

CAPÍTULO XIV

EL *IUS COMMUNE*: APORTACIONES Y DISCUSIONES

58. EVOLUCIÓN DEL DERECHO DENTRO DEL *IUS COMMUNE*

EN CUANTO a las innovaciones que aportó el *Ius Commune* al derecho occidental privado, hubo algunas tendencias generales en las que participaron todos aquellos juristas medievales, al lado de múltiples discusiones en que surgieron, de un lado y otro, ideas contrastantes que dieron lugar a las famosas *Dissensiones Dominorum*.

A veces, en sus aportaciones novedosas, los juristas medievales continúan tendencias ya iniciadas en el derecho romano-bizantino, y a veces introducen ideas completamente nuevas, pero siempre procurando, en tal caso, quedarse formalmente en íntimo contacto con algún texto del derecho justiniano. Así, en relación con sus explicaciones sobre el surgimiento de la teoría de la causa en la Edad Media, Alfred Soellner reconoce que “el origen de la teoría de la causa se encuentra en una armonización, emprendida por los Glosadores, de citas individuales, no coherentes, del *Corpus Iuris*, procedimiento que corresponde a la tendencia general de la ciencia medieval hacia la concordancia”¹

Esta tendencia hacia la generalización de datos aislados, a veces no referentes al mismo tema, da lugar a la práctica de sacar del *Corpus Iuris* los datos dispersos que ilustran o parecen ilustrar algún tema jurídico, a menudo visto por el autor a la luz de alguna conclusión preconcebida, a que tiene que llegar, y de presentar luego una monografía, un *consilium* etc., que trata de hacer justicia a todas las citas en cuestión, juntando los datos en una estructura lógica, homogénea, y eliminando las aparentes contradicciones. Es lo que vemos, por ejemplo, en la obra de Martinus sobre el *interesse* en el derecho romano, o la de Bulgarus sobre la ignorancia del derecho; o, para mencionar un ejemplo tardío,

¹ *Die causa im Kondiktionen und Vertragsrecht des Mittelalters* etc., ZSS (1960), pp. 182-269; esta cita figura en 268-269.

en el *Singularis Tractatus de Iuris Interpretatione*, una teoría general de la interpretación, terminada por el postglosador Constantinus Rogerius en 1463 e impresa en Lyon (*Lugdunum*) en 1549, obra que arranca desde unas glosas de Bártolo y Baldus, y luego sirvió como punto de partida a una larga serie de obras sobre la interpretación.² La ceguera de los juristas medievales respecto de las capas de diversa profundidad histórica, dentro del *Corpus Iuris*, y respecto de las interpolaciones, da a tales estudios un sabor que, medio milenio más tarde, caracterizará la Pandectística alemana, con su *Pandekten-harmonistik* (o sea la tendencia de poner en armonía, a como dé lugar, todos los datos que proporciona el *Corpus Iuris*, mediante técnicas que a los consternados historiadores del derecho hacen recordar la cama de Procustes).

A menudo, la tendencia de presentar teorías globales, derivadas de la casuística medieval, da lugar a la formulación de presunciones, a veces *iuris et de iure*, a veces *iuris tantum* (o *praesumptiones hominis*) que admiten pruebas contrarias. Muchas de estas presunciones concluyen *de praeterito ad praesens* (como en caso de la cruel presunción *semel malus semper praesumitur esse malus* —Gl. *Admittendum eum ad D.48.2.7.3*—, principio aceptado también en el derecho canónico —*Liber Sextus*— como octava de las *Regulae Iuris*, y que sólo con el cambio del *Corpus Iuris Canonici* hacia el *Codex Iuris Canonici*, en 1917, desapareció allí);³ pero también encontramos ejemplos de presunciones *ex praesenti in praeteritum*.⁴

En estos ejemp'os —como en general en el presente libro— no nos referiremos al derecho penal, a pesar del interés que muchos temas iusromanistas medievales tienen para la posterior discusión dentro de esta rama (pensemos, por ej., en el de la tortura, tema que durante toda la segunda vida del derecho romano sigue causando controversias).⁵ Es que el derecho romano que fue “recibido” en Europa Continental occidental, como parte del *Ius Commune*, en calidad de derecho supletorio y que, aun fuera de esta función, influyó tanto en la formación profesional de los juristas, ha sido cada vez más derecho romano *privado*; y como el impacto del derecho romano penal sobre los codificadores

² Una reseña de esta cadena, hasta llegar a Thibaut, puede consultarse en la Introducción por Lutz Geldsetzer a la reimpresión de la *Theorie der logischen Auslegung des roem. Rechtes* por A.F.J. Thibaut, Düsseldorf, 1966.

³ Hans Kiefner, *Semel malus semper praesumitur esse malus*, ZSS (1961) pp. 308-354.

⁴ Kiefner menciona al respecto las Gl. *Ostenderitis ad C.4.19.3* o *Publicabunt ad C.9.9.33* (34) pr.: *ibidem*, p. 308, nota 1.

⁵ Véase por ej. el Comentario de Voetius al *Digesto*, bajo 48.18.

ha sido mucho menor que el del derecho romano civil y procesal-civil, he dejado la rama penal un poco en la sombra. Es verdad que, como veremos, un v.d. Keesel, hasta en vísperas de los primeros códigos de Holanda, dedica todavía cursos universitarios a los *libri terribiles* del *Digesto*, que contienen las normas penales; pero en tiempos de aquel romanista (posterior, no sólo a la Carolina, sino inclusive a Beccaria) tal actitud podía parecer algo quijotesca; sin embargo, un panorama de la evolución del derecho romano penal durante la segunda vida, seguramente tendría interés.

