

Historia
M·Í·N·I·M·A
de

El Derecho en Occidente



JAIME DEL ARENAL FENOCHIO

EL COLEGIO DE MÉXICO

HISTORIA MÍNIMA DEL
DERECHO EN OCCIDENTE

Colección
HISTORIAS MÍNIMAS

Director
Pablo Yankelevich

Consejo editorial
Soledad Loaeza
Carlos Marichal
Óscar Mazín
Erika Pani
Francisco Zapata

HISTORIA MÍNIMA DEL
DERECHO EN OCCIDENTE

Jaime del Arenal Fenochio



EL COLEGIO DE MÉXICO

340.09

A6812h

Arenal Fenochio, Jaime del.

Historia mínima del Derecho en Occidente / Jaime del Arenal Fenochio. —
1a ed. — México, D.F. : El Colegio de México, 2016.

237 pp. ; 21 cm. — (Colección Historias mínimas).

ISBN 978-607-462-869-2

I. Derecho — Historia. I. t. II. ser.

Primera edición, 2016

DR © EL COLEGIO DE MÉXICO, A.C.

Camino al Ajusco 20

Pedregal de Santa Teresa

10740 México, D.F.

www.colmex.mx

ISBN 978-607-462-869-2

Impreso en México

ÍNDICE

Presentación, 9

Introducción, 13

I. El Derecho romano, 21

II. Orden jurídico medieval, 48

III. Crisis de la *auctoritas*, 115

IV. Orden jurídico moderno, 138

V. El Derecho en el siglo xx, 213

Ensayo bibliográfico *mínimo*, 231

PRESENTACIÓN

La elaboración de una *Historia mínima del Derecho en Occidente* puede hacerse desde diversas perspectivas, la presente ha adoptado un mirador poco frecuentado tanto en México como en el resto de los países latinoamericanos dado el fuerte legalismo que los caracteriza. Por mi parte, y siguiendo la orientación que hace muchos años recibí directamente de Jorge Adame e indirectamente de la lectura de la *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna* de Franz Wieacker, ratificada años después con el encuentro de la persona y de las obras del jurista florentino Paolo Grossi, he pretendido exponer una historia jurídica guiada por el desenvolvimiento de la jurisprudencia o ciencia del Derecho que tiene en los juristas dotados de autoridad a sus creadores. No es una historia del pensamiento jurídico ni una de la Filosofía del Derecho, si bien en ocasiones linda con éstas. Es simplemente la historia de una de las fuentes del Derecho más desconocidas en nuestros días. Se trata también de explicar la formación de las diversas dogmáticas jurídicas (concebidas como el conjunto de ideas, principios, criterios, instituciones, normas y prácticas que se impone a sí misma una sociedad determinada como elementos obligatorios, idóneos y eficaces para resolver sus problemas particulares y conflictos jurídicos) establecidas en Occidente —en particular, en la Europa continental occidental y en Latinoamérica— a partir de Roma, alrededor de la idea central del Orden Jurídico, entendido, según las épocas en que se divide esta *Historia*, como orden tradicional, orden justo u orden normativo. Estoy consciente de que la visión realista moderada aquí

adoptada —que en el fondo implica una consideración del Derecho vinculada más al *ser* y no tanto al *deber ser*— no está exenta de polémicas; no obstante, para mí resulta plenamente convincente después de haber expuesto por casi 30 años diversos cursos de historia jurídica y, sobre todo, después de observar los tremendos efectos que una consideración puramente idealista acerca del Derecho no anclada en realidades humanas y sociales concretas puede ocasionar cuando ese *deber ser* está condicionado a servir a cualquier tipo de motivación política o filosófica inhumana y antisocial. Lo justo, de lo que tanto se hablará a continuación, no se considera aquí un fin del Derecho, sino más bien, como lo quería el jurista romano Ulpiano, un “precepto” del Derecho posible de realizarse diariamente mediante la aplicación de diversas fuentes del Derecho y el ejercicio de dos virtudes, la justicia y la prudencia, así como del pensamiento racional comprometido con el conocimiento y el análisis de los conflictos reales entre los seres humanos y la búsqueda desinteresada de soluciones óptimas para los mismos. Ésta ha sido precisamente la tarea del jurisprudente o jurista a lo largo de la mayor parte de la historia jurídica de Occidente, y sólo en los últimos dos siglos se ha visto sustituida por el monopolio estatal que reclama para sí la tarea exclusiva de diseñar e imponer con su poder las soluciones a los diversos problemas que la vida en sociedad le presenta al hombre. Aquí se estudia, entonces, junto a la visión abstracta, geométrica o matemática, sistemática e ideal propia de la Modernidad, una visión prudencial, tópica y realista del Derecho.

Muchas personas han contribuido por diversas razones y en distintos tiempos para que esta *Historia* finalmente salga a la luz. Desde luego, Javier Garciadiego y mi hijo Andrés, que siempre me impulsaron a escribirla, pero también las enseñanzas de mis maestros en estas lides, en ocasiones tan poco comprendidas: Francisco de Icaza, Íñigo Laviada (†), Jorge Adame, Andrés Lira, María del Refugio González, Rafael Gibert (†), Alfonso García

Gallo (†), Francisco Carpintero, Francisco Villalón, Martín Díaz (q.e.p.d.), Alejandro Mayagoitia, Rafael Diego-Fernández y, muy principalmente, Paolo Grossi; a quienes uno el nombre de mis tres discípulos-maestros: Salvador Cárdenas Gutiérrez, Rafael Estrada Michel y Elisa Speckman. Miembros de diversas generaciones de juristas, muchas veces insatisfechos con lo que se les enseñó era el Derecho en las aulas y que han tenido el valor de escribir las páginas de una historia que, en México, era desconocida hace unas pocas décadas.

Es justo reconocer también aquí a las instituciones que han hecho posible mi formación como historiador del Derecho: la Escuela Libre de Derecho —mi *alma mater*—, las universidades Complutense, Panamericana, Iberoamericana, Michoacana y de Navarra, El Colegio de Michoacán y, desde luego, El Colegio de México, el centro de estudios que me ha permitido hacer el enlace correcto entre el Derecho y la Historia.

Quiero, finalmente, dedicar esta *Historia mínima* a todos y cada uno mis ex alumnas y ex alumnos —vivos y difuntos— de diversas instituciones y de tantos años; son ellas y ellos los verdaderos provocadores de las siguientes páginas que finalmente se reducen a reflexionar, una vez más, sobre la libertad que siempre han de conservar y defender como juristas o como historiadores. Se las debía. Y, desde luego, a Silvia, Andrés, Mónica y Mariana, por mucho, mis mayores y más entrañables maestros.

Jaime del Arenal Fenochio

Quito, 8 de marzo de 2015

INTRODUCCIÓN

DELIMITACIÓN DE LA MATERIA Y POLÉMICA QUE LA RODEA

Esta *Historia mínima del Derecho* se escribe desde la perspectiva del Derecho privado, toda vez que éste ha exhibido históricamente mayor continuidad, permanencia y trascendencia que el Derecho público, anclado necesariamente en las diversas formas de organización política. Se trata de una historia del Derecho occidental, ya que pretender elaborar una historia general del Derecho impediría conseguir el objetivo propuesto: servir tanto a los juristas como a los historiadores mexicanos en formación interesados en comprender las ideas y las instituciones que aparecen en las diversas épocas en que tradicionalmente se ha dividido la historia de México, sobre todo a partir de la incorporación del Nuevo Mundo a eso que se conoce como mundo o cultura occidental. También es necesario acotar las perspectivas materiales y temporales del objeto de estudio. Una historia del Derecho entendida así, sin más, debería dar cuenta de la historia de las instituciones, de las ideas y de las fuentes jurídicas, haciendo prácticamente inabarcable en un texto de esta naturaleza su vasto y complicado campo de estudio. Por lo demás, pretender historiar las instituciones jurídicas supone un problema de decisión y de exclusión: ¿con cuáles quedarnos y cuáles dejar fuera?, ¿con las públicas o las privadas? Piénsese que sólo sobre dos instituciones —la propiedad y el matrimonio— se podrían escribir volúmenes semejantes a éste. Excluida por esta razón la historia institucional, parece correcto encontrar un hilo conductor que

permita observar históricamente el desenvolvimiento del Derecho en Occidente en todas sus épocas. Este hilo puede consistir en contemplar el desenvolvimiento de las ideas, el pensamiento y las mentalidades jurídicas que han nutrido e incluso creado a las propias instituciones jurídicas, en el entendido de que éstas siempre implican relaciones sociales permanentes percibidas por una colectividad humana como obligatorias y con un grado de nitidez en los elementos que las componen que permite distinguir las claramente unas de otras, a grado tal que a los gobernantes de la comunidad social que las crea o que las acepta les resulta relativamente fácil diferenciarlas y dotarlas de una forma determinada. El hilo conductor ha de buscarse, pues, en una de las fuentes del Derecho estrechamente vinculada con las ideas, el pensamiento y la mentalidad. Éste es el caso de la Jurisprudencia, entendida no como el resultado de la actividad judicial, sino como la tarea esencial del profesionalista del Derecho por excelencia: el jurista, el *iurisprudente*, surgido en la Roma clásica hacia el siglo II a.C.

El Derecho entendido como *iurisprudentia*, es decir, como el resultado de la actividad de los juristas, constituye el objeto de este texto, lo que no significa que se niegue la posibilidad de escribir otras historias jurídicas —como sería el caso de la historia de la legislación, tan socorrida por los historiadores de los siglos XIX y XX, o la historia de las costumbres, tan propia de historiadores de lo social o influidos por la antropología; e incluso la historia de la justicia, que evidentemente se encuentra muy próxima a la historia de la actividad judicial—, ni que en algunos de los temas que a continuación se tratan se omita alguna reflexión sobre estas distintas fuentes del Derecho. La historia de la jurisprudencia occidental revela, en efecto, una continuidad —no siempre lineal— que ayuda a entender el apogeo o el declive de las otras fuentes, así como a ubicar al jurista, al gobernante y al ciudadano actuales en el momento histórico-jurídico que se vive. Si actualmente en casi todo el mundo la ley

ocupa un lugar no sólo preponderante, sino exclusivo en relación con el Derecho positivo vigente, es porque un determinado proceso histórico llevó a ello, no porque siempre haya sido así. Por lo mismo, la historia jurídica abre la posibilidad de entender que no siempre será así. En efecto, en la actualidad ya es posible aceptar *la crisis de la ley*, el ascenso de la jurisprudencia judicial, y el renacimiento de usos y costumbres en la conformación de esas reglas sociales que llamamos normas jurídicas. Actualmente, asimismo, los tratados internacionales están por encima de las leyes ordinarias. Entender este proceso, *comprender* que el Derecho y sus fuentes también son de naturaleza histórica, es el propósito de las siguientes reflexiones, fruto de casi tres décadas de intentar comprender al Derecho y a la justicia en las aulas universitarias.

La idea del Derecho, según lo ha expuesto en forma clara Jesús Lalinde Abadía, no ha sido siempre la misma, ni siquiera en Occidente. Conceptos o ideas como, entre otras, *Dharma*, *Ching*, *Maat*, *Reth*, *Charía*, *Torá*, *Dike* e incluso *Ius*, en ocasiones, poco o nada tienen con ver con la palabra *Directum*, de la cual se deriva el concepto *Derecho*. Cada cultura, cada civilización, ha entendido de diversas maneras las fórmulas, símbolos, textos o actitudes que obligan a ordenarse a los miembros que forman una comunidad o una sociedad para propiciar la convivencia pacífica entre ellos. Ni siquiera es posible asimilar el *Ius* con el Derecho, pues éste no traduce cabalmente a aquél. Sin embargo, desde una perspectiva occidental, ambos se han asimilado contrariando la esencia misma del *ius* y metiendo a la propia historia del Derecho en un cúmulo de dificultades que bien podrían superarse con un examen detenido de la historia jurídica occidental.

Ante todo, hay que partir de un supuesto que, a pesar de ser evidente, es indispensable precisar: una historia del Derecho que inicie con el surgimiento de la jurisprudencia (entendida como el saber de los juristas expresado en textos) no niega que antes haya existido el Derecho, simplemente niega que antes de

la aparición de esta fuente del Derecho en Roma hubiera existido una clase profesional, especializada y secularizada que estuviera cultural, social y políticamente facultada para contribuir a la creación del Derecho. Mucho antes de la jurisprudencia romana ya se contaba con leyes, costumbres, tratados y sentencias; expertos en costumbres obligatorias, filósofos que reflexionaron sobre la justicia y sobre las reglas y costumbres sociales, jueces y gobernantes capacitados para imponer leyes y mandatos existieron mucho antes de Roma. No obstante, nunca antes del periodo Clásico romano había surgido esa clase profesional de especialistas llamados *juristas*, que desde el plano meramente racional y secular pensaron y actuaron positivamente sobre el *Ius*, la *iustitia* y la *lex* para coadyuvar en la prevención y solución de los problemas entre los romanos, y entre éstos y otras *gentes*. En efecto, dotados de amplios conocimientos en torno a esos tres conceptos y, sobre todo, dueños de una lógica, una inteligencia, una prudencia y un sentido común poco ordinarios se pusieron a la tarea de ampliar, construir o inventar soluciones a conflictos reales entre los ciudadanos y entre éstos y los *peregrinos*; soluciones calificadas siempre como justas, pero también como prácticas, realistas y adecuadas a sus particulares concepciones de la persona y de la sociedad de entonces, siempre cambiante, y conformes a una mentalidad colectiva que priorizó el *ius* sobre la *lex*, es decir, la razón sobre el poder. Después, su fértil imaginación jurídica, su sentido de la justicia y su acercamiento a la realidad, les llevaron a imaginar problemas jurídicos y, de esta forma, anticipar soluciones hipotéticas a los mismos. Y de todo ello dejaron huella escrita en un sinnúmero de textos, de los cuales poquísimos fueron salvados de su destrucción y llegaron a nosotros; sin embargo, fueron los suficientes para que desde su lectura se construyera el complejo edificio de la cultura jurídica occidental, faro y guía de la cultura jurídica mundial de nuestros días. De esta manera, y como explicara Álvaro D'Ors, esta historia del Derecho es, en realidad, una historia de textos, tal vez

porque el Derecho mismo implica ante todo un problema de textos y, en consecuencia, de lenguajes. Esta visión no niega ni la influencia del poder político ni, menos, los vínculos de la labor jurisprudencial con la sociedad. El Derecho escrito por los juristas romanos estuvo permeado de realidad y reflexión sobre una sociedad determinada y dentro de una realidad política concreta. La diferencia con la actualidad es que el jurista nunca dejó de ver la realidad social y que el poder jamás se metió con la autonomía del jurista para crear el Derecho, antes bien la reconoció.

Una advertencia más: siendo ésta una historia de la jurisprudencia o de la ciencia del Derecho podría pensarse que se reduce a una historia de las ideas acerca del Derecho o a una historia de la Filosofía del mismo; no es así, aunque en algunos momentos (periodos) parezca reducirse a alguna de aquéllas. Y es que, sobre todo en los momentos de crisis de los órdenes jurídicos vigentes, Occidente ha recurrido a sus filósofos y pensadores para salir de la oscuridad que provoca el desmantelamiento o el derrumbe de creencias, ordenamientos, instituciones, fórmulas, reglas y costumbres que antaño, y por mucho tiempo, brindaron la elemental seguridad jurídica que toda sociedad busca constantemente. De aquí que en ocasiones podrá apreciarse cómo la Filosofía (incluso la religión) parece orientar más de lo debido la conformación de una serie de reglas y mecanismos para resolver los nuevos conflictos surgidos de realidades sociales inéditas. Sin embargo, no debe olvidarse nunca que estamos ante una historia de la jurisprudencia, o sea, de la obra de los juristas, si bien en ciertos periodos éstos desaparecen, se olvidan o enajenan su autonomía y prestigio al poder político.

¿CIENCIA HISTÓRICA O CIENCIA JURÍDICA?

Viejo es el debate iniciado en el siglo XIX, y que continuó en el XX, sobre si la Historia del Derecho era una ciencia histórica o

una ciencia jurídica. Es evidente que cuando uno enfrenta a un grupo de alumnos de Derecho y a uno de Historia debe asumir posiciones un tanto diferentes, no tanto porque la naturaleza de la historia del Derecho sea diferente o dual, sino porque el conocimiento histórico jurídico resulta distinto en cuanto a su utilidad o necesidad para ambos tipos de estudiantes. Al jurista le importa conocer la historia jurídica por razones distintas a las del historiador. Todo jurista debe saber historia y todo historiador debe saber Derecho, es un principio enunciado por Ortolán; principio que, al margen de su veracidad, no es claro en sí mismo pues no expone sus razones. Olvidar esto ha llevado incluso a confusiones y omisiones imperdonables, como son suprimir o no incluir en los planes de estudio de la carrera de Derecho a la historia jurídica, o ignorarla en los programas de formación de historiadores. A éstos les resulta provechosa y hasta indispensable para entender tanto las instituciones del pasado como el modo en que las sociedades y los hombres del pasado advirtieron, ordenaron y resolvieron sus conflictos. Como parte también de una historia cultural, la historia del Derecho ha comenzado a ser revalorada después del embate de la historia social y de la historia económica, particularmente de algunos de los miembros más destacados de la Escuela de los *Annales*. Asimismo, al historiador en general le servirá saber que no siempre el Derecho se redujo a leyes y que no basta para comprender instituciones y conflictos jurídicos del ayer consultar las fuentes legislativas promulgadas en el pasado. Le resulta necesario, además, adentrarse en el mundo tanto de los archivos judiciales como en la lectura de los cientos de juristas leídos e invocados con fuerza obligatoria por sociedades pretéritas. Por su parte, los juristas deben comprender que la historia jurídica puede tener un doble papel en su formación o en su trabajo; o, a la manera de los historiadores, para comprender el funcionamiento de las instituciones del pasado, la efectividad de métodos de creación o de interpretación fenecidos, y la génesis de normas

antiguas aún vigentes; o bien, para coadyuvar con sólidos fundamentos a la creación de instituciones, normas y soluciones óptimas para resolver conflictos presentes y prever futuros, tal y como lo postuló en su momento la Escuela Histórica Alemana, o a la manera del actual Derecho comparado, sólo que la comparación se establece diacrónicamente dentro de la propia tradición jurídica. Además, a los juristas la historia jurídica les presenta la posibilidad de cuestionar o relativizar la concepción contemporánea del Derecho vigente y proceder a aceptar que ésta es, en sí misma, una más entre otras que han sido en el pasado o que podrán ser en el futuro. Anclado en un oficio o profesión práctica y lucrativa donde la concepción dominante reduce todo el Derecho positivo vigente a un conjunto de leyes o normas jurídicas vigentes *puestas* por el legislador, y acostumbrado a operar con códigos, constituciones, leyes y reglamentos provenientes del poder estatal, al jurista contemporáneo le cuesta mucho trabajo entender que su concepción del Derecho no siempre ha sido la misma. En efecto, históricamente no siempre se ha concebido al Derecho como un conjunto de normas jurídicas promulgadas por el Estado. Evidenciar esto le procura al jurista un mayor margen de libertad en su profesión al dotarlo de conocimientos y argumentos que en mucho podrán ayudarlo a superar con mayor facilidad el legalismo agobiante que sufre hoy la ciencia jurídica y proceder a construir soluciones más flexibles y más humanas en tanto que su objetivo sea establecer una sociedad más justa y formar un hombre más libre. Sin duda, desde esta perspectiva, la historia cultural, la historia política y social, la historia conceptual, la historia de la Filosofía y la de las ideas, y la biografía misma, resultan herramientas auxiliares de la historia jurídica en la medida que sirven para ubicar correctamente aquellos conocimientos, ideas, necesidades, problemas y circunstancias públicas y personales que enfrentaron todos los creadores del Derecho, particularmente los juristas, los héroes de esta *Historia minima*.

I. EL DERECHO ROMANO

ÉPOCA PRECLÁSICA

Si esta historia comienza en Roma es porque los juristas nacieron en Roma después de un dilatado proceso donde imperaron, primero, las creencias mítico-religiosas, las costumbres, y las leyes de la monarquía o de los comienzos de la república. Es verdad que la Grecia antigua reflexionó mucho sobre la justicia y sobre la ley, y que esta reflexión alimentó las concepciones romanas sobre las mismas, pero Grecia no secularizó totalmente ambas concepciones ni prohió una clase especial de hombres dedicados *profesionalmente* a formular reglas, resolver problemas, encontrar soluciones y adaptar instituciones que hicieran posibles la convivencia pacífica entre los griegos. Sus concepciones acerca de la justicia y de las leyes —nunca del *Ius*— fueron formuladas por sus filósofos o por sus gobernantes. En ninguna otra cultura antes de Roma se conocieron los juristas, a los que jamás hay que confundir con los escribas, los legisladores, ni con los jueces; ni siquiera con los abogados.

A su vez, la aparición de los juristas y de su obra —la jurisprudencia— también fue el resultado de un largo proceso histórico que mucho se ha estudiado por los romanistas desde la época del Humanismo. Dividida la historia del Derecho romano en tres grandes periodos, dependiendo del particular sistema procesal adoptado en cada uno de ellos, el primer periodo, el Preclásico —que va desde la fundación de Roma en el 753 a.C. hasta el año aproximado y mnemotécnico del 130 a.C.— poco tiene de

original o diferente respecto de las ideas que acerca del Derecho se hicieron y aplicaron en las distintas culturas mediterráneas y del Medio Oriente: supremacía de la costumbre, surgimiento y relevancia de las leyes como manifestación del poder político, escasísima secularización del Derecho, predominio del ámbito doméstico sobre el público, oralidad y ritualidad, justicia familiar y clara diferenciación social. El Derecho, a la manera de toda sociedad primitiva, estuvo vinculado más a la necesidad de orden y seguridad que a la de justicia; de aquí, su característica predominantemente punitiva y su riqueza en formalidades, ritos y gestos. No en vano durante este primer periodo estuvo vigente el cerrado sistema procesal de las “acciones de la ley”, donde toda causa procesal debía reducirse a operar con cinco acciones: tres meramente declarativas y dos ejecutivas, todas llenas de un rigorismo inexcusable. La íntima relación entre la *civitas* y el *Ius* estuvo determinada por razones religiosas, particularmente con el culto a los difuntos, tal y como aparece en la Ley de las XII Tablas, el primer monumento legislativo romano (h. 453 a.C.). El periodo coincidió con el gobierno monárquico (753 a.C.-500 a.C.) y con buena parte del republicano (500 a.C.-130 a.C.), hasta que el gradual proceso de secularización del Derecho y el aumento demográfico de Roma hicieron que la *civitas* no coincidiera ya con la urbe romana, plena de ciudadanos, *peregrinos*, y esclavos. Al transformarse Roma en una gran urbe mediterránea, comenzó un proceso que la llevó al paso de los siglos a convertirse en una gran potencia militar y política. Es comprensible, entonces, que el número de conflictos y necesidades creciera, máxime después de la victoria definitiva sobre Cartago, y que el viejo Derecho de los patricios romanos cediera en favor de un *Ius gentium* más flexible y dinámico que, a la larga, alimentó la gran reforma procesal que dio paso al comienzo de la época Clásica (130 a.C.-230 d.C.), la época del esplendor no sólo de la historia política de Roma, de su historia militar, sino también de su historia jurídica.

ÉPOCA CLÁSICA

La publicación de las “acciones de la ley”, por parte de Gneo Flavio (s. IV a.C.), en el llamado *ius Flavianum* hacia el año 300 a.C., rompió el monopolio patricio sobre las fórmulas procesales de dichas acciones y abrió las puertas al conocimiento e interpretación de éstas por parte tanto de magistrados —en especial de los pretores, encargados de la *iurisdictio*— como de los ciudadanos en general. En un largo y lento, pero continuado, proceso y a través de ficciones, de protecciones especiales por hechos determinados, y mediante la ampliación de efectos jurídicos a personas no estrictamente contemplados en las fórmulas sacramentales, los pretores romanos, siguiendo el ejemplo del pretor peregrino, ampliaron el campo de acción y de aplicación de un sistema cerrado que siguió, no obstante, funcionando por lo menos un siglo más. En este proceso, el *Ius gentium* —el Derecho común a todos los pueblos mediterráneos— fue utilizado para completar y superar el anquilosado *Ius civile* —el propio de los ciudadanos romanos—, fruto de las costumbres y de las leyes. Esta reforma procedimental, conducida ahora por los pretores de la *civitas* romana, tuvo una enorme repercusión que debía transformar toda la historia del Derecho. En efecto, al ser los pretores funcionarios republicanos anuales encargados, entre otras tareas, de la *iurisdictio*, debieron necesitar del auxilio de personas calificadas para proceder cada año a publicar en su edicto aquellas fórmulas procesales con las cuales podrían acudir las partes de un proceso ante el *iudex* (siempre un varón, un ciudadano y un lego en el Derecho), para que éste resolviera entre los dos términos de la fórmula presentada: “Si resulta que ... condena; si no resulta, absuelva”. El trabajo de fijación de las circunstancias que rodeaban el conflicto y las pretensiones de las partes (la *litis*) fue, en consecuencia, tarea exclusiva del pretor (en ciertos casos, también de los ediles curules), informado acerca de los hechos y de las pretensiones de las partes por sus

abogados, pero cada vez fue más necesario y frecuente que un grupo de ciudadanos sabios y dotados de prestigio fueran requiriéndose en la medida que los problemas jurídicos aumentaban en complejidad; ciudadanos en su origen, miembros de las familias senatoriales, y entusiasmados por participar gratuitamente en un trabajo que les satisficiera intelectual y socialmente: los juristas. Su origen social, prestigio, virtudes y capacidad, las soluciones propuestas y las fórmulas inventadas por ellos, su pasión por el *Ius* y la *iustitia*, así como su decoro, inteligencia y realismo los llevaron a gozar de *auctoritas*, o saber socialmente reconocido, la base última de la obligatoriedad de su obra, la *iurisprudentia*, al margen de cualquier promulgación o expresión normativa de otro tipo amparada por la *potestas* de la República o, posteriormente, la del Principado.

Colocado siempre junto al pretor, el jurista romano fue paulatinamente construyendo un espacio de acción propio donde su trabajo valía por sí mismo y no porque el pretor lo reconociera en la fijación de las fórmulas anuales, dando origen a una labor literaria propia que se fue difundiendo a lo largo de los siglos siguientes en géneros diversos como los comentarios al edicto pretoriano; las *responsas* o respuestas a consultas privadas (el género propio de los juristas occidentales desde entonces); las *quaestiones* —problemas o casos concretos—; los comentarios a obras de otros juristas; los *digesta*, que eran compilaciones ordenadas de fragmentos de textos jurisprudenciales; las monografías; y los textos escolares llamados *instituta*. A la vez, esta labor casi estrictamente privada y nunca lucrativa fue transmitiéndose a nuevas generaciones de estudiosos a través de métodos exclusivos de enseñanza, donde el jurista enseñaba a sus discípulos a razonar y a analizar cada uno de los elementos de los problemas jurídicos plantados por la realidad o por la imaginación del propio docente. Para esto fueron indispensables los métodos griegos de la retórica y, sobre todo, de la dialéctica que el Helenismo aportó a Roma. El triunfo de la segunda sobre

la primera supuso la sobrevivencia misma de la autonomía de la *iurisprudencia* frente al siempre atractivo lucrativo oficio del *advocatus*, señor de la retórica y de los tribunales, y con ello la salvación de una ciencia del Derecho exigente, autónoma y rica en posibilidades. En la medida que sus opiniones fueron siendo atendidas, invocadas y reclamadas por los ciudadanos romanos y por los peregrinos, se dio paso a la jurisprudencia como verdadera y auténtica fuente obligatoria del Derecho romano, distinta a la ley, a la costumbre y a las sentencias de cualquier juez, oráculo o nigromante. En consecuencia, el panorama de las fuentes del Derecho se amplió considerablemente durante esta época, llamada con toda razón “Clásica”, pues en ella el conocimiento del Derecho, el convencimiento acerca de sus posibilidades para resolver justa y razonablemente los problemas surgidos en la sociedad romana y en todas las ciudades donde se reconoció el Derecho romano, la proliferación de instituciones, y la diversidad de soluciones aportadas por esas mismas fuentes, elevaron a un nivel nunca alcanzado antes en el mundo —y muy pocas veces después— el prestigio del Derecho, entendido más como orden justo que como conjunto de leyes. A las leyes populares, a la vieja ley consignada en las XII Tablas, a las costumbres ancestrales, a los senadoconsultos y a los edictos de todos los magistrados republicanos se sumaron durante la época Clásica las opiniones (nunca dejaron de ser sólo eso) de los juristas consignadas en los géneros literarios arriba mencionados. Importa insistir en el hecho de que la obligatoriedad de dichas opiniones nunca descansó en el poder público o en la circunstancia de ser consignadas en el edicto pretoriano, ni por haberse acogido en las disposiciones de una ley o de un senadoconsulto. Es verdad que durante la época Clásica los edictos pretorianos y la jurisprudencia se sumaron a las decisiones de los emperadores (*princeps*) que aparecieron en forma de constituciones imperiales y que, poco a poco, sustituyeron a las leyes populares, y que entre las tres formaron lo mejor del Derecho romano, pero habrá

que destacar la autonomía que existió entre estas tres fuentes: mientras que los edictos y las constituciones fueron obligatorios por descansar en la *potestas* del pretor o en la del emperador, la jurisprudencia siempre descansó en la *auctoritas* del jurista que emitió su parecer. Fue tal el prestigio alcanzado por éste que el propio príncipe se vio orillado a tratar de cooptarlo y a reforzar su propia autoridad y poder mediante la concesión del *ius publicum respondendi*, que, sin embargo, nunca se interpretó como el aval imperial para que las opiniones de determinados juristas fueran obligatorias. Precisamente la diversidad, la autonomía y el libre juego de las fuentes jurídicas romanas son lo que caracteriza a la época Clásica y da al Derecho romano el prestigio que durará hasta la Modernidad, configurándose como uno de los elementos definitorios de eso que se denomina “cultura occidental”, junto a la herencia religiosa judeo-cristiana y el pensamiento filosófico griego.

Algo que sin duda habrá de llamar la atención del hombre de la calle de nuestros días, al historiador en general y a no pocos juristas, abogados, jueces y legisladores actuales, es el hecho, en apariencia sorprendente, de la coexistencia de fuentes obligatorias para resolver un caso o problema concreto. Actualmente, que estamos acostumbrados y obligados a resolverlo todo con las leyes en la mano (o con otras fuentes pero cuya obligatoriedad deriva finalmente de lo dispuesto por la ley), con el argumento, entre otros, de la seguridad y certeza jurídicas, parece descabellado pensar en la posibilidad de operar con fuentes diversas y hasta contradictorias que disputen la solución a nuestros problemas jurídicos. Se habla, incluso, de una jerarquía normativa para ayudar a resolver el problema suscitado por dichas disposiciones contradictorias. Y es que, en efecto, la visión que sobre el Derecho y sobre la actividad judicial tuvieron los romanos clásicos difiere en gran medida de la que tenemos en la actualidad, después del triunfo del iusnaturalismo racionalista moderno sobre la vieja concepción romano-medieval del Derecho. Para los

romanos, como también para el mundo medieval, el Derecho nada tuvo que ver con el *directum* (de donde deriva *Derecho*), sino con el *Ius*, que da raíz a la *iustitia*. El *ius* fue concebido como un “orden justo”, nunca definitivo y siempre capaz de realizarse o de rehacerse en caso de ser violentado. Este orden justo sólo podía existir mediante el ejercicio de la virtud de la *iustitia*, que en la definición del jurista Ulpiano significaba “la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo”. La característica del *Ius*, entonces, es que no podía existir ni ser sin la *iustitia*, es decir, sin que cada persona tuviera lo que de suyo le perteneciera. Pero, al mismo tiempo, el Derecho estaba para eso, para garantizar o devolver a cada quien lo que fuera suyo. La justicia, entonces, no fue entendida como un valor siempre anhelado y nunca alcanzado definitivamente, tampoco como un fin del Derecho al que habría de esforzarse en conseguir muchas veces sin posibilidad de lograrlo, y menos como un fin definitivo que se alcanza y se asegura para siempre. Por el contrario, el realismo de los romanos les hizo aceptar que los dificultades entre los hombres jamás cesarían, que los problemas jurídicos son siempre problemas humanos que por la deficiente naturaleza del hombre, por sus vicios o errores, por descuido, o por simple accidente, acaecen regularmente y que, por lo mismo, requieren de soluciones para restablecer el orden justo que garantiza la paz y el futuro de la sociedad. Para ello, se requería contar con instrumentos idóneos, como las fuentes del *Ius*, pero sin exigirles aportar la solución definitiva y eterna, toda vez que la naturaleza de los problemas humanos siempre es diferente, sea por su origen, sus circunstancias o sus elementos característicos; también, y más importante, porque las personas no siempre son iguales. Cada una ocupa una posición determinada y es diferente en su quehacer cotidiano: unos son hombres y otros mujeres, unos *paterfamilias* y otros *filiusfamilias*, unos esclavos y otros libres o libertos, unos ciudadanos y otros peregrinos, unos impúberos y otros adultos, unos son vendedores y otros consu-

midores, unos militan en el ejército y otros profesan la abogacía, hay sacerdotes y sacerdotisas, colonos o agricultores. En fin, la realidad de los hombres y mujeres en Roma exhibía una variedad que impedía tratar a todos por igual, dado que cada uno tenía una posición distinta al otro. Incluso entre *paterfamilias* había quien era soldado y quien era senador; entre los esclavos estaban los *servi vicarius* y los esclavos griegos encargados de la instrucción de los niños romanos. Esta condición, este lugar ocupado, era de ellos, les pertenecía, era “suyo”, y la injusticia comenzaba cuando les era desconocido por cualquier persona o por cualquier causa. La tarea del Derecho romano fue precisamente reordenar en justicia a todos en lo que les pertenecía como propio. Ardua tarea, sin duda, pero los romanos hicieron de ella un modelo para miles de generaciones y para más de dos mil años. Ésta fue —junto con el latín— la aportación más trascendente del mundo romano, más que sus victorias militares o su política. La historia del Derecho occidental tiene, pues, una indeleble impronta romana, sin demérito de otros elementos formativos.

El Derecho entendido como orden justo no prescinde de su naturaleza “normativa”, sino que la trasciende y le da destino; al fin y al cabo, las leyes, las costumbres, los edictos, los senadoconsultos, las constituciones imperiales y las opiniones de los juristas se expresaban para normar la conducta de los destinatarios de los mismos y en términos de normas dirigidas a establecer o restablecer el orden justo buscado o roto, no importando para el caso que unas fueran obligatorias porque el poder lo dispusiera así y otras por su capacidad de convencer y resolver en justicia. Esta visión del Derecho se ha considerado distinta a la actual, al menos en los países de tradición jurídica romano-canónica, y algo similar a la visión anglosajona expresada en el *common law*. Visión tópica o problemática frente a visión sistemática, fruto una de la consideración del problema jurídico como problema humano particular y singular, y otra de ver al hombre, a la sociedad y a sus problemas como parte de un sistema capaz de satis-

facerse a sí mismo, igualando a todos sus componentes y sujetándolos a idénticas normas, abstractas y generales. El mundo romano entendió que esto ni era posible del todo, ni justo: había que partir de la consideración de que cada uno es único e irrepetible y que sus problemas siempre guardan aspectos diferenciados que es imposible evadir si se quiere hacer correcta justicia. Ésta, en consecuencia, aparece como un ejercicio continuo, nunca acabado del todo pero realizable, alcanzable en el tiempo humano gracias al esfuerzo de quienes se lo proponen aun estando conscientes de sus limitaciones y de que el orden justo se ha de volver a alterar.

La visión tópica o problemática del Derecho no sólo hizo posible la coexistencia de diversas fuentes del Derecho, sino que obligó a su utilización a efecto de encontrar en su variedad la o las fuentes más óptimas para resolver en justicia ese problema en particular. En la medida que se fueron construyendo una serie de soluciones (respuestas) a problemas similares resultó lógico que se pasara a una fase ya no únicamente de creatividad y de profundización, sino de sistematización de soluciones y establecimiento de principios que dio paso a la formulación de normas ordenadas en textos idóneos para ello; normas que, en su momento, servían para solucionar nuevos casos o problemas idénticos o similares. Con todo, hay que asentar que durante toda la época Clásica nunca cesó la creación de las diversas fuentes del Derecho, si bien disminuyó su creación al publicarse el “Edicto Perpetuo” en el año 130 d.C. por Salvio Juliano, al agotarse la autoridad del senado romano y disolverse las asambleas populares. La jurisprudencia comenzó también a declinar cuando cada vez con mayor frecuencia los juristas ingresaron al servicio del *princeps* coadyuvando a la redacción de los *rescripta* imperiales, o al transformarse en abogados. En todo caso, lo que acabó con el estamento de los juristas fue la burocratización tan intensa que sufrió el Imperio romano, sobre todo a la caída de la dinastía de los antoninos. Entonces, la visión tópica del Derecho

dio paso a una visión más sistemática donde, por fuerza, se requirieron soluciones de tipo general y más abstracto.

La consideración problemática del Derecho supuso, pues, la necesidad de invocar para cada situación de conflicto aquellos elementos lógicos, éticos y normativos que mejor sirvieran para ordenar en justicia, fueran éstos de índole jurisprudencial, legal o consuetudinarios. Ello implicaba (y sigue implicando) necesariamente una alta cultura jurídica social donde se respeta el Derecho de cada quien y donde el poder público acepta sus limitaciones. Lejos de provocar nuevos conflictos, desorden, confusión o inseguridad, como a primera vista pudiera parecer, la pluralidad de fuentes del Derecho implicó mayor seguridad, confianza y paz entre los romanos y sus aliados que llegaron solicitar la aplicación del Derecho romano en sus territorios. La clave para su subsistencia durante tantos siglos fue acatar el imperativo realista de conocer y respetar lo propio de cada quien: fuera hombre o mujer, esclavo, liberto o libre, casado o soltero, etc. El radical realismo romano y su desconfianza hacia cualquier tipo de idealismo lo explican todo: para resolver un asunto había que partir primero de conocer lo que ese asunto era; hacer justicia consistió en darle (reconocerle) siempre a cada persona lo que era, para lo cual resultó obligatorio examinar detenidamente sus atributos y las circunstancias que lo rodeaban. Únicamente así los jueces (siempre legos en materia jurídica y siempre buenos padres de familia) pudieron acudir a la fuente o fuentes que mejor se adecuaban a las situaciones planteadas ante ellos y resolver conforme a una u otras las pretensiones exigidas por las personas que litigaban. En alguna de esas fuentes encontrarían, desde luego, la solución al caso. Lo que la jurisprudencia romana llevó a cabo durante casi tres siglos fue precisamente aportar un cúmulo de soluciones, criterios, principios e instituciones capaces de ser utilizados para la solución de problemas entre los romanos o entre quienes invocaron con frecuencia y convencimiento la aplicación los mismos. Haber dejado asentados por

escrito estos elementos hizo posible que muchos siglos más tarde otro mundo, otros hombres, otras culturas, se sirvieran de sus textos para formular sus propias y singulares soluciones. Entonces, la ciencia del Derecho se descubrirá nuevamente en Occidente y se renovará, pero lo hará en hombros de los juristas romanos, los verdaderos inventores de la jurisprudencia.

¿Quiénes fueron y en qué circunstancias actuaron? Tradicionalmente, se ha considerado como la primera obra de jurisprudencia la *Tripertito* o *ius Aelianum*, que incluyó la *interpretatio* de Sexto Elio Peto al *ius Flavianum* (h. 204 a.C.). Posteriormente, apareció la jurisprudencia cautelar, es decir, aquella que se dedicó a redactar “machotes” o “formularios” indispensables para el litigio, donde las instituciones civiles quedaban claramente identificadas a partir del lenguaje utilizado para ello. Más tarde, y a medida que se fue extendiendo el sistema procesal edictal —llamado también formulario u honorario—, tomaron auge los comentarios al edicto anual del pretor, las *responsas* de los juristas, así como las primeras monografías. En este periodo inicial brillaron los primeros juristas romanos: Marco Junio Bruto (s. II a.C.), Manio Manilio (+ h. 123 a.C.), y Publio Mucio Escévola (h. 180-a.C. 115 a.C.), a quienes se unieron Quinto Mucio Escévola *el Pontífice* (140-82 a.C.), Cayo Aquilio Galo (s. I a.C.), y Servio Sulpicio Rufo (h. 106 o 105-43 a.C.). Durante la época Clásica Alta destacaron Antistio Labeón (h. 50 a.C.-h. 15 o 20 d.C.), Ateyo Capitón (post. 36 a.C.-22 d.C.), Masurio Sabino (h. 15 a.C.-s. I d.C.) y Casio Longino (h. 10 a.C.-70 d.C.), quienes dieron paso a la formación de dos escuelas de juristas divididas más por criterios políticos que por métodos o pertenencias estamentales: los proculeyanos de Próculo (h. 10 o 5 a.C.-h. 70 d.C.) y Celso (ss. I-II d.C.), y los sabinianos o casianos, con Sabino y Casio como sus principales representantes. Ellos y sus discípulos, los Nerva (padre e hijo), Neracio Prisco (+ post. 133 d.C.), Javoleno Prisco (h. 49-h. 140 d.C.), Pomponio (s. II d.C.), Gayo (h. 120-h. 180 d.C.), entre otros, trabajaron

durante el siglo I d.C. y el primer tercio del II, y les tocó la transformación política de Roma desde la agonía republicana hasta el auge del Principado, esa fórmula eficaz inventada por el genio de Augusto (63 a.C.-14 d.C.) para encubrir a las instituciones republicanas antes de que el Dominado acabara definitivamente con ellas. Para entonces, la mayor parte de los juristas se reclutaban dentro de la clase u orden de los caballeros, ya no de las familias senatoriales.

El mejor ejemplo de que la república no se extinguió ni bajo Augusto ni bajo sus sucesores inmediatos y de que el absolutismo romano no fue tal es que desde las décadas anteriores al ascenso del primer *princeps* y hasta el siglo y medio posterior fue el tiempo del auge de la jurisprudencia y de los juristas romanos, lo que únicamente se puede explicar si se constata la permanencia de los pretores republicanos y de su Derecho edictal u honorario, así como la autonomía plena de aquéllos como colaboradores decisivos en la formación del *Ius honorarium*. Durante este siglo y medio trabajó la pléyade de los juristas romanos y el más importante de todos, Salvio Juliano (h. 105-h. 170 d.C.), quien vivió durante el gobierno del emperador Adriano (76-138 d.C.) y compiló lo mejor y más útil de los edictos pretorianos en el *Edictum perpetuum*, aproximadamente hacia el año 130 d.C.

Si bien, la base de la obligatoriedad de la jurisprudencia romana fue la *auctoritas* de cada uno de los juristas, el advenimiento de Augusto al poder supuso la concesión para algunos de un privilegio que a la larga habría de minar aquel fundamento, ya que el primer emperador decidió otorgar el derecho de responder al público a ciertos juristas y negárselo a otros, propiciando así una lenta pero paulatina incorporación de los juristas a la administración del principado, lo que conllevó, a la larga, a su total burocratización. Durante el último siglo de la época Clásica destacaron los últimos juristas romanos, casi todos vinculados a la cancillería imperial: Papiniano (h. 140-212), Paulo (160-s. III), Ulpiano (h. 170-223), Marciano (h. 180-h. 235), Modestino

(h. 185-s. III), y Florentino (s. III). Para cuando desaparecieron, la literatura jurídica se había modificado, así como la enseñanza del Derecho. Tanto la jurisprudencia cautelar como los comentarios *ad Edictum* se habían extinguido; en cambio, se habían desarrollado los comentarios a diversas obras de otros juristas del pasado, como Casio y Sabino, y las monografías, pero, sobre todo, las *responsa*, las *quaestiones*, los *digesta*, y las *institutiones*, los breves manuales donde se sistematizó la exposición de las instituciones jurídicas para uso de los estudiantes de Derecho, quienes, por otro lado, dejaron de reunirse en torno a un jurista particular para agruparse masivamente en centros o escuelas *ad hoc* para aprender el Derecho a través de la lectura de los textos jurídicos.

Resulta de especial importancia precisar que después de una intensa labor de copiado, corrección, deformación o alteración llevada a cabo por copistas y editores posteriores, todos los libros de los juristas romanos se perdieron con el tiempo: salvo las *Institutiones* de Gayo, ninguno ha llegado completo a nuestros días. Si algunos fragmentos de aquellos libros pudieron salvarse para la posteridad fue gracias a que durante el siglo VI d.C., como se verá más adelante, el emperador Justiniano (482-565) ordenó hacer una magna *digesta* que incorporara lo mejor, pero sobre todo lo más útil, de los libros de los juristas romanos clásicos. Precisamente, al conservarse —después de haberse perdido durante siglos— este *Digesto* preservó el conocimiento de la jurisprudencia romana y pudo trascender hacia la conformación del Derecho privado occidental moderno. Por otro lado, la labor secular de copiado de textos jurídicos supuso una evidente labor interpoladora cuyas vicisitudes filológicas habrían de causar muchos dolores de cabeza a los humanistas del Renacimiento y a los filólogos de todas las épocas desde entonces. Estas interpolaciones buscaron acomodar la opinión escrita del jurista a las necesidades y requerimientos de los nuevos tiempos, pues nunca dejó la jurisprudencia romana de ser invocada y obligatoria en la historia de Roma, aun en sus periodos más absolutistas.

La irrupción de Augusto como *princeps* obligado a salvar a la República de la amenaza monárquica de Julio César (100 a.C.-44 a.C.) representó, en efecto, la salvación real y formal de aquélla, pero, a la vez, el surgimiento de una constitución política paralela encabezada por el nuevo funcionario y al servicio pleno de éste. Su característica más notable fue la burocratización de su estructura administrativa, con el consecuente beneficio de contar con mayores fondos económicos y con las mejores provincias del llamado Imperio para proveer a su subsistencia. A la larga, esta administración centralizada, jerárquica y burocrática desplazó a las instituciones republicanas y acabó por destruirlas. El Principado dio paso, pues, hacia la primera mitad del siglo III d.C. al Dominado. Ello supuso no sólo la aniquilación de los últimos vestigios de la República, sino también de diversas fuentes del Derecho, entre éstas, de la jurisprudencia, que no volvería a surgir en Occidente sino alrededor del año 1100.

ÉPOCA POSCLÁSICA

La época Posclásica (230-530) se caracteriza, entonces, por la disminución de las fuentes creadoras del Derecho, y por el ascenso incontenible de la *lex* como casi única fuente creativa: leyes populares, senadoconsultos, edictos y jurisprudencia dieron paso a una normatividad centrada en la costumbre y en los *rescriptos* imperiales, todos éstos redactados por “juristas” carentes de *auctoritas* y de libertad y plenamente inmersos en la administración imperial, de la que recibieron salarios y sueldos por sus servicios; algunos, incluso, se confundieron con los abogados. En adelante, no se conocerá más nombre de “jurista” que el de algún célebre compilador de normas, textos y documentos legales. La *lex* imperial y, en menor medida, la costumbre pretendieron regularlo todo y, sin embargo, incapaces de hacerlo debieron requerir aún del auxilio de la vieja jurisprudencia y del

Edicto perpetuo que jamás dejaron de invocarse en los juicios, los tribunales y la administración del Imperio. Por desgracia, la primera no pudo renovarse más allá de la simple labor de interpolación o mediante el subterfugio de amparar el anonimato del mediocre autor con el nombre de un célebre jurista clásico, tal y como lo demuestran las *Sententiae* atribuidas a Paulo.

Como en los casos de las épocas Preclásica y Clásica, el Posclásico jurídico romano también se caracterizó por un singular tipo de procedimiento, afín a la decadencia mostrada en todos los órdenes de la otrora rica y creativa civilización romana. Como en nuestros días, este proceso se basó en la función única de un juez asalariado, dependiente del Estado, obligado a conocer el Derecho (casi exclusivamente las *leges*) a aplicar y ante el cual se presentaban argumentos y pruebas por escrito. A diferencia del procedimiento formulario clásico, dividido entre la función pretorial y la del *iudex*, la *cognitio extraordinaria* se basaba exclusivamente en la actividad judicial dentro de salas cerradas. Este procedimiento nació de las funciones y actividades propias de la administración imperial y se aplicó también en las provincias romanas; en el año 230, aproximadamente, se generalizó y se impuso como exclusivo en todo el Dominado. El cambio procesal corre paralelo a la transformación política del Estado romano y a la crisis del siglo III, cuando se puso fin a la dinastía severa y falleció su último representante, Alejandro Severo (208-235). En adelante, la historia del Derecho romano se caracterizará por su vulgarismo, es decir, por la falta de fuentes creativas (particularmente de la jurisprudencia), el predominio de la ley, la ausencia de juristas, la confusión y simplificación institucional y por el ascenso de elementos foráneos en las soluciones y normas impuestas por el emperador. El Derecho romano vulgar vendrá a sustituir al Derecho romano clásico, y no deja de ser ilustrativo observar que un periodo de vulgarización y decadencia coincide precisamente con la extinción del universo de fuentes jurídicas y con los afanes desmedidos del Estado romano por aplicar un

Derecho más simplificado y único: el que emana de su potestad y se aplica mediante jueces burócratas que reclaman instrumentos idóneos y públicos para conocer el Derecho (la ley) aplicable al caso o situación sujeta a su jurisdicción. Pareciera que autonomía, complejidad, variedad y desorden implicaron lo mejor del Derecho como producto cultural de Roma, y, por el contrario, la sistematización, el orden, la simplificación y el control estatal de la creación del mismo su decadencia total. No será el único caso en esta *Historia mínima*.

En la medida que en el Imperio romano fue extendiéndose la crisis política, social, económica y cultural que caracterizó los últimos casi 250 años de su existencia, al menos en Occidente, la forma de entender al Derecho romano implicó un serio obstáculo para la justicia y para una correcta administración. Lo que antaño fue ventaja y riqueza cultural ahora se mostró como la causa del desorden y la injusticia. De aquí que todo el periodo Posclásico se caracterice por los intentos —todos frustrados— por ordenar el Derecho vigente. A esto obedecen los procesos de ordenación de las dos fuentes del Derecho todavía vigentes: la del *ius* y la de la *lex*. El primero comprendió algunas costumbres, algo del viejo Derecho pretoriano fijado por Salvio Juliano y, sobre todo, muchos —todavía— de los textos jurisprudenciales, ya no renovados y siempre interpolados; el segundo, la ordenación de miles de *rescriptos* o constituciones imperiales. Todo con el afán de contar con compilaciones escritas que difundidas entre la clase judicial y burocrática pudieran servirle para aplicar el Derecho a nuevas circunstancias, conflictos sociales y problemas humanos. A la vulgarización del Derecho se unió —o mejor, fue su principal expresión— la codificación de las viejas fuentes y de la *leges* imperiales. En este sentido es como debe entenderse la mejor y mayor codificación del Derecho romano nunca antes ni después realizada, el *Corpus Iuris* del emperador Justiniano, gracias a la cual conocemos tanto la jurisprudencia romana clásica como muchas de las constituciones de los emperadores romanos.

No es difícil entender que la ordenación de estas últimas resultó, sin duda, más fácil. Como en otros periodos de la historia del Derecho, recopilar leyes vigentes supone un esfuerzo menor que ordenar a un buen número de textos distintos que contienen opiniones diversas. Por ello, hacia el siglo IV se publicaron en forma privada dos compilaciones de constituciones imperiales en la forma editorial de *Codex*, es decir, con páginas (y no en rollo, *volumen*); de este modo, recibieron el nombre de *Codex Gregorianus* y *Codex Hermogenianus*, por sus respectivos autores, Gregorio (siglo III) y Aurelio Hermogeniano (ss. III y IV). Más tarde, y basándose en estos dos, el emperador de Oriente, Teodosio II (401-450), promulgó oficialmente en el año 439 el *Codex Theodosianus*, dividido en 16 libros. Vigente también en la parte occidental del Imperio, fue abrogado por Justiniano. Su conocimiento se ha conservado gracias a las compilaciones llevadas a cabo por los germánicos. En efecto, la irrupción de los pueblos de este origen asentados más allá del Rin y del Danubio, que se hizo más frecuente e intolerable para el Imperio romano —dividido en dos grandes partes con motivo de la muerte de Teodosio I el Grande (347-395), en el año 400— a partir de la segunda mitad del siglo III d.C. implicó, una vez asentados en forma permanente dentro de las fronteras del Imperio occidental, la necesidad de aplicar dos derechos sustancialmente distintos a dos tipos de poblaciones, a su vez, completamente diferenciadas. Y es que, no obstante lo dramático de dicha expansión, la llegada de los pueblos germánicos no supuso la destrucción genocida de la población romana, identificada totalmente, a pesar de sus diversos orígenes, con el concepto de ciudadanía a partir de que el emperador Caracalla (188-217), mediante la Constitución Antoniana, concediera la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio. Por el contrario, los pueblos germánicos, en muchas ocasiones, penetraron dentro de las fronteras imperiales con el propósito de resguardarse, de gozar de la protección de Roma o de los privilegios de sus habitantes. Lejos de ellos estuvo destruir

a Roma. En consecuencia, como confederados imperiales o como gobernantes *de facto*, algunos pueblos germánicos continuaron el proceso de codificación del Derecho romano iniciado por los romanos, e incluso lo copiaron para ponerlo al servicio de su propio Derecho. Fue el caso de los visigodos, quienes, dueños del sur de las Galias y de toda Hispania, promulgaron en el año 476 el Código de Eurico y en el 506 la *Lex romana visigothorum*, llamada también “Breviario de Alarico” por el gobernante que lo ordenó hacer, Alarico II (+ 507). La importancia de este texto resulta fundamental. De no haberse elaborado o conservado el *Corpus Iuris* de Justiniano años después, esta *Lex* hubiera sido la mayor y mejor compilación del Derecho romano que hubiese llegado a nosotros. Su riqueza es notable, ya que recoge disposiciones provenientes del Código Teodosiano, fragmentos de los Códigos de Gregorio y de Hermogeniano, leyes posteodisianas, las *Sentencias* de Paulo, el *Epítome* de Gayo, algún fragmento de Papiniano y la *interpretatio* correspondiente. Al decir de Álvaro D’Ors: “Esta compilación valió entre los pueblos germánicos, hasta la recepción del siglo XII, como el monumento del Derecho Romano por excelencia; ése era el máximo resultado que podía dar la cultura jurídica de Occidente a principios del siglo VI, casi al mismo tiempo que Justiniano, en Oriente, daba el infinitamente superior del *Corpus Iuris*”. Si bien se discute, es casi seguro que únicamente fuera aplicable a la población romana nativa. Fue el mejor pero no el único producto de la actividad ordenadora y simplificadora del Derecho por parte de los germánicos. Entre los ostrogodos apareció también a comienzos del siglo VI el *Edictum Theodorici* promulgado, tal vez en Ravena, por Teodorico el Grande (454-526), y de aplicación, al parecer, territorial tanto para los ostrogodos como para los romanos. Contiene tanto la *lex* como fragmentos jurisprudenciales de Paulo y Ulpiano, y pasajes del *Edicto perpetuo*. La *Lex Romana Burgundionum* fue promulgada por el rey Gondebaldo (+ 516) para sus súbditos romanos en el área limítrofe de los actuales

territorios de Francia, Suiza e Italia, también en el primer cuarto del siglo vi. Está conformada con textos provenientes de los códigos de Gregorio, de Hermogeniano y de Teodosio, de las *Sentencias* de Paulo, y de las *Institutiones* de Gayo con sus correspondientes *interpretationes*.

