

VIII. EL INTERLUDIO	161
1. <i>Bizancio</i>	161
a. Un viejo error de la profesión	161
b. La compilación Justineana	162
c. Justiniano y la <i>οἰκουμένη</i>	164
d. El epígono	165
2. <i>Jurisprudencia medieval</i>	165

VIII

EL INTERLUDIO

1. *Bizancio*

a. Un viejo error de la profesión

¿Por qué usamos la expresión ‘derecho romano’ en vez de ‘jurisprudencia romana’ (o cualquiera de sus equivalentes)? ¿Por qué la asignatura que se imparte en las facultades de derecho se llama derecho romano’ y no como debiera llamarse?

La expresión ‘derecho romano’ es ciertamente inapropiada para referirse a la ciencia jurídica romana (y a su herencia). Más aún, provoca una cierta “distorsión” en la apreciación de las cosas. Se piensa que se alude al derecho positivo de algún momento en Roma; a un derecho histórico, de antaño. Esta distorsión se acentúa porque la expresión evoca situaciones distintas a las que condicionaron su uso. En efecto, la expresión ‘derecho romano’ evoca ciertas imágenes equívocas que es difícil erradicar. La expresión conduce a pensar (a letrados y a legos) en la Roma de los cónsules, de los augures, de los césares. La expresión pareciera aludir inequívocamente a la Roma del Tíber. Sin embargo, lo que se designa con la expresión ‘derecho romano’ comenzó muy lejos de Roma, en los límites orientales de Europa, avanzado ya el siglo VI de nuestra era, después de que Roma había sido saqueada una y otra vez por los invasores bárbaros.¹

¹ Vid.: mi libro: *La ciencia del derecho y la formación del ideal político. Estudio histórico de la dogmática jurídica y de su impacto en las ideas políticas*, México, Huber, 1999, p. 25.

Es importante insistir que la expresión ‘derecho romano’, como señalé anteriormente, no designa ningún momento del derecho positivo romano histórico, no designa el derecho positivo de los “Claudios”; tampoco el de los “Trajanos” ni el de los “Teodosios”. Cuando aparece la compilación que empezó a ser conocida como el “derecho romano”, Italia era el reino de Teodorico el Grande. El contexto en que debe leerse la expresión ‘derecho romano’ no es la *Via Apia* ni el Monte Capitolino; no es la *urbs romana*. La expresión tiene que ser relacionada con otra atmósfera: con la sociedad multirracial que habita la ribera del Bósforo, comunidad política que no habla latín y que es fundamentalmente cristiana: Bizancio y, en especial, Constantinopla. El gobernante que nos lega el “derecho romano” no se llama más *princeps* ni *cæsar*, sino *basileus* y es la cabeza de la Iglesia.²

b. La compilación Justineana

Sin duda, el logro más notable y permanente de Bizancio en lo que a la jurisprudencia se refiere fue la compilación del “derecho romano” ordenada por Flavius Petrus Sabbatius Justinianus (483-565). Bajo la dirección de Tribonianus (c. 470-543 d.C.) esta tarea impresionante fue realizada en un tiempo sorprendentemente breve. Primero que nada, fueron conjuntados los edictos imperiales desde el tiempo de Hadrianus (76-138 d.C.), un trabajo que debió mucho a las compilaciones anteriores: al *Codex theodosianus*³ y a las colecciones privadas de los tiempos de Diocletianus (245-316 d.C.), al *Codex gregorianus*,⁴ así como al *Codex hermogenianus*.⁵

La nueva compilación aparece en 527 como *Codex iustinianus*; la aparición del *Digesto* en 533 constituyó un logro aún mayor. De esta manera, un cuerpo de doctrina, aunada a antiguos edictos imperiales, se convertía en “derecho aplicable”. El *Codex* era, sin duda, un avance

² *Vid.: ibidem.*

³ Compilación oficial de constituciones imperiales desde 312 hasta 438 d.C. (Cf.: Berger, Adolf. *Encyclopædic Dictionary of Roman Law*, cit., p. 392).

⁴ Colección privada de constituciones imperiales, publicada después de 291 a.C. (Cf.: Berger, Adolf. *Encyclopædic Dictionary of Roman Law*, cit., p. 391).

⁵ Colección que complementa el *Codex Gregorianus*, contiene constituciones de Dioclesianus a partir de 291 hasta 294 d.C. (Cf.: Berger, Adolf. *Encyclopædic Dictionary of Roman Law*, cit., p. 392).

claro sobre colecciones previas aunque; ciertamente, debe mucho al esfuerzo de trabajos anteriores. El *Digesto* era un trabajo, por mucho, más novedoso; era un primer intento para reunir en un ordenamiento los innumerables y, a veces, contradictorios dicta de los juristas romanos. Al lado del *Codex* y del *Digesto* aparecen las *Institutiones*, libro introducido para ser usado en las escuelas de derecho, compuesto de sumarios y extractos del *Codex* y del *Digesto*. Una colección de *novellæ* (*i.e.*, legislación imperial) promulgadas por Justiniano desde la aparición del *Codex* completan la compilación. El *Codex*, el *Digesto* y las *Institutiones* estaban escritas en latín, pero la mayoría de las *novellæ* habían sido ya publicadas en griego.⁶

