

Sobre el método en el estudio del Derecho civil: una aproximación a la Historia

ARTURO CALVO ESPIGA

Abogado del Tribunal de la Rota de Roma

Ha sido una constante en mi experiencia académica de los últimos cinco años constatar cómo quienes se dedican al estudio del Derecho civil recurren, cada vez con más frecuencia, desconozco si por adornar de erudición lo que no la necesita o porque, quizás, el recurso a la historia es para algunos aval de reputación o fiabilidad, a las Escuelas o modos medievales de crear Derecho con el fin, frustrado la mayoría de las veces por la ignorancia, de imprimir una especie de certeza o control añadidos a sus afirmaciones¹. Quizás por ello no esté de más advertir o recordar, según los casos, una verdad tan tópica como con frecuencia olvidada entre los civilistas españoles: *el Derecho medieval es el auténtico y verdadero fundamento del Derecho privado europeo*.

No pasa día sin que me pregunte cómo hacerme entender por estudiosos y curiosos cuando intento aclarar que el origen, sentido y razón de las instituciones de Derecho privado europeo no es tanto el Derecho romano, y desde luego de ningún modo el Derecho romano clásico, ni siquiera el imperial, cuanto la transmisión y reflexión que sobre este Derecho realizaron, sobre todo a lo largo de los siglos XI-XV, glosadores, comentaristas y profesionales de la aplicación jurisprudencial. El *ius commune* medieval, con todo lo en él implicado tanto desde la perspectiva normativo-práctica como desde la académico-especulativa, es el medio o puente histórico que hizo llegar el Derecho romano, tanto en la variedad de sus nor-

¹ Todavía recuerdo con profundo rubor, no exento de vergüenza ajena, el ridículo manifiesto en que quedé ante propios y extraños una concursante a cátedras que, después de haberse referido en repetidas ocasiones durante la exposición de su Proyecto docente, al *mos gallicus* y al *mos italicus*, fue incapaz no ya de describir o conceptualizar el contenido de ambos modos de hacer Derecho, sino, incluso, de mencionar ni siquiera un autor de cada Escuela.

mas como en la rica obra de los grandes jurisconsultos, hasta las decimonónicas codificaciones de Derecho privado².

Nuestras modernas instituciones de Derecho civil, hijas aparentemente del viejo Derecho romano y de las corrientes codificadoras herederas de la pandectística alemana³ y de la uniformidad napoleónica, no pueden entenderse en el meollo de su sentido y significado sin el recurso y referencia al filtro y lento decantamiento de la silenciosa y ardua peregrinación medieval⁴:

—¿Es, pues, jurídicamente aceptable que el estudioso contemporáneo se acerque a la comprensión de la estructura y problemática de las instituciones fundamentales del Derecho civil, actualmente vigentes, ignorando la metodología y los conceptos jurídicos básicos que abocaron en las conceptualizaciones del Derecho común medieval?

² Para una breve información de cómo se ha tratado por la literatura jurídica la cuestión de las fuentes medievales del Derecho en España, puede verse J. BENEYTO, «Para la clasificación de las fuentes del Derecho medieval español», *Anuario de Historia del Derecho Español* 31, 1961, pp. 259-268.

³ Surge este movimiento en Alemania en el siglo XIX y se denomina así por el hecho de que la mayor parte de sus manuales, incluso en los mismos títulos, se refieren a las *Pandectas* y al *Digesto*. Se consideran autores de mayor relieve dentro de esta corriente a G. PUCHTA, B. WINDSCHEID, Ch. F. GLNECK, C. G. WAECHTER, L. ARNDTS, A. BRINZ. Partiendo de las premisas de la Escuela histórica intentan elaborar una teoría sistemática del Derecho privado basada en fuentes romanísticas y, principalmente, en el *Corpus Iuris Civilis*. La pandectística, siguiendo los pasos del historicismo de F. von SAVIGNY para quien la esencia última del Derecho consistía en ser derivación y consecuencia necesaria del *alma (espíritu) del pueblo* y convencida, en consecuencia, de que el Derecho romano era, por tanto, patrimonio del espíritu del pueblo alemán, lo asumió como integrante esencial de la construcción de los dogmas del moderno Derecho privado. Los *pandectistas* iniciaron la recuperación formal del texto original del *Corpus Iuris Civilis*, en cuanto fuente del *Derecho romano común* y, por tanto, del Derecho vigente en Alemania casi hasta finales del siglo XIX. Además, se plantearon la reconstrucción teórica de las instituciones del Derecho romano privado, buscando, a través de la elaboración científica del Derecho, el instrumento más adecuado para la unificación material y formal del ordenamiento jurídico, así como para su construcción y desarrollo lógico-sistemático. La pandectística alumbró, desde los presupuestos de la Escuela histórica, el positivismo jurídico, constituyendo además una aportación definitiva al desarrollo de la ciencia jurídica contemporánea. La metodología seguida tanto en la reconstrucción formal del texto justiniano original como en el análisis *institucional* del Derecho privado romano facilitó el descubrimiento de perspectivas jurídicas que habían pasado desapercibidas a los teóricos y profesionales del *Derecho medieval*, aun cuando éste era considerado medio fundamental, y en ocasiones único, de acercamiento al conocimiento del Derecho romano. La evolución del método de trabajo de la pandectística hacia posiciones de carácter más lógico y sistemático dió origen a la *Begriffsjurisprudenz* (o jurisprudencia de conceptos), de gran trascendencia para la consolidación de la metodología institucional en el estudio del Derecho y como primeros pasos en el alumbramiento del método sistemático, y sentó las bases definitivas para la elaboración del *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*.

⁴ Ni debe jamás olvidarse que los grandes maestros de las modernas teorías de la codificación conocían, aunque quizás no con todo el rigor hermenéutico y metodológico que se ha conseguido posteriormente, la obra de glosadores, comentaristas, decretistas y decretalistas. Por eso sigue siendo muy difícil acercarse al estudio de las instituciones básicas del Derecho privado desconociendo la obra de los teóricos medievales.

– ¿Qué entienden los civilistas contemporáneos cuando oyen hablar del Derecho intermedio, tan frecuente e inadecuadamente confundido con el *ius commune*, siendo, por el contrario, aquél un concepto que, en cierto modo, engloba a éste?

– ¿Les dice algo, sobre todo desde las implicaciones de la hermenéutica jurídica, la distinción escolástica entre *mos gallicus* y *mos italicus*?⁵.

I. ¿QUÉ HA DE ENTENDERSE POR DERECHO COMÚN?

Cabe recordar, antes de cualquier precisión ulterior, que el topos Derecho común ha de ser entendido más que como concepto jurídico o histórico como expresión, término o lugar jurídico por el que son designados *el Derecho romano justiniano* y *el Derecho canónico tal y como fueron interpretados por la doctrina y la jurisprudencia de los países de Europa occidental*⁶, sin perder de vista,

⁵ Por cuanto respecta a la relación/diferenciación entre el Derecho común y el intermedio, puede verse, entre otros, F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune* (Milán 1970) pp. 105-109. También quiero dejar claro, ya desde este lugar, que a lo largo de estas páginas evito, a propósito, cualquier referencia de comparación, que no tendría por qué resultar anacrónica, a la situación de futuro que habrá de crearse en Europa como consecuencia de la tendencia a unificar instituciones políticas, recursos jurídicos y medios materiales. Sin embargo, no desisto, en publicación posterior, de volver sobre la luz que, tanto desde la perspectiva de su estudio como desde el compromiso de su elaboración, el método jurídico medieval, hijo de la fractura del Imperio y, en alguna medida, padre de las nuevas nacionalidades, puede ofrecer al intento contemporáneo de articular un sistema jurídico común en que se cohesionen y coordinen las bases de un Derecho único que haga real la unión de los pueblos europeos con el respeto a las peculiaridades de cada Estado o nación, en cuanto señas de identidad que eviten su reducción a estéril y reductora uniformidad. La creación de un Derecho común de ámbito europeo por encima o al margen de determinados valores y tradiciones jurídicas que han ido conformando no sólo la identidad de los distintos pueblos que componen Europa, sino la propia base y los fundamentos que justifican el proyecto de la nueva Europa, abocaría a un sistema de relaciones jurídicas vacío e infecundo por articularse al margen de las raíces sociales y humanas a que debe responder cualquier cuerpo de normas que pretenda una verdadera efectividad social. Por lo que respecta al papel que puede desempeñar o a la ayuda que pueda prestar el Derecho romano en el camino hacia la unidad jurídica europea, puede verse G. ERMINI, «Tradizione romana e unità giuridica europea», *Archivio della Deputazione Romana di Storia Patria* 67, 1944, pp. 6-55; F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, «Aportación del Derecho romano al proceso de elaboración del Derecho de la Unión Europea», *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 64, 1998, pp. 529-536; Idem, «Retorno a Roma en la elaboración del futuro código europeo de contratos», *Ibid.* 66, 2000, pp. 245-261; y, desde un punto de vista más histórico-técnico, puede verse, A. FERNÁNDEZ BARREIRO, «El factor jurisprudencial como elemento de identidad de la cultura jurídica europea. Proyección histórica de la herencia jurídico-cultural romana», *Ibid.* 41, 1995, pp. 657-691.

⁶ «Los recientes movimientos fundamentalistas en algunos Estados árabes, con sus excesos que llegan hasta asesinatos, nos demuestran de modo terrorífico que resulta difícil, si no imposible bajo su régimen, una convivencia pacífica para personas con diferentes creencias. En cambio, el ordenamiento jurídico de los romanos, a causa de su carácter neutral, estaba predispuesto para que se produjese la recepción por parte de sociedades medievales y modernas de carácter socio-cultural completamente diferentes tanto en Euro-

por otra parte, que entre los siglos XII y XVIII también influyó con notable éxito en la vida social y ordenamientos de las «orientales» Polonia, Bohemia y Rumanía.

No obstante lo dicho, se ha de reconocer que el intento de definir o delimitar con precisión el contenido de este término entraña cierta dificultad, ya que no nos hallamos ante un concepto que se manifieste de forma invariable y constante en cualquier sistema u ordenamiento jurídico, sea histórico o actual. Por el simple hecho de referirnos a un *Derecho común* establecemos necesariamente una relación o contraposición de ideas de carácter relativo, precisamente por su esencial y fundamental sentido *relacional*, ya que si hablamos de un *Derecho común* es porque, necesariamente, presuponemos la existencia de otro *Derecho* o sistema normativo que no puede ser calificado de *común*⁷.

En el ámbito de la ciencia jurídica, esta versatilidad o apertura a lo relativo ha marcado la pauta a la hora de partir de unas bases o elementos comunes que posibiliten o faciliten la comprensión de este topos o formulación. También se ha de tener en cuenta que, por tratarse de una realidad o conceptualización jurídica que fundamentalmente tiene su razón de ser en la historia, la propia noción de *Derecho común* o los límites de su definición varían según el tenor de la referencia o momento histórico en que centremos nuestra reflexión. En este sentido, y como ejemplo ilustrativo, cabe mencionar la disputa habida entre romanistas de los siglos XIX y XX sobre qué Derecho, si el *civile* o el *gentium*, había de ser considerado como Derecho común del imperio⁸.

Al hablar, pues, de Derecho común, podemos referirnos bien al *ius commune* que conforma un *corpus* o movimiento jurídico que se extiende desde los posglosadores o comentaristas hasta el movimiento codificador del siglo XIX; o bien a su versión alemana, el *gemeines Recht*, que influye en el Derecho germánico hasta el propio umbral del siglo XX; o al sistema de *common law* inglés, del que puede decirse otro tanto. Sin embargo, una vez constatada

pa como en otros continentes, piénsese sólo en el sur de África, donde el Derecho romano sigue estando en vigor aun hoy, sin que esté codificado» (A. WACKE, «Una porción hereditaria para Jesucristo». *La influencia del Cristianismo sobre el Derecho de sucesiones*, Studia et Documenta Historiae et Iuris 66, 2000, pp. 280-281). Y sólo desde esta conformación mental e ideológicamente romanista puede llegarse a la construcción de sociedades auténticamente *pluralistas* en que, *afirmando* como propio o propios un valor o conjunto de valores, se defiende radicalmente que diversidad y desacuerdo son pautas o actitudes de comportamiento y acción social esencialmente necesarias para el desarrollo armónico del individuo y para el enriquecimiento de la propia sociedad.

⁷ Cfr. E. BUSI, *Intorno al concetto di diritto comune* (Milán 1935) pp. 24-60; G. ERMINI, *Corso di Diritto Comune, I. Genesi ed evoluzione storica. Elementi costitutivi-Fonti* (Milán 1962), p. 27; Idem, «Diritto comune», en *Nuovissimo Digesto Italiano* (Turín 1960).

⁸ Cfr. G. ERMINI, l. c., pp. 33 y 34.

la riqueza y complejidad de este concepto, y teniéndola siempre como telón de fondo o referencia de contraste, hemos de aclarar que, por lo que a esta reflexión atañe, y desde el aspecto dominante de su operatividad, entendemos por *ius commune* o *Derecho común*, como se ha apuntado anteriormente, *el papel o función que el Derecho romano y, en su momento, el Derecho canónico desempeñaron como denominador común de todo el Derecho continental*⁹.

Hemos de notar como, ya desde este inicio, se ha de tener muy presente, siempre, como es evidente, desde la perspectiva escolástico-dogmática de la creación y elaboración del Derecho, que si bien el término *posglosador* suele utilizarse para designar genéricamente a los comentadores, sin embargo, en sentido estricto, identifica a los juristas que desarrollan su actividad durante el espacio de tiempo, en la segunda mitad del siglo XIII, en que se operó el tránsito metodológico de la *Glosa* al *Comentario*. Se conoce bajo la denominación de comentadores a los juristas de los siglos XIV y XV, en cuanto que el *comentario* fue la forma literaria típica en que se concretó su actividad científica. También se les llama *dialécticos* o *escolásticos*, por la mayor fuerza e intensidad con que aplicaron la lógica aristotélica, utilizada con anterioridad por los glosadores.

Uno de los mayores avances que introdujeron los comentadores respecto a los glosadores consistió precisamente en las consecuencias anejas a, o derivadas de, la distinta valoración y comprensión que unos y otros realizaban del antiguo Derecho romano, más en concreto del *Corpus Iuris Civilis*. Pues mientras, en caso de conflicto entre una *ley vieja*, con antigüedad incluso de siglos, y la realidad de la vida, los glosadores pensaban que ésta debía ceder ante aquella; los comentadores, a partir de un método interpretativo basado en la lógica y dialéctica aristotélico-escolástica, intentaban determinar hasta qué punto las normas antiguas, coordinadas con/integradas en las nuevas, podían ser utilizadas para regular las relaciones jurídicas nacidas al amparo de la nueva situación social.

Aunque las primeras manifestaciones de esta nueva técnica de interpretación surgieron en Francia, principalmente por obra de juristas de la Escuela de Orléans encabezados por Jacques de Révigny († 1296) y Pierre de Belleperche († 1308); sin embargo, muy pronto este nuevo modo de hacer Derecho produjo sus mejores frutos en Italia, gracias a la obra pionera de Cino de Pistoia.

⁹ Cfr. F. CALASSO, *Medioevo del Diritto, I. Le fonti*, Milán, 1954, pp. 345-628; Idem, *Introduzione al Diritto Comune*, Milán, 1962; E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunte teorici nel diritto comune classico*, Milán, 1962.

Según este autor, la técnica de estudio e interpretación del texto normativo constaba de los siguientes pasos: 1. lectura del texto y descomposición/enumeración de todos sus elementos constitutivos; 2. resumen explicativo, con indicación de casos prácticos, en orden a aclarar la relevancia y amplitud del texto examinado; y 3. enumeración y descripción de las objeciones posibles y de las observaciones realizadas en orden a precisar y definir los límites de los problemas surgidos en torno al texto analizado.

De este modo, el jurista llegaba a descubrir la *ratio* de la norma o, lo que es lo mismo, el principio inspirador de la misma que, de este modo, podía ser aplicado después a casos o situaciones distintas de aquellas previstas por la norma objeto de interpretación. A diferencia de lo sucedido con los glosadores, cuya obra individual se diluye en el conjunto de la glosa, sobre todo la *acursiana*, entre los comentaristas vuelve a imponerse la figura del *doctor iuris* que, desde su propia personalidad, incide activamente en la vida del Derecho. A partir, sobre todo, de la mitad del siglo xv, entre los géneros literario-científicos en que se manifiesta y expresa la actividad científica de los comentaristas, además de los grandes *comentarios* al *Corpus Iuris Civilis*, las *repetitiones* y los *tratados*, adquieren una gran importancia las recopilaciones de *consilia*.

1. DERECHO COMÚN E IDEA IMPERIAL

Es evidente la dificultad que implica el intento de fijar con claridad los términos definitorios de un fenómeno jurídico, social y político tan extenso y complejo. Intelectualmente se ha de realizar un gran esfuerzo urgido por la necesidad de ampliar substancialmente el contenido de la noción clásica de Derecho común, teniendo muy presente que siempre se ha tendido a privilegiar, cuando se trataba de buscar y determinar las bases y fundamento de aquél, el papel del Derecho romano frente al canónico.

Aunque se reconozca que esta prevalencia o predominio del Derecho romano, como marco y fondo del Derecho común, haya podido tener una cierta justificación histórica fundada en la obra unificadora intentada por Carlomagno primero, como consecuencia práctica del título de *Emperador romano de Occidente* que le atribuyera el papa León III en su coronación el día de Navidad del año 800¹⁰, y por los Otones, posteriormente, sobre todo a través de

¹⁰ Recuerda a este respecto Menéndez Pidal: «La palabra emperador no nos sugiere hoy nada de lo que sugería a los hombres de antes. Modernamente puede haber un emperador en Alemania, otro en Austria, otro en Méjico o en el Brasil. Antes esto era un absur-

su pretensión de recuperar la vieja estructura imperial por medio de la *renovatio imperii*.

Se ha de notar, por otra parte, que, en la actualidad, constituye un lugar común entre los historiadores atribuir a la Iglesia, y más específicamente al papado, la iniciativa, principalmente a partir de la mitad del siglo VIII, para mantener vivo el Derecho romano en Occidente, sobre todo por la recuperación política de la idea de Imperio. A partir de la coronación de Carlomagno como emperador (Navidad del año 800), el Derecho romano, no exento de adherencias e influencias no romanas entre las que no faltaban las canónicas o eclesiásticas, llegó a lugares del Imperio en que jamás había estado en uso. Los emperadores germánicos que sucedieron a Carlomagno se dieron cuenta muy pronto de las ventajas que ofrecía el Derecho romano como medio e instrumento para extender y garantizar su control del Imperio. Otón III, ya en el siglo X, promovió de forma especial no sólo la idea imperial (*renovatio* o *restauratio imperii*), sino sobre todo la recuperación del Derecho romano como medio seguro para asegurar y reforzar su poder debilitado por el Derecho consuetudinario y los ordenamientos locales.

En consecuencia, del *unum imperium*, soñado y buscado ya desde el propio inicio de la agonía del occidente romano, hubiese debido derivar o nacer el *unum ius* destinado a regir y ordenar la vida jurídica de los distintos pueblos inter-relacionados en la deseada unidad imperial. Los principios que inspiraron el *novedoso* redescubrimiento de tal concepción político-jurídica fueron desarrollados en las *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, de autor anónimo y conocida en torno al siglo XII¹¹.

A pesar del convencimiento de que el único Derecho capaz de regular las relaciones jurídicas del entero género humano no podía ser otro, tanto por el nivel de desarrollo metodológico y práctico que había alcanzado como por el precedente de su vigencia univer-

do. El emperador era algo más importante: era un ser único, un supremo jerarca del mundo todo, en derecho al menos, ya que no de hecho. Tal concepción revestía una grandeza verdaderamente romana. Hacer de todos los hombres una familia, unidos por los dioses, por la cultura, por el comercio, por el matrimonio y la sangre, fue la gran misión del Imperio romano, ensalzada por los paganos desde Plinio hasta Galo Namaciano y por los cristianos a partir de los españoles Prudencio y Orosio y del africano San Agustín. El Imperio era la forma más perfecta de la sociedad humana; por eso Dios perpetuaba sobre la tierra el Imperio, desde los tiempos más remotos de la historia, transfiriéndolo de Babilonia a Macedonia, a Cartago y a Roma. El Imperio romano había ejercido esta potestad suprema, extensa y completa durante seis siglos, sobre todo desde Augusto hasta Justiniano. Luego, aunque muy deficiente y achicado, se renueva en el imperio carolingio de los siglos IX y X. Después, más achicado aún, sucede el Imperio romano-germánico» (R. MENÉNDEZ PIDAL, *Idea imperial de Carlos V*, Madrid, 1940, pp. 11-12). Cfr. también, G. ERMINI, *l. c.*, p. 17.

¹¹ Cfr. G. ERMINI, *Corso di Diritto Comune...*, cit., pp. 3-16.

sal, al menos en teoría, que el Derecho romano, al desconocido autor de las *Quaestiones* no se le escapaba la difícil situación política de su tiempo, caracterizada por la existencia de una vasta pluralidad de ordenamientos menores en el ámbito del imperio¹².

