cómo Molina, que disponía de una vasta formación jurídica, concibe los derechos a modo de títulos *absolutos*, porque alcanzan a toda la cosa y se pueden hacer valer contra todos.

El dato antropológico fundamental de su exposición quizá se encuentra en el momento en que define al derecho por la injuria: “El derecho, por tanto, como he indicado, es como la medida de la injuria, y viene contenido en la misma injuria”.<sup>456</sup> Se trata del mismo planteamiento que hacemos hoy con los derechos humanos: son derechos que no existirían si no hubiera la posibilidad de la ‘injuria personal’ que los aniquila, y es esta injuria la que los hace nacer. La gran innovación de Luis de Molina está en explicar, con precisión inusual, que los *iura* en que se descompone la noción genérica del *ius*, forman un solo cuerpo con la personalidad de cada individuo. Un jurista hubiera escrito que, fuera del ámbito del derecho penal, la personalidad individual fundamenta un sector más bien escaso de derechos, ya que éstos proceden más bien desde la cosa, el *officium* o persona que se considera, que no desde el sujeto, y que esta causa suya determina y concreta su medida y alcance. La regla de oro de la ju-

453 Sin embargo no erige al derecho real de propiedad en una ‘facultad natural, porque él sigue —igual que los demás teólogos que integran la Segunda escolástica— la explicación romanista de la ‘*omnium una possessio originaria*’, derogada posteriormente por el derecho de gentes.

454 “*Quia vero nihil magis nobis est devinctum, quam id, cuius sumus domini, jura, quae circa res quarum sumus domini habemus, earundem rerum comparatione, in primis ac praecipue appellantur iura in re*”. Cfr. *ibidem*.

455 Vid. Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive Law*, 5a. ed., Londres, 1911, vol. I, pp. 40-47.

456 Este es un texto difícil de traducir para el lector actual si conservamos las categorías escolásticas. Molina nos dice que “*Jus quippe, ut dictum est, est quasi mensura injuriae, in eoque ratio injuriae est posita*”. Cfr. *ibidem*. Quiere indicar que el *ius* es la misma cosa que la *injuria*, con la que comparte el mismo origen.

risprudencia romanista era, en este punto, la que expresaba el brocardo “*ius sine causa nasci non potest*”.

Molina desconoce deliberadamente estas matizaciones posibles. El concibe unos derechos absolutos *ad modum domini*, que se pueden hacer valer frente a todos. Por ser absolutos aparecen, en principio, como ilimitados. Posiblemente él mismo fue consciente de este problema, y por eso ya había definido a la justicia como “el hábito por el que los hombres son aptos para hacer cosas justas”.<sup>457</sup> “Los hombres son aptos...”. Molina se propuso hacer del derecho subjetivo la manifestación primaria, fundamental y, al parecer, única del derecho: “No veo que se pueda definir más cómodamente al derecho, en esta acepción, que si decimos: es la facultad que alguien tiene de hacer, o de obtener, o de insistir en ello, o de usarla de otro modo, de forma que si le impide <ejercerla> sin legítima causa, se causa una injuria al que la tiene”.<sup>458</sup> Cuando indica “en esta acepción”, no se refiere a ninguna ‘especie’ derivada o secundaria del derecho: se refiere al derecho mismo. Si el derecho no es una cualidad de las cosas, ¿qué es? El jesuita no afirma explícitamente que se consista en “cualidades o facultades morales del sujeto”. Siguiendo la tradición que habían establecido Gerson y Conrado, Molina entiende al derecho como un hábito o relación de una persona a otra.<sup>459</sup> Como observa Alejandro Guzmán, ya era cuestión de pocos años entender esta relación como una *qualitas moralis*.<sup>460</sup> No parece correcto mantener, como hizo Gioele Solari, que la doctrina moderna montada sobre estas categorías filosófico-jurídicas fue un correlato del cartesianismo.<sup>461</sup> Hoy sabemos que había comenzado bastante antes, sin perjuicio de que pudiera haber sido ayudada académi-

457 “*Justitia est habitus, quo homines apti sunt ad res justas agendas*”. Cfr. *De justitia...*, cit., tractatus I, disputatio 8.

458 “*Nec video posse ius in ea acceptione aliter commodius deffinire, quasi dicamus. Est facultas aliquid faciendi, sive obtinendi, aut in eo insistendi, vel aliquo alio modo se habendi, cui sine legitima causa, contraveniatur, injuria sit eam habenti*”. Cfr. *De justitia...*, cit., tractatus II, disputatio I, al comienzo.

459 “*Quod si quis petat, quidnam sit jus, seu facultas hactenus explicata. Respondeo, non esse aliud, quam habitudinem, seu relationem personae, a qua habetur, ad id, ad quod est alia facultas*”. Cfr. *ibidem*.

460 Vid. el interesante estudio “La influencia de la filosofía en el derecho con especial alusión al concepto de relación jurídica (Examen crítico)”, *Anuario de Filosofía Social y Jurídica* (1995), p. 153.

461 Escribía Solari que “*Il cartesianismo traendo il sapere del fondo stesso dello spirito, da alcune idee semplice e chiare in esso scolpite, offriva il mezzo di dare un nuovo fondamento al diritto oggettivo e suggestivo... La dottrina del diritto soggettivo, ossia nel linguaggio dell’epoca la teoria dei diritti innati intensi come facoltà soggettiva spettanti all’individuo, fue elaborata dai giunaturalisti sulle tracce di Cartesio*”. Cfr. *L’idea individuale e l’idea sociale nel diritto privato*. Parte I. “L’idea individuale”, Milán-Turín-Roma, 1911, p. 8.

camente por la relevancia que Descartes concedió a las ideas ‘claras y sencillas’.

En la medida en que el *ius* consiste ante todo en la libertad de cada individuo, podríamos decir que el derecho mismo fue entendido como una libertad rígida: “*Dominus enim est, quis habet aliquid suum simpliciter*”.<sup>462</sup> Y esto es así porque Conrado, Gerson y Mayr han afirmado, escribe Molina, que el derecho no es otra cosa que una facultad cualquiera en una cosa cualquiera, y el dominio, en consecuencia, no solamente existe en los animales, como el caballo que se come el pasto, sino también en las cosas que carecen de conocimiento, como <el derecho> de los astros a iluminar, el de las cosas a estar en sus lugares propios, etcétera.<sup>463</sup> Resultan patentes un par de extremos. Uno, que Molina tiene ante la vista únicamente el patrón de los derechos reales en el momento de entender el constitutivo último del derecho. Y el otro, que para él el *ius* y el *dominium*, según los ejemplos que expone, son datos *naturales* desde los que necesariamente ha de partir el razonamiento jurídico. Es decir, que el derecho modelado sobre el ejemplo del *ius in re* es el dato ‘naturalmente’ existente, del que depende todo el universo jurídico. El modelo para conocer lo que es el derecho es el derecho real de propiedad o, mejor expresado, según sus propias palabras, el derecho que cada ser humano posee para disponer de su propio cuerpo y acciones.<sup>464</sup> En cierto modo, estamos otra vez ante el esquema previo a la definición ulpiniana de derecho: “*Quod natura omnia animalia docuit*”. Molina parece entender subliminariamente al *ius* como la capacidad de desarrollarse cada ser según las operaciones que son ‘propias’ de cada cual: los caballos pastan, los astros iluminan, el hombre ejerce su libertad. El *ius* no es una realidad necesitada de justificación: es tan natural como las estrellas que brillan. *Ius seu libertas*: La ‘*lex*’ ya aparece ante todo como una constricción necesaria,

462 *De justitia...*, cit., tractatus II, disputatio 3, columna 33.