59. APORTACIONES A LA TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

a) EL PROBLEMA GENERAL DE LA COSTUMBRE JURÍDICA

La Italia medieval presentaba, desde luego, un mosaico de derechos locales contra un fondo general de *Ius Commune*. A menudo, tales derechos locales fueron consuetudinarios, y muy tenaces, como en toda Europa occidental, por la frecuencia de los jueces laicos en los tribunales, generalmente más conocedores de las costumbres que de los libros de derecho (es verdad que en Italia hubo proporcionalmente más jueces letrados que en otras partes, por encontrarse el centro del estudio iusromanista en el norte de este país, pero, inclusive allí, las costumbres locales tenían una vida tenaz). Por lo tanto, era importante aclarar las relaciones entre derecho consuetudinario y derecho escrito.⁶ El *Corpus Iuris* presenta, al respecto, una famosa contradicción. Por una parte, Constantino, en C.8.52.5 formula el principio moderno de que la costumbre nunca puede ir en contra del derecho escrito, y de D.47.12.3.5 podría derivarse la misma idea. Pero Salvio Iuliano, en D.1.3.32 defiende la tesis contraria, apoyado al respecto por Hermogeniano (D.1.3.35) y Paulo (D.1.3.36), y eventualmente por Inst. 1.2.9, aunque allí la formulación es más prudente. Para los romanistas medievales italianos, el *Corpus Iuris*, derecho imperial, era derecho vigente ya que Italia pertenecía al imperio,⁷ y el emperador se había solidarizado con el derecho justinianeo. Y cuando sobrevino el declive del poder imperial en Italia, el

⁶ Cf. John P. Dawson, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, 1968, p. 125 y ss.

⁷ Esto fue el caso, cuando menos, hasta 1268, cuando Carlos de Anjou derrotó al último de los Staufos, quedándose con los reinos de Sicilia y Nápoles, o sea con todo el sur de Italia hasta los Estados Papales; cuando luego Francia obligó al papa, al comienzo del siglo siguiente, a aceptar la hospitalidad francesa, en Aviñón, la casi totalidad de Italia había salido de la órbita imperial.

derecho romano ya estaba tan arraigado que pudo sobrevivir con ayuda del principio de que valía *Imperio rationis, non ratione Imperii*. Por lo tanto, el derecho justiniano, estudiado en la Edad Media sin sus dimensiones históricas, era derecho vigente, y como Justiniano afirma oficialmente que el *Corpus Iuris* no contiene contradicciones, toda oposición entre textos de esta obra era sólo aparente, y era la tarea de los juristas buscar algún tecnicismo para demostrar que no existía tal contradicción. Así, en este caso, los juristas propusieron toda clase de distinciones para demostrar que, en el *Corpus Iuris*, los lugares que parecen favorecer la costumbre más bien que la ley, y los lugares aparentemente incompatibles, en realidad estuvieron hablando de situaciones distintas. El lector moderno dirá inmediatamente: “¿esto no va en contra del principio básico de interpretación, de que el intérprete no debe distinguir donde la ley no distingue?” ¡Evidentemente! Pero este principio no dominaba la materia de interpretación, en la época de que estamos hablando.

Así, los romanistas medievales proponen una serie de distinciones dentro del concepto de costumbre. “Una costumbre puede ser general o especial”, o “el legislador puede abrogar costumbres malas, pero no las buenas” (peligroso principio); o “la ley deroga las costumbres mediante normas de *ius cogens*, pero no de *ius dispositivum*”; o “la ley puede derogar una costumbre seguida por inercia e ignorancia, pero no una costumbre que la gente sigue conscientemente, a sabiendas”. Otra solución propuesta fue que una ley deroga una costumbre por el hecho de prohibirla expresamente, pero no por el simple hecho de que sus disposiciones sean incompatibles con tal costumbre. Uno ve que toda una lista de posibles soluciones que estuvo a la disposición de la práctica; sin embargo, para la seguridad jurídica era malo tener tantas soluciones a la vez, de manera que la Gran Glosa ya limita en forma loable el panorama de las proposiciones, mientras que las diversas obras sobre las *Dissensiones Dominorum* o *Dissensiones Doctorum* también contribuyen a formar una *communis opinio* respecto del camino por seguir.

El autor escocés, tan romanista, Stair, en sus *Instituciones* —I.1.16— opta, en este estado de confusión, por el principio de que una vieja ley no puede ser invocada en contra de una costumbre posterior (principio que, unos siglos después, también es aceptado por Windscheid, el gran Pandectista alemán).⁸ Este principio parece peligroso, pero observemos

⁸ Pand. I. parr. 18.

que también la posición contraria tiene sus inconvenientes, como vemos en el derecho anglosajón, donde reina el principio opuesto, de que una ley, mientras que no esté formalmente revocada, pueda desempolvarse con éxito, en cualquier momento, lo cual a veces ha producido molestas sorpresas forenses en la vida inglesa.

b) COMPROBANDO LA EXISTENCIA DE LA COSTUMBRE: PROBLEMA NÚMERO I

Ahora se presenta otro problema en conexión con la costumbre: ¿cuántas veces debía haberse observado, comprobadamente, cierta conducta positiva o negativa, para que los jueces tuvieran que aceptar la existencia de la costumbre? Este punto no queda aclarado en el *Corpus Iuris*, pero los Glosadores y Postglosadores no se dejan desanimar por tales pequeñeces: D.22.5.12 —de Ulpiano— afirma que normalmente dos testigos bastan, y si sustituimos ahora “testigo” por “testimonio”, llegamos a la conclusión que basta comprobar dos veces la existencia de una costumbre jurídica. Además, de C.1.4.3.4 uno puede derivar que con dos comisiones de un delito, uno ya es delincuente “habitual”, de manera que dos actos u omisiones hacen costumbre... Así, se hace decir por el *Corpus Iuris* lo que nunca cruzó por la mente de los que —históricamente hablando— contribuyeron a la formulación del contenido de esta curiosa obra. Desde el punto de vista del purismo histórico, tal técnica es “fraudulenta”; pero desde el ángulo de la práctica jurídica, que necesita *seguridad*, hay mucho que decir a favor de esta técnica, que ata la fantasía innovadora cuando menos formalmente a un antiguo texto de autoridad.