Si bien es cierto que todas estas últimas codificaciones fueron hechas o promulgadas por gobernantes germánicos es indudable que su manufactura fue obra de hombres de cultura romana al servicio de aquéllos, pues están escritas en latín y recogen un Derecho propiamente latino con el objetivo principal de aplicarse a la población romana. Tema siempre discutido es el de su posible aplicación a las poblaciones germánicas. La presencia de estos hombres cultos, tal vez jueces o abogados, revela que todavía en Occidente era posible encontrar, al comenzar el siglo vi, algunos vestigios de la otrora importante clase de los juristas. En todo caso, se puede detectar una sociedad no del todo analfabeta.

La ordenación del *ius* para su aplicación en la práctica resultó más complicada. Se trataba de revisar y seleccionar millones de opiniones expuestas por cientos de juristas romanos a través de un periodo de casi tres siglos. Hay que advertir, desde luego, que muchos libros habían ya desaparecido en la época Posclásica, sobre todo los más antiguos, y que de los conservados la inmensa mayoría se encontraban interpolados. A esta situación hay que añadir la destrucción de millares de libros provocada por el permanente estado de crisis política y militar que afectó al último siglo de la historia de la parte occidental del Imperio. Las necesidades del mercado del libro, los imperativos editoriales y la crisis cultural hicieron que sobrevivieran, sobre todo, los textos de los juristas más recientes, es decir, de los juristas de la época Clásica Tardía (130-230): Gayo, Papiniano, Paulo y Ulpiano. Algunas opiniones se preservaron gracias a que algún jurista posterior las recogió y difundió en sus obras.

El método adoptado para ordenar el *ius* (el Derecho de los juristas y el *Ius honorarium*) fue seleccionar por parte del poder político a aquellos autores que debían invocarse en los litigios y aplicarse por los jueces y administradores de las ciudades. El criterio de selección fue aceptar primero a los autores de prestigio reconocido en ese momento y cuyas obras fueran relativamente fáciles de conseguir; segundo, los que mejor se adecuaban a las necesidades y circunstancias del momento. Una vez seleccionados, había que disponer de un mecanismo que permitiera jerarquizarlos para permitir a los jueces y administradores una mayor seguridad al momento de juzgar o tomar alguna decisión. A este método se le conoce como “leyes de citas”, pues se basa en la citación de autores diversos conforme a un criterio establecido obligatoriamente por la ley imperial. A lo largo del periodo Posclásico se promulgaron varias de estas leyes, pero la “ley de citas” por excelencia fue la promulgada por Teodosio II para Oriente y por Valentiniano III (419-455) para Occidente en el año 426, que dispuso la obligatoriedad para los tribunales de juzgar, en primer lugar, conforme a los criterios y opiniones comunes expuestas por Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino y Gayo; a falta de una opinión común, debía elegirse la de la mayoría, y en caso de empate se estaría a lo resuelto por Papiniano, considerado el “Príncipe de los jurisconsultos”. Posteriormente, se dispuso que pudieran invocarse también autores más antiguos, citados por estos cinco autores cuando sus respectivas opiniones fueran dignas de fe. Salvo estos autores, todos los demás fueron descalificados en tribunales, lo que contribuyó aún más a la desaparición de sus textos.

Naturalmente, esta invocación y utilización de códigos y de autores se realizó en los cada vez más despoblados centros urbanos, mientras que en el campo y en las pequeñas poblaciones rurales continuó vigente (o se fue conformando) un Derecho consuetudinario del que poco se puede decir aquí salvo que a la larga constituirá el más sólido instrumento jurídico para resolver los problemas de una nueva sociedad, la europea altomedieval.

EL DERECHO EN EL IMPERIO ROMANO ORIENTAL

Dividido el imperio a la muerte de Teodosio *el Grande*, la historia del Derecho en Occidente difiere sustancialmente de la de Oriente y, por paradójico que pudiera ser, la historia de la primera dependerá de lo que se realice en Oriente, sobre todo durante el gobierno de Justiniano, el último gran emperador romano. En efecto, la elaboración del *Corpus Iuris* se llevó a cabo con materiales producidos en y para Occidente, y su destino fue impactar aquí y no en el lugar donde se compilaron y ordenaron dichos materiales. El objetivo fue el mismo y el método parecido: distinguir entre la *lex* y el *ius* y seleccionar aquello que fuera de utilidad práctica al momento de la compilación y de la selección, no conforme a propósitos o intereses históricos ni bibliográficos. De aquí, entonces, que la tarea interpoladora sobre los textos antiguos se incrementara en la elaboración de aquel *Corpus*. Se trató, pues, de ordenar el Derecho vigente para las necesidades jurídicas del siglo VI en el Imperio romano oriental donde, a diferencia de Occidente, se había conservado un número considerable de textos legales y de los juristas clásicos.

Poco después de su llegada al poder y antes de la revuelta de Niká (532), Justiniano emprendió la mayor y más perfecta labor de ordenación de las fuentes del Derecho romano que se hubiera hecho nunca y, con ello, las salvó para la posteridad. Su *Corpus Iuris* equivale en importancia y trascendencia cultural a la de la *Biblia* y la de los textos de los filósofos griegos, especialmente Platón (h. 427 a.C.-347 a.C.) y Aristóteles (384 a.C.-322 a.C.). En su conjunto, forman los fundamentos de lo que llamamos “cultura occidental”. Sin duda, de no haberse escrito y conservado la obra jurídica de Justiniano otra hubiera sido la historia del Derecho occidental y muy diferente las actuales concepciones del Derecho, muchas de las instituciones jurídicas y de la justicia. Si el enorme edificio de la cultura jurídica occidental se ha podido edificar es gracias a la labor de los compiladores

justineanos, quienes, sin embargo, jamás pensaron que su obra llegara a trascender como lo hizo.

El ambiente social y cultural del Imperio romano de Oriente permitió la elaboración de este cuerpo del Derecho. Ahí no se dio el fenómeno de la vulgarización como en Occidente, toda vez que las condiciones socio-políticas permitieron la conservación de las escuelas de Derecho e incluso de las universidades, de la labor editorial que procuró la reiterada copia de los manuscritos jurídicos, de las bibliotecas, y de una administración de justicia constante y reglamentada. Los profesionales del Derecho, profesores, abogados y jueces, principalmente, constituyeron una clase de legistas que no debe confundirse, sin embargo, con los anteriores juristas, aunque en muchas ocasiones trabajen como tales. La diferencia fundamental estriba en que no gozaron ya de la *auctoritas*, sino que su labor estuvo siempre al servicio de la administración imperial y, en consecuencia, sus opiniones tuvieron la validez y la fuerza que dispuso la ley. Constantinopla se convirtió en la segunda Roma y en ella trabajaron los compiladores de la *lex* y del *ius* bajo la mirada atenta de un emperador responsable.

Un año después de arribar a la corona imperial, Justiniano encomendó a Juan de Capadocia y a un grupo de funcionarios la elaboración de un *Codex* similar a los anteriores que recogiera la ley vigente. Fue promulgado en el año 529 pero, salvo un par de fragmentos, no se ha conservado. No obstante, durante la elaboración del *Digesto* se vio obligado a legislar para poner fin a diversas disputas doctrinales suscitadas, con lo cual decidió elaborar, bajo la dirección de su *quaestor sacri palatii* Triboniano (h. 490-542), un nuevo *Codex repetitae praelectionis* que fue promulgado en el año 534. Es el llamado “Código de Justiniano”, integrado por 12 libros divididos, a su vez, en títulos, y éstos en leyes que aparecen ordenadas cronológicamente. En el *Codex*, se recogen constituciones imperiales desde el emperador Constantino y algunos *rescriptos* desde Adriano, y su promulgación

supuso la derogación de todas las leyes anteriores no recogidas en él. También Triboniano fue el encargado de dirigir la comisión que se propuso ordenar el *ius*, integrada por profesores de las escuelas de Derecho de Constantinopla y de Berito, y de algunos abogados. Al cabo de tres años, esta comisión hubo de leer, revisar, seleccionar millones de líneas de textos conservados de la jurisprudencia clásica para ordenarlos, no a la manera de las “leyes de citas”, sino mediante la fórmula de los *digesta*, es decir, mediante la elaboración de una antología de fragmentos de los textos jurídicos clásicos elaborados por los juristas romanos ordenados por materias, no por autores. Mediante la Constitución *Tanta* el 16 de diciembre del año 533 Justiniano promulgó el *Digesto* conocido también por su nombre griego, *Pandectae* o Pandectas. Catorce días después entró en vigor. “A partir de este día —afirma Kunkel— los escritos originales de los juristas clásicos y los escritos elementales posclásicos desaparecieron de la enseñanza jurídica y de la práctica judicial del imperio de Oriente”. Ningún editor posterior continuó publicando los libros excluidos de la antología. A diferencia de Occidente, donde los textos se perdieron por el estado de guerra, la incultura, y la ausencia de una economía favorable a su copiado imperantes, en Oriente fue la decisión política la que llevó a la paulatina desaparición de los viejos textos, a un grado tal que de no haberse salvado en el *Digesto* escasos fragmentos hubieran llegado a nosotros, siendo incapaces por sí mismos de trascender en la formación de la ciencia jurídica occidental. Los fragmentos seleccionados —que plantean, en su inmensa mayoría, problemas jurídicos concretos y la respectiva solución por parte del jurista— fueron ordenados en 50 libros, divididos en títulos, y éstos en párrafos. Para fortuna de los juristas, historiadores y, sobre todo, filólogos posteriores, cada fragmento quedó debidamente identificado en cuanto a su autor y libro de procedencia mediante el uso de abreviaturas. La mayor parte de los 39 juristas seleccionados pertenecen a la época Clásica Alta y a la Tardía,

sobre todo los multicitados Ulpiano, Paulo y Papiniano, pero también aparecen textos de Celso, Gayo, Africanus, Neracio, Marciano, Labeón, Sabino y otros. Afirma Justiniano que Triboniano le informó “que los antiguos habían escrito casi 2 000 libros, que abarcaban más de tres millones de líneas, que era necesario leer y atentamente indagar por entero, para elegir lo mejor de todos ellos”. Lo consiguió. Las *Pandectas* agruparon todo el universo jurídico, tanto conceptos y problemas como instituciones: la justicia y el Derecho, las fuentes del Derecho, las personas y las cosas, la jurisdicción y sus funcionarios, las obligaciones y las sucesiones, los legados y los fideicomisos, los delitos y los “singulares”. Materias examinadas desde la perspectiva de los juristas y expuestas a manera de casos o de situaciones problemáticas reales donde, sin mencionar el camino que se tomó para llegar a determinada solución, el jurista afirmaba su intrínseca justicia o su conveniencia y su parecer, lo que ha obligado a los juristas posteriores —del Medievo a nuestros días— a emprender la búsqueda de los razonamientos seguidos por parte de cada jurista romano para llegar a la solución elegida y plasmada, propiciando, de esta manera y en su momento, el nacimiento de la ciencia jurídica europea. Paralelamente a la elaboración del *Digesto*, Justiniano encargó a dos profesores de Derecho, Teófilo (+ h. 534) y Doroteo (+ h. 565), dirigidos también por Triboniano, la elaboración de un manual destinado a la enseñanza colectiva del Derecho en las escuelas del Imperio, es decir, una *Instituta* o *Institutiones*. Para ello, se basaron en las viejas *Institutiones* de Gayo e incluso las dividieron como éstas en cuatro libros, sólo que éstos, a su vez, quedaron divididos en títulos. Con la *lex* y el *ius* como fuentes, este manual adquirió fuerza de ley al promulgarse oficialmente en el año 529.

Con estas tres obras, Justiniano creyó haber completado su objetivo: había ordenado el Derecho vigente y publicado un texto oficial destinado a la enseñanza del mismo, sin importarle mayormente la intensa labor interpoladora a que sometió a las

fuentes utilizadas. De aquí —y por haber advertido la importancia de las interpolaciones y de contar con ediciones distintas de los libros jurídicos— que prohibiera tajantemente toda modificación, comentario, o interpolación a cualquiera de estas tres obras, cuyas ediciones debieron ser autorizadas en adelante. Por otro lado, su actividad como legislador no cesó y decenas de nuevas constituciones (*leges novellae*), de escasa importancia para el Derecho privado, fueron promulgadas después del año 534; la inmensa mayoría fue escrita en griego, la lengua del Imperio oriental. Ya en vida se propuso compilarlas, pero fueron sobre todo estudiosos particulares los que aún antes de su muerte llevaron a cabo esta labor recopiladora. Se conocen cuatro colecciones de *Novelas*, siendo la más completa la que recoge 168, y que incluye algunas de emperadores posteriores a Justiniano.

El conjunto de estas cuatro obras recibieron en fecha incierta el nombre de *Corpus Iuris Civilis* o *Corpus Iuris Justiniani*, y en conjunto exhiben al menos dos derechos romanos distintos. El evidente, el literal, es el de la época de Justiniano, por lo que se le ha denominado Derecho romano justineano y es el que impactó la cultura jurídica occidental a partir del descubrimiento de los textos del *Corpus*, sobre todo con el hallazgo de un manuscrito muy antiguo del *Digesto* en plena Edad Media. Bajo éste, encubierto bajo el cúmulo de las interpolaciones, añadidos y supresiones de que fueron objeto los textos de los juristas clásicos, se encuentra el llamado, con toda razón, Derecho romano clásico que comenzó a ser conocido por el Humanismo jurídico del siglo XVI y develado, sobre todo, gracias a la Escuela Histórica Alemana del siglo XIX. Este último Derecho romano ha comenzado a influir tanto en la enseñanza del mismo como en la elaboración de soluciones a los problemas que enfrenta la sociedad actual gracias al esfuerzo conjunto de romanistas y filólogos. Su “descubrimiento” presenta enormes expectativas para quienes se encuentran empeñados en superar los límites de la actual dogmática jurídica, todavía muy cercana al positivismo legalista.

¿Cuál fue el destino del Derecho romano? Habrá que distinguir entre Oriente, donde fue compilado por última vez, y Occidente, donde habría de extinguirse casi totalmente durante el Alto Medioevo para dar paso a otros elementos formativos del Derecho propiamente europeo y, hacia el año 1100, comenzar a ser conocido a través de copias antiguas del *Codex*, pero sobre todo de las *Pandectas*. En este sentido y como un caso por demás notable, la historia del Derecho romano se convierte en una auténtica historia de *sus textos* para dar origen a una historia diferente, pero igualmente de textos. Claro está que habrá que relacionar ambos tipos de textos con la realidad social y política en que surgieron, se difundieron y se aplicaron en la práctica.

Por lo que respecta al Imperio oriental las prohibiciones imperiales no se cumplieron ni siquiera en vida del propio Justiniano. Abogados, jueces, profesores y funcionarios, ávidos de resolver situaciones prácticas, se dieron a la tarea de interpretar los tres primeros libros del *Corpus*. Al hacerlo, y con el imperativo del idioma griego y de una nueva realidad, dieron pie al nacimiento de un Derecho romano diferente, el Derecho bizantino que estaría vigente hasta la caída de Constantinopla ante el avance turco en 1453. Para esta fecha, nada o muy poco quedaba de las raíces romanas en un Derecho que paulatinamente se fue alejando de sus orígenes latinos. Si en Occidente lo que imperó a la caída de Roma fue la plena vulgarización del Derecho, en Oriente fueron la lengua, la epitomización y el ascendiente de las costumbres y disposiciones locales, fenómenos que coadyuvaron a la extinción del Derecho romano concebido cada vez más como un producto arcaico de la cultura jurídica romana. Ejemplos notables de esta labor epitomizadora son los textos de la *Ecloga* (h. 727), el *Procheiron* (h. 870-879) y el *Epanagoge* (h. 886); colecciones o manuales del Derecho que recogieron en mayor o menor medida la influencia romana, matizada siempre por el impacto de las controversias teológicas bizantinas, sobre todo por la difusión de la herejía iconoclasta, y las pretensiones

cesáreo-papales de los emperadores bizantinos. Asimismo, los índices y las paráfrasis a las partes del *Corpus* comenzados ya por sus propios autores, como Doroteo y Teófilo, y continuados sin interrupción por autores anónimos supusieron la derivación hacia una literatura jurídica más comprometida con el modo bizantino de entender el Derecho que con el romano clásico que Justiniano se empeñara en rescatar. Destacan, en este sentido, los “comentarios en cadena” o escolios al *Digesto* elaborados durante los siglos siguientes y que serán utilizados en forma simplificada por el emperador León *el Filósofo* (886-911) para elaborar los *Basilicos*, integrados por 60 libros en lengua griega, y donde aparece en forma soterrada la herencia de las *Pandectas*. Esta monumental obra bizantina fue promulgada en el año 890 y constituye el último esfuerzo serio realizado dentro del Imperio oriental para aprovechar el legado justiniano. A partir de entonces y hasta el *Hexabiblos* del siglo XIV, verdadero epítome de epítomes, la presencia romana se fue perdiendo en Bizancio. Cuando el Derecho romano se “descubra” en Italia a partir de finales del siglo XII, poco a nada podrá influir en un Oriente desgarrado por las luchas intestinas, el avance musulmán y la ofensiva cruzada desde Venecia. La influencia propiamente romana no se volverá a sentir ahí sino hasta la promulgación del Código Civil turco de 1927.

El destino o suerte del Derecho romano en Occidente constituye el contenido de los siguientes capítulos.

II. ORDEN JURÍDICO MEDIEVAL

REFLEXIONES PREVIAS

Roma cayó bajo el poder germánico en 476, y Constantinopla o Bizancio en 1453 bajo el poder turco. En ambos imperios terminó la vigencia formal y material del Derecho romano. Nunca más volvería a estar vigente. Aun así, la fuerza civilizatoria de este Derecho se proyectará hasta nuestros días a través de una compleja y dilatada historia que mucho tiene que ver con la desaparición y posterior descubrimiento de los textos del *Corpus Iuris* en la Italia del siglo XII. En el inter se construyó un orden jurídico distinto al romano y al bizantino; orden que Paolo Grossi ha estudiado en forma particularmente detenida y cuyas características señala con precisión: la levedad del poder político, la autonomía, el pluralismo, la factualidad y la historicidad del Derecho.

Disuelto el Imperio romano por una variedad de tribus y pueblos germánicos y orientales, dio comienzo un largo periodo de tiempo denominado tradicionalmente como Edad Media, que se caracteriza, sobre todo, por la delimitación de una nueva geografía cultural y política: Europa, ni calca simple del Imperio romano ni ubicada ya alrededor del Mediterráneo. A una nueva geografía corresponde una nueva sociedad y un nuevo orden jurídico: el europeo. Las raíces de Europa son por todos conocidas: romana, germánica y, en menor medida, eslava. Ella será —como antes Roma— el centro de atención del historiador del Derecho occidental. En efecto, el orden jurídico medieval es un orden ante todo europeo y cristiano, nutrido por distintos orde-

namientos y costumbres locales y regionales, pero cohesionado en torno a las características señaladas por Grossi, quien descubrió en el concepto de experiencia jurídica la línea de continuidad que une a las dos partes en que se divide el Medieval, la Alta Edad Media y la Baja Edad Media, caracterizadas desde la perspectiva histórica del catedrático florentino por dos tipos de experiencias jurídicas distintas: la del “taller de la praxis” y la del “taller sapiencial”.

El periodo del predominio del taller de la praxis en el nuevo espacio europeo ha de ser estudiado bajo las siguientes condiciones: el advenimiento de una nueva concepción del Derecho, la de los pueblos germánicos; la extinción de los juristas y, como consecuencia de ello, la de la propia ciencia jurídica; la supremacía de lo elemental y lo arcaico sobre lo complejo y lo desarrollado; la disolución del Estado; una sociedad predominantemente analfabeta y rural; y el temor como la gran característica de la mentalidad colectiva. A éstas habrá que añadir la nostalgia por el mundo perdido y la presencia de la Iglesia católica como agente de preservación de una cultura literaria y de una nueva ética social que será una de las bases más sólidas del nuevo orden jurídico.

Para entender la conformación del nuevo orden, es necesario subrayar que la caída de Roma supuso un verdadero cataclismo para sus contemporáneos, incluyendo a los propios germánicos que habían invadido los territorios imperiales y dado paso al establecimiento de reinos confederados al Imperio o francamente independientes del mismo. En un largo y aún hoy fascinante proceso histórico iniciado hacia el siglo III y continuado hasta el siglo X, millones de hombres y mujeres se abalanzaron sobre el Imperio romano. La parte oriental los pudo contener, no así la occidental que hubo de ver cómo sus extensos territorios y su poder cedieron en favor de jefes tribales o de extensos clanes familiares bajo el dominio de un rey considerado bárbaro por desconocer el latín. Visigodos y ostrogodos, francos salios o

ribuarios, longobardos y burgundios, alanos y suevos, vándalos y hunos, alamanos y vikingos, eslavos, anglos y sajones, se repartirán los extensos territorios del otrora Imperio romano occidental y establecerán ahí, y en el norte y el este de Europa, reinos más o menos permanentes entre los siglos v y x d.C., dando paso, al mezclarse con las poblaciones nativas, a nuevas entidades políticas, origen remotísimo de los actuales estados europeos. Pero si los pueblos germánicos fueron capaces de destruir al Imperio romano de Occidente no tuvieron la misma suerte respecto de su Derecho, que pudo sobrevivir por siglos y coexistir, influir e incluso mezclarse con los nuevos derechos de ascendencia germánica o, en menor medida, eslava, si bien no fuera la ciencia jurídica la responsable de dicha persistencia sino, paradójicamente, la naturaleza elemental, precaria y primitiva de esos nuevos derechos que obligó a las poblaciones de ascendencia romana a continuar aplicando el Derecho romano vulgar por algunas décadas, e incluso por varios siglos.

La idea de *Ius* dará paso o se mezclará con la concepción germánica de *Recht*, y la idea de *iustitia* se abandonará por la idea de “orden de paz”. En este tránsito, ni siquiera la vieja concepción de la *lex*, como manifestación de la voluntad del emperador o del gobernante, se salvaría. La costumbre y su anhelo implícito de orden estable y pacífico renacieron como antaño en los orígenes de Roma. La nueva ley fue, como antes la vieja ley, expresión de la costumbre y del orden ancestral. Todo el desarrollo alcanzado por el Derecho romano, con su diversidad de fuentes obrando para alcanzar la solución justa en casos concretos, se vino abajo; el intenso proceso de racionalización y de secularización que el Derecho honorario y la jurisprudencia romana, e incluso las constituciones imperiales, habían representado fue dejado atrás frente a la conformación de una nueva sociedad —la europea—, ansiosa de salvaguardarse frente a tantas amenazas externas mediante el uso repetido de actos rituales, símbolos y fórmulas sacramentales de escasa racionalidad.

Es cierto, entonces, que todo un mundo se derrumbó y que otro, más elemental y primitivo, lo sustituyó.

Dos nuevos elementos jurídicos se sumarán a los vestigios romanos del Derecho para entre los tres conformar el orden jurídico medieval: el Derecho germánico y el Derecho canónico. Cuando la Europa del “taller sapiencial” conozca el Derecho de Justiniano, esta trinidad dará paso al renacimiento de la ciencia jurídica occidental que llegará al Nuevo Mundo y a otros continentes a partir del siglo xvi. Al mismo tiempo, un nuevo Derecho consuetudinario se irá formando en todas y cada una de las regiones y ciudades que integrarán el mapa medieval europeo, contribuyendo a la formación de un nuevo y complejo universo jurídico.

EL DERECHO GERMÁNICO

Cuando uno estudia los derechos de los pueblos germánicos que arribaron al Imperio romano no puede sino observar la semejanza que tenían respecto del Derecho romano primitivo de la época Preclásica: consuetudinarios, no secularizados, con poca diferenciación y riqueza institucional, decididamente punitivos, de transmisión oral, rigurosamente formalistas, sujetos a interpretaciones por parte de los jefes familiares y eminentemente rurales. Cabe añadir que antes de su llegada al Occidente europeo ningún pueblo germánico había conformado *civitas* ni urbes, limitándose a formar aldeas que trashumaban según las necesidades de sus pobladores dentro de extensos territorios poco habitados y ubicados en una inmensa geografía que abarcaba desde los Montes Urales hasta las riberas orientales del Rin y las septentrionales del Danubio. Prácticamente empujados hacia el Oeste por el avance de los hunos, su largo periplo por tierras imperiales supuso, pues, un lento aprendizaje de formas de existencia muy distintas a las cuales estaban acostumbrados,

así como el conocimiento de instituciones complejas que habrían de adoptar no sin dificultad y con más o menos fortuna en los siglos posteriores. La principal institución fue, sin duda, el Estado, o mejor dicho, la monarquía sedentaria acotada dentro de fronteras más o menos precisas bajo la jerarquía de un *rex*. Por su parte, tendrán el suficiente empuje como para dotar a las nuevas sociedades, fruto de la mezcla entre ellos y las poblaciones nativas, de las características de sus propios derechos así como de algunas de sus instituciones y concepciones acerca del Derecho que lograrán sobrevivir incluso hasta nuestros días.

De entre todos los pueblos germánicos asentados definitivamente en los territorios del Imperio occidental, importan para la historia jurídica, por distintas razones, los visigodos, los francos, los longobardos, los anglos, los sajones y, en menor medida, los burgundios. Más tarde, adquirieron importancia los vikingos o normandos. Todos tuvieron derechos propios pero también es cierto que compartieron las características comunes anotadas arriba, lo que permite historiar al Derecho germánico como una unidad. Ya se ha visto que aun antes de la deposición del último emperador romano, Rómulo Augusto (h. 431-h. 520), en el año 476, por parte de los hérulos al mando de Odoacro (h. 433-493), los visigodos y los ostrogodos comenzaron a ordenar el Derecho romano vulgar vigente entre sus nuevos súbditos; este método será copiado por algunos reinos germánicos una vez que comprendieron el valor de poner por escrito sus antiguas costumbres y leyes. El Código de Eurico, si bien tiene elementos provenientes del Derecho romano, también recogió disposiciones visigodas. Por su parte, los francos salios promulgaron la Ley Sállica, famosa por excluir de la sucesión al trono a las mujeres. Muy importante y trascendental fue el *Liber iudiciorum* entre los visigodos, pues resultó de la mezcla entre ambos derechos una vez que se permitió el matrimonio cristiano entre romanos y germánicos y la conversión de la población visigoda al catolicismo. En el año 654, el rey Recesvinto (+ 672) promulgó esta

colección de leyes visigodas con influencia romana promulgadas por monarcas anteriores y agrupadas temáticamente en 12 libros; ésta gozaría de una suerte inusitada, como se verá más adelante. A partir de su promulgación, se superó el estatuto personal en la aplicación de los derechos y se pasó al estatuto territorial, lo que implicó un evidente progreso y una manera más eficaz de administrar la justicia. La existencia del estatuto personal había obedecido a las diferencias religiosas entre ambas poblaciones, pero también a la distinta concepción y a la oralidad propia del Derecho visigodo. Incapaz de hacer frente a sus divisiones internas y al avance musulmán, el reino visigodo sucumbió definitivamente durante el primer cuarto del siglo VIII. Sin embargo, se conservó por largo tiempo la vigencia del *Liber*, tanto entre la población derrotada como en la desplazada hacia el norte y noreste de la Península Ibérica.

Por su parte, a los francos les correspondió no únicamente ser el reino germánico más duradero, sino incluso llevar a cabo el restablecimiento del Imperio romano en la persona de Carlomagno (h. 747 o 748-814) a comienzos del siglo IX. Mucho del conocimiento que se conserva acerca del Derecho germánico proviene precisamente de las fuentes francas. Instalados definitivamente en las Galias, los francos desarrollaron un Derecho consuetudinario muy sólido y una organización política y social llamada tanto a explicar el surgimiento del Feudalismo como el establecimiento de la primera monarquía absoluta en Europa. Su evolución marca una línea desde la *sippe* hasta el reino, pasando por el señorío feudal. Su concepto del Derecho, entendido como “ordenamiento de la paz”, prevalecerá por muchos siglos frente al romano, entendido como “orden justo” y obligado, en consecuencia, a realizar o restablecer la justicia. De aquí, entonces, que no sorprenda que todas las instituciones jurídicas medievales hayan preferido garantizar el orden establecido, defender o restablecer la paz, y asegurar la convivencia pacífica entre los miembros de la comunidad por encima de los

reclamos de justicia. La concepción del rey como juez encargado de restablecer la paz imperante hasta la Modernidad proviene precisamente de la mentalidad germánica. Sin embargo, en la medida que la influencia romana y, sobre todo, la cristiana se hagan sentir en las monarquías germanas, la idea del rey como juez *justo* se irá abriendo paso; en ambos casos, y a diferencia del mundo romano, el rey será considerado como juez, no como gobernante. Asimismo, el modo de concebir el poder difiere diametralmente del concepto romano de potestad o de imperio. El poder político se concibió entre los germánicos como algo inherente al patrimonio del monarca una vez que se recibe por parte de los jefes de los clanes familiares o tribus que lo eligen. Siempre electivo, el monarca medieval requirió, aun bajo la vigencia de leyes dinásticas, del asentimiento de la comunidad integrada por los tres estamentos u órdenes a los que se refirieron George Duby y José Antonio Maravall: los *bellatores* (los nobles), los *oratores* (los clérigos) y los *laboratores* (los campesinos), representados en las futuras cortes medievales por la nobleza, los eclesiásticos y los síndicos de villas y ciudades. Esta naturaleza pactista del poder —que implica tanto el *bannus* (derecho a mandar por tradición o por carisma) como el *consensus* (consentimiento de la comunidad)— será uno de los mayores legados de la mentalidad germánica al pensamiento político occidental y explicará, en su momento, tanto el auge del Feudalismo como las limitaciones impuestas a los monarcas europeos por medio de cartas o privilegios escritos jurados ante las mencionadas cortes. El grado de abstracción que implicó la *potestas* romana nunca fue alcanzado ni comprendido por los germanos. De aquí, la necesidad de pactar con el gobernante, rey o señor mediante el uso de ritos y fórmulas públicas y sacramentales que evidencian la sumisión voluntaria del súbdito y, a la vez, el carácter precario del poder real sostenido siempre por el acuerdo individual establecido con cada uno de sus nobles, o mediante su aceptación por parte de las cortes. La patrimonial-

lización excesiva del poder llevó a los gobernantes francos a dividir arbitrariamente el reino entre sus herederos, contribuyendo de esta forma a esa levedad del poder político medieval a la que se refiere Grossi.

Otro de los rasgos distintivos de la sociedad germánica establecida en Europa occidental fue su eminente carácter rural. Si bien es cierto que el declive de la ciudad como espacio del Derecho romano había comenzado antes de la irrupción germana, la extinción de las ciudades fue consecuencia inmediata del proceso de invasión, del miedo que provocó y de la incapacidad para abastecer a los grandes núcleos de población. El Derecho germánico tuvo, como resultado, un eminente carácter rural e ignoró muchas de las más complejas instituciones jurídicas que Roma había diseñado para su inmenso Imperio. El abandono de las ciudades no comenzó a frenarse sino hasta finales del siglo XI al finalizar la nueva oleada de invasores germánicos —los vikingos— y con el asentamiento de éstos en los territorios centrales y meridionales de Europa occidental. En este momento, el Derecho romano de Justiniano comenzó a ser estudiado precisamente en el ámbito de la ciudad. Con todo, la principal característica del Derecho germánico —su carácter consuetudinario rural— será la que mayormente prevalezca en la historia jurídica europea durante siglos, lo que implicó la necesidad de “comprobar la naturaleza y detalles de la costumbre aplicable mediante información pedida a los representantes o expertos de la comunidad de que tal costumbre estaba en vigor” (Vinogradoff). Para este fin, se utilizaron diversos métodos según los diferentes países: la consulta por parte del juez local a los expertos locales (*doomsmen*), entre los francos; la declaración pública de la costumbre aplicable por parte de hombres elegidos para este fin (*lagman*), en Escandinavia; la rendición verbal de cuentas expuesta por un experto ante la asamblea (*All-Thing*), en Islandia; la consulta particular realizada por visitadores encargados de hacer justicia a los “hombres del país”

para conocer la costumbre aplicable, el establecimiento de “jurados”, en la Inglaterra normanda, o la declaración de aplicar la “costumbre notoria” por parte de un juez sin necesidad de llevar a cabo ninguna investigación al respecto.

Consolidado el poder de los monarcas francos como dueños absolutos de las Galias una vez que triunfó Pipino el Breve (754-768) sobre sus enemigos alamanos, eslavos y lombardos, y celebrada su alianza con el papado, Pipino pudo deponer al último monarca merovingio y ceñirse la corona de los francos, consumando de esta forma el cambio dinástico entre merovingios y carolingios. Su hijo Carlos *el Magno* lo sucedió en el trono franco y se ciñó la corona de hierro de los lombardos. La noche de Navidad del año 800, el papa León III (750-816) le impuso la corona imperial, con lo cual se restableció el Imperio romano en Occidente, vacante desde el año 476. La restauración imperial obedeció a la amenazante posición religiosa adoptada por los emperadores bizantinos ganados por la herejía iconoclasta, lo que obligó al papado a contar con un brazo protector de la ortodoxia teológica y de la Iglesia en la figura de un emperador de fidelidad incuestionable. Formalmente hablando, la restauración imperial también debió suponer el restablecimiento formal del Derecho romano. Sin embargo, nadie considera que el Derecho carolingio sea en verdad un Derecho romano, por más que algunos aspectos del romanismo hayan resurgido en este Imperio altomedieval, sobre todo en el ámbito del Derecho público, pues en el privado los intentos de romanización de Carlomagno se toparon con el predominio de las costumbres y de los cánones de la Iglesia que determinaron la vida jurídica de los hombres y mujeres del común. De esta forma, volvieron a regir las constituciones imperiales, ahora convertidas en *capitulares carolingios*, y las antiguas demarcaciones territoriales del Bajo Imperio como las marcas, los condados y los ducados. En relación con los cánones de la Iglesia, bajo Carlomagno tuvo vigencia la *Collectio Dionisio Adriana*, recopilación de cánones rea-

lizada por el monje Dionisio el Exiguo (h. 460 o 465-h. 550) y enviada al emperador por el papa Adriano I (+ 795). El llamado “Renacimiento carolingio” implicó, en efecto, un oasis para la cultura, tanto literaria como artística y, en menor grado, científica, pero el Derecho poco se benefició de aquél. Para el correcto funcionamiento de los funcionarios locales extendidos a todo lo largo y ancho del imperio, estableció Carlomagno un sistema de visitadores itinerantes llamados *missi dominici* que en parejas administraban justicia y vigilaban el cumplimiento de las leyes en los diversos condados, ducados, marcas, aldeas y villas que les correspondía visitar a lo largo del año.

Hay que subrayar que todo el periodo Altomedieval —el taller de la praxis— se caracteriza por la ausencia de juristas, lo que no implica que dejara de haber jueces, abogados y escribanos, así como algunos estudiosos de temas vinculados a la ley, la justicia, la costumbre y el poder. El caso de san Isidoro de Sevilla (h. 556-636) ofrece el mejor ejemplo. La ausencia de juristas implicó, por ende, la ausencia de un “derecho de juristas” o jurisprudencia y la incapacidad cultural de aprovechar o entender los pocos vestigios que pudieron preservarse de la jurisprudencia romana, ni siquiera durante el llamado Renacimiento carolingio.

La existencia del Imperio carolingio no pasó de 43 años y su existencia misma debe entenderse como un paréntesis entre la primera y la segunda oleada de invasiones germanas al centro-occidente de Europa. Siguiendo la costumbre franca, Carlomagno heredó el Imperio a su hijo Ludovico Pío (778-840), quien, a su vez, lo heredó a su primogénito Lotario (795-855), pero sus dos hermanos, Carlos *el Calvo*, (823-877) y Luis *el Germánico* (806-876), reclamaron pronto sus respectivos territorios, lo que hubo de ser sancionado por el Tratado de Verdún signado en 843. Aunque nominalmente el Imperio subsistió todavía algunas décadas, estaba tocado de muerte. El Feudalismo se encargó de sepultarlo.

EL DERECHO FEUDAL

A la disolución del Imperio de Carlomagno, y sólo entonces, sucedió el establecimiento del régimen feudal en los antiguos territorios imperiales, lo que no fue óbice para que con el tiempo trascendiera fuera de sus fronteras, influyendo en la España de la Reconquista, en Inglaterra, e incluso en Tierra Santa con ocasión de las Cruzadas. Aunque muchas instituciones feudales se extinguieron en diferentes tiempos y en modo distinto según cada país, llegando incluso algunas hasta la Modernidad, es correcto establecer el momento del establecimiento de las monarquías absolutas en Europa como el del final del Feudalismo. Hablar de régimen o sociedad feudal en otras geografías y en otras épocas resulta impropio. Asimismo, el Feudalismo puede ser analizado desde múltiples puntos de vista, lo que aquí interesa es entenderlo como un elemento más del orden jurídico medieval, es decir, comprenderlo desde su perspectiva jurídica. En este sentido, y sin desconocer sus otras naturalezas, el régimen feudal gira en torno, concretamente, de una institución jurídica: el pacto de vasallaje. De esta forma, Ganshof describe al Feudalismo como “un conjunto de instituciones que crean y rigen obligaciones de obediencia y servicio —principalmente militar— por parte de un hombre libre, llamado ‘vasallo’, hacia un hombre libre llamado ‘señor’, y obligaciones de protección y sostenimiento por parte del ‘señor’ respecto del ‘vasallo’, dándose el caso de que la obligación de sostenimiento tuviera la mayoría de las veces como efecto la concesión, por parte del señor al vasallo de un bien llamado ‘feudo’.” Hay que buscar sus antecedentes durante la monarquía franca bajo la dinastía de los merovingios en la figura de la “recomendación”, mediante la cual un hombre libre se entregaba al patrocinio de otro. Esta institución respondió a las necesidades de protección y de subsistencia que buena parte de los jefes de los grupos militares germánicos, así como de los hombres libres bajo sus órdenes, sintieron una vez que el

Imperio romano cayó y las monarquías germanas fueron incapaces de fortalecerse y constituir verdaderos Estados. Hunde sus raíces, también, en la propia concepción pactista del poder de los germanos, así como en la situación económica y social heredada por el Bajo Imperio romano, sobre todo en lo referente a la propiedad o posesión de los grandes latifundios abandonados por sus legítimos propietarios ubicados en las fronteras imperiales, y en la forma en que Roma administró las grandes extensiones territoriales dentro de sus fronteras bajo la cabeza de condes, duques u obispos. Sin duda, el Feudalismo sólo puede explicarse si se entiende el proceso imparable de despoblamiento urbano que caracterizó a Europa durante toda la Alta Edad Media y la consecuente ruralización de la sociedad europea. Frente a esta profunda alteración, instituciones provenientes del Bajo Imperio, como la *enfiteusis* o el *colonato*, llevaron al extremo la concentración de vastos territorios y el control de numerosos grupos de personal anclados permanentemente a la tierra —los siervos— por parte de poderosos jefes militares, cuya dependencia jerárquica al monarca siempre se mostró endeble. Capaces de brindar la protección que el monarca franco no pudo otorgar, jefes más débiles u hombres libres necesitados de protección y de bienes con los cuales subsistir se encomendaron a aquellos mediante pactos singulares y de contenidos diversos. A la caída del Imperio carolingio, las invasiones vikingas exacerbaron esta situación y mostraron con toda nitidez la incapacidad de los reyes sucesores de Carlomagno para llevar a cabo las elementales funciones del reino. En su lugar se alzó, en plenitud, el señoría feudal sustentado en el pacto de vasallaje.

El Derecho feudal debe considerarse como un elemento más del pluriverso jurídico característico del Medievo europeo, particularmente del Alto Medievo, durante el cual coexistió con el conjunto de otros derechos vigentes: los derechos de ascendencia tanto romano vulgar como germana, las costumbres locales y el todavía inmaduro Derecho canónico. En este sentido, hay

que distinguir entre Derecho feudal —el que nace de la relación de vasallaje entre hombres necesariamente libres— y Derecho en la época feudal, conformado por un conjunto de ordenamientos diversos, entre otros, el propio Derecho feudal.

El pacto de vasallaje implicó, ante todo, una relación personal entre el señor y el vasallo basada en la fidelidad entre ambos con la obligación por parte del señor de proteger y mantener a su vasallo, y la correspondiente obligación del vasallo de servirle, auxiliarle y darle consejo en los términos y durante el tiempo pactados. Esta relación quedó formalizada mediante actos solemnes no escritos como el homenaje, la fe y el *osculum* llevados a cabo ante imágenes religiosas que implicaron un verdadero rito de autoentrega del vasallo a su señor. Indirectamente, y sólo como medio de satisfacer las obligaciones del señor, éste entregaba un beneficio económico —generalmente, una extensión agrícola o un territorio—, del cual el vasallo pudiera subsistir; en caso de no entregarlo, el señor llevaba a vivir con él a sus vasallos para proveer a su inmediata protección y subsistencia. Con el tiempo y las transformaciones sociales, este beneficio, llamado *feudo*, pasó a convertirse en el elemento más importante del régimen señorial por encima de la fidelidad y de la relación personal, desvirtuándose así en el Bajo Medievo el pacto de vasallaje. Sin embargo, el Feudalismo fue capaz de incorporar a las instituciones y al lenguaje político y jurídico europeos relaciones y conceptos, así como toda una mentalidad, difíciles de soslayar por el Derecho moderno. Su trascendencia explica incluso la distinta conformación política de los principales países europeos. Si en Francia los monarcas de la dinastía capeta pudieron maniobrar el propio pacto de vasallaje a su favor para recuperar el control sobre grandes territorios dominados por poderosos señores feudales y establecer, de esta manera, la primera monarquía absoluta europea, en Inglaterra la monarquía se vio desbordada por los señores feudales, quienes, completamente a destiempo, reclamaron y consiguieron los privilegios que el monarca nor-

mando nunca estuvo dispuesto a cederles; situación que quedó plasmada en la *Carta Magna* del rey Juan *sin Tierra* (1166-1216) del año 1215. Por su parte, en Alemania, el restablecimiento del Imperio occidental en la cabeza de Otón I (912-973) y su posterior derrota ante el papado en la Guerra de las Investiduras implicó la imposibilidad de consolidar un Imperio que, de haberse realizado, hubiera significado un control total sobre los príncipes y señores territoriales; en cambio, éstos se vieron favorecidos por la debilidad de un emperador nominal al que, sin embargo, no renunciaron, pues ello les permitió contar con una instancia superior ante la cual resolver sus diferencias. En todo caso, el resultado fue una Alemania dividida en decenas de señorios feudales que, en su momento, se transformarán en pequeños Estados independientes entre sí e incapaces de unificarse en un Estado alemán hasta 1870. España e Italia también sufrieron las consecuencias de haber establecido el régimen feudal, si bien en forma muy singular. La primera, objeto de la invasión musulmana, dio paso a la formación de diversos reinos cristianos independientes entre sí, pero empeñados cada uno de ellos en expandirse hacia el sur a costa de los moros. El fenómeno de la Reconquista influyó decididamente en la forma en que se presentó el Feudalismo en los reinos hispanos: en ellos no fue posible prescindir del poder real del monarca pues fue la cabeza de la empresa conquistadora; tampoco de los señores y vasallos libres, quienes llevaron a cabo la expansión militar y algún beneficio debieron de obtener por ello; ni, tampoco, de las villas y ciudades, cuyos habitantes, atraídos por la concesión de fueros y cartas pueblas emitidos por el monarca, aportaron el número de habitantes que poblarían los territorios ganados al Islam. Todo lo anterior originó que en los territorios hispanos se formaran reinos relativamente fuertes pero obligados a reconocer, por un lado, los derechos señoriales y, por otro, los fueros de las villas y ciudades. Entre las tres instituciones se logró un equilibrio de poderes, como quedó de manifiesto en el establecimiento y

funcionamiento de las distintas cortes españolas, sobre todo en Navarra y Aragón. Por último, el Feudalismo en Italia estuvo condicionado por el establecimiento de los Estados Pontificios desde el siglo VIII, las luchas entre el papado y el Imperio por el control, sobre todo, de los territorios italianos septentrionales, la formación de una monarquía estable de origen normando en el sur, y la posterior formación de ciudades libres dedicadas al comercio, como fueron los casos de Pisa, Génova y Venecia; todo lo cual contribuyó, como en Alemania, a conformar un verdadero mosaico político que imposibilitó la formación del Estado italiano hasta la segunda mitad del siglo XIX.

EL PRIMER DERECHO CANÓNICO

La importancia del Derecho emanado de la Iglesia Católica, conocido como Derecho canónico (de *canon*, norma), va a ir de menos a más a lo largo del primer milenio después de Cristo. Si durante los siglos que corresponden al periodo Clásico del Derecho romano nada pudo influir a un Estado y a una sociedad todavía paganos y contrarios al cristianismo, durante el periodo Posclásico, en la medida que éste fue ganando terreno, el Derecho canónico fue paulatinamente influyendo en algunas instituciones, como en el matrimonio, el juramento, la adopción, el divorcio, la condición de las mujeres, el régimen sucesorio, e incluso en la esclavitud, a la cual nunca condenó —como institución que era del *Ius gentium*—, pero sí llegó a humanizar. Su justificación se encuentra en la facultad y necesidad de la Iglesia para ordenar la vida de sus fieles, resolver sus conflictos en relación con la fe profesada, y a organizarse como institución humana; más tarde, también contemplará las relaciones con los Estados. Si al principio la normatividad eclesiástica pudo confundirse con la teología o con la moral, poco a poco fue deslindándose de ambas para constituir un verdadero Derecho, pieza

capital dentro las voces que integraron la amplia polifonía coral del orden jurídico medieval como la presenta Grossi.

A falta de un Estado fuerte, la Iglesia se arrogó la facultad de legislar no sobre los súbditos, pero sí sobre los fieles. Cuando a partir del Edicto de Milán del año 313, promulgado por Constantino *el Grande* (h. 272-337), se reconoció la libertad de los cristianos para profesar públicamente su fe y, sobre todo, cuando Teodosio I elevó el cristianismo a rango de religión oficial y única del Imperio, comienza en realidad a trascender este Derecho. La forma de manifestación del mismo fue, principalmente, el mandamiento eclesiástico: órdenes emanadas del papa, de los concilios o de los obispos, aunque su fuente última fue la propia voluntad divina expresada en el Antiguo y el Nuevo Testamento, particularmente en los Evangelios. En efecto, a diferencia de los derechos romano y germánico, la fuente jurídica privilegiada por la Iglesia fue la normatividad emanada de la potestad eclesiástica dotada también de autoridad. Con el cristianismo, el *Ius* se transformó en *Directum* —lo que es recto— y su naturaleza normativa —pública y escrita— se acentuó. No es gratuito, pues, que el proceso de reducción de fuentes que afectó al Derecho romano hasta llegar a la supremacía legislativa que se observa en la época Posclásica sea paralelo a la consolidación de la legislación canónica. Ahora bien, que el Derecho canónico se exprese casi siempre en forma de ley positiva no quiere decir que sea la expresión exclusiva de la voluntad del legislador humano. Siempre se ha sostenido que el fundamento de la norma canónica es, en última instancia, la Ley divina expresada en las Sagradas Escrituras y a través de la Ley natural. Y aunque se afirme la existencia de un Derecho canónico positivo, éste encuentra finalmente su obligatoriedad en el argumento de no contradecir a la Ley divina, al Derecho natural, a la razón humana, ni a la naturaleza misma de las cosas. Durante el periodo Altomedieval se puede observar, en efecto, la gestación de un Derecho caracterizado por la “inmovilidad del Derecho divino” y “la flexibilidad de un

Derecho humano”, este último siempre atendido a la Ley divina, a la naturaleza misma de las cosas, a los hechos, y al propósito de perfeccionamiento de la sociedad y de sus miembros.

La ley canónica —que históricamente ha emanado tanto de las *decretales pontificias* como de los *cánones conciliares*— no rechazó, sin embargo, la vigencia de la costumbre canónica ni las posibilidades de una jurisprudencia canónica, si bien, generalmente, ambas se fueron supeditando a lo aceptado, tolerado, resuelto u ordenado por la ley.

Durante el periodo del “taller de la praxis”, el Derecho canónico también estuvo sometido a un intenso proceso de fragmentación, falta de unidad y de cohesión; su característica principal —como todo el Derecho de la época— fue el más acentuado particularismo, fruto de la actividad de cada concilio provincial o regional y de cada obispo, convertidos ambos en legisladores junto con el papa. No obstante, también es cierto que durante este periodo de varios siglos logró desprenderse de sus preocupaciones apologéticas y dogmáticas para irse centrando en los problemas de disciplina, organización, justicia y administración. La ventaja evidente de este Derecho sobre los otros ordenamientos vigentes siempre fue su naturaleza escrita, lo que revela la existencia de una clase letrada y de unos archivos al interior de las diócesis, de algunas pocas parroquias o de los monasterios. De los antiguos textos canónicos del periodo romano se conservaron las *Constituciones de los Apóstoles* y los *Cánones de los Apóstoles*, pero fue entre los siglos v al ix cuando aparecieron las primeras colecciones de cánones para uso local, si bien con pretensiones de generalidad. En Italia, se ha visto cómo hacia finales del siglo v Dionisio el Exiguo compiló cánones conciliares de antiguos concilios orientales y africanos y varias *decretales pontificias*. Esta obra influyó en la España visigoda para la elaboración de tres colecciones denominadas *Hispana* durante los siglos vi y vii, una de las cuales se atribuyó al propio Isidoro de Sevilla y que contiene disposiciones emanadas, además, de los concilios toledanos.

Ya se ha visto que durante el Imperio de Carlomagno el papa Adriano I actualizó la obra de Dionisio y se la envió a Carlomagno para su promulgación: la *Collectio Dionisio-Adriana* representa la obra con mayores pretensiones de universalidad en todo el Alto Medievo. Otra colección importante de la época Carolingia fue la *Dacheriana*. Esta labor compiladora de cánones, decretales y costumbres canónicas fue dirigida hacia su aplicación en los tribunales eclesiásticos, así como para consolidar el poder pontificio, muy mermado también por el Feudalismo que afectó considerablemente la organización y la jerarquía de la Iglesia en Occidente. La mejor prueba de este deseo de reforzar la autoridad papal mediante el Derecho fueron las célebres *Falsas Decretales o Pseudoisidorianas*, compilación atribuida a un tal Isidoro Mercator (s. IX) y vigente durante siglos en la Iglesia hasta que el Humanismo y la Reforma se encargaron de demostrar su falsificación. Por otro lado, instrumentos muy eficaces para obtener el orden y la disciplina de los fieles se mostraron los “libros penitenciales”, verdaderos “catálogos de pecados con indicación de las penitencias que debían ser impuestas a quienes los cometieran” (Lombardía).

En todas estas colecciones, las materias tratadas fueron cuestiones relativas al rito, los sacramentos —principalmente el matrimonio—, formularios sobre negocios eclesiásticos, procesos judiciales, delitos y penitencias y, sobre todo, la disciplina de los clérigos, muy relajada por entonces. Para superar las evidentes limitaciones de todas estas colecciones y de los esfuerzos pontificios por asegurar un control único sobre el Derecho de la Iglesia fue necesario que se realizara la Reforma Gregoriana, que tanto impacto habría de tener al interior de la organización eclesiástica y en el descubrimiento de los libros del *Corpus Iuris* de Justiniano. Ello ocurrió, precisamente, en el tránsito de la Alta Edad Media al Bajo Medievo.

El papa Gregorio VII (1073-1085) —el monje benedictino Hildebrando de la abadía francesa de Cluny— encabezó la

primera gran reforma de la Iglesia Católica dentro de la ortodoxia, contribuyendo de esta manera al tránsito entre ambos periodos medievales. Los objetivos de dicha reforma fueron diversos: disciplinar a los clérigos, perfeccionar la vida monacal, restaurar la moral de los fieles y de los eclesiásticos, renovar la espiritualidad de la Iglesia y reforzar el poder pontificio —sobre todo, frente a los emperadores del Sacro Imperio romano germánico y a los señores feudales eclesiásticos—, mediante el control sobre el Derecho canónico y la uniformidad de la liturgia. Con ello, consiguió restaurar la *auctoritas* de la Iglesia que durante los dos siglos siguientes alcanzará su mayor esplendor. Su siglo, el xi, fue también el que comenzó a ver las primeras manifestaciones de la renovación de los estudios literarios, el nacimiento de la vida urbana en Europa occidental, la reactivación del comercio y la posibilidad de restaurar un nuevo imperio. Estos cinco acontecimientos, estrechamente vinculados entre sí, serán decisivos para la recuperación de los textos jurídicos justinianos y la consecuente recepción del Derecho romano por parte de la cultura europea bajomedieval.