463 “*Jus no aliud esse quam facultatem quaecumque ad rem quamvis, dominiumque cum iure recurrere, esseque non solum in bestiis, ut in equo ad pastum sumendum, sed etiam in rebus cognitione carentibus, ut in astris ad illuminandum, in elementis ad consistendum in suis propriis locis, etc.*”. Cfr. *ibidem*.

464 De este tema se ocupó P. Grossi. Vid. “La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica”, *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milán, 1972, pp. 117-222. Sólo que Grossi, en su afán de hacer de los católicos los fundadores del capitalismo, explica que Molina fundamentó la propiedad en el derecho natural. No es así: Molina sólo fundamenta en el derecho natural el derecho a disponer libremente del propio cuerpo y de los propios actos. Vid. el *De justitia...*, tractatus II, disputationes 3 a 20, en donde trata extensamente del derecho de propiedad. Vid. también Megías, J. J., *Propiedad y derecho natural en la historia...*, cit., pp. 250 y ss.

pero en cierto modo antinatural, del *ius* o poder libre originario. Es la tesis que Javier Hervada llama de la ‘libertad en general’.

Por lo demás, el jesuita sigue los carriles objetivistas y *a priori* para definir o caracterizar el derecho natural: explica que este derecho únicamente es aquel que surge ‘*ex natura rei*’, por lo que no depende del arbitrio, tiene la misma fuerza entre todos los hombres, y desde este origen objetivo se extiende al precepto.<sup>465</sup> Tomás de Aquino, ciertamente, tuvo en cuenta el criterio de la *natura rei*, como un criterio más, para indicar lo que era de derecho natural, y por ello indica, por ejemplo, que cuando las cosas son absolutamente necesarias, como la adecuación del varón a la hembra, esto ‘*est de iure naturali*’.<sup>466</sup> Pero en modo alguno redujo el derecho natural a aquellas cosas que cada cual postula que son necesarias consideradas ‘absolutamente’. Luis de Molina desarrolla una argumentación algo desconcertante, sólo inteligible desde un empeño en cierto modo secularizador.<sup>467</sup> Efectivamente, él escribe que:

Si la obligación surge desde la naturaleza de la cosa, que es prohibida o que prohíbe, entonces es necesaria en sí, y tal es el caso de subvenir a la indigencia extrema, o de evitar aquellas cosas que en sí son ilícitas y malas, como robar, adulterar, mentir: entonces la orden o prohibición pertenece al derecho natural. Pero si la obligación no nace desde la naturaleza de la cosa... sino desde la voluntad y desde la orden del que la prohíbe... entonces pertenece al derecho positivo.<sup>468</sup>

465 El derecho natural es aquel “*cujus obligatio oritur ex natura rei de que est praeceptum, et non ex arbitrio praecipientis... vim apud omnes habet. Quo loco accipie egregium hoc discrimen inter ius naturale et positivum. Quod obligatio iusti naturalis oritur a natura objecti, indeque se diffundit in praeceptum*”. Cfr. *De iustitia et iure...*, cit., tractatus I, disputatio 4.

466 En *Suma teológica*, cit., II-II, q. 57, art. 3, Resp. escribe que “*Jus sive justum naturale est quod ex sui natura est adaequatum vel commensuratum alteri. Hoc autem potest contingere dupliciter. Uno modo, secundum absolutam sui considerationem: sicut masculus ex sui ratione habet commensurationem ad feminam...*”.

467 Otto von Gierke explicaba que “*Darum waren es die eifrigsten Gegner der Reformation, insbesondere die Dominikaner und Jesuiten, welche nunmehr mit allen Waffen des Geist für ein rein weltliche Konstruktion des Staats und des Herrschaftsrechts wirkten*”. Cfr. *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, reimpresión de Scientia (Aalen), 1981, p. 65.

468 “*Regula ergo generalis ad cognoscendum, num aliquid ad jus naturale, an ad positivum pertineat, haec est. Si obligatio oritur ex natura rei, quae praecipitur vel prohibetur, quia videlicet in se est necessaria ut fiat, ut est subvenire extreme indigenti, vel quia in se est illicita, et mala, ut furari, adulterari, mentiri, tunc perceptio aut prohibitio pertinet ad jus naturale; si verius obligatio non oritur a natura rei quae praecipitur aut prohibetur, sed a praeecepto et voluntate prohibentis... pertinet ad jus positivum*”. Cfr. *De iustitia et iure...*, cit., tractatus I, disputatio 4.

Esta terminología es algo misteriosa. Cualquier persona sabe que su *intellectus*, esto es, las normas primeras que forman como el fondo mismo de la conciencia, prohíben mentir o prescriben prestar ayuda al que lo necesita. Como siempre que aparece el *intellectus* o la conciencia, aparece inevitablemente el problema teológico: ¿por qué *debo* abstenerme de mentir, robar...? Molina cree evitarlo con el uso de la terminología estudiada: si la “obligación” procede *ex natura rei*... Sustancialmente se trata de la misma argumentación que usó Grocio treinta años más tarde: las cosas son buenas o malas “*per se et sua natura, seclusis aliis circumstantiis*”, según la terminología escolástica. Son las mismas palabras que usaron Gerson y Conrado, a las que ya se oponía Vitoria en problemas concretos.<sup>469</sup>

Molina y Grocio no se atrevieron a razonar la tesis del universo de esencias prácticas necesarias. Posiblemente porque intuyeron que planteándolo así, como un ‘hecho’, era más convincente. Fue también el camino que siguió Herbert de Cherbury: el tono clásico, universal, del que expone cosas que son evidentes.<sup>470</sup>

#### 4. Reflexiones generales

Detrás de la noción del derecho como *ius* o *facultas*, una *facultas* que está concedida por una ‘*lex*’, salta a la vista, casi hiriéndola, una visión *normativista* del mundo humano que es nueva en la historia. La norma cobra importancia en la medida en que decae la consideración de la realidad: cuanto más aparece ésta como algo uniforme, sin relieves propios, tanto más hacen falta virtualmente unas normas que nos orienten en nuestra conducta. El hombre moderno vuelve la espalda a la realidad y quiere, en su lugar, mandatos imperativos con los que calmar sus temores. Pues

469 Sobre estas expresiones en el derecho como en la filosofía práctica, lo más ajustado a la realidad es quizá lo que expone A. Guzmán: “lo que podemos llamar hiperfilosofismo del derecho natural... penetró en los códigos y en la doctrina, o sea en la dogmática, de una manera que no habían visto penetrar la filosofía en el derecho la antigüedad romana ni la edad media. Lo curioso, y peligroso, del asunto es que esta penetración en muchos casos ha sido bajo la forma de lo que podríamos llamar filosofemas, es decir, de nociones de origen ciertamente filosófico, pero aisladas de sus contextos sistemáticos originales”. *Cfr. La influencia de la filosofía en el derecho...*, cit., p. 149. Guzmán se refiere a la ciencia del derecho alemana del siglo XIX, pero este juicio se puede extender a otros momentos de la historia.