No sólo los ordenamientos monárquicos o regios, sino también los feudales, municipales y corporativos se regían por sus propias constituciones, o bien por medio de particulares y especiales cuerpos normativos, ya consolidados en razón de su calidad jurídica o por razones sociopolíticas, que abarcaban o incluían en su seno desde comportamientos comunitarios o prescripciones consuetudinarias propias hasta Derechos estatutarios específicos.

Resulta ocioso recordar que no estamos ante un sentido o significado moderno o contemporáneo del término constitución. En Derecho romano, reciben el nombre de *constitutiones Principum* las ordenanzas imperiales, que posteriormente, sobre todo a partir de la consolidación y difusión del Cristianismo en el marco sociopolítico y geográfico del Imperio, pasaron a designar las leyes emanadas de los Romanos Pontífices (*constitutiones Pontificum*). La voluntad del emperador (*princeps*), normativamente eficaz y vinculante, fue reconducida por los juristas, siguiendo la política romana de mantener las instituciones jurídicas y sociales preexistentes sustituyendo su contenido, a la denominada *lex de imperio*, que era formulada por el Senado y aclamada por el Pueblo.

Como consecuencia de este proceso, las constituciones imperiales acabaron denominándose *leges* y equiparadas a la costumbre, pero por encima de ella en cuanto a jerarquía normativa, en cuanto única fuente, autoritativamente contrastable, de derecho. Desde la perspectiva de su estructura formal, las *constitutiones* podían presentarse bajo la forma de *edicta*, *decreta* o *epistulae*; a su vez, estas últimas se denominaban *rescripta*, cuando contenían la respuesta a cuestiones planteadas por personas privadas; y *mandata*, cuando transmitían instrucciones dirigidas a funcionarios imperiales. En este caso, el concepto constitución se refiere a un conjunto normativo dotado de unidad sistemática y de una cierta

¹² Por cuanto respecta al desarrollo y aplicación del derecho en la primera mitad de la Edad Media, puede verse el monográfico sobre *La Giustizia nell' Alto Medioevo (Secoli IX-XI)*, correspondiente al contenido de la 44.ª *Settimana di Studio del Centro Italiano di Studi sull' Alto Medioevo, 11-17 aprile 1996* (Spoleto 1997); y de manera especial: J.P. POLY, «Le procès de l' an mil ou du bon usage des Leges en temps de désarroi», en *La Giustizia...*, cit., pp. 9-46; G. SERGI, «L' esercizio del potere giudiziario dei signori territoriali», *Ibid.*, pp. 313-345; G. NICOLAS, «Formulari e nuovo formalismo nei processi del Regnum Italiae», *Ibid.*, pp. 347-384; O. CAPITANI, «Gregorio VII e la giustizia», *Ibid.*, pp. 385-425; O. GUILLOT, «Le judiciaire: du champ légal (sous Louis le Pieux) au champ de la pratique en France (Xie. s.)», *Ibid.*, pp. 715-795.

vocación de totalidad que tiende a ordenar y regular la vida común de una determinada sociedad.

Resulta paradigmática la utilización de este sentido en el texto del *dictum* inicial de la *Distinción* 10 del Decreto de Graciano: «*Constitutiones vero principum ecclesiasticis constitutionibus non preminent, sed obsecuntur*». Otro tanto se observa en las palabras con que Graciano introduce la segunda parte de esta misma *Distinción*: «*Ecce quod constitutiones principum ecclesiasticis legibus postponendae sunt*». Salvando las distancias y diferencias que han de ser salvadas, el topos medieval constitución tendría mayor semejanza con el conjunto normativo que estructura y regula fundamentalmente la vida de un Instituto religioso católico que con lo que también hoy denominamos Constitución o Carta constitucional o fundamental de un Estado.

Muy poco tiene que ver el *estatuto* o los *derechos estatutarios* medievales con el significado que este calificativo adquirió a partir del nacimiento del derecho administrativo como rama autónoma de la ciencia jurídica, en que se entiende por *estatuto* el acto normativo fundamental de un ente colectivo público o privado y que se presenta como manifestación de su potestad o capacidad de autoorganización; es decir, de darse normas estructurantes y delimitadoras de su organización interna, de sus fines, de los medios para conseguirlos, así como de los derechos y deberes de quienes forman parte del mismo.

Cabe recordar que en derecho romano, estatuto tenía el sentido de decisión judicial (cf. *Digestum*, l. L, tit. XVI, fragm. 46) y también el de ley (cf. *Codex*, l. VII, tit. XIII, c. 1). Al hablar de *derecho estatutario*, el jurista medieval se refiere al conjunto de normas que delimitan la estructura y esencia jurídica de instituciones o situaciones al margen del derecho clásico, entendiéndolo por tal el romano o el canónico, según los casos. No estamos, pues, ante normas derivadas de otras que operarían como originarias dándoles, en última instancia, fuerza y sentido, sino que nos hallamos ante ordenamientos auténticamente originarios, aunque sin pretensión de universalidad y reducidos en su competencia y aplicación únicamente a las ciudades o territorios para los que hubieren sido promulgados.

Los juristas definieron el estatuto como *el derecho propio de cada pueblo redactado por escrito*. Como se indica en varios lugares de estas páginas, uno de los problemas más importantes con que se encuentra el derecho medieval es precisamente el de conciliar la autonomía de estos estatutos con la soberanía del Imperio, reputado como fuente única de derecho. De todos modos, en la

llamada *época comunal*, los estatutos, como ocurrirá también con la legislación de las monarquías medievales, ocuparán el vértice en la jerarquía de fuentes jurídicas. Sólo en caso de laguna estatutaria se recurrirá al derecho *consuetudinario* o al *común*, en cuanto fuentes subsidiarias.

El estatuto fue un derecho de carácter territorial y obligatorio para quienes vivían en el ámbito geográfico en que había sido promulgado, implicando, al menos desde la perspectiva de las materias que en él se disciplinaban, la superación del sistema o concepción personalista del derecho. La historia del derecho estatutario, sobre todo desde el punto de vista de su eficacia en el sistema de fuentes de derecho, es una sucesión de altibajos que le llevó desde su puesto cimero en la jerarquía hasta el papel menor que desempeña en los ordenamientos contemporáneos.

El marco de la relación entre el *deseado*, aunque nunca realmente conseguido, *unum ius* del imperio y los *iura propria* de los ordenamientos particulares¹³, no sólo de los costumbristas o usuales sino también de los positivamente normados, se concretaba y explicitaba de manera especial en el *contraste de oposición*, en unos casos; de *exclusión*, en otros y de *omisión o ignorancia* en la mayoría¹⁴; entre un derecho, el romano justiniano, con seis siglos de antigüedad, referente, por otra parte, de una imagen unitaria del Imperio que nunca existió, y un derecho reciente, actual, contemporáneo, que se había forjado en respuesta a exigencias sociales y políticas desconocidas anteriormente en los ámbitos jurídicos¹⁵. La búsqueda de solución a tal contraste fue uno de los principales retos a que se enfrentó la doctrina jurídica medieval.

¹³ Se entendía por tales, o en singular *ius proprium*, el derecho emanado en el seno de ordenamientos que, de limitadas dimensiones (feudos, ciudades, corporaciones de artesanos, gremios, etc.) o de mayor amplitud (por ejemplo, el Reino de Sicilia), eran considerados como *particulares* respecto al ordenamiento universal del imperio. Las fuentes del *ius proprium* eran la costumbre, para el derecho feudal; los estatutos, para las ciudades y las corporaciones; y para los ordenamientos monárquicos, cuerpos o conjuntos consolidados de normas de distintas y diversificadas procedencia, sobre todo regias.

¹⁴ Cfr., en orden a clarificar los orígenes y antecedentes de este problema, F. CALASSO, «Il problema istituzionale dell'ordinamento barbarico in Italia», en *Il passaggio dall'Antichità al Medioevo in Occidente* [9 *Settimana di studio* (6-12 aprile 1961) del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo], Spoleto 1962, pp. 57-90; F. L. GANSHOF, «Les traits généraux du système d'institutions de la monarchie Franque», *Ibid.*, pp. 91-127; CL. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, «Pervivencia y crisis de la tradición jurídica Romana en la España goda», *Ibid.*, pp. 128-199.

¹⁵ Dada la gran expansión del Imperio romano y la variedad de usos, costumbres y tradiciones jurídicas de las sociedades y pueblos con que se relacionó, puede decirse que, *mutatis mutandis*, ya en plena edad imperial se plantea el problema de la relación entre la ley o normas del Imperio y los derechos locales, cuestión que se agudizó ostensiblemente con la generalización de la ciudadanía romana a todos los habitantes del imperio romano en tiempo del emperador Caracalla. Cfr. G. ERMINI, *Tradizione romana...*, cit.; J. M. MODRZEJEWSKI, «“La loi des Égyptiens”: le droit grec dans l'Égypte romaine», en B. G. MAN-

Cabe recordar que, en cierto modo, la solución a que se llegó, al menos en la época en que mayoritariamente se creía en la posibilidad de un ordenamiento único y común para intentar, si no superar, al menos cohesionar los extremos de esa *contrastada* oposición jurídica, todavía sobrevive en los ordenamientos anglosajones de *common law*: metodológica y socialmente, la superación no podía ser fruto de la antihistórica negación de la existencia y vigencia de distintos ordenamientos, sino del esfuerzo e intento por conciliar pluralidad jurídica con el principio del *unum ius* del Imperio universal y único.

Tampoco debe perderse de vista que lo que hoy se contempla como una mera cuestión de Escuela supuso en la vida y reflexión medievales un problema profundamente inserto en la sociedad, tanto en su vertiente jurídica como en su entramado político. Precisamente por ello, había de arbitrarse una respuesta, o al menos una metodología de trabajo, que ofreciese una solución o soluciones esencialmente dinámicas, puesto que los planteamientos en torno a esta problemática no se realizaban desde el simple academicismo, sino que brotaban del propio crecimiento de la sociedad y de su desarrollo jurídico-institucional. Esta situación determinó que en la base y fundamento de la solución conciliadora por la que se optó se halle un concepto de tan difícil delimitación y comprensión como el de *ius commune*.

2. DERECHO COMÚN Y MONARQUÍAS NACIONALES

De este modo, tanto el *ius commune* como los *iura propria* eran contemplados como partes de un sistema normativo unitario, ya que se les consideraba como elementos constitutivos de una relación jerarquizada o asimétrica y asintótica en que el primero aparecía en una situación de intransgredible supremacía respecto a los segundos. Sin embargo, a lo largo de los siglos XIV y XV, la evolución de la ciencia jurídica hizo del *ius commune* un derecho integrativo y subsidiario de los ordenamientos particulares, cada uno de los cuales, completamente autónomo de cualquier derecho de corte universal, reconocía, como *derecho supletorio*, al universal derecho común en el ámbito de su propio sistema particular.

La posterior transformación del gobierno señorial en *principesco* o *regio* también incidió, como es lógico, en el ámbito jurídico,

DILARAS (ed.), *Proceedings of the XVIII International Congress of Papyrology (Athens, 25-31/5/1986)*, vol. 2 (Atenas 1988) 383-399; Idem, «Constitutio Antoniniana», en P. F. GIRARD y F. SENN, *Les Lois des Romains, 70 édition des «Textes de droit romain»*, t. 2 (Nápoles-Camerino, 1977) pp. 478-490.

llevando a sus últimas consecuencias la crisis definitiva de cuanto todavía quedaba de la concepción universalista del derecho común, hasta el extremo de que se llegó a invertir el sentido primigenio del término. Y, de este modo, para las tierras sujetas a un príncipe, había de entenderse por *ius commune*, en primer lugar, el derecho principesco o regio, es decir, el anteriormente reconocido como *particular*, en lugar del *antiguo* derecho romano imperial. Proceso que, según las distintas naciones, se desarrolla en Europa entre los siglos XIII-XV.

Con la desaparición de la idea del imperio, el derecho romano, siempre en su dimensión de derecho común con referencia a los neonatos ordenamientos particulares o nacionales, mantuvo su vigencia dentro de los límites en que lo ajustó, según los casos, la tolerancia del *placitum principis*¹⁶: el derecho romano permanecía como derecho común, pero siempre *subsidiario* respecto a las leyes del príncipe que pasaron a ser consideradas *communes et primariae*¹⁷.

Con el término *placitum* se denominaba la reunión o asamblea con funciones jurisdiccionales principalmente, propia de los pueblos germánicos e introducida por ellos, con las invasiones de los siglos V y VI, en el Imperio romano de occidente. Su contextura jurídica se perfeccionó bajo la monarquía franca, donde el término *placitum* es frecuentemente utilizado junto a *mallum*. Los placita más frecuentes eran el regio y el comicial o condal, según fuese celebrado por el rey o por un conde en el territorio de su condado.

El *placitum regis* o regio era *general* cuando, al menos una vez al año, se reunían todos los grandes del reino, clérigos y laicos, con la finalidad de realizar un simple encuentro o asistir a una solemne parada militar, más que para ejercer una función jurisdiccional. El *placitum regio* más común era el que celebraba el soberano, o más frecuentemente el *comes palatii* en su nombre, en la Corte o donde se encontrara en el momento de la convocatoria, con la presencia de jueces elegidos por el monarca, a fin de juzgar en primera instancia cuestiones civiles y penales de especial interés, ya fuera por razón de las personas afectadas, como, por ejemplo, los sujetos al *mundio* o *tuitio* del rey, o en razón del objeto; o bien, en grado de apelación, las sentencias de los jueces locales o aquellos casos en

¹⁶ Para una adecuada comprensión de este asunto, sigue siendo fundamental el tratamiento que de él realizó L. A. MURATORI, «Antiquitates Italiae Medii Aevi», Diss. XXXI, *De placitis et mallis*.

¹⁷ Cfr. Y. BONGERT, «Vers la formation d' un pouvoir législatif royal (fin Xe.-début XIIIe. siècle)», en VARIOS, *Études offertes à Jean Macqueron* (Aix-en-Provence 1970), pp. 127-140.

que se había denegado la justicia. Gozaba de este mismo carácter el *placitum missi dominici*, cuando juzgaba en segunda instancia.

El *placitum comicial* o condal era convocado y presidido por el conde, o por magistrado delegado, para juzgar de las cuestiones propias del condado. El *placitum* o asamblea general, según el ordenamiento carolingio, había de ser reunido por el conde tres veces al año: Navidad, Pascua y S. Juan Bautista; y debían de participar, a no ser que mediara dispensa especial, todos los hombres libres y no sólo los propietarios o poseedores de tierras de un cierto valor. Por su parte, el *placitum simple* o *extraordinario*, que se realizaba con mayor frecuencia y que generalmente duraba tres días, se solía convocar tanto en la residencia del conde como en cualquier otro lugar del condado y, según la reforma de Carlomagno, tenían obligación de asistir los *scabini*, elegidos por una sola vez, para sugerir y aconsejar sobre el tenor y fallo de la sentencia.

De esta distinción entre *generales* y *especiales*, conocidos también como *ordinarios* y *extraordinarios*, pues los primeros se realizaban siempre en época fija, sin convocatoria especial, mientras que los segundos se anunciaban coyunturalmente, mediante convocatoria personalizada para quienes estaban obligados al servicio del *placitum*, algunos autores han concluido la existencia de dos tribunales distintos, uno de carácter popular, como de *ius civile*, y otro que se fundaría sobre el *imperium* de la autoridad o como de *ius honorarium*. Sin embargo, quizás ofrezca una explicación más cierta de esta distinción el simple ejercicio de competencias distintas.

El *placitum*, en sus diversas modalidades, tuvo su máxima difusión en la época feudal, sobre todo entre los siglos IX y XI, para ir poco a poco desapareciendo o quedando recluido en contados dominios señoriales, laicos y eclesiásticos.

Se llegó, pues, a una situación en que la expresión *ius commune* resultaba totalmente equívoca, de modo que cada vez que en las leyes, resoluciones, decisiones o documentos privados de la época se invocaba o reenviaba al *ius commune* había de preguntarse, y con mucha más razón desde la perspectiva contemporánea, si se estaban refiriendo al derecho común romano o bien al derecho común del *príncipe* o del *rey*.

3. EL DERECHO CANÓNICO COMO DERECHO COMÚN

También el derecho canónico, independientemente del derecho romano, se consideraba, al menos desde una perspectiva ideal y doctrinal, como derecho común. El hecho de que el *ius canonicum* estuviese estrechamente vinculado al derecho romano o al *ius civi-*

le, según los casos, en una relación que se expresó en la fórmula *utrumque ius* no debe conducir al equívoco de pensar que ambos ordenamientos acabaran fundiéndose en el *ius commune*, integrándose como elementos a partes iguales, o al menos como partes, del mismo¹⁸.

1. *Ius commune* y *utrumque ius*

Antes bien, en el caso del *utrumque ius* nos hallaríamos ante una especie de *tercera vía* que en algunos momentos ha sido invocada como derecho común, aunque constituya una incorrección metodológica, no exenta de cierto anacronismo jurídico, denominar *ius commune* al *utrumque ius*. Como la propia significación de las palabras indica, *utrumque* hace referencia al periodo o situación de vigencia simultánea, en el mundo jurídico práctico y en el ámbito metodológico de la reflexión teórica, del derecho civil y del canónico.

Hemos de advertir, sin embargo, que, a pesar de que en esta sede y por referencia/distinción al *ius commune* hayamos optado por considerar el *utrumque ius* como «el sistema resultante» de la conjunción del derecho romano (civil) y del derecho canónico, esta fórmula no es, ni desde la perspectiva de su contenido ni desde la de su conformación histórica, tan clara como tópicamente se ha pretendido. Aunque, por el contenido de su formulación, pueda aparecer como un término de síntesis, se ha de reconocer que mediante esta fórmula se está llamando la atención sobre la existencia de dos derechos distintos, sobre la dialéctica de sus relaciones y sobre dos modos diversos de metodología, tanto en la enseñanza como en la investigación¹⁹.

¹⁸ Para la problemática subyacente a este término (*utrumque ius*), pueden verse los lugares citados de Calasso, Cortese y Ermíni, así como el estudio de P. LEGENDRE, «Le droit romain, modèle et langage: De la signification de l' "Utrumque Ius"», Varios, *Etudes d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, t. 2 (París 1965), pp. 913-930. Cfr. también, P. AVONS, *Jan van Hocsem en Leuven*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 38, 1970, pp. 191-194; G. ERMINI, «Ius commune e utrumque ius», en *Acta Congressus Iuridici Internationalis. Romae, 12-17 Nov. 1934*, vol. 2 (Roma 1935), pp. 505-535; R. FEENSTRA, *Les «Flores utriusque iuris» de Jean de Hocsem et leur édition au XVe siècle*, *ibid.* 31, 1963, pp. 486-519. Y por cuanto se refiere a las implicaciones ideológico-conceptuales entre este término y la relación entre imperio y papado, puede verse el clásico trabajo de A. M. STICKLER, *Sacerdotium et Regnum nei decretisti e primi decretalisti*, Salesianum 15, 1953, pp. 575-612.

¹⁹ Cfr. A. GOURON, *Une école ou des écoles? Sur les canonistes français (vers 1150-vers 1210)*, en Varios, *Proceedings of the Sixth International Congress of Medieval Canon Law (Berkeley, 1980)* [Monumenta Iuris Canonici, Series C: Subsidia 7] (Ciudad del Vaticano, 1985), pp. 223-240; IDEM, «Sur les sources civilistes et la datation des Sommes de Rufin et d' Etienne de Tournai», *Bulletin of Medieval Canon Law* 16, 1986, 55-70; IDEM, *A la convergence des deux droits: Jean Bassien, Bazianus et maître Jean*, Tijdschrift voor

Por otro lado, a lo largo de la Edad Media, esta fórmula también ha tenido una significación más modesta ya que se llegó a utilizar para referirse a la especialización o titulación académica en ambos derechos (*in utroque iure peritus*); o bien, mediante la expresión *utraque lex*, para precisar la filosofía política subyacente a las relaciones Imperio-Papado, tal como queda perfectamente delimitado en una decretal de Honorio II (1124-1130) sobre la obligación de los clérigos a prestar el juramento *de calumnia*²⁰.

El Papa, en su *decretal*, plantea de manera indirecta la cuestión que referimos, hecho que dota de mayor valor al testimonio, ya que el interés del Pontífice se centra en la no obligación de los clérigos de prestar el juramento de calumnia en los supuestos en que se vean judicialmente implicadas sus Iglesias. Dentro del juramento judicial *asertorio*, pueden distinguirse tres clases o subtipos: de *calumnia*, de *malicia* y de *decir verdad*.

El juramento de calumnia hunde sus raíces en el derecho romano (*Digestum*, l. III, tít. VI, *De calumniis*; *Codex*, l. II, 59, *De iureiurando propter calumniam dando*; y *Novellae* XLIX, c. III y CXXIV, c. I) y es recibido posteriormente tanto por el derecho canónico (X 2.5 c. unic.) como por el derecho civil. Este juramento, conocido como de *calumnia* o *creencia*, deben hacerlo actor y demandado o reo, según los supuestos, sólo una vez en una instancia al principio del pleito: en las civiles afirmando el actor que promueve el pleito por estar convencido de obrar en justicia y que lo proseguirá de buena fe sin provocar fraude, suspensiones o prórrogas indebidas del procedimiento; y en las criminales, que la acusación no es falsa. Y el demandado que usará de sus excepciones y medios de defensa en idénticos términos.