No es este el lugar para señalar los méritos de esta célebre compilación. Con independencia de sus innumerables méritos, la “recuperación” del “derecho romano” proporcionaba un refuerzo a la concepción unitaria del orden jurídico. Con insuperable claridad y fuerza, el “derecho romano”, tal y como era presentado por los juristas bizantinos, regulaba “todo”. La compilación justiniana, empero, no era una repetición mecánica y fiel del viejo derecho romano clásico. ¿Cómo fueron seleccionados los “fragmentos” escogidos? Los juristas bizantinos abreviaron y, no pocas veces, alteraron los textos para responder a las necesidades de la sociedad bizantina contemporánea; tratando de reconciliar la herencia latina con mandamientos cristianos y costumbres del Oriente helénico.⁷

No es sorprendente que la compilación justiniana proporcionara un respaldo ilimitado a la autoridad del emperador, circunstancia que tuvo fuerte impacto en el desarrollo del pensamiento político en Bizancio y, posteriormente, en Occidente durante la “recepción”. Fue hasta el siglo XI que el derecho romano volvería a Occidente; momento en el cual el “derecho romano” (*i.e.* la compilación justiniana) habría de jugar un papel muy importante, modelando las instituciones de la renaciente Europa.⁸

⁶ Vid.: mi libro: *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*, cit., p. 174.

⁷ Vid.: *ibid.*, p. 175.

⁸ Vid.: Ostrogorsky, G. *Geshichte des byzantinis Saates*, Munich, C.H. Breecksche Verlagsbuchhandlung, 1963. Las citas corresponden a la versión inglesa: *History of the Bizantine State*, trad. de Joan Hussey, Oxford, Basil Blackwell, 1968. pp. 76 y 77.

c. Justiniano y la *oikoumenē*

Justiniano, propiamente hablando, fue el “último emperador romano” que ocupó el trono bizantino. Justiniano es una muestra de la simbiosis y transición bizantinas: gobernante cristiano consciente de su misión romana civilizadora. En su búsqueda por el imperio universal lo guiaban, a la vez, los dogmas cristianos, como la concepción romana, fuertemente orientalizada. Para Justiniano, como para cualquier bizantino, el *imperium romanum* se identificaba naturalmente con la *oikoumenē* cristiana. El triunfo del cristianismo era una misión tan sagrada como la restauración de la supremacía romana.

Ningún emperador, desde los tiempos de Teodosio el Grande (347-395 d.C), había invertido tanto esfuerzo como Justiniano en la conversión. Aunque entonces numéricamente los paganos no eran muchos, aún ejercían influencia considerable en la enseñanza y en la cultura. Por ello Justiniano los privó del derecho a enseñar y en 529 cerró la Academia de Atenas, el centro más importante del neoplatonismo. Los académicos expulsados encontraron refugio en la corte del rey persa, llevándose consigo los frutos del saber griego. De esta manera, la vieja cultura cívica había muerto y un largo capítulo de la historia llegaba a su fin.

En Justiniano la Iglesia encuentra, además de un protector, a un erudito. Aunque cristiano, Justiniano se mantiene romano. Para él la autonomía en la esfera religiosa es extraña. El emperador, entre otros cargos, es *pontifex maximus*.⁹

⁹ Patriarcas y papas eran tratados como súbditos. Justiniano dirigía los asuntos de la Iglesia como asuntos de Estado. Aun en cuestiones de creencia y ritual, la decisión final estaba entre sus manos. Justiniano convocó concilios eclesiásticos, escribió tratados teológicos y compuso himnos litúrgicos. Ningún otro emperador, ni antes ni después, tuvo tanta autoridad sobre la Iglesia. El problema eclesiástico grave era el de la actitud de la Iglesia hacia el monofisismo. La política de expansión hacia Occidente hizo necesario un entendimiento con Roma, esto era ya una orientación antimonofisista. Esta tesitura motivó una cada vez más creciente hostilidad de parte de Egipto y de Siria hacia Constantinopla y estimulaba las tendencias separatistas de coptos y sirios. Parecía claro que la paz en Occidente sólo podría obtenerse a costa de incrementar la oposición con las provincias orientales. Cualquier acercamiento a las iglesias monofisistas de Siria y Egipto significaría no sólo un rompimiento con Occidente sino una ruptura abierta con las provincias bizantinas centrales.

d. El epígono

Por sus logros y consecuencias en todos los órdenes, el imperio de Justiniano constituyó un hito en la historia. Fue la última ocasión en que el viejo *Imperium* mostró su poder y experimentó una resurrección tanto política como cultural. Sus fronteras fueron extendidas hasta abrazar, de nuevo, el mundo mediterráneo. Su literatura y su arte llevaron a la perfección la vieja herencia clásica (dentro de un marco cristiano). Todo esto, sin embargo, fue seguido por un periodo de oscuro ocaso cultural. Justiniano estaba convencido que su reino habría de inaugurar una nueva era, pero, en realidad, marcó la terminación de una época. Justiniano no logró reconstruir el Imperio, su reconquista, no habiendo sido lograda con sólidos cimientos súbitamente se precipitó. El colapso, consecuentemente, fue doblemente desastroso. Rápidamente, una a una de las tierras conquistadas cayó en manos de otros invasores. En 568 Italia era invadida por los lombardos. En 584 las posiciones bizantinas en España se perdieron. En el norte de África el Imperio sobrevive con dificultad las invasiones árabes. Sin duda, algo quedó, pero, ciertamente, cualquier intento por restablecer una autoridad universal era cosa del pasado.