470 Dilthey, “La conexión entre la autonomía del pensar, el Racionalismo constructivo y el monismo panteísta en el siglo XVII”, *Hombre y mundo en los siglos XVI y XVII*, México, 1978, pp. 259-268.

proporciona mucha seguridad subjetiva actuar de acuerdo con alguna regla que, por el motivo que sea, se supone superior a nuestra voluntad.

### A. La norma, ¿normativa o mensurada?

Notemos un tema importante para entender este proceso. En la mentalidad propia de la jurisprudencia romanista, la razón debe seguir, como a rastras, a una realidad que es demasiado compleja para ella; y por esta causa Tomás se cuida de no contemplar a la razón como una realidad o mecanismo *único*: no existe ‘la razón’, sino las razones, esas extrañas y en el fondo incognoscibles capacidades del ser humano para captar lo que es diverso. En consecuencia, como la ciencia trata tanto de cosas que son necesarias, como de cosas contingentes, la potencia humana que capta o conoce estas cosas de naturaleza distinta ha de consistir ella misma en un agregado de facultades de distinta índole. Por ello, Tomás se refiere expresamente a varios tipos de ‘razones’ que trabajan en el hombre: “*Unde oportet quod ratio prudentiae ex duplici intellectu procedat*”. Una razón se ocuparía del conocimiento exacto, puramente teórico, y otro tipo de razón humana haría posible el conocimiento práctico sobre las cosas contingentes.<sup>471</sup> Tomás de Aquino no deja de lado el problema de modo que, ante una dificultad, se limite a hacer un distinguo. Simplemente sucede que él percibe la prodigiosa multiplicidad de lo real, una riqueza que se mueve en distintos planos ontológicos, que el ser humano no puede captar con su sola razón: de ahí el nombre algo equívoco de ‘razón’ para hablar de una potencia cognoscitiva que se ha de descomponer inicialmente en *ratio* e *intellectus* y que, ante el problemas de las cosas singulares y contingentes, se descompone, otra vez, en teórica y práctica. Demasiadas divisiones para ser creíble: la potencia humana que genéricamente se llama razón, es como un caleidoscopio que continuamente va adoptando las *formas* necesarias para cumplir con su cometido, que es dar cuenta de la realidad: la realidad que ha de ser conocida, o la realidad que ha de ser realizada.

471 “*Ad primum dicendum quod ratio prudentiae terminatur, sicut ad conclusionem quandam ad particulare operabile, ad quod applicat universalem cognitionem... Conclusio autem singularia syllogizatur ex universali propositione. Unde oportet quod ratio prudentiae ex duplici intellectu procedat. Quorum unus qui est cognoscitivus universalium. Quod pertinet ad intellectum qui ponitur virtus intellectualis: Quia naturaliter nobis cognita sunt non solum universalia speculativa, sed etiam practica... Alium autem intellectus est qui, ut dicitur in VI Ethic., est cognoscitivus extremi, idest alicujus primi singularis et contingentis operabilis, propositionis scilicet minoris, quam oportet esse singularem in syllogismo prudentiae... Unde intellectus qui ponitur pars prudentiae est quaedam recta aestimatio de aliquo particulari fine*”. Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, q. 49, art. 2.

Uno de los postulados básicos de la filosofía moderna es el de la afirmación de la razón como una realidad de naturaleza unitaria, de la que es portador el hombre. El primer gran alegato en este sentido fue el que realizó Hobbes: para él la razón no depende en modo alguno de ‘las cosas: únicamente es una potencia humana que consiste sólo en la facultad de hacer cálculos aritméticos.’<sup>472</sup> Como a la aritmética se le escapan las ‘cualidades’, puesto que solamente puede trabajar con magnitudes de igual naturaleza, las ‘cualidades secundarias’ no pueden entrar en la consideración *científica*. Estamos, otra vez, ante la *res extensa* cartesiana, susceptible de ser medida según solamente número y figura. Y postularon que éste es el único conocimiento serio que podemos obtener sobre la realidad. Es decir, la filosofía de la Edad Moderna buscó ante todo, de forma muy intuitiva, lo que podríamos llamar un monismo epistemológico: la realidad objeto del conocimiento sería una e igual en sus manifestaciones, y la potencia o facultad del hombre que conoce y elabora estos fenómenos sería un *instrumento* siempre igual a sí mismo. Parecen entender que “la razón” humana sería algo así como autoportante: ella existe por sí y se da a sí misma sus propias leyes. Hombre y naturaleza quedan, de este modo, enfrentados: el hombre moderno malinterpreta el mandato del Génesis (“dominad la tierra”), y se contempla él a sí mismo en el mundo como un conquistador de horizontes nuevos. Quizá perdió de vista que él, con su razón, no es sino una pequeña faceta de lo que ya existe. Obviamente, si queremos estudiar la mentalidad que hizo posible el derecho romano, de un lado, y de otro la mentalidad que niega su valor en la Edad Moderna, hay que referirse a este cambio de perspectiva en la contemplación de las relaciones hombre-mundo.

La mentalidad jurisprudencial, posiblemente por saber que su razón no era sino un destello insuficiente de la realidad, de la que obtiene sus contenidos, no sobrevaloró especialmente la potencia racional. Por esto, las declaraciones que hace Tomás de Aquino sobre la capacidad de la razón resultan algo deprimentes para quien tenga su esperanza puesta en

472 En el *Leviathan* escribe que: “*For the arithmeticians teach to add and subtract in ‘numbers’; so the geometricians teach the same in lines, figures... the logicians teach the same in consequences of words; adding together two names to make an affirmation, and two affirmations to make a syllogism; and many syllogisms to make a demonstration... In sum, in what matter there is plan for addition and subtraction, there also is placed for reason... For reason, in this sense, is nothing but reckoning, that is adding and subtracting, of the consequences of general names agreed upon the marking and signifying of our thoughts*”. Cfr. *Leviathan, or the matter, form and power of a Commonwealth ecclesiastical and civil*, Londres, 1830, p. 30. Las intensidades son de Hobbes.