El juramento de *calumnia* comprende: 1) no presentar la demanda con malicia, sino creyendo tener derecho; 2) decir la verdad siempre ante cualquier pregunta; 3) que ni se ha prometido ni prometerán a nadie cosa alguna para obtener el buen resultado del pleito; 4) que no se utilizarán ni pruebas falsas, ni excepciones fraudulentas y 5) que no se intentará la ampliación maliciosa de plazos con ánimo de prolongar el pleito o de perjudicar al colitigante.

En este contexto, pues, el Papa recuerda:

«... Nos itaque, *utriusque* divinae et humanae legis intentione servata, decernimus et imperiali auctoritate irtractabiliter defini-

Rechtsgeschiedenis 59, 1991, pp. 319-332; G. ERMINI, «Concetto di “Studium Generale”», Archivio Giuridico 127/1 (Series 5, vol. 7/1), 1942, pp. 4-24.

²⁰ Cfr., también, J. GARCÍA CAMIÑAS, «Régimen jurídico del “iusiurandum calumniae”», *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 40, 1994, pp. 457-468.

mus, ut non episcopus, non presbyter, non cuiuscunque ordinis clericus, non abbas, non aliquis monachus, vel sanctimonialis, in quacunq[ue] causa sive controversia, seu criminali sive civili, iusiurandum compellatur qualibet ratione subire, sed aliis idoneis defensoribus, si expedire ecclesiae suae noverit, huiusmodi officium liceat delegare...» (X. 2.7.1).

Cabe señalar que la cuestión de eximir a ciertas personas de prestar este juramento ya se preveía en derecho romano y se aplicaba a quienes, por diversas razones, se debe *reverencia* (D. 12.2.16; 12.2.34.4; 37.15.7.3; 37.15.7.4, etc.).

Hemos, pues, de notar, ya desde este momento, la importancia que en la reflexión jurídica y en el progreso de la aplicación social de la norma desempeñaron las Escuelas de juristas. Cuando nos referimos al fenómeno de las Escuelas no sólo pensamos en su sentido más obvio, primario y elemental de lugar o estructura de enseñanza y transmisión del saber; sino que, desde la perspectiva que más nos interesa en este momento, nos referimos, sobre todo, a la Escuela en cuanto término que designa a un grupo o sucesión continuada de autores que profesan las mismas doctrinas, teorías o explicaciones en el entorno de una determinada rama del saber; o bien utilizan en su reflexión idéntica metodología, al tiempo que invocan y se sienten deudores de los mismos maestros, en el sentido, por ejemplo, en que se habla de la Escuela flamenca en pintura, de la Escuela de las formas en exégesis bíblica, de la Escuela de Salamanca, la tomista o la suareciana en teología, filosofía y derecho.

A tenor de los modos y formas de desarrollo en que el fenómeno de las Escuelas se ha manifestado y desarrollado en la historia, puede decirse que, en el sentido que nosotros hemos asumido, *Escuela* tiende a coincidir con *tradición*, bien entendido que nos hallamos ante dos nociones distintas, aunque tan cercanas que, a veces, llegan a confundirse.

La palabra *tradición* hace referencia, en principio, a la *transmisión* de una realidad, una verdad o una doctrina (*paràdosis, paràdídónai*), que será más auténtica cuanto con más fidelidad se transmitan sus contenidos. La *Escuela* evoca, sobre todo, una comunidad o sintonía de estilo, de método o de pensamiento que actúa como catalizador en un ámbito determinado de la ciencia jurídica.

Además, en el caso de la *Escuela*, la relación maestro-discípulo juega un importantísimo papel, aunque ello no excluya que la propia dinámica de la *Escuela* provoque la discrepancia, por diferenciación o superación, entre discípulos y maestro: cosa que ocurre con frecuencia y que explica el que una determinada *Escuela* acabe evolucionando hacia posturas muy diferentes de las

que surgió, hasta el extremo que se ha podido decir que «en el año 1100, la Escuela seguía al maestro; pero, a partir de 1200, será el maestro quien siga a la Escuela»²¹.

2. La tortuosa recepción del derecho canónico como Derecho común

Que el derecho canónico haya sido el vehículo principal y más importante por el que el derecho romano común ha penetrado en distintos países europeos²², además de una obviedad, no es óbice para afirmar al mismo tiempo que el derecho canónico mismo ha sido considerado derecho común de modo específico y por distinto título que el derecho romano justiniano. Sobre todo, porque mientras el derecho romano de Justiniano acabó siendo un derecho con valor únicamente subsidiario y supletorio en el ámbito de los derechos particulares de las nacientes o consolidadas naciones en el seno del Imperio, la Iglesia, en razón de su estructura comunal y descentralizada, por una parte, y del para sí reclamado gobierno directo e inmediato *in rebus spiritualibus*, por otra, no toleró ni

²¹ H. HASKINS, *The Renaissance of the Twelfth Century* (Cambridge, 1927), p. 368. Para todas las cuestiones relacionadas con el origen y modelos de escuelas, puede verse: R. ARNOU, «Nestorianisme et Néoplatonisme». L'unité du Christ et l'union des «intelligibles», *Gregorianum* 17, 1936, pp. 116-131; G. BARDY, *L'Eglise et l'enseignement au IV^e siècle*, *Revue des Sciences Religieuses* 14, 1934, pp. 525-549, y 15, 1935, pp. 1-27; Idem, *Aux origines de l'École d'Alexandrie*, *Ibid.* 17, 1937, 65-90; E. CAILLEMER, «L'enseignement du droit civil en France vers la fin du XIII^e siècle», *Nouvelle revue historique de droit française et étrangère* 3, 1879, pp. 602-610; M. D. CHENU, *La théologie au douzième siècle* (París, 1957), pp. 116-135; IDEM, *Introduction à l'étude de saint Thomas d'Aquin* (París-Montreal, 1950), pp. 44-60; H. CROUZEL, «Le discussioni su Origine e l'originismo», *en Storia della Teologia. I. Epoca patristica* (Casale Monferrato, 1993) pp. 215-220; A. FIERRO, «Las controversias sobre la resurrección en los siglos II-IV», *Revista Española de Teología* 28, 1968, pp. 3-21; A. GUILLAUMONT, *Les Kephala gnostica d'Evagre le Pontique et l'histoire de l'originisme chez les Grecs et les Syriens* (París, 1962) pp. 148-159; A. DE HALLEUX, «Nestorius. Histoire et doctrine», *Irenikon* 66, 1993, p. 163; A. LE BOULLUEL, «L'école d'Alexandrie. De quelques aventures d'un concept historiographique», *en Alexandrina. Mélanges offerts à Claude Mondésert* (París 1987), pp. 403-417; A. MÈHAT, *Etudes sur les Stromates de Clément d'Alexandrie* (París, 1966), pp. 62-70; G. PARÈ, A. BRUNET, P. TREMBLAY, *La renaissance du XII^e siècle. Les Ecoles et l'enseignement* (París-Ottawa, 1933); M. SIMONETTI, «Quelques considérations sur l'influence et la destinée de l'alexandrinisme en Occident», *en Alexandrina...*, cit., pp. 381-402; IDEM, «Modelli culturali nella cristianità orientale del II-III secolo», *en De Tertullien aux Mozarabes. Mélanges Jacques Fontaine* (París, 1992), pp. 381-392; IDEM, «Gli inizi della riflessione teologica in Occidente», *en Storia della teologia...*, cit., pp. 249-254; IDEM, *Lettera e/o alegoria* (Roma, 1985), pp. 156-201.

²² Cfr. G. ERMINI, «Diritto romano comune e diritti particolari nelle terre della Chiesa», *en Ius Roammum Medii Aevi*, pars 5, 2 c. (Milán, 1975), pp. 3-67; J. GAUDEMONT, «Fragmenta iuris romani canonici», *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 65, 1999, pp. 249-253. Se trata de una interesante nota bibliográfica al libro del mismo título de G. L. FALCHI, en el que se estudia la recepción del derecho romano en las fuentes del derecho canónico a lo largo de la Alta Edad Media, incluido el Decreto de Graciano.

desviaciones hacia los ordenamientos nacionales, ni integración en su ordenamiento de los derechos particulares.

A todo ello se ha de añadir que, mientras el derecho común romano se desenvolvía como derecho jurisprudencial, con la debilidad añadida respecto a los ordenamientos de carácter jerárquico-legislativo, el derecho canónico, por el contrario, fue consolidándose progresivamente debido a la cada vez más intensa y depurada actividad legislativa de los Romanos Pontífices.

A lo largo de la Edad Media, y ello a pesar de la importancia y trascendencia de sus mutuas influencias, se detectan episodios y momentos difíciles en la relación entre el derecho de la Iglesia y el viejo derecho romano, en cuanto *invocado* ordenamiento imperial. Canonistas y civilistas-romanistas vivieron un duro enfrentamiento a raíz de las disputas entre Enrique IV, cuyos teóricos acudían a la cobertura del derecho romano como respaldo y garantía de su pretensión del *imperium mundi*, y Gregorio VII (1073-1085) que llegó a denunciar como «*diabólico*» el poder secular y como hostil a la Iglesia el derecho romano²³. Sin embargo, la experiencia demostró que el derecho romano, más que ruina, podía convertirse en puntal fundamental en la defensa y legitimación de los derechos de la Iglesia.

²³ Es cierto que Gregorio VII declara expresa y constantemente que el poder civil es de origen divino, que es querido por Dios y que los depositarios de este poder reciben su autoridad de Dios. Son muy numerosos los testimonios documentales salidos de la pluma papal que avalan esta afirmación. Sin embargo, tampoco puede negarse que el mismo pontífice se refiere al origen violento y diabólico del poder civil en dos cartas que dirige a Hermann, obispo de Metz. En la primera, de 25 de agosto de 1076, escribe: «*Sed forte putant, quod regia dignitas episcopalem praecellat. Ex earum principiis colligere possunt, quantum a se utraque differunt. Illam quidem superbia humana repperit, hanc divina pietas instituit. Illa vanam gloriam incessanter captat, haec ad coelestem vitam semper aspirat*». El día 15 de marzo de 1081, Gregorio VII escribe al mismo interlocutor: «*Itane dignitas a saecularibus –etiam Deum ignorantibus– inventa, non subicietur ei dignitati quam omnipotentis Dei providentia ad honorem suum invenit mundoque misericorditer tribuit?... Quis nesciat reges et duces ab iis habuisse principum, qui, Deum ignorantes, superbia, rapinis, perfidia, homicidiis, postremo universis pene sceleribus, mundi principe diabolo videlicet agitante, super pares, scilicet homines, dominari caeca cupidine et intolerabili praesumptione affectaverunt?*». Aparentemente el papa expone y defiende dos tesis contradictorias: el origen divino del poder civil, por una parte, y su fuente violenta y diabólica, por otra; contradicción que se explica por la diversidad y dificultad de las circunstancias que vivió Gregorio VII. Cuando dirige su correspondencia a príncipes y nobles defiende la tesis del origen divino del poder secular desde la enseñanza de la Sagrada Escritura; mientras que cuando escribe al obispo de Metz, lo hace desde la indignación de un corazón sobrado de ofensas: «*La distinction... entre la question de droit et la question de fait est, à notre avis, la solution la plus plausible, la plus conforme aux testes... Grégoire, en effet, s'inspire ici des idées de saint Augustin et de saint Grégoire le Grand. Or, il est incontestable que ces deux écrivains n'ont pas entendu nier l'origine divine du pouvoir, mais ont simplement voulu mettre en relief le caractère diabolique d'un pouvoir, lorsque de fait il s'est établi ou s'exerce à l'encontre de la loi chrétienne*» (CH.-J. HEFELE y H. LECLERCQ, *Histoire des Conciles d'après les documents originaux*, t. 5/1, París, 1912, p. 81).

En este contexto, ofrece Graciano su solución al papel y cometido que el derecho romano ha de desempeñar respecto a la sociedad y a la propia Iglesia: se podrá acudir al derecho romano en la medida que sus normas sean conformes con la ley de Dios y de la Iglesia, al tiempo que útiles para los planes de ésta²⁴. Más allá de la tradición gregoriana, en que se inscribe la respuesta de Graciano, esta utilización, esencialmente polémica y apologética del derecho romano, ofrece una importante pista de su valor e importancia al servicio de la idea de cristiandad, en la que derecho canónico y secular se apoyarán y complementarán mutuamente en favor de la construcción de la *civitas christiana*. Aquí, pues, aunque no exclusivamente, podría situarse el fundamento u origen del derecho común romano-canónico, objetivo del esfuerzo de la mayor parte de los juristas de los siglos XII y XIII.

Sin embargo, ello no significa que el derecho canónico se acomodara sin más, con la correspondiente pérdida de autonomía, al derecho romano, sea en razón de su acreditada y más acabada madurez técnica o bien a causa de la mayor perfección de algunas de sus instituciones, pues la Iglesia no quedaba obligada a recibir

²⁴ El primer *dictum* de Graciano a la Distinción 10 reza: «*Constitutiones vero principum ecclesiasticis constitutionibus non preminent, sed obsecuntur*». Previa al c. 7, como entrada a la segunda parte de esta Distinción, reitera Graciano: «*Ecce quod constitutiones principum ecclesiasticis legibus postponendae sunt. Ubi autem evangelicis atque canonicis decretis non obviaverint, omni reverentia dignae habeantur*». Y continúa: «*Unde Augustinus ait in Dialogo contra Petilianum... Si in adiutorium vestrum terreni imperii leges assumendas putatis, non reprehendimus...*». Una importante línea de decretistas, encabezados como pionero por Esteban de Tournai, refieren la frase justiniana *Leges nostrae non dedignantur imitari sacros canones* (*Novella* 83, c. 1, 539) para justificar la primacía del derecho de la Iglesia, aun desde el recurso al derecho romano, reforzando e ilustrando el primer *dictum* de Graciano a la D. 10: «Puisque l'empereur lui-même avait reconnu la prééminence du droit canonique, rien ne s'opposait à ce que l'on acceptât les services que pourrait rendre le droit romain: lorsqu'on aurait retailé ses vêtements sur le patron médiéval, ne serai-il pas un bon serviteur, dévoué à la cause de l'Eglise?».

«La déclaration de Justinien apparaît immanquablement, dans la *Summa Parisiensis* (vers 1160), la *Summa Coloniensis* (vers 1170), les Gloses de Stuttgart (1181-1185), la *Summa Lipsiensis* (vers 1186), quand se trouve abordée la question des recours au droit romain. Mais les Papes eux-mêmes l'exploitent: écrivant à l'évêque de Padoue, Lucius III (1181-1185) lui intime d'appliquer les règles de *novi operis nuntiatione*, pour trancher un différend local. Il convient de recourir aux *leges*, explique-t-il dans sa lettre, car elles peuvent aider l'Eglise, dont elles imitent les dispositions. Honorius III (vers 1219) admet le même principe: l'Eglise ne refuse pas les services des *leges* conformes à la justice et à l'équité: mais le Pape observe qu'il est peu de causes ecclésiastiques qui ne puissent trouver leur solution grâce aux seuls *canones*. Ces derniers doidoivent avoir la préférence, avait déjà rappelé Innocent III, en 1199».

«Les décrétistes parisiens se sont appliqués à définir le rôle exact du droit romain: tâche subsidiaire, rôle de suppléance, mais très largement comprise. Etienne de Tournai énonce la règle suivante, empruntée à Gratien (*dictum* post c. 3, C. XV, q. 3): *ubique utendum est lege imperatorum ubi non est contraria legi canonum*, mais sans l'assortir des prudentes réserves du Maître de Bologne» (CH. MUNIER, *Droit canonique et Droit romain d'après Gratien et les Décrétistes*, VARIOS, *Etudes d'Histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, Paris, 1964, p. 949).

las *leges* que no se opusieran a las divinas o a las disposiciones canónicas, sino que mantuvo su libertad para seguir las que más le convinieran²⁵.

La doctrina de Graciano sobre las relaciones entre el derecho romano y el derecho canónico, sobre todo tal como la expuso en la Distinción 10 de su *Concordia discordantium canonum*, comúnmente conocido como *Decretum Gratiani* o simplemente *Decreto*²⁶, fue ampliamente estudiada por decretistas y comentaristas, que elaboran una doctrina, en torno a las fuentes jurídicas y a su uso, centrada, como ha señalado Munier, en los siguientes puntos: la distinción clara e inequívoca entre jurisdicción eclesiástica y jurisdicción secular-temporal; la incompetencia absoluta de los poderes temporales en materias eclesiásticas; el poder soberano del Papa en los asuntos espirituales, considerablemente ampliado por el recurso a las *res spiritualibus adnexae*; la función de suplencia, estrictamente controlada, del derecho secular, para salvaguardar siempre la autonomía y primacía jurisdiccional de la Iglesia, en razón de los principios superiores del bien común y de la equidad canónica²⁷.

Ahora bien, la *consolidación* de esta doctrina no fue consecuencia de un proceso pacífico, uniforme y unitario. Antes al contrario, cuajó como síntesis de una ideológicamente accidentada relación entre juristas y Escuelas. Rufino²⁸ comenta la doctrina de Graciano deteniéndose con mayor profundidad y extensión en la incidencia práctica de las *leyes*, se entiende las civiles o seculares,

²⁵ «Cum autem sacris canonibus accusationes omnino submoveantur, quas leges seculi non asciscunt, e diverso videntur admittendae que legibus seculi non prohibentur. Verum hoc non infertur... Quamvis igitur sacris canonibus submoveantur accusationes, quas leges seculi non asciscunt, non ideo consequenter recipiuntur quascumque leges principum admittunt. 1. Sed (sicut circa huius operis initium premissum est) tocien legibus imperatorum in ecclesiasticis negotiis utendum est, quociens sacris canonibus obviare non inveniuntur...» (C. 15. 3. 4, dictum post). Cfr. J. GAUDEMONT, «La doctrine des sources du droit dans le Décret de Gratien», *Revue de Droit Canonique* 1, 1951, 1-31.

²⁶ Si bien, conviene contextualizar el contenido de esta Distinción en lo que Graciano expone en el dictum final del c. 11, D. 9: «Cum ergo naturali iure nichil aliud precipiatur, quam quod Deus vult fieri, nichilque vetetur, quam quod Deus prohibet fieri; denique cum in canonica scriptura nichil aliud, quam in divinis legibus inveniatur, divine vero leges natura consistant: patet, quod quaecumque divinae voluntati, seu canonicae scripturae contrariae probantur, eadem et naturali iuri inveniuntur adversa. Unde quaecumque divinae voluntati, seu canonicæ scripture, seu divinis legibus postponenda censentur, eisdem naturale ius preferri oportet. Constitutiones ergo vel ecclesiasticae vel seculares, si naturali iuri contrariae probantur, penitus sunt excludendae».

²⁷ Cfr. CH. MUNIER, *Droit canonique et Droit romain...*, cit., pp. 954.

²⁸ Jurista italiano del siglo XII. Fue de los primeros glosadores del Decreto de Graciano y, por el título de *magister* que se le atribuye, uno de los primeros que lo utilizó en la docencia. Con su *Summa decretorum*, de gran influencia en los juristas posteriores, contribuyó de forma muy especial a la fundación de la *scientia decretorum*. Compuso la *Summa* mencionada entre 1157 y 1159. Consta que en 1192 había muerto (Cfr. F. VON SCHULTE, *Summa magistri Rufini*, Giesen, 1892; A. Singer (ed.), *Die Summa decretorum des magister Rufinus*, Paderborn, 1902).

sobre los derechos de la Iglesia. Distingue, por primera vez, en el ámbito de las relaciones jurídicas, así como en el de las políticas entre la Iglesia y los poderes seculares y sus ordenamientos, entre un *ius ecclesiasticum merum*, así llamado por tener su fundamento en la ley divina o haber sido promulgado por el legislador eclesiástico, y el *ius ecclesiasticum mixtum vel adiunctum*, que depende totalmente de las disposiciones del legislador secular.

El derecho secular que fuese contra el contenido del primero sería nulo, puesto que al tratarse de cuestiones *puramente* eclesiásticas la Iglesia estaría actuando dentro de la esfera de su competencia propia y exclusiva; mientras que las leyes seculares podrían abolir en todo o en parte el derecho eclesiástico *mixto* o *añadido*. En efecto, ciertos derechos, inherentes a la naturaleza de la Iglesia, necesitan para su ejercicio insertarse en las estructuras de la sociedad civil, definidas y delimitadas por el legislador secular. Si bien es claro que los derechos, en sí mismos considerados, son intangibles, las condiciones y requisitos para ejercerlos son susceptibles de ser cambiados por quien los ha establecido: en este caso, la autoridad o príncipe secular²⁹. Posteriormente, el Maestro de la *Summa Coloniensis* (h. 1170) afirmaba que «*quicquid in lege dicitur, si a canone non contradicitur, pro canone habeatur*», recordando que tanto Justiniano como algunos Papas consideraban las normas de derecho romano como leyes sagradas y venerables³⁰.

