

CAPÍTULO IV

La ciencia medieval y la jurisprudencia

1. Características de la ciencia medieval. . . . .	85
2. Rasgos metodológicos de la ciencia jurídica . . . . .	86
3. “Valores” inherentes a la jurisprudencia . . . . .	88
4. Criterio sociológico . . . . .	89
5. La jurisprudencia postacursiana. . . . .	92
6. Glosadores y postacursianos . . . . .	96

## IV

### LA CIENCIA MEDIEVAL Y LA JURISPRUDENCIA

SUMARIO: 1. *Características de la ciencia medieval.* 2. *Rasgos metodológicos de la ciencia jurídica.* 3. *“Valores” inherentes a la jurisprudencia.* 4. *Criterio sociológico.* 5. *La jurisprudencia postacursiana.* 6. *Glosadores y postacursianos.*

#### 1. *Características de la ciencia medieval*

Los juristas escolásticos crearon una ciencia jurídica en un sentido contemporáneo, más que en un sentido clásico aristotélico como hicieron sus predecesores romanos.<sup>1</sup>

Para un hombre occidental (un hombre de la Europa medieval), la verdadera certeza de las ciencias (*i.e.*, matemáticas) residía en su propia lógica interna, más que en la falibilidad de la observación humana. Una ciencia en este sentido, a diferencia de la ciencia aristotélica, se preocupa por formular hipótesis que puedan servir como base para la “ordenación de los fenómenos”. La jurisprudencia de los juristas escolásticos era precisamente este tipo de ciencia.

Los juristas estaban preocupados fundamentalmente por construir un sistema de instituciones y normas jurídicas, más que en levantar un inventario del mundo exterior. No obstante, la ciencia jurídica requería de la observación empírica para seleccionar la base fáctica de su sistema (la selección del material relevante se hacía de acuerdo con una apropiada doctrina de la identidad, *i.e.*, de las “fuentes”). Ciertamente, el interés primordial residía en la consistencia y coherencia de sus componentes.

Una ciencia jurídica de este tipo puede ser determinada por tres tipos de criterios: 1) metodológico, 2) valorativo y 3) sociológico. Teniendo en cuenta estos criterios, Harold J. Berman, sostiene que la jurisprudencia medieval, la ciencia de los juristas europeos del siglo XII, es la madre de las ciencias occidentales modernas.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Véase mi libro: *El derecho y la ciencia del derecho*, cit., pp. 123-134.

<sup>2</sup> Cfr., “The Origins of Western Legal Science”, cit., p. 931.

## 2. Rasgos metodológicos de la ciencia jurídica

Una ciencia en el sentido descrito (*i.e.*, una ciencia europea) puede ser metodológicamente caracterizada así: un conjunto de conocimientos en el cual las ocurrencias particulares de los “fenómenos” están sistemáticamente explicadas por enunciados que se “conforman” a principios o verdades generales. El conocimiento de estos últimos, *i.e.*, de los principios, es obtenido por una combinación de observaciones, formulaciones de hipótesis, verificación y, hasta cierto grado, experimentación.

De acuerdo con este criterio, la investigación académica y los escritos de los juristas (italianos, franceses, alemanes) de finales del siglo XI y de los siglos XII y XIII, constituyeron, sin duda, una ciencia del derecho. La jurisprudencia se identifica con una especial metodología: más que un conjunto de respuestas, la jurisprudencia construye el “sistema” jurídico. El jurista, a través del método dialéctico (con las características que he explicado), formula la doctrina jurídica del *Corpus iuris* y demás derecho medieval; formula la doctrina de los “órdenes jurídicos”. El jurista señala los criterios que permiten identificar un orden jurídico (*i.e.*, el derecho de un país), establece los criterios que nos permiten determinar sus componentes (legislación, costumbre, reglas, principios), así como los criterios de consistencia y eficacia de los mismos. En suma, construye la doctrina del derecho positivo (proporcionando las pautas adecuadas de su interpretación y estándares de aplicación).

El objeto de estudio del jurista lo constituían los mandatos, órdenes, reglas o principios, encontrados en las resoluciones judiciales, costumbres, leyes, decretos, promulgados por concilios, reyes, papas, emperadores o magistrados, “arreglados” de conformidad con las normas, reglas, principios del *Corpus iuris* (o mejor, de su doctrina). Estos “materiales jurídicos” constituían, por decirlo así, la base empírica de los “sistemas jurídicos”. El material jurídico era tratado por los juristas como materiales para observar, clasificar y explicar sistemáticamente, en términos de principios y conceptos generales. Las explicaciones así obtenidas eran sometidas a verificación en términos predominantemente lógicos. De esta forma, la jurisprudencia medieval, como dogmática jurídica, tiene como necesario punto de partida un enfoque más bien positivista: observa

y determina los “hechos sociales relevantes” por los cuales se produce o se señala el derecho aplicable.<sup>3</sup>

Detrás de la clasificación, sistematización y “descripción” del derecho llevadas a cabo por los juristas, parecía encontrarse un principio jurídico fundamental que no estaba establecido en el derecho —promulgado—, había sido, en realidad, “establecido” por el jurista para “describir”, “explicar”, el derecho.<sup>4</sup>