encontrar un método racional de la ética y del derecho. Porque Tomás nos indica que en las conclusiones de la razón práctica —lo que usualmente llamamos derecho o moral— no podemos buscar la misma verdad o rectitud en todos los hombres,<sup>473</sup> ni todos los hombres la pueden conocer igualmente. No se está refiriendo a la posibilidad de tropezarnos con inteligencias corrompidas, que no sepan distinguir lo bueno de lo malo: de este tema se ocupa expresamente algo después, e indica que en lo que se refiere ‘a la noticia’ de la razón práctica, algunos pueden tener una razón depravada.<sup>474</sup> Tomás se está refiriendo a la pluralidad real y lícita de resultados igualmente justos según cambien ya, ahora, las circunstancias humanas o sociales. Todos entendemos fácilmente que las conclusiones de la razón práctica cambian a lo largo de la historia, pero nos resulta más difícil comprender que cambian igualmente ahora, aquí, porque varias soluciones distintas a un mismo problema pueden ser, hoy, igualmente justas. En algunos casos, basta con que los hombres sean distintos: Tomás de Aquino indica que la prudencia trata de cosas que son contingentes, *quae scilicet in ipso operante consistunt*.<sup>475</sup>

Si nos atenemos sucintamente a las obras tomistas que tratan de filosofía práctica, vemos cómo este pensamiento recalca una y otra vez que la razón humana es insegura.<sup>476</sup> Según Tomás de Aquino, esta razón es tan poca cosa que no puede participar plenamente de la razón divina, “sino a su modo e imperfectamente”.<sup>477</sup> Y esta falta de calidad de la razón motiva que cambie la ley natural. Notemos que Tomás se refiere ahora a la ‘ley’, no al derecho natural:<sup>478</sup> no sirve la socorrida explicación de

473 “*Quantum vero ad proprias conclusiones rationis speculativae, est eadem veritas apud omnes, non tamen aequaliter omnibus nota... Sed quantum ad proprias conclusiones rationis practicae, non est eadem veritas seu rectitudo apud omnes; nec etiam apud quos est eadem, est aequaliter nota*”. Cfr. *Suma teológica*, cit., I-II, q. 94, art. 4, Resp.

474 “... *et etiam quantum ad notitiam; et hoc propter hoc quod aliqui habent depravatam rationem ex passione, seu ex mala consuetudine naturae*”. Cfr. *ibidem*.

475 “*Nam sapientia, scientia et intellectus sunt circa necessaria; ars autem et prudentia circa contingentia; sed ars circa factibilia, quae scilicet in exteriori materia, constituuntur, sicut domus... prudentia autem est circa agibilia, quae scilicet in ipso operante consistunt*”. Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, q. 47, art. 5, resp.

476 Tomás escribe en *Suma teológica*, I-II, q. 91, art. 3, ad 2, que “*Praeterea, mensura debet esse certissima. Sed dictamen humanae rationis de rebus gerendis est incertum; secundum illud Sap. 9,14: ‘Cogitationes mortalium timidae, et incertae providentiae nostrae’*”.

477 “*Ad primum ergo dicendum quod ratio humana non potest participare ad plenum dictamen rationis divinae, sed suo modo et imperfecte*”. Cfr. *Suma teológica*, cit., I-II, q. 91, art. 3.

478 En la *Suma teológica*, I-II, q. 94, art. 5, escribe que “*Respondeo dicendum quod lex naturalis potest intellegi mutari dupliciter. Uno modo, per hoc quod aliquid ei addatur. Et sic nihil prohibet legem naturalem mutari: multa enim supra legem naturalem superaddita sunt, ad humanam vitam*”.

decir que cambia el derecho, siempre histórico en casi todo, pero que permanece la misma ley. Tampoco valdría la explicación a tenor de la cual la ley permanece, pero cambian los hombres: si el hombre es su medida para sí mismo, no se comprende cómo puede cambiar el hombre permaneciendo inalterada su medida. Soto matizó más este tema: “*Quia jus pro eo quod est justum, aequitas illa est quae in temporariis rebus constituitur, nullum est jus hoc modo aeternum: Licet sit lex aeterna*”.<sup>479</sup> Existe, efectivamente, una ley eterna, que es Dios mismo, pero la ley natural o lo justo natural no son realidades eternas: la ley o el derecho, una indeterminación querida por el mismo Soto.

Una consecuencia inmediata de esta inteligencia de la razón y de sus posibilidades, se refiere a lo que podríamos llamar la ‘forma de existir’ de las normas. Ya indiqué que éstas normalmente no son o existen antes de su aparente *aplicación* al caso concreto: lo que superficialmente se podría considerar como la ‘materia’ que es sometida a juicio, penetra en la norma tanto como ésta penetra en ella, por lo que sería muy difícil trazar una línea divisoria entre la medida y lo medido. La teoría de la geometría postula que la medida siempre trasciende aquello que ha de ser medido. Pero si tenemos en cuenta las observaciones más generales que hacen Tomás de Aquino y Domingo de Soto, aparece claro que aquello ‘que es medido’ suele, frecuentemente, seleccionar la medida que le ha de corresponder. Pero éste es un tema al que aludiré más adelante. Ahora interesa destacar que una consecuencia inmediata de esta alimentación de la razón desde la realidad, se nos manifiesta en el hecho de la insuficiencia del rigor (¿lógico?) para llegar a soluciones aceptables. Algo así argumentaba Francisco de Vitoria cuando se enfrentaba a una sentencia del cardenal Cayetano: se trataba de saber si era necesaria la restitución, en caso de robo, cuando la publicidad del hecho podía dañar gravemente la buena fama del ladrón. Cayetano, siguiendo la impecable lógica de la escolástica tomista,<sup>480</sup> había mantenido que no era necesario

*utilia, tam per legem divinam, quam per leges humanae. Alio modo intelligitur mutatio legis naturalis per modum abstractionis, ut scilicet aliquid desinat esse de lege naturali, quod prius fuit secundum legem naturalem. Et quantum ad prima principia legis naturae est omnino inmutabile”.*

479 *De justitia et iure...*, cit., L. I, q. 2, art. 1, p. 22.

480 Históricamente, una ha sido la realidad representada por Santo Tomás, y otra la de sus discípulos: éstos suelen seguir una lógica algo asfixiante en materias morales, que agostan la frescura de la vida. Por el contrario, los discípulos de Escoto suelen mantener opiniones más adheridas a lo que es y demanda el hombre, prescindiendo de la *impecabilidad* lógica.

restituir.<sup>481</sup> “Pero yo digo —proclama Vitoria— que tan falso es condenar a éstos universalmente, como no hacerlo. Porque hay que tener en cuenta tanto la fama como la cosa a restituir”.<sup>482</sup> No casan bien la lógica y el razonamiento práctico: “Pero Cayetano ha hablado muy rígidamente... Podemos mantener, con Silvestre, que si el daño del acreedor no es tan grande como el daño del deudor, entonces el deudor puede posponer el pago durante algún tiempo, siempre que pague todos sus intereses al acreedor”.<sup>483</sup> Una sentencia que haría temblar la existencia misma del sistema económico capitalista.

Es decir, las exigencias del caso concreto orientan o mandan tanto como el análisis imperativamente contenido en la norma. Cuando hay polémica sobre un mismo hecho, esto indica que las normas y principios pugnan entre sí para ser aplicados a tal hecho: la inteligencia del juzgador decidirá en última instancia qué principios serán tenidos en cuenta, y cuáles serán postergados. En realidad, los principios y las normas suelen cumplir un papel más bien pasivo: están a la espera de ser llamados, ‘*in ius vocare*’. Pero no para comparecer como comparece una persona, ya acabadamente: las exigencias de justicia del problema serán las que les otorguen las facetas concretas de su personalidad y su función definitiva en la resolución del caso.