Dar cuenta del contexto que nos permita entender que ‘derecho romano’ significa ‘jurisprudencia romana’, en su compilación bizantina y en su “recepción” europea, es indispensable para comprender lo que hacen los juristas.

2. *Jurisprudencia medieval*

a. El «Renacimiento» del siglo XI

Cuando salió el Sol el primer día del año mil e hizo obsoleta la cláusula: *appropinquante fine mundi*,¹⁰ todas las fuerzas del género humano se intensifican, renacen. El siglo XI es escenario de una “nueva

¹⁰ “Al acercarse el fin del mundo...” Cláusula altamente frecuente en contratos y testamentos ante el inminente fin del mundo. Vid.: mi libro: *La ciencia del derecho y la formación del ideal político. Estudio histórico de la dogmática jurídica y de su impacto en las ideas políticas*, cit., pp. 67-108.

vida” en la historia de Europa. Ésta es la atmósfera que preludia el “renacimiento de la jurisprudencia”.

Al final del siglo XI (y durante los siglos que suceden) ocurrieron cambios que conmovieron a Occidente. A los cambios políticos, económicos y religiosos se agrega una transformación en el estudio del derecho y su enseñanza. Los juristas europeos “redescubren”¹¹ los antiguos textos del “derecho romano”. Nacen las universidades y, con ellas, la enseñanza de la jurisprudencia. El resultado de todos estos sucesos e innovaciones fue el nacimiento de una ciencia jurídica europea cuyos postulados seguramente han sobrevivido, sin grandes desafíos, hasta nuestros días.¹²

La idea de un “orden jurídico” no existía antes del siglo XII, esto no quiere decir que no hubiera habido derecho entre los ostrogodos, vándalos, francos o entre cualquier otra nación germánica; por supuesto, había derecho en Europa. Sin embargo, el derecho de estas comunidades carecía de “reglas de reconocimiento”¹³ que permitieran diferenciarlos. Esta carencia se debía, entre otras razones, al carácter predominantemente local y tribal de tales comunidades. Los “órdenes jurídicos” habrían de ser delineados por una casta emergente de juristas profesionales. Un rasgo significativo de la aparición del gremio lo constituye el nacimiento de las primeras escuelas de derecho en Europa: las universidades.¹⁴

El derecho empezó a ser estudiado y enseñado en Europa haciendo uso de una disciplina claramente diferenciada. Pero ¿cómo es posible enseñar derecho cuando el derecho positivo y las instituciones jurídi-

¹¹ *Sit venia verba.*

¹² *Vid.*: Berman, Harold, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge Mass, Harvard University Press, 1983, pp. 1-123; Cavanna, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa, I. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milán, dott. A. Giuffrè editore, 1979, pp. 125-134.

¹³ En el sentido de H.L.A. Hart. *Vid.*: *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1994. Existe versión en español de la primera edición (1961) por Genaro Carrió: *El concepto del derecho*, Buenos Aires, 1995 (1963). La traducción del *Postscript* que aparece en la segunda edición inglesa es mía: *Post scriptum al Concepto del derecho*, Ed. por Penelope A. Bulloch y Joseph Raz., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000. (Serie Estudios Jurídicos, Núm. 13).

¹⁴ *Vid.*: Berman, Harold. *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, *cit.*, p. 123 y mi libro: *La universidad. Epopeya medieval. (Notas para un estudio sobre el surgimiento de la universidad en el alto medievo)*, México, Huber, 1998.

cas son de carácter consuetudinario y local? La respuesta a este respecto es simple. El “derecho” que se estudió y se enseñó no fue el derecho de Europa, sino el “derecho” contenido en un viejo manuscrito que surgió a la luz en una biblioteca italiana a finales del siglo XI. Este manuscrito contenía la compilación realizada por orden del emperador Justiniano alrededor del año 530. ¡Cinco siglos antes!¹⁵

Resulta insólito que el derecho compilado en unos libros, haya sido el objeto de los primeros estudios jurídicos sistemáticos en Europa. Este hecho es particularmente sorprendente si tomamos en cuenta que la Europa medieval no contaba con instituciones políticas o gubernativas ni remotamente parecidas a las magistraturas romanas. Las instituciones jurídicas reinantes eran mayormente germánicas, eclesiásticas y germánicas.

Es bastante sabido cómo se enseñaba el derecho romano en el medioevo. La lectura de los textos era seguida por la *glossa* o *glossæ* del profesor. Las *glossæ* eran copiadas por los estudiantes entre las líneas del texto y, si no, al margen. En esas *glossæ* se fue acumulando la doctrina (*i.e.* el aparato conceptual complementario) Estas inserciones habrían de alcanzar tanta autoridad como el texto mismo, *e.g.*, la *Glossa Ordinaria* de Accursio (c. 1182-c. 1260).