La verificación de los enunciados y principios jurídicos establecidos se realizaba mediante el análisis y demostración de su *consistencia lógica* dentro del sistema. Pero también se verificaban por la “experiencia”. Según Harold J. Berman, esto ocurre cuando el jurista está en posibilidad de comparar las consecuencias de la aplicación de las normas jurídicas y sus reformas. Normas poco satisfactorias, algunas veces, eran modificadas o derogadas, o bien, permitían observar claramente el desuso.<sup>5</sup> De esta forma tenemos que la verificación empírica aparece vinculada con la eficacia del derecho. Del concepto de eficacia puede seguirse el de desuso; de la observancia de diversos grados de eficacia puede determinarse la derogación o, en su caso, el mantenimiento de normas e instituciones. Por lo demás, las consecuencias adversas o contrarias a los demás principios, rompen la consistencia lógica del sistema.<sup>6</sup>

El derecho romano de Justiniano proporcionaba los principios y estándares jurídicos fundamentales para criticar y evaluar las normas jurídicas e instituciones existentes. De esta manera, los grandes juristas del pasado, no los legisladores, imponían el criterio decisivo de *validez*. La validez de las normas jurídicas se demostraba, fundamentalmente, por su consistencia con el sistema, entendido como un todo. Impera el criterio de validez sistemática.

La verificación de principios generales mediante la consistencia lógica y la experiencia llevó a la ciencia jurídica al más alto nivel intelectual. Sin embargo, el natural interés del jurista (del siglo XII

<sup>3</sup> Cfr., Berman, Harold J., “The Origins of Western Legal Science”, *cit.*, pp. 931-932.

<sup>4</sup> Sobre las funciones de la jurisprudencia, véase: Nino, Carlos S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica con referencia particular a la dogmática penal*, México, UNAM, 1989. Sobre este tema véase también mi trabajo: “La ciencia jurídica y su aspecto empírico. (Nota sobre los enunciados jurídicos y su falsificabilidad) en *Cuadernos de Extensión Académica*, Núm. 49, 1988, UNAM, México.

<sup>5</sup> Berman, Harold J., “The Origins of Western Legal Science”, *cit.*, pp. 922-933.

<sup>6</sup> Joseph Raz sostiene que uno de los criterios al que, en última instancia se puede recurrir para determinar la identidad de una disposición jurídica, es el contenido (cfr., *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*) (traducción mía), México, UNAM, 1982, pp. 105 y ss.

como el de nuestros días) se centraba en la dogmática jurídica. Esto es, la sistematización de todas las ramificaciones de disposiciones, sus interconexiones y sus aplicaciones a tipos de casos. Tales problemas eran considerados por los juristas, no como cuestiones morales o políticas, sino como *cuestiones jurídicas*<sup>7</sup> y, como tales, se tenían que resolver en base al “derecho aplicable”, i.e., en base a la interpretación jurídica de los textos dotados de autoridad. En tanto aceptación dogmática de dicha autoridad, no existía ningún intento por demostrarla o contrariarla. La tarea del jurista de entonces, como del de ahora, es la de organizar materiales jurídicos y atribuirles un “sentido específico o jurídico”; su tarea, a partir de su aceptación dogmática, no es esencialmente diferente de la de los juristas de la *Exégesis*, ni diferente de la tarea de los pandectistas ni, tampoco, de la tarea de los juristas de nuestros días.

### 3. “Valores” inherentes a la jurisprudencia

Existe un conjunto de criterios valorativos propios a la ciencia medieval y, en particular, a la jurisprudencia. Más que criterios valorativos son una ideología específica que se manifiesta principalmente en ciertos mitos y presupuestos de los juristas; su apego incuestionable al derecho romano justinianeo y el valor de ciertos textos y doctrinas derivados de él (e.g., la *Gran Glossa* de Acursio, los libros de Bártolo), aunque hayan existido razones para ello, nunca son explicados. Además de los presupuestos y mitos no explicitados, la ciencia jurídica tiene que explicarse en términos de actitudes, convicciones y propósitos fundamentales de todos aquellos involucrados en la empresa: los juristas.

Los juristas del siglo XI viven el clímax de la “revolución pontificia”. En ese tiempo el dogma se estableció jurídicamente: la herejía era desobediencia y constituía un delito. Además de la excomunión —con todas las consecuencias sociales que ésta acarreaba—, los procedimientos de “inquisición” eran usados por primera vez en los siglos XI y XII para expiar la herejía como un crimen eclesiástico; la pena de muerte, por primera vez, se aplicó por ella. El delito lo constituía el “disentimiento” de los dogmas.

<sup>7</sup> Debemos considerar que una cuestión jurídica es aquella que tiene una *solución* jurídica, i.e., se resuelve en base, justamente, al “derecho aplicable”.