Este hecho nos hace ver, entre otras cosas, que aquella *jurisprudencia* no admitía una jerarquía rígida de normas y principios: éstos no tienen asignado un lugar permanente en ninguna ‘escala’, sino que más bien suben y bajan en esa supuesta escala según las necesidades del problema, como observamos ejemplarmente en los supuestos de ‘derogación’ del derecho natural. Por usar la terminología de Tomás de Aquino, estos principios “no tienen fuerza en sí mismos para imponerse necesariamente, sino que ellos mismos son contingentes y variables”.<sup>484</sup> Tomás expuso claramente que la decisión mo-

481 “*De alia difficultate a qua incooperat istud praecedens dubium, quae erat an cum infamia teneatur ad restitutionem furti quando non potest restitui sine infamia, Cajetanus dicit quod non*”. Cfr. *De Justitia*, cit., vol. I, 22.

482 “*Sed ego dico quod universaliter non condemnare istos falsum est; et universaliter condemnare illos, etiam falsum est. Ideo dico quod habendus est respectu ad famam et rem restituendam*”. Cfr. *ibidem*.

483 “*Sed Cajetanus rigide loquitur, dicit enim quod si dominus incurrit novam jacturam ex detentione mea, teneor quacumque jactura mea statim reddere. Sed possumus tenere cum Silvestro, ut dictum est, quod si jactura creditoris non sit tanta sicut jactura debitoris, tunc debitor potest aliquo tempore detinere solutionem, dummodo solvat totum interessem creditoris*”. Cfr. *De Justitia*..., cit., comentario a II-II, q. 57, art. 8, 8.

484 “*Videmus autem, quod ea quae sunt in operationibus moralibus, et alia quae sunt ad hoc utilia, scilicet bona exteriora, non habeant in seipsis stans per modum necessitatis, sed omnia sunt contingentia et variabilia*”. Cfr. *In decem libros Ethicorum*..., cit., p. 259.

ral no suele ser entre lo bueno y lo malo, sino entre lo mejor y lo peor, y que es difícil decidirse por unas ventajas sacrificando otras. No olvidemos lo que ya expuse páginas atrás: él mantiene que incluso en las cosas malas hay algo de bueno. La época entendió sin problemas este sacrificio inherente a toda selección, y Juan Driedo podía escribir con naturalidad que “la ley injusta es la que aporta más males que bienes”.<sup>485</sup> Actualmente, a este sacrificarse en toda elección, algunos lo llaman ‘la contradicción’,<sup>486</sup> y Alasdair MacIntyre alude para referirse a este hecho, a la estructura trágica de la vida humana. Tomás se percató de esta faceta trágica de la existencia del hombre, y escribió que “porque los operables son contingentes, la razón no es forzada a asentir a esto o a aquello, como sucede en los saberes demostrativos; sino que queda en la potestad del hombre el asentir a ésta o aquella parte de la contradicción”.<sup>487</sup>

En esta ‘lógica real’ del derecho, que poco tiene en común con lo que hoy llamamos lógica jurídica (porque ésta no es una lógica del derecho, sino de las normas, como si éstas ya *existieran* abstractamente), no debe haber lugar para los escrúpulos.<sup>488</sup> Vitoria indica que se dice comúnmente que el derecho natural es aquel que ‘es necesario’. La razón de esta afirmación es que, tal como Aristóteles indicó en el libro I de los “Posteriores”, todo lo natural ‘es de por sí’ y, en consecuencia, todo lo que es de por sí, es necesario. “Pero hay que responder —replica Vitoria— que lo que es necesario tiene grados, esto es, es necesario en el grado en que debe ser asumido según la cualidad de la materia a que se refiere”.<sup>489</sup>

485 “*Lex iniqua est quae plus mali, quam boni afferit*”. Cfr. *De libertate christiana liber*, Lovanii, 1540, p. 79.

486 Vid. mi estudio *Derecho y ontología jurídica*, Madrid, 1994, pp. 237-246. Ésta es una terminología que usan Schwarz-Liebermann y Trigeaud.

487 “*Uno modo in universalis, quasi speculativa quadam consideratione. Et hujusmodi iudicium de bono non consequitur aliquam specialem dispositionem, sed universalem vim rationis zyllogizantis in operationibus, sicut et in his quae sunt a natura. Sed quia operabilia sunt contingentia, non cogitur ratio ad assentiendum huic vel illi, sicut accidit in demonstrativis: sed in potestate habet homo, quod assentiat uni vel alii parti contradictionis*”. In *decem libros Ethicorum...*, cit., p. 518.

488 Vitoria escribía: “*quod licet haec opinio possit teneri ad rigorem, tamen quia in rebus moralibus non oportet opiniones esse scrupulosas*”. Cfr. *De Justitia*, ed. cit., comentarios a la II-II, q. LXXVII, art. 3, 12.

489 “*Respondetur, hic non obstantibus, quod bene dicitur communiter quod jus naturale est necessarium. Et ratio est quia, sicut Aristoteles I Posteriorum dicit, omne naturale est de per se, et econtra (sic), omne de per se est necessarium. Naturale ergo est illud quod per se convenit, ut risibilitas est naturalis et rationalitas, quia per se homini adhaeret. Sic dicitur jus naturale, quia per se est jus et ex se. Et ad argumenta, respondetur quod necessarium habet gradus, id est necessariis est gradus qui debet sumi secundum qualitatem materia de qua est propositum*”. Cfr. *De Justitia*, cit., vol. I, II-II, q. 57, art. 2, 3.

Guillermo de Auxerre, que escribe pocos años que Tomás de Aquino, fue consciente de esta complejidad, y expuso que los principios, se digan que son derecho natural o no, tienen un estatuto distinto: unos se imponen siempre, porque son absolutamente inderogables; a éstos los llama ‘de primera necesidad’. Otros, como es el caso de la monogamia, no siempre, y por ello Moisés permitió el divorcio: éstos son llamados ‘de segunda necesidad’. Otros admiten muchas excepciones, como es el que ordena no matar, etcétera. Así aparece un abanico de principios en el que cada regla encuentra un lugar distinto según su importancia.<sup>490</sup> Esto llevaba a James Lorimer a escribir, en el siglo XIX, que las reglas del derecho natural son “hipotéticas o contingentes”.<sup>491</sup>

### B. Las normas sustituyeron a los problemas

Esta *jurisprudencia* parte desde los bienes para los hombres, los bienes humanos, y por esta razón es poco ‘normativista’: las normas sólo cobran relieve en la medida en que su *aplicación* es necesaria para alcanzar un bien humano. Obedecer la norma por obedecerla era algo sin sentido para esta mentalidad. Pero el proceso histórico que se desarrolló durante los siglos XV y XVI logró hacer perder de vista las conclusiones del razonamiento práctico, y el peso normativo de la argumentación se trasladó desde éstas al aparente ‘*initium*’ del razonamiento, a las normas. Michel Bastit repara, a propósito de Francisco Suárez, que las leyes ya no están vinculadas entre sí por la jerarquía que les imprime su fin, sino por la jerarquía de sus causas respectivas, de modo que cada poder recibe de otro poder superior su capacidad de legislar,<sup>492</sup> y por este hecho ‘obligan’ las leyes.