Por lo que toca a los intentos de ordenar y sistematizar en estos siglos el numeroso conjunto de cánones conciliares y decretales pontificias, es justo mencionar la colección de Anselmo, obispo de Luca (+ 1086) y la *Panormia* de san Ivo, obispo de Chatres (+ 1115), obras que ya revelan cierta influencia de un Derecho romano que comenzaba a conocerse. En todo caso, será el *Decreto* del monje camaldulense Graciano el que represente los orígenes de la ciencia canónica en el Medievo, como se verá más adelante.

EL SURGIMIENTO DEL DERECHO MERCANTIL Y DE LOS DERECHOS MUNICIPALES

Tanto la crisis del Feudalismo como el renacimiento de la ciencia jurídica occidental —con la consecuente formación de un

Ius commune europeo— fueron resultado de la alteración profunda de las condiciones económicas y materiales que afectaron a Europa occidental al término de las invasiones normandas y la consecuente posibilidad de establecer el comercio alrededor de los castillos señoriales (*burgos*) destinados desde entonces, y a raíz de esa misma actividad, a desaparecer como tales o a transformarse en ciudades. El nuevo periodo de relativa paz en Europa significó incluso la posibilidad de llevar, ya desde finales del siglo xi, la guerra contra los infieles musulmanes a sus propios territorios en Oriente Medio, así como contar con el tiempo y las condiciones necesarios para fabricar nuevos instrumentos de labranza que, al mejorar las cosechas y extenderlas a nuevos terrenos, produjeron un aumento notable de la población europea, por un lado, y una mayor salud y prolongación de la vida de los habitantes de pueblos, aldeas y ciudades, por el otro. Asimismo, los nuevos métodos de labranza supusieron, por fin, un incremento de la producción agrícola susceptible de ser intercambiado por otros productos que las nuevas condiciones sociales permitieron elaborar, como artesanías, telas y tejidos, armamento, vinos, entre otros. De esta forma, el comercio, prácticamente extinto durante el Alto Medievo, volvió a aparecer en Europa, al principio en los puertos y en algunas ciudades cercanas a las costas y luego en el interior de los distintos reinos que comenzaron a formarse a raíz de un largo y complejo proceso de consolidación monárquica sobre el otrora predominio de los señoríos feudales. Un comercio que primero atendió las necesidades de los burgos, para lo cual se reactivó y amplió la red caminera construida por los romanos, y luego dio servicio a la ciudad, desde entonces y para siempre su principal objetivo y destinatario, y también su principal creación. Estos caminos fueron transitados una y otra vez por el nuevo tipo de personas que rompieron la trilogía social señalada por Duby: los comerciantes o *burgueses*, llamados así por aparecer primero ocupando el espacio alrededor de los burgos, sus principales clientes,

abasteciéndolos de nuevos productos, siempre atractivos por asegurar mejores condiciones de vida material. Como afirma Henri Pirenne, este comercio fue el responsable último de la transformación del burgo en ciudad y, con ello, del nacimiento de la vida intelectual en Europa.

La ciudad medieval, a su vez, implicó la conformación de un nuevo tipo de sociedad caracterizada por la organización y la coexistencia de diversas corporaciones, gremios o “estados” que se distinguen por el tipo de actividad desarrollado por sus respectivos miembros, sujetos a férreos criterios jerárquicos y ubicados en distintos niveles de juridicidad. En cada una de estas corporaciones, sus integrantes quedaron definidos jurídicamente respecto de otros por singulares derechos, casi siempre de origen consuetudinario y sujetos a reglas propias y particulares convenidas entre ellos. El caso más notable de estos nuevos derechos que irrumpieron en el Bajo Medievo fue el Derecho mercantil medieval, origen y raíz del moderno.

Concebido desde dos puntos de vista —como resultado jurídico de la actividad comercial realizada por y entre comerciantes, y como forma particular de organización de los gremios de mercaderes (consulados)—, el Derecho mercantil supone el mejor ejemplo de un Derecho particular creado al margen de la ciencia jurídica y sin la intervención de autoridades políticas. Es, a la vez, ejemplo de particularismo jurídico y de un Derecho sin Estado. Lo primero fue superado desde el momento mismo en que las reglas, prácticas, usos, costumbres e instituciones mercantiles, surgidas en determinadas latitudes, fueron ampliamente difundidas e imitadas por la casi totalidad de los comerciantes europeos dada su practicidad, certeza, confiabilidad, agilidad y simplicidad, dando paso a una nueva especie de *Ius gentium*; mientras que lo segundo fue superado hasta que el Derecho mercantil entró bajo el dominio del Estado, en particular cuando éste se arrogó la tarea de transformarlo en ley para después codificarlo.

Letras de cambio, *guildas*, monedas, ferias, garantías, banca, intereses, consulados, *echazón*, contratos mercantiles, lucro cesante, usura, sociedades mercantiles, y un sinnúmero de instituciones nuevas o de origen grecolatino formaron el universo institucional de un verdadero Derecho de clase, el *Ius mercatorum* como Derecho de los mercaderes que, junto al *Ius commune*, las leyes de las incipientes monarquías europeas, el Derecho feudal, el canónico y las costumbres rurales, urbanas y gremiales surgidas a todo lo ancho y largo de Europa, formaron esa realidad jurídica necesariamente plural que contrastará con el absolutismo jurídico vigente a partir del siglo XIX. Como ha afirmado Grossi, la levedad del poder político y el pluralismo jurídico son las características principales del orden jurídico imperante durante los siglos medievales. Sin duda, la primera explica al segundo, y el caso del Derecho mercantil es el más notable pues refiere a un Derecho creado al margen de la órbita “estatal” y como parte de un conjunto de ordenamientos jurídicos de la más diversa naturaleza y con origen y destino diversos. Galgano afirma con razón que este *Ius mercatorum* “es también derecho de formación corporativa, y no se convierte nunca, como podría suceder, en derecho de formación pública creado y aplicado por las instituciones municipales”, menos, entonces, por las de la monarquía. Como todo ordenamiento de la época, contó con su particular forma de jurisdicción y con sus propias sanciones. En cuanto a su desarrollo científico, hubo de esperar hasta que despertara el interés de los juristas, quienes inicialmente lo menospreciaron por no estar fijado en textos centenarios dotados de autoridad. No fue sino hasta el siglo XVI cuando Benvenuto Stracca (1509-1578) escribe *De Mercatura sive de Mercatore*, considerada la primera obra de la ciencia jurídica mercantil; antes, despertó el interés de los teólogos católicos por los temas de la usura y del lucro. En un paulatino y amplio proceso de fijación de usos y prácticas mercantiles, aparecieron desde comienzos del siglo XI las primeras recopilaciones de nor-

mas escritas mercantiles llamadas a superar la oralidad característica de este Derecho en sus orígenes y a influir en el contenido de la moderna codificación mercantil: La *Tabula Amalphantana*, los *Capitulare nauticum*, los Roles de Olerón, el *Llibre del Consolat de Mar*, las Costumbres de Tortosa, las Leyes de Wisby, y el *Black Book of the Admiralty*.

Si la ciudad fue el espacio natural de desarrollo del Derecho mercantil, también lo será del *Ius commune* y de la legislación promulgada por los reyes europeos a partir del siglo XIII. También se debe reconocer que dentro de la ciudad y para la ciudad va a surgir el Derecho municipal, dado el carácter eminentemente corporativo de cabildos y concejos municipales. A diferencia de los particulares y consuetudinarios derechos regionales de carácter rural, algunos de los cuales hundían sus raíces en los antiguos derechos bajo imperiales y en los llamados derechos germánicos, el Derecho municipal medieval se centra en las actividades y conflictos de los “ciudadanos”, precisamente en lo que éstos tienen de común como parte de la propia corporación municipal y al margen de su pertenencia a “estados” diferentes. Su gran número, la diversidad en su origen, la diferencia y la singularidad de sus contenidos son las características de estos derechos municipales (que en la Península Ibérica formaron el llamado Derecho foral territorial) tan importantes para entender el proceso político que llevó a la consolidación de los diversos estados europeos.

FUNDACIÓN DE LA CIENCIA JURÍDICA EUROPEA

Conviene insistir, antes de pasar al importante tema del nacimiento de la ciencia jurídica europea, en que las características más notables de los derechos medievales hasta ahora analizados fueron su naturaleza consuetudinaria y la ausencia de un pensamiento propiamente científico en su elaboración. Sin duda, no

hubo legado romano inmediato a este respecto. El orden jurídico romano dio paso a un incipiente orden jurídico medieval caracterizado por los signos de lo local, lo rural, lo práctico, lo solemne, lo intemporal y lo tradicional. La ciudad y sus secuelas, el Derecho mercantil y los derechos municipales, vinieron a romper muchos años antes del Renacimiento el seguro y confiable mundo integrado por las tres categorías que nos recuerda Duby. Si el férreo esquema social altomedieval se rompió con la irrupción del *mercator* no fue menos trascendente la aparición del *letrado*, fruto también de la ciudad, en particular de uno de sus espacios más preciados, aunque también de los más conflictivos para las autoridades municipales: la universidad.

El término *universitas* no es exclusivo de los establecimientos fundados en Europa a partir del siglo XI destinados a la lectura, enseñanza y aprendizaje de textos dotados de autoridad y referidos a saberes considerados valiosos y ejemplares para el espíritu y la inteligencia; sin embargo, el término “universidades” acabará imponiéndose a esos centros de saber y reflexión hasta nuestros días. En su seno se escribió buena parte de la historia del Derecho occidental y la historia de la universidad corre paralela a la historia jurídica, y es que, conforme a D’Ors, la universidad europea no ha dejado de cultivar la lectura y aprendizaje de textos jurídicos, textos que derivan en muy buena parte de los que en forma sorprendente surgieron desde el olvidado mundo romano a partir de los últimos años del siglo XI. La historia del Derecho no ha dejado de ser una historia de textos, si bien actualmente estamos dispuestos a entender que esta textualidad no necesariamente se refiere a pergaminos, papiros o papeles, y que esa historia ha de incorporar la de prácticas —sobre todo procesales—, mentalidades colectivas y tradiciones que no necesariamente han quedado consignadas en dichos materiales. En donde no cabe la discusión es en aceptar el hecho de que la gran revolución jurídica suscitada en el Medioevo europeo y llamada a determinar la historia del Derecho occidental hasta nuestros

días se debió a un encuentro fortuito con textos, concretamente con los pergaminos donde constaba el *Corpus Iuris* de Justiniano, en especial el *Digesto* o *Pandectas*, llevado a cabo al interior de esos nuevos espacios cívicos llamados *studium generale* de donde proceden las universidades del Bajo Medievo.

La fundación de las primeras universidades europeas transcurre entre los siglos XI al XIII, siendo tradicionalmente considerada la primera la de Bolonia (1088), seguida de las de Oxford (1167), París (1170), Vicenza (1204), y Cambridge (1209). Para los efectos de esta *Historia Mínima*, serán muy importantes durante la formación del *Ius commune* europeo las de Bolonia, Pisa, Siena, Pavía, Toulouse, Montpellier, Salamanca y Lérida; París, por haber descartado la enseñanza del Derecho romano durante años, fue capital para el desarrollo de la Teología y del Derecho canónico, no así para la creación del estamento de los juristas medievales. Concebida como parte de los espacios urbanos donde un conjunto de docentes y alumnos se organizaban para dedicarse al estudio de textos selectos para obtener conocimientos considerados ejemplares, la *universitas* medieval implicó una bien construida corporación dotada de una estructura organizacional definida que le permitió contar con una notable autonomía respecto de los poderes municipales, señoriales y reales de la época, lo que quedó de manifiesto en la vigencia de sus constituciones o estatutos internos, así como en la libertad para la elección de sus rectores y catedráticos. Organizadas alrededor de un claustro académico rígidamente seleccionado y en muchas ocasiones sostenido económicamente por los propios estudiantes divididos en *naciones*, las primeras universidades europeas se dedicaron a formar el nuevo estamento social de los letrados, diferenciados entre sí según los grados académicos que alcanzaban (bachilleres, licenciados, maestros o doctores) y formados en un número muy reducido de saberes consignados de textos de respetable antigüedad: Teología, Artes (Filosofía), Medicina, Derecho canónico y Derecho romano (civil). Resultado de una

lenta y poca conocida evolución que remonta sus orígenes a las escuelas carolingias de los siglos VIII y IX, la universidad medieval es inexplicable sin el antecedente de los pocos *studium generale* que lograron formarse después del desmantelamiento de la cultura carolingia, sobre todo en el norte de Italia. En ellos se pudo desarrollar el estudio de las siete artes liberales agrupadas en el *trivium* (Dialéctica, Retórica y Gramática) y en el *cuadrivium* (Aritmética, Geometría, Música y Astronomía). Por lo que al Derecho se refiere, la enseñanza del *trivium*, en especial la Gramática y la Dialéctica, resultó clave para el cabal conocimiento y comprensión de los textos justineanos que comenzaron a estudiarse hacia finales del siglo XI, precisamente en el *studium* de Bolonia. Así cuenta Odofredo, uno de los principales juristas del *Ius commune*, el mítico encuentro de Europa con aquéllos: “Cuando el *studium* de derecho fue destruido en Roma, los libros de leyes fueron llevados primero a Rávena y luego a Bolonia. De esta forma terminaron siendo estudiados en la escuela de artes liberales. Pepo comenzó con su autoridad a enseñar derecho pero, sea cual fuere su ciencia, no tuvo fama alguna”. La fama le corresponderá, sin duda alguna, a Irnerio (h. 1055-h. 1130) —*lucerna iuris*— quien entre 1116 y 1130 fue el primero en someter a los textos romanos recién encontrados en Bolonia a un riguroso método de interpretación filológico-exegético, indispensable para desentrañar el contenido de un saber que desde hacía siglos se había perdido y que simplemente no era ya comprensible. La Gramática y la Dialéctica se convirtieron en auxiliares indispensables de la Filología para fijar un texto al que, de inmediato, se le reconoció *auctoritas*. Sin ser propiamente un jurista, Irnerio será considerado el primero de los profesores de un saber altamente especializado llamado a conformar buena parte del pensamiento occidental hasta nuestros días.

Pero, ¿de qué textos hablamos? ¿Sobre qué manuscritos jurídicos trabajaron Irnerio y sus discípulos? ¿Qué técnicas implantaron para desentrañar y hacer legible el contenido de unos

textos que se habían perdido durante poco más de cinco siglos? Aquí es cuando la historia jurídica de Occidente no puede negar el azar, la suerte o lo fortuito.

Es importante recordar que el *Corpus* de Justiniano fue objeto de distintas copias que se difundieron a lo largo y ancho de los territorios imperiales aún en vida del emperador. Algunas de estas copias debieron haber llegado a las ciudades italianas bajo dominio bizantino, tal vez Ravena, Bolonia, e incluso Pisa. Su destino aquí estuvo marcado por su escasísima vigencia y el consecuente olvido, toda vez que las condiciones materiales —destrucción de bibliotecas, inexistencia de escuelas de Derecho, quema de archivos, imposibilidad de continuar con la copia y venta de libros—, sociales y culturales, las hicieron inútiles: otros derechos —el romano vulgar principalmente y los germánicos— sustituyeron el espacio dejado por una sociedad que antes reclamaba soluciones técnicas a sus problemas jurídicos cotidianos e instituciones más complejas y convincentes a la razón. A diferencia del Imperio oriental, donde la labor de epitomización, traducción y modificación de los textos compilados por los juristas y profesores al servicio de Justiniano llevaron paulatinamente al olvido y a la eventual destrucción de todos los ejemplares del *Codex*, el *Digesto*, y la *Instituta*, de suerte tal que ninguno se conservó allí, en la parte occidental del Imperio, no obstante las condiciones arriba mencionadas, nada favorables a la preservación de documentos y menos cuando éstos no tenían eficacia ni utilidad, por razones inexplicables se conservaron algunas de aquellas copias del siglo VI. Por lo que se refiere al *Digesto*, sin duda el libro más importante para el conocimiento del saber de los juristas romanos, se tiene la certeza de que cuando menos dos copias casi contemporáneas a Justiniano se preservaron. Una de ellas, hoy extraviada o destruida, fue seguramente a la que se refirió Odofredo y sobre la que comenzarían a trabajar Irnerio y sus discípulos, siendo objeto de diversas copias posteriores. Otra —indiscutiblemente uno de los más importantes y valiosos ma-

nuscritos en toda la historia de la humanidad— es la que hoy se conserva en la Biblioteca Medicea Laurenziana de Florencia llamada, en consecuencia, la *Florentina*. Originalmente conservada en Pisa —de aquí que también se le conozca como *Littera Pisana*— durante el siglo xv, según la tradición, fue tomada como botín de guerra por los florentinos. Contiene el texto completo del *Digesto*, se encuentra en magníficas condiciones de conservación, no fue objeto de alteraciones aunque sí de mínimas glosas y de una media docena de letras “o” transformadas en simpáticas caritas por manos anónimas. Desde luego, no fue el ejemplar conocido ni trabajado por los miembros de la Escuela de los Glosadores pues de haberse conocido durante los siglos xii, xiii o xiv hubiera seguramente desaparecido o, al menos, hubiera sido maltratado o anotado profusamente. La preservación de ambas copias supone para toda la historia del Derecho occidental el acontecimiento más trascendente del que se pueda dar noticia. Con la recuperación del *Digesto* y del *Codex*, el Derecho romano pudo conocerse con la amplitud, riqueza y complejidad que le reconocieron los compiladores justineanos. Ello también ha posibilitado el conocimiento de dos etapas del mencionado Derecho: el clásico (siglos ii a.C.-iii d.C.) y el propiamente justineano (siglo vi). En particular, el *Digesto* supone la más alta expresión de la ciencia jurídica romana, fundamento de todo el posterior pensamiento jurídico en Occidente, incluso en los países formados en el *common law* anglosajón.

Es imposible comprender la estimación y posterior utilización que los “descubridores” medievales del *Corpus* le dieron a los libros que lo integran si no se recuerda el concepto de *auctoritas*. Tanto para el mundo antiguo como para todo el Medievo ésta constituye uno de los fundamentos de la verdad, la certeza, y la seguridad. El pensamiento medieval operó conforme a categorías racionales pero éstas les resultaron insuficientes o limitadas para explicar al hombre, al mundo y a Dios, por lo que hubo de acudir a la *auctoritas*, traducida literalmente como “autoridad”

pero en su significado de saber socialmente reconocido y, por ende, respetado y acatado. Como la *Biblia* siempre, ahora el *Corpus* fue percibido como obra de autoridad, sin posibilidad alguna de contradicción, falacia o error. En una época regida por la fe, particularmente la religiosa, y donde el debate teológico por excelencia se centró en la conciliación posible entre aquella y la razón, el contenido de los textos jurídicos romanos “descubiertos” implicó encontrarse con la *ratio scripta* jurídica, intemporal, ejemplar y suficiente; evidentemente, siempre y cuando el contenido de dichos textos se pudiese develar y comprender. De aquí, entonces, que el reconocimiento de esta *auctoritas* llevara a Irnerio y sus discípulos a desarrollar una técnica de análisis y comprensión de dichos textos que afirmara tanto su validez intemporal como su unidad intrínseca, sin contradicción alguna posible. Esta técnica fue la armonística, dirigida, como en el caso de los textos bíblicos, a superar cualquier contradicción, aparente o supuesta, toda vez que el texto en sí mismo, dotado de autoridad, simplemente no podía contener contradicción alguna ya que era obra de una sola *ratio*. El método utilizado para develar el sentido de los textos trabajados y hacerlo comprensible a los contemporáneos fue el exegético-filológico, desde entonces parte fundamental del universo mental de los hombres de saber que comenzaron a surgir en Europa. El mismo se manifestó por medio de glosas escritas entre las líneas o a los márgenes de los textos romanos recién “descubiertos” dando origen, de esta manera, a la primera escuela jurídica occidental, la Escuela de los Glosadores, cuyo arco temporal se localiza entre el siglo XII y la primera mitad del siglo XIII, teniendo como su centro fundamental la universidad de Bolonia y alrededor las demás universidades establecidas sobre todo en la península italiana.

La formación de un “taller sapiencial” distinto al “taller de la praxis” del Alto Medievo no resulta suficiente para explicar el desarrollo alcanzado por la Escuela de los Glosadores. Es verdad, como se ha afirmado, que el *Corpus* vino a satisfacer necesi-

dades espirituales e intelectuales inéditas durante la Alta Edad Media, pero la propia naturaleza jurídica de los textos del mismo obligan a buscar otros elementos que expliquen el auge que el Derecho como obra de una clase profesional y especializada —y también como obra del legislador— llegó a tomar a partir del encuentro europeo con los textos de Justiniano. Se trata, en síntesis, de explicar cómo dichos textos y la actividad que implicaron en manos de los legistas conformaron la parte sustancial del nuevo orden jurídico que se venía formando por la *praxis* desde la caída del Imperio romano occidental. Comprender el orden jurídico medieval, tal y como los romanistas actualmente se afanan en entender el orden jurídico romano y los juristas modernos el actual orden jurídico moderno. Para ello, resulta de capital importancia tomar en cuenta las siguientes consideraciones: la vigencia permanente de diversos ordenamientos jurídicos con orígenes distintos; su coexistencia y su vocación compartida para resolver los conflictos suscitados al interior de las diversas sociedades bajomedievales; la irrupción del nuevo espacio urbano que conforma la ciudad; el ascenso imparable del poder político que, no obstante, sigue manifestándose discretamente; y el aprovechamiento de la ciencia jurídica y de las leyes romanas en el diseño de soluciones tanto para los problemas estrictamente jurídicos como para los conflictos políticos.

El orden jurídico medieval acabó por definirse en el momento en que se dieron las grandes transformaciones políticas de una Europa donde declinaba el poder señorial y se abrían las pretensiones universales del papado, del Sacro Imperio romano germánico, y de los propios reyes al interior de sus respectivos reinos. Lo político no fue ajeno, en lo absoluto, a la creación de un orden jurídico diseñado por los doctos juristas que abrevaron en los textos del Derecho romano y por los canonistas que, orientados por aquéllos, construyeron su propio *Corpus Iuris* para confrontarlo a las pretensiones políticas del Imperio, primero, y después de las monarquías europeas.

Bolonia era territorio imperial e Innerio súbdito del Imperio —de un imperio que se entendió a sí mismo como continuidad del romano— e incluso su asesor. No fue casual, entonces, el apoyo que los emperadores alemanes dieron a los glosadores en su afán por develar el contenido del *Corpus* de Justiniano ya que lo consideraron como propio. De esta forma, el siglo XII se presenta como un tiempo donde tanto el Imperio como el papado preparan sus argumentos para la gran controversia que se dará entre ellos y que alcanzará su culminación en la centuria siguiente. El Derecho, tanto el romano como el canónico, adquirió así una dimensión claramente política y reclamó su preeminencia sobre el Derecho consuetudinario. No obstante esta evidente instrumentación política de los textos romanos, no hay que desconocer que durante todo el Medievo y buena parte de la época Moderna el poder político supo reconocer la autoridad de otros ordenamientos jurídicos para resolver en forma eficaz y justa los conflictos entre hombres y entre instituciones, y por ende su plena y autónoma vigencia, sin mostrar apetito por reducir todo el Derecho a la legislación, al fin y al cabo y por siempre la fuente jurídica propia del poder político. Esto permitió, entre otras cosas, el surgimiento y el auge de una ciencia jurídica medieval de raíz romana, con vocación occidental plenamente vigente y carácter obligatorio, si bien esta obligatoriedad le devino no de la *potestas*, de un acto de promulgación o de una decisión del gobernante, sino de su intrínseca *auctoritas*, especialmente ante los jueces llamados en última instancia a resolver los conflictos presentados ante ellos, y por su eficacia para dar respuesta a problemas y controversias jurídicas inéditos.

Las necesidades prácticas, los (nuevos) problemas de cada día, la tradición, los usos y costumbres, las viejas y nuevas leyes (en ocasiones, sujetas a procesos de recopilación) continuaron formando parte de un orden jurídico plenamente vigente, anclado en la realidad y centrado en las cosas más que en las ideas, pero a su lado irrumpió el saber jurídico especializado de juristas

y de canonistas, unos al servicio primero del Imperio y, caído éste, de las monarquías, y otros en favor siempre de la Iglesia. En las controversias, debates, cruces de opiniones entre unos y otros, en las aulas universitarias de las facultades de leyes y de cánones, y sobre todo en la literatura jurídica escrita por ambos grupos de legistas se fue elaborando un Derecho de naturaleza “doctrinal” llamado a estar plenamente vigente hasta el triunfo de la codificación moderna hacia finales del siglo XIX: el *Ius commune* europeo. Más allá de su origen y de sus vínculos con instituciones de naturaleza política, su creación implicó los verdaderos límites tanto del poder político secular como de la Iglesia frente a un Derecho razonable, realista, práctico, efectivo y flexible; sujeto a la creencia colectiva en un orden natural preexistente que hay que develar para actualizar en cada caso concreto y particular. En esto consistió la *iurisdictio* propuesta por el *Ius commune* destinada a alcanzar de esta forma la *iustitia*.

Este modo de entender y de utilizar el Derecho romano de Justiniano, es decir, como texto de autoridad incuestionable en sí mismo pero que requiere armonizarse para superar sus eventuales contradicciones a fin de dar cabida a una visión integral, intemporal y válida universalmente del Derecho, y que, al mismo tiempo, requiere del esfuerzo de actualizarse en cada decisión judicial por atender a realidades siempre singulares y concretas, es lo que se ha denominado *Mos italicus*, o manera italiana de entender el estudio y el trabajo del jurista frente a aquellos textos, contrario a un *Mos gallicus* propio de una visión crítica e histórica de los mismos que, como se verá adelante, imperó en Europa a partir del Humanismo, sobre todo en Francia. A este *Mos italicus* pertenecen las escuelas de los Glosadores, los Ultramontanos y los Comentaristas, *Consiliatores* o Posglosadores. En su conjunto, abarcan todo el siglo XII y los primeros años del siglo XV, y son responsables de la formación del *Ius commune* o Derecho común. Su visión acerca del Derecho fue, a la manera de los juristas romanos clásicos, siempre tópica, es decir, problemática

y nunca sistemática, lo que los llevó a producir una ingente y variada literatura jurídica dirigida a plantear las soluciones a los problemas (textuales o prácticos) siempre a la manera de opinión personal, como puntos de vista particulares sobre los conflictos e interrogantes jurídicos que la lectura de los textos justineanos, primero, y luego la realidad o su propia imaginación, les plantearon. De aquí que esta literatura les sea muy difícil de entender a los juristas modernos, lo que se agrava por el desconocimiento actual del latín y por el hecho de ignorar el papel jugado por la *auctoritas* en el razonamiento de los juristas medievales: sus obras aparecen repletas de citas de autores y textos diversos identificados mediante abreviaturas de muy complicado desciframiento. Entre los géneros que esta literatura produjo durante la Escuela de los Glosadores destacan, desde luego, las glosas ya mencionadas que al conjuntarse forman *apparatus*; las *lecturae reportata* o apuntes de clase de los alumnos; las *summae*, donde la glosa es superada mediante exposiciones personales más elaboradas; y las *quaestio disputata* o problemas, controversias o disputas que se debaten mediante el uso de los *modi arguendi*, a veces en el aula, en el claustro, e incluso en la casa del profesor, y que más tarde se consignan por escrito.

Toda esta literatura fue obra de diversos legistas de diversas generaciones: la primera incluiría a profesores como Pepo e Irnerio; la segunda, a los famosos “cuatro doctores” discípulos de este último: Búlgaro (antes de 1100-1166), Martino (h. 1100-h. 1166), Hugo (h. 1110-h. 1171), y Jacobo (+ 1178), a quienes siguieron Rogerio (s. XII) y Placentino (+ 1192), y, una generación más tarde, Azzone o Azo (+ h. 1120) y Ugolino (ss. XII y XIII); por último, en una quinta generación se ubican el ya mencionado Odofredo (+ 1265) y Acursio (1182-h. 1263), quien culminó el trabajo de los Glosadores y fue autor de la *Magna Glossa* o *Glossa Ordinaria*, verdadero *apparatus*, síntesis del trabajo de toda la Escuela que llegó a ocupar un lugar de autoridad comparable a la de algunos libros de la *Biblia*. A la muerte de Acursio, la

difusión del Derecho romano a través de las universidades resulta impresionante y el número de sus estudiosos muy significativo. Su difusión e instrumentación en la práctica judicial dio pie al fenómeno de la “Recepción”, uno de los más significativos y trascendentales en la historia jurídica occidental.

RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO Y FORMACIÓN DEL *IUS COMMUNE*

En efecto, el trabajo de recuperación de los textos romanos justineanos pudo haber quedado simplemente como un fenómeno meramente cultural, limitado a enriquecer los saberes de Occidente sin implicar mayor impacto en una vida jurídica preñada de localismo, donde los *iura propria* daban suficiente respuesta a los problemas jurídicos cotidianos. No fue así. El conocimiento, lectura, exégesis y enseñanza de dichos textos dio paso a un nuevo Derecho que, paralelo a los ordenamientos tradicionales, a las nuevas leyes reales, a los usos y costumbres mercantiles y a los cánones de la Iglesia —pero, sin duda, de un nivel científico superior a todos éstos— conformó la pieza más compleja, suficiente, elaborada y ambiciosa del rico pluriverso jurídico del Medievo, vigente incluso hasta el siglo XIX.

Una vez recuperados y fijados paulatinamente los textos del *Corpus* romano, en particular del *Codex* y del *Digesto* —tarea que le correspondió a los Glosadores—, se posibilitó la Recepción del Derecho de Justiniano, así como la elaboración del *Ius commune*, obra sobre todo de los *Consiliatores* durante los siglos XIV y XV. Pero, ¿qué se entiende por Recepción? Franz Wieacker, quien considera a este concepto como “un caso de ese intercambio cultural en el que estriba la perduración de la civilización humana”, la define como “la admisión de partes principales o esenciales de un ordenamiento jurídico ‘extraño’ (p. ej. extranjero o extinguido) por un pueblo, sin haber sido éste sometido o dominado

por otro, pues ello sería la destrucción de la continuidad cultural del sometido o dominado”. Según esta definición, el elemento jurídico “extraño” en Europa sería, primero, el Derecho romano de Justiniano (extinto) y, posteriormente, el *Ius commune* (extraño), resultado del consecuente surgimiento de la ciencia jurídica en la Europa medieval. El pueblo receptor sería la comunidad de pueblos europeos, inicialmente de la Europa occidental, que se estaban conformando políticamente en reinos. Esta comunidad de pueblos no fue objeto de una imposición violenta por parte de un Derecho ajeno o desconocido; por el contrario, la penetración de éste se llevó a cabo a través de su enseñanza en las universidades, primero, y de su aplicación en tribunales, después, a partir del convencimiento de sus bondades racionales y prácticas. Por último, la Recepción no sólo no destruyó a los pueblos que recibieron tanto al Derecho romano como al Derecho común, sino que con ambos acabaron por definir su universo jurídico, desde entonces más rico, más complejo y más suficiente.

Es importante subrayar que lo que se recibe no es todo el ordenamiento jurídico extraño o extinto, sino partes principales o esenciales del mismo, lo que remite a instituciones, mecanismos procesales, normas, conceptos, ideas u opiniones que se consideran fundamentales en el ordenamiento recibido y que, por lo mismo, enriquecen (si no es que revolucionan) en forma sustancial la forma y la manera de concebir el orden jurídico —ideas, conceptos, normas, costumbres e instituciones— de pueblos previamente ordenados jurídicamente bajo la vigencia de otros elementos jurídicos que, no obstante, seguirán vivos y vigentes. En este sentido, el desarrollo histórico posterior a la Recepción se caracterizó, precisamente, por el dilema *Ius commune* o *iura propria* y sobre la jerarquía entre ambos. Asimismo, este concepto deja abierta la puerta para comprender los distintos tipos, niveles, alcances e intensidad que alcanzó la Recepción en Europa según su amplia diversidad político-geográfica. No fue igual, ni al mismo tiempo, la recepción en Francia que en

los diversos Estados alemanes; en Castilla que en Aragón; en Portugal que en los Países Bajos; en Inglaterra que en Escocia. No todos recibieron las mismas instituciones e idénticas soluciones transformadas en auténticas normas o criterios obligatorios para la correcta administración de justicia por parte de jueces y tribunales, ni con igual profundidad, ni durante los mismos años. De aquí que resulte correcto hablar de Recepción temprana y de Recepción tardía, así como distinguir entre Recepción intensa y Recepción leve, e incluso de no Recepción. Hay quien distingue también entre Recepción teórica y Recepción práctica pero esta división no atiende al concepto mismo de Recepción que implica admisión, asimilación y transformación radical, y no mero conocimiento y difusión académicos. Se puede, sin embargo, mantener esta división para efectos meramente explicativos de todo el fenómeno recepcional: la teórica estaría marcada por la difusión y enseñanza universitaria del Derecho romano y de los libros de sus glosadores y comentaristas, mientras que la práctica estaría significada por la aplicación efectiva por parte de jueces, tribunales, escribanos y agentes de la administración real de esas partes esenciales de los derechos romano y común, una vez que este último fue formulado. La cotidiana y efectiva aplicación judicial y notarial de *Ius commune* es lo que representa el triunfo de su Recepción. Si no hubo aplicación en estos dos campos, simplemente no puede hablarse de Recepción. En el caso de Inglaterra, no obstante que las dos grandes universidades de Oxford y de Cambridge enseñaron y difundieron por siglos el Derecho romano, así como el elaborado por los juristas continentales, los tribunales tradicionales se negaron a aplicarlos.

Esto nos lleva a plantear el tema de los obstáculos para la Recepción o, desde otra perspectiva, de aquéllo que la favoreció y la hizo posible en determinados territorios europeos. Entre los elementos que la favorecieron se encuentran el haber formado parte en la Antigüedad del territorio imperial romano, la vida urbana, el idioma latino, la existencia de universidades, la debilidad

o incapacidad de los *iura propria* o derechos locales, la levedad del poder político, nuevas exigencia culturales y, en un principio, la existencia del Sacro Imperio romano. Por el contrario, se opusieron o no favorecieron a la Recepción: la ausencia de una previa romanización, la capacidad de los *iura propria* para dar respuesta a nuevos problemas y conflictos, una clase judicial fuerte y organizada, un ambiente rural, la inexistencia de universidades, el papado y, en principio, la Iglesia, los señores feudales y, también en un inicio, los reyes medievales que vieron en el Derecho romano una amenaza para su reivindicada facultad legislativa. De todos estos elementos, el más decisivo fue la fortaleza y capacidad de los *iura propria* para responder a los problemas surgidos de la intensa transformación política, social y cultural acaecida en el Bajo Medievo y en los comienzos de la Edad Moderna; fortaleza y capacidad garantizadas por una clase judicial organizada y preparada para oponerse a los juristas y jueces formados en el *Ius commune*.

Con estos antecedentes, se puede afirmar que la Recepción no fue uniforme en Europa y que en buena medida la historia jurídica de cada país europeo quedó condicionada por la manera, tiempo e intensidad en que operó en ellos la Recepción. De tal suerte, se puede afirmar que hubo países de no Recepción (o de mera Recepción teórica), como Inglaterra y el norte de Francia; países de intensa aunque tardía Recepción, como Holanda y Alemania; y países de Recepción temprana pero menos intensa, como el sur de Francia, Castilla, Aragón y Cataluña. Italia constituye un caso particular, toda vez que allí, en el rico mosaico de señoríos y repúblicas italianos, se “descubrió” el Derecho romano justineano y se comenzó a formar el Derecho común precisamente como alternativa a la pluralidad de ordenamientos locales, no siéndole aplicable, en consecuencia, la característica de extranjero; tampoco totalmente la de extinto, pues recuérdese la pertenencia de las vastas regiones septentrionales italianas al Sacro Imperio romano germánico que consideró siempre como suyos

los textos descubiertos. El caso de los territorios pontificios no fue del todo diferente dada la incapacidad del papado de ofrecer un Derecho secular distinto para las ciudades y regiones ubicadas en aquéllos.

Conviene analizar someramente tres casos distintos de Recepción temprana y uno de no Recepción para estar en posibilidades de comprender mejor este proceso que alteró sustancialmente la historia del Derecho en Occidente.

Recepción en Francia

El caso de Francia es muy representativo de la lucha entre los *iura propria* y el *Ius commune*, así como de los deseos de la monarquía francesa para consolidar el poder real mediante la reivindicación de la facultad creadora del Derecho por medio de la promulgación de leyes y de ordenanzas reales. Habiéndose impedido la enseñanza del Derecho romano en la Universidad de París tanto por recelos pontificios como reales, el norte francés no se vio favorecido por el surgimiento de una clase de juristas como lo fue el mediodía donde las universidades de Montpellier y de Toulouse, desde su fundación, fueron notables centros de formación de juristas. Además, el país siempre había estado dividido en dos zonas claramente diferenciadas desde el Bajo Imperio romano: un país de Derecho escrito en el sur (recuérdense las leyes romano-germánicas) y uno de Derecho consuetudinario en el septentrión. Ante un Derecho entendido como el propio del Imperio que lo amenazaba, el monarca francés hubo de reconocer y de fortalecer esta división al decidir ordenar y poner por escrito las *coutumes* francesas vigentes y robustecer la promulgación de diversas ordenanzas reales entendidas como Derecho emanado desde su particular *potestas*. En consecuencia, el panorama jurídico francés se complicó aún más: unos territorios de Derecho común, otros de Derecho consuetudinario y todos cons-

treñidos a aplicar un cada vez más ambicioso Derecho real; esto sin contar con los residuos del Derecho señorial. Con este panorama, Francia llegaría (y explicaría) a la Codificación moderna.

Recepción en Cataluña

Cataluña ofrece una historia diversa. Nació como una marca del Imperio carolingio una vez reconquistada a los moros. Esto significó que el Derecho romano-visigótico recogido en el *Liber iudicum* o *Liber iudiciorum* mantuviera una notable vigencia en ese territorio. Sin embargo, ante la antigüedad e insuficiencia de sus disposiciones, frente a nuevas necesidades y realidades desconocidas, hubo de ser objeto de actualizaciones y correcciones a través de los *usatges*, textos normativos ordenados por los condes catalanes. A partir de los recopilados para Barcelona por el conde Ramón Berenguer I (1023-1076), hacia la sexta década del siglo XI, nuevos *usatges* fueron promulgados por sus sucesores hasta conformar la base de un verdadero derecho local común a todo el territorio catalán. Para el siglo XIII, al decir de Tomás y Valiente, “constituyen el Derecho general de todo el Principado de Cataluña”, aunque debajo de la jerarquía de las *consuetudines* locales. En su elaboración fueron utilizadas diversas fuentes del Derecho romano, tanto vulgar como, a partir del siglo XII, justineano. La cercanía de Cataluña con el sur francés y su relativa fácil comunicación con el norte de Italia propiciaron la llegada de juristas y textos del *Mos italicus* y la intensa Recepción del *Ius commune*. Hacia 1300, la fundación de la Universidad de Lérida propició la formación en territorio catalán de juristas locales que antes egresaban de las universidades francesas o italianas. Con todo, en el orden de prelación de los diversos ordenamientos jurídicos vigentes prevaleció formalmente el Derecho local de las *consuetudines*; después, los *usatges* y las disposiciones emanadas de las autoridades condales o reales; y, en último lugar, el

“dret comú, equitat e bona rahó”. Como las *consuetudines* y los *usatges* se mostraron insuficientes o limitados para responder a los reclamos jurídicos de una sociedad catalana en plena expansión, el Derecho común vino a penetrar en forma amplia e intensa en todo Cataluña, de la misma forma como lo hizo en Castilla, el más importante de los reinos peninsulares ibéricos.

Recepción en Castilla

La formación del orden jurídico castellano supuso la vigencia de un conjunto de ordenamientos del más diverso origen, pero lo que importa aquí es que el Derecho común fue parte sustancial de dicho orden, al menos con carácter supletorio respecto de los derechos locales castellanos recogidos en fueros y cartas pueblas y de las leyes castellanas, obra de cortes y de monarcas. Lo verdaderamente significativo del caso castellano es que la Recepción del Derecho común quedó de manifiesto en una obra literaria concreta escrita en castellano: las *Siete Partidas* del rey Alfonso X *el Sabio* (1221-1284), con independencia de que el *Ius commune* fuera recibido en plenitud por jueces, profesores y notarios a través de la lectura, aplicación e invocación de los textos de los juristas italianos, a los que pronto se sumaron los juristas castellanos locales formados en los claustros de las universidades de Palencia, Salamanca y Valladolid, principalmente. Los antecedentes de este singular proceso se remontan al periodo de la mal llamada Reconquista española, verdadera empresa de conquista cristiana sobre territorios musulmanes. A la caída de la monarquía visigoda, el conocimiento del *Liber iudiciorum* se mantuvo relativamente en las regiones montañosas de Asturias y Cantabria, y poco más tarde en León. En todos estos territorios y en los que gradualmente fueron ganándose al Islam, comenzaron a formarse distintos derechos de naturaleza consuetudinaria, judicial o como resultado de pactos políticos entre los

incipientes monarcas cristianos y las poblaciones conquistadas o de reciente fundación. Desprendida del reino leonés, Castilla conformó un reino sólido comprometido con la Reconquista cristiana. El régimen foral se fortaleció dentro de sus fronteras en la medida en que los propios reyes castellanos acudieron a su concesión (o ampliación) para atraerse el apoyo de pobladores y de ciudades en su secular lucha contra el Islam, de tal suerte que en cierto momento constituyeron un verdadero obstáculo para la unificación jurídica de un reino emergente y con vocación de dominio sobre toda la Península. Hacia comienzos del siglo XIII el avance sobre territorios moros fue especialmente significativo y la corona castellana, eficazmente asesorada por juristas formados en el Derecho común, comenzó a reclamar la supremacía de su Derecho frente a los fueros y las costumbres locales, encontrando en el propio Derecho romano argumentos para imponerla. Hacia 1212, el triunfo cristiano en la batalla de las Navas de Tolosa representó una enorme ganancia territorial para Castilla, que de repente se vio ante un panorama desigual: mientras que en la mitad norte del reino imperaba un Derecho foral, levemente matizado por las leyes expedidas por las cortes, la parte conquistada revelaba la persistencia de la vigencia del *Liber* dentro de la comunidad cristiana que se había conservado ahí. Los musulmanes, en efecto, no habían impuesto ni la unificación religiosa ni la jurídica, dando muestras de gran tolerancia al respecto. En consecuencia, la monarquía castellana se apuró a utilizar aquellas herramientas que le permitían unificar jurídicamente a un reino tan desigualmente ordenado. La parte meridional significó un problema menor, no obstante que las ciudades recién liberadas pronto reclamaron para sí los beneficios de contar con sus fueros particulares a semejanza de las ciudades castellanas del norte, toda vez de la relativa unidad jurídica existente ahí, resultado de la centenaria vigencia del *Liber* en esas ciudades. Tal vez a esto responda la labor llevada a cabo por el rey Fernando III *el Santo* (h. 1190 o 1201-1252), quien hacia la segunda o

tercera década del siglo XIII ordenó la traducción al castellano del *Liber* que a partir de entonces será conocido con el nombre de *Fuero Juzgo*, otorgándolo con carácter de fuero local a las ciudades recién ganadas para la cristiandad; hecho que en sí mismo no alteró el orden jurídico de dichas ciudades pero sí satisfizo su pretensión de contar con un “fuero local”. La mitad norte del reino, poblada por diversas ciudades privilegiadas por sus propios fueros, representó un problema mayor, toda vez que éstas presentarían una férrea resistencia a ordenar su vida conforme a ordenamientos distintos a los hasta entonces conseguidos o reconocidos. Ante esta situación, el hijo de Fernando III, Alfonso X *el Sabio* (1252-1284), se valió del Derecho romano justineano para conformar un orden jurídico más acorde con las necesidades y pretensiones políticas del momento, que si por una parte menoscabara lo menos posible la supremacía reclamada por el rey, por otra fuera más eficaz, justo y permitiera conseguir una relativa unidad jurídica en su reino. La fórmula adoptada pasó por intentar dotar de un *Fuero Real* a aquellas ciudades que no gozaban de su propio fuero, con lo que pretendió combatir la ausencia de un Derecho local escrito en algunos lugares al mismo tiempo que los unificaba. Su intento en favor de la unidad fue rechazado en las Cortes de Zamora celebradas en 1272, si bien logró imponer su *Fuero* en los “pleitos del rey”. Lo interesante del caso es que la elaboración de este *Fuero Real* se hizo bajo la influencia del *Fuero Juzgo* y de los libros de los autores de la Escuela de los Glosadores. Este fracaso plantea los problemas que giran alrededor de la elaboración de las *Siete Partidas*. En efecto, se sabe que fueron redactadas bajo el reinado de Alfonso X; se ha sospechado el nombre de sus autores, se conocen varios manuscritos de las mismas, y se sabe de su plena vigencia a partir de 1348 y hasta finales del siglo XIX, pero aún no se esclarece del todo ni su naturaleza ni su por qué. En todo caso, representan la aportación más ambiciosa de España a la historia del Derecho europeo, en particular a la formación del *Ius commune*. Además, por

haberse escrito en castellano, las *Partidas* han sido y son consideradas un monumento a este idioma, precisamente cuando comenzaba a formarse. Si obedecen a un imperativo meramente literario, o si en ellas subyace un frustrado interés por imponer la vigencia en Castilla de un nuevo Derecho de estirpe real; si formaron parte de una enciclopedia de saberes contemporáneos ordenada por el sabio rey, o si formaron parte de un proyecto legislativo de alcances generales de un rey con posibilidades de ocupar la corona del Sacro Imperio romano, son todas hipótesis planteadas por sus muchos estudiosos. El hecho concreto es que, a partir de 1348, las Cortes reunidas en Alcalá de Henares dispusieron que en las causas judiciales y en toda Castilla primero había que aplicarse el Derecho real, después los fueros municipales y, en defecto de ambos, en tercer lugar, las *Partidas*, con lo que ingresaron formalmente al orden jurídico castellano, si bien en forma supletoria. Esta disposición ha de ser entendida frente a la naturaleza misma del fenómeno de la Recepción, como ante los esfuerzos desarrollados por la monarquía castellana para superar el acentuado localismo jurídico del reino. En consecuencia, no cabe duda que la aplicación y la invocación de las *Partidas* en tribunales y oficinas de escribanos no comenzaron a partir de 1348, sino mucho antes. Lo que hizo el Ordenamiento de Alcalá fue simplemente consagrar y ordenar una realidad; ante los vacíos y limitaciones de los fueros locales y de la aún precaria legislación real, se acudió cada vez más a la aplicación de una ambiciosa y útil obra jurídica escrita en castellano, si bien no había sido promulgada ni contenía nada del tradicional Derecho castellano. Triunfo indiscutible de la *auctoritas* sobre una *potestas* que se negaba a reconocer su incapacidad y sus límites. A partir de 1348, y cada vez con mayor frecuencia y autoridad, las *Partidas* comenzaron a regir la vida política y jurídica de Castilla y la de todos sus reinos incorporados, tanto en la Península como, en su momento, en América, donde la inexistencia de fueros locales implicó una mayor y más directa vigencia que en

la propia España. Identificadas casi desde entonces como la obra más notable del Derecho castellano resulta paradójico que sus páginas no contengan casi nada de este Derecho, sino el resultado del conocimiento incipiente del *Corpus Iuris* de Justiniano y de otras fuentes jurídicas y literarias ajenas a la tradición jurídica castellana.

Las *Siete Partidas* —también conocidas como *Libro de las Leyes*— expresaron una forma muy particular de ser del *Ius commune* pero no lo sustituyeron del todo. Esa forma y su expresión están estrechamente ligadas a un idioma en concreto, a unas influencias particulares y a un tiempo determinado: el castellano; las fuentes jurídicas, canónicas, teológicas y literarias utilizadas en su elaboración; y la segunda mitad del siglo XIII, cuando todavía el *Ius commune* se estaba elaborando y no irrumpía en el escenario de la cultura jurídica europea la Escuela de los Comentadores, verdadero artífice de ese *Ius*. Las *Partidas*, en consecuencia, exhiben tanto los logros como los límites de la Escuela de los Glosadores. De aquí lo sorprendente de su vigencia. Como quiera que sea, su promulgación dentro del Ordenamiento de Alcalá no supuso la imposibilidad de acudir e invocar otros textos —pasados y futuros— del *Ius commune*, ni la petrificación de la ciencia jurídica en Castilla; simplemente fueron una forma concreta de fijación —notable y original, sin duda— del extenso y complejo *Ius commune* europeo en construcción que se llevó a cabo en la Castilla del siglo XIII. Por ello, se debe reconocer la vigencia secular y paralela tanto de las *Partidas* como del *Ius commune*, cada uno con su respectiva singularidad. A diferencia del caso catalán, en Castilla estuvieron vigentes ambos ordenamientos, uno fijado en castellano e impuesto supletoriamente, y otro expresado siempre en latín y nunca reconocido formalmente por la monarquía castellana.

Cada *Partida* se refiere a una materia en particular, desarrollada en diversos títulos que, a su vez, agrupan distintas “leyes”: la primera trata de la fe católica y la organización de la Iglesia;

la segunda se refiere a los emperadores, los reyes y sus oficiales, así como a la guerra y “los estudios, en que se aprenden los saberes de los maestros y de los escolares”; de los juicios y procesos se trata en la tercera *Partida*, mientras que la cuarta se ocupa exclusivamente del matrimonio; la quinta atiende a las instituciones civiles y las relaciones feudales; la sexta al Derecho sucesorio; y la séptima a la materia penal. No hubo un caso igual en toda Europa donde desde la propia monarquía se impulsara una obra de esta naturaleza y este aliento.

El caso inglés

Inglaterra presenta, desde cualquier punto de vista, un caso singular y trascendente. Supone nada más y nada menos que la existencia misma de toda una “familia” jurídica distinta dentro del contexto de la cultura jurídica occidental. El hecho generador de la misma fue, precisamente, el haber resistido con éxito la Recepción del *Ius commune*. Paradójicamente, dicha familia se identifica con el nombre de *common law*. Veámoslo.

Si bien Inglaterra formó parte del Imperio romano, la invasión de las tribus anglosajonas supuso el advenimiento de un Derecho de origen germánico que supo fortalecerse localmente mediante el establecimiento de una clase judicial que, con el tiempo, enfrentó con éxito tanto al Feudalismo continental como, en su momento, la aplicación del *Ius commune* en la administración de justicia; clave, como hemos visto, para consumir lo que se ha llamado la “Recepción práctica”. El momento más significativo para entender la fortaleza del Derecho anglosajón quedó de manifiesto cuando hacia el año 1066 Guillermo, Duque de Normandía (1028-1087), se hizo de la corona inglesa una vez que hubo derrotado al último rey anglosajón en la célebre batalla de Hasting. Como vasallo del rey francés, Guillermo pudo mover a sus propios vasallos para que lo siguieran en la empresa

de conquistar Inglaterra a través de ofrecimientos y promesas de carácter feudal, muy frecuentes sobre todo en Francia. Pero la debilidad del Feudalismo en la tierra de los anglos y los sajones quedó de manifiesto cuando Guillermo, deseoso de consolidar un fuerte poder real en el reino conquistado, renunció a infeudar la justicia y reclamó para sí mismo ser señor de señores, lo que implicó la celebración de un inusual pacto de vasallaje de toda la hueste de vasallos para con el nuevo rey. De esta forma, la tradicional clase judicial anglosajona no se vio debilitada ni presionada para aplicar un Derecho distinto al que se aplicaba hasta ese momento. Al mismo tiempo, el rey inglés quedó investido de un poder inédito hasta entonces en toda Europa, toda vez que, por un lado, no infeudó la justicia entre sus vasallos y, por otro, reclamó proteger el tradicional Derecho anglosajón. Precisamente este poder fue el que resistieron los barones ingleses en la Carta Magna de 1215, cuando a destiempo pretendieron reivindicar los poderes feudales frente al monarca Juan *sin Tierra*. Estos barones, en efecto, exigieron la infeudación de la justicia —juicios *inter pares* y conformes a la ley del país (derechos territoriales)— pero, para entonces, la protección real a los jueces tradicionales ingleses había fortalecido el Derecho local. El famoso tribunal previsto para observar el cumplimiento de lo dispuesto por la Carta y formado por 25 barones simplemente nunca llegó a establecerse.

Fue precisamente dentro de la clase judicial anglosajona donde aparecieron los *inns of court*, espacios docentes dedicados a la preparación de jueces y abogados ingleses conforme al tradicional Derecho anglosajón, y que desde el siglo XIII supieron enfrentar con éxito la pretensión del Derecho común de aplicarse en los tribunales ingleses, no obstante que el establecimiento de universidades fue muy temprano en Inglaterra como lo manifiestan las fundaciones universitarias ya mencionadas, y donde la enseñanza del Derecho romano de Justiniano siempre ocupó un lugar muy destacado. En consecuencia, durante el Bajo Medioevo

y la época Moderna coexistieron en Inglaterra dos tipos de juristas perfectamente diferenciados: los jueces y abogados que operaron la administración de justicia conforme al viejo y fortalecido Derecho tradicional anglosajón, y los juristas y cano-nistas de tipo continental, formados dentro de la universidades en el conocimiento de los derechos romano y canónico y que se vincularon a la administración real sin intervenir mayormente en la juristia cotidiana. Lo singular del caso inglés resulta del papel desempeñado por el propio monarca que si bien, por un lado, se erigió en el protector del Derecho tradicional (*common law*), renovándolo en el siglo xv mediante la *equity*, por otro, se sirvió de los juristas de formación romanista para continuar consolidando el poder real frente a los señores. Ante el poder de éstos (reunidos en Parlamento) —y de la Iglesia inglesa, una de las más fuertes de Europa—, la constitución real de Inglaterra supondrá en adelante limitaciones ciertas al poder del rey pero también, paradójicamente, la supremacía religiosa del monarca a partir del siglo xvi. Este equilibrio y la fuerza de la clase judicial inglesa garantizaron la vigencia de un Derecho distinto al del resto del Continente, cuya evolución se desarrollará asimismo en los extensos países de herencia anglosajona ubicados fuera de Europa. En adelante, la ausencia de la Recepción del Derecho común en Inglaterra determinará que la historia del Derecho occidental se bifurque en dos caminos: el de la familia romano-canónica y el de la familia del *common law*. No obstante, la diferencia que marca el hecho de ser la primera resultado de un Derecho de juristas, y la segunda de un Derecho de jueces, el *common law* supuso la utilización del método tópico, el uso de precedentes judiciales capaces de dar paso a ciertos principios generales, la aplicación de la equidad, el planteamiento casuístico, así como la necesaria referencia a textos dotados de autoridad (*year books*), características todas de herencia romana, así como la aceptación de principios y de algunas instituciones provenientes directamente del *Ius commune*.