No obstante esta situación, los juristas reclamaron y mantuvieron gran libertad para la ciencia jurídica. La fuerza de convicción en los valores y actitudes (ideología) de los juristas del siglo XII se desarrolló con enorme solidez, no obstante que, a la sazón, los herejes recalitrantes eran ejecutados.<sup>8</sup>

#### 4. Criterio sociológico

La jurisprudencia, *i.e.*, la actividad de los juristas, estaba protegida por un conjunto de instituciones sociales que promovían los valores y actividades compartidos por los juristas. Entre estas instituciones, las universidades fueron las más importantes. Por otro lado, es necesario subrayar que es una empresa colectiva. Las comunidades científicas coexisten con una disciplina: una comunidad de jurisconsultos para la jurisprudencia; una comunidad de médicos para la medicina; teólogos para la teología, etcétera. La comunidad se encarga del “entrenamiento” de los aspirantes. El privilegiado *status* de estas comunidades, *i.e.*, comunidades de doctores, *universitates*, etcétera, permitió un alto grado de libertad de enseñanza, de investigación y de entrenamiento de aspirantes. Por ello es particularmente característico de la ciencia jurídica en Europa continental, su estrecha conexión histórica con la universidad. Al respecto Harold J. Berman dice que la ciencia occidental nació en la universidad y la universidad se consolidó con su herencia de libertad de investigación y enseñanza.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> *Cfr.*, Berman, Harold J., “The Origins of Western Legal Science”, *cit.*, pp. 933-936.

<sup>9</sup> Si la moderna ciencia occidental (con sus mitos, sus conceptos, con sus criterios valorativos) emergió a finales del siglo XI y a principios del siglo XII es porque en ese tiempo surgieron las Universidades. (Véase mi libro: *La universidad epopeya medieval*, *cit.*). Harold Berman observa que es necesario algo más que la mera traducción y difusión de las obras de Aristóteles para explicar porqué en los años 1150 diez o trece mil estudiantes de toda Europa se encontraban en Bolonia estudiando derecho. Los historiadores de las ideas plantearon esto de manera bastante ingenua, creen que toda la historia del pensamiento medieval puede ser organizada en términos del progresivo descubrimiento de Aristóteles. Sin embargo, los más importantes trabajos de los padres de la nueva teología, así como de la ciencia jurídica (en particular los trabajos de Abelard y Graciano), son anteriores a las traducciones de los más importantes trabajos de Aristóteles sobre lógica (*cfr.*, Berman, Harold J., “The Origins of Western Legal Science”, *cit.*, pp. 937 y 938, nota 81). Abelard y Graciano no conocieron los trabajos de lógica, y sin embargo, sus obras fueron claves para el desarrollo de la teología y el análisis de la jurisprudencia (*cfr.*, Kantorowicz, Hermann, “The *Quaestiones disputatae* of Glossators”, *cit.*; Cavanna, Adriano, *Storia*

Las consideraciones sociales jugaron una parte crítica en la determinación de la naturaleza de la ciencia jurídica. La dialéctica escolástica y consecuentemente la ciencia moderna fueron producidas por las contradicciones de la sociedad europea de finales del siglo XII y por el impresionante esfuerzo por resolver tales contradicciones y forjar una nueva síntesis.

Una profesión erudita de juristas —y teólogos— surgió en Europa occidental en respuesta a las necesidades sociales. Había que reconciliar o superar los conflictos que se propagaron dentro de la Iglesia, entre la Iglesia y las autoridades seculares y entre las autoridades seculares entre sí. La profesión jurídica formada predominantemente en las universidades produjo una ciencia del derecho de características específicas. Los juristas constituyeron una comunidad cuya ciencia fue su razón de ser: la jurisprudencia fue así, en primera instancia, una institucionalización del proceso para solucionar los conflictos sociopolíticos, sobre la base de textos jurídicos dotados de autoridad.<sup>10</sup>

La ciencia jurídica occidental, consecuentemente, adquirió un carácter transnacional. Nada mejor para ilustrar este hecho que las palabras de David Knowels:

por 300 años, desde 1050 a 1350 y, sobre todo, en el siglo entre 1070 y 1170, toda la Europa culta formaba una... indiferenciada unidad cultural... Entre Edimburgo y Palermo, Mainz o Lund y Toledo, un hombre de una ciudad... podía ir a educarse a cualquier iglesia, tribunal o universidad... Desde el norte al sur o del este al oeste... Fue la era de Lanfranc de Pavia, Bec y Canterbury...; De Anselmo de Aosta, Bec y Canterbury; de Vacarius de Lombardía, Canterbury, Oxford y York...; de John de Salisbury, París, Benevento, Canterbury y Chartres...; de Tomás de Aquino, de Colonia, de París y Nápoles...<sup>11</sup>

El derecho romano, esto es la jurisprudencia medieval, era una disciplina sin fronteras; se enseñaba en las universidades a estudiantes provenientes de todos los lugares de Europa. Además de darle a la ciencia jurídica un carácter transnacional, las universi-

*del Diritto moderno en Europa, cit.*, pp. 125-134); Piano Mortari, Vincenzo. *Dogmática e interpretazione. Igiuristi medieval*, Nápoles, 1976.

<sup>10</sup> Cfr., "The Origins of Western Legal Science", *cit.*, pp. 930.

<sup>11</sup> The Evolution of Medieval Thought, Londres, Longman, 1962, pp. 80-81; *Vid.*: Berman, Harold J., "The Origins of Western Legal Science", *cit.*, p. 940.

dades europeas le proporcionaron al derecho un vocabulario y un método también transnacional. Estos métodos hicieron posible, a la postre, la construcción de los sistemas jurídicos nacionales.