Desde una perspectiva distinta, Huguccio³¹, al resumir el contenido doctrinal de la *Distinción 10* del *Decreto*, manifiesta cuál va

²⁹ Entre los seguidores de Rufino, cabe enumerar en esta sede a Juan de Faenza (h. 1171), Simón de Bisiniano (h. 1177-1179) y Sicard de Cremona (h. 1179), «ils se contentent de rappeler qu'il existe un domaine réservé à l' Eglise: *quae sacerdotibus Domini solum convenient, scilicet in his quorum cognitio et dampnatio ad solos clericos pertinet*. Ils admettent avec Rufin que l'empereur peut édicter des lois *circa mixta iura*. Ils répètent ses doléances: *propter regum vel patronorum discordiam ecclesiam dampnificari non debere...* le même Simon conclut à l' égard du droit romain: *Jus quiritum etc. usque quae iura... hinc collige in causis ecclesiasticis vel aliorum hominum romanae leges locum non habere, ut Infra D. 19 In memoriam (c. 3), D. 17 Huic sedi (c. 3), D. 96 Cum ad verum (c. 6), C. 33, q. 2 Inter haec (c. 6), C. 11, q. 1 Continua (c. 5)*» (CH. MUNIER, *Droit canonique et droit romaine...*, cit., pp. 948).

³⁰ «*Leges canonibus cedere. Hic animadvertendum est quod leges et canones mutuas sibi vices reponunt, quia et leges canonibus assurgunt et invicem canones in sui defectum leges assumunt, ut quicquid in lege dicitur, si a canone non contradicitur, pro canone habeatur...* Unde et Romanus Pontifex leges principum nunc sacras, nunc venerandas appellat, et invicem Imperator: Non dedignantur, inquit, nostrae leges sacros canones imitari. Et Nicholaus papa: Legibus imperatorum non in omnibus ecclesiasticis controversiis utimur, praesertim cum evangelicae et apostolicae sanctioni aliquotiens inveniuntur obviare. Lex humana non est supra legem Dei sed subta» (Bibliothèque Nationale de Paris, Lat. 14997, fol. 4v., citado en CH. MUNIER, *Droit canonique et droit romaine...*, cit., p. 950, véanse también las páginas 945-949; H. SINGER, *Die Summa Decretorum...*, cit., pp. 26-30 y 358 y 359).

³¹ Canonista y lexicógrafo, nació en Pisa hacia la mitad del siglo XII y murió el año 1210. Estudió en Bolonia y enseñó en aquella Universidad como decretalista (1178-1190),

a ser la orientación general, tanto metodológica como materialmente, de su comentario: proclamar la total independencia de la Iglesia frente al poder secular, la absoluta autonomía de su legislación y la superioridad de su jurisdicción³². Comentario que modifica abiertamente la intencionalidad del *dictum* de Graciano al exigir al derecho romano para ser aplicado que «*vero enim consonat omnino*» con el derecho canónico.

Huguccio se manifiesta contrario a Rufino al negar al derecho romano toda fuerza vinculante en el ámbito eclesiástico y privar al legislador secular de la capacidad para dictar leyes que obliguen, desde la perspectiva o dimensión que corresponda, a la Iglesia: «*imperator de rebus vel de iure ecclesiae nil potest statuere vel inmutare... In nullo saecularis constitutio praeiudicat vel potest praeiudicare, nisi ab ecclesia hoc statuatur*»³³.

Las soluciones propuestas por Huguccio oscurecieron totalmente la postura de Rufino y de sus seguidores. La distinción propuesta por Rufino entre el derecho eclesiástico propiamente dicho y el derecho eclesiástico mixto ni tuvo éxito, ni gozó de patente jurídico-social en su tiempo. Fue el axioma de la incompetencia absoluta de toda autoridad temporal en asuntos eclesiásticos el que

siendo profesor de Lotario de' Conti, futuro Inocencio III (cfr. M. MACCARRONE, *Chiesa e Stato nella dottrina politica di papa Innocenzo III*, Roma, 1940, 68-78, páginas que comprenden el capítulo titulado *La dottrina politica di Ugucione*; A. MARIGO, *I Codici manoscritti delle «Derivationes» de Ugucione. Saggio d' inventario bibliografico*, Roma, 1936).

³² «Gratianus ostendit quod constitutio secularis cedit constitutioni ecclesiasticae... Si ergo secularis constitutio invenitur contraria constitutioni ecclesiasticae, OMNINO ei postponitur (non enim lex secularis dedignatur imitari canones); si vero ei consonat OMNINO, reverentia digna habetur et in adiutorium ecclesie assumitur» (Bibliothèque Nationale de Paris, Lat. 3892, fol. 9v, col. b., según referencia de CH. MUNIER, *Droit canonique et droit romaine...*, cit., pp. 950).

³³ Por su posición contraria a influyentes decretistas anteriores, así como por su misma importancia y las consecuencias que tuvo en la teoría canónica y jurídica posterior, merece la pena transcribir el pasaje entero: «Hic inutiliter distinguunt quidam dicentes ius ecclesiasticum aliud merum sc. quod totum ex constitutione ecclesie descendit ut decimarum, oblationum, diocesum, in constituendas ecclesias et huiusmodi, aliud mixtum sc. quod ex constitutione seculari habuit initium, ut ius personarum, ius prescriptionis et huiusmodi. Dicunt ipsi quod merum ius ecclesiasticum non potest dissolvere constitutio imperialis sed mixtum potest (*) Alii aliter distinguunt ius ecclesiasticum aliud esse scriptum, aliud non scriptum; scriptum non potest imperator immutare, non scriptum potest (**)... Sed neutra distinctio est de auctoritate, nec hec verba videntur esse; et ideo utramque distinctionem reprobó, quia imperator de rebus vel iure ecclesie nil potest statuere vel inmutare...» (Bibliothèque Nationale de Paris, Lat. 3892, fol. 10 r, col. a, citado por CH. MUNIER, *ibid.*, pp. 951).

(*) Se reconoce perfectamente la opinión de Rufino.

(**) Se refiere a la opinión de la *Summa Lipsiensis* (h. 1186), para la que «si vero solo usu ecclesiae fuerint probata (iura mixta), non in scriptis redacta, in totum poterit imperator mutare» (Bibliothèque Municipale de Rouen, ms. 743, fol. 4r, col. b).

acabó imponiéndose entre los canonistas y algunos civilistas de la época. Hubo que esperar al siglo xx para que canonistas y, sobre todo, eclesiasticistas retomaran el camino iniciado por Rufino, aun ignorando, en la mayoría de los casos, el origen y autoría medieval de esta idea.

Ha de tenerse en cuenta, sobre todo desde la sistemática de la ciencia jurídica, que la reflexión canónica del momento, sin olvidar lo difícil que resultaba todavía separar civilística de canonística³⁴, sobre todo a partir de la metodología inaugurada con el *Decreto de Graciano* (c. 1140), contribuyó en gran medida al éxito de jurisprudencia y juristas al someter la interpretación-aplicación de toda norma a las cuatro razones dialécticas fundamentales que

³⁴ Cada vez aparece con mayor claridad la imposibilidad metodológica de separar, a lo largo de la Edad Media, Teología, derecho y derecho canónico. La propia obra jurídica de Justiniano está repleta de referencias y de rasgos metodológicos impregnados de teología, de tal modo que no faltan autores que hablan del Justiniano teólogo, aun cuando se reconozca que no siempre, en sus escritos y decisiones, razona con profundidad teológica ni siempre presenta un desarrollo coherente de sus ideas. Justiniano se inspiró frecuentemente en obras teológicas y, además, se benefició de la ayuda tanto de teólogos como de escritos teológicos. Incluso inició sus obras legislativas con las palabras «In nomine Domini (Dei) nostri Ihesu Christi» (*Constitutio Maiestatem* y *Constitutio Tanta*). Aunque en su labor compilatoria no se encuentren invocaciones explícitas ni a Dios ni a los Santos, no cabe duda de que en la obra de Justiniano teología y política se dieron la mano a través de lo jurídico, hasta el extremo de que, en muchos momentos, las leyes sancionaban e imponían también principios de doctrina, llegando, en alguna ocasión, a intervenir el emperador, a través de determinadas leyes o decisiones, en asuntos estrictamente teológicos o dogmáticos. Para Justiniano, la Teología acaba haciéndose derecho y ambos están al servicio del poder imperial (cfr. M. AMELOTTI, *Giustiniano tra teologia e diritto*, Studia et Documenta Historiae et Iuris 67, 2001, 469-491; M. JUGIE, Justinien Ier., en *Dictionnaire de Theologie Catholique*, t. 8/1, París, 1924, col. 2277-2290; A. WACKE, l. c., pp. 279). Esta relación entre Teología y derecho se extiende, en el tiempo y en el espacio, mucho más allá del ámbito del derecho justiniano, bien a través de la influencia e incidencia que la Biblia tuvo en el mundo jurídico ya desde la Alta Edad Media (cfr. C. G. MOR, La Bibbia e il diritto canonico, en *La Bibbia nell' Alto Medioevo* [10 Settimana di studio (26 aprile-2 maggio 1962) del Centro Italiano di Studi sull' Alto Medioevo], Spoleto, 1963, 163-179; P. E. SCHRAMM, *Das Alte und das Neue Testament in der Staatslehre und Staatssymbolik des Mittelalters*, *ibid.*, pp. 229-255; W. ULLMANN, *The Bible and Principles of Government in the Middle Ages*, *Ibid.*, pp. 181-227); o por el influjo de la propia ideología cristiana (cfr. J. IMBERT, «L' influence du christianisme sur la législation des peuples francs et germanes», en *La conversione al cristianesimo nell' Europa dell' Alto Medioevo* [14 Settimana di studio (14-19 aprile 1966) del Centro Italiano di Studi sull' Alto Medioevo], Spoleto, 1967, 365-396; y discrepando del anterior, G. VISMARA, *Cristianesimo e legislazioni germaniche. Leggi longobarde, alamanne e bavare*, *ibid.*, pp. 397-467). Otro tanto se detecta en ámbitos y ambientes jurídicos medievales distintos e incluso lejanos al derecho romano y al derecho canónico, como ocurre, por ejemplo, en el derecho visigodo (cfr., para una visión de conjunto, P. D. KING, *Law and Society in the Visigothic Kingdom*, Cambridge, 1972; y más en concreto, C. GODOY y J. VILELLA, «De la Fides gothica a la Ortodoxia nicena: inicio de la Teología política visigótica», en A. BLANCO GONZÁLEZ (dir.), *Los visigodos. Historia y civilización* (Antigüedad y Cristianismo, núm. 3), Murcia, 1986, pp. 117-144; R. SANZ SERRANO, *La excomunión como sanción política en el Reino visigodo de Toledo*, *ibid.*, pp. 275-288; C. PETIT, *Iglesia y justicia en el Reino de Toledo*, *Ibid.*, pp. 261-274; Idem, «"Iustitia y Iudicium" en el Reino de Toledo. Un estudio de teología jurídica visigoda», en *La Giustizia nell' Alto Medioevo (Secoli V-VIII)* (42 Settimana di studio del Centro Italiano di Studi sull' Alto Medioevo. Spoleto, 7-13 abril 1994), Spoleto 1995, 843-932].

ya eran moneda de cambio habitual en otros ámbitos del pensamiento y de la reflexión medievales. Nos referimos a los criterios hermenéuticos de *tiempo*, *lugar*, *atribución* (*dispensatio*) y *significación*, desde los que, según la teoría de Graciano, ha de interpretarse cualquier norma.

También, a partir de este momento, aunque no siempre de forma explícita, empieza a cuajar lo que, posteriormente, se constituirá en líneas directrices de la elaboración y estudio del derecho canónico, a saber: el reconocimiento de la relación necesaria que existe entre estructura jurídica y realidad social, la aceptación de la necesaria historicidad del derecho respecto al concreto y particular actuar de las personas y, por último, la búsqueda del sentido de la norma refiriéndolo a la finalidad específica de la misma ³⁵.

Sin embargo, como ya ha quedado señalado, si por una parte el derecho canónico se invocaba y utilizaba como derecho común, de

³⁵ Al tiempo que se inicia el proceso de separación y diferenciación del método de estudio de la Teología y del derecho canónico que culminará en el siglo XIII: «Mentre la teologia diventa sempre più speculativa, e si lega intimamente alla filosofia, il diritto canonico sull'esempio del diritto civile si volge piuttosto alla esposizione sistematica del voluminoso *corpus* e alla pura glossa. Si poteva ripetere ai decretalisti l'accusa che si faceva ai civilisti: "Glossant glossarum glosas"».

«Ciò portava un allontanamento dalla teologia, di cui i teologi avvertivano la gravità: "Mirum est -dice Ruggero Bacone- quod, cum ius canonicum eruatur de fontibus sacrae scripturae et expositionibus sanctorum, ad illas non convertitur principaliter, tam in lectione quam in usu ecclesiae: nam per illas debet exponi et concordari et roborari et confirmari, sicut per eas factum est hoc ius sacrum"».

«Ruggero Bacone chiedeva che il diritto canonico ritornasse al metodo della teologia, e lamentava come una novità del suo tempo le "cavillationes et fraudes iuristarum", introdotte sotto l'influenza del diritto civile. Soprattutto i teologi lamentavano la carenza di dialettica presso i canonisti: "Multa narrant magnis ambagibus, sed nihil probant *nec rationari noverunt*" dice con sarcasmo Giovanni Peckham in una questione in cui dimostra la superiorità dei teologi sui canonisti. Apertamente è asserita tale superiorità dal card. Nicola di Nonancour, in un interessante sermone tenuto nella Curia circa l'anno 1290: come l'angelo, nel racconto biblico (*Gen. XVI, 7-1*), comandò ad Agar di sottomettersi a Sara, "sic faciendum esset legistis, qui abiciendi essent nisi theologos et sacram paginam recognoscerent principari"» (M. MACCARRONE, «Teologia e diritto canonico nella Monarchia, III, 3», *Rivista di Storia della Chiesa in Italia* 5, 1951, 20-21). Véase, también, J. GAUDEMONT, «La doctrine des sources du droit dans le Décret de Gratien», *Revue de Droit Canonique* 1, 1951, 1-31; ST. KUTTNER, *New studies on the roman law in Gratian's Decretum*, *The Jurist* 11, 1953, 12-50; *Idem*, *Research on Gratian: Acta and agenda*, Varios, *Proceedings of the Seventh International Congress of Medieval Canon Law* [Monumenta Iuris Canonici. Subsidia 8] (Città del Vaticano 1988) 3-26; CH. MUNIER, *Droit canonique et droit romain...*, cit., pp. 943-954; *Idem*, «L'autorité de l'Église dans le système des sources du Droit médiéval», en *Actas del III Congreso internacional de derecho Canónico, Pamplona, 10-15 octubre 1976* (Pamplona, 1977) 113-134; A. VETULANI, «Gratien et le droit romain», *Revue historique de droit français et étranger*, 4e série, 24-25, 1946-1947, 11-48; *Idem*, *Encore un mot sur le droit romain dans le Décret de Gratien*, *Apollinaris* 21, 1948, 129-134; *Idem*, «L'origine des collections primitives de décrétales à la fin du XIIe siècle», en *Actes du Congrès de droit canonique médiéval, Louvain et Bruxelles, 22-26 juillet 1958* [Bibliothèque de la Revue d'histoire ecclésiastique, 33] (Louvain 1959) 64-72; *Idem*, *Le Décret de Gratien et les premiers décretistes à la lumière d'une source nouvelle*, *Studia Gratiana* 7, 1959, 275-353; *Idem*, *Autour du Décret de Gratien*, *Apollinaris* 41, 1968, 43-58.

otra, la propia ciencia canónica aportaba elementos y medios básicos para romper la fuerza de la tradición en favor de los nuevos legisladores³⁶ al atribuir, sin que ello implicara de hecho en aquella situación el no reconocimiento de autoridad a otras instancias jurídicas, al propio legislador la competencia exclusiva para interpretar el derecho:

«Del mismo modo que sólo tiene derecho a interpretar los cánones quien puede crearlos, sólo puede ser intérprete de las leyes civiles quien tiene sobre ellas derecho y autoridad»³⁷.

«Solamente puede interpretar los cánones quien tiene derecho a crearlos»³⁸.

Lo mismo defiende Inocencio III (1198-1216) en la Decretal *Inter Alia*³⁹. El Pontífice resuelve la disputa mantenida entre los

³⁶ Ya el Papa Gregorio VII (1073-1085) había defendido, en el séptimo de sus *Dictatus Papae*, que era derecho exclusivo del Papa promulgar nuevas leyes en caso de necesidad: «*Quod illi soli licet pro temporis necessitate novas leges condere...*»; así como que «*nullum capitulum nullusque liber canonicus habeatur absque illius (sc. Romani Pontificis) auctoritate*» (c. 17). A partir de este momento fue tomando cuerpo la idea de que el Papa no sólo tenía poder para interpretar y explicar las leyes, sino también para promulgarlas bien verbalmente en los concilios o directamente, por escrito. Poco tiempo después, Graciano confirma y completa esta tendencia, mediante la afirmación de que sólo interpreta auténticamente la ley quien tiene poder para promulgarla.

³⁷ La cuestión que se plantea Graciano en este pasaje del *Decreto* versa sobre la jurisdicción a que han de dirigirse los clérigos en razón de la materia objeto del pleito; o, dicho de otro modo, quién ha de ser considerado juez competente de los asuntos en que esté implicado un clérigo: «*Ex his omnibus datur intelligi, quod in civili causa clericus ante civilem iudicem est conveniendus. Sicut enim ecclesiasticarum legum ecclesiasticus iudex est administrator, ita et civilium non nisi civilis debet esse executor. Sicut enim ille solus habet ius interpretandi canones, qui habet potestatem condendi eos, ita ille solus legum civilium debet esse interpretes, qui eis ius et auctoritatem impertit. In criminali vero causa non nisi ante episcopum clericus examinandus est. Et hoc est illud, quod legibus et canonibus supra definitum est, ut in criminali videlicet causa ante civilem iudicem nullus clericus producatur, nisi forte cum consensu episcopi sui; veluti, quando incorregibiles inveniuntur, tunc detracto eis officio curiae tradendi sunt*» (C 11.1.30).

³⁸ Se trata en este caso de un amplio y extenso *dictum* de Graciano en torno a una especie de jerarquización de fuentes que intenta la armonización entre las distintas instancias legislativas en la Iglesia: Papa, concilios particulares, obispos: «*2. Quamquam si decretorum intentionem diligenter advertamus, nequaquam contra sanctorum canonum auctoritatem aliquid concedere inveniuntur. Sacri siquidem canones ita aliquid constituunt, ut suae interpretationis auctoritatem sanctae Romanae ecclesiae reservent. Ipsi namque soli canones valent interpretari, qui ius condendi eos habent. Unde in nonnullis capitulis conciliorum, cum aliquid observandum decernitur, statim subinfertur: "Nisi auctoritas Romanae ecclesiae inperavit aliter", vel: "salva tamen in omnibus apostolica auctoritate..."*» (C 25.1.16).

³⁹ Se conocen con el nombre de *Decretales* las resoluciones de los Romanos Pontífices dirigidas a solucionar un caso concreto y particular. Junto con los cánones de origen conciliar forman el llamado *ius humanae constitutionis*. A medida que los papas aumentaron su actividad legislativa, tanto los profesionales del foro y de las cancellerías como los estudiosos sintieron la necesidad de disponer de antologías de estas decisiones. Necesidad urgida por la propia estructura del derecho canónico que, a semejanza del derecho consuetudinario inglés, se basaba en el precedente: lo decidido por el Papa en un caso particular

maestros de Bolonia acerca del problema suscitado por la réplica-aplicación que el Arzobispo de Gran o Esztergom (Hungría) hizo de la constitución *Quoniam multos* de Gregorio VII (1073-1085), sobre ciertas excepciones de trato a determinados excomulgados⁴⁰. Recuerda el papa Inocencio III, en el razonamiento-justificación que realiza del contenido de la Decretal, que interpretación y producción de la norma son tareas concurrentes⁴¹.

Finalmente, también hemos de notar que tanto en los *dicta* de Graciano como en las ocasiones sucesivas en que se recurre a él late, unas veces de forma explícita y otras como marco o telón de fondo, la búsqueda, ya sentida en el propio derecho justiniano, de la armonización entre *auctoritas* y *ratio* que, en realidad, era más *rationabilitas* que *ratio*, sobre todo, por el intento de la consecución o realización de la *aequitas* a través del derecho⁴².

En última instancia, *rationabilitas*, en cuanto característica más relevante del derecho secular, y *aequitas*, en cuanto propiedad más exclusiva del derecho canónico, son, cada una a su manera, en el mundo medieval fuente de inspiración de dos órdenes jurídicos

sería de aplicación posterior en casos semejantes. De este modo, las *Decretales*, que eran, como se ha señalado, cartas escritas en respuesta a preguntas referidas a problemas particulares, acabaron por convertirse en la principal fuente de derecho canónico en el siglo XII, al coincidir el señalado aumento de la actividad legislativa de los papas con la decadencia de la actividad conciliar.