Otros casos muy trascendentes de Recepción, como la holandesa y la alemana, serán analizados posteriormente por haberse consumado en tiempos que no corresponden ya a los de la plena vigencia del orden jurídico medieval.

Apogeo del Ius commune

Para que pudiera llevarse a cabo la Recepción del *Ius commune*, primero debió fijarse el contenido del *Corpus Iuris* de Justiniano —para su cabal comprensión, dados los cambios sufridos en la lengua latina y el desconocimiento de las instituciones incluidas en el mismo—, en especial del *Digesto*. A esta labor respondió el trabajo de los Glosadores, limitados siempre a comentar, explicar o anotar los textos jurídicos romanos mediante glosas según el orden en que fueron recuperados. Esta secuencia determinó, a su vez, la manera en que el *Corpus Iuris* fue ordenado para su estudio en las cátedras universitarias europeas durante el periodo bajomedieval, manera que incluso se respetó en las primeras ediciones impresas del mismo: *Digestum vetus*, *Infortiatum*, *Digestum novum*, *Codex* y *Volumen parvum* (que incluye las *Institutiones*, los tres últimos libros del *Codex* y las *Novellae*). Sin embargo, esta labor significó una limitación evidente frente a la irrupción de una nueva problemática urgente de resolver, toda vez que los textos romanos aportaban la visión de una época muy distinta a la medieval. El trabajo de los Glosadores se limitó a entender cabalmente los textos glosados, sin embargo, al hacerlo descubrieron las extraordinarias posibilidades prácticas que escondían para solucionar problemas y conflictos inéditos. El método empleado no pudo ser otro, en principio, que el filológico-exegético, revelándose muy pronto el carácter casi universal e intemporal de una ciencia jurídica práctica y eficaz.

En síntesis, a la Escuela de los Glosadores correspondió “descubrir” y fijar los textos del *Corpus* de Justiniano, iniciar su

enseñanza y su incipiente aplicación a través de consultas que generalmente les presentaban los órganos de la administración del Sacro Imperio, así como dotar de una nueva ética jurídica al mundo europeo y develar un tipo de razonamiento muy particular, el de los juristas romanos. También correspondió a ella reforzar una concepción del universo y de la autoridad, y reclamar para Europa los valores que subyacen en todo el orden jurídico romano justineano, permeado ya por el cristianismo.

Después de siglo y medio de glosas, fue natural que el conocimiento adquirido derivara cada vez más hacia la creación de nuevas soluciones e instituciones que si bien encontraron sus antecedentes y modelos en las romanas fueron obra original y propia de los juristas medievales posteriores a los Glosadores. De aquí que se les siga denominando “Posglosadores”, aun cuando el calificativo no remite a su técnica ni a su labor. Su trabajo también quedó consignado en una vasta literatura jurídica, que es la que propiamente exhibe el resultado de la Recepción de los textos jurídicos romanos: el *Ius commune*. La ubicación geográfica de esta nueva Escuela sigue siendo la de las universidades italianas, y la temporal todo el siglo xiv y parte del siglo xv. Sus miembros constituyen una nueva oleada de juristas occidentales dotados de gran fama y reconocimiento, capaces de formar un nuevo Derecho desde la esfera del “taller sapiencial”, pero siempre con los ojos puestos en los conflictos y en las realidades sociales y políticas de su época, lo que los llevó a tomar en cuenta necesariamente la vigencia de los *iura propria*. Al nutrir su saber en los textos de los juristas romanos, asumieron una actitud humilde frente a éstos, considerándose siempre como “enanos en hombros de gigantes”. Lo que hicieron, pensaron y escribieron representa, sin duda, el segundo momento de plenitud de la cultura jurídica y ratifica, una vez más, que los periodos de mayor riqueza, de esfuerzo comprometido con el Derecho y con la justicia, y de vinculación entre éstos y la realidad, se da cuando existe una pluralidad de fuentes normativas y el Estado

o poder político no ahoga la creación del Derecho por parte de los juristas, ni los somete a sus dictados. Es cierto que no se puede desconocer el hecho de que el origen mismo de los Glosadores está vinculado a la irrupción del Sacro Imperio romano germánico, ni que el de los canonistas se relaciona con los esfuerzos del papado para imponerse como poder político secular universal, pero más allá de esto tampoco puede desconocerse que el trabajo de unos y otros no estuvo exclusivamente anclado en los problemas políticos entre ambas instituciones, o, en su momento, en los afanes de consolidación de las monarquías europeas, sino vinculado, sobre todo, al ámbito de lo privado, a los conflictos y problemas relacionados con la vida cotidiana de los hombres y mujeres de los siglos bajomedievales, de los gremios y cofradías, de los concejos y las universidades, de las ciudades y las villas, de las órdenes religiosas y los obispados, es decir, con la problemática diaria que siempre ha nutrido la vida del Derecho. Su formación y posición fueron, ante todo, jurídicas, por más que ello implique también lo político y lo social. Coadyuvieron a la formación de una nueva cultura —la europea— desde el Derecho, con temas tan importantes como la justicia, la equidad, la ley, el contrato, el matrimonio, los testamentos, la sociedad, el delito, la culpa, la usura, el interés, etc., y sus aportaciones forman parte del legado de la cultura medieval a nuestra propia cultura jurídica, si bien ésta se ha transformado y, en ocasiones, debilitado en tantos aspectos.

Por su oficio y su método, a los Posglosadores también se les ha denominado *Conciliatores* o Comentaristas. La característica que los diferencia de la escuela anterior es la evidente distancia que marcaron frente al texto romano y su interés por los *iura propria*. Si la glosa no se comprende sin el texto, el comentario supone la continuación de la utilización del texto como “autoridad” pero se aparta de éste en cuanto no le sirve para encontrar soluciones a problemas inéditos y novedosos. Si ya las glosas suponían un acto de creación jurisprudencial, los comentarios

de los Posglosadores implicaron la creación de una auténtica ciencia jurídica medieval, equivalente a la jurisprudencia romana clásica, donde la realidad, los nuevos conflictos y necesidades, y las exigencias de una época totalmente distinta a la de Justiniano, los obligaron a pensar y a volver a inventar; es decir, a crear. Para ello, debieron contar con un método de razonamiento que les permitiera distinguir, separar y enfrentar cada elemento del problema, asunto o conflicto —real o imaginario— que se les presentara. Este método no fue creación de ellos, sino de los teólogos de la época: el método escolástico del siglo XIII desarrollado por san Ivo de Chartres (h. 1040-1116), Abelardo (1079-1142), san Alberto (h. 1193-1280) y santo Tomás de Aquino (1225-1274), principalmente.

El nuevo método consistió en plantear un problema siempre como cuestión o pregunta que conlleva una tesis a la que se le confrontan una serie de objeciones o de argumentos a favor, ambos fundados en la razón o en la “autoridad”, para después señalar la propia *solutio* del autor basada en el uso de la lógica formal, principalmente del silogismo, y en el argumento de autoridad, finalizando con la respuesta a las objeciones fundada en similares principios. Fue desarrollado principalmente en la Facultad de Teología de la Universidad de París, por lo que su utilización y aplicación por parte de los juristas italianos del *Mos italicus* se debió a una escuela de juristas francesa intermedia entre glosadores y comentaristas desarrollada en la segunda mitad del siglo XIII después de la elaboración de *Magna Glosa*: la Escuela de los Ultramontanos. A ésta le correspondió, además de aplicar el nuevo método a la resolución de problemas jurídicos prácticos, trasladarlo desde las universidades del sur de Francia —Toulouse y Montpellier— a las universidades italianas. Los juristas de esta Escuela, principalmente Jacques de Révigny (1230 o 1240-1296) y Pierre de la Belleperche (1250-1308), establecieron el método de trabajo del jurista occidental hasta el siglo XX, método lógico de razonamiento que no desecha el

argumento de autoridad cuando lo considera indispensable. Y es que la tarea esencial de la teología escolástica fue armonizar la fe (autoridad) con la razón (razonamiento), entendidas ambas como indispensables y suficientes para alcanzar la verdad. De aquí que toda la literatura del *Ius commune* emplee razonamientos y argumentos de autoridad, hasta que el Humanismo cuestione el papel de los segundos.

Armados con el método escolástico, tomando en cuenta la presencia de los *iura propria* y habiendo limitado perfectamente los campos de acción de juristas, canonistas, jueces, escribanos y abogados, todo este mundo de legistas se abocó, de alguna manera, a formar un nuevo Derecho positivo fundado en los principios mencionados y en una concepción determinada del Derecho natural y distinto, desde luego, a los *iura propria* de cada región o ciudad; a las leyes, pragmáticas u ordenanzas reales; a los pactos de vasallaje; a las costumbres mercantiles, e incluso a los cánones de la Iglesia. Para ello, acudieron a diversos géneros literarios que revelan la superación de los límites fijados por la lectura de los textos recuperados por los Glosadores. Estos nuevos géneros literarios fueron los *commentaria*, comentarios amplios y definitivos a obras completas como, por ejemplo, el *Digestum vetus*; los *consilia*, verdaderas *responsas*, dictámenes o consejos dados a las consultas presentadas por jueces, abogados, tribunales, corporaciones o particulares; y los *tractatus*, auténticas monografías doctas no necesariamente vinculadas con la práctica dictaminadora. En particular, los *consilia* se elaboraron sobre la utilización de los *modi arguendi*, técnicas de argumentación ya empleadas con gran éxito por los juristas romanos para romper las limitaciones de soluciones ya consagradas y para dar paso a soluciones novedosas, cuyo fundamento de validez podía encontrarse en la propia solución previa y en el uso de la lógica aristotélica-tomista: *a maiori*, *a minori*, *ex silentio*, *a definitione*, por analogía, etc. Con la instrumentación de estos *modi arguendi*, el trabajo de los posglosadores rompió definitivamente con las

limitaciones que cercaron a los glosadores y pudo dar nacimiento a una ciencia jurídica medieval llamada a perdurar durante los siguientes cinco siglos. Ellos también supusieron cierta manipulación o alejamiento de los textos romanos, tan venerados por sus predecesores, y es que la realidad de los problemas prácticos y las nuevas situaciones sociales se fueron imponiendo por encima de texto romano fijado por la Glosa, produciéndose, de esta forma, una etapa muy fecunda de creación jurisprudencial.

El otro gran reto de los juristas pertenecientes a la Escuela de los *Consiliatores* fue, naturalmente, confrontar las posibilidades prácticas y eficaces que ofrecían los *iura propria*, posibilidades avaladas por el peso de la tradición y de la estrecha vinculación cultural con comunidades diversas y bien diferenciadas. No puede olvidarse que el término *Ius commune* remite a sus contrarios por excelencia, los *iura propria*, entendidos como derechos locales o como los incipientes derechos reales, “patrios” o “nacionales”. De aquí, la necesidad de resolver la disputa suscitada entre estos derechos al reclamar para sí la capacidad exclusiva de ofrecer la solución a un caso o a un problema determinado. En una sociedad regida por una diversidad de fuentes jurídicas, es natural que se presente este tipo de conflictos y la consiguiente necesidad de contar con un mecanismo que ofrezca una solución razonable y políticamente correcta. Esta solución la aportaron los juristas del siglo XIV y consistió en la llamada “Teoría de los Estatutos”, según la cual ante un conflicto cuya solución estuviera contemplada por diversos ordenamientos de vigencia territorial, los jueces habían de acudir primero a lo dispuesto por los *iura propria*, siempre y cuando la solución prevista en éstos se aplicara de manera exacta al caso; a falta o insuficiencia de aquéllos, debían acudir a lo dispuesto por el *Ius commune*, tal y como arriba se ha visto en relación con los fenómenos de la Recepción en la Península Ibérica. Es decir, formalmente siempre prevaleció lo local sobre lo universal pero dadas las muchas limitaciones del primero, el *Ius commune*

extendió su vigencia y aplicación más allá de lo que reyes, corporaciones y ciudades pudieron haber previsto o reclamado. Fue el *Ius commune* el que verdaderamente formó la identidad jurídica de Europa, como en su momento lo constataría la Pandectística alemana a finales del siglo XIX.

La necesidad de contar con soluciones adecuadas, justas, posibles y realistas llevó no sólo a formular la “Teoría de los Estatutos” —recogida en los órdenes de prelación vigentes hasta el triunfo de la Codificación—, sino también a resolver el problema causado por la naturaleza misma del *Ius commune*, un Derecho fundado y expresado en una diversidad de opiniones, donde no siempre era posible encontrar la misma solución expresada por distintos autores. Frente a esta pluralidad que, como en el caso romano, amenazó con debilitar los fundamentos mismos de la ciencia jurídica como fuente formal y real del Derecho vigente, se impuso una solución fundada en diversos aspectos: la *interpretatio* judicial dotada de su indispensable arbitrio, el criterio de mayor autoridad y, en forma destacada, la opinión común de los juristas, no acudiéndose más —salvo en algunas ocasiones y en ciertos países— a la formulación de “leyes de citas”. El arbitrio judicial, entendido como la capacidad y libertad del juez para decidir cuál argumento era el más válido, justo y razonable para dirimir una controversia, llevó hasta sus últimas consecuencias la instrumentación de estas posibilidades. Dicha libertad, sin embargo, nunca fue absoluta: la opinión común o criterios previamente establecidos por juristas dotados de *auctoritas* debían —como las leyes, los estatutos y las costumbres— orientar la búsqueda de una solución idónea y justa por parte de los jueces.

Fueron muchos los miembros de la Escuela de los *Consiliatores*: Oldrado de Ponte (+ post. 1337), Jacobo de Belviso (post. 1270-1335), Jacobo Butrigario (h. 1274-1348), Alberico de Rosciate (h. 1290-1360), Bartolomé de Saliceto (h. 1363-1412), Francesco Aretino (1418-1486), Alejandro Tartano (1423-1477) etc. pero los nombres de Cino de Pistoia (h. 1270-1336),

Bártolo de Sassoferrato (1313 o 1314-1357), Baldus de Ubaldis (1327-1400), Paolo di Castro (h. 1360 o 1362-1441) y Jason de Mayno (1435-1519), sobresalen por encima de todos, sobre todo los de Bártolo y Baldo, dado la fama que llegaron a alcanzar incluso en vida. Cino de Pistoia —considerado el puente entre *Ultramontani* y comentaristas dado que fue alumno de Belleperche— llegó a profesar el Derecho en las universidades de Bolonia, Siena, Parma y Florencia; fue contemporáneo de Dante (1265-1321) y poeta él mismo; su *lecturae* sobre el *Codex* tuvo gran difusión. Bártolo fue la máxima figura de la jurisprudencia medieval: su fama fue tal que se pensaba que nadie que no fuera bartolista podía ser considerado jurista, y sus libros llegaron a ser tan indispensables para la formación de cualquier letrado que incluso la frase “dejar los bártolos” significaba abandonar los estudios del Derecho. Algunos lo han considerado el más influyente jurista de la historia. Comenzó sus estudios a los 14 años en Perusa bajo la dirección de Cino, a los 21 obtuvo su doctorado en Derecho, habiendo tenido a su cargo varias *repetitiones* y *disputationes*. Aprendió geometría y hebreo, y profesó en Padua, Bolonia y Perusa, donde falleció. Asesor en Todi y Pisa, Perusa lo designó su embajador ante el emperador Carlos IV (1316-1378), quien le concedió escudo familiar y el privilegio —heredable— de legitimar a sus alumnos. Disfrutó de una considerable fortuna y su rica biblioteca estuvo compuesta por 30 volúmenes teológicos y 34 jurídicos. Sus obras son, además de las exégesis ordinarias, *repetitiones*, *consilia*, *quaestiones* y *tractatus* sobre tiranía, represalias y destierros, aunque en sus obras trató diversos temas de Derecho penal, Derecho privado y Derecho procesal; se ocupó del régimen de la ciudad y de sus fueros o estatutos territoriales; su vida fue —al decir de Gibert— “breve e intensa”. Baldus o Baldo de Ubaldis fue discípulo del anterior y, como éste, alumno precoz. Durante 50 años impartió cátedra en las universidades de Perusa, Pisa, Florencia, Padua y Pavía; activo en la vida forense de ciudades y corporaciones, dominó

ambos derechos y fue autor de una importante obra, la *Práctica judicial*. Paolo di Castro fue discípulo de Baldo, académico y práctico, incluso funcionario público, alumno en Perusa se doctoró en Aviñón donde inició su carrera docente que alcanzó plenitud en la Universidad de Florencia; escribió mucho y bien numerosos *Consilia* y lecciones sobre las tres partes del *Digesto* y sobre el *Codex*. Por su parte, a Jasón de Mayno le cupo la suerte de que sus libros pudieran ser impresos en vida y gozó de gran éxito económico; catedrático en Pavía, Padua y Pisa, fue autor de un tratado sobre las acciones, de comentarios sobre el *Digesto* y el Código y de un volumen de consejos titulado *Consilia sive responsa*. Hizo mucho en favor de la elevación de la consideración social del jurista, y el rey Luis XII de Francia (1462-1515) le escuchó una lección, además de obsequiarle con un feudo.

Autores menores pero trascendentales de estas escuelas de juristas fueron los iniciadores del *ars notariae*: Rainero de Perugia (siglo XIII), notario boloñés, y, sobre todo, Rolandino Pasagero (1217-1297), discípulo de Azo y de Acursio, quien en Bolonia estuvo al servicio de la ciudad, de comerciantes y de banqueros. Es autor de una *Summa totius artis notariae* “que comprende los modelos de contratos, últimas voluntades y juicios”, de la *Aurora* y de un *Tractatus de notulis*. Se considera el iniciador de los estudios notariales que, con su obra, llegaron a alcanzar muy tempranamente calidad científica.

PLENITUD DEL DERECHO CANÓNICO

Bajo la triple influencia de la Reforma Gregoriana, el descubrimiento de los textos romanos justineanos y el ascenso político y espiritual del papado, el *Ius canonicum* medieval alcanzó su plenitud y pasó a formar parte esencial del *Ius commune*, si bien mantuvo su autonomía dentro de los claustros universitarios y una tensión a veces muy rica en resultados científicos con el Derecho

romano recibido. Las facultades de cánones fueron otros espacios formadores de los juristas europeos —en este caso, y con toda propiedad, *canonistas*—, incluso en Inglaterra. El vínculo entre ambos derechos quedó plasmado en el concepto *utrumque ius* que significaba “el uno y el otro derecho”, y que sirvió para designar a dos derechos concebidos como universales y estrechamente unidos entre sí, sobre todo cuando en la formación de juristas o canonistas, quienes cuando obtenían el doctorado en ambos derechos eran considerados como doctores *utrumque ius*, culminación de una carrera académica dedicada al Derecho. En esta relación, sin embargo, no debe olvidarse que fue la ciencia jurídica romana desarrollada por los juristas medievales la que iluminó e influenció a la ciencia canónica, y no al revés. Situación que parece corroborarse con el esfuerzo desplegado por la Iglesia para contar con un *Corpus Iuris* de similar autoridad y vigencia que el romano. El empeño del papado por organizar y sistematizar el vasto, contradictorio y desigual Derecho de la Iglesia, comenzado a formar prácticamente desde el Concilio de Jerusalén (h. 50 d.C.), en una geografía también desigual y llena de variadas culturas, creencias, mentalidades y costumbres, culminó en el periodo que va de la elaboración del *Decreto* de Graciano hasta la promulgación de las *Extravagantes*; es decir, cuando se puede hablar de la formación de un *Corpus Iuris Canonici* y de la correspondiente ciencia canónica.

Graciano (+ h. 1150) había utilizado diversas fuentes para la elaboración de su *Decreto* en su intento por armonizar o concordar distintos cánones promulgados siglos atrás. Revisó cánones de 105 concilios —entre ecuménicos, “nacionales” y regionales— decretales de 78 papas, los textos de la *Biblia* y de los Padres de la Iglesia, *capitulares* carolingios y, desde luego, los textos del *Corpus* de Justiniano. Monje camaldulense —según la tradición— y maestro vecino de Bolonia, sin duda su labor se vio favorecida por el impulso en pro de los estudios jurídicos iniciado por los precursores de Irnerio y por este mismo. En torno a 1150, dio a

luz en esa ciudad su *Concordia discordantium canonum*, pronto conocida como el “Decreto de Graciano”, y en la cual organizó los casi 4 000 cánones elegidos y armonizados en tres partes o libros: personas, procesos penitenciales y cosas sagradas. Si bien nunca fue oficialmente autorizado y menos promulgado, el *Decreto* se fue imponiendo en la práctica procesal canónica y en las esferas de la administración eclesiástica, pues suponía una obra bien ordenada, armónica y debidamente seleccionada que superaba con mucho cualquier intento de ordenación anterior que se hubiese hecho. Su vigencia durante casi ocho siglos como la primera parte del *Corpus* de la Iglesia revela su enorme capacidad para ordenar tanto la vida interna como la externa de la misma; la de los clérigos y la de los laicos. Muy pronto su estudio se introdujo en las recién establecidas facultades de cánones de todas las universidades europeas a través de la dotación de cátedras *ad hoc*, y comenzó a ser objeto de estudios especializados por parte de canonistas denominados por esta razón “decretistas”. Entre los decretistas glosadores destacaron Esteban de Tournai (1135-1203), de origen francés y discípulo de Búlgaro en Bolonia, abad y consejero de Luis VII de Francia (1120-1180); Hugocio de Pisa (h. 1140-1210), profesor en Bolonia y obispo de Ferrara, comentó también las Decretales de Gregorio IX; Juan Teutónico (h. 1170-1245), nacido en Halberstad, también decretalista y discípulo en Bolonia de Azo, árbitro y juez papal; y Bartolomé de Brescia (+ 1258), estudiante en Bolonia, autor de una *Glossa Ordinaria* al *Decreto* que revisó y corrigió la glosa de Juan Teutónico, y de otras importantes obras canónicas. Estos cuatro autores escribieron *summae* o glosas a la obra de Graciano.

Bajo la influencia y el reto que le impuso una obra privada, como fue la elaborada por aquél durante el primer tercio del siglo XII —la centuria del papado—, la Iglesia desde Roma impulsó la formación de una obra oficial similar que actualizara aquella pero sin desplazarla. Desde finales del siglo anterior comenzaron a aparecer cinco compilaciones, sobre todo de decretales

pontificias —la fuente preponderante del Derecho canónico en ese momento—, las *Compilationes Antiquae*, por iniciativa de algunos papas o de canonistas particulares. Estas compilaciones fueron perdiendo aplicación pero alimentaron en forma definitiva la gran ordenación de decretales mandada hacer por el papa Gregorio IX (Ugolino dei Conti de Segni h. 1170-1241) al fraile catalán Raimundo de Peñafort (h. 1175-1275), y que finalmente fue promulgada de manera oficial el 5 de septiembre de 1234 mediante la bula *Rex Pacificus*, con el nombre de *Liber Extravagantium Decretalium* o simplemente *Decretales*. Forman la segunda parte del *Corpus* de la Iglesia católica y se encuentran divididas en cinco libros: personas, juicios no penales, cosas, matrimonio, y penas y juicios penales, a su vez divididos en títulos. Su valor estriba en que consolidó la supremacía universal del pontificado romano, particularmente en un siglo de disputas constantes con el emperador alemán. De inmediato, su enseñanza se hizo obligatoria en todas las facultades universitarias de cánones a través del establecimiento de cátedras especiales. Su autor fue un hombre de extraordinarias virtudes y saberes —la Iglesia católica lo canonizó en 1601—, quien se formó en Bolonia al lado de Acursio, entre otros juristas y canonistas notables, y donde llegó a ser profesor y a escribir una *Summa de iure canonico*; ingresó a la Orden de Predicadores y fue cofundador de la Orden de la Merced junto con Pedro Nolasco (1180-1245); Gregorio IX, además de encargarle las *Decretales*, lo nombró su confesor. Otros canonistas a lo largo de los siguientes siete siglos se encargaron de analizar, profundizar, memorizar y aplicar en el Occidente católico las disposiciones contenidas en esta voluminosa obra; pronto fue objeto tanto de glosas como de comentarios por parte de los canonistas de las escuelas del *Mos italicus*. Entre sus glosadores destacan: Godofredo de Trani (+ 1245), autor de una *Apparatus in Decretales*, discípulo de Azo en Bolonia, profesor aquí y en Nápoles, antes de morir fue nombrado cardenal diácono; Enrique de Susa (h. 1200-1271) —el “Ostiense”—, también

llamado “el monarca de ambos derechos”, estudió en Bolonia, fue profesor en París y cardenal obispo de Ostia, autor de una *Summa* y de una *Lectura* a las *Decretales* de enorme difusión durante los siglos venideros; Sinibaldo Fieschi (h. 1195-1254), natural de Génova, estudió en Parma y en Bolonia, obispo, cardenal y papa con el nombre de Inocencio IV, fue conocedor de ambos derechos y autor de *Apparatus in quinque libros Decretalium*, “uno de los textos capitales de la canonística medieval” (Alberto de la Hera); y Bernardo de Parma (+ 1266), estudiante y profesor en Bolonia, canónigo en esta misma ciudad y capellán de los papas Inocencio IV y Alejandro IV (h. 1199-1261), autor de la *Glossa Ordinaria* a las *Decretales* y de unos *Casus longi*. Entre los comentaristas a las *Decretales*, sobresalen Francesco Zabarella (1360-1417), nativo de Padua, estudiante de cánones en Bolonia aunque se doctoró en Florencia en ambos derechos, sin ser sacerdote obtuvo la dignidad cardenalicia, participó en el Concilio de Constanza y fue autor de unas *Commentaria* a los cinco libros de las *Decretales*; Nicolás Tudeschi (1386-1445) —el *Panormitano*—, originario de Catania, llegó a ser obispo de Palermo, estudió en Bolonia y en Parma, profesor en Siena, Bolonia y en Florencia, fue delegado papal en el Concilio de Basilea, su obra principal y más conocida fue una *Lectura in Decretales*; Baldo de Ubaldis —ya mencionado—; y Juan Andrés (1270-1348), al parecer oriundo de la región de Bolonia, su vida estuvo estrechamente vinculada a esta ciudad en cuya universidad enseñó, se casó y gozó de extraordinario prestigio aun en vida, su obra principal fue *Novella in quinque Decretalium libros commentaria*, donde sistematizó la obra de los canonistas anteriores.

El *Decreto* de Graciano y las *Decretales* de Gregorio IX serán las partes fundamentales y más estudiadas del corpus jurídico de la Iglesia Católica hasta comienzos del siglo xx; sin embargo, durante el siglo xiii otros papas se dieron a la tarea de promulgar nuevas decretales que fue necesario incorporar a las compiladas por Gregorio IX. La realidad se impuso a cualquier intención

de ordenar definitivamente la legislación canónica. Así, en 1298, el papa Bonifacio VIII (1235-1303) promulgó un sexto libro a las *Decretales* compuesto con las normas emitidas con posterioridad y a las que se añadió un título dedicado a las “regula iuris” o reglas del Derecho, a semejanza del *Digesto*: el *Liber Sextus*, que también ingresó a nivel de cátedra en las facultades de cánones europeas. Veinte años después, el papa Juan XXII (1249-1334) vio la necesidad de completar nuevamente el texto de Gregorio IX con decretales emitidas sobre todo por su predecesor, Clemente V (1264-1314), en cuyo honor la nueva compilación oficial se denominó *Clementinas*, también conocida como *Liber Septimus*; fue promulgado el 25 de octubre de 1317. Fue la última compilación oficial de la Iglesia y objeto también de alguna cátedra universitaria y de algún comentario jurisprudencial. Sin embargo, para la composición definitiva del *Corpus Iuris* canónico fue necesario añadir dos recopilaciones legislativas más de autoría privada; libros que quedaron unidos bajo el rubro de *Extravagantes*, dado que se entendieron como ubicados fuera de las partes oficiales: las *Extravagantes de Juan XXII*, que comprenden 20 decretales de este papa, y las *Extravagantes comunes*, que reunieron más de 70 decretales pontificias desde Bonifacio VIII hasta el papa Sixto IV, nacido en 1414 y que gobernó a la Iglesia entre 1471 y 1484.

Este conjunto de libros, autores, de naturaleza y épocas diferentes, en fecha imprecisa comenzó a denominarse —a la manera del *Corpus* romano y frente a éste— *Corpus Iuris Canonici*, denominación que quedó definitivamente consagrada cuando, por primera vez, las seis partes que la integraron se imprimieron unidas bajo ese título, cosa que ocurrió por vez primera en París en 1500, si bien la primera edición oficial —en dos tomos— se imprimió hasta 1580. Desde entonces y hasta la codificación canónica de 1917, esta compilación mantuvo su vigencia y ordenó la vida jurídica de la Iglesia católica occidental en todos los territorios donde tuvo presencia.

Vale aclarar que la naturaleza del Derecho canónico y su forma fueron predominantemente legislativas por resultar de la actividad conciliar (cánones conciliares) o pontificia (decretales), lo que, de alguna manera, anticipó el predominio de la ley sobre otras fuentes de Derecho, incluso en el ámbito secular. No obstante, no debe olvidarse que otras fuentes canónicas también tuvieron plena vigencia antes y después del *Corpus*, de manera principal la costumbre, el derecho concordatario y, desde luego, la jurisprudencia o ciencia jurídica, como revela la gran cantidad de canonistas cuyas opiniones fueron invocadas de forma determinante, obligatoria y decisiva ante jueces eclesiásticos durante siglos. Finalmente, la jurisdicción canónica jamás dejó de utilizar la *auctoritas* y la *potestas* en la solución de los conflictos ventilados ante ella. Además, este aparente iuspositivismo legislativo canónico quedó matizado en la práctica judicial y administrativa de la Iglesia por el predominio de la equidad canónica que en sus máximos extremos descansó y se manifestó en la *dissimulatio* y en la *tolerantia*, ambas incomprensibles para el jurista moderno pues con ellas se eludió no la norma, sino “la aplicación rigurosa de la norma, si viene al caso”, lo que implicó consentir “la permanencia de lo ilícito” por imperativos de equidad y como “aplicación extrema del principio de flexibilidad” (Grossi).

MOS ITALICUS TARDÍO

La recuperación del Derecho romano justineano y la formación del *Corpus* canónico fueron obra de la jurisprudencia medieval gracias al cambio de condiciones sociales y políticas que afectó a Europa occidental en el tránsito de los siglos XI al XII. El modo de actuar de los juristas y canonistas europeos estuvo, a su vez, determinado por el establecimiento de las universidades, la utilización de la filología y de la exégesis, la recuperación de la filosofía aristotélica, los *modi arguendi*, el uso de la equidad, de la

dissimulatio y de la *tolerantia*, así como por el consecuente desarrollo del método escolástico y por la creencia en un Derecho natural de origen divino. Con todo ello, pero sin dejar de mirar al “taller de la praxis”, el “taller sapiencial” de esos hombres de saber supo formar una dogmática jurídica eficaz destinada a regir en Europa y en América hasta el triunfo de la Codificación moderna, si bien una vez pasado el proceso creativo del *Ius commune* la jurisprudencia medieval comenzó a mostrar fatiga y poca originalidad. El *Mos italicus* presentó hacia los siglos xv y xvi una fase tardía, cuyos signos más representativos fueron el distanciamiento respecto de los textos jurídicos originales con el consecuente abuso del argumento de autoridad —propio de los “bartolistas”—, predominio de la actividad forense sobre la docente, y la búsqueda y necesidad de la opinión común. Estas características, unidas a los descubrimientos y críticas del Humanismo, y a la gran crisis europea del siglo xvi, provocaron la aparición de un nuevo modo de pensar y concebir tanto la realidad como la tarea intelectual, y justificaron de alguna manera los ataques del Racionalismo al *Ius commune* y, en general, al modo de entender el Derecho como lo plantearon los juristas medievales siguiendo el ejemplo de los romanos.

Dentro de esta corriente o fase del *Mos italicus* tardío hubo, sin embargo, autores que mostraron un esfuerzo de cierta originalidad y capacidad para continuar formulando soluciones inéditas ante nuevos problemas, situaciones o conflictos. Incluso llegaron a alcanzar más fama y difusión que sus predecesores, gracias, sin duda, a la ventaja que les brindó la imprenta. Entre ellos destacaron: Diego de Covarrubias (1512-1577) —el “Bartolo español”—, nacido en Toledo y formado en Salamanca y en Oviedo, obispo de Ciudad Rodrigo y autor de una vastísima obra de enorme influencia en España y en América, publicó sobre testamentos, matrimonio, juramentos y otras materias reunidas en sus *Opera Omnia* publicadas en 1568; Jacobo Menocchio (1532-1607), nacido en Pavía de familia humilde, discípulo de

Alciato en su ciudad natal, fue profesor en la universidad de Padua en ambos derechos obteniendo gran prestigio también como práctico, autor de cientos de *Consilia* y de *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis comentaria*; Prospero Farinacci (1544-1618), romano y autor de una *Praxis et theorica criminalis* de gran éxito; y Alberico Gentili (1552-1608), originario de San Ginesio y formado en Perusa, por dificultades con la Inquisición se trasladó a Inglaterra donde inició su actividad docente que culminaría en Oxford como profesor de Derecho civil, por lo mismo fue un acérrimo defensor de éste frente al *common law*, se le considera uno de los fundadores del moderno Derecho de Gentes (Derecho internacional), en 1582 publicó en contra del *Mos gallicus*, *De iuris interpretibus dialogi sex* y en 1585 *De legationibus libri tres*.

El *Mos italicus* de estudiar y aplicar el Derecho dominó buena parte de Europa occidental y de la América española y portuguesa hasta bien entrado el siglo XVIII, cuando la influencia de otras recepciones del Derecho romano, el Humanismo jurídico y el Racionalismo comenzaron a exhibir sus limitaciones y a socavar sus fundamentos esenciales: la *auctoritas* del texto, el valor del comentario y la capacidad del método escolástico. En ello tuvo que ver sin duda la gran crisis europea suscitada en el siglo XVI que implicó la búsqueda de respuestas válidas y convincentes a la razón, al margen de la influencia y dictados de la *auctoritas*. No es éste el lugar para tratar con detalle esa crisis ni la totalidad de sus causas, pero sí es necesario recordar algunas de las más determinantes: el descubrimiento del Nuevo Mundo, el rompimiento de la unidad religiosa en Europa occidental, la emergencia de coronas fuertes, el Humanismo, y los avances de la ciencia, sobre todo en relación con el cambio de la cosmovisión tradicional, fruto de la visión copernicana del universo. Conviene para esto acudir a un ejemplo elemental. Piénsese en un hipotético hombre nacido hacia 1480 y muerto en 1560 en cualquier ciudad de Europa occidental, de mediana formación y con gran curiosidad por los acontecimientos de su época. Durante su larga vida

fue testigo de cambios radicales en las creencias, ideas y visiones del mundo obtenidas durante su infancia y adolescencia. Creció creyendo ser parte de un orbe pequeño, plano, dividido en tres continentes y ubicado en el centro del universo; en la unidad del catolicismo y en la supremacía de la Iglesia de Roma; en la confianza respecto de los saberes de los sabios antiguos y de los letrados medievales, y en el contenido inmovible de los textos y autores de la antigüedad —la *Biblia*, Aristóteles y el *Corpus Iuris* romano, principalmente—; así como en la supremacía política universal repartida entre las “dos esferas”, la del Sacro Imperio romano y la del papado. A su muerte, a los 80 años, nada quedaba de lo aprendido y creído durante su infancia: la Tierra se ofrecía como inmensa y desconocida, habitada por hombres y mujeres de extraño origen e historia desconocida pero sin mostrarse enemigos *per se* de la fe en la Trinidad, como el Islam, y dividida al menos en cuatro partes, si no es que en más; se comenzaba a sospechar que no estaba en el centro del Universo y que éste no era una esfera limitada sin profundidad ni movimiento; la vieja unidad religiosa se había roto debido a la reforma luterana, al calvinismo y al cisma anglicano; la veracidad y autenticidad de fuentes literarias y de autores consagrados puesta en entredicho por la evidencia científica y por la crítica histórica y filológica de los humanistas surgidos en Italia y extendidos en todo el Occidente europeo; por último, el surgimiento del Estado como único soberano dejó sin soporte la creencia en un solo imperio, y consecuentemente, en un solo Derecho. Nada —o muy poco— quedó de sus creencias y conocimientos infantiles y juveniles. Todo apuntó al desmoronamiento de la autoridad que hasta hacía poco se encargaba de dar respuestas y tranquilidad a todos, hombres del común, hombres de poder, u hombres de ciencia. Al morir, su conciencia pudo muy bien debatirse en la peor de las crisis personales, en medio de la incertidumbre y lleno de dudas o, por el contrario, reafirmarse —a contrapelo de las nuevas evidencias y descubrimientos—

en su pertenencia a un mundo guiado por la fe y por la autoridad, sin abrirse a la crítica de las antiguas creencias y saberes ni a los nuevos métodos de acercamiento a la realidad. Esta crisis es la que se mueve al interior de la conciencia de los europeos del siglo xvi y que René Descartes (1596-1650) se encargaría de enfrentar y responder con el método racionalista. Desde esta crisis europea hubo que desconfiar acerca de las posibilidades de la fe y de la *auctoritas* para alcanzar la verdad, y no es que aquellas hubieran fallado en todo sino que habían mostrado su incapacidad para explicarlo todo. El rompimiento entre la fe y la razón —cuya relación armónica había constituido el esfuerzo más notable de la filosofía escolástica, sobre todo de Tomás de Aquino— era un hecho y en adelante se privilegiaría el esfuerzo por establecer un método que jamás permitiera repetir lo que en el xvi ocurrió: el desmoronamiento de todo un sistema general y común de creencias al cual todo cristiano podía acudir para obtener las respuestas que más inquietaran su conciencia o su afán por saber y conocer.

Con ser la *auctoritas* —junto con la razón— la base de la veracidad y validez y, en consecuencia, de la obligatoriedad del *Ius commune* y de las opiniones de los juristas del *Mos italicus*, es lógico y natural que su descrédito haya conmovido hasta sus cimientos y puesto en entredicho las pretensiones de veracidad, validez y obligatoriedad del orden jurídico vigente construido por la jurisprudencia medieval; en adelante, se desconfiará del criterio de autoridad, incluso de la opinión común, y se buscará que las respuestas a los conflictos, problemas y situaciones que presenta la realidad jurídica se asienten sobre otros fundamentos, más universales, incontrovertibles e inmovibles. De los siglos xvi al xix la historia del Derecho occidental será la historia de la búsqueda de una alternativa válida y eficaz a la dogmática autoritaria que representaba el *Ius commune* y sus dos raíces: los derechos romano y canónico. En esta búsqueda, sin embargo, la obra de los juristas no quedó al margen de quienes

desde la filosofía, las matemáticas y la astronomía supieron descubrir el método anhelado con el cual edificar esa alternativa, si bien su papel estuvo llamado a ocupar un papel más modesto frente a esos nuevos hombres de saber, verdaderos responsables del surgimiento de la ciencia moderna y de su método, el racionalista, y de marcar el camino a seguir en adelante por la ciencia jurídica. Sus descubrimientos fueron contemporáneos a las aportaciones del Humanismo jurídico y a la creación de las dos primeras ciencias jurídicas particulares de Europa: el *Usus Modernus Pandectarum* alemán y la *Jurisprudentia Ellegans* holandesa, frutos ambos de los singulares y tardíos procesos de recepción del *Ius commune* en esos territorios europeos y responsables de la revitalización de la ciencia jurídica europea después del letargo sufrido durante la fase del *Mos italicus* tardío.

III. CRISIS DE LA AUCTORITAS

EL HUMANISMO JURÍDICO

La influencia del Humanismo surgido principalmente en las ciudades italianas del siglo xv afectó la ciencia del Derecho construida laboriosamente por los juristas —casi todos italianos— de las universidades medievales desde finales del siglo xi, pero esta afectación no debe ser sobrevalorada. En efecto, la tarea propia de los humanistas no tuvo como fin socavar los fundamentos ideológicos y la validez que sostuvieron esa eficaz forma de dogmática jurídica que fue el *Ius commune*, si bien acabó por hacerlo. Su propósito fue otro: recuperar la cultura grecolatina tal y como pudo quedar plasmada en las fuentes manuscritas provenientes de la Antigüedad, principalmente a través del conocimiento de textos literarios, históricos y filosóficos. Desde un principio, esta tarea supuso tener conciencia de la distancia temporal que los separaba de los autores de dichos textos, cosa que el pensamiento medieval no hizo en aras de fortalecer la autoridad de unos escritos jurídicos que se entendieron como *ratio scripta* que había que acatar, y según la cual había que moldear el comportamiento individual dentro del estamento o clase a la que se perteneciera, tanto en lo público como en lo privado. Esta conciencia de distancia temporal representa uno de los avances más significativos del pensamiento europeo y explica las dos grandes características del Humanismo europeo: la crítica y la historicidad. Glosadores, Ultramontanos y Comentaristas no estuvieron conscientes de esta distancia y, por lo mismo,

su trabajo frente a los textos jurídicos romanos ni fue crítico ni fue entendido como parte de un proceso histórico. Ha de recordarse el empeño de la armonística en forzar interpretaciones que no podían sostenerse mediante la simple lectura del texto, lleno muchas veces de contradicciones evidentes dada la labor interpoladora que había sufrido durante siglos y, particularmente, durante la compilación ordenada por Justiniano. Ahora, en cambio, el Humanismo despojaba a los interesados en el conocimiento de los textos de la Antigüedad griega y latina de las anteojeras que impidieron a los legistas medievales ver lo evidente: que cada texto tenía una historia propia que había que conocer para entender su cabal significado en momentos y lugares determinados. En este camino, los Humanistas desbordaron la tarea inicial de recuperar textos desconocidos o perdidos y la de ubicar temporalmente los ya conocidos para pasar a formar un imaginario en el cual la vida social y ética de los hombres pertenecientes a la Antigüedad clásica se consideró no sólo venerable y valiosa en sí misma, sino ejemplar para los nuevos tiempos. Esto los llevó a confrontar el modelo de hombre y de sociedad cristiana con el modelo propuesto por ellos, en ocasiones demasiado anclado en épocas paganas. Si hasta entonces Dios había ocupado el centro del universo mental de la cultura medieval, incluyendo la jurídica, el Humanismo se inclinó en favor de un antropocentrismo que, sin embargo, en muy contados casos se manifestó en contra del dogma católico y de espaldas a la Iglesia. Como en el caso del “Juicio final” de Miguel Ángel (1475-1564) en la Capilla Sixtina, se consideró al hombre lo mejor de la creación, y a Cristo incluso se le reivindicó su naturaleza humana, valiosa en y por sí misma.

En este camino fue natural que los Humanistas se reencontraran con los textos trabajados por los juristas medievales, con sus glosas y comentarios, con sus *apparatus* y lecturas que en muchas ocasiones, como en el caso de la *Magna Glosa*, acabaron sepultando los textos originales del *Corpus* romano. Su preocupación

no fue construir una dogmática jurídica idónea para los nuevos tiempos, sino restaurar las versiones originales de los documentos analizados en aras de reincorporarlos a las culturas que les dieron vida y, de esta forma, recuperar lo mejor de ellas. De aquí, el carácter eminentemente pedagógico del Humanismo: el viaje a las fuentes —“*ad fontes!*”— que emprendieron todos los Humanistas implicó la búsqueda de un modelo virtuoso de vida que, unido al ideal cristiano, pudiera ofrecerse a la sociedad y al hombre surgido de la Edad Media. Al emprenderlo no se percataron que dinamitaban los presupuestos teóricos y la validez del *Ius commune* como dogmática jurídica, y es que su principal preocupación, hay que repetirlo, nunca fue jurídica.

En este sentido tal vez sea impropio seguir empleando el término Humanismo jurídico y adoptar el concepto de *Mos gallicus* o modo francés de entender el estudio y la enseñanza del Derecho romano (o mejor, de sus fuentes), dado que fueron los Humanistas franceses del siglo *xvi* quienes asumieron esta actitud frente a los textos jurídicos. El Humanismo jurídico fue, pues, el Humanismo aplicado al análisis de textos jurídicos antiguos, si bien sus críticas y descubrimientos significaron a la larga un notable impacto en el modo de conocer, enseñar y aplicar el Derecho romano. Como era de esperarse, esta actitud crítica e histórica que acudió nuevamente a la filología como llave y mecanismo de interpretación para la cabal comprensión del texto analizado despertó las alarmas de la clase de juristas y canonistas, jueces, abogados y notarios para quienes el *Ius commune* —junto a las costumbres, estatutos particulares y leyes de la época— significaba el elemento más idóneo de una dogmática jurídica práctica, eficaz, válida y justa para enfrentar los problemas jurídicos de todos los días. De aquí, las tensiones e incomprendiones entre los juristas del *Mos italicus* tardío y los Humanistas del *Mos gallicus*, como lo ejemplifica con claridad la vida y la obra de Alberico Gentili, para quien el trabajo humanista dejaba sin validez y eficacia práctica la obra de tantos juristas

comprometidos con la tarea de administrar justicia y resolver conflictos humanos reales, y para quien la erudición era un valor que simplemente salía sobrando. A los Humanistas se les reprochó amenazar la seguridad y la certeza jurídica en aras de proyectar un modelo ideal de vida. De aquí también que con cierta razón se haya puesto en duda el carácter propiamente de juristas a los representantes del *Mos gallicus*, más inclinados hacia la crítica filológica que al diseño de soluciones, fórmulas, mecanismos e instituciones para resolver problemas jurídicos y jurídico-políticos. Por el contrario, los Humanistas cuestionaron el pésimo latín manejado por los juristas del *Mos italicus*, su desconocimiento del griego, y el haber escondido el texto original mediante glosas e interpretaciones histórica y filológicamente insostenibles, llegando a calificarlos de “plebeyos, funestos, ineptos, sofistas, bárbaros, alimento de puercos, ignorantes de las artes, tratadistas sórdidos y serviles, alcahuetes, picapleitos, pestíferos, huecos, escorias, repugnantes, verdugos, rábulas impostores, insanos y cosas semejantes” (Alejandro Guzmán). En el fondo, se enfrentaron dos actitudes, dos tareas y dos objetivos distintos, y una disputa sobre los mismos materiales. De esta pugna salieron ganando los juristas por lo que se refiere a la historia del Derecho, y los humanistas por lo que corresponde a la historia del pensamiento y de la literatura; ambos, sin embargo, lograron un papel destacadísimo en la historia de la cultura.

No hay que minimizar, en consecuencia, el papel que les tocó desempeñar a los Humanistas del *Mos gallicus* en la historia jurídica. Sus aportaciones a la ciencia jurídica fueron trascendentales: recuperaron un sin número de manuscritos hasta entonces desconocidos o extraviados, incorporando los del Derecho bizantino; al someterlos a la crítica histórico-filológica, los limpiaron de las interpolaciones y los pusieron en posibilidad de exhibir derechos de épocas distintas (Derecho romano preclásico, clásico, vulgar, justineano, bizantino, *Ius commune*), con lo que abrieron la posibilidad de enriquecer la dogmática

existente con nuevas lecturas, lo que significó la posibilidad de pensar en nuevas soluciones; superaron el método escolástico; comenzaron la labor de sistematización del universo institucional ricamente formado por los juristas medievales, hasta entonces muy disperso y contradictorio; recompusieron el orden natural de los libros de *Corpus Iuris Civilis*, superando la arcaica división medieval; y, finalmente, se dieron a la tarea inconmensurable de imprimir, editar y anotar tanto sus propias obras como las fuentes jurídicas antiguas y las de los juristas que los antecedieron. Para estas tareas se sirvieron de géneros literarios propios y de una particular forma de docencia universitaria. Respecto de los primeros dieron a la luz *observationes*, *enmendationes*, y *conjeturae*, donde mostraron, entre otras cosas, los frutos de la caza de interpolaciones que tanto les atrajo. En su labor docente, prescindieron obviamente de muchas de las opiniones de los juristas medievales, desarrollaron las técnicas de identificación de las interpolaciones, explicaron las fuentes dentro del contexto histórico que les rodeaba, y cultivaron la enseñanza y la escritura de un latín correcto así como de otras lenguas, en particular del griego.

En la identificación de estos juristas-humanistas, se han podido distinguir dos tipos separados por sus particulares inclinaciones: los eruditos, cuyo interés estuvo siempre del lado de la crítica histórico-filológica, comprometidos con la caza de interpolaciones, con el descubrimiento de nuevas fuentes, su depuración y correcta ubicación temporal, y con la publicación de ediciones críticas y anotadas del ingente material jurídico que manejaron. A su lado, trabajaron los autores pertenecientes a la corriente sistemática, sin duda más comprometidos con la práctica que los anteriores y dedicados a ordenar, explicar y enseñar los textos del Derecho romano según criterios de ordenación simplificados, racionales y articulados entre sí. De aquí que dejarán atrás la visión tópica que exhibe el *Digesto*, ampliamente cultivada por los juristas del *Ius commune*, y subrayarán la visión de la *Instituta*, mucho más clara, simple y sistemática.

Dentro de la corriente erudita, sobresalieron Jacques Cujas (1522-1590), nacido en Toulouse, ciudad en cuya universidad estudió Derecho; fue catedrático en Valence, Bourges y Turín, donde explicó los textos romanos desde una perspectiva histórica, poseyendo incluso un ejemplar de los *Basílicos*; maestro de la exégesis crítica, publicó una enorme obra compilada en 11 volúmenes muy difundidos incluso en América. Francisco Hotmano (1524-1590), parisino, estudió Derecho en Orleáns, se convirtió al calvinismo, se implicó en las controversias religiosas de su época y llegó a ser consejero de Enrique IV de Francia (1553-1610); el título de su obra fundamental habla por sí mismo: *Antitribonian*, verdadero alegato contra los “bartolistas” en Francia. Dionisio Godofredo (1549-1622) nació en París y estudió en Lovaina y Colonia, aceptó la Reforma protestante y radicó en Ginebra, de donde pasó a las universidades de Estrasburgo y de Heidelberg; su fama se debe a la monumental edición crítica del *Corpus Iuris Civilis* (impreso por primera vez con este título) de 1583, el cual fue objeto de muchas impresiones posteriores. Su hijo Jacobo Godofredo (1587-1652), nativo de Ginebra, se doctoró en Bourges, compuso una versión de las *XII Tablas* e intentó una reconstrucción del *Edicto Perpetuo* de Salvio Juliano.

Dentro de la corriente sistemática —más numerosa—, destacaron François Connan (1508-1551), alumno en Orleáns, donde abrevó en el *Mos italicus*, y en Bourges, donde tomó contacto con el Humanismo; abogado en París y consejero del rey francés, escribió unos *Commentariorum iuris civilis libri X*. Francisco Duarenio (1509-1559), bretón, hijo de un juez, profesor en París y abogado en el parlamento, fue posteriormente catedrático en Bourges donde se enemistó con Cujas, editó las *Novellas* y aconsejó el dominio de un latín fino a los estudiantes de jurisprudencia. Hugo Donellus (1527-1591) estudió en Toulouse y en Bourges, abrazó la reforma calvinista y se implicó en las controversias religiosas de su época; radicó en Heidelberg, de cuya universidad llegó a ser rector, pasó a Leiden y luego a Núremberg,

donde murió; su capacidad de síntesis lo llevó a ser el primero en formular una visión sistemática del Derecho romano. Y Antonio Fabro (1557-1624), de origen noble, doctorado en Turín, fue escritor, abogado, juez y senador; influido por Cujas, se dedicó a identificar interpolaciones en las fuentes romanas; asimismo, fue autor del *Codex Fabrianus*.

Con todo, los verdaderos fundadores de la orientación del *Mos gallicus* fueron el alemán Ulrico Zasio, el francés Guillaume Budé y el italiano Andrea Alciato. Ulrico Zasio (1461-1535), originario de Constanza, se formó en Artes en la Universidad de Tubinga, fue funcionario municipal en diversas ciudades y estudió Derecho en Friburgo, donde lo enseñó a los juristas del *Usus Modernus*; amigo de Erasmo (1466-1536), se esforzó por liberar de la maraña de glosas al *Corpus* de Justiniano. Guillaume Budé (1468-1540), modelo de filólogo y también amigo de Erasmo, nació en París dentro de una numerosa familia, abandonó los estudios de Derecho en Orleáns para dedicarse al estudio del latín y del griego, fue embajador en Italia, y en Florencia consultó el original de la *Florentina*; publicó *Annotationes Pandectarum* y se esforzó por restituir su sentido original a las fuentes jurídicas romanas. Por último, Andrea Alciato (1492-1550), de origen noble, estudió en Milán, Pavía y Bolonia, donde fue discípulo de Jasón de Mayno; a los 21 años anotó tres libros del *Codex* de Justiniano y fue catedrático en Aviñón, pasando después a ejercer la abogacía en Milán; fue el puente entre el modo italiano y el francés de entender y estudiar el Derecho romano; *Emblematum libellus* es su obra más conocida, aunque no la más importante para el estudio del Derecho.

Si los miembros de la corriente erudita pudieron influir en un mejor y más acertado conocimiento de las fuentes conocidas y en la recuperación de fuentes hasta entonces ignoradas —en especial las provenientes del mundo Bizantino—, los representantes de la sistemática pusieron en manos de los juristas de la Escuela Racionalista del Derecho Natural los textos romanos depurados

de la Glosa y del Comentario y expuestos en forma ordenada como expresiones de un sistema ejemplar de Derecho de una antigüedad venerable, pero incapaz por sí mismo de iluminar la práctica jurídica de la Modernidad. Ambos coincidieron en exigirle al jurista el dominio del buen latín, conocimientos de lenguas y de historia, y la capacidad de expresarse elegantemente por escrito.