Otra característica de la jurisprudencia o, mejor dicho, de sus cultivadores, era justamente su *status* y peso social en la formación del derecho. Éste tenía que ser encontrado, en primera instancia, en los textos antiguos y, de ahí, era necesario disponer de la clase de hombres eruditos que pudieran explicarlos a todos aquellos que desearan introducirse en sus misterios. El *doctor en derecho* se convirtió en el expositor de la “verdadera norma”. Los jurisconsultos, estaban conscientes de que su profesión era parte integral de la vida intelectual de su tiempo.<sup>12</sup>

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

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

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

La *glossa accursiana* desbancó a todas las otras y fue tenida por el derecho en los tribunales. La autoridad de la *glossa* se expresaba diciendo: *quidquid non agnoscit glossa nec agnoscit curia*. El derecho del medievo era, así, obra de los juristas. La *Glossa* formaba parte de la exposición del *Ius civilis*. De acuerdo con la legislación de Perugia el profesor estaba obligado a leer la *Glossa* después de la exposición del texto romano que se discutía.<sup>13</sup> Un claro ejemplo de esto se encuentra en las palabras de Bártolo: *Haec posita est in volumini digesti novi sub titulo de usucapio, quae lex diffi-*

<sup>12</sup> Cfr., Berman, Harold J., “The Origins of Western Legal Science, *cit.*”, p. 940.

<sup>13</sup> Cfr., Woolf, C.N.S., *Bartolus of Sassoferrato. His Position in the History of Medieval Political Thought*, Cambridge University Press, 1913, p. 6.



*cilis est in textu, difficilis in glossa et difficilissima in materia extra glossam.*<sup>14</sup>

### 5. La *jurisprudencia postacursiana*

Durante el siglo XII y comienzos del siglo XIII, el método exegético de los glosadores había sido adoptado en Francia tanto por civilistas como por canonistas. Este método alcanza su madurez con Jacobus de Revigny (1230-1296),<sup>15</sup> entre otros. Bártolo de Sassoferrato (1313-1257),<sup>16</sup> *il più grande giurista, forse, che sia mai vissuto*, estudió con Cynio. La relevancia de la obra de Bártolo, en cuanto a la formación de la jurisprudencia moderna, merece un comentario más amplio y detallado del que puedo hacer aquí; basta señalar, simplemente, que Bártolo es el pilar más importante en la creación de la moderna ciencia del derecho. Desde entonces, y posiblemente aún en la actualidad, se puede decir: *nemo jurista nisi sit bartolista*.

Con el método escolástico de “deducción”, tomado de los juristas franceses, los jurisconsultos italianos pudieron ir más allá de la

<sup>14</sup> Bártolo, *Comm, super secunda par., Dig. Nov., 41, 3, 15. Si es quipro emptore, Rubrica*, s.n. fol. 90.

<sup>15</sup> Cfr., Zulueta, F. de, “Cinio de Pistoia”, en Seligman, E.R.A., y Johnson, A. (Eds.), *Encyclopaedia of Social Sciences*, Londres, MacMillan and Co. Ltd., 1930, vol. III, pp. 470-471.

<sup>16</sup> Sobre Bártolo de Sassoferrato, véase: Figgis, “Bartolus and European Political Ideas”, en *Transactions of Royal Historical Society*, vol. XIX, 1905, pp. 147-168; Woolf, C.N.S., *Bartolus de Sassoferrato. His Position in the History of Medieval Political Thought*, cit.; Rattigan, W., “Bartolus”, en McDonnell, J. Manson, E. (Eds.), “Great Jurists of the World”, Boston, Little Brown and Co., 1914, t. I, pp. 45-57; Buonamici, F., “Bartolo de Sassoferrato in Pisa”, en *Annali delle Università Toscane*, Pisa, vol. XXXIII, 1915; Kamp, J.L.J. van de, *Bartolo de Sassoferrato*, Urbino, Stabilimento Tipografico Editoriale Urbinato, 1935 (extracto de *Studi Urbinati*, año IX, núms. 1-2, marzo-junio de 1935); Sheedy, Anna T., *Bartolus on Social Conditions in the Fourteenth-Century*, Nueva York, 1942; Ullman, Walter, “Bartolus on Customary Law”, en *Juridical Review*, vol. 52, 1940, pp. 265-283; Segolini, D. (Ed.), *Bartolo de Sassoferrato. Studi e documenti per il IV centenario*, Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1962 (Università degli Studi di Perugia); Gierke, O. von, *Political Theories of the Middle Age*, cit.; Hazeltine, H.D., “The Legal and Political Ideas of the Post-Glossators”, cit.; Post, G., *Studies in Medieval Legal Thought. Public Law and State, 1100-1322*, cit.; Altamira, R. y otros, *General Survey of Events, Sources, Persons, and movements in Continental Legal History*, cit.; D’Entrèves, Alessandro Pasarin, *The Medieval Contribution to Political Thought*, Oxford University Press, 1939; Keen, M.H., “The Political Thought of the Fourteenth Century Civilians”, cit., pp. 105-126; Reisemberg, P., “Civism and Roman Law in the Fourteenth Century Italian Society”, en *Exploration in Economic History*, vol. 7, 1969, pp. 237-254; Ullman, Walter. “The Development of the Medieval Idea of sovereignty”, cit., pp. 1-3. Véase además la bibliografía señalada en la nota 1.

*Glossa ordinaria*. En las manos de Cynio, Bártolo, Baldo y de sus sucesores, el método escolástico reordenó la doctrina jurídica (parte romano-justinianeana, parte dogmática y práctica judicial del medievo) bajo la *ratio iuris*.