⁴⁰ Se plantea en esta decretal la situación jurídica y eclesial de quienes sin culpa o por necesidad se relacionan con excomulgados, estableciendo una serie de excepciones según las cuales, en determinadas circunstancias, no incurrían en pena quienes «*ignoranter excommunicatis communicant*» (C. 11, q. 3, c. 103).

⁴¹ «*Ut igitur, unde ius prodit, interpretatio quoque procedat, ambiguitatem huiusmodi taliter duximus absolvendam...*» (X 5.39.31). Para obtener una visión más completa del problema que se plantea a Inocencio III, han de verse también los capítulos 30 y 32 de los citados título y libro.

⁴² Para una idea general y básica de este concepto, puede verse CH. LEFEBVRE, «Equité», en R. NAZ (ed.), *Dictionnaire de Droit canonique*, t. 5 (París, 1953), col. 396-400. Una interesante recuperación, hecha desde la renovación de la doctrina del derecho natural y desde el intento de describir en plenitud el concepto y la realidad de la justicia, del concepto medieval de equidad, identificándola con el propio concepto de derecho, puede verse en LEIBNIZ, *De iustitia et novo codice*, en *Textes inédits*, vol. 2, edit. por G. GRUA (París, 1948) 621 y 622. Por otra parte, desde la recuperación de la categoría jurídica «derecho subjetivo» como fundamento legitimador y sustentador de los derechos humanos, comenta un autor contemporáneo: «La dottrina leibniziana del diritto naturale è, forse più di qualsiasi altra, il luogo di incontro di tradizioni non solo distinte ma addirittura opposte, poiché vi si ritrovano definizioni appartenenti alla tradizione antica, medievale e moderna...».

«Dunque la costruzione a strati del concetto leibniziano del diritto naturale permette di situare precisamente il posto che vi occupa il diritto soggettivo. Se Leibniz riprende il concetto di diritto naturale moderno, se ne rinforza anche l'aspetto di attributo del soggetto, non è nella prospettiva d'una affermazione unilaterale dei diritti dell'individuo. Il diritto soggettivo è risuonato nel quadro di una dottrina del diritto naturale che riordina i concetti di moderno, antico e medievale. Se c'è convergenza di svariate tradizioni europee, questa convergenza si opera, più che in funzione dell'elaborazione di una teoria dei diritti individuali, attraverso la correlazione di due concetti maggiori del pensiero europeo: la carità e la ragione» (I. CH. ZARCHA, *L'altra via della soggettività. La questione del soggetto e il diritto naturale nel XVII secolo*, Nápoles 2002, 67 y 81 y 82).

destinados a complementarse mutuamente y no a destruirse. Si, desde la perspectiva de su universalidad, puede decirse que el derecho canónico es la primera experiencia de no reconocimiento de la efectividad universal del derecho romano; desde la asunción de su racionalidad, como constitutivo integrante de la misma canonicidad, el ordenamiento eclesiástico contribuyó de forma privilegiada no sólo a la permanencia, encubierta en algunos momentos de la historia, del derecho romano, sino al reconocimiento de su necesidad como medio *racionalizador* de cualquier experiencia normativa particular.

4. EL DERECHO COMÚN COMO DERECHO DE JURISTAS

Debido precisamente al papel fundamental que la jurisprudencia desempeñó en la evolución e implantación del derecho romano común, el derecho común ni se agotó, ni quedó reducido a la normativa justiniana ni, dentro de los límites que acabamos de señalar, pudo ser reducido a los cánones eclesiales. Ambos sistemas normativos, el romano-justiniano y el canónico, muy relacionado con aquél, pero cada vez más independiente de la romanidad, constituyen lo que se considera como el fundamento *legal* sobre el que la jurisprudencia levantó el edificio jurídico del derecho común a través de una doble actividad: la científico-especulativa (*jurisprudencia dogmática o doctrinal*) y la estricta y específicamente jurisprudencial o forense (*jurisprudencia judicial*).

Ahora bien, aun reconociendo el gran protagonismo que en la consolidación del sistema civilista medieval tuvo la actividad jurisprudencial en la doble vertiente señalada, esto no significa, a diferencia de lo que ocurriera en Roma, que los jurisconsultos se erigieran en fuente de producción normativa. En efecto, los juristas romanos, también conocidos como *iurisperiti* o *iurisconsulti* en consonancia con la ciencia (*iurisprudentia*) que practicaban, no se limitaron en su quehacer jurídico a ser meros intérpretes de las normas, sino que desde el origen hasta el Bajo Imperio (s. III) fueron la fuente más importante de normas jurídicas. De hecho, el viejo sistema del *ius civile* fue creación integral de los juristas. Tanto el *ius honorarium* como el *ius gentium*, en cuanto formalmente creados por la actividad de los magistrados iurisdicentes, tienen su verdadero origen en los consejos (*consilia*) que juristas privados, en su función de *adseorsores*, daban a los magistrados electos. Incluso las fuentes de producción normativa (*leges*, *senatus consulta* normativos y *constituciones imperiales autoritarias*) estuvieron, en su mayor parte, inspiradas y redactadas por los juristas, reclamados o

llamados por las autoridades políticas. Sus elaboraciones doctrinales permanecieron siempre dentro de los límites de la interpretación dogmática o académica de la norma, desarrollando el *ius* y reservando la *lex* en los límites de quien tiene poder y capacidad de legislar⁴³.

Sin embargo, no debe perderse de vista que precisamente la relación ley-interpretación es lo que realmente varía en la Edad media y moderna con relación a la contemporánea, pues, sobre todo a partir del siglo XVIII, la interpretación dogmático-doctrinal se considera como algo meramente instrumental respecto al contenido jurídico e incidencia social de la ley.

Es claro que, desde un punto de vista estrictamente técnico, tanto las decisiones judiciales como la doctrina o teorías elaboradas por los jurisconsultos, en cuanto elementos constitutivos de la *interpretatio*, son fuentes de conocimiento, *fontes cognoscendi* y no *fontes essendi*, del derecho. Pero, a pesar de ello, toda la cultura jurídica medieval dirigió su esfuerzo a extender al máximo la influencia de la *interpretatio* y a restringir proporcionalmente el influjo de la *lex*; o, dicho de otro modo, a minimizar el protagonismo de la nueva legislación de origen regio o principesco, sirviéndose para ello de los *textos justinianeos*, a los que se reconocía más perfección y calidad jurídicas, de las *costumbres* ya consolidadas, a las que se atribuía mayor incidencia social, y de la *normativa esta-*

⁴³ Los más antiguos maestros, intérpretes y concedores del derecho eran los sacerdotes reunidos en colegio: pontífices, augures y feciales. Desde la edad antigua, el *ius* en sentido objetivo, entendido como conjunto de normas tradicionales de comportamiento, fue considerado distinto de la *lex*, concebida como fuente de derecho en situaciones excepcionales; y contrapuesto al *fas*, entendido como lo conforme con la voluntad de la divinidad. Más allá de su significación de norma o conjunto de normas, *ius* también designó, ya desde antiguo, tanto la facultad como el interés protegido por la norma en sentido subjetivo: es el caso, por ejemplo, del *ius agendi*, en cuya estructura jurídica se entrecruzan dos dimensiones, *ius* y *actio*, tan distintas e interdependientes en la praxis y pensamiento jurídicos clásicos y contemporáneos. O bien, el modo o mecanismo por el que, a través de la *actio*, el magistrado y las partes individualizan la norma que ha de ser aplicada al caso en discusión. En derecho romano se denominaba *lex* a la aprobada por el pueblo en los comicios (*lex publica*). Con el paso del tiempo, el *plebiscito* se equipara a los comicios, dando origen a las leyes aprobadas en las asambleas de la plebe o *concilia plebis tributa*. De la *rogatio*, o consulta dirigida por el magistrado a la asamblea popular a fin de obtener su aprobación, la ley se adjetiva como *rogata* o *lata*. Normalmente, la *rogatio*, antes de ser propuesta al pueblo, se discutía en el Senado que la aprobaba mediante *senatus consultum*. El pueblo era informado mediante la *promulgatio*, que consistía en la exposición pública del texto legal durante tres mercados. Se denominaba *imperfecta* la ley que prohibía un determinado comportamiento, pero sin sancionarlo penalmente y sin conminar la nulidad del acto que violaba la norma, pero irrogaba penas al transgresor. *Perfecta* era la que establecía la nulidad del acto realizado contra la prohibición establecida en la norma. En la época posclásica, se abrió una fuerte discusión sobre el sistema de fuentes normativas, en torno a la contraposición entre *leges* y *iura*, entendiéndose por *leges* las constituciones imperiales y por *iura*, las obras jurisprudenciales.

tutaria, considerada más efectiva en la aplicación práctica del derecho⁴⁴.

En esta situación, la jurisprudencia, desde la doble proyección apuntada anteriormente, adquirió tal autoridad y manifestó tales posibilidades de inventiva y reversibilidad que muy pronto igualó y superó en el uso corriente a los mismos textos legislativos que acabaron retirados en ignotos recovecos del planeta jurídico.

De este modo, la vida jurídica en el ámbito europeo acabó orientada y dirigida, cuando no claramente determinada, no por un cuerpo o conjunto de leyes, sino por la Glosa Acursiana, así como por los Tratados⁴⁵ y Consilia⁴⁶ en que fijaron su pensamiento los maestros de la Escuela de los Comentadores⁴⁷.

En la historia del derecho, mediante el término *consilium* o *consilia*, se han designado dos realidades jurídicas distintas. El término o términos señalados se refieren tanto al *consilium* que el juez pedía al perito conocedor del derecho sobre el modo de decidir una determinada causa como al que las partes requerían del jurisconsulto.

Al menos desde el siglo XI, en muchos lugares, el juez tenía obligación de recabar consejo de uno o más expertos en derecho, antes de pronunciar sentencia. Quienes daban estos consejos reci-

⁴⁴ Cfr. A. GOURON, «Non dixit: Ego sum consuetudo», Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte 105, 1988, 133-140; Idem, «Coutume contre loi chez les premiers glossateurs», en A. GOURON y A. RIGAUDIÈRE (ed.), *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'Etat* [Publications de la Société d'Histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit III] (Montpellier, 1988) 117-130; Idem, «Sur les origines de l'expression «droit coutumier», Glossae 1, 1988, 179-188; Idem, «Aurore de la coutume», en Varios, *Coutumes et libertés. Actes des Journées internationales de Toulouse, 4-7 juin 1987* [Recueil de mémoires et travaux publié par la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit XIV] (Montpellier, 1988) 181-187; Idem, «La coutume en France au Moyen Age», en *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions LII: la coutume*, pars 2 (Bruselas, 1990) 193-217.

⁴⁵ Constituyen los tratados una de las formas de literatura científica a través de las que se expresa la actividad científica de los juristas medievales, consistente en el estudio de un tema o argumento con carácter monográfico.

⁴⁶ Cfr. B. BRUGI, *Per la storia della giurisprudenza. Nuovi saggi*, Turín, 1921, 78; P. PERTILE, *Storia del diritto italiano* (Turín, 1896-1903), vol. 2/1, pp. 139 y 247; vol. 6/2, pp. 210-225.

⁴⁷ No es posible una comprensión auténtica del método jurídico si se desconoce la estructura interna de la Glosa, así como la función que ha desempeñado en la formalización de las fuentes del derecho: «Tous les genres ont eu leur origine dans la glose. C'est au développement des gloses anciennes qu'il faut revenir pour découvrir la genèse des commentaires du XIIe et du début du XIIIe s. Avant de vivre, pour ainsi dire, à l'état libre, les *dissensiones*, les *summae*, les *questiones*, etc. ... ont trouvé leur première forme d'expression dans les gloses. On trouve dans les gloses la source de toutes les formes de commentaire» (P. LEGENDRE, *E. M. Meijers et la Romanistique médiévale*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 29, 1961, 334). Cfr. también, ST. KUTTNER, *Zur neuesten Glossatorenforschung*, *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 6, 1940, 275-319; ST. KUTTNER y B. SMALLEY, *The Glossa Ordinaria to the Gregorian Decretals*, English historical review 60, 1945, 97-105.

bían el nombre de *consiliarii* o *asesores*. Todavía se discute si su origen es romano o, más bien, ha de ser considerado como resto de ciertas instituciones germánicas (cfr., al respecto, *supra*, nota 34 y 35). En todo caso, es claro que la institución de los *consiliarii*, convocada, en un primer momento, caso por caso, acaba convirtiéndose en parte integrante del organigrama y composición estable de los tribunales. Estos consejeros o asesores debían tener formación jurídica y, con frecuencia, se encuentran entre ellos nombres famosos en la historia del derecho, cual es el caso de Cino de Pistoia o Alberto da Gandino, entre otros.

A partir de la segunda mitad del siglo XII, los *consiliarii* van sustituyendo, según documentación de tribunales y cancellerías, a oficios más antiguos, como, por ejemplo, el de los *legum docti*, los *iurisperiti* o *causidici*, etc. La actividad de estos *consiliarii*, que mediante sus *consilia* vinculantes para los jueces, legos la mayoría de las veces, llevaban a la práctica lo aprendido en la Universidad, fue fundamental en el proceso que llevó al derecho romano a imponerse sobre derechos locales y particulares.

La glosa de Acursio es considerada como la consolidación *sistemática* de la actividad científica desarrollada por la Escuela de los Glosadores hasta el punto que es conocida, en el ámbito del derecho civil, como *glosa ordinaria* y supuso el reconocimiento general de la actividad interpretativa desarrollada por la escuela de los glosadores. Dentro del sistema de derecho común, la compilación de Justiniano encontraba su efectividad práctica sólo a través del aparato interpretativo formado por la *glosa ordinaria* de Acursio.

De modo semejante, en las fronteras del derecho canónico, se asumieron determinados comentarios como glosa ordinaria: el de Juan Teutónico, revisado y aumentado por Bartolomé de Brescia (c. a. 1245), al *Decreto de Graciano*; el de Bernardo Bottoni de Parma, al *Liber Extra (Decreto de Gregorio IX)*; el de Juan de Andrea, al *Liber Sextus*, que también elaboró el considerado como glosa ordinaria a las *Clementinas*.

Como se ha señalado, la obra de Francesco Accursio fue decisiva y pionera a la hora de dotar de una sistemática contrastada y fiable a la reflexión y producción jurídicas. Accursio nació, de humilde origen, en Bagnolo (Toscana) el año 1182 y murió en torno a los años 1258-1260. Fue asesor del *Podestá* de Bolonia y maestro de derecho en su Universidad, en la que se había doctorado en torno a 1213. Entre sus obras, destaca sobremanera la comúnmente conocida como *Glossa ordinaria* o *Glossa magna* al *Corpus Iuris*, en la que ofrece una síntesis prácticamente completa

de los comentarios que distintos maestros habían realizado a la compilación justiniana. Accursio con su obra, en la que se registran unas 96.000 anotaciones a todo el *Corpus Iuris*, puso fin al desorden generado por la abundancia y magnitud de glosas y comentarios sobre la obra de Justiniano, realizados con anterioridad.

Metodológicamente se inclinó por dar preferencia a los autores más antiguos, acudiendo también, en ocasiones, a la autoridad de los más recientes y contemporáneos. A pesar de ciertas críticas a su método por la inclinación mostrada y por la prevalencia en su comentario de la autoridad de los autores antiguos, ya en el siglo XIII la Glosa de Accursio se había convertido en texto común entre los juristas, conocida por ello como *Glossa ordinaria*. El autor recogió y sistematizó, realizando una cuidada crítica de fuentes, el conjunto de las costumbres feudales. Posteriormente, a la *Glossa Accursiana* se añadieron las *Glossae Cervottinae*, obra de sus hijos Francesco y Cervotto. La obra de Accursio, que llega hasta Bartolo, fue continuada por los denominados *Acursianos*⁴⁸.

Siguiendo la doctrina y prácticas docentes del maestro, estos juristas optan en la enseñanza y estudio del derecho por un método eminentemente práctico que, por otra parte, había sido discretamente iniciado en el *Studium* boloñés con anterioridad al propio Accursio: en el examen de cualquier problema se partía siempre de la doctrina que las Escuelas habían elaborado y de la Glosa realizada por Accursio sobre las distintas opiniones, así como sobre el propio texto del *Corpus iuris*, relegando a un segundo plano el estudio directo de los textos originales. En lugar de acudir a la exégesis de las fuentes se prefería, dada su mayor utilidad por ser la seguida por los tribunales, la discusión sobre la *Glossa accursiana*, a la que los juristas del siglo XIII concedieron tan alta estima que llegó incluso a influir negativamente en la originalidad de su propio pensamiento jurídico.

Aunque se reconoce que la Escuela acursiana representa un período de decadencia y transición en la ciencia jurídica, también se han de tener en cuenta los grandes méritos de esta Escuela que, además, dio grandes juristas, entre los que cabe destacar a:

⁴⁸ Cfr. L. A. MURATORI, *Rerum Italicarum Scriptores*, IX, 133; C. F. SAVIGNY, *Storia del diritto romano nel Medio Evo*, I, 5, 42 y 91-101, y P. LEGENDRE, *Recherches sur les commentaires pré-accursiens*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 33, 1965, 353-429.

Rolandino de'Pasgeri, famoso notario boloñés nacido en torno a 1234 y muerto el año 1300. Fue maestro de arte notarial en el Studio de Bolonia. A partir de su experiencia como notario, conjugada con su profunda cultura jurídica, en 1255 compuso una importante *Summa artis notariae*, conocida como *Rolandina*. Posteriormente publicó la *Flos ultimarum voluntatum*, dividida en cuatro libros: testamentos, codicilos, donaciones *mortis causa* y sucesión *ab intestato*⁴⁹.

Guillaume Durand (1237-1296) nació en Puimisson, cerca de Béziers, en el Languedoc francés. Estudió derecho en la Universidad de Bolonia y comenzó a enseñar derecho en Módena. Abandonó muy pronto el ejercicio de la docencia para dedicarse al servicio de la Iglesia, en la que desempeñó diversos oficios hasta ser designado por Bonifacio VIII, en 1295, Arzobispo de Ravenna, cargo que no aceptó, siendo nombrado gobernador de la Marca romana, oficio que ya había desempeñado con anterioridad a su promoción al episcopado el año 1285. Aun en medio de esta dedicación, en torno a 1271, publicó su *Speculum iudiciale*. En cuatro libros recoge, con un orden casi perfecto, todo lo que había sido publicado, con anterioridad a su obra, tanto sobre el procedimiento civil como sobre el canónico⁵⁰.

Alberto Gandino de Crema destacó como jurista en el último tercio del siglo XIII (c. a. 1278-c. a. 1317). Su obra se sitúa en el período de transición entre la Glosa (*glosadores*) y el Comentario (*comentadores*), llamada de los posglosadores o postacursianos, asumiendo, en consecuencia, los modelos y formas propias de la época, caracterizada por la tendencia de la ciencia a ajustarse a las exigencias de los problemas prácticos. Fue el primer sistematizador del derecho penal. Ya en su obra *Quaestiones statutorum* había tratado la represión de los delitos, pero donde aparece más claramente la originalidad de su trabajo sistematizador es en el *De maleficiis*⁵¹, publicación póstuma (1491), en la que por primera vez se realiza una exposición sistemática del derecho penal y procesal.

Pero, sobre todo, el mérito principal de esta Escuela fue el de haber introducido, a través de la discusión lógica de los principios jurídicos y de la continua referencia a la realidad social a la que el derecho sirve, el método y las corrientes doctrinales que, en el

⁴⁹ Cfr. A. PALMIERI, *Rolandino de' Passeggeri*, Bolonia, 1933.

⁵⁰ Cfr. D. VAISSETTE, *Histoire du Languedoc*, t. 4 (París, 1730) 547-549.

⁵¹ Cfr. L. A. GANDINI, *Alberto da Gandino*, Módena 1885.

siglo siguiente, posibilitaron a los Comentadores la creación del nuevo derecho italiano.

Este esfuerzo creativo de la ciencia jurídica se extendió, aunque no siempre en progresión ascendente, hasta mediados del siglo xv para iniciar un, quizá todavía hoy, inacabado e irreversible ocaso.

A pesar de este triunfo metodológico y práctico del sistema de derecho común, poco a poco se pusieron de relieve importantes defectos en el mismo. Probablemente el más grave y problemático fuese su alto grado de incertidumbre, consecuencia bien de una plural y en exceso compleja estructura de fuentes o de la falta de unidad tanto en la propia sistemática jurídica como en los contenidos normativos. No obstante, y a pesar de estas dificultades, urgidos por el deseo de conservar y servirse de la riqueza jurídica acumulada sobre todo desde la obra de Justiniano, príncipes y jurisprudencia buscaron remedio al problema a través de una especie de jerarquía oficial de fuentes en las denominadas «*Leyes de citas*», los primeros; y por medio del instrumento de la «*communis opinio*» la segunda. El florecimiento en Europa de las teorías de la codificación acabaron definitivamente con la vigencia y supervivencia del derecho común.