CRISIS DEL *IUS COMMUNE*

Se puede afirmar que al finalizar el siglo XVI el orden jurídico medieval, sustentado en el *Ius commune* y en una visión cristiana del Derecho natural, había terminado. Sin embargo, sus características esenciales, instituciones, fuentes y textos, continuaron rigiendo la vida jurídica de Europa —y ya también la de la América franco-hispano-lusa— hasta bien entrado el siglo XIX. No es que dicho orden se haya extendido durante la época Moderna —que hubo de edificar su propio orden jurídico—, sino que buena parte de la cultura jurídica medieval extendió su vigencia durante la Modernidad y coadyuvó en la construcción del nuevo orden, como quedó claramente de manifiesto durante el proceso de la Codificación. Desde esta perspectiva, es válido afirmar que los siglos XVI al XVIII constituyeron un verdadero crisol del orden jurídico moderno construido con distintos elementos, uno de los cuales fue el propio *Ius commune* en la versión que le dieron los Humanistas y reavivado gracias a los fenómenos de Recepción tardía del mismo en Alemania y en Holanda; sobre todo en la primera, donde el *Usus Modernus Pandectarum* significó una forma actualizada y fresca del *Mos italicus*. A esta influencia se sumaron cada vez en forma más destacada y decisiva las legislaciones de las monarquías europeas, los inevitables *iura propria* locales y las costumbres —que incluso fueron reforzados en algunos países como Francia— y una nueva concepción del Derecho natural que orientó la formación tanto de un Derecho público

como del moderno Derecho de Gentes. Lo paradójico del caso es que estos cuatro elementos fueron también resultado del quehacer o de la atención de los juristas tradicionales formados en las facultades de Derecho, empeñadas en continuar formando a bachilleres, licenciados y doctores en el Derecho romano, en el canónico, o en ambos derechos, hasta finales del Antiguo Régimen. Lo verdaderamente significativo fue que, como antaño los filólogos, los teólogos y la Escolástica, serán ahora los matemáticos y los astrónomos, la filosofía racionalista y sus filósofos los encargados de iluminar el camino de la ciencia jurídica, de orientar la construcción de una nueva dogmática que desplazará a la del *Ius commune*, y de fijar la forma y los fundamentos de validez, obligatoriedad y eficacia del nuevo orden jurídico. No será casual, entonces, que la expresión más acabada de éste —la Codificación— sea el resultado de un aprovechamiento inteligente de distintas y hasta de contradictorias raíces por parte de una nueva clase de juristas que no rompió del todo con la tradición y que supo aprovecharla para darle contenido tanto a la nueva concepción del Derecho como a la nueva forma de expresión del mismo.

DOS RECEPCIONES TARDÍAS

Las recepciones del *Ius commune* en Alemania y en Holanda fueron fenómenos casi contemporáneos que consiguieron el mismo resultado: construir las primeras ciencias del Derecho propiamente nacionales en Europa. Si en Castilla, Aragón, Portugal, Francia, y no se diga en Inglaterra, la legislación real y los *iura propria* se opusieron a la penetración de aquél, aceptándolo siempre como algo ajeno a la voluntad del reino o a la de sus territorios, ubicándolo en forma supletoria dentro de los ordenamientos vigentes o simplemente rechazándolo, tanto Alemania como Holanda acabaron por hacerlo parte integral y esencial de sus propios y particulares derechos “nacionales”. En ambos casos,

esto fue posible gracias a la formación y actividad de jurista locales orientados, en principio, por el método del *Mos italicus*, pero capaces de superar las limitaciones de éste, en particular el argumento de autoridad: en lugar de continuar aplicando las soluciones de los juristas italianos, pero imitándolos, se dieron a la tarea de construir dos nuevas dogmáticas de inspiración italiana, aunque de contenido jurídico alemán u holandés, respectivamente; al hacerlo, dieron a luz dos modos de entender la enseñanza y la aplicación del Derecho llamados a renovar en plena crisis del *Ius commune* la dogmática jurídica privada europea: el *Usus Modernus Pandectarum* y la Jurisprudencia Elegante. Ambos contruidos sobre las mismas bases que aquél: la confrontación práctica y académica entre los *iura propria* y los textos romanos, ordenados ahora por el *Mos gallicus*, y frente a la misma necesidad de responder a las exigencias que la práctica, los conflictos judiciales y el ascenso de administraciones territoriales fuertes impusieron a sus respectivas sociedades. Recepciones tardías, es cierto, pero las más intensas, originales y de notables resultados. El legado jurídico romano fue aprovechado una vez más en las manos de los juristas alemanes y holandeses, muchos de los cuales se conocieron y tuvieron enorme difusión en los países de las américas española y portuguesa, llegando incluso a desplazar en fama y conocimiento a los mejores juristas italianos.

Usus Modernus Pandectarum

Con este nombre se conoce el resultado de la Recepción del Derecho romano en los territorios alemanes durante los siglos xvi y xvii, si bien el conocimiento y la enseñanza de los derechos romano y canónico comenzaron en ellos durante la Baja Edad Media, a la par de cualesquiera otros territorios europeos. Las causas del retraso respecto de las recepciones tempranas arriba analizadas se encuentran en las singulares características políticas

y culturales de Alemania. Conformada de los siglos XII al XIX por un conjunto de estados alemanes, formalmente parte del Sacro Imperio romano germánico establecido por Otón I en la segunda mitad del siglo X, Alemania fue la zona europea donde el Feudalismo se prolongó mayormente debido a la incapacidad política de los emperadores alemanes de conformar un Estado sólido y unificado dada la incongruencia que hubiera significado con la existencia misma del Imperio, entendido como poder político universal y único para toda la cristiandad. Precisamente, esta concepción del Imperio es la que lo llevó a las disputas seculares con el papado, el otro gran poder universal, conocidas como la “Querrela de las investiduras”. De esta lucha fallida por la supremacía universal surgieron tanto el Estado moderno en la forma de las monarquías europeas, como el mosaico de pequeños y medianos “estados” alemanes —principados, ciudades, arzobispados, reinos— que se disputaron la corona imperial hasta que la familia de los Habsburgo la vinculó a su dinastía en forma definitiva. La pertenencia al Sacro Imperio y la lengua serán dos de los elementos que conformarán la unidad de los alemanes una vez rota la unidad religiosa con la Reforma protestante, a los que se sumará en el siglo XVII la unidad —que no uniformidad— jurídica resultado de la Recepción del Derecho romano.

Los territorios italianos del Sacro Imperio fueron los más favorecidos por la difusión de la enseñanza de un Derecho que se consideró propio, es decir, del Imperio —en este caso, más romano que germánico— que encontró en aquél legitimidad y continuidad y le aportó argumentos valiosos para afirmarse políticamente frente al papado y las nacientes monarquías europeas. En este sentido, la parte alemana se vio también favorecida por una especie de Recepción temprana caracterizada por la fundación tardía de las primeras facultades de Derecho alemanas. La acción conjunta de juristas italianos y alemanes, súbditos del Imperio, debió llevar necesariamente al fortalecimiento político del mismo de no haber sido porque el Sacro Imperio

—después del auge que conoció bajo la dinastía de los Hohenstaufen— salió muy debilitado de las luchas contra el papado, debilidad que se manifestó con toda crudeza en el notable poder adquirido por los grandes señores territoriales alemanes —reyes, príncipes, duques y arzobispos—, quienes se convirtieron en los verdaderos centros del poder político de sus respectivos territorios, perpetuando un orden político de características feudales e imposibilitando, de esta forma, y por más de cinco siglos, el establecimiento de un Estado alemán. Este largo proceso de debilitamiento imperial a costa de los diversos territorios impidió que se aprovecharan los frutos de esa Recepción temprana que escasamente pasó más allá de las aulas universitarias; por el contrario, los *iura propria* de cada territorio alemán se fortalecieron y amenazaron la pretensión anhelada: “un Imperio, un Derecho”. Sin embargo, la eficacia y la fortaleza de los derechos locales en cada territorio fue posible en tanto la vida social y cultural alemanas no exigieran contar con un “derecho común” a todos los países de lengua alemana con el cual resolver los conflictos y problemas suscitados al interior de la sociedad alemana, cada vez más dinámica y, a partir de la Reforma, dividida en distintas confesiones religiosas. Es entonces que los conceptos de “Derecho común” y de Recepción del Derecho romano adquieren todo su significado en Alemania. Una vez superada la idea de la *translatio imperii* y destruida la “leyenda lotárica”, según la cual el emperador Lotario II (1075-1137) había promulgado el *Corpus* romano en el Sacro Imperio, con el Derecho de Roma se buscó contar —ya no “por razón de Imperio”, sino por “imperio de la razón”— con un referente obligatorio para todos esos países de lengua alemana sin menoscabo de la vigencia y de las bondades de sus propios y particulares derechos que seguirían estando vigentes y siendo respetados. En este sentido, un estudio más detenido de la historia del Derecho alemán debe dar cuenta de los diversos procesos de Recepción en cada uno de los territorios en que se dividió el Sacro Imperio. Ante la

imposibilidad de intentarlo en una *Historia mínima*, deben destacarse los rasgos y problemas generales que afectaron a la totalidad de los territorios imperiales.

La fragilidad jurídica alemana, consecuencia del mosaico formado por tan diversos derechos locales, fue aún más evidente cuando en el siglo xvi Alemania fue testigo de la consolidación de las monarquías francesa, inglesa y española, y cuando el auge comercial de las ciudades y de la burguesía alemanas se convirtió en un referente para el resto del continente. Ante estas limitaciones de los derechos territoriales, el ejemplo del *Mos italicus* y la consiguiente formación del *Ius commune* medieval se tomaron en cuenta por la clase de los juristas alemanes formados en universidades locales como Praga, Viena, Heidelberg, Colonia, Erfurt, Würzburg, Friburgo de Brisgovia, Basilea, Tubinga y Maguncia, principalmente, y donde desde sus inicios se había enseñado el Derecho romano por razón de Imperio. Estos juristas, como en el caso de los Comentaristas, volvieron a enfrentar la problemática suscitada por la variedad e insuficiencia de los *iura propria* (consuetudinarios o legales). Ante el modelo presentado por *Ius commune* y los métodos elaborados por la Escuela de los Posglosadores, buscaron continuarlo, adaptándolo, desde luego, al caso alemán y a su época; es decir, sin acudir directamente a dicho modelo pero imitándolo, pues se trataría de formar un “derecho común” para toda Alemania mediante una “práctica contemporánea” de los textos jurídicos romanos; un auténtico *Usus Modernus* o *nova practica* sobre las viejas fuentes, en particular, y una vez más, sobre el método de razonamiento de los juristas romanos expuesto en las *Pandectas*. Si el triunfo de la llamada Recepción teórica se consumó con el establecimiento de cátedras de Derecho romano y del canónico, la verdadera Recepción se llevó a cabo en los tribunales, en la administración pública y en el notariado de los distintos “estados” alemanes; no obstante, el caso alemán presenta una notable y muy trascendente singularidad: la íntima relación entre facultades de Derecho

y tribunales. Estos tuvieron la facultad de solicitar opiniones fundadas a las primeras sobre casos o problemas específicos obligados a resolver, y muchas veces vincularon sus decisiones a las soluciones sugeridas por los claustros universitarios. Todo ello aunado, en forma sobresaliente, al papel de los juristas alemanes ante los diversos derechos locales dio como resultado que a diferencia de los demás países europeos se formara una verdadera ciencia del Derecho local, es decir, una ciencia del Derecho alemana, orientada por un Derecho romano renovado y llamada a superar las limitaciones de los localismos jurídicos y la fragmentación que éstos representaban. En Alemania no será necesario apelar a órdenes de prelación como en Castilla o Cataluña, pues mediante la lectura fresca de los juristas alemanes el Derecho romano adquirió en sus manos una verdadera carta de naturalización que lo llevó a permear de romanismo los dispersos derechos locales, a romanizar de forma intensa y extensa la vida jurídica alemana, y a fundar la primera ciencia jurídica “nacional” europea, llamada, desde entonces, a orientar toda la historia del Derecho occidental, en particular la de los países pertenecientes a la familia Romano-Canónica o Romano-Germánica. Como en el caso de la jurisprudencia romana y del *Ius commune* europeo, esta labor creadora de una dogmática eficaz, obligatoria, válida y justa —hay que subrayarlo— fue obra de juristas, no de legislador alguno.

Como afirma Wieacker, “la ‘recepción’ sólo se completa con la asimilación, con la transformación en cosa propia, [pues] sin esa labor no sería posible un perfeccionamiento vivo de la materia recibida y del estilo conceptual científico ni una ciencia del Derecho realmente vigente”; esto fue precisamente lo que sucedió tanto en Alemania como en Holanda a partir del siglo XVI, a lo largo de todo el XVII y buena parte del XVIII. Para que operase no fue suficiente contar con una clase de juristas, sino también elevar la formación profesional del estamento judicial, lo que implicó la sustitución de los jueces tradicionales alemanes (*escabinos*)

por juristas egresados de las universidades. Esto último fue posible gracias al establecimiento en 1495 del Tribunal Cameral del Imperio, concebido como instancia judicial común y última para todos los tribunales territoriales del Imperio. Al estar conformado necesariamente en su mitad por juristas, éstos presionaron para que las causas judiciales se ventilaran desde las instancias inferiores conforme a un Derecho romano renovado entendido como “Derecho común”, lo que a la larga llevó a prescindir o a transformar al escabinato alemán. En ello tuvo un papel trascendental la consideración dentro de la cultura jurídica alemana de que del Derecho romano se había recibido *in extenso* en toda Alemania, delegando la carga de la prueba de lo contrario en quien alegase a su favor la supervivencia de los *iura propria*. Como resultado de esta intensa Recepción operada dentro de sus fronteras, Alemania se puso a la cabeza de la jurisprudencia europea desde el siglo XVII hasta el XX, como se verá en lo que falta de esta *Historia mínima*.

Responsables de esta intensa Recepción y representantes de este *Usus Modernus Pandectarum* fueron casi todos los jueces, notarios y juristas alemanes formados durante los siglos señalados. Entre los juristas destacan los siguientes: Johann Fichard (1512-1581), Joachim Mysinger (1514-1588), Benedicto Carpzov (1595-1666), Hermann Conring (1606-1681), Johannes Schilter (1632-1705), Samuel Stryk (1640-1710), y muy especialmente, Johann Gottlieb Heinecke, conocido popularmente en los países de habla hispana como Heinecio (1681-1741). La mayoría fueron contemporáneos de los filósofos y juristas fundadores de la Moderna Escuela del Derecho Natural, lo que revela el complejo entramado ideológico que se suscitó en Europa y en América durante el tránsito hacia la Modernidad jurídica. Teólogos-juristas católicos en España y en América, legistas al servicio del poder real, humanistas de Italia y de toda Europa, canonistas reformadores, “bartolistas” tardíos, holandeses calvinistas de lenguaje refinado, alemanes renovadores de la ciencia

jurídica, y teóricos de un nuevo Derecho Natural; todos trabajando casi al mismo tiempo y con el mismo propósito: responder a los retos que la Historia, la realidad y la crisis de la *auctoritas* presentaron al decadente orden jurídico medieval.

Fichard nació en Fráncfort del Meno. De formación humanista y discípulo de Zasio, fue abogado en su ciudad natal, luterano convencido y diplomático; fue autor de varios proyectos de ley donde reformó el Derecho local y de diversas *Consilia*. Mynsinger fue asesor del Tribunal Cameral y, por ende, uno de los fundadores de la jurisprudencia cameralista emanada del mismo. Carpzov fue hijo de un jurista de renombre, estudió en Wittenberg —su ciudad natal—, Leipzig y Jena, juez y magistrado, catedrático en Leipzig y consejero del elector de Sajonia; su libro *Practicae novae Imperialis Saxonica rerum criminalium* se considera una de las obras fundadoras de la ciencia jurídica penal. Considerado el “fundador de la historia del Derecho alemán”, Conring fue hijo de un predicador protestante, estudió filosofía en Helmstedt y medicina en Leiden; sin ser jurista contribuyó a la ciencia del Derecho alemán a través del conocimiento de su historia, en particular de las raíces germánicas, como quedó de manifiesto en su obra *De origine iuris Germanici*, donde analizó la Recepción en Alemania. El título de la obra de Schilter, *Praxis iuris Romani in foro Germanico*, habla por sí mismo de lo que fue esta corriente o escuela jurídica, nombrada *Usus Modernus Pandectarum* por el título de la obra principal publicada por Samuel Stryk entre 1690 y 1712. Con este libro, Stryk, maestro de Heinecio, consumó el propósito de la Escuela: construir una ciencia propia, diferenciando con claridad el elemento germánico tradicional del romano, fruto de la Recepción, mediante una adecuada enseñanza de ambos elementos, sobre todo, mediante el ejercicio de la práctica jurídica, procesal y judicial, pero también notarial y legislativa; se le considera también un incipiente precursor de la Escuela Racionalista del Derecho Natural. Con Heinecio, el *Usus Modernus* entronca definitivamente con el iusna-

turalismo moderno, como lo demuestran tres de sus principales obras: *Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum*, *Elementa iuris Germanici* y *Elementa iuris naturae et gentium*, esta última, sin duda, la más difundida e influyente, sobre todo en la América Hispana hasta el siglo XIX.

Los resultados de la Recepción del Derecho romano en Alemania favorecieron a toda la Europa continental y a la América luso-española. No obstante haberse realizado de cara a los derechos germánicos y ante las situaciones propias de los territorios que conformaron el Sacro Imperio, la forma en que fue considerada por los juristas alemanes implicó la posibilidad de “ser revertida e influida por voluntad propia” y de comenzar “un comportamiento nuevo y más libre respecto del Derecho común” (Wieacker), abriendo, de este modo, ilimitadas posibilidades para la ciencia jurídica en los países de la Recepción. Para Alemania significó, sobre todo, el descubrimiento del Derecho privado alemán y la posibilidad de elaborar otros saberes jurídicos.

La Iuriusprudentia Elegans holandesa

Casi a la par de la formación del *Usus Modernus* y con los mismos propósitos, en los Países Bajos independizados de la Corona española también se formó la ciencia del Derecho holandés hacia finales del siglo XVI, con una muy significativa diferencia: si en Alemania la influencia del Humanismo jurídico se frustró por la conformación política misma del Sacro Imperio y por las exigencias de la práctica, sobre todo forense, en Holanda la notable influencia de los Humanistas franceses emigrados debido a las luchas de religión en Francia, la unidad territorial, religiosa y política alcanzada con motivo de las guerras por la independencia, así como la intensa vida marítimo-comercial que se desarrolló durante todo el siglo XVII, hicieron que aquí floreciera un Derecho romano-holandés muy influenciado por el *Mos gallicus*, culto

y bien escrito, fundado en antiguas fuentes ahora impresas, ordenadas, saneadas de interpolaciones y de autenticidad verificada, pero no ajeno a los imperativos prácticos propios de una vida cargada de conflictos, nuevos problemas y plena expansión comercial. La Recepción del Derecho romano se convirtió, de este modo, en la única manera de construir una unidad jurídica que trascendiera la dispersión de los *iura propria* holandeses, lo que derivó en la plenitud e intensidad de aquélla. Asimismo, al abrirse a la influencia culta y a los afanes sistémicos del Humanismo jurídico, dio paso no sólo a un nuevo florecimiento de la romanística, sino también a la creación de diversas ramas del Derecho, como el internacional (*Ius Gentium*), el constitucional, la primera Teoría del Derecho (*Ius Naturae*) y, como en Alemania, la misma historia del Derecho. Por todos estos motivos, la Jurisprudencia Elegante holandesa tuvo una influencia muy poderosa en la historia jurídica no sólo en toda Europa occidental —incluyendo Escocia e Inglaterra, con quien Holanda disputó los extensos dominios ultramarinos españoles y portugueses—, sino en América, e incluso hasta nuestros días en Sudáfrica, colonizada en sus orígenes por Holanda. El proceso de Recepción holandés y la posición ambigua que asumió frente al Derecho romano, por un lado visto como razón escrita —que lo llevó a ser considerado con relativa facilidad como “Derecho universal”, “Derecho común” e incluso “Derecho natural” frente a los derechos particulares holandeses— y, por otro, como Derecho vigente susceptible de ser derogado, se llevó a cabo de forma similar al caso alemán: a través del establecimiento de un Tribunal Central de Justicia de la Unión en 1582 con jurisdicción sobre las siete provincias del norte de Flandes, que a partir de 1581 se habían independizado *de facto* de España para establecer una república holandesa. Este tribunal, a semejanza del Tribunal Cameral del Imperio, estuvo integrado por juristas formados primero en la universidad flamenca de Lovaina y luego en la de Leiden, y desde su alta instancia procesal forzó a los tribunales provinciales y

locales a aplicar el Derecho romano a la par que el tradicional holandés hasta constituir un verdadero Derecho romano-holandés, resultado del estudio de ambos derechos y de la acción conjunta por parte de juristas eruditos y jueces doctos.

Entre los más destacados e influyentes juristas holandeses de esta corriente, es justo mencionar a Hugo Grocio (1583-1645), Arnoldo Vinnius (1588-1657), Ulrik Huber (1636-1694), Johannes Voet (1647-1713), y Corneluis van Bynkershoek (1673-1743), quienes, a la par de los juristas de los países europeos que recibieron el Derecho romano, gozaron de *auctoritas* y, por ende, sus opiniones fueron consideradas obligatorias por jueces y tribunales. Grocio es, sin duda alguna, el autor más conocido de esta Escuela jurídica holandesa y uno de los más trascendentes juristas occidentales de la Modernidad. Su fama estriba, sin embargo, en ser considerado uno de los fundadores del Derecho internacional junto con Francisco de Vitoria y Alberico Gentili. Aquí se subraya su participación en la formación del Derecho romano-holandés a través de obras como *Introducción a la jurisprudencia de Holanda*, *De iure praede commentarius*, e incluso su célebre *De iure belli ac pacis*, al que se volverá más adelante. Nació en Delft y fue un estudiante precoz que obtuvo su doctorado en Orleans a los 16 años; teólogo, historiador, jurista, literato, también fue abogado y diplomático fallido. Por disputas religiosas derivadas de su pertenencia a los calvinistas arminianos se exilió en Francia, Alemania y Suecia. Vinnius fue el jurista de esta Escuela más difundido en la Monarquía Hispana, en las repúblicas americanas surgidas de ésta y en los Estados Unidos. Nativo de Monster, estudiante y profesor en Leiden, su fama deriva de sus comentarios a las *Institutiones* de Justiniano, que junto a los comentarios de Heinecio a la misma obra ayudaron mucho a los juristas de los siglos XVIII y XIX a lograr una visión sintética y sistemática de todo el Derecho privado que, en su momento, coadyuvó con el proceso de la Codificación. Por su parte, Huber publicó importantes *Praelectiones* sobre la *Instituta* y el *Digesto*

y unas *Praelectiones iuris civilis*, caracterizándose por su inclinación tanto humanista como renovadora del *Ius commune* a la manera del *Usus Modernus*. Catedrático en Leiden, también Voet —originario de Utrecht— comentó las *Pandectas* con óptica no ajena a los derechos tradicionales holandeses ni al legado humanista. Por último, Van Bynkershoek —abogado y consejero del Tribunal Supremo originario de Middelburgo— es uno de los primeros juristas en escribir sobre Derecho diplomático y autor de unas *Observationes iuris romani* y unas *Quaestiones iuris privati* que exhiben ya un Derecho civil holandés bien definido; cultivó también con éxito el Derecho de Gentes.

LEYES, COSTUMBRES Y ESTADOS

A la par del desenvolvimiento de la ciencia jurídica que se ha analizado, durante los siglos xv al xvii el poder de las monarquías e incipientes Estados europeos se fue consolidando sobre los vestigios de un feudalismo cada vez más debilitado y un papado que no pudo salir bien librado de la Reforma protestante y calvinista ni del cisma anglicano. Consecuencia de esto fue la reivindicación que los monarcas o gobernantes europeos hicieron de la facultad legislativa, como si de emperadores en sus respectivos reinos se tratara. Leyes, ordenanzas, edictos, pragmáticas, actas reales, órdenes e instrucciones, fueron las formas que adoptó la nueva legislación promulgada por el Estado moderno en su fase monárquica absolutista, a través de órganos dependientes directamente de los monarcas sin (o con la mínima) intervención de cortes, parlamentos o “Estados generales”. La proliferación de tanta y tan variada legislación —sobre todo dirigida a los ámbitos administrativos, penales o “constitucionales”— llevó a realizar las primeras recopilaciones de leyes que, en su momento, servirán para orientar los contenidos de los códigos racionalistas europeos de los siglos xviii y xix.

En España, particularmente en Castilla, Alonso Díaz de Montalvo (1405-1499) publicó en 1484 unas *Ordenanzas reales de Castilla*; en 1505, las Cortes reunidas en Toro aprobaron 83 leyes de enorme importancia para el Derecho privado que repitieron el orden de prelación del *Ordenamiento de Alcalá* que marcó la supremacía formal del Derecho del rey sobre otros ordenamientos jurídicos; y en 1567, Felipe II (1527-1598) promulgó la *Recopilación de Leyes de Castilla*. La vasta legislación destinada a los reinos americanos se recopiló en tiempos de Carlos II (1661-1700) bajo el título *Recopilación de las leyes de los reinos de las Indias* (1680). Todo esto sin demérito de la vigencia de unas *Siete Partidas* que, cada vez más, se fueron identificando con el Derecho castellano, como obra que fueron de un monarca de este reino.

En su esfuerzo por contener en su territorio la expansión del *Ius commune* y para afianzar su dominio sobre el reino, el monarca francés ordenó la recopilación de las costumbres francesas, de antigüedad y vigencia reconocida, sobre todo en la mitad norte del reino. De 1510 datan las *Coutumes de Paris*, de 1551 las de Sens, de 1579 las de Blois y de 1583 las de Orleans, entre otras. Además, en su afán absolutista que le llevó a recelar de la vigencia en su reino de otros derechos ajenos a su potestad, el monarca dejó de convocar a los Estados Generales y consolidó la elaboración de ordenanzas reales a través del Consejo del Rey.

En Italia, verdadero mosaico de “estados” conformados en repúblicas, Estados pontificios, ducados o reinos, y donde encontró plena vigencia el *Ius commune*, se dieron particulares y diferenciados procesos de consolidación de la facultad legislativa de las distintas autoridades políticas, no siempre independientes. Particularmente interesantes resultan los casos del reino de Nápoles —vinculado a la corona de Aragón—, de la república de Venecia y, desde luego, del Estado pontificio bajo la férrea dirección del papa.

La idea de un rey como emperador de su reino ajeno al dominio de las leyes provenientes del Derecho romano tuvo

particular fuerza en Inglaterra bajo las dinastías Tudor y Estuardo, y llevó a los intentos centralizadores de monarcas como Enrique VII (1457-1509), Enrique VIII (1491-1547), Isabel I (1533-1603), Jacobo I (1566-1625) y Carlos I (1600-1649), entre otros, los cuales fueron frenados por el parlamento inglés. Aun así, la corona fue la responsable del establecimiento, a finales del siglo xv, de la Court of Chancery como instrumento para romper mediante la aplicación informal de la *equity* la rigidez que ya por entonces paralizaba al *common law*.

El deseo de consolidación del Estado alemán, frustrado por la continuidad de los Habsburgo como emperadores, no impidió que cada señor alemán pretendiera consolidar el poder en su respectivo poder mediante la promulgación de leyes cuya vigencia estuviera limitada al interior de los mismos, y que incluso el propio emperador intentara imponer leyes generales para todo el Sacro Imperio. Ejemplo de esta doble tendencia fueron la *Constitutio joachinica* de Brabdemburgo 1527 y la *Constitutio saxonica* de 1572, por un lado, y la *Constituto criminalis Carolina* de 1532, por otro.

La irrupción de los Estados modernos en el escenario europeo, la expansión de algunos de ellos fuera de Europa, la quiebra de la unidad religiosa, la falta de una instancia jurídica universal a la cual apelar, y los problemas mercantiles que se suscitaron con la mencionada expansión hizo que la vieja fuente de los tratados o convenios entre señores, monarcas, príncipes y repúblicas medievales se reactivara para dar paso a los modernos tratados internacionales, objeto de la formulación y del estudio del moderno Derecho de Gentes de raíz iusnaturalista.

Todos estos modos de creación del Derecho coincidieron en el largo transcurrir de los siglos xv al xviii, sin que ninguno acabara de imponerse definitivamente sobre los otros a nivel local —pueblos, villas, ciudades, regiones—, donde el Derecho consuetudinario continuó no sólo rigiendo, sino incluso gestándose a la par de las transformaciones que sufría la realidad

social. El caso de la América española resulta, por demás, significativo, pero lo mismo ocurrió en Europa, donde inclusive se observa la formación de un “Derecho común consuetudinario”, como lo revela la obra del abogado del parlamento francés Francisco Bourjon (1633-1691): *El Derecho común en Francia y de la costumbre de París, reducido a principios, sacados de las leyes, de las ordenanzas, de las disposiciones, de los jurisconsultos y de los autores, y puestos en el orden de un comentario completo y metódico de esta costumbre*, publicada en 1720, 1747 y 1770.

IV. ORDEN JURÍDICO MODERNO

EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA

Norberto Bobbio lo ha denominado el “modelo iusnaturalista” y afirma que si bien estamos ante una idea cuyos orígenes podemos rastrear en la Antigüedad grecolatina, “cuando se habla sin más de ‘teoría’ o ‘escuela’ del derecho natural o [...] de ‘iusnaturalismo’ nos referimos a la revitalización, desarrollo y difusión que la antigua y recurrente idea del derecho natural experimentó durante la edad moderna, en el periodo comprendido entre comienzos del siglo XVII y finales del siglo XVIII”.

En efecto, tanto el Derecho romano como el *Ius commune* europeo afirmaron la existencia de un “Derecho natural” a la par de un “Derecho positivo” y de un *Ius gentium*. Y si bien las diferencias entre estos tres conceptos fueron claras en la tradición jurídica romano-canónica, no lo fue el concepto mismo de Derecho natural. Como lo ha visto y estudiado a profundidad Francisco Carpintero, cuando hablamos de iusnaturalismo debemos distinguir épocas y, sobre todo, fuentes. Las culturas griega y romana distinguieron entre una concepción, llámémosla “normativa” y otra vinculada a la idea de orden natural. Así aparece en las fuentes jurídicas romanas, que en ocasiones parecen referirse a un estado originario de la sociedad en donde todos los hombres serían iguales entre sí, libres y dueños en común de todas las cosas, y, en otras, a un conjunto de principios universales, eternos, generales e inmutables que rigen y ordenan todas las cosas según su naturaleza y que, en su versión

cristiana, tendrían su origen necesariamente en la naturaleza misma o en la voluntad de Dios, a la manera de leyes que rigen a todo el mundo natural, incluyendo al hombre. Esta diferencia que apenas tuvo efectos prácticos en el Derecho romano fue alcanzando importancia y trascendencia en los autores del *Ius commune* y dentro de los teólogos católicos medievales, en especial en el más influyente de éstos: Tomás de Aquino (1224 o 1225-1274). En el orden jurídico medieval, fundamentado en una idea del orden natural de las cosas y en un reicentrismo que permitían orientar la actividad judicial como criterios fundamentales de verdad y de justicia, el Derecho natural se distinguió de la idea de la ley natural, pero, como era de esperarse, ambos conceptos estuvieran estrechamente vinculados: La ley natural derivaría de la ley divina que finalmente lo ordenaba todo conforme al orden natural de las cosas, y donde la ley positiva para ser verdadera y auténtica ley debía descansar en la ley natural. Finalmente, el orden natural sería la expresión del orden pensado o querido por Dios. Este “iusnaturalismo” se entendió, en consecuencia, como un iusnaturalismo cristiano o teológico pero nunca alcanzó —como advierte Bobbio— a conformar una “teoría” o “escuela”, limitándose a enunciar, tanto en la teoría como en la práctica, algunos de esos muy generales principios universales e inmutables y a predicar la necesaria fundamentación del Derecho positivo en ellos. La propia concepción del Derecho que tuvo el mundo medieval (y todo el *Ius commune*) —que obligó a tomar en cuenta en la práctica judicial diversas fuentes, algunas de procedencia cultural distinta— impidieron “exigir” al Derecho natural (*Ius naturae* = orden justo natural) mayores alcances en una administración de justicia comprometida con la justicia en concreto y determinada por la visión tópica de los conflictos jurídicos.

Pero si algo cambió durante el tránsito del siglo xv al xvi, y sobre todo en éste último, fueron precisamente las cosas. Y con éstas, las ideas, las concepciones, las mentalidades y, desde luego,

los conceptos. En el ámbito del Derecho natural cristiano medieval, su relativa y explicable ambigüedad, su ausencia de claridad, pero sobre todo su incapacidad para “regir” todo el complejo mundo de los conflictos jurídicos concretos, particulares y cotidianos con precisión, lo llevaron a ser, de repente, interpelado por los llamados teólogos-juristas castellanos del siglo xvi que hubieron de enfrentar numerosos problemas y situaciones inéditos tanto para la realidad de su época como para las fuentes de autoridad provenientes de la Antigüedad y el Medievo. Casi sin darse cuenta, estas fuentes, ya de por sí debilitadas por la crítica humanista, fueron incapaces de dar respuesta a esos problemas y situaciones. Ante este escenario y antes de que llegara la respuesta cartesiana, los teólogos-juristas castellanos del xvi —dominicos, franciscanos y jesuitas, principalmente— volvieron a los conceptos de Derecho y ley naturales para tratar de encontrar en ellos el instrumento idóneo con el cual ubicar satisfactoriamente tantas cosas desconocidas que el Nuevo Mundo ofrecía a los ojos de una asombrada cultura europea cada vez más desconfiada de la *auctoritas* de los viejos saberes y concepciones. Por si fuera poco, la Reforma protestante rompió la vieja unidad religiosa y la endeble unidad política de la Europa occidental, y dejó a sus habitantes sin esas instancias universales a las cuales acudir ante situaciones de conflicto como habían sido el papado y el Imperio, y con esto, dejó a sus respectivos *Corpus Iuris* en entredicho. De esta forma, la idea del Derecho natural se verá utilizada por distintos autores y con diferentes motivos en los inicios de la Modernidad: para unos, sin abdicar de sus fundamentos teológicos, servirá para acabar de explicar y para ordenar el mosaico de una Humanidad ahora en aumento, más compleja y variopinta gracias a los descubrimientos de navegantes y exploradores europeos, particularmente españoles y portugueses, mientras que para otros, servirá para sustituir el orden político establecido por el papado y el Imperio como referentes supremos y universales. En ambos casos, las concepciones

iusnaturalistas hasta entonces tan modestamente desarrolladas por la cultura occidental hubieron de ser ampliamente trabajadas por autores que enfrentaron la radical modificación de las cosas, resultado del descubrimiento de nuevas realidades, de conflictos inéditos y, sobre todo, de los avances de la ciencia, en particular de la astronomía. Fue entonces cuando el iusnaturalismo alcanzó su carácter de “teoría” o de “escuela”; la primera teoría del Derecho propiamente dicha.

DE TEÓLOGOS Y JURISTAS

Es mucho lo que se ha escrito acerca de los teólogos castellanos surgidos en el siglo XVI al amparo de los descubrimientos en el océano y de la crisis religiosa y política subsecuente que afectó a toda Europa occidental. Importa aquí destacar un par de ideas: la primera, que en todas las reflexiones, tesis, reelecciones, *tractatus* y monografías de dichos teólogos campean las ideas y métodos de la Escolástica medieval a la que pretendieron renovar (de aquí que se les califique de neoescolásticos); y la segunda, que en sus obras y pareceres acudieron al concepto del Derecho natural teológico, habiéndose inclinado algunos de ellos hacia una concepción radicalmente legalista del mismo, abandonando paulatinamente la diferencia fundamental entre Derecho natural y ley natural. En el devenir de casi un siglo, la obra de estos teólogos preocupados por el Derecho, por la justicia y por la ley hubo de trascender al menos en dos ámbitos muy específicos: en la formulación de un nuevo Derecho castellano formado para las Indias occidentales —el Derecho indiano—, y en la tarea de los autores del moderno Derecho natural en cuyas obras influyeron más de lo reconocido.

Mientras que los teólogos dominicos sobresalieron con sus respuestas a los múltiples problemas humanos concretos que presentó el descubrimiento de América a las instituciones y al

pensamiento europeos, los franciscanos y jesuitas se afanaron más por responder a los problemas derivados del origen y del ejercicio del poder político, el ascenso de una poderosa economía mercantil y las conductas criminales de los hombres. Sin embargo, lo más notable del conjunto de su obra es que el mismo refleja el tránsito entre una concepción del Derecho concebido como orden justo a una que lo define en términos de legalidad, es decir, de normatividad. En este sentido, no es posible dejar de resaltar la diferencia sustancial que subyace entre los títulos de la principal obra del dominico segoviano Domingo Soto (1495-1560), *De iustitia et iure*, y de la del jesuita granadino Francisco Suárez (1548-1617), *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*. No obstante, todos debieron enfrentar la nueva realidad de su época caracterizada por el surgimiento del Estado moderno.

Merecen recordarse algunos de los teólogos-juristas más significativos por el hecho de haberse estudiado ampliamente —ellos o sus discípulos— en las aulas de las facultades hispanoamericanas de Teología, de Cánones y de Leyes, a veces hasta bien entrado el siglo XIX. Dentro de los frailes dominicos, sobresalieron Francisco de Vitoria (1483-1546), el ya mencionado Domingo Soto, Bartolomé de Las Casas (1474-1566), y Melchor Cano (1509-1560). El primero, natural de Burgos, estudió teología en París y fue catedrático en la Universidad de Salamanca, en donde desde 1526 pronunció sus *Relectiones theologicae*, dentro de las cuales sobresalen las que en 1539 —al parecer, a solicitud del emperador Carlos V (1500-1558)— pronunció acerca de la situación de los indios americanos y de la guerra justa que podía entablarse contra ellos: *De Indis prior* o *De Indis recenter inventis* y *De Indis posterior* o *De iure belli*. En la primera sustentó los principios que justificarían el dominio castellano sobre las nuevas tierras americanas y sus habitantes, así como los fundamentos del moderno Derecho de Gentes al afirmar la existencia de una comunidad internacional y la comunicación natural entre todos los hombres. También estudiante en París y catedrático en Salamanca,

Soto fue prior del convento salmantino de San Esteban e intervino en el Concilio de Trento y en las disputas entre Las Casas y Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573) sobre la conquista de América. Bartolomé de Las Casas fue primero un clérigo secular que obtuvo encomiendas en la isla de Santo Domingo y que a raíz del célebre sermón del fraile Antonio de Montesinos (h. 1475-1540), pronunciado allí el último domingo del Adviento de 1511, decidió ingresar a la orden dominicana para emprender una muy apasionada defensa del indio americano frente a los abusos de autoridades y de encomenderos, llegando a ser consagrado obispo de Chiapas. Importantes son sus controversias con Ginés de Sepúlveda con motivo de la promulgación de las *Leyes Nuevas* que limitaron la sucesión de las encomiendas americanas, así como sus diversos escritos de contenido histórico y político en donde siempre manifestó un apasionado celo por la defensa de los indios y donde la idea de un Derecho natural estuvo siempre presente. Originario de Tarancón y estudiante de Teología en Salamanca, Melchor Cano desarrolló las ideas de Vitoria en torno al *Ius gentium*, se implicó en las controversias sobre el Nuevo Mundo, defendiendo la idea de la sociabilidad natural del hombre, y también intervino en el Concilio de Trento. Catedrático en Alcalá y en Salamanca, al final de su vida terminó su obra principal: *De locis theologicis libri duodecim*.

Fraile agustino fue Alonso de la Veracruz (1507-1584), natural de Caspueñas, también estudiante en Salamanca y catedrático de filosofía en la Universidad de México, ciudad en la que vivió desde 1536; en *De dominio infidelium et iusto bello* —escrita entre 1553 y 1556— planteó el problema de la libertad de los indios bajo la luz del Derecho natural. Entre los frailes menores destacó Alfonso de Castro (1495-1558), originario de Zamora y formado en las universidades de Alcalá de Henares y de Salamanca. Viajó por los Países Bajos e Italia y participó en el Concilio de Trento. Destacó en el campo del Derecho penal con su libro *De potestae legis poenalis libri duo*, “por el que ha

llegado a ser considerado como el fundador de la ciencia penal” (Pilar Arregui).

Miembros de la Compañía de Jesús fundada por Ignacio de Loyola (1491-1556), fueron Luis de Molina (1535-1600), Juan de Mariana (1536-1624) y el ya mencionado Francisco Suárez, a quienes ya no pareció interesarles tanto el problema de los “Justos Títulos” del dominio español sobre las tierras descubiertas como otras cuestiones relacionadas con el poder, el ascenso del Estado y la economía de su época. Molina nació en Cuenca, se formó en Salamanca y en Coimbra, vivió en Évora y murió en Madrid. A pesar de ser más teólogo que jurista, en su *De iustitia et iure tomii sex* trató a profundidad el tema de la ley natural, así como diversas cuestiones del Derecho de Gentes, como la amplitud del mar territorial. Mariana es universalmente conocido por su teoría acerca del tiranicidio expuesta en su polémica obra *De Rege es Regis institutione* (1599). Nació en Talavera de la Reina y se formó en Alcalá de Henares. En Roma fue catedrático del Colegio Romano de los jesuitas, de donde pasó a Palermo y a París. Como historiador dio a luz una *Historia general de España* y como jurista la obra que habría de darle tanto fama como acerbas críticas, *De Rege...* publicada en 1599 y quemada en París en 1610. En otras obras, se ocupó de temas económicos como la propiedad, los tributos, la riqueza y el lujo. Falleció en Toledo. Con Francisco Suárez —el “Doctor eximius”— la Escuela de los Teólogos-Juristas castellanos o de la segunda escolástica alcanzó su apogeo y marcó el inicio de su declive. Fue, sin duda, el más influyente de sus miembros, sobre todo en materia política. Originario de Granada, murió en Lisboa, en donde transcurrió su vida como catedrático. Se formó en Salamanca, Roma y Évora; fue profesor en Segovia, Valladolid y Alcalá, habiéndose trasladado a la Universidad de Coimbra en Portugal que entonces formaba parte del Imperio español. Su obra completa consta de más de 25 volúmenes en la edición de parisina del siglo XIX, y en ella destacan el *Tratado* arriba mencionado y una *Defensio*

fidei catholicae et apostolicae adversus anglicanae sectae errores, en donde expuso sus tesis acerca de los orígenes mediatos e inmediatos del poder político que fueron rechazados en Inglaterra y en Francia por atentar contra el absolutismo real, pero que servirán para legitimar los procesos independentistas americanos de comienzos del siglo XIX. Su *Tratado de las leyes* supone ya un planteamiento moderno al ir perfilando al Derecho como emanación del poder político en su identificación con la ley a la que, sin embargo, sigue entendiendo como “precepto justo”.

UN UNIVERSO BAJO LEYES NATURALES

La llamada Escuela de los Teólogos-Juristas españoles, como lo habían hecho los autores escolásticos medievales, mantuvo la diferencia entre Derecho y ley, y su consideración iusnaturalista siguió anclada preferentemente en la idea de un orden natural de las cosas, expresión del orden divino regido por la ley natural, igualmente expresión de la ley eterna. Esta ley natural siguió siendo concebida a la manera de santo Tomás de Aquino como “una participación de la ley eterna”, donde “todas las cosas están perfectamente ordenadas”, pero que requieren necesariamente de la ley humana entendida como “el ordenamiento de la razón promulgado por el que tiene a su cargo una comunidad”. En cambio, para los autores del moderno Derecho natural se fue perfilando la identificación del Derecho natural con las leyes naturales ya desprovistas de su necesaria vinculación con la ley eterna. Es decir, la idea del Derecho natural se fue secularizando dentro de una visión acerca del Cosmos donde las leyes naturales que lo rigen tienen una expresión matemática por derivar más que de una supuesta ley eterna (voluntad o razón de Dios) de la regularidad permanente, constante, universal y eterna de relaciones entre fenómenos del mundo natural. Con esta visión mecánica del universo detrás, el concepto de ley

“científica” será el que prime y dote de contenido a la ley natural en una de las versiones del iusnaturalismo moderno. Si el cosmos, y dentro de éste el mundo, se rige por este tipo de leyes naturales inderogables y universales resultaba lógico concluir que tanto la vida física como la moral, la social, la religiosa y la jurídica de los hombres, así como las sociedades, estuvieran regidas por leyes de la misma naturaleza. De aquí que la clave para alcanzar la felicidad humana y para mantener un sistema de creencias y de verdades ciertas en todo tiempo y lugar era conformar la conducta humana, individual y colectiva, con el dictado de aquellas leyes que, estando en la naturaleza misma, requerían, primero, de la razón humana para descubrirse, y después, de la voluntad de los hombres para positivarse y así, acto seguido, acatarse. Ésta será la tarea emprendida por la ciencia jurídica occidental desde finales del siglo XVIII hasta el triunfo de la Codificación racionalista a finales del XIX.

Pero el iusnaturalismo moderno tendrá otra expresión, no legalista ni vinculada con el carácter normativo inherente a ésta. Es la que deriva de las fuentes jurídicas romanas que vincularon la concepción del Derecho natural con el estado de naturaleza originario del hombre entendido como una situación de igualdad absoluta entre los hombres, donde todos son libres y propietarios en común de todas las cosas. Esta concepción, eminentemente individualista y extraña a cualquier consideración normativa, es la que se encuentra detrás de los planteamientos iusnaturalistas de un Hobbes y de otros autores del Derecho natural racionalista, y que servirá para fundamentar la legitimidad del Estado moderno y las concepciones políticas de la Modernidad.

Resulta necesario subrayar el hecho de que como consecuencia del ascenso del Estado moderno estas dos visiones modernas del Derecho natural enfatizaron el carácter público del Derecho por encima del privado, que hasta entonces había prevalecido dentro de los estudios jurídicos universitarios y en la reflexión de los juristas romanos y medievales. El *Ius* comenzó

a verse como expresión también de lo público, con lo cual la *iurisprudentia* abrió sus puertas al conocimiento de la *lex*, siempre y en toda cultura expresión del poder público. Lo mismo ocurrirá con las costumbres y otras fuentes tradicionales del viejo Derecho, como los pactos feudales, los fueros y privilegios pactados o reconocidos en el ámbito de lo privado. Como advirtió Álvaro D'Ors, el dominio de lo privado —propio de lo jurídico— irá cediendo en pro de la administración —propia de lo político— que encuentra en la ley su principal y casi exclusiva fuente del Derecho.

Un cambio así, que afectó no únicamente la actuación de las fuentes jurídicas, sino que implicó realmente una nueva visión del universo, del hombre y de la sociedad, no puede entenderse si no se comprende la gravedad de la crisis de la conciencia europea de los siglos XVI y XVII a la cual dio cabal respuesta Descartes y su método racionalista fundado en la certeza de que la razón humana puede alcanzar por sí misma verdades claras y evidentes que no pueden derrumbarse con la facilidad con la que cayó la *auctoritas* y el sistema de verdades y creencias que en ésta se sustentó. A partir del filósofo francés nacido en la región de Tours, el estado de pesimismo y de desconfianza provocado por la caída de la *auctoritas* fue reemplazado por un nuevo optimismo y una confianza en las posibilidades ilimitadas de la razón humana para alcanzar definitivamente la verdad, avaladas casi de inmediato por los asombrosos descubrimientos científicos obrados en el ámbito sobre todo de la astronomía, de la física y de las matemáticas. De pronto, la visión geométrica y mecanicista del cosmos — resultado de las investigaciones de Copérnico (1473-1543), Galileo (1564-1642) y Kepler (1571-1630)— pareció no sólo dotada de profundidad, sino sujeta a leyes físicas de naturaleza eterna que la razón humana podía conocer, develar y explicar mediante fórmulas matemáticas. Un nuevo orden natural se fue perfilando, menos regido por Dios que por la propia naturaleza. Desde entonces y hasta la crisis

romántico-historicista del siglo XIX la cultura jurídica europea creyó en la posibilidad de regir la vida del hombre, tanto en lo individual como en lo colectivo, conforme a leyes naturales que, a la manera de las leyes científicas, pudieran ser encontradas por la razón humana para, conforme a ellas, construir un orden jurídico, moral, político y hasta religioso que, por ser claro y evidente, no pudiera jamás derrumbarse o ponerse en entredicho. Y no es que el viejo orden medieval fuera irracional, sino que el Medievo entendió lo racional como insuficiente para alcanzar la verdad y, por ende, era necesario acudir a la fe y a la *auctoritas* para entre ambas superar los límites de la razón. Ahora, el modelo cartesiano y, con éste, la Modernidad apostaron todo a las posibilidades de la razón y únicamente a ésta, con lo cual el camino a la secularización y al desarrollo de las ciencias quedó franqueado. Con este instrumento —en su nacimiento, más propio de filósofos que de teólogos y juristas—, el pensamiento europeo, de la misma forma en que los científicos comenzaron a formular las leyes de las ciencias y a derivar de ellas postulados que modificaron la realidad material, se lanzó a descubrir los principios racionales, universales y generales, que regían al hombre y a la sociedad para derivar de ellos un verdadero sistema de ordenación jurídica positiva con el cual regir por siempre la vida de los hombres. Para esto, debieron reflejar en el nuevo ordenamiento positivo las características del orden universal que rige al cosmos: general, sistemático, ajeno a la historia, es decir, atemporal, e integrado por elementos o partículas individuales.

No es difícil darse cuenta de que la nueva concepción del Derecho se acomodó perfectamente a las pretensiones del Estado moderno a regularlo todo mediante la fuente del Derecho propia de los gobernantes de todo tiempo y lugar: la ley. Al fin y al cabo, se hablaba de leyes naturales y de leyes científicas, ciertas, de validez universal y ajenas a las circunstancias, ¿por qué no regir la vida del hombre y de las sociedades por leyes con estas mismas características? Siendo que al poder político

siempre correspondió hacer y promulgar leyes, es obvio que esta aspiración privilegió el papel del Estado. A su tradicional facultad ordenadora se sumó su pretensión de hacerlo en forma exclusiva en detrimento de las demás fuentes del Derecho, en particular de la jurisprudencia que hasta entonces era la base de la dogmática del *Ius commune*. Pero también la ley tradicional sufrió las consecuencias de esta pretensión: si antes se pudieron concebir leyes particulares, ancladas a circunstancias concretas y específicas por las diferencias histórico culturales existentes entre sociedades y pueblos de muy diversos orígenes (el mejor ejemplo estaría en el Derecho Indiano), ahora la definición de las leyes científicas influyó en la de las leyes jurídicas: mandamientos generales, universales y permanentes, unidos todos dentro de un sistema que refleja el propio sistema del universo, donde cada partícula o elemento singular encuentra su referente con un principio abstracto universal, general y permanente. Pronto, no quedó duda que esta visión del Derecho respondía a la visión de la Física postulada por Isacc Newton (1643-1727), llamada desde entonces a fundamentar también el orden que corresponderá establecer al Derecho moderno.

Sistema, generalidad y abstracción, individualismo, racionalismo, ahistoricidad, secularización, eudemonismo, y politización y estatalidad, son las características esenciales del Derecho de la Modernidad. Con la visión sistemática del Derecho se dejó a un lado la tópica propia de la jurisprudencia; con la generalidad y la abstracción se menospreció lo particular y lo concreto; con el individualismo se desechó y condenó todo vestigio de una sociedad dividida en cuerpos y en estamentos, hasta entonces la forma de entender y de explicar lo social; con el racionalismo, al igual que con la negación de la Historia, se superó la presencia incómoda de costumbres y de *autoritates*; con la secularización quedaron claros los límites y alcances de la fe y el desprestigio del Derecho canónico, uno de los componentes del *Ius commune*; con el eudemonismo se abrió la confianza en

el futuro y en las posibilidades reales de alcanzar la felicidad, dejando atrás la concepción doliente del buen cristiano; y, finalmente, con la politización y estatalidad se transformó la relación entre lo público y lo privado, quedando este último a expensas de la regulación desde lo público, donde el *ius* deja su lugar a la *lex*. Con todo, la característica principal del Derecho de la Modernidad es el absolutismo jurídico que supone y al cual nos referiremos más adelante. Conviene antes aportar más elementos que permitan entenderlo.

PACTISMO Y DERECHO NATURAL

La visión grecolatina del Derecho natural fue sustentada en una hipótesis muy seductora, más que en criterios científicos, como también lo fue la visión de un orden jurídico regido por leyes naturales que, sin embargo, fue muy influyente, sobre todo en la formulación de una teoría política raíz de la teoría del Estado moderno. Aunque inicialmente se pretendió sustentar dicho orden jurídico moderno en criterios racionales, terminó validándose en criterios voluntaristas (so pretexto de ser los más racionales). En efecto, la consideración de una sociedad política integrada por individuos en su origen aislados que pactan desde la libertad o desde la necesidad, remite sin duda a la idea de sacrificio y a la de conveniencia y, desde luego, a la voluntad. En consecuencia, en el origen mismo del Derecho natural moderno, racionalista por excelencia, ya se vislumbra la presencia —hasta ahora dominante— de la voluntad; planteamiento que no fue ajeno tampoco a los escolásticos al formular el concepto de ley eterna o ley divina: ¿fruto de la razón o de la voluntad de Dios?

El actual debate sobre la fundamentación de los derechos humanos remite sin duda a esta distinción que se encuentra en el origen mismo del modelo iusnaturalista y en las opiniones de sus diversos fundadores. No es lo mismo apelar a una fundamentación

iusnaturalista para condenar ciertos comportamientos humanos argumentando que infringe la ley natural, que apelar a un criterio también iusnaturalista donde lo racional se conforma mediante la libertad individual para querer y obrar en el ámbito de lo estrictamente privado, o mediante una voluntad colectiva dentro de la esfera de lo público. En ambos casos, se pueden llegar, como se ha llegado, a fundamentar en los derechos humanos decisiones y normas diametralmente opuestas.