Con el prestigio de la lógica escolástica que alegaba haber resuelto el problema de reconciliar la reverencia por la autoridad con la razón, el método de los comentaristas adquirió la misma santidad que sus doctrinas<sup>17</sup>

Es mérito de los comentaristas (postglosadores) el haber transformado el “derecho romano” en derecho común italiano y, posteriormente, en derecho común europeo.<sup>18</sup> Al respecto cabe subrayar que fueron ellos los que prepararon el camino para que el *Corpus iuris* fuera “recibido” como la jurisprudencia del mundo occidental. Fue el “derecho romano” de los comentaristas, *i.e.*, la jurisprudencia de los comentaristas, la que habría de cruzar los Alpes y jugar un papel decisivo en el devenir político de Europa.

En el proceso de transformación del *Corpus iuris* en jurisprudencia italiana, los glosadores y comentaristas crearon cantidad de “teorías” políticas (doctrinas jurídicas sobre el derecho que se aplica al gobierno —de la *città*, del Imperio, etcétera—), fundamentadas primordialmente en el *Corpus iuris*. Cuestiones como la naturaleza del derecho, de la autoridad, sobre la relación entre el poder secular y el eclesiástico, sobre la *societas*, eran abordadas en términos de doctrina jurídica.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Cfr., Jones, W.J., *Historical Introduction to the Theory of Law*, cit. La incorporación de la dialéctica escolástica era completamente libre. Aún más, ciertos comentaristas como Lucas de Penna condenaban vivamente el método dialéctico (cfr., Ullman, W., *The Medieval Idea of Law (As Represented by Lucas de Penna. A study in Fourteenth-Century Legal Scholarship)*, cit.

<sup>18</sup> Cfr., Calasso F., *Medio evo del diritto*, I. *Le fonti*, cit., pp. 45-607; Cavanna, Adriano, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit., pp. 95-104 y 137-145.

<sup>19</sup> Sobre el particular véase: Gierke, Otto von, *Political Theories of the Middle Age* (versión inglesa del profesor Maitland de los capítulos: “Die publistischen Lehre des Mittelalters” del t. III de *Das deutsche Genossenschaftsrecht*), Cambridge, Cambridge University Press, 1900; Carlyle, A.J., *History of Medieval Political Theory of the West*, VI, *Political Theory from 1300-1600*, Edimburgo y Londres, William Blackwood and Son Ltd., 1936; Hazeltine, H.D., “Roman and Canon Law in the Middle Age”, cit., pp. 697-764; *Id.*, “Commentators” en *Encyclopaedia of Social Sciences*, cit., vol. III, pp. 679-681; *Id.*, “The Legal and Political Ideas of the Post-Glosators”, cit., pp. XV-XXXIX. Keen, M.H., “The Political Thought of the Fourteenth Century Civilians”, en Smalley, Berly (Ed.), *Trends in Medieval Political Thought*, Oxford, Basil Blackwell, 1965, pp. 105-126; Jacob, E.F., “Political Thought”, en Crump, C.G., y Jacob E.F. (Eds.), *The Legacy of the Middle Ages*, cit., pp. 505-533; McIlwain, C.H., *The Growth of Political Thought in the West from the Greeks to the End of the Middle Ages*, Londres, McMillan, 1961, (reimpresión de la edición

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

Por lo que a la civilización occidental se refiere, la moderna ciencia del derecho, propiamente hablando, fue creada por los juristas italianos de la Edad Media. Esta hazaña resulta paradójica cuando uno piensa en el hecho de que los juristas se consideraban meros “comentaristas” del *Corpus iuris civilis*. Sin embargo, no hay que olvidar que el jurista al “describir” reformula el derecho positivo.<sup>20</sup> Además, no se puede pasar por alto, como señala H.D. Hazeltine, que la jurisprudencia de los comentaristas es, en muchos de sus rasgos fundamentales, una “refinada filosofía”.<sup>21</sup>

Es en este sentido que hemos sostenido que la jurisprudencia de Ravena, Pisa, Bolonia, Perugia, fue no sólo la ciencia de la creación, interpretación y aplicación del derecho, sino, también, una consistente filosofía política; la única teoría coherente del Estado.<sup>22</sup>

de McMillan de 1932); Ullman, Walter, *Principle of Government and Politics in the Middle Ages*, Londres, Methuen and Co. Ltd., 1966; *Id.*, Ullman, W., *Medieval Political Thought*, Harmondsworth, Inglaterra, Penguin Books, 1979 (Peregrine Books); *Id.*, *Law and Politics in the Middle Ages*, *cit.*

<sup>20</sup> En esto radica fundamentalmente la labor del jurista. Véase mi trabajo: “La «lectura» jurídica y la construcción de inferencias en derecho (*Vid. infra* n. 34).

<sup>21</sup> “The Legal and Political Ideas of the Post-Glossators”, *cit.*, p. xiv.