II. DERECHO COMÚN Y CODIFICACIÓN

El camino que, a través de retrocesos y dificultades, algunas ya señaladas, preparó el abandono y sustitución, en el ámbito del sistema europeo continental, del derecho común por las codificaciones privadas estuvo jalonado en cada momento por importantes cambios sociales y jurídicos, así como por decisivas adquisiciones metodológicas⁵². No es momento, aunque sea conveniente apuntar la crisis todavía no superada de la inserción y aceptación auténtica de la norma en la vida y sentimiento humanos, de entrar en valoraciones sobre la bondad del sistema jurídico común abandonado o los inconvenientes de una tendencia codificatoria que progresivamente ha ido alejando el derecho positivo de su única fuente *genética y cultural*: el pueblo. En consecuencia, pues, con los límites

⁵² Cfr. G. FRANSEN, *La structure des «quaestiones disputatae» et leur classement*, *Traditio* 23, 1967, 517-525; A. GOURON, «Note sur les collections de "Quaestiones reportatae" chez les civilistes du XIII. siècle», en Varios, «*Houd voet bij stuk*», *Xenia iuris*

autoimpuestos a esta reflexión, procuraremos, a continuación, asomarnos, siquiera brevemente, a algunos hitos metodológicos involucrados en esta historia y que pueden revestir interés para el jurista contemporáneo.

1. LAS LEYES DE CITAS

En el mundo de la ciencia jurídica se denomina, por primera vez, de este modo a una Constitución del año 426, dada por el emperador Valentiniano III, que autorizaba, a fin de mantener y defender las pretensiones de las partes ante los tribunales, única y exclusivamente la cita de autoridad de cinco juristas: Gayo, Paulo, Ulpiano, Papiniano y Modestino⁵³.

Gayo, jurisconsulto romano del siglo II, también se dedicó activamente a la docencia del derecho. Sus *Institutiones*, una especie de manual compuesto en cuatro libros y dividido en tres partes: derecho de las personas, de las cosas y de las acciones procesales, en el que se exponen con gran nitidez y claridad las nociones elementales necesarias para quien se iniciase en los estudios jurídicos, fueron referencia necesaria para los estudiosos de derecho. De esta obra se ha conservado un ejemplar casi completo que, en consecuencia, es la única obra jurídica romana clásica conocida fuera de la compilación de Justiniano. También el Digesto nos ha transmitido fragmentos de los comentarios de Gayo a la *Ley de las XII tablas*, al *Edictum provinciale* y a otras leyes, siguiendo siempre un estilo y una metodología más didácticos que casuísticos.

Paulo Giulio vivió desde final del siglo II hasta principios del siglo III. Después de Ulpiano es el autor más utilizado por los compiladores del Digesto justiniano, del que una sexta parte proviene de escritos paulinos. Se le atribuyen ochenta y seis obras en trescientos veinte libros. Entre ellas, cabe mencionar su amplio comentario, en ochenta libros, *Ad edictum* y el tratado de *ius civile ad Sabinum*, en dieciséis libros. Entre sus obras, más casuísti-

historiae G. van Dievoet oblata (Lovaina, 1990), 55-66. Entre los juristas medievales, el género académico-práctico de la *disputatio* se conoce bajo el nombre de *quaestiones reportatae*, debido a que han llegado a nosotros a través de las notas sumarias que recogía un estudiante designado como *reportator*.

⁵³ Sobre el modo como se formaron y funcionaron las distintas Escuelas en torno a estos grandes juristas, cfr. E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 63, 1997, 1-106.

cas que dogmáticas o didascálicas, se conocen veinticinco libros de *Quaestiones* y veintitrés de *Responsa*. Dedicó a la docencia los dos libros de las *Institutiones* y un buen número de tratados monográficos. Se conserva, además, parte de las *Sententiae*, obra en cinco libros, de gran uso y difusión en la época posclásica, que constituye una especie de crestomacía o antología de citas de Paulo, realizada por autores anónimos hacia final del siglo III, después de su muerte, y cuyo título completo es *Sententiarum ad filium libri quinque*.

Ulpiano Domizio nació en Tiro en el siglo II y murió el año 228. Alumno de Papiniano, fue el máximo representante de la compilación jurisprudencial, en el sentido de que a él, junto con su contemporáneo Paulo, se debe la recopilación de la obra de los juristas clásicos a través de exposiciones muy claras y fácilmente utilizables tanto en la práctica forense como en la docencia. Esta característica hizo que los compiladores del Digesto utilizaran los escritos de Ulpiano en una tercera parte de la compilación. Entre sus obras más importantes cabe señalar el *Comentario Ad edictum*, en ochenta y tres libros; cincuenta y un libros *Ad Sabinum*; la exposición del *ius civile*; dos libros de *Responsa* y diez libros de *Disputationes*.

Papiniano Emilio nace a final del siglo II y murió a comienzos del siglo III. Completó la carrera de funcionario imperial hasta su grado máximo: la prefectura del pretorio. Fue ejecutado por el emperador Caracalla el año 212. Sus escritos, de carácter prevalentemente práctico-casuístico, se distinguieron por la concisión de la exposición, la eficacia de sus argumentaciones, la apertura ante las exigencias ético-sociales y, de manera especial, su interés por conseguir la realización, en la práctica, del ideal de la *aequitas*. Adquirieron gran fama en los círculos de la jurisprudencia sus *Responsa* en diecinueve libros, las *Quaestiones* en treinta y siete, las *Definitiones* en dos, además de su célebre tratado *De adulteriis*. Durante la época posclásica, la doctrina de Papiniano fue considerada superior a la de cualquier otro jurista.

Modestino Erennio desarrolla su actividad en la primera mitad del siglo III y es considerado el último exponente de la llamada jurisprudencia clásica. Fue alumno de Ulpiano y se dedicó, sobre todo, al ejercicio práctico del derecho y a la enseñanza. Sus obras principales fueron diecinueve libros de *Responsa*, doce de *Pandectae*, diez de *Regulae* y nueve de *Differentiae* que fueron muy utilizados en años sucesivos hasta influir en el Digesto de Justiniano.

También podía aportarse el testimonio de otros peritos, pero sólo si su autoridad se hallaba respaldada por los escritos de uno de los cinco jurisconsultos señalados. En este supuesto, debía adjuntarse prueba fehaciente, bien presentando el manuscrito correspondiente o por medio de referencia inequívoca y auténtica de autoridad. Si la opinión de estos autores respecto a la cuestión controvertida no era unánime, prevalecía la de la mayoría; y siempre la de Papiniano, en caso de empate. Si no era posible aplicar ninguno de estos criterios, el juez quedaba libre para resolver según su opinión.

Durante la época del derecho común se promulgaron en distintos lugares de Europa *Leyes de citas*. Sirvan como ejemplo la promulgada en 1427 por Juan, rey de Castilla, que prohibía invocar en juicio a ningún jurista posterior a Juan de Andrea, entre los canonistas, y a Bartolo, entre los civilistas. Del mismo modo, en Portugal, desde 1603, las *Ordenações Filipinas*, vigentes en el aspecto del que tratamos hasta la promulgación de los códigos contemporáneos, consagraba la autoridad de la Glosa acursiana y de Bartolo.

2. LA COMMUNIS OPINIO

Se designa con esta expresión el parecer más aceptado y difundido entre los juristas que, sobre todo desde finales del siglo XIV, adquirió una especial utilidad de carácter práctico-jurídico en el ámbito del derecho y de las relaciones sociales. Fenómeno que aparece como consecuencia de la consolidación y éxito de la escuela de los Comentadores, tanto desde la perspectiva de su papel en la superación de casos jurídicamente dudosos y controvertidos como por la afirmación, sobre todo entre los bartolistas, de un nuevo principio de autoridad.

Responde este instituto jurídico a la situación creada en una época en que la jurisprudencia, ante la incapacidad o imposibilidad del legislador propio de cada nación de desarrollar su función legislativa, hubo de asumir la tarea, por una parte, de proporcionar a la sociedad normas que respondieran a la novedad de situaciones y problemas de un mundo y de unas ideas en transformación; y, por otra, de satisfacer y asegurar la certeza del derecho y de la norma, garantía última de la efectividad y seguridad del tráfico jurídico.

Ante la variedad, multiplicidad, disparidad y, en ocasiones, deformidad de teorías y criterios en que abundaba la doctrina, a la *communis opinio*, cuyos elementos constitutivos se conformaban a partir del número y autoridad de los juristas que a ella se adherían, se le reconocía fuerza de ley caso de que no existiese norma legal

(ley), consuetudinaria (*costumbre*) o racional (*principios generales del derecho*) absolutamente claras.

3. *MOS ITALICUS-MOS GALLICUS*

Por medio de estas expresiones, apócopas de los dicta «*mos italicus, mos gallicus iura docendi et discendi*», se indican, por referencia a los lugares en que cada uno de ellos tuvo más difusión, los diferentes métodos de estudio, enseñanza e interpretación del *Corpus Iuris Civilis*.

1. *El mos italicus*

El *mos italicus* se identifica con el método, más de carácter práctico-exegético, utilizado generalmente por glosadores y comentadores. Su característica más relevante es la tendencia a considerar el derecho justiniano como un *derecho vivo* y, en lógica consecuencia, *vigente* y directamente *aplicable*. Los juristas fieles a esta tradición o modo de elaborar la ciencia jurídica son conocidos en la historia del derecho, sobre todo a partir de comienzos del siglo xv, por el sobrenombre de Bartolista.

La generación de juristas que, sobre todo a partir de finales del siglo xv, desarrollaron su trabajo en el área del bartolismo se caracterizaron por su tendencia a no aceptar las opiniones que no coincidían con las propuestas por sus predecesores más prestigiosos, sobre todo con la llamada *opinio Bartoli*, que se aceptaba sin discusión alguna. La autoridad de Bartolo se traducía, por parte de sus seguidores, en la aquiescencia acrítica a sus concepciones y opiniones.

De estos seguidores de Bartolo han llegado hasta nosotros colecciones de *Distinctiones* y de *Contrarietates Bartoli*, así como comentarios y repertorios de las obras de Bartolo que, por su excesiva dependencia del maestro, nacen carentes de originalidad y frescura. El bartolismo opta por un fuerte pragmatismo jurídico que se manifiesta, sobre todo, en el recurso a la producción de *tractatus* y repertorios de *consilia*. Precisamente la literatura jurídica centrada en los *consilia* es clave en orden a garantizar la funcionalidad y operatividad de un ordenamiento que, dada la pluralidad y variedad de fuentes sobre las que se fundamenta, se ve abocado a asumir la incertidumbre de la norma. En esta función eminentemente práctica, el bartolismo sobrevivió hasta el advenimiento de la codificación.

Esta designación genérica que, en principio, abarcaba a todos los juristas italianos es, sin ningún género de duda, la prueba más clara del prestigio de que llegó a gozar en el mundo del derecho medieval, e incluso posterior, la obra de Bartolo de Sassoferrato (1314-1357), hasta el extremo que, desde mediados del siglo XIV, solía citarse en Italia el siguiente brocardo: «*nemo iurista nisi bartolista*», o bien, «*nullus bonus iurista nisi sit bartolista*». Lo que nos lleva a una de las técnicas de creación y elaboración de derecho más usadas y de mayor éxito entre los juristas medievales: nos referimos al uso de la técnica del brocardo.

Se entiende por brocardo *toda breve proposición en la que se encierra o comprende una regla fundamental y general de derecho*. Probablemente su nombre deriva de Burcardo de Worms, autor de una importante colección canónica, conocida con el nombre de *Decreto*. El brocardo gozó de prestigio en el mundo jurídico tanto por su capacidad de representar de manera sencilla verdades y principios jurídicos, como por su utilidad con fines mnemotécnicos. En la medida en que, por la sencillez y simplicidad de su formulación, ayuda a fijar y cristalizar el pensamiento jurídico, también obstaculizó, precisamente por el fixismo de sus formalizaciones excesivamente estáticas, el desarrollo del derecho, hasta el extremo de que maestros como Cino de Pistoia se mostraron absolutamente opuestos a esta práctica, sin que, en sentido opuesto, falten juristas tan prestigiosos como Pillio da Medicina⁵⁴ o Azón⁵⁵ a quienes se atribuye la elaboración de influyentes *brocardica* o colecciones de brocardos.

Bartolo nació el año 1313/1314 en Sassoferrato, Ancona, y murió en Perugia el año 1357. En torno a los 14-15 años de edad comenzó en Perugia los estudios de derecho, siendo alumno de Cino de Pistoia, y los continuó en Bolonia donde obtuvo el grado de doctor el año 1334. Después de unos años en los que, al parecer, se retiró de la vida social y académica para dedicarse exclusiva e

⁵⁴ Nació en Medicina, Bolonia, a finales del siglo XII y murió en la primera mitad del siglo siguiente. Abogado famoso, fue también profesor en Bolonia y Módena. Escribió obras de gran éxito en el campo del derecho feudal: *Summa feudorum*; y del derecho procesal: *Summa «Cum essem Mutinae»*, *Summa «de testibus»*, *Summa de reorum exceptionibus*.

⁵⁵ Nace en Bolonia o Casalmaggiore en torno a la mitad del siglo XII y murió alrededor del año 1230. Su nombre aparece en documentos datados entre 1190 y 1220. Fue maestro de Acursio y ocupa un lugar relevante en la Escuela de los Glosadores. La *Summa Codicis*, también conocida como *Summa Azonis*, que ofrece una síntesis sistemática de todo el derecho civil, gozó de gran acogida tanto en el ámbito de la ciencia como en el mundo de la práctica judicial y forense, alcanzando numerosas ediciones hasta el siglo XVII. También tuvieron gran prestigio sus *Brocarda* (como ya se ha indicado, *colecciones de reglas generales de derecho*) y las *Quaestiones sabbatinae*, discusiones académicas que recibían tal denominación por celebrarse en sábado.

intensamente al estudio, aparece en 1339 como profesor en el *Studio de Pisa*, hasta que en 1343 pasó al *Studio de Perugia*, haciendo de esta ciudad su residencia definitiva. Fue, además, abogado, consultor y administrador público en Todi y Cagli.

La profunda y prolija, a pesar de su corta vida, obra de Bartolo fue ampliamente reconocida en su tiempo, tanto por alumnos como por las propias autoridades locales y regias. Metodológicamente fue muy independiente en sus trabajos, aunque respetuoso con la tradición jurídica representada por la Glosa. Gracias al hecho de que sus obras están salpicadas de continuas referencias a la experiencia jurídica vivida, Bartolo, desde una aguda y genial orientación teórica, consigue sistematizar, orientar y organizar instituciones y materias jurídicas que la Glosa, por su excesiva adherencia y exagerada fidelidad al texto, había ignorado u olvidado, sobre todo en el ámbito del derecho internacional, el derecho privado y el penal.

Famosas, por su influencia en la tradición jurídica posterior, fueron las teorías de Bartolo sobre los *estatutos* y sus conflictos, tanto en sus relaciones horizontales como en las verticales respecto a las normas superiores o generales; sobre la validez de los testamentos llamados *místicos*⁵⁶; sobre la obligatoriedad de los *pacta*

⁵⁶ Se trata del moderno *testamento cerrado* del Código Civil, arts. 680, 706, 707 y 710-713; del *testament mystique*, para el *Code Civile*, arts. 976, 978 y 979, y del *testamento secreto*, del *Codice Civile*, arts. 782 y 783. Precisamente el testamento es una de las instituciones de derecho privado innovadas por el derecho medieval, y más influenciadas en su novedad por el derecho canónico. Desde el último tercio del siglo XII, y refiriéndose en concreto al número de testigos necesario para la validez del testamento, el papa Alejandro III (1159-1181) decide que en materia testamentaria no es necesario observar totalmente las normas de derecho romano: «... *praescriptam consuetudinem penitus reprobandus, et testamenta, quae parochiani vestri coram presbytero suo et tribus vel duabus aliis personis idoneis in extrema de cetero fecerint voluntate, firma decernimus permanere et robor obtinere perpetuae firmitatis, sub interminatione anathematis prohibentes, ne quis praesumptione qualibet huiusmodi rescindere audeat testamenta*» (X. 3.26.10). También en una Decretal dirigida a los jueces de la ciudad de Vercelli, el mismo papa vuelve, aunque ante un caso distinto provocado porque estos jueces seguían aplicando las prescripciones del derecho romano en la resolución de ciertas testamentarias, sobre el mismo argumento: «*Relatum est auribus nostris, quod, quum ad vestrum examen aliqua super testamentis relictis ecclesiae causa deducitur, vos secundum humanam, et non divinam legem in ea vultis procedere, et, nisi septem vel quinque idonei testes intervenerint, omnino inde postponitis iudicare*. Unde quia huiusmodi causae de iudiciis ecclesiae, non secundum leges, sed secundum canones debent tractari, et his, divina scriptura testante, duo aut tres idonei testes sufficient, discretioni vestrae per apostolica scripta. *Mandamus, quatenus, quum aliqua causa talis ad vestrum fuerit examen deducta, eam non secundum leges, sed secundum decretorum statuta tractetis, et tribus aut duobus legitimis testibus requisitis [sitis contenti] quoniam scriptum est: "In ore duorum vel trium testium stat omne verbum"*» (X. 3. 26. 11). Como consecuencia de ello, en las colecciones de Decretales se abre, a fin de ir recogiendo esta normativa, un nuevo título bajo la rúbrica *De testamento et ultimis voluntatibus* (Cfr. X. 3.26.10 y 11; In VI. 3.11; Clem. 3.6). Por lo que respecta a la problemática suscitada en la doctrina y entre los historiadores en torno a la recuperación o renacimiento del *testamento romano* a lo largo del siglo XII, puede verse el ajustado estudio de A. GOURON, *Les plus anciens testaments français*, en VARIOS, *Hommages à Gérard*

nuda en el derecho comercial; sobre las marcas de fábrica; sobre la *actio spoli*, etc.

Desde el punto de vista histórico, es singularmente importante la huella dejada por Bartolo en el campo del derecho público, que a lo largo del Medievo había quedado en manos, en el mejor de los casos, de la teología y la filosofía. Fue uno de los primeros en aplicar con coherencia los métodos propios de la investigación jurídica, tanto a propósito de las dos viejas instituciones de carácter universal: imperio y papado, como a las nuevas formaciones autonomistas de los *comunes* y de las *señorías*, fijando universalmente el reconocimiento de la autonomía de estas nuevas corporaciones dentro del ámbito de la universalidad de papado e imperio, mediante la fórmula: «*universitas superiorem non recognoscens est sibi princeps*». Según él, el ejercicio del poder normativo era consecuencia necesaria de la titularidad de la función jurisdiccional (teoría de la *iurisdictio*).

Algunos de sus tratados de derecho público, como el *De tyrannia* y el *De regimine civitatis* tuvieron reconocida influencia en el pensamiento político del Renacimiento, continuada, en algunos casos, hasta el siglo XVIII, sobre todo con su teoría de la relatividad de las formas de gobierno y con la distinción de las dos formas o especies de gobierno tiránico, bien sea *ex defectu tituli* o *quoad exercitium*.

Entre su abundantísima producción científica, cabe destacar los *Comentarios* a cada una de las partes del *Corpus Iuris* (*Digestum vetus*, *Infortiatum*, *Digestum Novum*, *Codex*, *Tres Libri*, *Authenticum* e *Institutiones*). A éstos han de añadirse numerosos tratados sobre las más variadas cuestiones de derecho privado, procesal, penal, canónico, etc.; sin olvidar las abundantes *quaestiones* y el gran número de *consilia* que también forman parte de la obra jurídico-literaria de Bartolo⁵⁷.

Aunque el método bartolista, epígono, según se ha señalado, del *mos italicus*, haya tenido vigencia en Italia hasta bien entrado el siglo XVII, se ha de reconocer que su momento de máximo esplendor se extiende desde la muerte de Bartolo (1357) a la de Alciato (1550). De la influencia e importancia que la obra de Bartolo ejerció en el mundo jurídico da cumplida cuenta el que en

Boulvert (Niza, 1987), 281-293. En el desarrollo y evolución de la institución testamentaria a lo largo de la Edad Media, podemos encontrar uno de los hitos donde mayor influencia haya ejercido el derecho canónico entramado con el derecho romano (Cfr. A. WACKE, *Una porción hereditaria para Jesucristo*, cit., pp. 277-288).

⁵⁷ Cfr. L. BERNABEI, *Bartolo di Sassoferrato e la scienza delle leggi*, Roma, 1881; C. N. SIDNEY WOOLF, *Bartolo of Sassoferrato: his position in History of Medieval political Thought*, Cambridge, 1912.

muchas ciudades italianas, la última Nápoles el año 1616, se crearon las *cathedrae Bartoli*, y la *opinio Bartoli* se convirtió en guía para los jueces, en los casos dudosos, también fuera de Italia: en España, el año 1427 en el reino de León y el 1493 en Castilla; en Portugal, el año 1466 y, más tarde, también en Brasil.