Permítaseme detenerme en la «lectura» de los textos. Ésta y la formulación de su *glossa* suponía un “análisis” meticuloso. El gran instrumento de análisis lo constituía, entonces, el procedimiento dialéctico (método griego que permite resolver contradicciones, disolver redundancias e integrar lagunas). La «lectura» de los textos jurídicos clásicos, textos insuficientes y fragmentarios y su “remozamiento” con recursos lógicos, fue logro magistral de los juristas. El acumen dialéctico de los juristas produjo un formidable material digno de tal nombre: *Corpus iuris*; un *corpus* de doctrina jurídica, el aparato semántico del

¹⁵ Es necesario tener presente que Justiniano gobernó en Constantinopla, capital del antiguo Imperio oriental donde predominaba la cultura griega. La civilización romana había sido reemplazada en Occidente por una civilización primitiva y tribal de visigodos, vándalos, francos, sajones y otros pueblos germánicos. El Imperio Romano –y su derecho– sobrevivió, propiamente, en el Este, en la parte oriental del Imperio. El “derecho romano” (compilado por Justiniano) no tenía validez en Europa occidental, particularmente en el tiempo de su “redescubrimiento” en Italia.

cual debe partir toda “interpretación”.¹⁶ Este *corpus* de doctrina “recuperaba” los *responsa* de los *veteres*, por un lado, e introducía doctrina, *ex novo*.

Los procedimientos comúnmente empleados por los juristas para la “construcción” sistemática de las distintas partes del complicado material eran la *distinctio* y la *questio*. Por la *distinctio* un concepto era sucesivamente “dividido” en varias especies subordinadas y, éstas, en otras; así, hasta llegar al último detalle. Las *questiones* servían para “probar” las doctrinas contenidas en las glosas.

El método dialéctico, recuperado de los griegos y desarrollado al principio del siglo XII en jurisprudencia (y teología), presupone la autoridad de ciertos textos, los cuales hay que saber «leer» e “interpretar” como formando un *corpus* (consistente y completo) de la doctrina. Pero, paradójicamente, este método presupone posibilidades de *lacunæ*, así como de *contradictiones* en el texto. De ahí que el propósito final del método consista en hacer la *summa* del texto, integrando *lacunæ* y resolviendo *contradictiones*. La *ratio* fundamental es completitud y consistencia.¹⁷

En la jurisprudencia, el método dialéctico adquirió la forma de análisis y síntesis de la masa de doctrina encontrada en la codificación justiniana. Esta circunstancia permitió a los juristas del siglo XII gran libertad y flexibilidad (de la que nunca dispusieron sus predecesores romanos¹⁸ o bizantinos). El método de los juristas transformó radicalmente el razonamiento dialéctico de la antigua filosofía griega y el *modum geometricum* de la jurisprudencia romana.¹⁹ El razonamiento dialéctico se distingue, sobre todas las cosas, por el hecho de que no comienza con enunciados sino, más bien, con problemas o *questiones*, aunque, en última instancia las *questiones* serán resueltas en una conclusión en forma de proposición o principio primero.²⁰

¹⁶ Vinogradoff, Paul. *Roman Law in Medieval Europe*, Cambridge, Speculum Historiale, (reimpresión de la edición de Oxford University Press, 1929), pp. 56-67.

¹⁷ Vid. mi libro: *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*, cit., pp. 75-77.

¹⁸ Vid. *supra*: capítulo IV: *Iurisprudentia modo geometrico* y capítulo V: *Regula iuris*.

¹⁹ Sobre la ciencia clásica (griega) y la jurisprudencia romana, Vid. *supra* capítulo III *Análisis posteriora. Ciencia y meta ciencia* y IV: *Iurisprudentia modo geometrico*.

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

Los juristas medievales concibieron el razonamiento dialéctico no sólo como método para llegar a los primeros principios (como un procedimiento inductivo), sino como método de análisis de argumentos y definición de conceptos, mediante la distinción y síntesis de género y especie. De esta manera, la dialéctica se convierte en una disciplina independiente, no esencialmente diferente de la lógica, pero con poderosos elementos de retórica y gramática.²¹ La dialéctica deviene así la *disciplina disciplinarum*.