Observemos, de paso, que esta teoría de que “dos veces es costumbre”, tiene importancia para el efecto *erga omnes* de sentencias medievales. En general, los romanistas medievales establecen el principio de que la interpretación por el soberano, el *Princeps*, tiene fuerza obligatoria general; la interpretación por el juez sólo obliga a las partes en el litigio concreto; y la interpretación por parte de los dogmáticos del derecho no tiene obligatoriedad, aunque pueda llegar a tener eficacia por influir en una de las dos formas anteriores de interpretación. Pero ahora, con la citada regla, tenemos una base para afirmar que dos sentencias que confirmen la existencia de una costumbre, ya establecerían la obligatoriedad de ésta, sin necesidad de recurrir a complicadas comprobaciones de la aplicación práctica de esta costumbre a casos de la vida real: la referencia a las sentencias, cuya existencia generalmente es de comprobación

más cómoda, ya bastaría, a pesar del principio medieval de que sentencias sólo tengan eficacia *inter partes*; y, efectivamente, buscando un fundamento en D.1.3.34, el iusromanismo medieval reconoce que dos sentencias en el sentido mencionado, bastan para comprobar una costumbre.

c) COMPROBANDO LA EXISTENCIA DE LA COSTUMBRE: PROBLEMA NÚMERO 2

Luego se presenta otro problema: los dos casos que tienen que comprobarse, ¿deben haberse presentado dentro de cierto lapso? Obviamente no deben ser dos casos resueltos por ejemplo, dentro de un mismo mes, pero ¿cuál lapso sería prudente? El *Corpus Iuris* se calla, pero ahora los romanistas medievales aplican por analogía los términos de la prescripción, discutiendo si los diez años *inter presentes* o los 20 años *inter absentes* merecerían la preferencia, y poniéndose finalmente de acuerdo a favor de la primera de estas posibilidades.

d) COMPROBANDO LA EXISTENCIA DE LA COSTUMBRE: PROBLEMA NÚMERO 3

Y ahora viene otro problema de conciencia profesional-dogmática: si basamos nuestra sentencia sobre dos casos comprobados en que se ha seguido alguna costumbre, ¿no estamos pecando contra la disposición de C.7.45.13, de que debemos enjuiciar con base en leyes, y no con base en ejemplos? Pero aquí nos ayuda Acursio,⁹ alegando que la regla de *non exemplis sed legibus* no haya sido violada; no se está enjuiciando por ejemplos, sino con base en una costumbre comprobada mediante ejemplos, que es cosa muy distinta.

e) CONFLICTO DE SISTEMAS JURÍDICOS

Una verdadera hazaña de fantasía creativa jurídica, en conexión formal con un texto justiniano, es, desde luego, lo que hacen los Glosadores Aldrico y Hugolino, Azo y Acursio y luego Bártolo y Baldo para el tema más interesante dentro de lo que actualmente llamamos derecho internacional privado, o sea el conflicto de sistemas jurídicos. En relación con el sistema dotal, por ejemplo, tan diferente de lugar a lugar,¹⁰ se presentan

⁹ Glosa *verbo inveteratae ad D.1.3.32.1.*

¹⁰ Véase Egos Lorenz, *Das Dotalstatut in der italienischen Zivilrechtslehre des 13. bis 16. Jhs.* Colonia-Graz, 1965.

problemas que hasta fines del siglo XII son resueltos según la *lex fori*, pero que luego dan nacimiento a un tratamiento más diferenciado, que resulta de una nueva dogmática al respecto (¿Domicilio original del marido? ¿También si el marido establece el domicilio conyugal en el municipio de la mujer? ¿Concesiones a la autonomía de la voluntad? En tal caso, ¿convenio inmutable? ¿Diferenciación según muebles e inmuebles? etc.). Para la resolución de tales dudas, citas del *Corpus Iuris* (D.21.2.6, D.44.7.21 etc.) son aprovechadas, en el espíritu medieval, ya descrito, y es famosa, al respecto, la distinción entre estatutos reales y personales, para la que se usa como punto de partida C.1.1.1. la famosa ley *Cunctos populos*, que da lugar a la Gl. *Quod si Bononiensis*, en la Glosa Ordinaria, a su vez comentada por Bártolo. A este respecto, una obra del joven Baldo, escrita aproximadamente en 1358 en Florencia, *Tractatus de vi et potestate statutorum ratione personarum, territorii et rerum*, pronto famosa como la *Repetitio Cunctos Populos*, es de importancia primordial.¹¹

60. APORTACIONES AL DERECHO SUSTANTIVO

a) TEORÍA DEL CONTRATO EN GENERAL

En el nivel de las tendencias generales, quisiera llamar la atención sobre la saludable inclinación a formular las ideas generales, que los juristas romanos y bizantinos no habían expresado claramente, pero que tácitamente habían aplicado (probablemente) a los múltiples casos concretos que hallamos en el *Corpus Iuris*. Por ejemplo, en la primera vida del derecho romano ya encontramos una evolución desde una lista de contratos, cada uno con sus reglas,¹² hacia el concepto de *contrato en general*; pero el derecho justinianeo no había alcanzado todavía el punto final de este desarrollo. Ahora, los juristas medievales empujaron este concepto en el camino hacia su perfeccionamiento (sólo alcanzado finalmente por el iusnaturalismo y la Pandectística alemana), formulando el principio de que *pacta sunt servanda*¹³ (por lo tanto ya no hay pactos nulos), y desarrollando, con base en una terminología romana (a menudo imprecisa y orientada hacia la casuística más bien que hacia teorías fundamentales), ideas básicas sobre la causa, el consentimiento, o, en nivel

¹¹ E. M. Meijers, *Études d'Histoire du Droit*, IV., Leiden, 1966, pp. 132-141.

¹² H. Dilcher, *Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht*, ZSS, XXVII, 1960, pp. 270-303.

¹³ El derecho escocés dirá más tarde, tan pintorescamente: *Every paction begets an action*.

más particular, el papel de la ignorancia de derecho y de hecho en los contratos. Para tales movimientos hacia la equidad (o hacia la moralización del derecho) el apoyo de los canonistas, dentro de este conjunto sinérgico del *Ius Commune*, siempre ha sido apreciable.

Como escalón intermedio hacia aquel principio de *pacta sunt servanda* encontramos en el *Digesto* (D.2.14.7.4) el principio general de *nudum pactum non parit actionem, sed parit exceptionem*, con lo cual se otorga más eficacia a los pactos nudos; pero la Edad Media se empeña en dar al pacto nudo, no simplemente la posibilidad de defensa mediante una excepción, sino además la de agresión, mediante una acción. Azo y Acursio trabajan para este fin,¹⁴ y otro empujón en la dirección moderna se debe a los *Ultramontani*, cuando Jacques de Révigny reinterpreta como figura paralela de la *stipulatio* (oral) el *contractus litteris*,¹⁵ tratando de convertirlo en un medio general para dar forma debida a *cualquier* obligación; en el nivel escrito este *contractus litteris* es propuesto como un barril vacío que según los deseos de los contratantes puede llenarse con un contenido u otro, como sucedía con la *stipulatio* en nivel oral.

b) PACTA SUNT SERVANDA

Bajo el impacto de los canonistas, que para esta actitud encontraron argumentos en el Sermón de la Montaña,¹⁶ los romanistas medievales eliminan los últimos restos de los *pacta nuda* que habían quedado en el sistema justinianeo.

c) LA CAUSA¹⁷

La elaboración de una teoría general de pactos y contratos anima el estudio de aquel elemento de ellos, que hasta la fecha no ha encontrado

¹⁴ Para detalles: Hermann Dilcher, *Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht*, ZSS, LXXVII, (1960), pp. 270-303.