El máximo representante de esta Escuela, Baldo degli Ubaldi, conocido también como Baldo, sin más, fue uno de los más grandes juristas italianos del Medievo. Nació en Perugia en fecha incierta, para unos el año 1319 y según otra opinión el año 1327. Murió en Pavía el 28 de abril de 1400. Estudió derecho en Bolonia con Bartolo de Sassoferrato y en 1344 ya enseñaba derecho en aquella Universidad. En esta ciudad inició una larga y ajetreada vida académica: en el año 1351 enseñaba en Perugia, en 1356 lo encontramos en Pisa para transferirse en 1358 a Florencia; de nuevo, en 1365 enseña en Perugia y entre 1376 y 1379 frecuentó en Padua la cátedra ordinaria de derecho civil, volviendo en 1380 a su ciudad, hasta que en 1390 marcha a Pavía, donde murió.

Baldo, junto con su maestro Bartolo, representa la máxima cota a que llegó la Escuela de los Comentadores o Escolásticos. Científicamente independiente, defiende el trabajo de los glosadores frente a los ataques provenientes de los seguidores ultramontanos del *mos gallicus* e imprime a su trabajo un estilo eminentemente práctico, poniendo a prueba su ingenio en la resolución de complicados problemas jurídicos y en la estructuración y formalización de instituciones jurídicas que surgen condicionadas por situaciones sociales y económicas desconocidas hasta entonces. Esta orientación práctica de su trabajo queda perfectamente reflejada en sus numerosos *consilia*, entre los que cabe destacar sus informes de 1381 y 1395 sobre la letra de cambio. De su amplia producción científica, resaltamos sus Comentarios a diversas partes del *Corpus Iuris* (ed. Venecia, 1599) y a las *Decretales* (ed. Venecia, 1495), así como la *Summula respiciens facta mercatoum*, en la que demuestra su competencia en derecho mercantil y comercial, etc.⁵⁸

También Baldo, como su maestro Bartolo⁵⁹, terció en la polémica sobre los estatutos de las ciudades, desde la problemática generada por la cuestión de cómo conciliar la autonomía normativa de las ciudades con el reconocimiento de la soberanía del imperio, considerado como única fuente de derecho. Baldo formuló su propuesta recordando que, por derecho natural, la actividad normativa

⁵⁸ Cfr. B. BRUGI, *Baldo*, Perugia, 1900; W. ULLMANN, «Baldu's Conception of Law», *Law Quarterly Review*, 58, 1942, 386-399.

⁵⁹ Cfr. *supra* pp. 103-105, así como nota 58.

es característica o atributo propio e imprescindible de cualquier agregado social, en cuanto que posee capacidad para establecer normas de convivencia.

Entre los numerosos juristas de estos siglos también han de ser tenidos en cuenta, tanto por la calidad de su trabajo como la influencia que tuvieron entre sus contemporáneos y en siglos posteriores:

Luca da Penne, de cuya vida tenemos muy escasas noticias. Parece que nació en Penne, en el Abruzzo italiano, y que se doctoró en Nápoles hacia 1345. Murió en torno a 1390 sin que, al parecer, llegase a ejercer docencia conocida. Escribió algunas *Repetitiones* a diversos títulos del *Digesto* y del *Codex*, pero la gran obra de su vida, con unas características metodológicas muy propias y distintas de las seguidas por sus contemporáneos, fue su Comentario a los «*Tres Libri*», publicado por primera vez en París el año 1569. Esta parte de la compilación había perdido importancia para la doctrina de esta época, hasta el extremo de que cayó en tal desuso que era desconocida para la mayor parte de los estudiosos. Luca da Penne la estudió y comentó mediante un método personalísimo, bien como monumento histórico, ya como fuente viva de normas vigentes. Precisamente por la originalidad de su pensamiento y por la metodología de interpretación del texto, en que simultanea y cohesionada el método filológico y el jurídico, Da Penne ha sido considerado como uno de los grandes juristas del siglo XIV.

En la obra de este autor se reflejan con extraordinaria nitidez las características del derecho romano en cuanto *ius commune*. Según él, la universalidad del derecho romano se basa en la soberanía universal que corresponde a la persona del emperador. Además, el derecho romano era considerado como la encarnación de la cultura y de la razón y representaba, mejor que ningún otro ordenamiento, la traducción práctica del ideal de justicia⁶⁰.

Bartolomeo Saliceto († 1411) nació en Bolonia, ciudad en la que se formó jurídicamente. Considerado como uno de los mejores representantes de la Escuela de los Comentadores, enseñó en Padua, Bolonia y Ferrara. Tuvo discípulos muy ilustres, entre los que destacan R. Fulgosio, I. Alvarotti, P. Farnese D'Anarano y

⁶⁰ Cfr. F. CALASSO, «Studi sul commento ai “Tres Libri” di Luca da Penne/la nascita e i metodi dell’opera», *Rivista di storia del diritto italiano*, 5, 1932, 395-458; F. DI GIOVANNI, *Saggio storico-giuridico sopra Luca da Penne*, Chieti, 1892; M. M. WRONOWSKI, *Luca da Penne e l’opera sua*, Pisa, 1925.

F. Zabarella⁶¹. La mayor parte de sus comentarios los dedicó al *Codex*, aunque también realizó varios sobre el *Digestum vetus*⁶².

Raffaele Fulgosio nació en Piacenza el año 1367 y murió de peste en Padua el año 1427. En Bolonia fue alumno de Bartolomeo Saliceto y de Cristoforo da Castiglione. El año 1389 aparece como profesor de derecho en la Universidad de Pavía. Diez años después enseñaba en Piacenza y desde 1407 en Padua donde murió. Pertenece a la corriente de los *escolásticos* y de su obra científica se conserva un buen comentario en dos partes al *Codex*, publicado en Lyon el año 1547; comentarios al *Digestum vetus* y al *novum* (Brescia, 1499), así como una antología de *Consilia* (Brescia, 1490)⁶³.

Paolo da Castro († 1441) fue alumno de Baldo. Comenzó su docencia en Aviñón, donde se había doctorado. Enseñó en Siena, para volver a Aviñón entre 1394 y 1412. En Florencia desempeñó el oficio de *Auditor cardinalis Florentini*, además de regentar una cátedra y participar el año 1415 en la reforma de los Estatutos del *comune* florentino⁶⁴.

Mariano Socini (1401 ó 11-1467) nace y muere en Siena. Estudió en Siena y Padua, siendo posteriormente profesor en ambas Universidades. Se dedicó, sobre todo, al derecho canónico, aunque sin abandonar el estudio y práctica del derecho civil. También cultivó la historia, la poesía, la música, la pintura y la escultura. Entre sus obras jurídicas, se han de destacar los cuatro volúmenes de sus *Consilia* (Venecia, 1571), redactados en colaboración con su hijo Bartolomeo; el *Tractatus de iudiciis* (Venecia, 1571), el *Tractatus de testibus* y el *Tractatus de oblationibus*, publicados en el mismo lugar y fecha que los anteriores. Un segundo jurista del mismo nombre, y sobrino del anterior, nacido en torno a 1482 y muerto en Bolonia el 20 de agosto de 1556, de gran prestigio como profesional ejerciente en el foro, también realizó una excelente obra teórica: *Commentarium in Digestum vetus* (Venecia, 1605) y *Commentaria in Decretalia* (Francfurt, 1583)⁶⁵.

Alessandro Tartagni (1424-1477), conocido también como *d'Imola* por su lugar de nacimiento. Fue discípulo de Juan de Imola y de Juan de Agnani. Enseñó durante treinta años en Bolonia y en

⁶¹ Cfr. ST. KUTTNER, «Francisco Zabarella's commentary on the Decretals: A note on the editions and the Vatican manuscripts», *Bulletin of Medieval Canon Law*, 16, 1986, 97-101.

⁶² Cfr. L. MORERI, *Le grand dictionnaire historique ou le mélange curieux de l'histoire*, t. 8, letra S (Amsterdam, 1740), 311.

⁶³ Cfr. L. MORERI, *o. c.*, t. 4, letra F, pp. 213.

⁶⁴ Cfr. E. BESTA, *Storia del diritto italiano*, cit., I/2, Milán, 1925, 514. 629-630. 859-860 y 884.

⁶⁵ Cfr. L. MORERI, *o. c.*, t. 8, letra S, pp. 311.

Ferrara con tal reputación que mereció el título de «*Monarca del derecho*» y «*Padre de Jurisconsultos*». Comentó las *Clementinas*, el *Codex* y las *Novellae*; también escribió sobre las *Decretales*, así como unas interesantes *Apostillae ad Bartholum*⁶⁶.

Giason del Mayno nace en Pesaro el año 1435 y muere en Pavía en 1519. Era hijo natural del patricio milanés Andreotto del Mayno. Estudió en Pavía, en cuya Universidad, además, enseñó desde 1467 hasta su muerte, con dos interrupciones: una, entre los años 1485 a 1488, en que probablemente enseñó en Padua, la más prestigiosa universidad italiana del momento; y otra, entre los años 1489 y 1511, en que abandonó la docencia a causa de una enfermedad en los ojos. En Pavía tuvo como alumnos a Diplovataccio (1468-1541) y a Alciato⁶⁷.

Bartolomeo Socini, hijo de Mariano, nace en Siena el año 1436 y muere en la misma ciudad el año 1507. Estudió en Siena y Bolonia y enseñó en Siena, Ferrara (1471-1472), Pisa (1473-1494), Bolonia (1494-1498) y Padua (1498-1501). Por sus compromisos políticos hubo de exilarse y de sus escritos se publicaron varias *repetitiones*, consultas y comentarios al *Digesto*⁶⁸.

Filippo Decio (1454-1535) nació en Milán. Estudió derecho en Pavía y Pisa donde se doctoró (1476). Enseñó sucesivamente en Siena, Pisa, Padua y Pavía. Excomulgado, se refugia en Francia el año 1512. Obtiene una cátedra en Valence y es nombrado consejero en Grenoble. Absuelto de la excomunión, vuelve a Pavía y Pisa, para instalarse definitivamente en Siena, donde murió el 12 ó 13 de octubre de 1535. De pluma fecunda, escribió comentarios al *Digestum vetus* (Milán, 1507), al *Infortiatum* (Milán, 1509), al *Novum* (Milán, 1510-1513), al *Codex* (Milán, 1507), al *Usus feudorum* (Pavía, 1483), a las *Decretales* (Lyon, 1540) y a cada uno de los títulos del *Digesto*. También publicó algunos tratados, entre ellos: *De actionibus* (Pavía, 1483), *De iure emphyteutico* (Pavía, 1476), *Apophthegmata singularia iuris* (Pavía, 1489)⁶⁹.

Todos ellos, en sus obras, se alejan cada vez más de la exégesis de las fuentes jurídicas y proporcionalmente exageran las sutilezas dialécticas y disquisiciones tan presentes y queridas en el modo de hacer derecho del maestro Bartolo; pero, al mismo tiempo, consiguen, a través del razonamiento y de la solución a problemas cotidianos, acercar el derecho romano a las exigencias de la vida diaria.

⁶⁶ Cfr. L. MORERI, *o. c.*, t. 8, letra T, pp. 30.

⁶⁷ Cfr. F. GABOTTO, *Giasono del Maino e gli scandali universitari nel Quattrocento*, Turin, 1888; E. BESTA, *Tommaso Diplovataccio e l'opera sua*, Venecia, 1903. Dentro de este grupo también puede ser encuadrada la obra de ALESSANDRO TARTAGNI (1424-1477).

⁶⁸ Cfr. L. MORERI, *o. c.*, t. 8, letra S, pp. 311.

⁶⁹ Cfr. L. MORERI, *o. c.*, t. 3, letra D, pp. 41.

Se ha de tener presente que este modo de entender la teoría y la práctica del derecho contribuyó de forma definitiva a la extensión y permanencia, con un carácter eminentemente práctico, del derecho común en las nacientes monarquías o principados europeos hasta la época de la codificación.

2. El *mos gallicus*

Se entiende por *mos gallicus* un modo de elaborar y estudiar derecho que, sin excluir absolutamente la metodología del *mos italicus*, asume en su trabajo un método más de carácter histórico-institucional. Esta forma de acercarse a lo jurídico se difundió especialmente en Francia y no fue ajena a este fenómeno la nueva mentalidad con que el *humanismo jurídico*, preocupado, sobre todo, por someterlo a una rigurosa crítica histórico-filológica, se acercaba al *Corpus Iuris justiniano*⁷⁰.

Los maestros de esta Escuela buscan, creando un nuevo método para ello, integrar y encuadrar los preceptos del *Corpus* en su pureza y sentido originales, en lugar de interpretarlos de forma desenraizada y aséptica al margen de sus referencias o fuentes histórico-jurídicas, tal y como lo practicaban la gran mayoría de los seguidores del *mos italicus*, preocupados, sobre todo, por la finalidad dominante de dar respuesta concreta a las necesidades del momento.

Este movimiento o corriente fue iniciado gracias a la obra de Andrea Alciato, que nació el 8 de mayo de 1492, con toda probabilidad, en Alzate, cerca de Como, y murió en Pavía la noche del 11 al 12 de enero de 1550. En Milán se formó en humanidades con Aulo Giano Parrasio, de quien aprendió lenguas clásicas, así como el estudio y manejo de fuentes tanto impresas como manuscritas. Estudió derecho en Pavía con Giason del Mayno, Fillipo Decio y Paolo Pico, reconociéndose a sí mismo, de forma especial, como alumno de Giason. A partir de 1511 estudia en Bolonia, universidad en la que se doctora a los 22 años de edad, con Carlo Ruini. Ejerció como abogado y fue profesor en Bourges (1529), Pavía (1533), Bolonia (1537), de nuevo Pavía (1541), Ferrara (1542) y otra vez Pavía, hasta su muerte. De su obra, cabe destacar sus *Adnotationes in tres posteriores libros Codicis* (1515) al Código de Justiniano, sus *Paradoxa* (1538), el *De verborum obligatio-*

⁷⁰ Cfr. A. GOURON, «L'entourage de Louis VII face aux droits savants: Giraud de Bourges et son ordo», *Revue d'érudition publiée par la Société de l'École des Chartes*, 146, 1988, 5-29; *Idem*, «Le rôle des maîtres français dans la renaissance juridique du XIIIe siècle», en *Académie des Inscriptions et Belles-Lettres, comptes rendus des séances de l'année 1989*, janvier-mars (Paris, 1989), 198-207.

nibus (1519), el *De verborum significatione* (1530) y las *Disputationes*; y, entre las literarias, *Emblemata* (1531), que es un florilegio de alegorías y las *Adnotationes ad Tacitum*⁷¹. Entre sus seguidores más influyentes se cuentan:

Jacques de Cujas, nacido en Toulouse el año 1522 y muerto en Bourges en 1590. Fue uno de los máximos exponentes de la escuela culta y está considerado como el mejor intérprete, dentro de los del siglo XVI, de las leyes romanas. Estudió derecho en Toulouse, reconociéndose discípulo de Arnauld de Ferrier, que en 1533 enseñaba derecho en Padua. Comenzó su docencia en Toulouse el año 1547 con un curso libre sobre *Instituciones de derecho romano*. En 1554 deja la docencia en Toulouse después de haber perdido, en favor de Forcadel, un concurso-oposición a la cátedra de derecho Civil. Enseñó en Cahors (1554-1555), Bourges (1555-1557, 1559-1560 y 1575-1590), Valence (1557-1559 y 1567-1575), Turín (1566-1567).

Como es lógico, en Bourges creó y formó Cujas su verdadera escuela. En Turín enseñó solamente un curso no a causa de su fe protestante, como han sostenido algunos, sino porque estaba en desacuerdo con el método que seguían los juristas italianos (*mos italicus*), lo que, según parece, le llevó a rechazar el año 1584 una cátedra en Bolonia. Fue un verdadero experto en la exégesis textual pura y se opuso radicalmente a las glosas y teorías jurídicas que intentaban modernizar el derecho romano y convertirlo, al modo de la Escuela italiana, en derecho vigente⁷².

En su obra intentó recuperar el derecho romano, tal y como se encuentra en la compilación justiniana, en su forma original, reconstruyendo para ello en su integridad las obras de los juristas clásicos que los compiladores bizantinos habían alterado o interpolado. Su abundante producción jurídica comprende: *Notae* a las Instituciones, *Paratitla* al Digesto y al Código, *Expositio* a las Novelas y *Observationes et Emendationes* en veintiocho libros.

Hugues Doneau o Donello nació en Chalon-sur-Saône, el 23 de diciembre de 1527, y murió el 4 de mayo de 1591 en Altdorf. Fue uno de los mayores representantes de la Escuela culta. A los 24 años era titular de una cátedra de derecho en la Universidad de

⁷¹ Cfr. F. BONA, «Andrea Alciato nel suo tempo», en ANDREA ALCIATO, *Emblemata* (Pavía, 1986), 13-19; P. BRUGI, *Per la Storia della giurisprudenza e delle Università italiane* (Turín, 1921), 87 y 108.113; Idem, «L'Università dei iuristi in Padova nel Cinquecento», *Archivio veneto tridentino*, 1, 1922, 1-92.

⁷² Cfr. J. BERRIAT SAINT-PRIX, *Histoire du droit romain suivie de l'histoire de Cujas*, París, 1822, 373-611; F. C. SAVIGNY, «Lettre sur l'histoire de Cujas par M. Berr. S.-P.», *Themis*, 4, 1822, 193-207.

Toulouse, donde enseñó sucesivamente con Duareno, Cujas y con Francisco Hotman. Convertido al protestantismo, huyó de Francia a Ginebra, pasando posteriormente a Heidelberg, en cuya Universidad enseñó derecho civil.

De gran ingenio, con extraordinaria memoria, profundo conocedor de la literatura y de inusual capacidad jurídica, tuvo una gran influencia en el mundo del derecho tanto a través de la docencia como de su obra escrita. Contemporáneo de Cujas siguió una dirección científica distinta y mantuvo con él ásperas polémicas. Mientras la metodología de Cujas, de carácter exegético-analítico y fiel al humanismo de Alciato, conduce al estudio histórico de los jurisconsultos romanos, la de Donello es, por el contrario, sistemático-sintética o dogmática, más cercana, en este sentido, a la de los bartolistas, sin que, por otra parte, pueda ser encuadrado en esta Escuela. Quizás por ello es considerado como *príncipe de la dogmática jurídica*. Entre sus obras más significativas, citaremos su Tratado sobre sucesiones, así como Comentarios a distintas partes del *Digestum* y del *Codex*⁷³.

Como iniciador de esta corriente en Alemania, hemos de referirnos a Ulrich Zasius, que nació en Costanza el año 1461 y murió en Friburgo de Brisgovia el 24 de noviembre de 1536. Estudió en Tubinga con Lorenzo Marengo y Gabriel Chabot. Durante años se relacionó con estudiosos del derecho, entre los que cabe señalar a los decretistas J. Knapp, J. Obernheim, Angelus di Besonzio, así como al jurista y filólogo Paolo de Cittadinis. Experto filólogo e historiador, obtuvo el título de *doctor iuris* entre los años 1505-1506. Es considerado uno de los más grandes juristas de la Alemania del siglo XVI.

Se ha dicho que Zasius fue para la historia del derecho alemán lo que Alciato fue para Italia. El método introducido por este autor en el estudio del derecho no fue suficientemente comprendido por sus contemporáneos alemanes, que seguían anclados en el estudio del derecho romano dando una gran importancia, en sintonía con los fundamentos del *mos italicus*, a la perspectiva eminentemente práctica de su aplicación inmediata. A su profundo conocimiento teórico tanto del derecho romano, como del canónico y del germánico, unió una gran habilidad y maestría en la práctica jurídica: además de desempeñar varios cargos públicos, redactó el *Stadtrecht* de Friburgo y reorganizó el derecho sucesorio y el instituto de la tutela⁷⁴.

Sus escritos, tanto de derecho romano como canónico: *Commentaria in Pandectas*, *Enarrationes in titulum Inst. de actionibus*, *In usus feudorum Epitome*, *Lectura in titulum Digesti Novi de ver-*

⁷³ Cfr. A.-P. EYSSEL, *Doneau, sa vie et ses ouvrages*, Digion, 1860. Esta obra, escrita originariamente en latín, fue traducida al francés por J. Simonnet.

⁷⁴ Cfr. R. STINTZING, *Ulrich Zasius*, Basilea, 1857-1867.

borum obligationibus, Consilia, fueron recogidos y publicados el año 1550 en una *Opera omnia*.

Guillaume Dudé, nacido en París el año 1467 y muerto el año 1540, representó para Francia lo que supusieron Alciato para Italia y Zasius para Alemania. Entre sus obras, las de mayor interés jurídico son las *Adnotationes in Pandectas* (del libro I al XXIV), completadas más tarde con las *Adnotationes posteriores* a los restantes libros del Digesto y elaboradas, ambas, con un método sistemático en que se integran la filología y la historia como medios necesarios para el estudio y comprensión del texto justiniano. Cabe apuntar la originalidad de su *De asse et partitionibus eius*, en el que, a través del análisis de las monedas romanas, explica determinados aspectos de la vida económica y jurídica de los pueblos antiguos relacionándolos con la realidad de su tiempo y sentando, de este modo, las bases de la historiografía económica.