Los juristas medievales “superaron” la separación entre razonamiento dialéctico y apodíctico; ambos razonamientos son aplicados en el análisis y en la síntesis de los materiales jurídicos. No sólo intentaron organizar el sistema jurídico para “encontrar” decisiones jurídicas apropiadas. Como estos textos son “correctos”, constituyen *maximæ propositiones* para, a partir de ellos, deducir, apodícticamente, “nuevas consecuencias” jurídicas.²²

Los juristas introdujeron cantidad de *distinctiones*. En ellas, por ejemplo, varios tipos de derecho son identificados. Una vez identificados, los juristas las definen y determinan las relaciones de todas estas categorías. Los juristas no inventaron todas estas categorías; habían adaptado cantidad de *distinctiones* provenientes de la jurisprudencia romana. Sin embargo, los juristas exploraron sistemáticamente las implicaciones jurídicas de estas *distinctiones* y fueron los primeros en arreglar las diferentes fuentes del derecho en un orden jerárquico.²³

Los juristas no trataban simplemente de oponer tesis contrarias. A este respecto no existe mejor ejemplo de la técnica escolástica de plantear *quaestiones* sobre pasajes contradictorios de un texto jurídico dotado de autoridad que las mismas *quaestiones disputatae*.²⁴

Este método fue inventado por los juristas de la primera mitad del siglo XII. La idea era conjurar o relacionar –para evaluar– todos los

²¹ Cf.: Shulz, Fritz. *The History of Roman Legal Science*, cit., pp. 124-132.

²² Vid.: Berman Harold, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, cit., pp. 139-143.

²³ Sin olvidar que los juristas romanos hacen una enumeración de fuentes en la cual se dibuja claramente una jerarquía. En los textos justineana se recogen claros ejemplos clásicos. Cf. v.g.: *D.* 1, 3 a 1, 8.

²⁴ Para esto es clásico el trabajo de Hermann Kantorowicz: “The *Quaestiones Disputatae* of the Glossators”, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol. 16, La Haya, 1939.

elementos relevantes en una muy compleja estructura que asemejaba los alegatos y argumentaciones propias de casos difíciles en tribunales.

La expresión *quæstiones disputatæ*, es un término usado por los glosadores. Éstas tienen como elemento esencial el *pro* y el *contra* de un problema para el cual existen, o parece que existen, soluciones contradictorias. Una *quæstio* es, por tanto, siempre dialéctica: “*quæstio est dubitabilis proposito... omnis enim quæstio contradictionibus constat*”.²⁵

Estas *quæstiones disputatæ* constituyen el “núcleo y eje” de toda instrucción en las universidades medievales. La importancia de las *quæstiones disputatæ* en derecho trascienden en mucho su función educativa. Las *quæstiones* en el tiempo de los glosadores, eran la única práctica complementaria a las «lecturas». La importancia histórica de las *quæstiones disputatæ* reside en ser factor imprescindible en la “adaptación del derecho romano a las condiciones medievales”.²⁶

El jurista europeo que revivía el estudio del derecho romano, sistematizó y “armonizó” la inmensa cantidad de preceptos jurídicos en términos de principios y conceptos generales. La jurisprudencia medieval era una disciplina sin fronteras; se enseñaba en las universidades a estudiantes provenientes de todos los lugares de Europa. Además de darle a la ciencia jurídica un carácter transnacional, las universidades europeas le proporcionaron al derecho un vocabulario y un método también transnacional. Estos métodos hicieron posible, a la postre, la construcción de los sistemas jurídicos nacionales.

Otra característica de la jurisprudencia o, mejor dicho, de sus cultivadores, era justamente su *status* y peso social en la formación del derecho. El derecho tenía que ser “encontrado”, en primera instancia, en los textos antiguos y, de ahí, era necesario disponer de la clase de hombres eruditos que pudieran explicarlos a todos aquellos que desearan introducirse en sus misterios. El doctor en derecho se convirtió en “expositor” “de lo que el derecho dice”. Los jurisconsultos, estaban conscientes de que su profesión era parte integral de la vida intelectual de su tiempo.

²⁵ Vid.: Kantorowicz, Hermann. “The Quæstiones Disputatæ of the Glossators”, *cit.*, p. 3.

²⁶ Vid. *Ibid.*, pp. 4-6.

La ciencia jurídica, por otro lado, no era rama ni de la retórica, ni de la ética, ni de la teología, fue, desde sus comienzos, una disciplina independiente que conservó la autonomía que había obtenido desde la vieja Roma.

La jurisprudencia medieval fue pues la metodología jurídica esencial en la sistematización consciente del derecho. El énfasis en señalar las contradicciones que se encontraban en los textos jurídicos dotados de autoridad y su reconciliación mediante principios y conceptos generales fue un reflejo de la imperativa necesidad de reconciliar los agudos conflictos que coexistían dentro de la estructura de la misma sociedad medieval.

El caudal de glosas sobre derecho justiniano y medieval acumulado durante más de siglo y medio necesitaban de una comprensiva y ordenada sistematización. Haber alcanzado tal objetivo fue mérito de Accursio.

Durante el siglo XII y comienzos del siglo XIII el método exegético de los glosadores había sido adoptado en Francia tanto por civilistas como por canonistas. Este método alcanza su madurez con Jacobus de Revigny (1230-1296),²⁷ entre otros. Bártolo de Sassoferrato (1313-1257),²⁸ *il piu grande giurista, forse, que sia mai vissuto*, estudió con Cynio de Pistoia (c. 1270-1396). La relevancia de la obra de Bártolo, en cuanto a la formación de la jurisprudencia moderna, merece un comentario más amplio y detallado del que puedo hacer aquí; basta señalar, simplemente, que Bártolo es el pilar más importante en la

²⁷ Cfr., Zulueta, F. de, "Cinio de Pistoia", en Seligman, E. R. A., y Johnson, A. (eds.), *Encyclopaedia of Social Sciences*, vol. III, Londres, Macmillan and Co., Ltd., 1930, pp. 470 y 471.