<sup>22</sup> Vamos a pasar por alto el problema de la doctrina de la Iglesia y la influencia de la jurisprudencia canónica. En un tema como el nuestro no hacer un análisis del derecho canónico es una omisión que no se justifica sino por razones de espacio. El *Concordia discordantium canonum* de Graciano, fue uno de los libros más importantes jamás escritos: fue el *corpus* jurídico de la Iglesia Católica por más de 700 años y es también una de las raíces de la jurisprudencia de Occidente. En lo que respecta a su relación con el *Corpus iuris*, el derecho canónico es deudor de este último. La jurisprudencia canónica había recibido en su seno la *civilis sapientia*. Porque, como señala Bartolus: el derecho canónico sin el *ius civile* es *vidua et imperfecta scientia* (*Sermo in doctorat de Johannis de Sassoferato*, p. 506, citado por Woolf, C.N.S., *Bartolus de Sassoferato. His position in the History of Medieval Political Thought*, *cit.*, p. 15). Sobre el derecho canónico véase: Hazeltine, H.D., “Roman and Canon Law in the Middle Ages”, *cit.*; Noonan Jr., J.T., “Gratian Slept Here: The Changing Identity of the Father of the Systematic Study of Canon Law”, en *Traditio, Studies in Ancient and Medieval History, Thought and Religion*, vol.

La filosofía política era, usando las palabras de Maitland, “una jurisprudencia sublimada”.<sup>23</sup> Es así como la jurisprudencia medieval devino una filosofía del Estado y del derecho.<sup>25</sup>

Aún cuando los juristas manejaban otros derechos: feudal (imperial, costumbre germánica, tratados internacionales, etcétera),<sup>25</sup> la *civilis sapientiae* fue usada para ilustrar y aclarar los principios del derecho y del Estado.<sup>26</sup>

Las grandes cuestiones políticas: el Imperio, la soberanía, la legitimación del *princeps*, etcétera, fueron abordadas por la jurisprudencia. Los argumentos del debate político de la Edad Media fueron forjados por las manos de los juristas italianos del medievo.<sup>27</sup> Cada grupo de juristas buscaba demostrar la supremacía de su propio *corpus* de autoridad. Aunque el derecho justiniano era la fuente primordial de sus doctrinas, estaban en libertad de fundamentar sus ideas políticas en otras fuentes, *i.e.*, derecho canónico, derecho feudal, escritos filosóficos, etcétera.

XXXV, 1979, pp. 145-172; Le Bras, G., “Canon Law”, en Crump, C.G. y Jacob, E.F. (Eds.), *The Legacy of the Middle Ages*, cit., pp. 321-361; Carlyle, R.W. y Carlyle, A.J., *History of Medieval Political Theory of the West*, II. *The Political Theory of the Roman Lawyers and the canonist, from the Tenth Century to the Thirteenth Century*. Edimburgo y Londres, William Blackwood and Son Ltd., 1909-1936, especialmente la parte II: “The Political Theory of the Canon Law to the Middle of the Thirteenth Century”, pp. 93-254.

<sup>23</sup> “Introduction” en Gierke, O. von, *Political Theories of the Middle Age*, cit., p. VIII.

<sup>24</sup> “Después de todo, hay poca diferencia entre una ‘filosofía del derecho’ y una teoría filosófica del Estado... la filosofía del derecho puede estrechar la mano de la filosofía política; aunque el iusfilósofo hablará de los fines del derecho y el filósofo político hablará de los fines del Estado, habrá poca diferencia entre ellos”, Barker, E., “Introduction”, *loc. cit.*

<sup>25</sup> Un magnífico ejemplo se encuentra en Baldo de Ubaldis: *Super usibus feudorum et pacem constantiae commentum* (*Tractatus Uarii Juris*), Venetiis, 1486, fol. 3.

<sup>26</sup> Esto es cierto incluso en Inglaterra. Prueba de ello es la obra de Bracton. Sobre este particular podemos recurrir a la autoridad de Sir Paul Vinogradoff quien, a este respecto, observa: “Bracton estaba en posibilidad de producir un tratado... el cual testimonia la influencia de la jurisprudencia romana y la de los expositores”, (Vinogradoff, Paul, “A note Book of Bracton”, en *Collected Papers of Paul Vinogradoff*, I. *Historical*, Oxford University Press, 1928, p. 297). Cfr., sobre el particular: Gütebock, C., *Bracton and his Relation to the Roman Law. Contribution to the History of the Roman Law in the Middle Ages*, Filadelfia, J.B. Lippincott and Col., 1866; Holdsworth, W.S., *A History of English Law*; 3a. ed., Londres, Methuen and Co., Ltd., 1923, vol. II, pp. 288 y ss.; McIlwain, C.H., *Constitutionalism Ancient and Modern*, cit.; véase, también, mi libro: *Introducción al estudio de la constitución*, cit., pp. ...

<sup>27</sup> Cfr., Maitland, F.W., “Introduction”, cit., pp. XI y XV.

## 6. *Glosadores y postacursianos*

La aparición de la *Glossa de Acursio* permite establecer una línea divisoria en la historia de la jurisprudencia. El dato proporciona a la exposición una referencia suficientemente precisa. Ciertamente, es un dato convencional; pero, sin duda, útil para la exposición que intente dar cuenta de la evolución de la ciencia jurídica.