4. EL HUMANISMO JURÍDICO

Con esta denominación se designa un movimiento de carácter científico, no centrado exclusivamente en lo jurídico, que cuajó, sobre todo, en Francia a lo largo del siglo XVI y que, por lo que en esta sede interesa, se caracteriza por la penetración metodológica del humanismo renacentista en la ciencia del derecho⁷⁵.

La novedad metodológica de este movimiento penetrado por los ideales del Renacimiento, que va de la filosofía a la literatura pasando por las ciencias experimentales, el arte y la arquitectura, consistió, por lo que a la reflexión jurídica atañe, en la profundización en el conocimiento de la literatura clásica, de la historia y de la filolo-

⁷⁵ Detrás de esta corriente o movimiento también encontramos la vieja polémica entre el *mos gallicus* y el *mos italicus*, tanto en cuanto forma de crear derecho como por lo que se refiere al método o modo como se crea: «Bartole et Cujas représentent, pour ainsi dire, deux points de cristallisation autour desquels se sont forgées des représentations collectives sur le rôle et la portée du Droit romain. Ces simplifications par symboles répondaient aux transformations concrètes de la conjoncture politico-juridique en Europe: le Bartolisme fut le sous-produit de la suprématie politique du Droit romain en Occident; l'Humanisme, qui en France allait s'accomplir après maint détour dans les codifications, fut l'une des formes de l'aspiration à l'autonomie nationale.

A partir du début du XIX^e siècle, le Droit romain n'eut plus d'autre justification que scientifique et les romanistes perdirent la foi tout en conservant parfois un rituel anti-Bartoliste, dont il ne reste plus que des expressions formelles transmisés par quelques manuels, appartenant à un Humanisme dépassé. Peu à peu ils devaient cesser "de se laisser picquer par une fausse gloire", abandonnant progressivement une attitude quelque peu théologique. L'illogisme est que la connaissance de la Romanistique intermédiaire et l'histoire du Droit romain de l'Antiquité n'aient pas progressé au même rythme» (P. LEGENDRE, *La France et Bartole*, en Varios, *Bartolo da Sassoferrato: Studi et documenti per il VI centenario*, vol. 1, Milán, 1961, 172).

gía, es decir los *studia humanitatis*, en cuanto se consideraban instrumentos indispensables para un estudio renovado y una verdadera comprensión del derecho. Por nuestra parte, consideramos capital esta aportación del humanismo jurídico al estudio del derecho. Sin embargo, se ha de reconocer que su proyección y desarrollo se vieron truncados en pocas décadas. Ya en el siglo XVIII el método exegetico volvió a ser dueño y señor de academias y cancillerías⁷⁶.

Desde mediados del siglo XV, el método clásico de glosadores y comentadores, teniendo siempre presente las importantísimas aportaciones que realizaron a la dogmática jurídica, manifestó signos inequívocos de involución que, a pesar de la pervivencia, patente en ocasiones y, sin duda alguna, latente en la mayoría de los casos, del *mos italicus*, llevaron a exponentes y seguidores de las nuevas corrientes humanísticas a renovar el conocimiento y estudio del derecho a través de la recuperación de los modelos culturales de la antigüedad clásica.

Ello condujo a un acercamiento científico al *Corpus Iuris* completamente distinto del llevado a cabo por glosadores y comentadores. Lo que para éstos constituía un texto normativo unitario e intocable, se convirtió para el humanismo literario en un testimonio de la antigüedad que, como tal, debía ser estudiado e interpretado con los medios e instrumentos de la filología y de la historia. Al ser, pues, considerado más como derecho histórico que como ordenamiento vigente, el *Corpus Iuris* debía, en consecuencia, ser sometido a un riguroso estudio dirigido a distinguir el patrimonio jurídico clásico del de épocas posteriores⁷⁷.

Todo ello desembocó en la aplicación al estudio del derecho de las técnicas de crítica histórica y textual que lentamente se abrían camino en otras ramas del saber. En este contexto de recuperación

⁷⁶ Es cierto que la apuesta por el método institucional y sistemático en el estudio del derecho ha obligado a volver los ojos a esa necesaria interdisciplinariedad que ayuda a comprender el derecho en su justa dimensión, porque lo sitúa en el humus social y humano en que brota y al que sirve. Pero el realismo de cada día nos devuelve, jornada tras jornada, a concepciones y vivencias del derecho totalmente desarraigadas del entorno personal donde se aplica: es casi imposible encontrar, en los medios jurídicos en que me muevo, especialistas en cualquier disciplina jurídica que conozcan, al menos, la historia de las instituciones en torno a las que se estructura su propia especialidad. Constituiría, pues, un sarcasmo esperar sensibilidad para la sorpresa ante dimensiones de la persona que, por integrar su más profunda constitución de humanidad, habrían de ser estimadas, a pesar de su aparente lejanía, como presupuestos necesarios de la reflexión jurídica.

⁷⁷ Cfr. R. FEENSTRA, *Influence de l'enseignement du droit romain [à Orléans] sur les nations étrangères*, en *Actes du congrès sur l'ancienne Université d'Orléans (XIIIe-XVIIIe siècles)* (Orléans, 1962), 45-61; Idem, «L'enseignement du droit à Orléans. Etat des recherches menées depuis Meijers», *Bulletin de la Société archéologique et historique de l'Orléans, Nouvelle série*, t. IX, n. 68, 1985, 13-29; E. M. MEIJERS, *Etudes d'Histoire du Droit*, t. III: *Le Droit romain au Moyen Age*, I (Leyde, 1959), edición preparada por R. Feenstra y H.F.W.D. Fischer.

de la civilización clásica, los juristas buscaron y se acercaron al conocimiento y revalorización de todo el material normativo redactado en griego, que había sido ignorado hasta entonces debido principalmente al desconocimiento de la lengua griega⁷⁸, así como, más allá de las instituciones jurídicas clásicas e imperiales, al lenguaje y modos de expresión del derecho romano arcaico.

Al comienzo del siglo XVI también los profesionales del derecho asumieron frente a los comentaristas medievales la postura crítica que ya con anterioridad habían tomado filósofos, teólogos y escritores, en relación a sus respectivas ramas de saber. En sentido propio, sólo puede hablarse de humanismo jurídico a partir del momento en que los juristas asumen en su trabajo el método diseñado por los seguidores, desde la literatura hasta las artes plásticas, del humanismo.

Humanismo jurídico que, aunque iniciado tímida y paradójicamente, pues extraña que en la patria del *mos italicus* se gesten los fundamentos teóricos que consolidaron el *mos gallicus*, en Italia, tuvo su mayor suceso en Francia a través de la conocida como *Escuela culta* que, precisamente por esta razón, fue denominada como *mos gallicus* en oposición al *italicus* que seguía la tradición de Bartolo. Junto con la revisión crítica de fuentes y documentos, se asumió en el estudio y ordenación de las materias un método más de carácter lógico-institucional, muy distinto al utilizado por los compiladores justinianos en quienes predominaban planteamientos fundamentalmente cronológicos y exegéticos.

⁷⁸ No obstante, hemos de reconocer y recordar que el derecho griego ha seguido siendo desconocido, ignorado y mal interpretado por la ciencia jurídica occidental: «Il diritto greco antico è oggetto di studio all'incirca da un secolo e mezzo... Per quanto riguarda lo studio del diritto privato, che qui ci interessa più da vicino, i manuali di Beauchet e di Lipsius, pur nella loro diversa impostazione, presentano due caratteristiche comuni: a) un netto atenocentrismo (reso esplicito dai titoli stessi delle due opere); b) l'applicazione (più evidente ed esplicita in Beauchet che in Lipsius) allo studio del diritto attico dell'apparato concettuale proprio del diritto romano, quasi che le nozioni elaborate dalla pandettistica del sec. XIX fornissero la chiave per descrivere e comprendere ogni ordinamento giuridico antico e moderno.

Queste due caratteristiche furono avvertite, nella fase successiva degli studi giusgrecistici che inizia con il primo dopoguerra, come un limite da superare. Ma, mentre per opera di studiosi come U. E. Paoli, L. Gernet e H. J. Wolff, lo studio del diritto greco si è andato progressivamente svincolando dall'uso acritico dello strumentario concettuale romanistico, il pregiudizio atenocentrico non è stato del tutto abbandonato nonostante la presenza di un'imponente documentazione giuridica proveniente da zone diverse dall'Attica. La preponderanza quantitativa del materiale attico e il prestigio culturale di Atene inducono infatti ancora oggi ad identificare nel diritto attico l'ordinamento più maturo e più avanzato, tale da costituire in un certo censo il modello per gli ordinamenti delle altre *poleis*.

A questa visione del diritto greco, inteso come un insieme di principi comuni identificati più o meno consapevolmente con quelli che caratterizzano il diritto attico, si è però contrapposta, negli ultimi trent'anni, l'opinione di coloro che sottolineano come ogni *polis* indipendente e sovrana avesse formalmente un proprio ordinamento giuridico, la cui conformità a presunti principi comuni deve essere dimostrata caso per caso» (A. MAFFI, *Studi di epigrafia giuridica greca*, Milán, 1983, V-VI).

La polémica que enfrentó en Europa a los seguidores de uno y otro modelo fue, en gran medida, alimentada y mantenida por la situación social, jurídica y política en que bullían e iban, poco a poco, asentando sus instituciones jurídicas y políticas los distintos territorios europeos. Así pues, la metodología humanística que, a través de la devaluación del derecho justiniano como derecho vigente y su progresiva reducción a derecho histórico, abría el camino a la revalorización de usos, tradiciones y costumbres nacionales, tuvo muy diversa acogida y difusión en Europa, condicionadas siempre por el peso e importancia atribuidos a los nacientes derechos particulares.

En Italia, por ejemplo, la pugna se resolvió a favor del *mos italicus* debido, sobre todo, al profundo particularismo jurídico que generaba la gran fragmentación política existente entre las distintas ciudades y repúblicas italianas: la vigencia de un derecho común era el único modo de garantizar una cierta unidad y uniformidad al sistema jurídico de la península italiana⁷⁹.

Otro tanto cabe decir del área germánica donde el derecho romano era fuente jurídica viva. A él se confiaba una función unificadora y racionalizadora de los derechos y de las costumbres locales. En el ámbito del derecho germánico, sobre todo por el gran protagonismo que la costumbre y los particularismos locales tuvieron en ese sistema, el derecho romano, en cuanto *ius commune*, se invocaba también como garante, aunque sólo fuese parcialmente, de una mínima certeza del derecho con el añadido de la seguridad jurídica que comporta, tal cual deriva de las fuentes jurídicas escritas.

⁷⁹ Es riquísima la serie de fuentes relativas al nacimiento de las ciudades (*comuni*) italianas, así como a su consolidación social y política y sus luchas con el Imperio. Cada ciudad italiana posee crónicas, anales e importantes colecciones documentales. A modo de ejemplo, y desde la perspectiva desde la que enfocamos estas páginas, pueden verse: a) para Milán, que nace como ciudad episcopal, las de ARNOLFO, *Gesta archiepiscoporum mediolanensium*, que abarca hasta finales del siglo XI; LANDOLFO PATARINO o EL VIEJO, que narra la historia de Milán desde el año 374 al 1085 en su *Mediolanensis historiae libri quattuor*; LANDOLFO EL JOVEN, cuya *Historia mediolanensis* llega hasta bien entrado el siglo XII; b) para Pisa es fundamental el *Liber maiolichinus*, de autor incierto, en el que se narra de forma versificada la expedición efectuada por los pisanos (1113-1115) contra las Islas Baleares, ocupadas entonces por los moros; BERNARDO MARANGONE escribe, a finales del siglo XII, el *Vetus chronicon pisanum* y en 1269, obra de MICHELE DE VICO, se publica el *Breviarium pisanae historiae*; c) para Génova contamos, entre otras, con dos obras fundamentales, el *Chronicon ianense*, de SANTIAGO DE LA VORÁGINE, quizás más conocido por su obra hagiográfica, y los *Annales ianenses* iniciados por CAFFARO el año 1100 cuando sólo contaba 20 de edad y continuados por otros autores hasta GIACOMO DORIA que los completó hasta 1293; d) para los orígenes e historia de Venecia disponemos de la *Cronaca veneziana* de GIOVANNI EL DIÁCONO; *La cronique des Venetiens*, de MARTINO DA CANALE y el *Chronicon venetum*, de ANDREA DANDOLO, que abarca hasta 1339 y que fue continuado hasta 1383 por RAFAINO DE CARESINI, canciller de la República veneciana y contemporáneo de los hechos que narra. Otro tanto podría decirse de Florencia (*Annales florentini primi* y los *Annali florentini secundi*), Piacenza (*Annales guelfi* y los *Annales ghibellini*), Bérgamo (*Annales bergomates*), Verona (*Annales veronenses breves* y los *Annales Sanctae Trinitatis*), Padua (*Annales sanctae Iustinae*), Parma (*Chronicon parmense* y el *Memoriale potestatum regensium*), etc.

El *mos gallicus* encontró en Francia las condiciones más favorables para su desarrollo. Contribuyó decisivamente a ello el hecho de que en esta nación es, de una parte, donde más precozmente se manifestaron las ideas que posteriormente conformaron los fundamentos de los Estados absolutos modernos, y, de otra, donde con mayor prontitud se constituyó un régimen estatal centralizado, burocrático y nacional. El ordenamiento positivo francés no asumió como fundamento el derecho romano común, sino aquel derecho consuetudinario sobre el que cabía la posibilidad de elaborar un derecho nacional uniforme. Por esta razón, el *mos gallicus*, aun cuando no reconocía la posibilidad genérica de aplicar directa e inmediatamente como derecho vigente el viejo *ius commune*, no fue en Francia una mera referencia de simple erudición jurídica, sino que, todo lo contrario, jugó un importantísimo papel en la política de centralización y unificación, no sólo política sino también legislativa, de la monarquía francesa.

III. ¿SERÁ POSIBLE UN FUTURO SIN PASADO?

Introducíamos estas líneas refiriéndonos a la *recuperación*, al menos *ornamental*, por parte de algunos civilistas contemporáneos de las Escuelas medievales sistematizadoras y, en cierto modo, *creadoras* del derecho privado tal y como llegó a la era de las codificaciones. Y no debemos cerrar esta parcial, debido a los asuntos que voluntariamente hemos dejado sin tratar, exposición sin recordar un reto olvidado, y quizás ya irrecuperable, por la gran mayoría de quienes en la actualidad cultivan el derecho civil: *nos referimos a la necesidad de volver a las fuentes medievales del derecho*, en general, y del derecho privado, en especial.

El intento de volver los ojos al mundo medieval no supone, ni mucho menos, un ejercicio de descomprometida añoranza anacrónica, varada en la optimización ilusoria de los tiempos pasados. Desde su perspectiva metodológica, la ciencia jurídica medieval articula un modo de acercarse al estudio y creación del derecho en que se integran perfectamente la autonomía del jurista, la libertad de las Escuelas y la autoridad del legislador y de quienes tienen capacidad para establecer e irrogar normas sobre cualquier comunidad o sociedad.

El jurista del Medievo, al explicar y explicitar la norma, innova y, en consecuencia, creaba derecho que va más allá de la mera teoría doctrinal y se traduce y concreta en la realidad, recogido y aplicado, unas veces en determinadas decisiones jurisprudenciales y otras por el propio legislador en sus normas. El trabajo jurídico, pues, no se ceñía a la mera repetición, mejor o peor articulada, de

lo que dictaba la norma o de lo que otros, acertada o erróneamente, hubieran enseñado; antes al contrario, el glosador o comentarista realiza su trabajo en el convencimiento de que, sin renunciar a la tradición doctrinal y normativa, su reflexión jurídica, fuera planteada desde la necesidad práctica o desde la teoría dogmática, había de innovar perspectivas que respondieran verdaderamente a la novedad de problemas, situaciones y coyunturas sociales, personales y políticas desconocidas hasta ese momento.

También desde su dimensión material, es decir, por cuanto respecta a los contenidos jurídicos sobre los que trabajan o a las instituciones que en aquellos siglos se crean, ha de ser reconocido un lugar privilegiado al conocimiento del derecho medieval. Sorprende comprobar tanto la variedad de cuestiones como la complejidad de los problemas tratados por los juristas medievales, lo mismo que la finura y precisión de las respuestas dadas y de las construcciones y elaboraciones dogmáticas y doctrinales que se articularon en torno a aquéllos.

No se trata sólo de la conveniencia de volver sobre el pensamiento de los maestros medievales cada vez que se proponga el estudio serio de cualquier asunto relacionado con el derecho privado; estamos ante una verdadera necesidad, ya sea considerada desde la ayuda que pueden prestar en la reconstrucción y seguimiento de las fuentes anteriores a sus propias obras, o bien se plantee desde el hecho de que su conocimiento evitará que nos convirtamos en sorprendidos descubridores de mediterráneos ya contaminados, por hollados y manidos.

La vuelta a la experiencia jurídica medieval se nos ha de presentar más como un intento de recuperar en la sociedad y en su entramado jurídico la raíz de la aspiración a la libertad, puesto que necesariamente ésta sólo puede ser realmente efectiva y personal cuando de su respeto nace la norma y a su consecución tiende el derecho. El grado de libertad y autonomía real de una sociedad se mide por su capacidad de autorregularse/autogobernarse mediante la creación de normas jurídicas o pautas vinculantes de comportamiento, basadas fundamentalmente en la justicia de sus contenidos y en su autoridad social, independientemente de las leyes o disposiciones que, coactivamente, puedan emanar de quien la dirige o gobierna: cuanto más cercana, en sus contenidos materiales y en su formalidad pública, sea a la sociedad, más autoridad se reconocerá a la norma y mayor obsequio, respeto y observancia le serán debidos.

Esta línea de producción y elaboración normativa es la que hemos querido señalar y resaltar como característica dominante del

mundo jurídico medieval, en la variopinta realidad de profesionales del derecho protagonistas, en última instancia, de la creación legal. Tanto más cuanto que nuestro siglo y los últimos años del pasado han protagonizado el redescubrimiento del hombre como razón y fuente última de derechos y libertades. *Revolución* que, según unos, es hija del Siglo de las Luces (?) y que para otros hunde sus verdaderos cimientos en el Medievo⁸⁰.

Pero, sobre todo, el conocimiento de la ciencia jurídica medieval interrogará al jurista contemporáneo sobre un modo de acercarse al estudio del derecho, que se va imponiendo progresivamente en la metodología de nuestros centros universitarios, falta de reflexión y aportación personal, *donde el formalismo repetitivo*, se asuma desde la simple repetición de la ley o desde lo que la propia doctrina, cada vez más fatua y vacía, reitera una y otra vez, *se ha erigido en ¡contrastada! denominación de calidad*.

Nuestro quehacer jurídico se ve circunscrito, en la mayoría de los casos, a doctrinas, teorías o modos de afrontar los problemas en que se sacrifica la frescura de la inventiva a la seguridad de un fixismo normativo que, aunque garantice a primera vista la tranquilidad de un tráfico social predeterminado políticamente, acaba convirtiéndose en corsé asfixiante de todo progreso y crecimiento. El jurista medieval, respetuoso y observante en relación a la ley, busca y desentraña la juridicidad o el derecho que *brota de y se genera* en las propias relaciones humanas; es decir, se plantea, sobre todo, descubrir un *ius* autónomo, esencialmente conectado a la juridicidad que produce toda relación personal, sea dual, plural o comunitaria, más allá de la heteronomía, la mayoría de las veces alienante, en que hunde sus raíces la virtualidad vinculante entre la ley y las personas.

Tanto la metodología jurídica de los maestros medievales, como su esfuerzo por crear, articular y adecuar instituciones que respondieran a los problemas y exigencias de su tiempo, continúan siendo hoy reclamo insoslayable para quien no se conforme con ser un mero copiadador de normas y simple transmisor de tópicos repeticiones.

⁸⁰ «Ceux qui, aux États généraux, prétendaient représenter le peuple, représentaient en fait la classe bourgeoise. Celle qui vend et qui achète. Dorénavant, vendre et acheter va vous donner le droit d'exister et d'être quelqu'un. C'est ce qui donne une valeur à la personne plus que d'être "enfant de Dieu". Au Moyen Âge, le fait d'être des créatures créait une égalité et une unité entre les personnes. Après, on est soit une propriétaire de biens, soit un misérable. Au Moyen Âge, le pauvre représente le Christ. L'expression "*pauvre mais honnête*" employée aux XVIIIe et XIXe siècles est significative: il y a présomption de malhonnêteté pour le pauvre... Au Moyen Âge, on lui faisait une place, même s'il était assis en bout de table. À partir du XVIe siècle, on a honte du miséreux et on l'exclut. Le fait de posséder de l'argent a créé des classes sociales et entraîné une fracture...

Le spectacle d'une société dans laquelle l'argent n'a pas le premier rôle devrait être instructif pour nous: cela permettrait de rétablir des relations qui ne soient pas exclusivement fondées sur le maniement de l'argent» (R. PÉRNAUD, *Histoire et lumière*, Paris, 1998, 24-25).