Si se consideró que lo racional era lo propio de la naturaleza humana, para conformar un orden jurídico y político con esta característica se hubo de remitir necesariamente a la razón humana. Tratándose de la vida en sociedad, aquélla tuvo que esforzarse por encontrar un criterio racional que permitiera superar la presencia de tantas voluntades —en muchas ocasiones, opuestas y contradictorias— de los *individuos* que conformaban la sociedad. De aquí nació la idea del pacto social, resultado de una convención que supone el sacrificio individual de una libertad absoluta originaria. Una vez constituida así la sociedad, su marcha será responsabilidad de los individuos que la integren, acudiéndose desde luego a la razón. Ésta se expresará por medio de lo que establezca la voluntad colectiva de todos los individuos; voluntad que por fuerza habrá de manifestarse bajo los principios de mayoría y de representación si pretende ser efectiva y viable. Ésta fue precisamente la concepción iusnaturalista de algunos de los autores de la Modernidad, como Hobbes, tan acertadamente estudiada por Bobbio, y la que finalmente subyace detrás de las tesis políticas enunciadas por Rousseau (1712-1778) y los teóricos de la política hasta nuestros días. Lo racional (natural) expresado como voluntad (individual o colectiva).

Es síntesis, estos dos componentes: ley (norma) y razón (voluntad) serán los componentes esenciales del orden jurídico de la Modernidad; ambas expresiones de un Derecho natural elaborado por autores europeos de los siglos XVII y XVIII. Ambos coadyuvaron para que la concepción del Derecho se transformara

radicalmente: de ser concebido y entendido como “orden justo” —un orden que debe y tiene que ser buscado y alcanzado por los jueces inmersos en sociedades singulares mediante la utilización de diversas fuentes y atendiendo siempre a las circunstancias particulares y concretas que pueden o no repetirse, y que exigen, en consecuencia, el uso del arbitrio judicial, donde lo prudencial juega un papel relevante— pasó a ser considerado como “orden normativo” —establecido principalmente mediante la aplicación de leyes generales y abstractas decididas e impuestas por órganos políticos, según ciertos requisitos formales, y aplicadas sin arbitrio ni prudencia por jueces profesionales educados para ello—, pronto identificado como “un mero conjunto de normas jurídicas promulgadas por el Estado”. Con ello, se llegó a una injustificable conclusión: el *Ius* —el Derecho— pasó a identificarse con una de sus fuentes. No en vano durante los siglos XIX y XX —y aún en nuestros días— algunas facultades o escuelas de Derecho pasaron a denominarse Facultades o Escuelas de Leyes, y si bien algunas existieron bajo este nombre en la Edad Media es obvio que el concepto de ley no se refería exactamente a lo mismo.

Detrás de esta transformación radical se esconde una situación más trascendental: la de la justicia. Si el mundo jurídico romano y el medieval la entendieron como una virtud encaminada a dar a cada quien lo que le correspondía según su propia naturaleza, lo que implicaba un enorme esfuerzo jurisprudencial y judicial para saber lo que pertenecía a cada quién, la visión plenamente legalista del orden jurídico moderno la redujo a ser la consecuencia esperada y buscada de la aplicación correcta de la ley al caso concreto, toda vez que una ley, para serlo verdaderamente, no podía contradecir al Derecho natural, del cual necesariamente procedía. Hacer justicia, como se verá más adelante, será tarea exclusiva del Estado, encargado de dictar y aplicar las leyes y de juzgar conforme a éstas por medio de jueces nombrados y pagados por el propio Estado, tal y como había sucedido durante la época Posclásica romana bajo el sistema de la *cognitio*.

FILÓSOFOS JURISTAS

El orden jurídico moderno, a diferencia del medieval, no se sustentó en el parecer u opinión de los juristas, en cuya *auctoritas* descansó, en buena parte, el contenido obligatorio de las sentencias judiciales emitidas por jueces legos asesorados para ello por juristas contemporáneos a los hechos. En este sentido, los libros y escritos de los juristas pertenecientes a la Escuela del Derecho Natural Racionalista no tuvieron ya el mismo peso que los de generaciones y escuelas anteriores para vincular sus pareceres a las sentencias judiciales. Y si lo mantuvieron por un tiempo se debió no tanto a los postulados predicados por esa Escuela, sino porque durante algunos años coexistieron las formas y la variedad de fuentes del *Ius commune* y del viejo orden medieval con las pretensiones uniformadoras y simplificadoras de un orden regido por las leyes positivas emanadas por fuerza de las leyes naturales. Será hasta el triunfo definitivo de la Codificación racionalista cuando la jurisprudencia devenga y se reduzca a mera “doctrina” sin ningún valor obligatorio para la clase judicial. Por esta razón, durante el siglo XVIII y buena parte del XIX los juristas-filósofos iusnaturalistas fueron todavía multicitados por juristas, jueces y abogados deseosos de arreglar en forma racional los conflictos suscitados tanto en la vida cotidiana de las personas como de las instituciones, uniéndose de esta forma al universo de los juristas hasta ahora analizados. La diferencia más notable radica, sin embargo, en que los juristas iusnaturalistas, encandilados por la idea de un universo perfectamente ordenado conforme a un sistema geométrico natural expresado matemáticamente, se dieron a la tarea, primero, de elaborar, construir, inventar o diseñar un sistema jurídico dotado de las mismas características de generalidad, abstracción y universalidad que el descubierto y enunciado por astrónomos y matemáticos, para después preocuparse por la aplicación exacta de ese sistema a la realidad concreta y particular de los

problemas jurídicos ordinarios entre las personas, y a la marcha de las instituciones jurídicas y sociales de su época. Para ello, partieron de la Filosofía (donde fue posible ubicar con relativa facilidad la idea del Derecho natural) y no del Derecho o, más bien, de los derechos vigentes; aún más, de una Filosofía entendida de cara a la Historia y a la realidad jurídica forjada durante siglos. En este sentido, si para el caso castellano del siglo XVI resulta válido hablar de teólogos-juristas, para la moderna Escuela del Derecho Natural es correcto calificar a sus miembros de filósofos-juristas y, en algunos casos, incluso de matemáticos-juristas. Veámoslos.

Habiendo analizado a los precursores españoles de esta Escuela es justo mencionar a dos autores que ni fueron teólogos ni originarios de España pero que pusieron junto con aquéllos los fundamentos del iusnaturalismo moderno. En todos destaca una incipiente secularización de la idea del Derecho natural, así como un tenue racionalismo que convive todavía con el uso de autoridades y de fuentes antiguas. Se trata del alemán Johannes Althusius (h. 1560-1638) y del holandés Hugo Grocio (1583-1645). El primero nació en Diedenshausen y estudió Derecho en Ginebra y Basilea, habiendo enseñado en las universidades calvinistas de Herborn, de la que fue rector, y de Burgsteinfurt. Falleció en Emden, Alemania. Experto en Derecho romano, además de textos de esta disciplina publicó en 1603 la que llegó a ser su obra más conocida, *Politica methodice digesta*, donde planteó ya la posibilidad de una ciencia política separada o diferenciada el Derecho y de la Teología, si bien consideró al Derecho natural todavía como creación de Dios. Asimismo, trató el tema de la resistencia al tirano por parte de la comunidad. En *Dicaeologica libri tres* pergeñó una incipiente teoría del Derecho.

La vida y obra de Grocio constituyen, como lo supo plasmar Francisco Cuevas Cancino, una aventura casi novelesca de libertad, resistencia, trabajo y confianza en el Derecho entendido

como respuesta idónea a los graves conflictos suscitados a raíz de la pérdida de la unidad religiosa europea. Representante de la Jurisprudencia Elegante, fundador del Derecho internacional público y precursor del Derecho natural racionalista, su labor lo ubica como uno de esos autores de transición entre épocas que, sin embargo, marcan definitivamente la Historia. Deudor confeso de los teólogos-juristas castellanos, humanista, teólogo, historiador, y actor y testigo de la expansión y de la supremacía política y comercial holandesa en Occidente, Grocio nos dejó en sus *Prolegómenos* el inicio de la visión de un Derecho natural secularizado. Fue un estudiante precoz ávido del conocimiento de las lenguas griega y latina, las cuales llegó a dominar, y que a los 11 años ingresó a la Universidad de Leiden. Abogado, síndico y diplomático, su particular visión de la fe calvinista lo llevó a la desgracia política, al desprestigio, a la cárcel, y al exilio en 1621. En París escribió y publicó los prolegómenos y los tres libros de su tratado *De iure belli ac pacis*. Antes había publicado *Mare liberum* en favor de la libertad de los mares y de la libre comunicación, y en contra de las pretensiones inglesas de apropiarse del mar. Trabajó al servicio de los reyes de Francia y de Suecia, y murió a consecuencia de un lamentable naufragio. Su concepción del Derecho natural dibuja una incipiente autonomía respecto de la ley divina al afirmar como mera hipótesis —no admitida— la posibilidad de que aquél sería igualmente obligatorio y necesario sin Dios: “Y ciertamente estas cosas, que llevamos dichas, tendrían algún lugar, aunque concediésemos, lo que no se puede hacer sin gran delito, que no hay Dios, o que no se cuida de las cosas humanas” (Grocio). Si bien, no construyó una ética secular ni rompió con los fundamentos teológicos del Derecho natural y, menos, utilizó el método racionalista en sus obras, a Grocio bien puede considerársele uno de los fundadores de la moderna escuela iusnaturalista por darle autonomía al *Ius gentium* como moderno Derecho entre las naciones, fundado en la existencia misma de un Derecho natural aplicable también a éstas,

por enunciar las posibilidades de un Derecho natural secularizado, y por proponer un orden jurídico distinto al establecido bajo el imperio del *Ius commune*.

La consolidación de la nueva escuela se debe, sobre todo, al inglés Thomas Hobbes (1588-1679), al sajón Samuel Pufendorf (1632-1694) y, en menor medida, al también sajón G. Wilhelm Leibniz (1646-1716). El primero ha sido considerado incluso su fundador. Nació en Malmesbury y estudió en Oxford. Fue preceptor de varios nobles ingleses, lo que le permitió viajar por Europa y adentrarse en el conocimiento de la historia natural y de la geometría. Conoció a Galileo y a Descartes. Con ambas influencias comenzó a proponer un sistema filosófico de naturaleza geométrica y mecanicista que derivó en su particular concepción del Derecho natural. En 1650, publicó *The Elements of Law Natural and Politic*, y al año siguiente su célebre *Leviathan*. Rodeado de fama falleció en Hardwick. Las ideas de Hobbes fueron resultado de la agitación política que sacudió a Europa con motivo de las guerras de religión y de las que no con menos virulencia azotaron a su natal Inglaterra bajo los reinados de Jacobo I y Carlos I Estuardo, la dictadura republicana de Cronwell (1599-1658), y la restauración de Carlos II (1630-1685). Época de hombres contra hombres, de guerras civiles, guerras religiosas y guerras continentales pero, sobre todo, de guerras entre Estados; de ausencia total de autoridades mediadoras y de instancias confiables para resolver el sinnúmero de conflictos que asolaron a toda Europa; el terrible escenario dejado por el derrumbamiento del papado y del Sacro Imperio y su principal consecuencia: el descrédito total del *Ius commune* en el ámbito de lo público. Era como si el hombre se hubiera convertido en el lobo del hombre. La visión de algunos filósofos no pudo ser sino radicalmente pesimista ya que a la crisis del siglo xvi se unió la situación imperante en la Europa del xvii, y si bien Descartes publicó su *Discurso del método* en la primera mitad de este siglo su efecto restaurador y el optimismo que el nuevo método prometía aún

no se dejaban sentir. Fue necesario, so pena del caos y la destrucción de la todavía cristianísima Europa, apelar a la razón o a la fuerza. La solución de Hobbes, con todo el pesimismo que la caracteriza, fue, precisamente, racionalizar el uso de la fuerza: legitimar el Estado absolutista mediante un ingenioso postulado que apeló al Derecho natural y al consecuente replanteamiento de los fundamentos de la sociedad política. Desde entonces, el Derecho natural ocupó el lugar que la religión cristiana, la Iglesia católica, el Sacro Imperio y el *Ius commune*, con sus respectivas *auctoritas*, dejaron vacío al ser incapaces de responder a una sociedad europea cada vez más organizada políticamente en Estados, los nuevos y principales actores de la historia política de la Modernidad. Para ello, Hobbes acudió a la idea del estado de naturaleza del hombre, considerado en forma aislada y con la necesidad de pactar con otros para garantizar su propia sobrevivencia. Simple idea, simple hipótesis sin pretensión alguna de ser corroborada por el estudio o la investigación histórica o antropológica. Mero supuesto, planteamiento, postulado, pero indispensable para justificar racionalmente un nuevo orden de cosas. Del pacto a la transferencia de los poderes al absoluto, para bien de todos. Como garantía perfecta se sancionó la irrevocabilidad del pacto social y la sujeción sin discusión de los súbditos a las leyes dictadas por el monarca, único legitimado y capaz para fijar las reglas del juego, de establecer y de decir el Derecho positivo. En adelante, el Derecho natural se acató en el nuevo orden construido a partir del estado de naturaleza originario del hombre y al reconocerse en el origen mismo de la sociedad. Esto era lo racional y lo natural, pero para llevarse a cabo en el tiempo y en el espacio humano hubo que apelar, también necesariamente, a la voluntad. Ésta adquiere en la teoría política de Hobbes unos alcances que ni la visión iusnaturalista medieval de la neoescolástica y tampoco la comenzada a enunciar tímidamente por Grocio —y desarrollada más ampliamente después por Wolff y otros autores— tuvieron. Fundada

inicialmente en la razón y en la naturaleza, la voluntad llegará a convertirse, por sí misma, en la fuente de todo el Derecho positivo. Pero esto ocurrirá más tarde, cuando el monarca absoluto sea sustituido por el absolutismo jurídico.

“Hombre de extraordinaria voluntad sistemática y espíritu cartesiano” (Ruiz Gallardón), Pufendorf elevó al Derecho natural racionalista al rango de ciencia o disciplina digna de estudio universitario. Su obra es la expresión literaria de un universo jurídico construido geoméricamente conforme a unos axiomas universales y abstractos descubiertos y desarrollados en forma deductiva por la razón humana hasta su final positivización objetiva en cuerpos legales mediante la voluntad del soberano. Entramado de axiomas, principios, normas, relaciones, instituciones, vinculados entre sí mediante la referencia de todos y cada uno de ellos a un origen común: el Derecho natural fundado en la naturaleza racional del hombre. Con Pufendorf, la secularización de este Derecho alcanzó su plenitud. Nació en Floche y murió en Berlín. En el inter, estudió en las universidades de Leipzig y de Jena, fue catedrático en la de Heidelberg y en la de Lund, en Suecia, e historiador en la corte de Estocolmo. En 1672, publicó *De iure naturae et Gentium libri octo* que, resumido con el título *De officio hominis et civis iusta legem naturalem*, alcanzó amplia difusión en Europa y en América. Antes había publicado unos *Elementorum iurisprudentia universalis libri duo*, donde anticipó ya el carácter universal de un Derecho desprovisto de historicidad, llamado a forjar con auxilio de la voluntad política una nueva realidad jurídica que respondiese a la nueva concepción del orden jurídico.

La enorme personalidad de Leibniz y la amplitud de su obra obligan a citarlo aquí en relación únicamente con sus aportaciones a la ciencia del Derecho, las que indiscutiblemente fueron de enorme trascendencia. Nació en Leipzig y estudió simultáneamente Derecho y Matemáticas. Como “jurista” escribió varias obras, destacando *Nova methodus discendae docendaeque*

iurisprudentiae, *Codex iuris gentium diplomaticus* y *Elementa iuris perpetui*, en las cuales postuló el método que llevará a la codificación moderna del Derecho. En la línea de Hobbes y de Pufendorf, pero sin caer en el exceso secularizador de éste, Leibniz estableció el método axiomático para los enunciados jurídicos “cuyo conjunto —al decir de Guzmán Brito— debía formar [...] un sistema de proposiciones, lógicamente ordenadas, que permitieran al juez y al intérprete solucionar cualquier caso posible mediante nuevas combinaciones de sujetos y predicados”. De esta manera, abogó por una nueva ordenación de Derecho positivo que, aprovechando el impulso dado por la vertiente sistemática del *Mos gallicus*, le diera forma y contenido nuevos. Todo en aras de obtener una mayor certeza en el ámbito judicial y mayor claridad en el estudio y aplicación del Derecho. Su visión es claramente normativa y, con ésta, rompió definitivamente con la visión prudencial e integradora de soluciones *ad hoc* por parte de la clase judicial todavía imperante en la ciencia del Derecho. Con esta doble aportación se convirtió en el filósofo más influyente de la Modernidad en el campo del Derecho.

DERECHO NATURAL E ILUSTRACIÓN

Todo el bagaje formado con las aportaciones teóricas de éstos y otros autores iusnaturalistas no hubiera tenido mayor impacto en la práctica judicial ni en la dogmática jurídica imperante hasta entonces de no haberse presentado las posibilidades de llevarlas a cabo mediante el enlace del iusnaturalismo con la Ilustración, el gran fenómeno cultural de la Europa del siglo XVIII. Con sus evidentes anhelos reformistas y transformadores, su indudable capacidad crítica, las demoledoras acciones desplegadas a través de su alianza con el poder de los monarcas despótico-ilustrados, su confianza absoluta en las luces de la razón como criterio para alcanzar la felicidad de los hombres y de las

sociedades, y la certidumbre en el progreso de la Humanidad, la Ilustración se convirtió en el movimiento de mayor transformación cultural en el ámbito de la cultura occidental después del cristianismo y del Humanismo renacentista. Todo lo social fue llamado a transformarse según las luces de la razón iniciándose la tarea por la política, pues ésta aportaba el poder necesario para vencer los obstáculos que oponían valores, costumbres, creencias, ideas y actitudes tradicionales de muy diverso origen. Nada, o casi nada, dejó de replantearse por los ilustrados europeos: religión, Derecho, moral, Dios, arte, costumbres, poder, justicia, economía, crímenes, hábitos, matrimonio, sexualidad, ciencia, etc., en aras de diseñar una sociedad humana racional, despojada de mitos y fábulas, regida por la razón y la ciencia, segura de su avance en la historia y feliz por acomodarse —ahora sí— a un orden natural que la mente, liberada de supersticiones y dogmatismos, le descubría. Con la Ilustración se superó en forma definitiva aquella crisis iniciada en el siglo xv y que tanto pesimismo produjo en los europeos de los siglos siguientes. Ahora era el tiempo de la felicidad y de la luz, frente al oscuro mundo heredado del Medievo. La razón por sí misma, sin los límites de la fe, la *auctoritas*, las costumbres y creencias populares, era capaz de asegurar el destino feliz de los hombres. El iusnaturalismo moderno lo garantizaba, sólo había que llevarlo a la práctica.

El enlace entre la Ilustración y el Derecho natural racionalista lo llevaron a cabo autores que abrevaron tanto en la corriente de Grocio como en la de Hobbes y Pufendorf. Autores principalmente alemanes, que si bien no mostraron la originalidad de sus maestros sí tuvieron la capacidad de difundir la prédica iusnaturalista tanto en el ámbito universitario como en otros menos especializados. En ellos, como era de esperarse, destacó su férrea alianza con un poder monárquico absoluto cuyos cimientos ayudaron a consolidar, pues del mismo dependió la posibilidad de llevar a cabo su propio programa transfor-

mador. En esta línea de acción encontramos, entre otros, a los prusianos Christian Thomasius (1655-1728) y Christian Wolff (1679-1754). El primero siguió la línea trazada por el autor del *Leviathan* y por Pufendorf, y representa el modelo del jurista comprometido a fondo con los ideales de la Ilustración. Originario de Leipzig, estudió Derecho en Fráncfort del Meno. Abogado en ejercicio, hubo de conocer con profundidad el tradicional Derecho germánico revalorado por el *Usus Modernus Pandectarum* y a cuya defensa se dedicó por encima del legado romano justineano. También se interesó en el Derecho de Gentes, en el feudal y en el novedoso Derecho público. A él se debe la definitiva separación del Derecho de la moral —aceptada posteriormente por Kant (1724-1804)—, a través del concepto de “imputación” exclusivo del primero, y defendió una consideración esencialmente normativa del Derecho cuyo fin sería garantizar la felicidad de los hombres. Para Thomasius, que siguió un método empírico e inductivo, las normas del Derecho natural no son meros preceptos lógicos de evidencia matemática —y, por lo tanto, inviolables—, sino modos empíricos descubiertos o comprobados por la experiencia humana. De aquí, su interés por la historia del Derecho y por influir en la política legislativa del absolutismo ilustrado con disposiciones reformistas férreamente ancladas en realidades sociales particulares. Después de enseñar en su ciudad natal, fue consejero real en Berlín y, más tarde, catedrático en Halle, donde falleció en 1726. Fue autor de unos *Fundamenta iuris naturae et gentium* —su libro más conocido— y de unas *Institutiones iurisprudentiae divinae*, entre otras obras. Por su parte, Wolff siguió el pensamiento de Grocio y abrevó en el de Leibniz. Reivindicó la Metafísica frente al empirismo de un Thomasius y fue defensor del método matemático. Nació en Breslau, fue estudiante de Física y de Matemáticas en Jena, amigo de Leibniz y doctor en Filosofía. Al ser expulsado de Halle, donde fue profesor, bajo cargos de ateísmo, se traslada a Marburgo, donde enseñó hasta 1740, año en

que pudo regresar a Halle, en cuya universidad comenzó a enseñar Derecho natural. Autor de una inmensa obra, dio a luz un tratado de ocho volúmenes titulado *Ius naturae methodo scientifica pertractatum*, cuyo resumen, *Institutiones iuris naturae et Gentium*, alcanzó una enorme difusión; asimismo, publicó un influyente *Ius gentium*. Con Wolff, el Derecho natural se transformó en una teoría natural de los deberes del hombre. Esta visión ética debió concretizarse conforme a las aspiraciones de la Ilustración para asegurar la felicidad y la utilidad de los súbditos, con lo que afirmó la necesidad de vincular el Derecho natural al Derecho positivo dentro de un sistema cerrado imposible de contradicciones. Para esto, Wolff desarrolló el método lógico-deductivo propuesto por Leibniz, según el cual, partiendo de axiomas universales y generales, se enuncian en conceptos particulares, claros y simples, las proposiciones que arroja el proceso mental deductivo. De aquí que se le considere el padre de la “jurisprudencia de conceptos” que alimentó los procesos de codificación del siglo XIX, tanto el francés como, principalmente, el alemán.

El triunfo de las ideas iusnaturalistas ilustradas en toda Europa y, un poco más tarde, en América se debe, sin embargo, no tanto a los autores hasta aquí mencionados, muchos de ellos de lectura prolija, confusa y, todavía, en latín. Por si esto fuera poco, siendo sus autores calvinistas o luteranos —más o menos ortodoxos (los hubo pietistas, deístas o panteístas)— estuvieron prohibidos en el mundo católico, por lo que su difusión aquí debió verse limitada dadas las censuras de Roma o de los monarcas católicos. Por esta razón, vale la pena mencionar a una serie de autores, todos ellos ilustrados, de relevancia menor pero cuyas obras facilitaron el acceso a las ideas de los grandes exponentes de esta escuela al tener la suerte de no haber recibido las condenas reales o eclesiásticas o, simplemente, de no haber incurrido en ellas gracias al cuidado de sus propios autores o a la labor de expurgo a que fueron sometidas por censores

o editores. En el caso particular de la América española tuvieron más importancia y fueron mucho más leídos que los grandes representantes de la escuela. Ya arriba se mencionó a alguno de los más influyentes, el alemán Heinecio, ahora conviene abundar en su obra y en otros iusnaturalistas “menores”.

Heinecio fue originario de Einsberg, discípulo y colega de Thomasius en la Universidad de Halle, catedrático en Fráncfort del Oder y nuevamente en Halle, donde falleció. Con sus ampliamente difundidos y traducidos *Elementa iuris naturae et gentium* se convirtió en un jurista muy influyente tanto en la Europa protestante y calvinista como en la católica, así como en las dos Américas. Con él, el Derecho natural adquirió una clara vocación práctica a través del método axiomático postulado por Leibniz. Su concepción del Derecho —tanto del natural como del positivo— fue claramente normativa y voluntarista. También se interesó por la historia jurídica en obras como *Elementa iuris Germanici*, y ya se ha visto su contribución como representante de la Escuela del *Usus Modernus*. Un dato por demás interesante es que sus *Recitaciones del Derecho civil según el orden de la Instituta* ha sido libro de texto obligatorio en la facultad de Derecho de algún estado de la República mexicana hasta finales del siglo xx.

De lengua francesa fueron Robert Joseph Pothier, al que luego nos referiremos; Jan de Barbeyrac (1674-1744), traductor al francés de las obras de Pufendorf y de Grocio; y el ginebrino Jean-Jacques Burlamaqui (1694-1748), quien divulgó los principios del novedoso iusnaturalismo en cuatro obras de amplia difusión: *Principes de droit naturel*, *Principes du droit politique*, *Principes du droit de la nature et des gens* y *Éléments du droit naturel*. Bajo la influencia de Hobbes, Locke (1632-1704) y Rousseau, Gabriel Bonnot (1709-1785), conocido como el “Abate de Mably”, comenzó a reflexionar sobre *La legislación o los principios de las leyes* y sobre *Des droits et des devoirs du citoyen* en los años previos a la Revolución francesa, a cuyo radicalismo contribuyó. Continuator de Wolff y defensor de Leibniz, al

suizo Emerico de Vattel (1714-1767) se debe la amplia difusión que tuvo durante todo el siglo XIX el nuevo “Droit des gens”, en adelante transformado en el Derecho internacional público sobre indiscutibles bases iusnaturalistas, tal y como se enuncia en el título de su obra más conocida: *Le droit des gens, ou Principes de la Loi Naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des souverains*.

En Italia, sobresalieron tres autores: el noble Fortunato Bartolomeo de Felice (1723-1789), el influyente Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria (1738-1794), y el napolitano Gaetano Filangieri (1753-1788). Más físico y matemático que jurista, sacerdote católico primero y luego converso al protestantismo, De Felice fue un divulgador del moderno Derecho natural con su libro *Principii del diritto della natura una delle genti*. Beccaria nació en Milán, se formó en la Universidad de Pavía y regresó a su ciudad natal, donde escribió la obra que le dio fama mundial, *Dei delitti e delle pene*, que marcó la culminación de los propósitos ilustrados en torno al Derecho penal desde una óptica racionalista, utilitaria y contractualista. De notable influencia en la América española, la obra de Filangieri supuso un verdadero parte aguas en la historia del Derecho al abandonar el interés por el Derecho y sustituirlo por el de la ley. Su obra inconclusa *La scienza della legislazione* constituyó un auténtico y muy útil programa de trabajo para el moderno legislador estatal, que buscaba con urgencia sustituir la vigencia de tantos cuerpos normativos antiguos con leyes positivas acordes con los principios del Derecho natural y de la razón, y dotadas de certidumbre para su exacta aplicación en la administración y en los procesos judiciales. Con estos propósitos y fundamentos no debe extrañar que Filangieri, junto con el utilitarista inglés Jeremy Bentham (1748-1832), se haya convertido en uno de los juristas más estudiados, invocados y aprovechados por los legisladores de los Estados americanos formados a raíz de los procesos de independencia respecto de España. La influencia de ambos fue enorme.

La reducción moderna del Derecho a un simple conjunto de leyes (normas jurídicas legales) tiene en estos dos autores sus más inmediatos precursores, hasta el extremo de que saber leyes se ha considerado equivalente a saber Derecho. Por su parte, la generalidad de los juristas, creadores también durante siglos del Derecho mediante su saber especializado y su asomo a la realidad, se sometieron al imperio de la ley como exclusiva fuente de aquél. Y es que si —en la versión iusnaturalista de Wolff y de sus discípulos— de la ley natural se infiere necesariamente la ley positiva, y estando formado el Derecho natural por un conjunto de principios (axiomas) de los cuales es posible deducir principios más particulares y concretos que conformen un verdadero sistema normativo y jerárquico, asimismo obligatorio por la racionalidad que supone y por haberse ordenado por la voluntad del soberano, es muy fácil percatarse de la verdadera revolución que una visión así constituyó en la historia jurídica occidental: Derecho y ley llegarán a identificarse. El “orden justo” dará paso al “orden legal”. La Codificación será el primer paso dado en este sentido, que culminará con el triunfo del positivismo legislativo y el consecuente monopolio estatal sobre todo el Derecho y sus agentes u operadores.

LA CODIFICACIÓN IUSNATURALISTA

La moderna codificación del Derecho supuso un proceso de mediana duración que se manifestó a lo largo de todo el siglo XIX en diversos lugares y bajo distintos supuestos, pero siempre bajo el dominio del racionalismo jurídico y dentro del supuesto del absolutismo jurídico imperante desde que el Estado moderno se apropió de la facultad exclusiva de dictar y aplicar el Derecho. Representó, al mismo tiempo, el triunfo de la visión burguesa acerca del Derecho después de la Revolución francesa; visión urgida de certezas, de seguridad jurídica, de unidad y simplicidad

en las fuentes generadoras del Derecho, de lenguajes claros y sencillos, de instituciones y conceptos inteligibles, de mecanismos procesales objetivos, y de un orden público explicable a la razón, conformado a la naturaleza humana y, ¡qué mejor!, abierto a la intervención del propio sujeto pasivo del mismo. Una visión donde la naturaleza normativa del Derecho se privilegió sobre la justicia debido a que finalmente ésta sería cabalmente cumplida mediante la aplicación de leyes positivas emitidas conforme a la naturaleza racional del hombre. Todo esto fue resultado de un Derecho natural concebido a la manera de Grocio y de Wolff, reforzado o fortalecido con la concepción hobbesiana del mismo. Razón y voluntad como características esenciales de la naturaleza humana se unieron para dar paso a un nuevo Derecho, no anclado ni sujeto a nada, salvo al reconocimiento de los derechos naturales del hombre que, en consecuencia, fue necesario declarar o consignar por escrito, y a las convenciones que los propios hombres establecieran libremente en uso de la razón y siempre para garantizar su completa felicidad. El viejo Derecho —tanto el medieval como el más inmediato del Antiguo Régimen— y el orden que suponía fueron apartados e invalidados. Tradición, historia, costumbres, leyes antiguas, pareceres de juristas, sentencias de jueces, pactos señoriales, prácticas y usos mercantiles, arbitrio judicial, prudencia y equidad, cánones y bulas, nada se pudo tomar en cuenta para alimentar la nueva ordenación normativa si no cumplía previamente las exigencias de racionalidad, de ser conformes al Derecho natural y de ser previamente aprobados por la voluntad de los órganos de representación de la nueva sociedad surgida de la Revolución francesa, y que se constituyó políticamente apelando al nuevo soberano: el pueblo. Este nuevo Derecho —en su contenido, en su forma y en su legitimidad— será el que conforme el orden jurídico de la modernidad.

El proceso codificador al que hemos de referirnos ahora es el francés, vinculado en sus bases teóricas a los postulados del iusnaturalismo moderno. Su historia corre en paralelo con

eventos históricos europeos de enorme trascendencia: la Ilustración, la Revolución francesa, el Imperio napoleónico, la disolución del Imperio español y el ascenso del Estado constitucional liberal. Sin embargo, no hay que olvidar que la vida cotidiana del Derecho y la de sus agentes e instituciones, en el largo periodo en que se sucedieron —aproximadamente de mediados del siglo XVIII a finales del XIX—, se corresponde más con el ocaso prolongado del *Ius commune* y de los distintos ordenamientos tradicionalmente vigentes que con el predominio de la nueva concepción del Derecho. Por este motivo, resulta justificado utilizar el término de transición, o “derecho de transición”, para referirse al momento en que en Europa y en América se fue forjando un nuevo Derecho, un nuevo orden jurídico alimentado, en principio, por dos visiones contrarias del mismo, una de las cuales acabará imponiéndose sobre la otra; al menos en lo referente a la enseñanza, la administración, y las prácticas política, judicial y notarial.

Los precedentes de la Codificación han de encontrarse en las dificultades que suponía la enorme —y en muchas ocasiones, contradictoria— variedad de fuentes del Derecho para la moderna administración estatal, así como para la actividad judicial, incapacitada ya de apelar al arbitrio judicial y a los criterios de equidad, prudencia y justicia para determinar en el universo vigente de leyes, costumbres, principios y opiniones de juristas, la solución pertinente, justa y eficaz a los casos controvertidos. Las exigencias de racionalidad inherentes al pensamiento moderno, por otro lado, supusieron la crítica fundada a muchas leyes y costumbres antiguas, y revelaron la posibilidad erigir la “opinión común” de los juristas a rango de norma única y obligatoria consagrada por el poder público. A esto se añadió la necesidad de contar con una justicia más cierta, más segura y más rápida reclamada por la burguesía europea y americana en ascenso después de la Revolución francesa. Más importante aún fue la pretensión del Estado liberal surgido de esa Revolución

de controlar y monopolizar la creación de todo el Derecho, con la consecuente eliminación de las fuentes del mismo creadas por otras instituciones o en ámbitos diferentes al poder político, como sería el caso de las costumbres, tanto rurales como urbanas, los derechos corporativos, los usos y prácticas mercantiles, el Derecho canónico y la jurisprudencia. Un único universo regido por las mismas leyes —eternas, generales, abstractas, evidentes y ciertas—, reclamado para hombres considerados iguales en su naturaleza y para la sociedad concebida como resultado de un pacto entre individuos; leyes positivas iguales para todos, que permitieran al Estado liberal emergente ejercer un mayor control sobre los ciudadanos en su afán por garantizarles la felicidad. Si el mundo medieval pudo reclamar, sin éxito, el postulado de “un Imperio, un Derecho”, la Modernidad reclamó para el Estado el postulado de “un Estado, un Derecho”, aniquilando, de este modo, cualquier vestigio de pluralismo jurídico dentro de sus fronteras. Esto es precisamente lo que Paolo Grossi ha denominado “Absolutismo Jurídico”, la característica más sobresaliente del orden jurídico moderno y que tiene en la Codificación su primera y más dilatada expresión.

Tanto Wieacker como Grossi han expresado con toda contundencia y claridad lo que se encuentra detrás de las codificaciones iusnaturalistas y sus implicaciones éticas, políticas y sociales. El primero afirma que “el supuesto íntimo de estas empresas políticas era la convicción propia de la época de la Ilustración, de que la actividad libre, conforme a la razón y ética del gobernante (esto en el centro de Europa) o la común voluntad nacional (en Francia), podían construir una sociedad mejor. El Derecho racionalista parece mostrar a una acción así el camino y, al mismo tiempo, determinar de una vez para siempre el criterio de un Derecho materialmente justo, mientras prepara el proyecto para semejante sociedad y una Ética social conforme a la razón”. Para Grossi, con la Codificación “se propuso como conforme a la naturaleza lo que solamente era el

instrumento inteligente y lúcido para el poder fatigosamente conquistado” por el Estado moderno. “Cualquier otra solución del problema de las fuentes [...] —señala— fue maniqueamente despreciada y condenada sin posibilidad de apelación, en cuanto insuficiente para ordenar jurídicamente de modo adecuado una sociedad moderna.”

Pero la Codificación enfrentó varios problemas no mínimos: ¿qué es lo que había que codificar?, ¿el conjunto de leyes y normas jurídicas resultado del proceso deductivo realizado por el legislador desde los principios universales, y las leyes del Derecho natural, según el método de Leibniz y de Wolff?, o bien, ¿el viejo Derecho expresado en antiguas leyes todavía vigentes, en las opiniones de los juristas de tantas escuelas —incluyendo la racionalista—, en usos y costumbres territoriales —tal y como la Francia lo había intentado hacer desde el siglo XVI—, en las prácticas de los comerciantes, en los fueros de las poblaciones y en los privilegiados estatutos corporativos profesionales, e incluso en los cánones sancionados por la Iglesia católica en y después del Concilio de Trento?, ¿o una combinación de ambos? Resultó claro desde el principio que el método tradicional de recopilar leyes, costumbres u opiniones jurisprudenciales, hasta entonces ensayado por la cultura jurídica occidental a partir del Bajo Imperio romano, basado en la elaboración de *codex* o *digestas*, se conformaba más con la segunda de las posibilidades enunciadas, pero este modelo fue precisamente el que se quiso evitar, como manifestación que era de un Derecho complejo, diverso y con orígenes distintos. La Codificación moderna sería, pues, cosa diferente a una mera compilación, recopilación u otra forma similar de ordenar el Derecho vigente. Lo que se buscó fue reflejar en el mundo del Derecho positivo la ordenación del universo mediante la adopción de un modelo sistemático que contuviera la totalidad de las normas que la mente humana dedujera en forma clara y evidente de las normas o principios del Derecho natural. Se trató, en consecuencia, de

codificar un nuevo Derecho positivo, tarea que se antojó como imposible desde un principio pues simplemente no se pudo hacer *tabula rasa* del Derecho hasta entonces vigente. Miles de ideas, instituciones, principios, conceptos, soluciones, criterios, normas, costumbres, formados durante siglos y resultado todos ellos de una determinada y particular cultura —la occidental— habrían sido aniquilados por voluntad de un legislador prepotente y desconfiado en aras de edificar un orden jurídico universal, natural y racional. Por otra parte, de inmediato quedó en evidencia que muchísimas de esas instituciones, prácticas, costumbres, leyes, cánones y opiniones eran conformes a la razón, acordes con la naturaleza del hombre y capaces de solucionar con eficacia práctica los conflictos que se ventilaban bajo su invocación judicial y administrativa. Lo irracional parecía estar en la forma en que hasta entonces se habían expresado y en el desorden que implicaba su coexistencia. En consecuencia, la razón exigió para todos ellos una nueva ordenación —sistemática— y una nueva expresión —su conceptualización—; su legitimación también fue una novedad pues descansaría en los postulados de la Escuela del Derecho Natural.

En conclusión: la Codificación moderna supone, por un lado, un nuevo Derecho, el emanado de los principios y leyes que conformaban el Derecho natural, así como del estado de naturaleza original del hombre, entendido socialmente como individuo y políticamente como ciudadano. Por otro lado, también implicó la aniquilación de derechos e instituciones hasta entonces vigentes por considerarse irracionales o contrarios a la naturaleza del hombre. No obstante, en tercer lugar, también admitió y aprovechó muchísimas de las antiguas instituciones y de los derechos conformados a lo largo de la historia de Occidente, siempre y cuando pasaran con éxito la prueba de racionalidad y fueran conformes a la naturaleza del hombre. Estas exigencias les fueron planteadas por el nuevo y único creador del Derecho —el legislador estatal— través de la imposición de

ineludibles requisitos formales considerados también como racionales. Todo lo que no satisfizo estos requisitos no pasó a la Codificación. Por si fuera poco, hecha la previa selección de contenidos, únicamente formó parte del nuevo proceso ordenador del Derecho lo que fue correctamente manifestado en conceptos claros, sencillos e inteligibles para cualquiera, principalmente para los jueces. El “nuevo” Derecho exigió, pues, su previa conceptualización, tal y como lo propusiera Christian Wolff. El resultado final fue la creación de un gran sistema de derecho positivo: precisamente la codificación moderna.

Esta tarea preliminar de selección y depuración, o, en su caso, de deducción y creación de nuevas normas e instituciones, así como de correcta conceptualización, fue a la que se abocaron los codificadores europeos desde mediados del siglo XVIII, todavía bajo las luces de la Ilustración y con la guía doctrinal de los autores ya citados. En el tránsito no debe extrañar que en ocasiones acudieran al expediente de las recopilaciones como paso previo al propósito buscado, ni que confundieran disciplinas y pareceres, como puede observarse en los intentos codificadores surgidos en el ámbito de la cultura jurídica alemana del siglo XVIII.

Códigos ilustrados

El proceso codificador comenzó a manifestarse en los Estados autoritarios que eran parte del Imperio, concretamente en Baviera, donde el vicescanciller Wiguleo Luis Kreittmayr (1705-1790) elaboró el *Codex iuris bavarici criminalis* en 1751, el *Codex iuris bavarici iudicialis* en 1753 y, finalmente, el *Codex Maximilianus bavarici civilis* promulgado en 1756; estos documentos anticipan la codificación racionalista y un lenguaje sencillo y claro, pero que no dejan de apelar a los derechos estatutarios locales, suponen mucho de recopilación del *Ius commune* vigente,

y muestran una tímida conceptualización de las instituciones tratadas en los mismos.

Bajo la influencia y el poder de Federico *el Grande* (1712-1786) la codificación prusiana se inclinó en principio, y como en el caso bávaro, por mantener el equilibrio entre las exigencias de la razón natural y el Derecho tradicional alemán conforme a lo propuesto por Thomasius y por el Barón de Montesquieu (1689-1755), tal y como lo enuncia el enorme título de la obra proyectada: *Proyecto de Corpus Iuris Fridericiani, esto es, de un Derecho de los territorios de S.M. fundado en la razón y en las constituciones del país, en el que el Derecho romano se ofrece en un orden natural y un Systema justo según sus tres Objectis iuris*, que fue realizado bajo la dirección de Samuel von Cocceji (1679-1755). No obstante, la Guerra de Siete Años supuso un tiempo en el cual otros juristas más jóvenes, como Ernest Ferdinand Klein (1744-1810) y Carl Gottlieb Svarez (1746-1798), tomaron la batuta de la codificación preparando un proyecto —el AGB, o *Código general para los Estados prusianos*— que estuvo listo hacia 1792 y que aprovechó la orientación de valorar el Derecho prusiano planteada previamente por Kreittmayr; sin embargo, el proceso revolucionario francés y las reacciones de carácter religioso impidieron su inmediata promulgación, aunque sí se aprobó para ciertas partes del reino, hasta que finalmente Federico Guillermo II (1744-1797) lo promulgó en 1794 con el significativo cambio en su denominación que excluyó toda referencia a la palabra código: *Derecho común del territorio*, mejor conocido por sus siglas ALR. El código prusiano subrayó la confianza del legislador en un Derecho natural absolutamente justo con la correlativa merma del papel asignado a la ciencia de los juristas y la consecuente sobrestimación de la interpretación por parte de los soberanos.

Por último, la codificación austriaca se remonta a los intentos de la emperatriz María Teresa (1717-1780) de contar con sendos códigos penal y civil con los cuales dar certeza y seguri-

dad a los súbditos de lengua alemana del Imperio. Frustrados estos intentos y los de su sucesor e hijo José II (1741-1790), el emperador Leopoldo II (1747-1792) impulsó los proyectos elaborados por Karl Anton von Martin (1726-1800) que, una vez revisados por Franz von Zeiller (1753-1828), fueron finalmente publicado en 1811 con el título *Código civil general para los países alemanes hereditarios* de Austria, conocido por sus siglas ABGB. Su largo proceso de elaboración le permitió aprovechar la influencia del código civil francés, lo que aseguró su vigencia hasta el siglo xx.

Antecedentes franceses del Code Civil

La codificación del Derecho en Francia a comienzos del siglo xix debe analizarse desde una doble perspectiva. Por un lado, la Codificación racionalista se propuso, en un comienzo, codificar los principios y las normas del Derecho positivo que la razón humana dedujera desde los principios y leyes universales, generales y abstractos que conformaban el Derecho natural; al mismo tiempo, se pensó que ese nuevo Derecho positivo fuese acorde con la naturaleza originaria del ser humano y con los principios de igualdad y libertad naturales de éste, considerado como un individuo aislado que, mediante un acto de voluntad, pacta con otros individuos iguales el origen de la sociedad natural, transformada mediante este pacto en sociedad política o civil, y conservando o no —según la fórmula de Hobbes o la de Rousseau— el ejercicio de sus derechos naturales. Desde esta doble óptica, cualquier referencia a un Derecho positivo anterior —vigente o no; legal, consuetudinario o jurisprudencial; de la Iglesia, del monarca o de los juristas— no tenía mayor sentido. Todo estaba por hacer, y todo era posible para la razón natural del hombre respecto de la creación de un nuevo orden jurídico cuyas principales características serían: fundarse y le-

gitimarse en el Derecho natural, conformar un verdadero sistema cerrado y ahistórico, expresarse en forma de ley, es decir, de normas definidas y promulgadas exclusivamente por el legislador estatal, y quedar plasmado en conceptos claros, breves y sencillos para su fácil y cabal conocimiento, estudio y aplicación por parte de los individuos obligados a acatarlo. En este sentido, se trató de crear un Derecho nuevo y, de alguna manera, así han de verse los códigos modernos. Sin embargo, de inmediato resultó claro y evidente a legisladores, gobernantes y juristas que no se podía prescindir de la vieja cultura jurídica, ni de sus instituciones, costumbres, leyes y pareceres de doctos juristas, toda vez que por la evidente e intrínseca racionalidad de muchísimos de ellos podían y debían ser aprovechados en el proceso codificador mediante una tarea previa de selección guiada por los principios del Derecho natural y por las exigencias de la razón natural. Este proceso de selección y aprovechamiento de ordenamientos antiguos, con su consecuente ordenación dentro de un sistema cerrado de normas, y la previa conceptualización de las instituciones y de los principios seleccionados, sumados a las nuevas instituciones y normas creadas (o deducidas) por el legislador moderno, es lo que los codificadores franceses bajo Napoleón llevaron a sus últimas consecuencias de manera ejemplar a comienzos del siglo XIX. A final de cuentas, la Codificación racionalista fue el resultado de la utilización de dos componentes: el viejo Derecho positivo, heredado desde Roma, y el nuevo Derecho, fruto de las exigencias de la razón liberada de la autoridad. Todo dentro de una nueva forma, con una nueva y fuerte legitimidad, y expresado de manera distinta y sin ambigüedades.

El aprovechamiento de la cultura jurídica previa hizo que la Codificación se consumase en un tiempo relativamente breve, sobre todo en aquellos lugares que tanto en Europa como en América decidieron romper decididamente con el Antiguo Régimen, como fue el caso de Francia y de los países latinoamericanos

que alcanzaron su independencia respecto de España y a quienes urgió formular un Derecho distinto al hasta entonces impuesto por la Metrópoli. La paradoja que subyace en la Codificación se reveló muy pronto: el modelo universal de Derecho positivo propuesto por ella se adoptó desde las exigencias políticas de las nuevas soberanías “nacionales”: no puede desconocerse el hecho de que al fin y al cabo la Codificación triunfó en su forma de “código francés”, “peruano”, o “mexicano”; es más, incluso en países federalistas como México, como “código de Veracruz”, o “código de Michoacán”, etc. Sin embargo, siendo el modelo universal, resultó obvio que sus productos fueran del todo semejantes e incluso que unos fueran copias de otros. De esta manera, la cultura jurídica inherente a la Codificación ha de ser vista —a semejanza del *Ius commune*— como una cultura común de aquellos Estados que la adoptaron. De aquí, también, la semejanza en su forma de estudiarla y de aplicarla judicialmente.

Aun cuando el proceso codificador contara con las viejas normas, principios e instituciones del Derecho vigente no fue fácil seleccionar, conceptualizar y sistematizar los elementos analizados para incorporarlos al código moderno. De antemano hubo que diferenciar con exactitud las materias a codificar, tal y como lo había exhibido el proceso codificador ilustrado bávaro. Las materias seleccionadas fueron los derechos penal, civil, procesal civil, procesal criminal, mercantil, y, desde un ángulo un tanto distinto y singular, el Derecho político en ese otro fenómeno de la Modernidad jurídica que fue la Constitución política del Estado moderno. Hubo intentos también de codificar otras materias e incluso el Derecho de Gentes. Códigos, desde luego, entre sí relacionados, formando un verdadero sistema jurídico y dependientes de esa primera teoría del Derecho que fue el Derecho natural racionalista.

Tomás y Valiente ha sintetizado lo que la Codificación ius-naturalista fue e implicó: “una ley de contenido homogéneo por razón de la materia, que de forma sistemática y articulada en un

lenguaje preciso regula todos los problemas jurídicos (o, al menos, los principales y más generales) de la materia unitariamente acotada”, que implicó: 1) ser “la consecuencia última y principal del racionalismo jurídico”; 2) “una concepción sistemática del Derecho” positivo; 3) “un Derecho completo” que brinda seguridad; 4) un instrumento idóneo para lograr la unificación jurídica bajo el control del Estado; 5) “ambigüedad ante la tradición romanista”; 6) a la burguesía como “clase impulsora y beneficiaria del movimiento codificador”; y, finalmente, 7) un Derecho positivo “nuevo y universal”.

Los precursores del proceso codificador francés fueron tres juristas, si bien por lo que toca al *Droit coutumier* la “precodificación” se había iniciado desde el siglo XVI, como ya se ha visto. Jean Domat (1625-1696), originario de Clermont-Ferrand y graduado en la Universidad de Bourges, abogado y autor de dos obras fundamentales: *Le droit public* y *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, título que en sí mismo expresa la labor realizada por su autor. Domat pretendió superar el caos normativo propio de su época mediante la labor de sistematización de las fuentes vigentes del Derecho francés mediante los principios iusnaturalistas y el método racionalista. Su obra alimentó, sin duda, la Codificación napoleónica al preparar el orden de los inmensos materiales sobre los cuales habrían de trabajar las distintas comisiones codificadoras de finales de siglo XVIII. En *Le droit public* definió a éste como “el sistema de reglas que pertenecen al orden general del gobierno y de la policía de un Estado”, y también intentó fundamentarlo en el Derecho natural, convirtiéndose este libro en la primera teoría del Derecho público de Francia. Falleció en París. El segundo jurista fue Henri François d’Aguesseau (1668-1751), originario de Limoges, abogado político, y canciller de Luis XV (1710-1774), autor de unas ordenanzas sobre sucesiones fideicomisarias, testamentos y donaciones promulgadas dentro del fallido programa precodificador del Derecho francés. Fue quien descubrió e impulsó el talento de Pothier que continuó y adelantó

en la tarea emprendida por Domat. Por último, de enorme relevancia fue Pothier (1699-1772), quien nació, se graduó, fue funcionario y profesor en Orleáns, donde también falleció. Romanista a la vez que conocedor profundo del “Droit coutumier”, su rica obra preparó los materiales y fuentes con los que habría de realizarse la codificación del Derecho francés para su aprovechamiento por los codificadores. Su propósito fue ordenar, bajo criterios racionalistas y sistemáticos, el Derecho vigente en la Francia de su época más que acudir a un nuevo Derecho, así como darle una conceptualización más clara y sencilla. Por esta razón, muchos de sus textos pasaron casi íntegros al *Code civile* de Napoleón. Escribió *Pandectae Iustinianae in novum ordinem digestae*, de gran difusión, así como diversos tratados sobre distintas instituciones jurídicas, principalmente civiles.

A la obra de estos juristas que pusieron fin a la visión casuística del Derecho hay que sumar los trabajos realizados durante el proceso revolucionario galo entre 1789 y el ascenso de Napoleón al poder. El llamado “droit intermédiaire” se afirmó sobre la pretensión de un único Derecho para la Nación fundado en la razón que sustituyera el complejo mosaico formado por distintos y contradictorios derechos territoriales vigentes en el reino, unos de origen feudal y otros menos antiguos. Con base en el *Ius commune*, en las ordenanzas reales promulgadas por diversos monarcas, en el derecho consuetudinario previamente “codificado”, y, desde luego, en el Derecho natural, se elaboraron durante este periodo varios proyectos de códigos civiles y de otras materias, destacando los dos que presentó a la Convención su presidente Jean-Jacques Régis de Cambacérès (1753-1824), así como el proyecto que presentó durante el Directorio al Consejo de los Quinientos, y que fueron todos rechazados. La importancia de este jurista revolucionario no debe ser menospreciada, toda vez que el propio Napoleón le encargó el nombramiento de los miembros de la comisión codificadora del código civil y la presidencia de ésta junto con la del propio Primer Cónsul.

El Code Civil y los códigos de Napoleón

En agosto de 1800, Napoleón Bonaparte (1769-1821) y Cambacérès designaron como miembros de la comisión encargada de elaborar el código civil francés a los juristas François Denis Tronchet (1726-1806), Jacques de Maleville (1741-1824), Jean-Étienne-Marie Portalis (1746-1807), y Félix Bigot de Préameneu (1747-1825), quienes de inmediato se dividieron las tareas y las instituciones según sus respectivas especialidades. Parisino el primero, juró en el Juego de Pelota en 1789, presidió la Asamblea Nacional y, al tiempo del Consulado, fue miembro del Tribunal de Casación y experto reconocido en el “Droit coutumier”; fue el presidente de la comisión de redacción del *Code*. Maleville fue originario de Domme, miembro también del Tribunal de Casación y, a diferencia del anterior, un estudioso del Derecho romano; fue designado secretario redactor de la Comisión. Portalis —considerado el “padre” del *Code*— nació en Beausset, abogado y profesor, miembro del Consejo de los Ancianos durante el Directorio, y conocedor tanto del Derecho romano como del tradicional francés, fue el autor del *Discurso preliminar* del Código. Por último, Préameneu fue nativo de Rennes y al tiempo de su nombramiento era comisario del gobierno ante el Tribunal de Casación; fue asimismo un buen conocedor del Derecho consuetudinario francés.

Bajo la vigilancia constante del primer cónsul —quien impuso que el *Code* utilizara un lenguaje claro y sencillo e influyó directamente para que éste incorporara materias de su propio interés, como la adopción y el divorcio— y la dirección eficaz de Cambacérès, la Comisión trabajó con rapidez sobre los proyectos anteriores, y a comienzos de 1801 presentó el *Proyecto de código* o *Proyecto del año VIII* dividido en 36 leyes para facilitar su discusión y aprobación, antecedido por el *Discurso* de Portalis. Todavía hubieron de vencerse algunas resistencias por lo que estas leyes fueron promulgándose en forma individual, hasta que por ley del

21 de marzo de 1804 (30 ventoso del año XII) fueron promulgadas por Napoleón en un solo cuerpo de leyes de 2 281 artículos bajo el título *Code civil des Français*, pronto conocido en todo Occidente como el *Código de Napoleón*. Las diversas materias quedaron ordenadas según el modelo de la *Instituta* de Justiniano en tres libros: familia el primero, derechos reales el segundo y el tercero relativo a los distintos modos de adquirir la propiedad —sin duda, la institución más tratada en todo el *Code*—, comenzando por las sucesiones, siguiendo con las obligaciones y los contratos, así como las garantías reales o personales, y terminando con la prescripción. Al decir de Erich Molitor y de Hans Schlosser, es justo considerar que “el libro primero expresa los principios revolucionarios de libertad e igualdad, el segundo los de la propiedad, el tercero el de la libertad de contratación”.