¹⁵ Este contrato *litteris* ya era una antigualla en tiempos de Gayo: Justiniano había tratado de darle una nueva vida —artificial—, añadiéndolo a su lista de contratos, en el deseo (ligado al misticismo de números de aquella época) de llegar a *cuatro* categorías de contratos nominados.

¹⁶ Mateo 5.37: "Diréis (solamente): Sí, sí; No, no. Todo lo que excede a esto, viene del Maligno". La *Jerusalem Bible* traduce esto como: *All you need say is "Yes" if you mean yes; "No" if you mean no; anything more than this comes from the evil one*. La idea es que debemos ser tan francos y honrados, que nuestra simple afirmación, negación o, por extensión nuestra simple promesa de hacer algo, debe bastar: nada de formalidades para que nuestro deber valga jurídicamente.

¹⁷ Véase Soellner, ZSS (1960), pp. 182-269 y E.M. Meijers, *Études d'Histoire du Droit*, IV, Leiden, 1966, pp. 107-131.

su lugar definitivo en la dogmática civil: la “causa”. Este elemento fue considerado necesario, ahora, para proteger la práctica contra ciertas peligrosas consecuencias que pudiera tener la aplicación de la regla *pacta sunt servanda*.

Aprovechando al respecto la terminología y varias ideas a las que D.2.14. da lugar, y trabajando bajo la influencia de la filosofía aristotélica, reinterpretada por la Escolástica, los Glosadores, Postglosadores y canonistas elaboraron el requisito de una “causa” para que un acuerdo de voluntades, independientemente de su conformidad con alguno de los moldes tradicionales, pudiera dar lugar a una *actio* del perjudicado, en caso de incumplimiento por la parte contraria. Un problema especial surge, al respecto, con los contratos gratuitos —la donación, la renuncia, el depósito, el comodato— que aparentemente carecen de causa, si la interpretamos como un *quid pro quo*, una contraprestación, al estilo de la *consideration* del *common law* (una interpretación a la que, por ejemplo, la terminología de *condictio causa data causa non secuta* fácilmente conduce), y durante la segunda vida del derecho romano es finalmente con ayuda del iusnaturalismo que autores como Domat declaran que el deseo de mostrar generosidad puede figurar como una “causa”, con lo cual este concepto se desarrolla ya claramente desde “contraprestación” hacia “motivación”; paulatinamente vemos surgir aquel pantano dogmático que finalmente Planiol quiere secar sin más ni más, y que Capitant trató de salvar, cambiándolo en un ordenado estanque. Los autores clásicos y los compiladores justinianeos estarían probablemente consternados de ver la discusión a la que, inocentemente, habían contribuido.

Para una comparación entre la teoría de la *consideration* en el *common law*, y las teorías antigua y actual de la “causa” en los derechos romanistas, un buen punto de partida es W.W. Buckland y A.D. McNair, *Roman Law & Common Law*;¹⁸ aunque ambos conceptos generalmente llevan hacia los mismos resultados prácticos, quedan diferencias (la promesa de pagar una deuda prescrita, por ejemplo, es de discutible validez a la luz del concepto de *consideration* —¿dónde está ahora el *quid pro quo*?— mientras que para la teoría de la causa, como formulado al estilo de Domat, no hay problema: el deseo de presentarse como un perfecto ciudadano que paga sus deudas, sin aprovechar tecnicismos que sólo los iniciados conocen, es válido como “causa”...).

¹⁸ Cambridge, 1936, pp. 171-177.

d) LA *laesio enormis*

En el *Corpus Iuris*, la *laesio enormis* es una institución que protege al vendedor que hubiera contratado por un precio inferior a la mitad del precio justo. El comprador, arrepentido por haber pagado más de lo doble de lo que hubiera sido justo, en cambio, no goza de protección. Ayudados por las teorías canónicas sobre el *pretium iustum*, los Glosadores extienden ahora por analogía el concepto de *laesio enormis* al caso del comprador perjudicado.¹⁹

c) LA CLÁUSULA *Rebus sic stantibus*

Interesante, también, es el caso de la teoría de que en todo contrato, juramento, promesa unilateral, ley, testamento o privilegio exista una cláusula invisible, de que el cumplimiento sólo puede exigirse si las circunstancias esenciales, tomadas en consideración en el momento de crearse la nueva situación jurídica, no hayan cambiado de manera imprevisible. A esta teoría se suele pegar la etiqueta de *rebus sic stantibus* (originalmente: *rebus sic se habentibus*), o sea: “siempre que las circunstancias se queden así”.

Los canonistas, aprovechando el panorama más amplio de los textos de autoridad en que podían apoyarse para el desenvolvimiento de sus teorías, y que alegaron, por ejemplo, opiniones de Cicerón,²⁰ Séneca,²¹ o San Agustín²² (autores respetables, pero de ningún modo autoridades profesionales para los romanistas medievales) tomaron como punto de partida para esta teoría, por ejemplo, el hecho de que una promesa de matrimonio, inclusive bajo juramento, no es válida —o sólo vale como fuente de obligaciones naturales— si luego, antes del momento fijado para el matrimonio, intervienen circunstancias graves o imprevisibles, como el hecho de que la novia perdiera por propia culpa la virginidad. Por algún tiempo, los romanistas se negaron a seguir a sus colegas, los canonistas, en este peligroso camino. Sin embargo, el *Corpus Iuris* ofrece una cita en la que uno podría enganchar la nueva teoría: D.46.3.38. pr., ya descubierta, al respecto, por los canonistas. Allí encontramos: “si alguien ha estipulado que

¹⁹ Véase G.F. Margadant, “Historia de la *laesio enormis*”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (1977), pp. 31-48, con énfasis en la segunda vida del derecho romano.