²⁸ Sobre Bártolo de Sassoferrato, Véase: Figgis, "Bartolus and European Political Ideas", en *Transactions of Royal Historical Society*, vol. XIX, pp. 147-168; Wolff, C. N. S., *Bartolus de Sassoferrato. His Position in the History of Medieval Political Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1913; Rattigan, W., "Bartolus", en MacDonell, J. Manson, E. (eds.), *Great Jurists of the World*, Boston, Little Brown and Co., 1914, t. I, pp. 45-57; Buonamici, F., "Bártolo de Sassoferrato in Pisa", en *Annali delle Università Toscane*, Pisa, vol. XXXIII, 1915; Kamp, J. L. J. Van de *Bártolo de Sassoferrato*, Urbino, Stabilimento Tipografico Editoriales Urbinato, 1935 (extracto de *Studi Urbinati*, año IX, núms., 1-2, marzo-junio de 1935); Sheedy, Anna T., *Bartolus on Social Conditions in the Fourteenth-Century*, Nueva York, 1942; Ullmann, Walter, "Bartolus on Customary Law" en *Juridical Review*, vol. 52 1940, pp. 265-283; Segolini, D. (ed.), *Bártolo de Sassoferrato. Studi e Documenti per il IV centenario*, Milán, Dott, A. Giuffrè Editore, 1962 (Università degli Studi

creación de la moderna ciencia del derecho. Desde entonces, y posiblemente aún en la actualidad, se puede decir: *nemo jurista nisi sit bartolista*.

La *glossa accursiana*, para entonces, había desbancado a todas las otras y era tenida por el derecho en los tribunales. La autoridad de la *glossa* se expresaba diciendo: *quidquid non agnoscit glossa nec agnoscit curia*. (“Lo que no conoce la Glosa, tampoco lo conoce el tribunal). La *glossa* formaba parte de la exposición de la *civilis sapientia*. De acuerdo con la legislación de Perugia el profesor estaba obligado a leer la *Glossa* después de la exposición del texto romano que se discutía.²⁹ Un claro ejemplo de esto se encuentra en las palabras de Bártolo: *Hæc posita est in volumini digesti novi sub titulo de usucapio, quæ lex difficilis est in textu, difficilis in glossa et difficilissima in materia extra glossam*,³⁰ al referirse a un asunto contenido en los volúmenes del *Digesto* bajo el rubro de *usucapio*: asunto “que es *difícil* en el texto, *difícil* en la Glosa y *difícilísima* más allá de la Glosa.

Con el método escolástico de “deducción”, tomado de los juristas franceses, los jurisconsultos italianos pudieron ir más allá de la *Glossa ordinaria*. En las manos de Cynio, Bártolo, Baldo de Ubaldi (c. 1327-1400) y de sus sucesores, el método escolástico reordenó la doctrina jurídica (parte romano-justiniana, parte dogmática y práctica judicial del medioevo) bajo la *ratio iuris*.

Con el prestigio de la dialéctica que alegaba haber resuelto el problema de reconciliar la razón con la prudencia, el método de los comentaristas adquirió la misma santidad que sus doctrinas.³¹

Es mérito de los comentaristas (postglosadores) el haber transformado el “derecho romano” en derecho común italiano y, posterior-

di Perugia); etc. Véase la bibliografía señalada en mi libro: *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*, cit., p. 100, nota 1.

²⁹ Cf., Wolff, C. N. S., *Bartolus of Sassoferrato. His Position in the History of Medieval Political Thought*, cit., p. 6.

³⁰ Bártolo, *Comm. super secunda par., Dig. Nov.*, 41, 3, 15. *Si es cuius pro emptore*, Rubrica, s. n. fol. 90, en *Comentaria super Dig. Nov.*, Folio Lugduni, 1504-1505.

³¹ Cfr. Jones, Walter J., *Historical Introduction to the Theory of Law*, Nueva York, Augustus M. Kelly Publishers, 1969. La incorporación de la dialéctica escolástica era completamente libre. Aún más, ciertos comentaristas como Luca da Penna condenaban vivamen-

mente, en derecho común europeo.³² Al respecto cabe subrayar que fueron ellos los que prepararon el camino para que el *Corpus iuris* fuera “recibido” como la jurisprudencia del mundo occidental. Fue el “derecho romano” de los comentaristas, *i.e.*, la jurisprudencia de los comentaristas, la que habría de cruzar los Alpes y jugar un papel decisivo en el devenir político de Europa.