Ejemplo de equilibrio entre tradiciones y ordenamientos jurídicos de diverso origen, dueño de un lenguaje claro y conciso, expresión acabada del iusnaturalismo moderno, modelo de conceptualización e instrumento eficaz para consagrar las ideas y pretensiones políticas, económicas y sociales de la burguesía surgida de la Revolución francesa, el código francés resume y consagra en sí mismo el nuevo modelo de sociedad liberal que dominará en el mundo occidental hasta nuestros días, y en el cual los individuos alcanzan la máxima relevancia, rechazan cualquier tipo de corporativismo, y reclaman la absoluta defensa y protección de sus derechos individuales, así como la capacidad exclusiva de organizar al Estado mediante la libre manifestación de sus voluntades expresadas en un acuerdo político que legitima, finalmente, la facultad de darse a sí mismos las leyes que los han de regir y a las que han de quedar sometidos.

Estas características y cualidades hicieron del *Code civil* el ejemplo a seguir por prácticamente todos los Estados de la Europa continental y de la América española y portuguesa durante el siglo XIX, coadyuvando a difundir un nuevo sistema jurídico muy similar en todos ellos, lo que permite afirmar la existencia de

una cultura jurídica compartida similar a la que en siglos atrás representó la vigencia del *Ius commune*, con las diferencias notables en cuanto a los idiomas en que se expresaron, las bases de su legitimidad y su forma.

El proceso codificador en Francia culminó, sin duda, con el *Code*, pero no terminó aquí. Napoleón, ya como emperador, continuó alentado la codificación de otras disciplinas jurídicas de forma tal que en 1806 se promulgó el Código de procedimientos civiles, un año después el de comercio, en 1808 el Código de instrucción criminal y, finalmente, el Código penal en 1810, para en su conjunto formar los “cinq Codes” napoleónicos, llamados a transformar radicalmente tanto la idea misma del Derecho como su enseñanza y su aplicación. En efecto, a partir de estos códigos no quedó duda de que el Derecho —todo el Derecho— era un conjunto de normas (al fin y al cabo, formas) legales expedidas y promulgadas por la autoridad del Estado.

Como en el caso del *Ius commune*, también puede hablarse de “Recepción” tratándose de la codificación napoleónica. Un mismo modelo ajeno en su origen —el *Code*— será recibido en forma intensa, trascendental, singular y propia por distintos Estados sin que ello represente una merma de su soberanía ni de sus peculiaridades históricas. Y así como aquél se recibió porque era requerido, también el Código de Napoleón se recibió en decenas de países, incluso fuera de Europa y de América, porque resultaba necesario, al menos por parte de la sociedad burguesa y liberal que se conformó después del proceso revolucionario iniciado en los Estados Unidos y en Francia durante el siglo XVIII. Así lo demuestra la siguiente relación meramente ejemplificativa de su recepción en ciertos países:

En algunos territorios alemanes a partir de 1807

Luisiana, 1808

Haití, 1816

Rumanía, 1863

Italia, 1865

Oaxaca, México, 1827-1829	Portugal, 1867
Bolivia, 1830	Veracruz, México, 1868
Bélgica, 1830	Argentina, 1869
Perú, 1836	México, D.F., 1870
Holanda, 1838	Egipto, 1875
Chile, 1855	República Dominicana, 1876
Ecuador, 1857	Quebec, 1886
Venezuela, 1862	España, 1889

Su influencia sólo será contenida por el proceso codificador alemán de finales del siglo XIX, como se verá más adelante.

ESCUELA DE LA EXÉGESIS FRANCESA

“No conozco el Derecho civil, enseñé el Código de Napoleón”. Con esta frase, atribuida al profesor de la Facultad de Derecho de París Jean-Joseph Bugnet (1794-1866), se puede sintetizar lo que la Codificación significó para la enseñanza jurídica en el siglo XIX y, aún más, para la propia ciencia del Derecho. Si éste se encontraba contenido en su totalidad en las leyes o en los cuerpos legales promulgados por el legislador, ¿qué caso tuvo ya referirse al Derecho anterior y, por ende, conservar y seguir imprimiendo los textos donde se hallaba recogido? En adelante, únicamente bastó con aplicar los códigos y las leyes a las situaciones y casos concretos ventilados ante la autoridad administrativa, ante los notarios o ante unos jueces convertidos, según los deseos de Montesquieu, en “voces del legislador”. Si todo el Derecho positivo quedaba recogido en los códigos y en las leyes promulgadas por el legislador estatal, las posibilidades creativas de una ciencia del Derecho —la tradicional *jurisprudencia*— llegaron a su fin, así como las del Derecho consuetudinario, salvo cuando respecto de éste la ley permitiera su vigencia en determinadas situaciones. La jurisprudencia se transformó en mera

doctrina sin ninguna obligatoriedad para jueces y magistrados —quienes también vieron cancelado su tradicional arbitrio— y sin capacidad para invocarse por los abogados en tribunales salvo como mera reflexión de juristas y estudiosos doctos que pudieran “orientar”, pero nunca forzar, la decisión judicial. Y es que la Codificación conformó un sistema donde cada código supuso la adopción del principio de la “plenitud hermética del Derecho”, según el cual el código era en sí mismo un ordenamiento jurídico positivo completo de la materia que regula, cerrado e incapaz de contener cualquier laguna pero capaz de auto integrarse mediante la única interpretación posible de ser aceptada por los jueces: la exégesis.

De lo que se trató en realidad fue de limitar el antiguo poder de los jueces manifestado jurídicamente en el uso del arbitrio judicial y políticamente en la actividad de los parlamentos provinciales franceses, para someterlos definitivamente al imperio de la ley estatal. El artículo 4 del Código de Napoleón prohibió a los jueces rehusarse a juzgar en caso de silencio, oscuridad o insuficiencia del código o de la ley, sin que tampoco pudieran acudir para ello a la equidad, al Derecho natural o a los usos y costumbres, lo que se inmediato se interpretó “como un mandato hecho al juez para que encontrara en la ley, y solamente en ella, la norma para decidir cualquier controversia” (Fassò). En consecuencia, cualquier otra actividad judicial que no supusiera la aplicación literal de la norma legal al caso concreto planteado o la proveniente de su interpretación gramatical según el orden establecido por el legislador salió sobrando y se le consideró absolutamente ineficaz para resolver cualquier controversia jurídica.

Como puede observarse, se trataba de un método práctico, dirigido fundamentalmente a los jueces pero que supuso, por un lado, la extinción del jurista como tal (es decir, como co-creador del Derecho) y, por otro, el reforzamiento del poder estatal sobre la administración de justicia sometida desde entonces, al único Derecho posible, el emanado de la voluntad del legislador.

El camino para superar el voluntarismo divino detrás del Derecho natural por el voluntarismo político del Estado comenzó a ser trazado casi imperceptiblemente, lo que llevará al triunfo del positivismo legislativo. Con estos presupuestos, fue relativamente fácil y natural que se llegara a la consideración de que todo el Derecho positivo era creación del legislador y que sólo era Derecho el resultado de la actividad del mismo. De esta forma, el Derecho paulatinamente se redujo a la ley, se produjo una sumisión absoluta al texto legal y se concluyó que Derecho y ley positiva (puesta por el legislador) eran lo mismo.

La Escuela de la Exégesis, surgida de esta concepción del Derecho, no llegó, sin embargo, a esta conclusión, interesada como estuvo por frenar el arbitrio judicial y limitar el poder de los tribunales tradicionales de Francia. Siempre proclamó su reconocimiento a sus orígenes y fundamentos iusnaturalistas como puede apreciarse en las extensísimas obras de sus autores, todos ellos de lengua francesa, fueran belgas o franceses. El método de esta Escuela partió de las consideraciones apuntadas e implicó la necesidad de localizar en el texto legal (y sólo allí) la voluntad o las intenciones del legislador. Para ello, acudió también al método deductivo y al uso de la analogía.

Entre sus numerosos representantes en justo mencionar a los siguientes: Alexandre Duranton (1783-1866), autor de un *Cours de Droit français suivant le Code Civil* de 22 volúmenes; Théodore Troplong (1795-1869), quien dio a luz 33 volúmenes de *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*; Charles Aubry (1803-1883), quien, junto con Frédéric-Charles Rau (1803-1877), publicó un breve *Cours de Droit civil français* en sólo ocho volúmenes; Florent Demolombe (1804-1887), quien publicó un *Cours de Code Napoléon* de 31 volúmenes; François Laurent (1804-1887) y sus 33 volúmenes de *Principes de Droit civil*; Frédéric Mourlon (1811-1866), divulgador de esta Escuela a través de sus célebres *Repétitions écrites sur les trois examens du Code Civil*; y Gabriel Baudry-Lacantinerie (1837-1913), quien

escribió *Précis de Droit civil* y dirigió el colectivo *Traité théorique et pratique de Droit civil* de 29 volúmenes. Todos estos autores tuvieron una amplísima difusión en las facultades y escuelas de Derecho de Europa y de América Latina en los siglos XIX y XX, y sus muy extensas obras sirvieron de modelo a las obras de juristas de otros países de ambos continentes para realizar las respectivas exégesis de los distintos códigos locales. Importante en el medio latinoamericano fue la obra del belga Laurent por haber sido objeto de dos traducciones al español publicadas respectivamente en La Habana, y en Puebla y ciudad de México.

Si bien el fundamento teórico de la Escuela de la Exégesis se encuentra en el Derecho natural racionalista, en la experiencia judicial —como técnica de poder y como práctica jurídica— se fue imponiendo en la totalidad de los jueces, abogados, notarios, y en el pueblo en general la consideración de que el Derecho es lo que está contenido en la ley; es decir, que es el resultado de la voluntad del legislador. Esta consideración tuvo efectos verdaderamente revolucionarios en la historia del Derecho occidental: primero, instaló hasta nuestros días un verdadero absolutismo jurídico legal; segundo, impuso una enseñanza del Derecho constreñida al aprendizaje de los códigos y de los distintos instrumentos legislativos, a tal grado que en muchos planes de estudios de la carrera de Derecho la enseñanza del Derecho civil, la del penal o la de cualquier otra materia codificada se limitó a la enseñanza del articulado del respectivo código, sin más; por último, y de mayor gravedad y trascendencia, modificó radicalmente no sólo la manera de administrar la justicia sino, aún más, el concepto de la misma. En efecto, si de lo que se trataba era de aplicar la ley, la enseñanza del Derecho debía reducirse necesariamente al conocimiento de las leyes, en demérito de cualquier otro ordenamiento jurídico no estatal o ya no vigente (si se mantuvo la enseñanza del Derecho romano fue por considerarse como introductoria al conocimiento de las instituciones civiles reguladas por el código civil); de aquí

también la necesidad de contar con una clase judicial formada en el conocimiento de las leyes estatales vigentes, con lo que se terminó la posibilidad de contar con jueces legos, tan frecuentes en todas las culturas jurídicas y que en forma prudencial y equitativa habían administrado la justicia por siglos. Esto supuso un verdadero monopolio estatal en la administración de la justicia, pues ésta consistió, en adelante, en aplicar correctamente —formal y materialmente— la ley a los casos presentados, mientras la justicia pasó a ser la aplicación correcta de la ley. En pocos años, la rica y variada, a la vez que compleja, contradictoria y vasta dogmática del *Ius commune* fue trasformada por la dogmática jurídica contendida en el sistema legal de cada país y en sus respectivos códigos. Todo el Derecho pasó a ser obra del Estado y la justicia la aplicación debida de la voluntad estatal, gracias a los postulados del Derecho natural moderno.

El periodo de la Codificación puede considerarse la mejor oportunidad para apreciar el destino que le estará reservado al nuevo tipo de jurista formado en las escuelas y facultades de Derecho de Europa continental y de América Latina. Decidido y convencido colaborador en las tareas codificadoras de diversas disciplinas, esforzado en la lenta pero necesaria labor sistematizadora y conceptualizadora de materias e instituciones, creyente en las posibilidades de certeza y seguridad que suponía la Codificación así como en las bondades del Derecho natural, el jurista moderno no tuvo ya capacidad ni la mínima legitimidad para crear Derecho por sí mismo, con base en su propia *auctoritas* y mediante el conocimiento profundo de las fuentes jurídicas y la reflexión sobre la realidad jurídica, plena de casos, situaciones y problemas de idéntica o diferente naturaleza. La jurisprudencia feneció con la Codificación y desde entonces el concepto llegó a designar el resultado de la actividad judicial. El saber de los juristas se redujo a un mero saber doctrinal sin el mínimo carácter obligatorio o vinculante para jueces y magistrados. Los juristas, en adelante, como en el viejo sistema *cognitorio* de la

época Clásica romana se dedicarán a formular los proyectos de códigos y constituciones, leyes y decretos, reglamentos y acuerdos, que el legislador les solicite, siendo éste último el que tenga la facultad de hacerlos obligatorios mediante los actos formales de su discusión, aprobación, publicación y promulgación. Tanto juristas como abogados y notarios cayeron bajo el dominio absoluto del legislador al finalizar el siglo XIX.

DERECHO, FILOSOFÍA Y PODER POLÍTICO

La transformación no fue rápida ni sencilla. Si hasta comienzos del siglo XIX y durante el periodo de la transición entre un orden jurídico y el otro fue posible mantener una visión del Derecho anclada en la realidad (reicentrismo), tal y como había sido en Roma y en el Medievo europeo, ahora como consecuencia de la caída de la *auctoritas*, por influencia de un cambio en el paradigma científico y por el correlativo cambio en las ideas filosóficas, se comenzaron a perfilar una serie de concepciones del Derecho emanadas de distintas doctrinas filosóficas de raíz eminentemente idealista. El Derecho, en efecto, dejó de ser considerado como un “orden justo”, donde lo justo dependía de las características o de la naturaleza misma de las cosas que señalaban al observador (al juez) lo que se debía y había que respetar, restaurar o regresar a cada quien según sus particulares características o naturaleza. Ahora, en cambio, el Derecho pasó a ser considerado lo que postulara una determinada teoría filosófica *que debía ser* desde sus particulares maneras de entender al hombre y a la sociedad. Cuestión de teorías, tal y como lo afirmara por vez primera la Escuela del Derecho Natural Racionalista; claro, siempre y cuando convenciera a la razón. En este sentido, toda la historia del Derecho occidental de los siglos XIX y XX se verá marcada por la influencia de diversas corrientes filosóficas que pretendieron definir o explicar al Derecho conforme a dis-

tintos postulados calificados todos de científicos por apelar a criterios racionales. Y si bien las tesis iusnaturalistas se pusieron en entredicho en el siglo xx, nunca se ha cuestionado la necesidad de sustentar la creación, la validez y la obligatoriedad del Derecho sobre criterios racionales aun cuando se haya apelado a la historia o al más crudo realismo.

Si en la dogmática y práctica jurídicas se impuso el más acabado iuspositivismo desde finales del siglo xix, como se verá más adelante, en el pensamiento jurídico no pasó lo mismo. Cada corriente de la filosofía occidental ha dejado su influencia en distintas concepciones teóricas acerca del Derecho, y a veces en la práctica del mismo, por lo que esta *Historia mínima* se transforma desde aquí en una reflexión sobre las distintas escuelas que han disputado en los dos siglos anteriores al presente lo que el Derecho es o debe ser. La disputa, sin embargo, no ha podido desbancar al Estado como el gran productor de normas jurídicas, ni el predominio de una consideración eminentemente formal del mismo, ni amenazado realmente el monopolio estatal sobre el Derecho y sobre la administración de justicia donde sigue señoreando como nuevo señor absoluto.

LA PROPUESTA HISTORICISTA

Los códigos iusnaturalistas se presentaron ante la cultura jurídica de Occidente como el final de un camino deseado y propuesto desde que la crisis del siglo xvi socavara los cimientos de la legitimidad de la fe y de la *auctoritas*. El optimismo que acompañó su elaboración corresponde también a una etapa de cambios políticos y sociales radicales: ascenso del Estado liberal, predominio de la burguesía, desmantelamiento de la sociedad corporativa, independencia de los Estados americanos, formación de Estados nacionales, confianza en el individuo, cambios en la soberanía, limitaciones del poder político y reconocimiento

de los derechos del hombre, entre otros. Todo ello por el hecho de haber confiado ciegamente en la razón y en método propuesto por Descartes. La clave no sólo de la felicidad del hombre sino, aún más, de su destino, consistió en acomodar la conducta y voluntad humanas a la razón, lo propio y esencial de la naturaleza humana. De esta forma, al Derecho natural acompañaron la moral, la política, la economía y hasta la religión *naturales*, al margen de cualquier consideración positiva obra del capricho humano. La tarea del Estado surgido de la Revolución francesa fue la de propiciar las condiciones óptimas para que el hombre y la sociedad pudieran desenvolverse conforme al orden natural racional. Un orden, desde luego, concebido como universal, inmutable y eterno, como las matemáticas y la física podían demostrar respecto de las leyes de la naturaleza. De aquí, por lo tanto, la escasa o nula importancia dada a la Historia, a lo particular y contingente que ella supone, y a otras características de la naturaleza humana no percibidas por los pensadores iusnaturalistas. Pero la propia razón y el pensamiento científico guardaban importantes sorpresas.

Una de ellas, la primera de muchas que aparecerán en el larguísimo devenir ideológico de los siglos XIX y XX, fue la valoración de la naturaleza histórica del hombre que corrió paralela a la importancia dada a las pasiones y sentimientos del mismo; lo paradójico es que ambas consideraciones fueron develadas por la razón. De esta suerte, el incipiente y todavía indefinido historicismo y el impactante romanticismo se caracterizaron por subrayar el carácter singular, irrepetible, pasional, contingente, temporal y circunstancial de cada cultura humana, de cada pueblo y, en última instancia, de cada hombre, con lo cual negaron enfáticamente las posibilidades de un único Derecho natural universal, inmutable y eterno, capaz de orientar el contenido de los derechos positivos que, por esta misma razón, debieron ser, si no del todo idénticos, sí muy similares entre sí, tal y como la codificación y la propia existencia de un mismo Derecho inter-

nacional entre las naciones lo comprobaron. Por el contrario, la razón puesta al servicio de la investigación histórica reveló sociedades diferentes, culturas diversas y hombres distintos por haber vivido en espacios, tiempos y circunstancias diferentes. Y si bien no se negó la razón sí se puso en entredicho la existencia misma de un Derecho natural universal e inmutable para postular en su lugar la vigencia histórica de derechos distintos, particulares y singulares, determinados por cada pueblo, fruto de su acción colectiva en el tiempo y sustentados en su peculiar manera de entender su propia existencia en la Historia. Es decir, derechos determinados por la cultura, nunca idéntica a otra y nunca la misma.

Con estas ideas, irrumpió en la historia del Derecho occidental el tema no de la Historia en cuanto tal —ya entrevisto por el Humanismo jurídico de los siglos xv y xvi—, sino de lo histórico como categoría para definir tanto al hombre como a la cultura.

Ya se ha observado cómo algunos autores de la Ilustración, e incluso anteriores, fueron capaces de subrayar la importancia de la Historia en relación con el Derecho: Conring, Thomasius, Heinecio, y el propio Leibniz, por ejemplo. Inclusive Thomasius vislumbró la posibilidad de un Derecho natural de contenido variable, pero los antecedentes filosóficos de esta visión se encuentran sobre todo en tres autores de nacionalidades distintas: el italiano Giambattista Vico (1668-1744), el francés Charles de Sécondat, Barón de Montesquieu (1689-1755) y el alemán Justus Möser (1720-1794), quienes pusieron los fundamentos doctrinales de los postulados desarrollados durante el siglo xix por la llamada Escuela Histórica Alemana. Vico ha sido considerado como el precursor más notable del historicismo. Nació, estudió, enseñó y murió en Nápoles. Se interesó en la filosofía y en la búsqueda de los “principios del Derecho universal”, para lo cual publicó una trascendental obra que, sin embargo, pasó desapercibida durante décadas y en la cual sostuvo la imposibilidad de separar las leyes universales de los hechos locales y contingentes.

Según Sciacca, Vico “divide el pensamiento moderno entre la exigencia racionalista y la empirista” y “efectúa el primer intento de síntesis de ellos”. El título abreviado de su obra más conocida —*Scienza nuova*— no permite conocer que se trata de una obra jurídica y esconde su verdadero interés por el Derecho, tal y como lo muestra su versión completa: *Principi di una scienza nuova intorno alla natura delle nazioni per la quale si ritruovano i principi di altro sistema del diritto naturale delle genti*. En ésta sostuvo que el Derecho natural también estaba inmerso en la historia, y en su célebre *Autobiografía* afirmó la existencia de un Derecho natural de las naciones fundado en las costumbres. Es célebre su conclusión de que lo universal (el *verum*) no tenía mayor trascendencia si no se plasmaba en lo individual (el *certum*). Por su parte, Montesquieu nació en la castillo de la Bede y falleció en París. Ilustrado y racionalista pero no iusnaturalista, estudió en Jully y en Burdeos donde se tituló de abogado; fue magistrado en esta última ciudad y después pasó a París. Viajero incansable y diplomático frustrado, masón y académico, ha sido uno de los pensadores más influyentes en la historia de la humanidad. Entre sus obras destaca, obviamente, *De l'esprit des lois*, publicada en 1748, donde a través del análisis comparativo de diversas leyes positivas de culturas distintas y de épocas diferentes evidenció la necesidad de tomar en cuenta las necesidades y características de cada país para formular el Derecho que le conviniese y adecuase a su modo de ser, abriendo así una consideración histórico-sociológica del Derecho. Finalmente, Möser nació en Osnabrück, donde ejerció como abogado después de estudiar en Jena y en Gotinga. De gran erudición, su vida se limitó a ser funcionario de su ciudad natal, donde falleció después de publicar una modesta y dispersa obra poco conocida pero que influyó en Goethe (1749-1832) y en Savigny. Verdadero anticuario, investigador de textos y monumentos jurídicos, y precursor de la “historia patria”, este “patriota de Osnabrück” —como lo han calificado Molitor y Schlosser—

descubrió en las libertades municipales, en el Derecho local, en las leyendas, supersticiones y fábulas, así como en la literatura tradicional alemana, los fundamentos teóricos de un Derecho particular para cada pueblo e incluso para cada estamento, y los argumentos para defender a los jueces legos frente a los letrados. Sus *Fantasías patrióticas* datan de 1748.

LA ESCUELA HISTÓRICA ALEMANA

Se ha considerado a Gustavo Hugo (1764-1844) el precursor inmediato de esta Escuela, si bien no participó plenamente en ella. Nativo de Lörrach y estudiante en Gotinga y en Halle, fue posteriormente profesor en la Universidad de Gotinga. Crítico radical de las pretensiones universalistas y del abstraccionismo propio del Derecho natural racionalista, sobre todo de su aspiración de hacer derivar desde la especulación teórica y abstracta normas positivas, defendió, en cambio, posiciones claramente empiristas que implicaban el conocimiento y aprovechamiento de las fuentes jurídicas romanas y del Derecho consuetudinario, con sus diversas etapas y diferencias, en la formulación del Derecho positivo por parte de la ciencia jurídica más que por obra del legislador. Dio a las prensas un *Tratado de historia del Derecho romano*, un *Tratado de Derecho natural como filosofía del Derecho positivo* y un *Tratado del Derecho romano actual*, entre otros libros.

Fue, empero, un hecho coyuntural el que impulsó el nacimiento de esta Escuela: la controversia suscitada en 1814 por la publicación en Heidelberg de un opúsculo, obra del jurista Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840) en favor de que Alemania —entonces todavía dividida en un mosaico de Estados independientes entre sí y sin el lazo imperial que los había atado durante siglos— adoptara un código civil bajo la inspiración y el modelo del código francés. A esta iniciativa dio respuesta

contundente en otro opúsculo, publicado incluso por la misma editorial, el entonces catedrático en la Universidad de Berlín, Friederich Carl von Savigny (1779-1861). El primero era un jurista y musicólogo originario de Hameln, estudiante en Gotinga y en Königsberg, donde fue discípulo de Kant. Posteriormente fue catedrático en Kiel, en Jena y en Heidelberg. En 1803, había publicado un *Sistema de Derecho de Pandectas* bajo la influencia todavía del *Usus modernus*. El folleto publicado en 1814 se tituló *Sobre la necesidad de un código civil para toda Alemania*, donde propuso un código para toda Alemania similar al de Napoleón como instrumento para la unificación del país. Savigny —uno de los más renombrados juristas de todos los tiempos— nació en Fráncfort del Meno dentro del seno de una familia aristócrata de origen francés. Estudió Derecho en Marburgo y en Gotinga. Dueño de una formación clásica, viajó por Europa para recabar manuscritos antiguos. Muy joven se dio a conocer con la publicación de su *Derecho de posesión*. En 1802, dictó en la Universidad de Marburgo un curso sobre metodología jurídica publicado póstumamente. Fue catedrático y rector de la Universidad de Berlín fundada en 1810 por Wilhelm von Humboldt (1767-1835). La respuesta a Thibaut se tituló *Sobre la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del Derecho*, cuyas tesis reafirmó el mismo año mediante la publicación —junto con Eichhorn— de la *Revista para la Ciencia Histórica del Derecho* que, en su primer número, estuvo acompañada de una introducción de su autoría titulada “Sobre el fin de la Revista de la escuela histórica”. Entre 1815 y 1831 publicó los seis tomos de una *Historia del Derecho romano en la Edad Media*, y entre 1840 y 1849 los ocho tomos del *Sistema de Derecho romano actual*, al que siguió un inconcluso *Derecho de las obligaciones*. Llegó a ser ministro de legislación del reino de Prusia y murió en Berlín en medio del reconocimiento público por su obra.

El programa de la Escuela Histórica quedó sintetizado tanto en *Sobre la vocación* como en la introducción a la *Revista* citada:

negación del iusnaturalismo racionalista; desconfianza en el legislador como único creador del Derecho positivo y de la organización política formal del Estado; supremacía del Derecho consuetudinario sobre el legislado; rechazo al concepto de pueblo de Rousseau; supremacía de lo nacional y popular sobre lo estatal y lo individual; certeza de que el Derecho al igual que el arte, las creencias, la literatura, el lenguaje, las costumbres o la organización política están férreamente ligados entre sí por ser expresiones todos del mismo “espíritu del pueblo”, de cada pueblo en singular; creencia en que el origen del Derecho se encuentra en este “espíritu” y se expresa en el conjunto de normas, saberes e instituciones que van constituyendo históricamente la cultura particular de cada pueblo y que conforman entre sí una estrecha unidad orgánica; aceptación de las posibilidades de la razón puesta al servicio de la investigación histórica de fuentes del Derecho de dos orígenes diversos —el Derecho romano de Justiniano y los derechos germánicos—; reivindicación del Derecho consuetudinario, de los pactos feudales y de la *iurisprudentia* docta como fuentes y expresiones de un Derecho vivo; posibilidades de una codificación sustentada sobre estas fuentes según el impacto que hubieran tenido en Alemania; renovada confianza en la labor del jurista, es decir, de la ciencia del Derecho, en esta tarea; afirmación de la singularidad de todo proceso generador de cada orden jurídico nacional; valoración tanto de lo propio como de lo singular e irreplicable; supremacía de los sentimientos sobre la razón (influencia indiscutible del Romanticismo); confianza en las ventajas de una visión sistemática del Derecho y, desde luego, fe en el progreso. En síntesis, en esta polémica Savigny no se opuso a la Codificación, sino a la codificación iusnaturalista afirmando, por el contrario, la necesidad de codificar el Derecho propiamente alemán, para lo cual resultaba indispensable conocerlo previamente. ¿Cuál era y dónde constaba este Derecho alemán? Ésta fue la pregunta que la Escuela Histórica se propuso responder.

La realidad jurídica de los diversos Estados alemanes a comienzos del siglo XIX revelaba que los derechos positivos entonces vigentes procedían de un pasado común inmediato formado por dos grandes raíces: una, la germánica, proveniente de los pactos, usos y costumbres, y leyes añejas de la población más antigua asentada dentro de las fronteras de la Alemania cultural. Su presencia podía ser verificada en una rica pero desconocida documentación conservada en archivos municipales, notariales, eclesiásticos, y judiciales o en los pertenecientes a distintas corporaciones de relativa antigüedad; sobre todo en los documentos provenientes de la época feudal, así como en la extensa literatura escrita en lengua alemana: relatos, leyendas, cuentos y fábulas locales, principalmente. La otra raíz, la romano-canónica, había sido plantada con motivo de la Recepción tardía del *Ius commune* —principalmente del *Corpus Iuris Civilis*— y reelaborada ya sin la presencia canónica por los juristas alemanes del *Usus modernus pandectarum*. Para conocer e identificar con exactitud qué elementos, usos, costumbres, normas, instituciones o formas de aplicar el Derecho formaban parte efectivamente de esos derechos alemanes, de tal suerte que una vez identificados pudieran ser objeto de una codificación, había que acudir el método histórico estricto, con la consecuente utilización del método humanista fundado en la crítica documental y en la renovación filológica. Un nuevo llamado *ad fontes*, sólo que en este caso en búsqueda del Derecho vivo y con el propósito práctico de renovar la dogmática jurídica de (y únicamente de) Alemania.

Fue el propio Savigny quien dispuso la división de la Escuela Histórica al marcar el doble camino a seguir por la misma: mientras unos juristas se encargarían de investigar sobre el pasado jurídico estrictamente germánico, otros —incluido él mismo— rastrearían el Derecho romano de la Recepción desde su presencia en el pasado medieval e incluso más atrás, en el propio Derecho de Justiniano. Por esta razón, dicha escuela se dividió en la rama germanista y en la romanista, ambas vinculadas

por igual propósito en sus orígenes pero separadas y aun enemistadas en sus consecuencias, en las orientaciones políticas de sus cultivadores y en su fidelidad al programa inicial de la Escuela. En efecto, mientras que la rama germanista se inclinó hacia posiciones políticas nacionalistas, liberales y románticas, identificando lo germánico como lo propiamente alemán, la romanística se mantuvo dentro de un conservadurismo político, fue antirrevolucionaria, y mantuvo una impronta clásica propia de expertos en un Derecho que provenía precisamente de la Antigüedad clásica. Y si bien el conocimiento del latín fue reclamado por ambas corrientes, es indudable que el peso del alemán fue más decisivo entre los germanistas. Al finalizar el siglo XIX, ambas corrientes se encontraban diametralmente separadas. Si ambas habían puesto su grano de arena para lograr la ansiada unificación política de Alemania en 1870, la primera exhumó con éxito miles de materiales documentales, epigráficos y numismáticos de extraordinario valor para el conocimiento del Derecho germánico, pero fue incapaz de elaborar los códigos modernos que el nuevo Estado necesitó con urgencia; mientras que la rama romanista aportó los materiales para la codificación del Derecho a costa de abandonar los presupuestos historicistas de la Escuela, como quedó de manifiesto en la propia obra de su fundador.

La rama germanista está representada, en primer lugar, por Heinrich Friedrich Karl von Stein (1757-1831), quien fundó en 1819 los *Monumenta Germaniae Historica* —que todavía se publican— para recoger antiguos textos vinculados a la historia de Alemania, entre los cuales se incluyeron, en forma destacada, los jurídicos romano-vulgares y germánicos: obra capital de la germanista alemana y, tal vez, su mayor legado. Otro germanista destacado fue Karl Friedrich Eichhorn (1781-1854), originario de Jena y discípulo de Gustavo Hugo en Gotinga. Catedrático en Fráncfort del Oder y en Berlín, fundó con Savigny la *Revista* arriba mencionada y posteriormente publicó una *Historia*

del Estado y del Derecho alemán en cuatro tomos donde reivindicó la raíz germánica del Derecho público alemán. Por su parte, Jacob Grimm (1785-1863) nació en Hanau y estudió en Marburgo, donde conoció a Savigny, iniciándose así una entrañable amistad entre ambos. Se desencantó del Derecho en favor de la filología alemana y fue bibliotecario de diversos repositorios privados y públicos. Junto con su hermano Wilhelm (1786-1859), ingresó al claustro de profesores de la Universidad de Berlín. Representante del romanticismo alemán, perteneció a esta corriente por sus contribuciones a la investigación histórica sobre fuentes jurídicas de origen germánico que quedaron recogidas en la monumental colección documental que inició en 1828 bajo el título *Antigüedades del Derecho alemán*. Karl Georg Beseler (1809-1888), originario de Rödemis, romántico y nacionalista, fue un defensor a ultranza de la unidad alemana. Se formó en las universidades de Kiel y de Múnich y fue profesor en las de Basilea, Rostock y Berlín, ocupando en esta última el cargo de rector. Político, parlamentario y colaborador de varios proyectos de códigos prusianos, escribió un *Sistema de Derecho privado alemán* donde precisó los principios generales de este Derecho y reivindicó la participación del pueblo en la formación del mismo, llegando a calificar a la recepción del Derecho romano en Alemania como “calamidad nacional”. Por último, representantes tardíos de esta rama fueron Heinrich Brunner (1840-1815) y Otto von Gierke (1841-1921). El primero nació en Wels, se graduó en la Universidad de Viena e impartió clases en las de Lemberg, Praga, Estrasburgo y Berlín, de la que llegó a ser rector; dirigió los *Monumenta* y publicó una importante *Historia del Derecho germánico*. El segundo, nacido en Stettin y formado en Berlín y en Heidelberg, colaboró en los proyectos del código civil alemán y representó a finales del siglo la reacción antiformalista en contra de la Pandectística alemana; dio a luz a *El proyecto de un Código civil y el Derecho alemán*, y a *La Escuela Histórica del Derecho y los germanistas*.

Entre los miembros de la corriente romanista es de justicia mencionar, desde luego, a Gustavo Hugo y al propio Savigny quien, inicialmente y fiel a los postulados de su Escuela, se inclinó por estudiar la *Historia del Derecho romano en la Edad Media* pero terminó abdicando de las tesis historicistas y suscribiendo los postulados de una nueva escuela jurídica de fortísima raigambre jurídico-romana, como lo fue la Pandectística fundada por Georg Friedrich Puchta (1798-1846). Esta Escuela fue indudablemente el fruto más logrado de la corriente romanista y la responsable de la codificación alemana —por las razones que se examinarán más adelante— pero alejada de los originales presupuestos historicistas que encontramos en Savigny. En cambio, se mantuvieron fieles al humanismo de la Escuela Histórica y dentro de una perspectiva histórico-jurídica más comprometida con lo histórico que con lo jurídico: Friedrich Bluhme (1797-1874), originario de Hamburgo, profesor en Bonn y autor de la teoría de las “masas” que explicaría la rapidez con que se elaboró el *Digesto* de Justiniano. Theodor Mommsen (1817-1903), originario de Garding y estudiante en Altona y en Kiel; sabio historiador y jurista acreedor del premio Nobel de literatura en 1902, llevó a cabo empresas editoriales de inestimable importancia como su *Corpus Inscriptionum Latinarum* o las ediciones críticas del *Digesto* y del *Codex Theodosianus*, ésta en colaboración con Paul Krüger (1840-1926) —nacido en Berlín, en cuya universidad se formó— quien también editó críticamente las *Institutiones* y el *Codex* de Justiniano, así como la *Instituta* de Gayo; muy difundida y útil resulta todavía su *Historia, fuentes y literatura del Derecho romano*. Finalmente, entre otros, Otto Lenel (1849-1935), originario de Mannheim, rector de la Universidad de Estrasburgo y editor del *Edictum Perpetuum* de Salvio Juliano y de la *Palingenesia Iuris Civilis*, donde ordenó por autor los fragmentos de la jurisprudencia romana seleccionados por los compiladores del *Digesto*. Caso especial fue el de Johann Jakob Bachofen (1815-1887) —nacido en Basilea y formado en Berlín—

pues siendo discípulo de Savigny, su obra marcó un distanciamiento con la Escuela Histórica por su preocupación por el Derecho romano decididamente histórica y no práctica, que lo condujo a interesarse más por la prehistoria de las instituciones y por lo antropología jurídica; su obra más conocida fue *El Derecho materno*. Fuera del territorio continental europeo, la obra del jurista escocés, profesor en Cambridge y en Oxford y funcionario en la India, Henry Sumner Maine (1822-1888), puede ubicarse dentro de la corriente historicista, pero no dentro de la Escuela Histórica alemana por el interés que puso en el origen mismo del Derecho, por su inclinación hacia el Derecho comparado, por la visión sociológica del mismo y, sobre todo, por su desinterés en la transformación inmediata de la dogmática jurídica (si bien participó en el proceso codificador del Derecho hindú), como puede apreciarse en la lectura de *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and its Relations to Modern Ideas*, o de *Dissertations on Early Law and Customs*.

Los casos de Bachofen y de Maine permiten insistir en la cuestión planteada al inicio de este libro; cuestión que todavía en nuestros días no deja de presentar algún problema, sobre todo en el ámbito pedagógico. No cabe duda que con la consideración histórica del Derecho planteada por la Escuela Histórica Alemana nació la Historia del Derecho como disciplina científica autónoma; el problema que se presentó desde el momento de su difusión por la cultura jurídica occidental es el de determinar si se trataba de una disciplina jurídica o de una histórica. Esto depende de los propósitos que se propongan el estudio y la investigación histórico-jurídica. Si, como en el caso de los presupuestos de la Escuela Histórica, el estudio está encaminado a la superación, renovación o enriquecimiento de la dogmática jurídica de un Estado o país determinado, no hay duda de que su tratamiento obedece a intereses y fines jurídicos, y la metodología de su estudio deberá enfatizar los aspectos prácticos que, por fuerza, la ciencia del Derecho no debe

soslayar (lo que explicaría su necesidad dentro de los planes de estudio de la carrera de Derecho); en cambio, si se busca explicar o comprender lo mejor posible el pasado como singularidad irrepetible, pareciera que hay que privilegiar la perspectiva histórica sobre la jurídica (lo que justificaría su presencia en la formación profesional de los historiadores), siendo, en ambos casos, de un valor inestimable para comprender el devenir del hombre en la Tierra y su permanente búsqueda de la justicia. Otro problema que presenta esta disciplina es que, como ciencia encargada de descubrir y precisar el Derecho en el tiempo, no le preocupan los valores universales predicados por el iusnaturalismo racionalista, con lo cual afirma un acentuado iuspositivismo. Desde su perspectiva, no hay más Derecho que el que se realiza históricamente, independientemente de cualquier consideración axiológica.

LA PANDECTÍSTICA ALEMANA

La Escuela Histórica Alemana cumplió con el objetivo de proponer a los juristas alemanes los materiales y fuentes con los cuales habría sido necesario elaborar el código civil alemán; sin embargo, falló en su intento de que el Derecho propiamente alemán nutriese a la codificación. La doble tarea propuesta por Savigny de estudiar previamente los antecedentes romanos y germánicos de dicho Derecho antes de proceder a su codificación se enfrentó a varios problemas, el más inmediato de los cuales fue la urgencia misma de contar con un código civil como consecuencia de la unidad política alemana por fin alcanzada en 1870. El método histórico se presentó muy pronto demasiado lento, por un lado, y, por otro, incapaz por sí mismo de formar la dogmática jurídica que el Estado y la burguesía alemana exigieron. El propio Savigny se percató de esto y después de publicar la *Historia del Derecho romano en la Edad Media*

—es decir, la historia de la Recepción—, a partir de la cual correspondía investigar la consecuente formación del *Usus modernus* en Alemania, se fue hacia atrás, en búsqueda de un Derecho romano despojado de historia pero capaz de orientar por sus principios, métodos, conceptos, e instituciones la formación del código alemán, siempre y cuando, claro está, fuese entendido bajo criterios racionalistas y sistemáticos y elevado a la categoría de Derecho abstracto. Por lo mismo, nunca fue más claro el profundo abismo que la Modernidad había abierto entre una visión problemática del Derecho y una sistemática. Con el último Savigny y con Puchta, el Derecho romano fue dotado de características que nunca tuvo pero que sirvieron para acelerar el proceso codificador de un nuevo Estado necesitado de unidad jurídica. En este sentido, es posible concluir que el Derecho romano jugó en la historia jurídica alemana —y en los países influenciados por el Derecho moderno alemán— un papel similar al que el Derecho natural racionalista jugó para la codificación francesa. El cambio no fue menor, y significó el abandono del método histórico una vez aprovechado y el mayor distanciamiento entre las dos corrientes de la Escuela histórica ahora divididas no únicamente por posiciones políticas, sino por el tema del contenido jurídico que el código civil habría de tener. La nueva visión de Savigny, fiel a su vocación jurídica y a su formación clásica y congruente con su visión histórico-genética, aunque herética frente a su inicial historicismo, quedó de manifiesto, sobre todo, en su tardío *Sistema de Derecho romano actual*, título por demás expresivo de la nueva orientación iniciada por él. Frente a las pretensiones de la historia jurídica se alzaron los reclamos de la dogmática jurídica. La Escuela Histórica, como se ha visto, se continuó tanto en los historiadores posteriores del Derecho germánico como en los del romano, y puede afirmarse que, de alguna manera, sí cumplió con su objetivo: de no haber existido, seguramente la codificación alemana se hubiera realizado bajo los presupuestos iusnaturalistas del *Code civil*.

Alemania tuvo la necesidad de aquélla para voltear nuevamente al estudio del Derecho romano, si bien es cierto que con la Pandectística fue concebido bajo la óptica abstracta, racionalista y sistemática que los juristas alemanes de la segunda mitad del siglo XIX le impusieron.

Porque la codificación alemana fue obra material de la ciencia jurídica alemana; de los juristas alemanes que encontraron en las *Pandectas* el rico filón donde abreviar para, sometiéndolas a sus propias exigencias científicas, extraer de ellas los conceptos con los cuales formar el código civil. Esas exigencias científicas fueron, precisamente, concebir a los textos romanos como expresiones de un Derecho modelo y ejemplar en tanto se despojara de su circunstancialidad histórica, capaz por sí mismo de formar un sistema mediante su previa abstracción y la lógica y precisa conceptualización que de él se derivara; tal y como la codificación racionalista lo había hecho respecto del Derecho natural. Sólo que aquí se presenta la más notable de las diferencias entre ambas escuelas jurídicas: mientras que en el iusnaturalismo el proceso codificador se entendió como obra del legislador, en la Pandectística alemana se reivindicó la labor creativa y autónoma del jurista como formador de una dogmática eficaz y útil.

En efecto, la Escuela Histórica había revalorado tanto el viejo Derecho consuetudinario alemán como el Derecho de juristas expuesto en las *Pandectas* y en el *Ius commune*, y percibido con nitidez las posibilidades racionales del Derecho romano reelaborado desde la lógica, el raciocinio y el juicio modernos, al margen de cualquier consideración sociológica, histórica, económica o valorativa. Como en el caso de la química, el resultado de trabajar sobre un Derecho de juristas así formado sería ideológicamente neutro y válido racionalmente. Y como en el caso de los químicos, los juristas de esta escuela tendrían la posibilidad de extraer de los materiales romanos los conceptos que, debidamente organizados, dieran como resultado “el sistema de Derecho positivo” ya desvinculado de su gentilicio alemán.

En síntesis; la Escuela Pandectística alemana fue la responsable del mayor esfuerzo de racionalización, conceptualización y abstracción hecho sobre el Derecho positivo, reivindicando para ello a la jurisprudencia pero negando cualquier influencia tanto de los valores propuestos por el iusnaturalismo como de los métodos del historicismo precedente. En su lugar, propuso un positivismo científico que llevó a sus resultados más óptimos a la “jurisprudencia de conceptos” vislumbrada por Wolff y trabajada por los codificadores franceses.

Entre los miembros de esta escuela, la obra de Puchta refleja con claridad tanto el ideario de la Pandectística como el rompimiento con la Escuela Histórica. Nacido en Cadolzburg, discípulo directo de Hegel, estudió en la Universidad de Erlangen y estuvo relacionado con Hugo, Thibaut y Savigny, a cuya escuela inicialmente se adhirió. Fue catedrático en Marburgo y finalmente sustituyó a Savigny en su cátedra en Berlín. Como representante de la Escuela Histórica publicó *Derecho consuetudinario*, donde teorizó sobre el concepto de “espíritu del pueblo” y planteó su idea acerca de las tres fases de la evolución histórica del Derecho: el convencimiento popular, la actividad legislativa y el derecho de juristas, siendo estos últimos los auténticos creadores de la ciencia del Derecho. De aquí partió para plantear que a ella “corresponde [...] reconocer sus propios axiomas o principios jurídicos en su conexión orgánica [...] a fin de descubrir la genealogía de cada uno de los principios particulares subiendo por la pirámide conceptual, por medio de la abstracción, hasta alcanzar un principio más general y descendiendo por ella —de la cúspide a la base— por deducción lógica” (Mayer-Maly y Domingo), como quedó asentado en su *Curso de Instituciones* y en su *Tratado de Pandectas*.

En este camino fue seguido por otros juristas centroeuropeos, muchos de ellos abocados a la redacción de los códigos civiles de Alemania y de Suiza, e incluso de China y de Japón, entre quienes destacaron el primer Ihering, Bernhard Windscheid

(1817-1892), Aloys Brinz (1820-1887), Carl Friedrich von Gerber (1823-1891), Heinrich Dernburg (1829-1907), y Ernesto Rodolfo Bierling (1841-1919). De Ihering se hablará después. Windscheid fue, sin duda, el pandectista más notable; nació en Dusseldorf, estudió en Bonn e impartió cursos en Múnich, Heidelberg y Leipzig; formó parte de la primera comisión encargada de realizar el proyecto de código civil alemán, cuyos trabajos influyó sobremedida; su obra más importante fue su *Tratado de Pandectas* en tres volúmenes. Brinz nació en Weiler im Aläu, en Baviera; egresó de la Universidad de Múnich y después de su paso por la abogacía se dedicó a la vida académica en Erlangen, Praga, Tubinga y Múnich; también publicó un *Tratado de Pandectas* pero en seis volúmenes; Wieacker lo considera “uno de los primeros dogmáticos del Derecho civil”. Originario de Ebeleben y egresado de las universidades de Leipzig y Heidelberg, Gerber cultivó tanto la dogmática civil como el Derecho público alemán, y en ambos alcanzó reconocimiento; fue autor de un *Sistema de Derecho privado alemán*. Experto romanista e inclinado tanto a la historia como a la dogmática jurídicas y dueño de un gran raciocinio práctico, Dernburg nació en Mainz, estudió en Berlín y fue catedrático en Zúrich, Halle y Berlín, siendo rector de estas dos últimas universidades; publicó una vasta obra que incluye *Pandectas* y *Tratado de Derecho privado prusiano*. Teórico del Derecho y formalista extremo, Bierling nació en Zittaum y estudió en Leipzig, fue autor de *Enseñanza de principios jurídicos*.

CÓDIGOS PANDECTISTAS

La definitiva superación del *Ius commune* en Alemania, así como de la división entre las ramas de la escuela histórica, se logró mediante la aprobación a finales del siglo XIX de la codificación civil alemana, obra de la Escuela Pandectística que incluso aprovechó

el legado jurídico germánico una vez que lo trabajó a la manera de los principios sustentados por ella misma. El radical positivismo científico de esta Escuela y la genealogía de conceptos que utilizó, significaron un renacimiento de la ciencia del Derecho en Europa. Sin embargo, al ascenso y consolidación del Estado alemán, sus aspiraciones y presupuestos —por un lado románticos pero, sin duda, también iusnaturalistas— impidieron que esta nueva jurisprudencia fuese obligatoria por sí misma, como antaño lo fueron la romana y la medieval, incluso la del *Usus modernus*. Y si bien es cierto que la conceptualización, la ordenación sistemática y la nueva concepción del Derecho positivo fueron obra de los juristas alemanes, no es menos cierto que debieron necesitar del legislador, es decir, del Estado, para que su obra más acabada —una única dogmática jurídica para todos los alemanes— fuera obligatoria, eficaz y rápidamente aplicable. De aquí el estrechísimo vínculo que se gestó entre los pandectistas y la codificación alemana, como lo ejemplifica el caso de Windscheid. Al finalizar el siglo y casi con un siglo de retraso, los alemanes contaron por fin con su propio código civil; el camino había sido largo y lleno de vicisitudes teóricas y se había llegado casi al mismo resultado de Francia: una dogmática jurídica expresada y contenida en códigos racionalmente concebidos y trabajados que implicaban métodos similares (jurisprudencia de conceptos), idéntica forma, legitimada en el poder del Estado, y resultado final de un proceso legislativo que la hizo obligatoria a través de los mismos mecanismos formales. No puede olvidarse que, desde un punto de vista formal, las codificaciones de Francia y de Alemania fueron, ante todo, leyes obra del Estado. Las diferencias entre ambos procesos codificadores no fueron, sin embargo, menores: se encuentran en sus fundamentos teóricos, sus fuentes y su lenguaje y claridad expositiva.

Con el antecedente del código civil prusiano, el proceso codificador alemán dio inicio con la promulgación como Derecho imperial en 1872 del *Código de Comercio general de Alemania*,

preparado inicialmente para la Confederación alemana con el *Código civil para el reino de Sajonia* de 1865 y el *Proyecto de Dresde* sobre las obligaciones civiles de 1866. Una vez unificada Alemania bajo la forma imperial, en 1874 dieron comienzo los trabajos dirigidos a la promulgación de un código civil para todo el Imperio. En el lapso de 25 años se formaron dos proyectos. El primero fue preparado por una comisión integrada, entre otros, por Windscheid, Paul van Roth (1820-1892), Heinrich E. Pape (1816-1888) —quien la presidió— y Gottlieb Planck (1824-1910). En 1888, se dio a conocer en cinco tomos precedidos de sus particulares exposiciones de motivos; sometido a la crítica pública, recibió los comentarios adversos de una sociedad que no se vio reflejada en él y la de sus juristas, como von Gierke y Anton Menger (1841-1906), quienes le reprocharon su distanciamiento de lo social. Su exceso de abstracción, su tecnicismo propio de juristas especializados y su lenguaje un tanto oscuro provocaron su rechazo y la consecuente necesidad de elaborar un segundo proyecto. Para ello, el Consejo Federal del Imperio nombró otra comisión integrada no sólo por juristas, dirigida por Planck, que en 1895 concluyó los trabajos que modificaron el primer proyecto. A continuación, se llevó a cabo el proceso legislativo señalado por la Constitución del Imperio que permitió la intervención revisora de una comisión de parlamentarios que impuso diversas modificaciones; una vez discutido y aprobado el proyecto por el Parlamento alemán, y previo el beneplácito del Consejo Federal, fue sancionado por el Káiser Guillermo II (1859-1941) el 24 de agosto de 1896, con el título *Código Civil de los Alemanes* (BGB), habiendo entrado en vigor el primero de enero de 1900.

El segundo de los códigos pandectistas fue el código civil suizo (ZGB), promulgado el primero de diciembre de 1907. Fue influenciado tanto por el *Code* francés como por el BGB. Frente a la dispersión jurídica en materia privada propia del cantonalismo político suizo fue necesario primero federalizar la materia

civil y la comercial para procurar después la unidad en estas materias, hecho lo cual, en 1881, se promulgó previamente el *Código federal de las obligaciones* y, bajo la decisiva influencia de Eugen Huber (1849-1923) —autor de un importante *Sistema e historia del Derecho privado suizo*—, se aprobó la codificación de las restantes materias del Derecho civil en un mismo código que entró en vigor el primero de enero de 1912. Aunque nunca se aplicó, su artículo primero abandonó el principio de la plenitud hermética del Derecho al remitir a la costumbre, a la doctrina y a la jurisprudencia entendida como labor de los jueces.

Entre otros países, estos dos códigos influyeron sobre las codificaciones civiles de:

Japón, 1898	Siam, 1925
China, 1911	Perú, 1936
Brasil, 1916	Letonia, 1937
Turquía, 1922	Grecia, 1940

EL CODEX IURIS CANONICI

El poderoso influjo de la idea codificadora impactó incluso fuera de las fronteras estatales al Derecho canónico, que hacia comienzos del siglo xx superó la forma que hasta entonces lo había caracterizado para adoptar la forma y el sistema inherente a la codificación moderna. Desde luego, no adoptó ni el modelo iusnaturalista moderno ni el propuesto por la pandectista. En todo caso, y dentro de una filosofía todavía iusnaturalista teológica, el canónico fue curiosamente el único código de los tiempos modernos que llevó a las consecuencias deseadas el programa de la Escuela Histórica alemana: codificar, en este caso, el Derecho canónico histórico, hasta entonces recogido en el *Corpus Iuris Canonici*, en algunas disposiciones del Concilio de Trento del siglo xvi, y en algunas disposiciones pontificias posteriores, así como en la jurisprudencia canónica.

Iniciado el proceso codificador durante el pontificado de Pío X (1835-1914), bajo el impulso renovador del Concilio Vaticano I y de la doctrina social de la Iglesia, se nombró a una comisión en 1904 presidida por el papa, y cuyo secretario fue el cardenal Secretario de Estado Pietro Gasparri (1852-1934), que trabajó durante 12 años revisando viejos cánones y consultando a obispos y canonistas de todo el mundo. Fallecido Pío X, su sucesor en la Silla de san Pedro, Benedicto XV (1854-1922), lo promulgó el 27 de mayo de 1917 para toda la Iglesia católica del rito latino. Quedó dividido en 2 414 cánones divididos, a su vez, en cinco libros: normas generales, personas, cosas, procesos, y delitos y penas. En 1983, el papa Juan Pablo II promulgó un nuevo Código canónico que sustituyó al anterior.