²⁰ *De officiis*, III.25 véase también III. 94/5.

²¹ *De beneficiis*, IV.39.4, cita usada por Santo Tomás.

²² *Enarrationes in psalmos*, V.7.

se entregue algo a él mismo o a Titio, es preferible decidir (*magis esse*), dijo Africanus, que se haya entregado legalmente (*recte*) el objeto a Titio si éste se ha quedado en la misma condición jurídica (*status*) en la que se encontraba cuando se formuló la *stipulatio*; pero hay que decir que no se le ha entregado el objeto legalmente, si (entre tanto) Titio ha sido adoptado, o si se ha exiliado, o si ha sufrido la muerte civil, o caído en esclavitud". Cuando los canonistas, después de algún tiempo, ya habían preparado la sensibilidad general para esta nueva teoría, los romanistas tuvieron que revisar su actitud negativa, pero prefirieron conectar sus ideas al respecto, no tanto con D.46.3.38.pr., sino con la *Lex Quod Servius*, D.12.4.8, una cita de Neratius que dice: "La opinión de Servius, en su libro sobre la dote, de que, si dos personas se han casado, de las cuales una todavía no haya alcanzado la edad legítima para el matrimonio, la dote entregada pueda ser recuperada, es una opinión que debe entenderse de la manera siguiente: efectivamente, tal recuperación es posible si antes de que el incapaz llegue a la mayoría de edad, inter venga el divorcio; pero mientras se queden en este estado matrimonial, la dote no puede recuperarse, exactamente como cuando la novia haya entregado algo al novio por concepto de dote: entonces esto no puede recuperarse mientras que se conserve entre ellos el estado de intimidad (*affinitas*), ya que, lo que se haya dado antes de que se consuma el matrimonio, en vista de que se había entregado con el fin de que se convirtiera en dote, no puede ser recuperado mientras que exista la posibilidad de que el matrimonio se celebre". A primera vista —y también a la segunda— esta interesante cita no es la más apropiada para que, debidamente torcida, sirva para introducir en el derecho romano medieval la teoría de que todo contrato sólo vale *rebus sic stantibus*, o sea bajo la condición tácita de que las circunstancias esenciales que habían impulsado a las partes hacia la celebración de este contrato, se quedasen sin modificación; y la elección de D.12.4.8 es más enigmática aún, si uno ve que D.46.38.pr. ofrece un camino tanto más natural hacia el resultado deseado. Sin embargo, por alguna razón Bártolo prefirió usar D.12.4.8. (quizás la otra cita estuvo contaminada por el hecho de que los canonistas ya la habían usado. . .), en su famosa glosa *Quod Servius*, con cuya ayuda elabora la teoría de *rebus sic stantibus* en relación con renunciaciones, que, después de redactarse en forma debida, resultasen ser mucho más onerosas de lo que inicialmente el renunciante había podido prever, en cuyo caso pueden revocarse; más tarde Baldo extiende el principio de tal anulación por imprevisión, a las promesas en general, y finalmente Yasón

de Mayno hace esta regla aplicable a la interpretación, inclusive, de leyes, testamentos, privilegios etc.²³ Relacionado con este tema está también el tratamiento jurídico de la mera *dificultad* imprevisible en el cumplimiento. El derecho canónico tiende siempre hacia un tratamiento benévolo del deudor que haga un sincero esfuerzo (*volens solvere similis est solventi*) y bajo influencia canónica, la Glosa Ordinaria acepta el principio de que, cuando menos *difficultas non tollit obligationem, sed excusat a mora*.²⁴

f) LA AUTOAYUDA EN SITUACIONES DE URGENCIA

Otra técnica interpretativa es la de aprovechar silencios en una cita del *Corpus Iuris*, para comprobar la no-existencia de algún principio que, según el intérprete, en caso de existir en el derecho justiniano, hubiera debido dejar sus huellas en la cita en cuestión.

Perdonen la complejidad de la frase anterior: un ejemplo aclarará la esencia de esta peligrosa técnica de interpretación.²⁵ El caso es mencionado por Jolowicz en su ya mencionado artículo. Se refiere a un deudor que, viéndose en la imposibilidad de pagar sus deudas, reduce sus activos a dinero y huye; luego uno de sus acreedores lo sorprende en algún lugar, con el dinero con el cual este deudor había huído. El problema que ahora Ulpiano pone en D. 42.8.10.16 es: ¿puede este acreedor aprovechar ahora el dinero encontrado con el deudor para abonarlo a su propio crédito, o deberá entregarlo al conjunto de acreedores, para que sea distribuido de acuerdo con las reglas de la quiebra? La contestación, para la cual Ulpiano recurre a la autoridad de Salvio Juliano, depende, obviamente, de la cuestión de saber si, en el momento de ocupar el dinero u otros bienes del deudor prófugo, ya se había iniciado el juicio colectivo de quiebra, o no; si tal juicio ya había comenzado, el representante de

²³ Para todo lo anterior, véase E.M. Meijers, *Études d'Histoire du Droit*, IV. Leiden, 1966. pp. 42-51 y R. Feenstra, *Verandering van omstandigheden en trouw aan het gegeven woord*, Themis, Zwolle, 1972, 5/6, pp. 493-513.

²⁴ Gl. *in potestate ad D.12.1.5*, según Meijers una añadidura a la obra de Acursio, debida a su hijo Francisco.

²⁵ Un ejemplo de fuera del derecho romano, pero de la misma época, tan extremo que suena a burla, es el argumento del Papa Urbano II (1088-1099) en contra de la validez de viejas costumbres: *Scire debes Creatorem tuum dixisse 'Ego sum veritas', non autem usus vel consuetudo* — "Como debes saber, tu Creador ha dicho: "Soy la verdad"; pero no dijo "Soy la costumbre" (Migne, Patr. Lat. CLI, p. 356). Un argumento admirable: mediante este esquema de razonamiento podremos desechar, con autoridad personal del Creador, una ilimitada cantidad de conceptos que nos molestan....

los acreedores tendrá una *actio in factum* para que el acreedor entregue lo cobrado a la administración de la quiebra; si no ha comenzado aún, el acreedor habrá cobrado por propia cuenta.