En el proceso de transformación del *Corpus iuris* en jurisprudencia italiana, los glosadores y comentaristas crearon cantidad de “teorías” políticas (doctrinas jurídicas sobre el derecho que se aplica al gobierno –de la *città*, del Imperio, etcétera–), fundamentadas primordialmente en el *Corpus iuris*. Cuestiones como la naturaleza del derecho, de la autoridad, sobre la relación entre el poder secular y el eclesiástico, sobre la *societas*, eran abordadas en términos de doctrina jurídica.³³

Fue así, como la política reingresó al círculo de las ciencias: a través de la jurisprudencia, con los juristas, y a través de la teología, con los canonistas y teólogos. En el tiempo en que los modernos Estados emergen, las doctrinas de los comentaristas, basadas en el *Corpus iuris*, no sólo habían consolidado el modelo de la moderna jurisprudencia dogmática sino que habían alcanzado un predominio absoluto en la enseñanza del derecho y en la formación de los publicistas. Fue

te el método dialéctico (Cfr., Ullman, Walter. *The Medieval Idea of Law (As Represented by Luca da Penna. A study in Fourteenth-Century Legal Scholarship)*, Londres, Methuen and Co. 1966.

³² Cfr., Calasso F., *Medio evo del diritto, I. Le fonti*, Milán, Giuffrè editore, 1954, pp. 45-607; Cavanna, Adriano, *Storia del diritto moderno in Europa, cit.*, pp. 95-104 y 137-145.

³³ Sobre el particular véase: Gierke, Otto von, *Political Theories of the Middle Age* (versión inglesa del profesor Frederic W. Maitland de los capítulos: “Die publistischen Lehre des Mittelalters” del t. III de *Das deutsche Genossenschaftsrecht*), Cambridge, Cambridge University Press, 1900; Carlyle, A. J., *History of Medieval Political Theory of the West, VI Political Theory from 1300-1600*, Edimburgo y Londres, William Blackwood and Son, Ltd., 1936; Hazeltine, H. D., “Roman and Canon Law in the Middle Age”, en *Cambridge Medieval History*, vol. 5: Contest of the empire and papacy, Cambridge, Cambridge University Press, 1926. pp. 697-764; *Id.*, “Commentators” en *Encyclopædia of Social Sciences*, Colliers and MacMillan Inc. 1968.; *Id.*, “The Legal and Political Ideas of the Post-Glossators”, en Ullman, Walter. *The Medieval idea of Law. (as Represented by Lucca da Penna)*, *cit.*, pp. XV-XXXIX; Keen, M. H., “The Political Thought of the Fourteenth Century Civilians”, en Smalley, Berly (ed.), *Trends in Medieval Political Thought*, Oxford, Basil Blackwell 1965, pp. 105-126; McIlwain, C. H., *The Growth of Political Thought in the West from the Greeks to the End of the Middle Ages*, Londres, MacMillan, 1961 (reimpresión de la edición de 1932); Ullman, Walter, *Principle of Government and Politics in the Middle Ages*, Londres, Methuen and Co., Ltd., 1966; *Id.*, *Medieval Political Thought*, Harmondsworth, Inglaterra, Penguin Books, 1979 (Peregrine Books), etc.

de esta forma que la jurisprudencia de los comentaristas probó ser un factor poderosísimo en la creación de la doctrina aplicable al derecho público de Europa y en la formación del ideal político.

Por lo que a la civilización occidental se refiere, la moderna ciencia del derecho, propiamente hablando, fue creada por los juristas italianos de la Edad Media. Esta hazaña resulta paradójica cuando uno piensa en el hecho de que los juristas se consideraban meros “comentaristas” del *Corpus iuris civilis*. Sin embargo, no se puede pasar por alto, como señala H. D. Hazeltine, que la jurisprudencia de los comentaristas es en muchos de sus rasgos fundamentales, una “refinada filosofía”.³⁴

Es en este sentido que he sostenido que la jurisprudencia medieval, fue no sólo la ciencia de la creación, interpretación y aplicación del derecho, sino, también, una consistente filosofía política; la única teoría jurídica del Estado.

La filosofía política era, usando las palabras del Profesor F.W. Maitland, “una jurisprudencia sublimada”.³⁵

Las grandes cuestiones políticas: el Imperio, la soberanía, la legitimación del *princeps*, etcétera, fueron abordadas por la jurisprudencia. Los argumentos del debate político de la Edad Media fueron forjados por las manos de los juristas del medioevo.

Me he referido a la jurisprudencia medieval un poco desordenadamente y no me he detenido a mencionar alguno de sus rasgos. Creo que se impone dar una breve explicación de ellos.

Procederé a realizar una formulación sinóptica –no exhaustiva– de la *civilis sapientia*. Para tal efecto los juristas medievales asumen que, ésta, la jurisprudencia, desde su origen, adopta en su construcción, en su estructura, el modelo “clásico” de ciencia.³⁶ Con independencia de

³⁴ “The Legal and Political Ideas of the Post-Glossators”, *cit.*, p. XIV.

³⁵ “Introduction” en Gierke, O. von, *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge, Cambridge University Press, 1900, p. VIII.