CODIFICACIÓN Y POSITIVISMO LEGISLATIVO

El proceso codificador europeo del Derecho privado llevado a cabo durante todo el siglo XIX obligó a la cultura jurídica occidental a identificar todo el Derecho positivo con los códigos y las leyes emanadas del Estado moderno. Si bien la codificación francesa partió de supuestos iusnaturalistas que le brindaron una innegable base metafísica, la Escuela de la Exégesis, sin proponérselo, fue llevando a los jueces, profesores de Derecho, juristas, abogados y notarios de la que comenzó a identificarse como “Familia del Derecho romano-germánico”, “romano-canónica”, o del “Derecho continental” a la convicción de que todo el Derecho, para ser válido y vigente, tenía que identificarse con la ley estatal. Esta convicción —y su realización dentro de la práctica jurídica y de la enseñanza del Derecho— será, sin duda, la característica más notable del Derecho desde la segunda mitad del siglo XIX hasta nuestros días. Saber Derecho o aplicar el Derecho no significarán otra cosa que aprender leyes para aplicarlas ante los tribunales del Estado. Este proceso de reducción de

todo el Derecho a una de sus fuentes formales (o a las que la ley determine) puede considerarse como una nueva época de vulgarización y de decadencia del pensamiento jurídico práctico en Occidente, similar al periodo Posclásico romano durante el cual, sin embargo, jamás se llegó a reducir todo el Derecho a la ley. Proceso que Paolo Grossi ha calificado como “Absolutismo jurídico” que bien puede denominarse “Absolutismo legislativo” y que benefició la vocación de control, centralista, y reguladora del Estado moderno. Frente a consideraciones de otro tipo que afirman la debilidad de éste durante el periodo del Estado liberal, la óptica histórico-jurídica observa su notable fortalecimiento al lograr —finalmente— monopolizar la legitimación y la creación del Derecho; monopolio que el Estado posterior —de cualquier signo— no dejará de reclamar y, sobre todo, de ejercitar. Toda la dogmática jurídica de los diversos países que conforman dicha Familia estará caracterizada no por la supremacía de la ley respecto de otras fuentes, sino por su carácter exclusivo. Sistema legal y Derecho devinieron en lo mismo, como quedó muy pronto demostrado en la formación jurídica de maestros, jueces, notarios y abogados llamados y obligados a conocer y a aplicar la ley.

El tema de la justicia no representó mayor problema de conciencia para todos esos operadores del Derecho, puesto que el precedente iusnaturalista procedente de Hobbes justificaba racionalmente que la voluntad popular debidamente representada por los poderes del Estado se diera a sí misma las normas que obligaran realizar (o a abstenerse de llevar a cabo) determinadas conductas a los individuos que formaban la sociedad. Lo expresado por esta voluntad representada supuso no sólo la anhelada racionalidad del Derecho, sino la justicia misma. Hacer justicia, dictarla, sancionarla, o buscarla no será en adelante otra cosa que aplicar correctamente la ley emanada de esa voluntad. No es que Derecho y justicia se hayan separado, lo que ocurrió es que la ley los fundió en sí.

Hay en esto algo más que un simple periodo de supremacía legislativa; es una época de aniquilación y desconocimiento total por parte del Estado de las otras fuentes tradicionales del Derecho, en particular de la jurisprudencia, indudablemente la más perjudicada por el monopolio estatal.

El caso alemán condujo a la misma conclusión que el francés, si bien por caminos diversos. Por un lado, no se trató de buscar un Derecho esencialmente justo, sino de establecer un sistema lógico explicable en sí mismo y capaz de solucionar cualquier controversia suscitada entre los hombres apelando, eso sí, a la racionalidad de la norma legal. Por otro, la soberanía del positivismo científico —la jurisprudencia de conceptos, el Derecho de juristas de la Pandectística— antecedió al positivismo legislativo reclamado por el Estado. En ambos casos, sin embargo, se pretendió construir un sistema jurídico positivo cierto y seguro, sin ambigüedades y con relativa facilidad en su aplicación.

Al finalizar el siglo y por caminos distintos, la dogmática jurídica europea continental abandonó sin estridencia alguna los presupuestos e imperativos iusnaturalistas para afirmar el más radical positivismo jurídico.

Para evitar cualquier confusión es necesario, antes de seguir, distinguir entre los conceptos positivismo filosófico y positivismo jurídico. Como sostiene Guido Fassò, el “término positivismo acabó siendo adoptado por toda teoría que no fuera o no pudiera entenderse como metafísica”, pero hay que distinguir entre hecho positivo y norma o Derecho positivo, pues “una cosa es la positividad de un efectivo, concreto comportamiento humano, y otra es la positividad constituida en base a la existencia formal de una norma.” Lo primero constituyó el objeto de estudio del positivismo predicado por Augusto Comte (1798-1857) y sus seguidores, como se verá más adelante, siempre contrario a entender la realidad desde un punto de vista meramente formal; lo segundo se refiere al Derecho “puesto” con validez formal, como fueron los casos del positivismo científico, “puesto” por los

juristas pandectistas, y del positivismo legislativo, “puesto” por el legislador. Aunque ambos abjuraron de consideraciones metafísicas (éticas o axiológicas) y se opusieron al iusnaturalismo moderno, el positivismo filosófico de Comte no renegó ni menospreció a la Historia, mientras que el jurídico “llevado por su formalismo, termina por asumir un carácter ahistórico” (Fassò).

En efecto, el positivismo científico y su nuevo Derecho de juristas implicaron una posición eminentemente formalista del Derecho, ajena, en consecuencia, a cualquier consideración material del mismo. Su evidente abstraccionismo se apartó de los vínculos que tanto la jurisprudencia romana como la medieval habían mantenido siempre y necesariamente con la realidad social, con la visión problemática que había caracterizado al trabajo del jurista, así como con los fundamentos éticos de sus respectivas sociedades. Por su parte, el positivismo legislativo —el llamado a prevalecer como técnica del poder ordenador del Estado— prescindió de la Historia desde sus antecedentes y presupuestos iusnaturalistas. Lo notable en la historia del pensamiento jurídico occidental es que en este momento —finales del siglo XIX— el positivismo legislativo no tuvo ningún teórico que lo definiera ni, menos aún, que hiciera su apología. Se llegó a él como consecuencia casi natural e inadvertida del ascenso del Estado moderno y de sus pretensiones sobre el Derecho y la justicia.

Lo naturaleza meramente formal de la norma jurídica, sea que la dictara el jurista sabio o el legislador, fue la característica esencial de ambos positivismos jurídicos (“formalismo jurídico”); de aquí que las corrientes del pensamiento jurídico que se opusieron a ella se consideren antiformalistas o, en palabras de Wieacker, naturalistas, si se trata de concepciones derivadas del positivismo comtiano; o iusnaturalistas, si derivan de este pensamiento tradicional. La primeras se alzaron ya hacia finales del XIX contra la “soberanía del positivismo científico” (Wieacker) y forman un conjunto muy variado de corrientes que han tenido diversa suerte y, algunas veces, terribles excesos; las corrientes

iusnaturalistas del siglo xx se han seguido agrupando según su origen teológico o racionalista —ambas con una visión sistemática del Derecho—, aunque también ha resurgido un pensamiento iusnaturalista fiel a la tónica medieval y a la consideración prudencial del Derecho.

EXPANSIÓN DEL *COMMON LAW*

De haber estado constreñido a la isla británica y a algunas colonias más o menos extensas hasta el siglo xviii, el sistema o familia del *common law* se expandió al amparo de la propia expansión imperial inglesa —la más grande que haya conocido la historia— durante todo el siglo xix, una vez que dejó su fuerte impronta en los Estados Unidos de América, independientes desde 1776, y donde se desarrolló el Derecho angloamericano, tan trascendente en todo el mundo, sobre todo en materia constitucional. Fue precisamente durante esa última centuria cuando el *common law* adquirió una fuerte presencia en los cinco continentes: Canadá —excepto Quebec—, Jamaica, Belice y Guyana en América; Nigeria, Sudán, Zimbawe, Kenia y Liberia en África; Nueva Zelanda y Australia en Oceanía; y Malasia, Pakistán y Tailandia en Asia, para citar sólo algunos de los muchos países que formaron o siguen formando parte de la Commonwealth británica y que, en su conjunto, integran la familia del *common law*, distinta a la Romano-canónica, y donde rige esta peculiar manera de entender el Derecho, de fuerte ascendiente medieval y que no se diferencia en mucho de la forma romano clásica de creación jurídica. Siempre al margen de cualquier intento codificador, sea bajo el modelo francés o el alemán, en 1873 la tradicional división entre *common law* y *equity* quedó superada mediante el establecimiento de la Supreme Court of Judicature.

Por lo que se refiere a la ciencia del Derecho inglés es justo mencionar en esta *Historia mínima* cuando menos los nombres

de William Blackstone (1723-1780), autor de *Commentaries on the Laws of England*; del ya citado Jeremy Bentham; el de John Austin (1790-1859), teórico de la jurisprudencia analítica; y el del historiador del Derecho medieval inglés Frederic William Maitland (1850-1906), autor de *The History of English Law*.

No pude desconocerse que a partir del siglo XIX el *common law* ha sido el responsable de que buena parte del mundo contemporáneo viva regida conforme a una concepción del Derecho también occidental aunque distinta a la que ha dominado en los países de la Recepción, en Latinoamérica y en otros de Asia, Oceanía y África.

V. EL DERECHO EN EL SIGLO XX

HACIA UNA DOGMÁTICA UNIVERSAL: EL IMPERIO DE LA LEY

El triunfo del positivismo legislativo —que conlleva una visión formal y normativa del Derecho— ha determinado las características de la dogmática jurídica vigente en buena parte de Occidente y en casi todo el mundo. Incluso en los países de tradición anglosajona, o de concepciones jurídicas diferentes a la analizada en esta *Historia mínima*, su papel es absolutamente relevante y no ha dejado de ser el instrumento idóneo del Estado —de cualquier Estado— para ordenar tanto la vida pública como la privada de sus habitantes. Validez formal es lo que se exige a las normas para considerarlas jurídicas y, por lo mismo, obligatorias en el campo de la administración pública y en la vida procesal y judicial de todos esos países. El positivismo legislativo —con el antecedente alemán del científico— acabó imponiendo una estricta visión formal del orden jurídico, donde lo esencial es el cumplimiento de procedimientos lógico-formales en la creación de las normas jurídicas. La sustitución de una concepción del Derecho entendido como orden justo por una concepción donde el mismo se define como un conjunto de normas legales quedó férreamente asentada en la conciencia de los juristas occidentales del siglo xx, así como, obviamente, en los legisladores. Y no ha sido superada hasta la fecha.

Los efectos de este positivismo jurídico formalista han sido, por una parte, coherentes con las aspiraciones del Estado liberal y democrático concebido en el siglo xix, garante de los derechos

del hombre y limitado bajo la vigencia real de una Constitución política resultado de la manifestación libre de la voluntad de sus ciudadanos; y en este sentido, pueden o no corresponder a los ideales del iusnaturalismo tanto teológico como racionalista. Pero, por otro lado, sus efectos también han resultado contrarios a esos ideales, a la vida, a la libertad y a la justicia material del hombre. Entendido el Derecho como mera norma válida formalmente, el verdadero problema acerca del sentido del mismo —y de la justicia— se transfirió al contenido de esa norma. ¿Qué determina qué la ley sea justa? ¿Cuál *debe ser* su contenido? ¿Cómo enfrentar situaciones donde las peores decisiones políticas, contrarias del todo a la dignidad de la persona humana, son presentadas y formalmente obligatorias como leyes? ¿Existen —y cuáles serían— los límites del legislador en este sentido? ¿Qué relación debe existir entre ley, realidad social y valores superiores del Derecho? A dar respuesta a éstas y a otras interrogantes relacionadas con ellas se encargaron diversas corrientes del pensamiento occidental del siglo xx, pero sin tener ninguna de ellas la capacidad suficiente para modificar sustancialmente el modo de entender, concebir, enseñar y aplicar la dogmática jurídica inherente al positivismo legislativo; es decir, sin superar el absolutismo jurídico aún vigente.

Dado que la naturaleza del positivismo legislativo es meramente formal permite distinguir entre un positivismo legislativo legítimo y uno ilegítimo. Este último será el que rompa —con sus contenidos inhumanos— con los fundamentos y valores más altos de la cultura jurídica de Occidente, formados en sus orígenes en Grecia y expresados históricamente en el devenir cultural de cada uno de los pueblos o países que conforman el mundo occidental. En este contexto se puede hablar de leyes justas y de leyes injustas. Lo verdaderamente trágico de la historia del Derecho occidental del siglo xx es que, al romper el positivismo legislativo con los fundamentos éticos y con los valores de la cultura occidental forjados a lo largo de su milenaria

historia, y mediante “la moderna técnica de poder”, es que propició —al decir de Wieacker—, por primera vez en esa historia, “sistemáticas reacciones en cadena de injusticias en forma legal”. Los ejemplos de esta consecuencia tanto en Occidente como en todo el mundo sobran y, por desgracia, se siguen sucediendo.

Por su parte, la jurisprudencia se extinguió de la vida cultural de Occidente y el pensamiento de los juristas quedó sometido, desde el punto de vista teórico, a una diversidad de concepciones filosóficas acerca de lo jurídico y, desde el punto de vista práctico, a conocer y comentar la legislación vigente. El dominio de la visión sistemática hizo innecesaria cualquier presencia de especialistas en la tópica: los problemas del mundo jurídico se debían y podían resolver mediante la eficaz aplicación de la ley, ya que, finalmente, en esto consistía hacer justicia.

Toda vez que la dogmática jurídica dominante sigue estando determinada diariamente por el imperio de la ley, las páginas que siguen no son ya parte de una historia del Derecho estrictamente considerada, sino más bien dan cuenta de una historia del pensamiento jurídico o de la filosofía del Derecho, en la cual distintos autores —principalmente, filósofos o teóricos del Derecho— presentan sus argumentos en contra o en favor de aquella concepción dogmática, formando una diversidad de escuelas diferenciadas por sus postulados y orientaciones metodológicas derivados de posiciones filosóficas diversas. Nunca mejor dicho: “dime cómo piensas y te diré cuál es tu concepción del Derecho”.

LA CRÍTICA ANTIFORMALISTA

La extrema racionalización y el abstraccionismo radical de la Escuela Pandectista, por un lado, y el formalismo de un positivismo legislativo sin conexión con la realidad, por otro, corrieron paralelos a las interrogantes de una época caracterizada

también por grandes cambios sociales. El aumento de la población, el triunfo de la industrialización, la irrupción del proletariado, las revoluciones liberales, la revolución científica, el avance de las ciencias naturales, la idea del progreso, la confianza en la técnica y en la experimentación, la secularización radical, la intensa alfabetización, el establecimiento de los Estados nacionales, el imperialismo colonial, el redescubrimiento del Oriente, la anarquía como modo de vida, el renacimiento católico, etc., son todos hechos que se dieron por diversas causas y que transformaron radicalmente la vida social en Occidente, llevándola a la necesidad de ser considerada y explicada en forma real, más *positiva*; es decir, anclada más con los hechos sociales que con las ideas abstractas y las formas ajenas a contenidos determinados por la realidad social. La ubicación del Derecho como una ciencia de la naturaleza y no como una ciencia del espíritu —en la división establecida por Dilthey (1833-1911)— supuso analizarlo como una realidad cognoscible en su exterioridad y apariencia, y reducible a leyes naturales susceptibles de ser investigadas y manipuladas.

Considerar al Derecho así, como un hecho positivo y natural, resultado de causas y efectos que requiere, más que ser definido, ser explicado por medio del método positivo de la observación y la experimentación para conocer las causas que lo determinaron y, por ende, estar en posibilidad de predecir sus consecuencias, constituye el principio fundamental de la Escuela Naturalista, o mejor dicho, de las distintas escuelas naturalistas. Las que nos deben interesar aquí son las que se relacionaron directamente con el Derecho. Todas coinciden en buscar sustitutivos realistas de la justicia (dictadura del proletariado, interés dominante, fines económicos, psicológicos, políticos, o meramente sentimentales; pureza racial, supremacía del más fuerte, espacio vital, sancionar la realidad que *es*, etc.) para legitimar el Derecho, desde luego, el positivo, el único que *es*; sustitutos todos de explicación diversa pero siempre coincidentes

con la idea de que el Derecho es un hecho natural que se da, se observa y se explica dentro de la realidad social.

*Ihering, la jurisprudencia de intereses
y el "movimiento del Derecho libre"*

No debe extrañar, en consecuencia, que la crítica al excesivo formalismo de la Pandectística proviniera de las corrientes derivadas de la filosofía positivista propuesta por Augusto Comte. El primero en reaccionar contra el frío esquema mental de los juristas de aquella Escuela fue uno de sus más conspicuos miembros, Rudolf von Ihering (1818-1892), quien abandonando su posición formalista inicial se convirtió en uno de los más notables representantes del naturalismo jurídico. Nacido en Aurich, bisnieto de Conring, egresado de la Universidad de Berlín, impartió cursos en las de Basilea, Viena y Gotinga, ciudad donde falleció. Como pandectista publicó los primeros tomos de *El espíritu del Derecho romano*, pero como iniciador de las corrientes antiformalistas dio a luz al breve opúsculo *La lucha por el Derecho* y, sobre todo, *El fin del Derecho*, donde postuló que el fin que tenga o se le dé a la norma jurídica es lo que determina su juridicidad. Partiendo de este postulado, y contrario tanto al principio de la plenitud hermética del orden jurídico como a la sumisión del juez frente al legislador, surgió la Escuela de la Jurisprudencia de Intereses que afirmó que las normas legales eran resultado de, y expresaban, los diversos intereses imperantes dentro de una sociedad determinada, recogiendo aquellas el interés prevaleciente conforme al cual se habrían de solucionar los conflictos jurídicos; por lo mismo, defendió un método que liberaba al juez del sometimiento radical hacia la ley al darle la posibilidad de decidir con base en el interés dominante que se expresaba en la voluntad del legislador y, en principio, en la norma jurídica. Agrupados en torno a la Universidad de Tubinga,

destacaron Philip von Heck (1858-1943) y Max von Rümelin (1861-1931); el primero, originario de San Petersburgo pero educado en Leipzig, Heidelberg y Berlín, fue autor de *Jurisprudencia de intereses*; el segundo, nació en Stuttgart y se formó en Tubinga, donde escribió diversos discursos académicos como el titulado *Contenido legal sin fuerza de ley* y otros recogidos un año antes de su muerte. A partir de esta Escuela surgió lo que se ha llamado el “movimiento del Derecho libre”, que más que una escuela doctrinal fue una corriente metodológica que se propuso la total emancipación de los jueces respecto de la obediencia debida a la ley al facultarlos para decidir conforme a una “obediencia pensante”. Para sus representantes —Ernst Fuchs (1859-1929), Hermann Kantorowicz (1877-1940) y Ernst Stampe (1856-1941)— “la decisión judicial se basa no en procesos intelectuales, sino en procesos intuitivos y emocionales, sobre todo en el sentimiento subjetivo del Derecho” (Wieacker). Este método requirió del conocimiento preciso de los intereses efectivos en los que se fundamentaban las normas jurídicas y conforme a los cuales los jueces debían juzgar, por lo que se necesitó de una ciencia auxiliar que los estudiara: la “investigación de los hechos del Derecho”, que tuvo en Arthur Nussbaum (1877-1964) su principal representante. No es necesario aclarar que este método tuvo en manos de los Estados totalitarios del siglo xx terribles consecuencias.

Gény y su método de interpretación del Derecho privado

Paralelamente al desarrollo de la llamada “Escuela del Derecho Libre”, en Francia surgió una corriente contraria tanto a la Escuela de la Exégesis como a la fría y abstracta jurisprudencia conceptual defendida por la Pandectística alemana encabezada por el civilista François Gény (1861-1959) —con todo, el más longevo de los juristas aquí recordados—, y expuesta en sus

obras principales: *Método y fuentes de interpretación en Derecho privado positivo*, publicada en 1899, y *Ciencia y técnica en Derecho privado positivo* que apareció entre 1912 y 1924. Gény distinguió entre lo dado —ciencia— y lo construido —técnica—, para entre ambas perfilar el camino hacia la comprensión de un Derecho positivo vinculado necesariamente a “la naturaleza de las cosas” (y, por ende, a la “naturaleza social”), con lo cual si bien estuvo lejos de los principios iusnaturalistas tradicionales (universalidad e inmutabilidad), sí sustentó una posición realista muy cercana al trabajo del jurista romano y medieval, donde la idea de Derecho natural tuvo una función más bien práctica orientando a la jurisprudencia a partir de la consideración de la necesidad de examinar y tomar en cuenta, ante todo, las cosas en sí mismas, tal y como se muestran en la realidad.

Otras corrientes naturalistas

La visión antiformalista del Derecho tuvo el mérito de reivindicar la necesaria vinculación entre el Derecho y la sociedad, así como con otras realidades como la económica, la antropológica, la psicológica y, por supuesto, también con la histórica. El problema que implica es que renunció a valorar el concepto del Derecho más allá de consideraciones fácticas, es más, incluso se negó a definirlo para postular en su lugar la convicción científica de que el Derecho es lo que como tal aparece —y se puede verificar— en la realidad social: sea lo que cada sociedad entienda y acepte como Derecho, al margen de cualquier consideración formal, ética o axiológica. Desde estas perspectivas, pueden considerarse escuelas naturalistas la Sociología jurídica, el Marxismo, el Fascismo, el Nacionalsocialismo, y la Escuela Realista Escandinava. Todas se disputaron el derecho de darle contenido a la forma legal (norma jurídica) y legitimar, de este modo, como *jurídico* lo que no era en muchas ocasiones sino un

mero apetito de poder con consecuencias verdaderamente dramáticas, como lo ha demostrado la dolorosa historia del siglo xx, el más aterrador de esta *Historia mínima*.

Vale la pena mencionar brevemente a la primera de aquellas y distinguirla del estudio sociológico acerca del Derecho, disciplina dirigida a explicar y describir el funcionamiento y efectos de las instituciones y normas jurídicas, y el trabajo de los operadores del Derecho en la realidad social sin mayores pretensiones acerca del tema de la naturaleza del Derecho, misma que, desde luego, acepta como un fenómeno positivo. Por su parte, la Sociología jurídica parte del supuesto de explicar al Derecho como hecho pero indaga sobre los fundamentos reales que lo conforman y lo determinan, abriéndose, de este modo, a un número más o menos amplio de perspectivas, como las que encabezaron de forma singular y diferenciada autores como el ya mencionado Otto von Gierke, para quien el Derecho es “una manifestación de la vida común de los hombres”; Eugen Ehrlich (1862-1922) y su concepto del Derecho como ordenamiento interno de relaciones sociales; los franceses —más interesados en el Derecho público que en el privado—; Maurice Hauriou (1856-1929) que antepone las “instituciones” a las reglas del Derecho y no al revés; León Duguit (1859-1928) y su idea del Derecho entendido como regla social encaminada a resolver el problema de la “solidaridad social”; el italiano Santi Romano (1875-1947) quien, sin ser propiamente un miembro de esta corriente, expuso una teoría sociológica del Derecho muy atractiva que opone la concepción del mismo entendido como “ordenamiento jurídico” a la consideración normativa del Derecho, y donde dicho ordenamiento es entendido dentro de una ecuación necesaria con el concepto de institución, no exento de normas, de potestad y de voluntad; el pensador ruso Georges Gurvitch (1894-1965), defensor del pluralismo jurídico y del antiestatismo; y Max Weber (1864-1920), pensador universal, quien en uno de los capítulos de *Economía y sociedad* expuso su

teoría acerca del Derecho entendido como una de las manifestaciones de la “acción social” y caracterizado por ser un orden legítimo producto de un creciente proceso de racionalización.

LA REACCIÓN FORMALISTA

Las teorías naturalistas, en su afán determinista de explicar la complejidad del Derecho desde la óptica causal y con métodos aplicados a los fenómenos naturales, acabaron por desdibujar la naturaleza propia del Derecho y de la ciencia aneja a él. Ambas habían perdido su autonomía y se disolvían en medio de todo tipo de explicaciones causales surgidas según los modos en que el Derecho aparecía o funcionaba en la realidad social. Contra esta conclusión surgieron también una variedad de teorías de orígenes diversos, algunas claramente iusnaturalistas y otras dentro de un positivismo formalista radical. Preocupadas por restaurar la autonomía científica del Derecho y por definirlo conforme a postulados filosóficos ideales neokantianos, surgieron en la primera mitad del siglo las teorías “puras” (es decir, no contaminadas con ingredientes metajurídicos) del Derecho que tuvieron en el filósofo del Derecho Rudolf Stammler (1856-1938) su primer representante. Originario de Alsfeld, Stammler estudió en Leipzig bajo la dirección de célebre romanista Rudolph Sohm (1841-1917) y de Windscheid; fue catedrático en las universidades de Marburgo, Giessen, Halle y Berlín, y publicó *La doctrina del Derecho justo*, *Teoría de la ciencia del Derecho* y un *Tratado de filosofía del Derecho*, entre otras obras. Acuñó el concepto “Derecho natural de contenido variable” para referirse “a las condiciones lógicas absolutas del Derecho justo”; para superar la posible contradicción, identificó el elemento invariable de ese Derecho natural con “una idea del Derecho formalmente determinada” por una “voluntad soberana, vinculante e inviolable” (Wieacker). Sin embargo, fue el jurista y pensador alemán

Hans Kelsen (1881-1973) el representante más influyente de esta orientación filosófico-jurídica. Nacido en Praga y fallecido en Berkeley, la vida de este extraordinario jurista cubre un siglo marcado por la más intensa polémica que se haya sucedido en la historia de la humanidad en torno a lo que el Derecho es o debe ser y, a la vez y paradójicamente, testigo de la mayor y más generalizada violación de la dignidad del hombre que la Humanidad haya conocido. Por desgracia, su reivindicación honesta y lúcida de la autonomía del Derecho contribuyó no poco a la legitimación de prácticas contrarias a esa dignidad cuando fue reclamada como teoría del poder y reforzó el monopolio del Estado sobre el Derecho. Kelsen estudió en Viena y en 1911 publicó los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado, desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica* donde dejó entrever su inclinación por una consideración del Derecho eminentemente positivista y formal. En 1919 contribuyó a la instalación del Tribunal Constitucional austriaco y encabezó la llamada Escuela de Viena, a la que se adhirieron, entre otros, Alfred Vedross (1890-1980) y Adolf Julius Merkl (1890-1970). Un año después publicó un nuevo libro donde ya empleó la fórmula “teoría pura del Derecho”, que será el título de su obra más influyente, publicada en 1934. En el ínter publicó su *Teoría general del Estado*. En 1933 fue privado de su cátedra en la Universidad de Colonia debido a su origen judío y después de una estancia en Ginebra pasó a los Estados Unidos, donde publicó *General Theory of Law and State*. En la segunda edición de su *Teoría pura*, publicada en 1960, mostró una serie de importantes modificaciones a su pensamiento idealista inicial. Pureza metódica; reivindicación del carácter científico del Derecho; diferencia radical entre el Derecho y la moral, y entre el mundo del ser y el del deber ser; teoría general, es decir, aplicable a cualquier orden jurídico positivo; concepto de norma jurídica como propio y exclusivo de la ciencia jurídica; concepto de coacción; consideración formal de la norma jurídica; norma hipotética

fundamental dotada de validez en sí misma y capaz de dotar de validez formal a las normas secundarias que forman una verdadera pirámide normativa; concepto de Constitución e identificación total entre Derecho y Estado, son las principales tesis de este ineludible y trascendente autor cuya obra significó el reformamiento de la dogmática jurídica práctica sobre la base de la aplicación del sistema legal.

CRISIS DEL DERECHO Y GUERRA MUNDIAL

Cuando el historiador del Derecho voltea su vista hacia los tres últimos siglos encuentra que el XVIII significó la consagración de los derechos del hombre, entendidos, claro está, a la manera de entonces; el XIX, la Codificación del Derecho, en aras de una mayor seguridad jurídica, y el Constitucionalismo, en pro de la delimitación del poder político estatal; pero, ¿y el XX? Lo dramático de esta *Historia mínima* es que sus últimas páginas exhiben hasta dónde puede llegar una concepción del Derecho cuando se unen consideraciones meramente formales al servicio del Estado con consideraciones extraídas de la realidad sin vincularse a valores superiores y a una ética históricamente construida y heredada de los fundamentos mismos de la civilización occidental. Si por una parte el racionalismo inherente a las tesis iusnaturalistas del siglo XVIII se transformó en un voluntarismo político, llegándose a justificar filosóficamente la identidad del Estado con el Derecho, y, por otra, se justificó el Derecho desde consideraciones meramente realistas y fácticas, resulta lógico concluir que esta mezcla sea la responsable de la mayor cadena de injusticias legitimadas jurídicamente que la Humanidad haya conocido. En efecto, tanto los crímenes de los nazis, el “gulag” soviético, la destrucción de la milenaria cultura china, los fundamentalismos religiosos, el fascismo, las dictaduras totalitarias de cualquier signo, las guerra étnicas, las revoluciones desde

el poder, como la persecución de disidentes políticos, la discriminación, y el actual terrorismo estatal de ciertos países, encontraron y siguen encontrando tanto en la ley (forma) como en consideraciones realistas de orígenes variopintos (contenido) su justificación en la “correcta” aplicación de la ley. Y es que esta doble justificación dotó al Estado moderno del siglo xx de un instrumento formidable y dúctil para proponerse y conseguir cualquier fin, por más contrario que pudiera ser a los valores superiores de la civilización occidental. La mesa estuvo servida para quien quisiera disponer de ella: al fin y al cabo y mientras se acataran las formas nadie podía reprochar ilegalidad o injusticia. ¡Y vaya que se dispuso —y se sigue disponiendo— de esta mesa!:

Qué representa la realidad de esa fórmula —afirmó Franz Wieacker siete años después de finalizada la segunda Guerra Mundial— lo enseñan los terribles triunfos del naturalismo en el Derecho legislado o en la rutina del cercanísimo pasado. El que el asesinato de los enfermos mentales sea “útil” para el hogar de la “comunidad nacional”, el exterminio de otras razas para la raza señorial, la exigencia de responsabilidad a la parentela para la buena conducta del padre de familia, la gratificación al denunciante para la soberanía de una minoría: el haber impreso todas esas paticojas verdades como verdades “jurídicas” en la conciencia pública son las aberraciones de un naturalismo aplicado que se desembarazó de la palidez de la reflexión y que de la observancia científica de la realidad degeneró en experimentación con el hombre.

Y aunque en todo tiempo se ha podido evidenciar la instrumentación política del Derecho durante el siglo xx se buscó desde el poder político, con inusitado afán y sin tapujos, establecer lo que le era “útil” al pueblo para cubrirlo después de formas legales. Esta situación, donde imperó “la Ética del reino animal” fue provocada, como también afirma Wieacker, por “la extrema racionalización de la conciencia, el entumecimiento de

las restricciones religiosas, tradicionales o morales de fines y la incomparable concentración de la moderna técnica de poder”.

Ambos —formalismo legislativo y naturalismo— se unieron en su rechazo al iusnaturalismo pero al hacerlo dejaron sin mayores defensas a hombres y sociedades que siguieron reclamando libertad, igualdad, solidaridad, justicia, seguridad y paz, tal y como quedó de manifiesto en la mayor tragedia que la Humanidad ha sufrido en su ya larga historia: la segunda Guerra Mundial. El resultado fue tan espantoso y tan dramático para la conciencia jurídica de Occidente que sus juristas —los primeros responsables de esta situación— voltearon una vez más hacia consideraciones iusnaturalistas para impedir que se repitiera en el futuro: De aquí la celebración del juicio de Núremberg, las conversiones jurídicas de Vedross, de Gustav Radbruch (1878-1949), de Francesco Carnelutti (1879-1965) y de otros juristas europeos, y la proclamación de la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre* aprobada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) inmediatamente después de finalizada la guerra. Este renacer iusnaturalista había precedido a la guerra, como lo demuestran las obras de Giorgio del Vecchio (1878-1970), en especial *La justicia*; y dentro del iusnaturalismo católico, las obras del jesuita Viktor Cathrein (1845-1931), de Heinrich Rommen (1897-1967) —con su expresión del “eterno retorno del Derecho natural”—, y las del sacerdote austriaco Johannes Messner (1891-1984); pero se continuó una vez concluida aquélla en autores como Michel Villey (1914-1987), Arthur Kaufmann (1923-2001), y el australiano John Finnis (1940), así como desde la perspectiva racionalista con Erik Wolf (1902-1977), Hans Welzel (1904-1977) y Helmut Coing (1912-2000), algunos de los cuales han sostenido las posibilidades de Derecho natural relativo o de contenido variable. Pero si bien durante algunos años se habló (y hay quienes todavía hablan) de un retorno a la “justicia material”, por desgracia el devenir de Occidente en la segunda mitad del siglo corrió paralelo al desarrollo de nuevas

corrientes naturalistas (p. ej. la Escuela Realista Escandinava iniciada en la primera mitad) y al refuerzo teórico de las concepciones formalistas dentro de las universidades y escuelas de Derecho que se resisten a entender a éste más allá de su mera expresión formal. Es cierto, también, que algún viento favorable corre en nuestros días que permite vislumbrar la definitiva superación que el excesivo e incontrolado voluntarismo del legislador ha impuesto a la ciencia del Derecho: la vinculación (que no asimilación) necesaria entre Ética y Derecho, el nuevo constitucionalismo, la vigencia del Derecho internacional público, el reconocimiento al pluralismo jurídico, la reivindicación de la tópica, la difusión y la protección intensa y extensa de los derechos humanos, la autonomía judicial, la enseñanza de disciplinas como la Historia del Derecho, el Derecho comparado o la Deontología jurídica, y el progresivo establecimiento de sociedades verdaderamente democráticas hacen pensar que no todo puede considerarse negativo en el horizonte de la historia jurídica de Occidente durante el siglo que vivimos.

EL LEGADO DEL SIGLO XX

Nadie, especialmente el historiador del Derecho, puede dejar pasar inadvertidas las terribles consecuencias que ha aparejado para el destino del hombre la fusión de las corrientes naturalistas con el positivismo legislativo durante el siglo pasado. Haber legitimado desde la ley —convertida en el Derecho— cualquier decisión política o cualquier creencia colectiva por más popular que pudiera ser sin tomar en consideración la existencia de valores trascendentes en favor de la dignidad y de la superación de las condiciones materiales y espirituales del hombre, parece haber conducido no sólo a los dramáticos hechos vinculados a la última conflagración mundial, sino todavía a las actuales condiciones donde el respeto a la vida, a la libertad, la

igualdad, la tolerancia, el respeto a los mínimos derechos del hombre, y la solidaridad, parecen ser más objeto de declaraciones y de tratados entre los Estados, de leyes y decretos, que de una verdadera convicción colectiva acerca de la necesidad ética de procurar, defender y garantizar dichos derechos y valores trascendentes tal y como la cultura occidental los ha venido descubriendo desde sus orígenes grecolatinos y judeocristianos. Las últimas guerras balcánicas, las actuales en Medio Oriente, el tráfico de mujeres y menores, el fundamentalismo yihadista, la generalización del consumo de todo tipo de drogas, la corrupción, el confort como único anhelo de vida, el eudemonismo ilimitado, la manipulación irresponsable del genoma humano, el consenso político conseguido a través de la eficaz manipulación de la información, el abismo económico que separa a países y sociedades así como a los miembros de un mismo Estado, las políticas de seguridad nacional que no reparan en violentar las mínimas garantías procesales, la neutralidad de los mercados internacionales frente a las necesidades económicas de países diversos o de sociedades desiguales, el terrorismo como instrumento para imponer cualquier tipo de dogma, las consecuencias del crimen organizado vinculado a los aparatos estatales, el anonimato y sofisticación de mecanismos financieros internacionales al servicio del crimen, y las modernas formas de esclavitud y de enajenación colectiva disfrazadas de contratos laborales o, en su caso, de diversiones novedosas, supone un panorama nada halagador para los juristas del siglo actual. Sin embargo, esta situación no puede desconocer los avances que el Derecho occidental ha conseguido en un siglo de claroscuros. El más notable e incuestionable ha sido la incorporación a la vida jurídica, política, económica y cultural del mundo de esa otra mitad de la Humanidad que forman las mujeres. Actualmente, son ciudadanas de pleno derecho, gobiernan y deciden sobre los caminos que ha de seguir la economía y la sociedad, e intervienen activamente en actividades artísticas, culturales y de todo

tipo. Su “liberación” ha de verse más que como el resultado de disposiciones legales como el triunfo de un convencimiento colectivo del valor y trascendencia de la mujer en la civilización occidental. Otro avance está en la consideración actual que el hombre debe y da a su medio ambiente natural. Si por siglos se ha hablado del Derecho natural, nunca antes como en el siglo xx la Naturaleza en sí misma ha sido objeto de cuidado y de respeto por parte de la sociedad política organizada, tal vez porque el imponente desarrollo tecnológico, por vez primera, amenaza con degradarla y hacerla imposible para la subsistencia del hombre en la Tierra. No menos importante ha sido aceptar que no toda respuesta a los problemas jurídicos proviene del Estado ni que se procura mediante frías y racionales decisiones políticas que desconocen —y aun violentan— la historia, las tradiciones, las formas particulares de ver las cosas y de interpretar la realidad, y que obvian los mínimos postulados éticos que orientan la vida de la Sociedad occidental así como las más profundas creencias de sus miembros, por más que estén formalmente avaladas por una cada vez más supuesta “voluntad general”. En este sentido, el descubrimiento “del otro” —pueblos, sociedades, minorías de cualquier clase, hombres y mujeres discapacitados, ancianos y niños, etc.—, de su singularidad e intrínseca libertad —sea considerado como individuo o como minoría dentro de una colectividad— ha de ser valorado como un hecho muy relevante de la ciencia del Derecho, más que del legislador de cualquier Estado. La conciencia de esta diversidad humana exige, una vez más, la búsqueda y realización de una “justicia material” y no meramente formal dentro de cada Estado y entre los actuales Estados.

En el complejo devenir histórico que se avizora parece —y hay que subrayarlo, “parece”— que se abren caminos para un nuevo renacimiento de la jurisprudencia y de sus autores, los juristas dotados de *auctoritas*. La complejidad y novedad de problemas hasta ahora insospechados, el tráfico internacional

de personas, capitales, bienes, y servicios; la consideración y apertura hacia el “otro”, la cada vez más limitada capacidad de los tribunales para dar respuesta rápida y eficaz a tantos nuevos y tan variados problemas apelando únicamente a las decisiones del legislador, la constatación de que la justicia es realizable pero limitada, la valoración de lo humano tanto en su unicidad como en su diversidad y de lo social en sus diferencias, y la subsistencia —todavía— de los altos valores éticos propuestos por la cultura jurídica occidental, así como su realización en el tiempo histórico, permiten pensar que la actividad de dichos jurisprudentes se hace nuevamente necesaria. Nuestros tiempos exigen desplegar, una vez más, con toda fuerza e intensidad, las virtudes que siempre han caracterizado al jurista: la justicia y la prudencia, así como la libertad y la imaginación. El peligro, por desgracia, siempre estará presente: el establecimiento de cualquier tipo o forma de absolutismo.

ENSAYO BIBLIOGRÁFICO MÍNIMO

Esta *Historia mínima del Derecho en Occidente* ha sido orientada en los cinco capítulos en que se divide por cuatro autores eminentes que han servido para conducir el guión general de la obra sobre la idea central de que el Derecho —con toda su fuerza obligatoria y coercitiva— también ha sido elaborado por una clase profesional de juristas doctos comprometidos con su sociedad, su tiempo y sus circunstancias reales, y vinculados a una determinada concepción del mundo y del hombre para colaborar, junto con otras fuentes jurídicas, a la solución de los conflictos y problemas que la vida colectiva por fuerza genera, así como al diseño o “invención” de las instituciones indispensables para lograr una vida colectiva ordenada, pacífica, justa y segura. Lo que ha distinguido el saber de los juristas en la historia occidental es su visión secular acerca del Derecho entendido por todos ellos (romanos, medievales y premodernos) como un orden justo (*Ius*) que se realiza, no sin dificultades, mediante el uso y aplicación de diversas fuentes por parte de jueces virtuosos (prudentes y justos) cuya misión es decir el Derecho aplicable, todo ello con el objetivo de realizar la justicia en las concretas y singulares circunstancias conflictivas que les son planteadas para su resolución. Este Derecho, capaz de ser aplicado por los tribunales, se ha expresado históricamente en diversas formas: leyes emanadas del poder público, usos y costumbres formados por pueblos, corporaciones e instituciones de diverso origen, pactos y acuerdos, sentencias judiciales, tratados internacionales y, desde luego, en el parecer u opinión de los juristas más

calificados. Lo propio, sin embargo, de la jurisprudencia es que su obligatoriedad no ha descansado en la fuerza del poder político, ni en la fuerza de la tradición ni, menos, en la voluntad de las personas, sino en la *auctoritas* propia del jurista que emite una opinión prudente y eficaz basado en el estudio del problema, en el examen de la realidad, en el valor de la justicia, en el uso de su razón, y en su capacidad para entender el complejo mundo social que lo rodea. Tanto el Derecho romano-clásico, como el *Ius commune*, y, de alguna manera, la Pandectística alemana afirmaron y demostraron históricamente las posibilidades de la jurisprudencia, la libertad que subyace en ella y su capacidad para resolver racional y justamente los nuevos problemas que, necesariamente, les fue presentando el cambio histórico. Pero no sólo esto, sino que, además, lo hicieron ejemplarmente logrando que tanto al historiador del Derecho como en general a cualquier persona preocupada por la justicia le sea relativamente fácil vincular los periodos o etapas de mayor esplendor del Derecho, de mayor creatividad y riqueza de reflexión sobre la realidad jurídica y de mayor preocupación por establecer un orden verdaderamente justo, con la presencia de una jurisprudencia docta capaz de formular y establecer Derecho por sí misma, y de una sociedad capaz de reconocer las ventajas de un Derecho creado por sus juristas. Ésta es la línea común que une a nuestros cuatro autores principales: Álvaro D'Ors (1915-2004), para el Derecho romano; Theodor Viehweg (1907-1988), para buena parte de los temas aquí tratados; Paolo Grossi (1933), en lo relativo al orden jurídico medieval y al ascenso del absolutismo jurídico; y Franz Wieacker (1908-1994), en lo que corresponde a la Edad Moderna; tal y como lo señalan sus respectivos textos, todos, por fortuna, en castellano y accesibles a cualquier interesado en profundizar en toda o en algunas partes de esta *Historia mínima*: de D'Ors, el *Derecho privado romano* (2a. ed., Pamplona, EUNSA, 1973), de Viehweg, *Tópica y jurisprudencia* (trad. Luis Díez-Picazo Ponce de León, Madrid, Taurus, 1964); de Grossi,

El orden jurídico medieval (trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996) y *Mitología jurídica de la Modernidad* (trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003); y de Wiaecker, *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna* (trad. Francisco Fernández Jardón, Madrid, Aguilar, 1957 y Granada, Comares, 2000). A estos cuatro juristas esenciales acompañan varios autores que han nutrido con sus orientaciones, información y metodología algunas partes de esta mínima historia. Desde luego, y dada la orientación de la misma, es capital referirse, en primer lugar, a la espléndida colección titulada *Juristas universales* dirigida por Rafael Domingo y publicada en cuatro volúmenes (Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004); en segundo lugar, a los tres tomos de la *Historia de la Filosofía del Derecho* de Guido Fassò (2a. ed., trad. José F. Lorca Navarrete, Madrid, Pirámide, 1979-1980), de tan felices recuerdos para un abogado mexicano recién titulado que se iniciaba como profesor de esta disciplina hace ya 35 años; y, por último, a *Las culturas represivas de la Humanidad* de Jesús Lalinde Abadía (Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1992, 2 t.).

Por lo que toca a la historia del orden jurídico concebido e implantado por Roma durante siglos, se consultaron la *Historia, fuentes y literatura del Derecho romano* del jurista alemán Paul Krüger (México, Editora Nacional, 1980), la *Historia del Derecho romano* de Wolfgang Kunkel (5a. ed., trad. Juan Miquel, Madrid, Ariel, 1975), y la obra de los profesores mexicanos Beatriz Bernal y José de Jesús Ledesma: *Historia del Derecho romano y de los derechos neoromanistas* (México, UNAM, 1981, t. I).

La recreación, por fuerza breve, del pasado jurídico del Medioevo europeo se sirvió, también, de una serie de obras que hablan por sí mismas de la complejidad jurídica de esta época. Desde luego, el ejemplar estudio de Manuel García-Pelayo dedicado a “La idea medieval del Derecho”, publicado en *Del mito y la razón en el pensamiento político* (Madrid, *Revista de Occidente*, 1968).

Para el Derecho germánico, en particular, fueron útiles la *Historia del Derecho germánico* de Heinrich Brunner y Claudius von Schwerin (trad. José Luis Álvarez López, Barcelona, Labor, 1936), y el *Breviario de Derecho germánico* de José Manuel Pérez-Pren-des (Madrid, Universidad Complutense, 1993). En el tema del Derecho feudal han sido consultados *El Feudalismo* de François L. Ganshof (5a. ed., trad. Luis G. de Valdeavellano, Barcelona/Caracas y México, Ariel, 1979), y los dos volúmenes de *La sociedad feudal* de Marc Bloch (trad. Eduardo Ripoll Perelló, México, UTEHA, 1979). La *Historia del Derecho mercantil* escrita por Francesco Galgano (trad. Joaquín Bisbal, Barcelona, Laia, 1981) sirvió para conocer someramente, pero con precisión, el devenir de esta disciplina. Para el estudio de la historia del Derecho canónico pudieron consultarse con provecho los capítulos relativos de los libros de Alberto de la Hera, *Introducción a la ciencia del Derecho canónico* (Madrid, Tecnos, 1980), y de Pedro Lombardía, *Lecciones de Derecho canónico* (Madrid, Tecnos, 1986). Por lo que se refiere a la formación de las universidades europeas, la Recepción del Derecho romano en Europa y la consecuente formación del *Ius commune* han sido consultados: *Universidades de Europa. Raíces culturales del Viejo Mundo*, obra colectiva dirigida por Franco Cardini y M.T. Fumagalli (trad. Ana Ma. Márquez, Milán, Grupo Anaya, 1991), *La universidad en la época del Derecho común* de Manlio Bellomo (trad. Emma Montanos Ferrín, Roma, Il Cigno Edizioni, 2001), autor también de *La Europa del Derecho común* (trad. Nadia Poloni y José Antonio de Prado Díez, Roma, Il Cigno Galileo Galilei Edizioni, 1996); la *Historia del Derecho común* de Bartolomé Clavero (Salamanca, Universidad de Salamanca, 1994); el *Curso de Derecho común* de Giuseppe Ermini (trad. Julio Gerardo Martínez y Martínez, Cáceres, JGMM Morgado, 1998); *Europa y el Derecho romano* de Paul Koschaker (trad. José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955) —ya un clásico de la historiografía jurídica—, y *La formación de la tradición jurídica de Occidente* de

Harold J. Berman (trad. Mónica Utrilla de Neira, México, FCE, 1996). Los breves pero precisos *Elementos formativos del Derecho en Europa: germánico, romano, canónico* del inolvidable catedrático español Rafael Gibert (Granada, Imprenta de Francisco Román, 1982) permitieron aclarar algunos datos de estos tres componentes de la tradición jurídica occidental. El texto del profesor mexicano de origen holandés, Guillermo F. Margadant, sobre *La segunda vida del Derecho romano* (México, Miguel Ángel Porrúa, 1986) también se pudo consultar con provecho.

Por lo que respecta al orden jurídico moderno, valió la pena leer los *Perfiles de la nueva historia del Derecho privado* (trad. Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch, 1980) de los profesores alemanes Erich Molitor y Hans Schlosser, y el más extenso manual de Gerhard Wesenberg y Gunter Wesener, *Historia del Derecho privado en Alemania y en Europa* (trad. Javier de los Mozos Touya, Valladolid, Lex Nova, 1998). Para el trascendental tema del Derecho natural —medieval y moderno— ha resultado fundamental el conocimiento de la importante obra del profesor español Francisco Carpintero expuesta, cuando menos, en tres títulos: *Historia del Derecho natural. Un ensayo* (México, UNAM, 1999), *Historia breve del Derecho natural* (Madrid, Colex, 2000) y *La ley natural. Historia de un concepto controvertido* (Madrid, Encuentro, 2008). Visiones sintéticas pero generales de toda o de partes de esta *Historia mínima* se encuentran en John Henry Merryman y su ya clásico “Breviario” del Fondo de Cultura Económica dedicado a *La tradición jurídica romano-canónica* (trad. Carlos Sierra, México, FCE, 1971), en la *Historia del Derecho español* de Francisco Tomás y Valiente (2a. ed., Madrid, Tecnos, 1980), en la *Historia de la ciencia jurídica europea* de Carlo Augusto Cannata (trad. Laura Gutiérrez-Masson, Madrid, Tecnos, 1996), en *Cultura jurídica europea* del también inolvidable profesor portugués Antonio Manuel Hespanha (trad. Antonio Serrano González, Madrid, Tecnos, 2002), y en el *Panorama de la historia universal del Derecho*

(2a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 1983) del ya citado profesor Margadant.

Desde luego, lo mejor será siempre consultar a los juristas en sus propias obras. Para conocer la jurisprudencia romana no queda más camino que acudir a la lectura del *Digesto* de Justiniano en la versión castellana dirigida por D'Ors (Pamplona, Aranzadi, 1968, 3 vols.) y a la de la *Instituta* de Gayo. Para los juristas medievales el lamentable desconocimiento del latín se impone ya como un obstáculo insalvable para el estudiante ordinario pues la inmensa cantidad de libros escritos por los juristas del *Mos italicus* no se ha traducido al castellano, lo que ocurre también con las obras de los representantes del *Mos gallicus* y con algunos de la Escuela Moderna del Derecho Natural. La lectura de las *Partidas* puede suplirlos. Por fortuna, contamos ya con traducciones —antiguas o recientes— de las obras de los principales juristas modernos y contemporáneos, muchas de las cuales se tuvieron a la vista para esta ocasión. La lista de ellas resulta prolija e innecesaria pero cabe recomendar, a manera de ejemplo, las *Reelecciones* de Vitoria, *Del Derecho de la guerra y de la paz* de Grocio, el *Diálogo de un filósofo y un jurista* de Hobbes, *El espíritu de las leyes* de Montesquieu, los *Escritos escogidos* de Möser, el *Discurso preliminar del Código civil de Napoleón*, la *Metodología jurídica* y *De la vocación* de Savigny, *La lucha por el Derecho y El fin del Derecho* de Ihering, *El Derecho antiguo* de Maine, el *Método* de Gény, *La teoría pura del Derecho* de Han Kelsen, el *Derecho natural* de Rommen, *El ordenamiento jurídico* de Santi Romano, *Economía y sociedad* de Weber, *El espíritu del "common law"* de Roscoe Pound, *El positivismo jurídico* de Norberto Bobbio, *El concepto de Derecho* de Hart, *El Derecho como hecho* de Olivecrona, *Ley natural y derechos naturales* de Finnis, y *Los derechos en serio* de Dworkin, entre otras.

No menos importantes —como lo ha podido entrever Bartolomé Clavero— deben considerarse algunas novelas que permiten entender desde la literatura algunos de los hitos, cambios

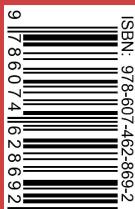
trascendentales, funcionamiento de las instituciones y modos de entender el Derecho que se suceden en el amplio *tempus* de esta *Historia mínima*; novelas como el *Quijote* de Cervantes, *La historia de la columna infame* de Alessandro Manzoni, *Los bandidos de Río Frío* de Manuel Payno, *Grandeza y decadencia de César Birotteau* de Balzac, *Crimen y castigo* de Fiódor Dostoyevski, *Michael Kohlhaas* de Heinrich von Kleist, *Billy Bud, marinero* de Herman Melville, *El proceso* de Franz Kafka —naturalmente—, *1984* de George Orwell, *Un hombre muerto a puntapiés* de Pablo Palacio, *Un día en la vida de Iván Denísovich* de Aleksandr Solzhenitsyn, *Sostiene Pereira* y *La cabeza perdida de Damasceno Monteiro*, ambas de Antonio Tabucchi, *Las memorias de Hugo Grocio* de Francisco Cuevas Cancino, o algunas de Joseph Roth y de Leonardo Sciascia, pueden ser leídas con utilidad y provecho, pero, sobre todo, para quitarse el sopor que provocó haber leído hasta aquí esta *Historia mínima del Derecho en Occidente*.

Historia mínima del Derecho en Occidente
se terminó de imprimir en enero de 2016
en los talleres de Iniziativa Graphic DV, S.A. de C.V.
Alcanfores 45B, col. Valle del Sur
09819, México, D.F.
Portada: Pablo Reyna.
Tipografía y formación a cargo de
Ediciones de Buena Tinta, S.A. de C.V.
Compuesto en Adobe Garamond Pro
y Berkeley LT Book de 11.5, 11, 10 y 9 pts.
Cuidado de la edición a cargo de
Agustín Herrera Reyes, bajo la supervisión
de la Dirección de Publicaciones de
El Colegio de México.

CENTRO DE ESTUDIOS HISTÓRICOS

Ésta es una historia del Derecho construida desde la perspectiva de la cultura occidental y de la actividad profesional de sus juristas. De aquí que se haya escrito alrededor de sus nombres y de sus obras como creadores de la ciencia jurídica o jurisprudencia. Esta *Historia mínima del Derecho en Occidente* aspira, así, a provocar la reflexión en torno a la creación del Derecho más allá del poder y muy cerca de la historia cultural. Con base en la distinción entre *auctoritas* y *potestas*, perfilada en el Derecho romano para distinguir la actividad de los juristas de la de los legisladores, mantenida durante la vigencia del *Ius commune* medieval y destruida por el triunfo de la Codificación racionalista, el lector podrá conocer el porqué del actual sometimiento de jueces y juristas al legislador, explicar el monopolio del Estado sobre la creación del Derecho, la reducción de éste a normas legales, y entender el desvanecimiento de una justicia material frente a otra resultado de la mera aplicación lógica y formal de presupuestos legislativos a situaciones conflictivas. Igualmente, esta Historia mínima evidencia y plantea la exigencia de libertad profesional del jurista occidental actual y de una jurisprudencia que marque su distancia con el poder político.

 EL COLEGIO
DE MÉXICO



Historia
M·Í·N·I·M·A