Hasta aquí, la cita en cuestión parece sencilla. Ahora bien, los clásicos tienen la loable tendencia de limitarse, en la explicación de los casos, a lo indispensable para la comprensión del problema de que se trata, y por lo tanto, en la cita en cuestión, Ulpiano no nos explica en qué forma el acreedor logra desposeer al deudor de su dinero, de manera que el hecho de que según el texto latino, el acreedor —el “yo” de este ejemplo— “toma” el dinero (*abstulissim ei id, quod mihi debetur*) es ahora un magnífico pretexto para los intérpretes del *Corpus Iuris*, para alegar que, en caso de urgencia, cuando una pequeña tardanza podría causar la pérdida del dinero por cobrar (cuando hay *periculum in mora*), el derecho romano permite hacerse justicia por propia mano. Tal conclusión va muy de acuerdo con la sicología jurídica germánica, pero totalmente en contra del espíritu del derecho justiniano, que castiga la auto-ayuda, en tales casos, con la pérdida del derecho de crédito.

Otros temas iusprivatistas, en los que estos romanistas medievales, usando textos formalmente justinianos, hacen importantes contribuciones que acercan la discusión hacia los derechos modernos, son los jurídico-monetarios (el impacto de las fluctuaciones del poder adquisitivo del dinero en las relaciones contractuales); los títulos de crédito; la licitud o prohibición de los intereses (tema a cuyo respecto los textos justinianos apuntan hacia otras soluciones, más modernas, que los restrictivos textos canónicos); la teoría de la necesidad; la generalización de la representación directa por personas libres; la teoría de la imposibilidad; la distinción entre los casos en que la prescripción contra la autoridad procede, y los casos en que *contra Principem non currit praescriptio*;²⁶ y muchos otros más.

61. APORTACIONES AL DERECHO PROCESAL

a) Se crea (en constante colaboración con los canonistas) una *teoría y práctica general del proceso*: separando ya lo procesal, adjetivo, de lo

²⁶ El *Corpus Iuris* presenta al respecto una contradicción entre, por una parte Inst. 2.6.9; C.7.38.2-3 y C.8.11.6 y por otra D.44.3.13; C.7.39.4; C.7.39.6 y C.1.2.23, de manera que los juristas medievales tenían que establecer para qué clase de patrimonio público valdría cada uno de los principios contradictorios; véase E.M. Meijers, *Études d'Histoire du Droit*, IV, Leiden, 1966, pp. 157-174.

sustantivo en el derecho (algo que el derecho romano en su primera vida no quiso hacer, considerando lo procesal simplemente como lo sustantivo “armado con casco, escudo —o sea *exceptiones*— y espada —o sea *actiones*—), los juristas medievales buscaron a través del *Corpus Iuris* todo lo procesal —todo lo referente a aquellos “escudos y espadas”— y sistematizaron esta cosecha, concentrando el resultado en aquellos manuales ya señalados, los *Ordines Iudicarii*, además de dedicarle cursos universitarios especiales, paralelos con los cursos normales de exégesis de algún libro justiniano.

b) Eliminando, poco a poco, el rigor del sistema de los contratos típicos, como acabamos de ver, la Edad Media también ya logra apartarse del sistema romano de la particularidad de la acción, moviéndose hacia el moderno, con sus *acciones generales*. Como resultado de estos esfuerzos se llega ya cerca del principio de que *ubi ius, ibi remedium*: paulatinamente, el derecho romano deja de ser un “sistema de acciones” (como Riccobono había designado acertadamente, aunque con cierta exageración, el derecho clásico romano): el derecho sustantivo queda cada vez más claramente en el centro de la atención, y el sistema procesal debe adaptarse a la tarea de proteger todos aquellos derechos sustantivos. Como arriba, en relación con la tendencia de llegar desde teorías de contratos a una teoría del contrato, encontramos aquí la tendencia de convertir un sistema de acciones especiales (cada una con su típico campo de acción) en otro, basado en “la acción en general”.

c) Se muestra más tolerancia para con la *pluris petitio*, en lo cual vemos otro viraje hacia la equidad forense, ya iniciado durante la primera vida del derecho romano: allí podemos observar la progresiva erosión del principio de que la *litis contestatio* produce una “novación necesaria”, principio que produce, entre diversas consecuencias, un castigo excesivamente severo de las diversas formas de la *pluris petitio*. En la Edad Media continúa la tendencia de suavizar los efectos de la *pluris petitio*, de manera que una equivocación técnica en cuanto a la selección de la acción, ya no hace perder el proceso (y con éste, a causa del *non bis in idem*, el derecho sustantivo mismo): la sentencia absolutoria señala el error cometido por el actor y permite iniciar otro proceso por la misma causa, pero ahora basado en la acción correcta. La íntima liga de esta innovación con la tendencia de abandonar la especialidad de la acción, es evidente.

d) Continuando un desarrollo, visible en el derecho clásico pero no

terminado por Justiniano, estos juristas medievales generalizan la *exceptio non adimpleti contractus*.

e) Encontrando una diferencia entre el principio de la condena al objeto mismo (Inst. 4.6.32, D.6.1.68, C.7.4.17) y el de la condena pecuniaria (D.19.1 pr.), los Glosadores tratan de explicar esta contradicción mediante una combinación con la división tripartita, gayana, de *dare/facere/praestare*, atribuyendo la condena pecuniaria a las obligaciones por un *facere* (D.42.1.13.1), introduciendo al mismo tiempo, en las obligaciones por un *dare*, un derecho de opción a favor del acreedor,²⁷ mientras que los *Ultramontani* y los Postglosadores sustituyen la tendencia unificadora de los Glosadores por un refinado sistema casuístico,²⁸ cuya tendencia general, mueve la práctica más aún hacia la condena por el objeto mismo (a cuyo respecto, el derecho canónico muestra una misma tendencia).²⁹

f) Como el *Corpus Iuris* no ofrece una base para la obligatoriedad de la motivación de las sentencias, encontramos entre los romanistas medievales opiniones discrepantes al respecto. Los más prácticos consideran que sería peligroso para la autoridad de la sentencia, que ésta contuviera motivaciones: (éstas son débiles, el perjudicado por la sentencia podría creerse moralmente justificado en no hacer caso a tal decisión judicial, y el famoso canonista Juan Andrés inclusive llama *fatuus*, insensato, al juez que motive sus sentencias: el *dictum*, ¡y ya! Es más prudente... También el decretalista Hostiensis (muerto en 1271), en su *Summa Aurea*, de gran autoridad para todo el *Ius Commune* en materia procesal, confirma: *Si cautus sit index, nullam causam exprime*: si el juez es hombre prudente, no debe añadir motivaciones al *dictum* de su sentencia.³⁰ Sin embargo, esta actitud cómoda o prudente va demasiado lejos para otros juristas medievales. Acursio, en su glosa a C.3.1.13.9 ya establece la obligatoriedad de una motivación, si el juez sólo absuelve en vista de que el actor se equivocó de acción; en tal caso, la motivación es indispensable para evitar el efecto de la cosa juzgada (actitud totalmente anti-romana: en el derecho justinianeo, el error respecto de la acción deja en pie la prohibición del *bis in idem*). Y

²⁷ Azo, Acursio, Gl. *condemmandus*, ad D.6.1.68.