³⁶ *Vid.* el capítulo IV: *Iurisprudentia modus geometricus* de mi libro: *Razonamiento y argumentación jurídicas. (El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho)*, *cit.* Sobre el particular existe una basta literatura, véase, por ejemplo: *Cfr.*, La Pira, Giorgio, “La

que lo haya logrado o no, esta forma o estructura de la jurisprudencia se mantuvo en el medioevo como paradigma de la jurisprudencia de Occidente.³⁷

La “reordenación” o “reformulación” del derecho positivo que lleva a cabo la jurisprudencia medieval, presupone conocer los cánones del oficio. Para ello nada mejor que recordar lo que dice Baldo en dos claros pasajes: *qui vult scire consequentes, debet primo scire antecedentes... qui vult scire principiata debet noscere principia*. (“Quien quiera conocer los consecuentes, debe, primeramente, conocer los antecedentes”)³⁸ *Artem perfecta non noscitur qui non noscitur eius principis*. (“No conoce la ciencia perfecta, quien no conoce sus principios”).³⁹

Estos principios fundamentales no son sino los conceptos (*nomina iuris*), *definitiones* y *regulae iuris*, los cuales no son siempre hechos explícitos por el jurista en su actividad dogmática.⁴⁰ Sobre nuestro oficio dice (Bártolo de Sassoferrato: *Potest ius nostrum* [jurispruden-

genes del sistema nella giurisprudenza romana. L'arte sistematrice”, en *Bolletino dell'Istituto di Diritto Romano*, vol. 42, 1934, pp. 336-355; *Id.*, “Il metodo”, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, vol I, 1935, pp. 319-348; *id.*, “Il concetto di scienza e gli strumenti della costruzione scientifica”, en *Bolletino dell'Istituto del Diritto Romano*, vol. 44, 1936-1937, pp. 131-159; Biondi, B., “Obbietto e metodi della scienza giuridica romana”, en *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini* (Università di Pavia), Milán, Ulrico Hoepli Editore, 1946, pp. 203-249; Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, *cit.*, pp. 38-98; *Id.*, *Principles of Roman Law*, *cit.*, pp. 6-39; véase mi libro: *Elementos para una teoría general del derecho*, *cit.*, pp. 253-268 y 279-286; etc.

³⁷ En el sentido que Thomas Khun da a este término. *Cfr.*, Kuhn, T., *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, Chicago University Press, 1962.

³⁸ Baldo de Ubaldis, *Comm. in Dig. veteris*, 1, 1, 1, § *Iuris operam, daturum, ad initio* y núm. 2 (fol. 7), en *Comentaria in Digestum veteris, Informatum, constitutio adnotationibus*. J. P. Mangrellæ, Folio Venetiis, Georgilvarici, 1615-1616.

³⁹ Baldo de Ubaldis, *Comm. in Dig. veteris*, 1, 1, 1, § *Iuris operam, daturum, Add.*, núm. 1 (*index*) (fol. 7rv). El texto a que se refiere esta indicación dice así: *etiam quia non perfectæ novit artem quia non movit principia artis (ibidem)*.

⁴⁰ Si estos principios son encontrados o formulados como requiere el modelo –el modelo clásico o el modelo medieval– es un problema que no podemos tocar aquí. Paulo piensa que son obtenidos del derecho, que son una formulación general del mismo: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat* (*D.*, 50, 17, 1). Es irrelevante si el jurista los considera verdaderos o evidentes, basta con que se presupongan en su labor dogmática aunque no se hagan explícitos. Pueden ser generalizaciones no falseadas por ningún contraejemplo (*Cf.*; Harris, J. W., *Law and Legal Science. An Inquiry into the Concepts Legal Rule and Legal System*, Oxford, Oxford University Press, Clarendon Press, 1979, p. 7).

cia] *appellar sapientia, scientia et arts.*⁴¹ *Ista scientia [scientia legum] est nobilis quia habet nobile subiectum.*⁴²

El jurista en su función dogmática presupone que la jurisprudencia es un *ars iudicandi*, una disciplina que cae bajo el dominio de la prudencia (*i.e.* de la acción humana racional). Asimismo, el jurista presupone que el derecho es un conjunto de *præcepta* (normas, reglas o estándares de conducta). Los juristas saben que donde hay normas jurídicas algo está prohibido, ordenado o permitido. Estos *præcepta* constituyen un *corpus* ordenado que posee, como característica esencial, ser exhaustivo y consistente. Nada más expresivo para señalar este supuesto que las palabras de Baldo de Ubaldis: *ius civile in se nihil superfluum habet, quod in iure nostro [ius civile] nihil reperitur superfluum nec vitio contrarietatis suppositum.*⁴³ Si en el derecho no hay nada que pueda considerarse superfluo ni contradicciones de ningún tipo el corolario de este principio es la idea de que siempre hay un derecho aplicable y la jurisprudencia es la forma de “encontrarlo”, *i.e.*, de “decir” el derecho. Esta es herencia medieval.

⁴¹ *Tractatus de testibus [Tractatus testimoniorum]*, § *Prudentia*, núm. 4, fol. 145, en *Concilia, questiones, tractatus*, Folio Lugduni, 1544.

⁴² Baldo de Ubaldis, *Comm. in Dig. Vet., Prima constitutio, Add., § Nomen et cognomina*, núm. 13, fol. 3 rv., Folio Venetis, *cit.*

⁴³ *Comm. in Dig. veteris, Prima constitutio, § Omnem*, núm. 7 (fol. 4 an).