Las exigencias *reales* de la justicia, encarnadas por los requerimientos de la *res* cuestionada, pierden relevancia. El hombre europeo de los siglos XVI y XVII, en el momento de construir una nueva ciencia del derecho que sustituya a la tradicional, deja en un segundo plano los bienes humanos, y se entrega ante todo a considerar las normas que supone

490 Vid. Lottin, O., *Le droit naturel chez Saint Thomas d'Aquin et ses prédécesseurs*, 2a. ed., Bruges, 1931, p. 36.

491 “Apart from their realisation in positive laws, the rules of natural law are merely hypothetical and contingents, depending for their concrete forms on the answers which may be given observation and experience to questions of fact...”. Cfr. *The Institutes of Law* (2a. ed.), Edimburgo, 1880, p. 9.

492 “Il en découle d'ailleurs que les lois ne sont pas liées entre elles par la hiérarchie de leur fin, mais par la hiérarchie de leurs causes efficientes respectives, chaque pouvoir recevant de celui qui lui est supérieur la capacité de légiférer...”, *cit.*, p. 322.

ya existentes. Lógicamente, la noción misma de *jurisprudencia*, aunque no impugnada expresamente (esto hubiera sido demasiado prematuro en el siglo XVI), desaparece de hecho,<sup>493</sup> porque la jurisprudencia es un ‘saber’, un *scire* sobre los bienes jurídicos, como indicaba Bellapertica, en el que las normas son solamente un elemento o factor más, discriminado por los datos, a tener en cuenta. Si los tratados jurídicos de los últimos escolásticos españoles llevan el título *De Legibus*, en lugar del rótulo antiguo, *De justitia et iure*, esto fue una prueba de coherencia y sinceridad: Gabriel Vázquez o Suárez ya no parecen interesados por el derecho y la *jurisprudencia*, sino únicamente por las leyes, entendidas a modo de una manifestación de una voluntad superior.<sup>494</sup> Parece escapárseles que el análisis del razonamiento práctico ha de comenzar simultáneamente ‘desde el final’, desde los objetivos a alcanzar, y desde el ‘*initium*’, desde las normas ‘aplicables’. Por esta causa, la argumentación práctica pierde su tronco con la realidad<sup>495</sup> y, desde el momento en que la realidad ya no determina más o menos lo que es el derecho, las cosas ocupan un lugar secundario porque su puesto es ocupado por un acto de voluntad,<sup>496</sup> que es el que crea la ley misma.

El pensamiento premoderno no ignoró en modo alguno que la voluntad es necesaria para que exista derecho, pero a esta voluntad le añadió Isidoro de Sevilla que fuera útil, racional, no opuesta al derecho natural,<sup>497</sup> etcétera. Esta distinción entre la vertiente racional de la orden, y su no oposición al derecho natural, fue perdida de vista: desde finales del siglo XVI los teólogos católicos entenderán, más o menos implícitamente, que basta con que la ley no se oponga al derecho natural, o que desarrolle alguna exigencia de este derecho, para que ya sea racional. Con lo que se apartaron de la médula de la *jurisprudencia*. Pues no basta la voluntad de Dios, si es que se quiere tener en cuenta el derecho natural, por-

493 Vid. Bastit, *Naissance...*, cit., pp. 227 y ss.

494 J. N. Figgis entiende que los jesuitas de esta generación tomaron como ejemplo del poder político la estructura de la Iglesia católica, a la que quisieron hacer especialmente eficiente frente a los enemigos ya consolidados. Vid. *Studies of Political Thought from Gerson to Grotius*, Cambridge, 1956, pp. 32 y 33.

495 Vid. Bastit, *Naissance...*, cit., p. 185, a propósito de Escoto.

496 Bastit escribe que “*Chaque loi, telles les formes que la raison décupe dans le monde des essences, est une réalité séparée et surtout séparée de la chose... Le mépris des choses, où cette impuissance des choses, conduit à établir l’origine de la loi dans une autre faculté que celle qui met en rapport avec les choses, c’est-à-dire dans la volonté*”. Cfr. *Naissance...*, cit., p. 186.

497 Vid. *Etimologías*, Madrid, 1951, I, II, cap. 10.

que la orden o ley únicamente ordena los actos que hay que realizar, pero en modo alguno determina su entero alcance, su contenido concreto.<sup>498</sup>

Siendo así las cosas, ¿cómo explicar el deber sobre el que se fundamenta y construye lo jurídico? Porque hasta ahora, como hace notar Bastit, “hay una obligación, pero se trata de la obligación de alcanzar lo que es un bien. La atracción propia del bien mismo es la fuente <de la obligación> de la ley”.<sup>499</sup> La obligación es, pues, *real*, y por este hecho vincula intersubjetivamente, porque como hace decir Platón a Sócrates, el bien, cuando se manifiesta, es común para todos. Y el tema se agrava porque este voluntarismo, en su falta de análisis de la realidad, la contempla como un todo opaco y amorfo, sólo considera una única voluntad,<sup>500</sup> que se postula que es la misma en Dios que en los hombres. Por este camino, el deber jurídico y moral se diluyen en la fuerza, la fuerza más potente de Dios o del superior político.<sup>501</sup> Como el deber no puede fundamentarse siempre en la fuerza, es posible aventurar que las tesis de estos autores salieron ya derrotadas cuando publicaron sus libros o hicieron pública su enseñanza: porque una explicación tan endeble no puede sostenerse mucho tiempo,<sup>502</sup> y fue Kant quien mostró su inconsistencia.

A partir de ahora, perdidas de vista las cosas, que suelen ser cotidianamente nuestra gran garantía de justicia,<sup>503</sup> la relación jurídica sólo contemplará dos voluntades enfrentadas que deben ser juzgadas de acuerdo con la ley,<sup>504</sup> cosa francamente difícil una vez que el objeto a juzgar ya no

498 Bastit indica que “*Malgré la proximité de leurs objets, la loi et le droit restent donc très différents. La loi porte sur de catégories d’actes même lorsqu’elle énonce l’obligation de réaliser d’actes de justice... mais elle ne porte pas sur la détermination de l’objet tout à fait concret de ces actes, domaine propre du droit qui attribue à chacun des choses extérieures*”. Cfr. *Naissance...*, cit., p. 165.

499 “*Il y a certes une obligation, mais une obligation à ce qui est un bien. C’est l’attraction de ce bien lui-même qui est source de la loi*”. Cfr. *Naissance...*, cit., p. 59.

500 Cfr. Bastit, *Naissance...*, cit., p. 268.

501 *Idem*, p. 351.