Por lo general los autores contraponen tajantemente la jurisprudencia de los glosadores con la de los comentaristas o postglosadores. Sin embargo, tal contraposición es no sólo excesiva sino errónea. La experiencia jurídica medieval de la segunda mitad del siglo XIII es múltiple y compleja. Por un lado tenemos el derecho común (romano y canónico); por otro, el derecho particular (*constitutiones*, ordenanzas, costumbres, normas corporativas, usos comerciales). En una experiencia jurídica como ésta, la cual no se entiende como resultado de la “voluntad del legislador”, adquiere gran importancia, para caracterizar la obra de los juristas, saber qué “fuentes” jurídicas tuvieron en cuenta en la construcción de su sistema.<sup>28</sup>

Una característica de los juristas postacursianos reside en el mayor número de “fuentes jurídicas” que, además del *Corpus iuris*, toman en consideración. “Fuentes” que los glosadores, normalmente, no tuvieron presente en sus trabajos. A este respecto cabe señalar, sin embargo, que desde el tiempo de Irnerio, de Bulgarus, de Martinus, de Pillius, los glosadores habían mostrado mucho interés por el derecho feudal y habían tenido presente el derecho longobardo. Ciertamente, los glosadores dedicaron mucho de su esfuerzo al estudio del *Corpus iuris*; pero tuvieron siempre presente la legislación *citadina* y la costumbre local. Sin duda, la “apertura” de los juristas a “fuentes” distintas de las romanas, se hizo patente en el curso del siglo XIII, particularmente en la segunda mitad. Esta “apertura”, empero, era una exigencia que ya asomaba entre los glosadores.<sup>29</sup>

Argumentos similares a los anteriores pueden esgrimirse en cuanto a la idea de la mayor participación de los juristas postacursianos en la abogacía y la judicatura. Un lugar común constantemente repetido sostiene que los glosadores, inmersos como estaban en su sueño romanístico e imperial se obstinaron en no reconocer impor-

<sup>28</sup> Cfr., Nicolini, Ugo, “I giuristi postaccursiani e la fortuna de la *Glossa in Italia*”, *cit.*, p. 51.

<sup>29</sup> Cfr., *Ibid.*, p. 52.

tancia a la vida pública y *comunal*. Aunque se puede encontrar entre los primeros glosadores una entusiasta exaltación de la idea imperial (y de la idea romanística), esto no los condujo a negar *jurisdictio* a la *città*, ni, mucho menos, desinteresarse por los problemas de la vida pública. Al respecto es bastante ilustrativa la polémica planteada entre los glosadores sobre *qui competit merum imperium*.

Odofredo describe la controversia así:

Maestro Azo y maestro Lotario enseñaban en la ciudad y el Emperador (Enrique VI) los convocó para conocer de un asunto: Cierta día que cabalgaba con ellos, les planteó la siguiente cuestión: “Díganme señores míos a quién compete *merum imperium*...? Maestro Lotario dijo: puesto que maestro Azo dijo que yo hable primero, declaro que a vos únicamente pertenece *merum imperium* y a nadie más. Después el emperador preguntó a maestro Azo su opinión. Maestro Azo dijo: En nuestras leyes se establece que otros jueces, además de vos tienen *potestatem gladi* pero que vos la tenéis *per excellentiam*, sin embargo, otros jueces también la tienen: como los *praesides provinciarum* y, aún más, muchos otros que son incluso, más grandes que ellos...<sup>30</sup>

La historia de la interpretación de *D, 2, 1, 3 (merum imperium)* desde el tiempo de los glosadores hasta los postacursianos y, aún posteriormente, es la historia de la doctrina jurídica sobre el poder, a la cual acompaña la centralización del poder y la aparición del Estado nacional.

Multitud de problemas de la vida pública fueron tratados por ellos. Basta pensar en las doctrinas sobre la costumbre de la ley, la soberanía, la legalidad, etcétera, forjadas por los glosadores, para percatarse de la atención que ellos otorgaban a las exigencias de la vida práctica de su tiempo.

En cuanto a la formulación de la doctrina jurídica se observa una clara tendencia: los glosadores conformaban la “experiencia” jurídica de su tiempo al texto romano, los postglosadores conformaban el texto a la “experiencia”. Los glosadores, observa ingeniosamente Ugo Nicolini, hacían lo opuesto que los pintores de la

<sup>30</sup> *Matura diligentissimeque repetita interpretatio in undecim primos pandectarum libros*, Lyons 1550 (*De iurisdictione omnium iudicum*), fol. 38, par. 9, citado por Gilmore, Myron Piper, *Argument from Roman Law in Political Thought, 1200-1600*, cit., p. 18.

época: éstos vestían con ropas medievales los personajes de la antigüedad; los juristas revestían de formas romanas las instituciones de su tiempo.<sup>31</sup> Este “revestimiento” lo hacían, en mayor o menor medida, tanto glosadores como postglosadores. Si los glosadores conformaron más que los postglosadores la “experiencia” al texto, es porque la “experiencia” en tiempo de los postglosadores ya estaba romanizada.