²⁸ Bártolo, com. a D.45.1.72, puntos 36-39.

²⁹ Véase H. Dilcher, *Geldkondemnation und Sachkondemnation in der mittelalterlichen Rechtstheorie*, ZSS (1961), pp. 277-307.

³⁰ Para todo esto, véase P.L. Godding, *Jurisprudence et Motivation des Sentences du Moyen Age à la fin du XVIII, siècle en La Motivación des Décisions de Justice*, ed. Perelman, Foterias Bruselas, 1978, pp. 37-67.

Tancredus (muerto en 1236), autor de uno de los principales manuales de procedimiento de la Edad Media, añade varios casos más en los cuales la motivación se impone cuando el juez sale del *Ius Commune*; en el caso de D.44.2.1718 sucede para que la absolución del demandado, en vista de que resulte no poseer la cosa por reivindicar, no sea una barrera para próximas reclamaciones, cuando el absuelto, entre tanto, haya adquirido la posesión en cuestión; en el caso de C.3.1.13.9 —ya mencionado—; y, en materia canónica, tratándose de una excomunión; y dos generaciones después, Guillermo Durand (muerto en 1296) añade el caso en que el juez *ad quem* modifique la sentencia recurrida, en vista de nuevos hechos que el juez *a quo* no pudo tomar en consideración (en este caso, la motivación añadida a la nueva sentencia sirve para no manchar la reputación profesional del juez *a quo*). Desde la segunda mitad del siglo xvi, cuando la *communis opinio doctorum* comienza a perder autoridad, como ya indicamos, y cuando este hueco se llena paulatinamente con jurisprudencia local, regional o nacional, la formación de un firme cuerpo coherente de tesis jurisprudenciales requiere la motivación, que ayude a los intelectuales del derecho a estructurar el derecho de mañana; así, en Italia, Alemania y otras partes —no tanto en el mundo hispano— se generaliza el deber o la costumbre de añadir motivaciones a las sentencias, y cuando la Revolución Francesa añade este *desideratum* a su programa, el deber de motivar en la victoriosa ideología liberal.

En estos seis casos, los juristas de la Edad Media continúan evoluciones que, paso por paso, se habían iniciado desde el derecho romano (preclásico en cuatro casos; o, en los casos cuarto y quinto, clásico) hasta el derecho justinianeo.

62. DISCUSIONES DE DERECHO PÚBLICO

También en el desarrollo del derecho público medieval, los textos del *Corpus Iuris* jugaron un gran papel,³¹ y es curioso ver cómo un texto, promulgado por un emperador tan autocrático como Justiniano (sobre todo después de la gran crisis de la revolución-Nikè) pudo ofrecer puntos de partida para teorías medievales democráticas. Véamos, al respecto, el ejemplo siguiente.

³¹ Véase W. Ullman, *Law and Politics in the Middle Ages*, Cornell University, 1975; Gilmore, *Argument from Roman Law in Political Thought, 1200-1600*, Harvard University Press, 1944; y H.F. Jolowicz, "Political Implications of Roman Law", *22 Tulane Law Rev.*, (1947), p. 67-68.

a) *Quod omnes tangit, ab omnibus adprobetur.*

Tratando de llegar a un resultado democrático, se propone la regla de que *quod omnes tangit, ab omnibus adprobetur*: “lo que interesa a todos, debe ser aprobado por todos”, presentando esta fórmula como una cita del *Corpus Iuris*, cosa a primera vista sorprendente, ya que el ambiente político alrededor de Justiniano no puede haber sido muy favorable para la admisión de principios tan enternecedoramente democráticos. Sin embargo, uno revisa la referencia, y resulta ser verdad: ¡la frase procede del *Corpus Iuris*! Pero no en relación con un tema de derecho público, sino como frase, no muy revolucionaria, formulada respecto de un tema de derecho civil: de varios cotutores, entre los que se haya establecida una división de trabajo, cada uno es responsable por la rama que se le haya atribuido, pero las grandes decisiones generales deben tomarse por unanimidad. . . En la actualidad, si un catedrático, en alguna polémica, cita conscientemente a ciertos autores fuera del contexto de las frases en cuestión, comete un delito académico tan grave, que le podría costar su cátedra; pero en la Edad Media era académicamente lícito dar a cualquier frase de una obra de autoridad (la *Biblia*, elementos de la Patrística, los libros permitidos de Aristóteles, el *Corpus Iuris* etc.), cualquier sentido que la frase, aisladamente considerada, pudiera producir a la luz de las reglas de la gramática y de la lógica.

Polock³² afirma que “... fue considerado perfectamente honesto, durante toda la Edad Media, aplicar cualquier texto de autoridad en cualquier sentido que uno pudiera dar a tal texto, sin fijarse en el significado histórico, original, que había tenido. Cuanta más autoridad tuviera el texto, tantas más aplicaciones podrían probablemente ser descubiertas en él, y el uso más sofisticado e inverosímil del texto (*far-fetched use*) no indica que el intérprete hubiera entendido mal su significado primordial”.

b) EL CABALLO DE LOTARIO

Bodino³³ nos cuenta cómo el emperador Enrique VII había sido invitado a ser juez en una disputa entre Azo y Lotarius, ambos de Bolonia,

³² *History of the Law of Nature, Essays in the Law*, —1922—, citado por Jolowicz, *op. cit.* p. 39.