502 Sobre las aventuras y peripecias de esta noción del deber en la modernidad, *vid.* mi estudio “Deber y fuerza: la modernidad y el tema del deber jurídico”, *XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social*, Universidad de Oviedo, 1991, pp. 151-181. Un estudio más conocido es el Hans-Ludwig Schreiber, *Der Begriff der Rechtspflicht. Quellenstudie zu seiner Geschichte*, Berlín, 1966. Para conocer el estado de la cuestión el siglo XIX centroeuropeo, el lector dispone de la obra de Kelsen, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1923, pp. 311-378. Para conocer algunos problemas que originó esta noción imperativista del deber en la *jurisprudence* inglesa del siglo XIX, *vid.* mi estudio “Dos horas de teoría del derecho”, *Persona y Derecho*, 32 (1995).

503 Sobre este punto, *vid.* mi estudio *Derecho y ontología jurídica*, cit., pp. 41-45.

504 *Vid.* Bastit, *Naissance...*, cit., p. 230. Sobre la génesis histórico-filosófica de esta noción de ‘relación’ jurídica como derechos subjetivos enfrentados, *vid.* Guzmán, A., *La influencia de la filosofía en el derecho...*, cit., parte IV.

entronca con el contenido de la norma jurídica, que no se puede limitar a dar fuerza coactiva a las voluntades: no todo el derecho es derecho de contratos, y aun en esta rama del derecho, el *ius cogens* juega una función importante. Como únicamente existen voluntades, las leyes mismas sólo pueden surgir desde las voluntades, sin más *límites* que los que determina la ley natural. De este modo, ‘las cosas’ ya no son posibilantes ni crean los cauces que hacen posible la argumentación jurídica o moral: las cosas o la realidad es vista más bien como un tope o límite, siempre una realidad *odiosa*, pero que, como expusieron Hobbes y Pufendorf, es necesaria para poder coexistir. Cualquier orden práctico adquiere un carácter limitativo y negativo, pues su misión es sólo la de *reprimir* las voluntades, especialmente las de los más fuertes: entonces entramos en el juego típicamente moderno, el propio de la ideología liberal, que contempla primero una *ius* que habilita, para hablar a continuación de una *lex*, que restringe.

### C. Las autoridades se impusieron al análisis.

Este proceso a que he aludido se desarrolló según una dinámica relativamente clara: aplicaron al derecho lo que constituía la receta universal de la ciencia moderna, o del ‘método científico’. Este método requería ante todo simplificación, tanto de la ‘materia’ estudiada como de los procedimientos epistemológicos, y a partir del siglo XVII simplificaron concienzudamente ambas cosas. Además, se presentaban otras tareas colaterales a las que servía este método, fundamentalmente el comienzo de la secularización de la cultura y la construcción doctrinal de la base doctrinal de la incipiente teoría del Estado. Esta nueva forma de convivencia, la estatal, requería unificar las fuentes del derecho, hasta dejarlas reducidas a una sola.

Podemos entender más o menos convencionalmente, pero con cierta precisión, que la antigüedad en el derecho llega hasta el siglo XVII: hasta Hobbes. Éste es el momento que niega la existencia del *intellectus* y solamente se admite una función de la razón como geométrica o mecánica. A consecuencia de esta reducción, la *auctoritas* ya no será por más tiempo una capacidad separada de la *potestas*: el Estado impone sus leyes como criterio único del derecho porque es la instancia más fuerte. Los teólogos y, en general los católicos, pretendieron limitar el poder del Estado mediante la apelación al derecho natural. Pero una vez que se había perdido de vista doctrinalmente que la ley, el dictamen o sentencia había de ser

racional, la apelación a este derecho natural no pasaba de ser una incongruencia. Con razón se podría decir que si no se admite lo más, no hay por qué admitir lo menos. Si la ley ya no ha de ser racional, porque toda la modernidad postula que el contenido de las leyes no es sino simple arbitrio, no hay por qué admitir ese postulado religioso de un derecho natural de origen divino. Ciertamente, la Ilustración fue sensista y materialista: pero estos autores que estudiamos ahora habían puesto las bases para que la secularización fuese, al menos potencialmente, un derecho exigible.

Para cumplir este desarrollo, era precisa una simplificación de las bases de la filosofía o teoría jurídica. Esas diversas dimensiones de la razón a la que aludieron algunos teólogos, hacían aparecer como varias ‘razones’ diferentes en el hombre; y en un momento en el que la tendencia a la unidad y la uniformidad eran banderas con éxito, referirse a varias razones constituía de suyo una presentación desprestigianete. Además, era necesario comenzar por el final: como la pluralidad de razones era una consecuencia de los distintos estatutos ontológicos y epistemológicos de las cosas tal como se nos presentan, se impuso perentoriamente presentar una sola realidad, esa *res extensa* cartesiana que se caracteriza ante todo porque es aquello que opone resistencia al esfuerzo inteligente.

Escoto, Gerson y Conrado impusieron, ante todo, una noción única de ley. Si leemos entre líneas a los juristas anteriores, las cosas no eran así: el derecho natural, el derecho de gentes y el derecho civil tenían en común la palabra derecho, pero constituían realidades demasiado heterogéneas como para considerarlas especies de un mismo género. Lo mismo sucede con la tripartición teológica de la ley eterna, ley natural y ley positiva humana. Había que darles algún nombre, y recibieron el de ‘leyes’, pero esto no prejuzgaba una identidad, porque una cosa era el nombre, y otra la realidad.<sup>505</sup> Podríamos pensar, con categorías algo escolásticas, que lo que hicieron estos escolares para cambiar la jurisprudencia tradicional, fue aplicar una ‘forma’ única a realidades distintas y de este modo, fundamentados en el sonido mismo de las palabras, toda ley se entendió a modo de un acto de voluntad emanado de un superior.

La empresa paralela fue la de buscar una noción del mundo humano, unas categorías antropológicas que no permitieran que la complejidad de

505 Tomás escribe en *In decem libros Ethicorum...*, cit., p. 1812 que “*Quaestio ista... magis pertinet ad nomen quam ad rei veritatem*”. Bastit hace notar que Tomás de Aquino trata a la ley divina en un lugar aparte de la ley humana. *Vid. Naissance...*, cit., p. 77.

la realidad estorbara la simplicidad del saber. Para lograr esta empresa fue necesario desvalorizar las realidades más propiamente humanas, presentándolas como una mal necesario. En este sentido, Gerson estableció que el poder político es creación humana, motivada por el pecado.<sup>506</sup> Conrado explicaba que el *dominium naturale* fue concedido por Dios a nuestros primeros padres; pero, perdida por el pecado la ‘justicia primera’, perdieron igualmente aquel *dominium*. El dominio que existe ahora es creación humana.<sup>507</sup> John Mayr explicó también muy claramente que el ‘*dominium civile sive politicum*’ ha sido introducido con ocasión del pecado.<sup>508</sup> Se trata de realidades ‘solamente humanas’, sin trascendencia para la vida superior del hombre, realidades que existen como explica Mayr, “*servata vel non servata charitate*”.