Es muy común sostener que a partir de la *Glossa* comenzaba la obra de creación de un “verdadero” sistema por parte de la doctrina jurídica; con ello terminaba la labor propiamente exegetica. Esto no es del todo exacto. Las *glossae* no agotaban la producción de los glosadores; escribieron *summae*, redactaron *ordines iudicarium*. La tendencia de forjar un “nuevo sistema”, omnicompreensivo, no era novedosa, ni fue mérito de los juristas posteriores a Acursio. Ciertamente, la “confección” del “nuevo” sistema es más clara después de la *Glossa*; el sistema es más completo, más expedito.<sup>32</sup>

Normalmente se sostiene que la exégesis típica de los juristas precursarios termina, justamente, con la *Glossa magna*. El texto romano, suficientemente aclarado e ilustrado es abandonado. Antes que acudir al texto se acude a la *Glossa*. Ciertamente, la atención que se le otorga a la *Glossa* es enorme, como lo es su autoridad. Sin embargo, no lo suficiente como para olvidar completamente los textos. Estos continúan siendo el centro de atención de los juristas postacursarios, como lo fueron de los glosadores. Esto es evidente en la obra exegetica producida después de Acursio. Por lo demás, no podemos olvidar que los textos son directamente objeto de estudio de celeberrimos postacursarios, como Bártolo, Cynio, Baldo.

De todo lo anterior se sigue que entre los *veteres y moderni* más que contraposición de actitudes y métodos —resultado típico de la explicación esquematizada— se presenta una evolución y una progresiva diferenciación en matices y grados.

He aquí el cuadro comúnmente ofrecido en cuanto a las lecciones: exégesis simple y llana, entre los glosadores; en cambio, entre los postacursarios, *i.e.*, postglosadores, un *comentario*. En realidad no difieren mucho. El mismo método descrito en la *Summa in pandectas* sobre la *lecturae* lo encontramos expresamente enun-

<sup>31</sup> Cfr., Nicolini, Ugo, “I giuristi postaccursiani e la fortuna de la *Glossa* in Italia”, *cit.*, pp. 55-56; cfr., pp. 52 y 53.

<sup>32</sup> Cfr., *ibid.*, p. 56.



ciado en juristas postacursianos como Albertano de Brescia, Martino de Fano, (?-1275), Cynio de Pistoia (c-1270-1336), etcétera. Ahí donde no está expresamente enunciado se encuentra fielmente aplicado.<sup>33</sup>

La breve ilustración del texto en forma de *glossae* y su explicación en forma de comentario, el cual “deriva” del texto varios elementos de un complejo sistema doctrinario, son casos muy distintos. Pero ambos se encuentran presentes desde el inicio de la escuela boloñesa. Existe bastante evidencia de la coexistencia de *glossae* y *comentarios*.

Los juristas en el curso de los años no hacen sino reproducir, fundamentalmente los rasgos característicos de la vieja escuela de los glosadores, o mejor, de aquellos viejos maestros que dictaban lecciones o escribían sobre el texto, en forma de comentario.

En los juristas postacursianos encontramos la argumentación simple y escueta de los viejos glosadores. Sin permitirse ninguna superficialidad, los juristas determinan el “verdadero” significado de los materiales jurídicos (e.g., de la ley o de los textos romanos) y señalan su alcance específico. Además de esta económica argumentación, encontramos la compleja y complicada argumentación escolástica. Los juristas, queriendo comprender “todas” las circunstancias y extender su atención a toda una materia, reúnen, por ejemplo, en el comentario a una ley, infinidad de *regulae*. Procediendo con un rigor indefectible, partiendo del dato del material jurídico dado (o de sus principios subyacentes, *regulae* y *propositiones maximae*) alcanzaban, mediante argumentos “lógicos”, las consecuencias jurídicas. Las consecuencias jurídicas así obtenidas se convertían en nuevos puntos de partida para conocer, mediante un procedimiento concebido como “todas” las consecuencias jurídicas.<sup>34</sup>

Comúnmente se afirma que Cynio de Pistoia llevó de Francia el método escolástico. Esta afirmación, impuesta más bien por el peso de la tradición que por el análisis de las fuentes, es difícilmente aceptable. Sólo quien no conozca las *glossae* y demás materiales de antes y después de Acursio, sólo quien no conozca la estructura

<sup>33</sup> Cfr., Nicolini, Ugo, “I giuristi postoccursiani e la fortuna della Glosa in Italia”, *cit.*, pp. 61-62.

<sup>34</sup> Sobre este particular, véase mi Trabajo: “La «lectura» jurídica y la construcción de inferencias en derecho. (Un enfoque sobre la creación doctrinal)”, en AAVV. *Estudios en Homenaje a Jorge Barrera*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM (en prensa).



de las *quaestiones disputatae* de los glosadores, sólo quien no sepa de la diversa orientación de la escuela francesa, de la diferencia de objetivos, de tono y principios; en fin, sólo quien no conozca estos hechos podrá seguir *repitiendo* que la dialéctica se llevó de Francia a Bolonia. No se saben con suficiente certeza los contactos personales de Acursio con Jacobus de Revigny (1230-1296) en Francia; ni los de Petrus de Bellapertica (1250-1308), en Italia, con los maestros boloñeses. Tampoco conocemos con claridad la experiencia francesa de Cynio de Pistoia como para imponer la *moda* francesa en la jurisprudencia italiana.<sup>35</sup>

De lo que he expuesto sobre las *quaestiones disputatae* y sobre la sistematización de Graciano, se puede fácilmente concluir que el método dialéctico no era una novedad en la jurisprudencia. Lo anterior, ciertamente, no quiere disminuir los incontables méritos de la escuela francesa.

<sup>35</sup> Cfr., Nicolini, Ugo, "I giuristi postaccursiani e la fortuna de la Glossa in Italia", *cit.*, pp. 62, 63 y 64.