³³ En el tercero de los *Seis Libros de la República* trad. inglesa de 1606, reed. Harvard 1962, p. 327 y ss.; u original francés, París, 1583 (—Aalen, 1961), Libro III, Cap. V. p. 432. Sobre variantes de esta anécdota y contradicciones al respecto, véase Sav. IV. pp. 180-183.

sobre la cuestión de saber si en caso de delegación del *merum imperium* (aquella altísima facultad discrecional, incluyendo el derecho de condenar a muerte: *puissance du glaive*) por el emperador a magistrados, éstos recibieran el *merum imperium mismo* o sólo el ejercicio del *merum imperium*. Esta última opinión fue la de Lotarius, y fue aplaudida por el emperador (y en el Renacimiento todavía por Alciatus) que le concedió el premio de un caballo costado por la parte perdedora. Pero en los círculos políticos democráticos, la derrota de Azo sólo aumentó su popularidad, y, con un gracioso juego de palabras, se dijo que si Lotarius había recibido su caballo, de todos modos Azo tenía de su lado la equidad (*Lotarius tulerat equum, sed Azon tulerat aequum*).

c) LAS RELACIONES ENTRE EL MONARCA Y EL DERECHO

Una cita del *Digesto* que parece indicar que el soberano se encuentra por encima de las leyes, es “la máxima servil” de que *Princeps legibus solutus* (el soberano no está sujeto al derecho), de D. 1.3.31, originalmente formulada en relación con una legislación muy especial, la caducaria, pero sacada por los compiladores justinianos de su contexto y colocada en el *Digesto* como principio absoluto. En la antigua literatura del *common law* encontramos a menudo referencias a este principio, para indicar la superioridad democrática del sistema inglés sobre el sistema romanista.

Además, la peligrosa frasecita de que *Quod principi placuit, legis vigorem habet* (I.1.2.6, D.1.4.1.pr.) desde luego encantaba a los emperadores (y a los reyes: en vista del principio de que *in regno suo, rex imperator est*, muchos argumentos que el emperador derivaría, para su causa, del *Corpus Iuris*, podrían extenderse a los reyes). Pero no debe pensarse que los adversarios del poder autocrático no pudieran encontrar argumentos en la obra del autócrata Justiniano (*The Devil can use Scripture for his purpose*, como supo Shakespeare): por ejemplo, la peligrosa frase de *Quod Principi placuit*, cuando seguimos su lectura, resulta ligar este poder legislativo del soberano a una condición, y es posible usar ésta como punto de partida para la teoría de la soberanía popular, y de un mandato —revocable— que el pueblo haya otorgado al soberano-legislador. Y en la obra que combate el poder del soberano unipersonal, *Vindiciae contra Tyrannos*, el autor anónimo, ferviente defensor de la democracia popular, se apoya en C.1.14.4 (*Digna Vox*); y no es el primero para hacer esto.

Es interesante también cómo Bártolo deriva de D.28.4.3. pr. el principio de que el emperador, como jefe de la justicia, puede ser juez en causa propia. Varias otras discusiones iusromanistas (desde luego en mezcla con argumentos aristotélicos, bíblicos, tomados de los *Fuerstenspiegel*, etc.) de derecho público podrían juntarse a estos ejemplos,³⁵ por ejemplo, el tema que motivó la obra de Felipe de Leiden, *De cura reipublicae et sorte principantis*, o sea la revocación de privilegios excesivos, concedidos en tiempos de guerra civil: el *Corpus Iuris* ofrecía pábula para gran variedad de teorías iuspublicistas, inclusive de nivel constitucional; como en tantas ramas del derecho, resultó ser una mina de la que los juristas de la segunda vida pudieron sacar los materiales, a menudo contradictorios, que para sus fines convenían...

63. LAS TÉCNICAS USADAS POR LOS JURISTAS MEDIEVALES

Lo anterior ya bastará para dar al lector una idea de la gran variedad y del interés de las obras de estos romanistas medievales, a menudo especialistas de todo el *Ius Commune*. La técnica que usan en estas obras consiste generalmente en:

a) Usar citas fuera de su contexto original, dándoles así un sentido nuevo (como en el ejemplo de *quod omnes tangit*...);

b) Dar importancia fundamental a un *obiter dictum* (como en el aprovechamiento de las palabras *cunctos populos*, para la creación de nuevas teorías de derecho internacional privado, o, más concretamente, de conflicto de sistemas jurídicos);

c) Establecer distinciones ajenas al texto original (como en el caso de las aparentes contradicciones en cuanto a la jerarquización de costumbre y ley);

d) Dar importancia, históricamente indebida, a la ausencia de un elemento en la cita, el cual, según el intérprete hubiera estado dentro de ella, si su teoría no fuera exacta (el ejemplo de la justicia por propia mano);

e) Establecer puentes entre diversas instituciones, mediante la analogía, en casos en los que la visión histórico-jurídica moderna consideraría que la cercanía no es suficiente como para permitir el razonamiento análogo (como en el ej. del transplante de los diez años, desde la prescripción hacia el tema de la comprobación de la costumbre; o el requisito de

³⁵ Véase R. Feenstra, *Philip of Leyden and his treatise De cura etc.*, Universidad de Glasgow, 1970.

dos testigos, hacia la cantidad de aplicaciones de la costumbre que debería comprobarse). “La analogía es usada a tal grado, que los textos del derecho romano, invocados por los juristas de fines de la Edad Media, en apoyo de su argumentación, a menudo parecen tener una liga muy endeble con el problema que se está estudiando”.³⁶

f) Generalizar, creando teorías globales con eliminación de distinciones entre instituciones que el *Corpus Iuris* todavía guarda separadas (como cuando los juristas medievales eliminan los pactos nudos y crean una teoría general de los contratos).

Así, quedándose formalmente en contacto con el texto del *Corpus Iuris*, los Glosadores y Postglosadores pudieron de hecho rejuvenecer el derecho romano, encontrando en éste todas las soluciones que la vida medieval reclamaba, aún en los casos en que éstas, de acuerdo con un moderno criterio histórico, de plano no estuviesen presentes en la compilación justinianea, o, inclusive, en casos en que el *Corpus Iuris* claramente apuntaba hacia la solución contraria (pero inaceptable para la sensibilidad jurídica medieval), como en el caso de la justicia por propia mano.

³⁶ Godding, l.c., p. 45.