Fue lógico que Domingo de Soto se opusiera expresamente a Gerson. Soto mantenía que las leyes de origen humano obligaban en conciencia a su cumplimiento no sólo por su contenido, por derivarlo de la ley natural, sino sobre todo por la voluntad del legislador que las ha dictado. Pues el poder político es ‘natural’, esto es, no es una creación humana arbitraria de la que podamos prescindir, sino en cierto modo ordenación divina.<sup>509</sup> Cada cual a su modo, los escolásticos aristotélicos explicaron que toda ley era, antes que nada, una ordenación racional, ‘algo de la razón’.<sup>510</sup> En cambio, para estos otros escolares, las cosas no son buenas o malas, no son especialmente racionales o irracionales, sino que simplemente ‘están ahí’ y únicamente serán buenas (otro concepto de bondad, esta vez unívoco), cuando sirvan a alguna *utilidad*. El problema residía, ahora, en saber qué era lo útil.

Bastit explica a este respecto que:

506 Vid. su *Liber de vita spirituali animae*, en el vol. III de la edición citada, especialmente las páginas 31-40. Lo mismo, referido a cualquier tipo de *dominium*, en el *Tractatus de potestate ecclesiastica*, en el mismo volumen de la ed. cit., p. 252.

507 “*Dominium originale etiam dupliciter describitur. Primo sic. Est dominium secundum leges originaliter, et subintelligitur, conveniens alicui, supple ei, qui est, vel esset in originale justitia. Secundum sic. Est donum dei, quo natura rationalis jus habet immediate a deo assumere alias res inferiores in suum usum... Exemplum, quando primi parentes habuerunt originalem justitiam, ratione illius justitiae conveniebat eis jus edendi de omni ligno paradisi, dempto ligno scientia boni et mali*”. Cfr. *De contractibus...*, cit., tractatus I, quaestio 2, p. 6.

508 “*Dominium civile sive politicum est dominium occasione peccati introductum et propter leges civiles acquisitum: retinibile et abdicabilia: servata vel non servata charitate*”. Cfr. *Quartum Sententiarum quaestiones utilissimae*, París, 1521, p. 74.

509 Vid. su *De justitia et iure...*, cit., L. I, q. 6, art. 4, p. 52 del primer volumen de esta edición.

510 Así, por ejemplo, Tomás de Aquino, en *Suma teológica*, I-II, q. 90, art. 1. Domingo de Soto, *De justitia...*, cit., l. I, q. 1, art. 1, p. 8.

La división de Occam responde a la objeción de los tomistas, según los cuales la cosa posee una naturaleza que es la que le otorga valor... A esta concepción opuso Occam otra según la cual la cosa es en sí indiferente, ella no es más que un hecho bruto, sin valor. Sobre este hecho bruto es posible, e incluso necesario, para salir de la indiferencia, llamar a un discurso exterior que es el que viene a dar un sentido a la cosa.<sup>511</sup>

El derecho humano carece, por tanto, de valor: en el plano jurídico esto implica que nada es justo o injusto examinando las relaciones existentes. Hay que esperar a un segundo momento en el que comprobamos si algo es útil o inútil. Y aquí se plantea uno de los nudos que esta modernidad jurídica no ha sabido deshacer aún: esta *utilidad* nueva, distinta de la *utilitas* de la jurisprudencia, es una utilidad separada de la praxis humana, porque con ella se busca hacer realidad unos bienes exteriores al mismo hombre, bienes ‘transitivos’ como toda obra poiética. Así salimos del campo de la *praxis*, de la moral: cualquiera está en su derecho de preguntarse ¿Por qué tengo el *deber* de hacer realidad esa utilidad? Porque este nuevo concepto de utilidad, al perseguir unos bienes exteriores al hombre, es, en buena medida, una utilidad sin finalidad propiamente humana.

El proceso de simplificación de la realidad práctica humana ya estaba consumado a finales del siglo XVI. Bastit indica que Escoto se negó a situarse en el mismo plano que los seres, en la plenitud de la existencia, para considerarlos en su concepto. Se situó para ello en un plano formal, en donde la consideración filosófica es la misma para todos, desconociendo la pluralidad: solamente conoce un ser común que progresivamente se va haciendo más determinado.<sup>512</sup> De esta *reducción* de la realidad, sólo resulta un ser uniforme que suscita una ley igualmente uniforme.<sup>513</sup> La noción de ley quedó reducida, del mismo modo. Propusieron un esquema abstracto en el que cada ley se identifica solamente por su diferenciación respecto del concepto común.<sup>514</sup> Así alcanzaron una única noción de voluntad, una única noción de bien, y un único concepto de ley.

Es decir, la impotencia de la realidad llevó a realzar la voluntad arbitraria,<sup>515</sup> y la nueva noción de voluntad que entra en escena es, como ya

511 *Naissance...*, cit., p. 255.

512 *Vid. idem*, p. 185.

513 *Vid. idem*, 186.

514 *Vid. Bastit, Naissance...*, cit., p. 222.

515 Bastit explica que “*Chaque loi, telles les formes que la raison découpe dans le monde des essences, est une réalité séparée et surtout séparée de la chose... Le mépris des choses, où cette im-*

indiqué, tan uniforme como las cosas mismas. Se trata de una voluntad que circula libremente entre las distintas leyes y derechos de modo que la diversidad de relaciones fue sustituida de manera más o menos directa por este imperativismo detrás del cual se encuentra la voluntad divina.<sup>516</sup> Paradójicamente, estos autores hicieron posible la secularización de la jurisprudencia introduciendo categorías teológicas en el seno de la noción de la decisión práctica. Porque desde el momento en que la realidad humana pierde su capacidad para determinar el *deber*, éste será buscado, de ahora en adelante, en la voluntad divina. Ciertamente, no sería posible hablar de deber, en el sentido estricto de la palabra, si permanecemos en el plano terreno; pero este momento de transición confundió el fundamento último del deber con los modos o procedimientos de conocerlo. Así consiguieron, finalmente, que el derecho se diluyera en preceptos propios de la religión.<sup>517</sup> Dejaron de lado la advertencia que había hecho Domingo de Soto: “*Non est morale praeceptum: Sed fidei veritas...*”.<sup>518</sup> Grocio emprendió, en el siglo siguiente, la increíble tarea de afirmar que las cosas son buenas o malas en sí, porque la naturaleza de las cosas —según había mantenido Gabriel Vázquez— es anterior a cualquier precepto. Pero desde el momento en que esta naturaleza de las cosas de la que hablan Molina, Gabriel Vázquez, Suárez o Grocio, es postulada como un *a priori* gratuito, ya estaba abierto el camino para considerar oblicua pero necesariamente que todo el derecho es, y no puede ser de otro modo, resultado del arbitrio humano.

puissance des choses conduit à établir l'origine de la loi dans une autre faculté que celle qui met en rapport avec les choses, c'est-à-dire dans la volonté”. *Cfr. idem*, p. 186.

516 *Cfr. idem*, p. 187.

517 *Vid. idem*, p. 224.

518 *Vid. De justitia...*, *cit.*, l. II, q. 3, art. 4, p. 108.