

EL DERECHO COMÚN: NOTAS SOBRE UNA REALIDAD
HISTÓRICO-JURÍDICA

COMMON LAW: NOTES ON HISTORICAL AND LEGAL REALITY

Rev. Boliv. de Derecho N° 26, julio 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 516-537



Sandra ADAMS

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de marzo de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 10 de abril de 2018

RESUMEN: El presente artículo intenta abordar algunas cuestiones referentes al origen y a la concepción técnica-jurídica que desarrollaron los glosadores a la hora de interpretar los textos jurídicos, lo que les permitió crear un método de exégesis del que, en buena parte, somos deudores. En suma, nuestro estudio se adentra dentro del ámbito del “ius commune”.

PALABRAS CLAVE: Derecho común; glosadores; metodología.

ABSTRACT: This article attempts to address some issues relating to the origin and the technical conception that the commentators when interpreting legal texts, developed which allowed them to create a method of exegesis of that, largely, we are debtors. In summary, our study goes deep within the scope of the “ius commune”.

KEY WORDS: Common law; commentators; methodology.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CONSIDERACIONES SOBRE EL PRIMER FACTOR DETERMINANTE DEL IUS COMMUNE. LA RATIO NOMINIS DE LA TRIPARTICIÓN.- III. LA CUESTIÓN DEL MÉTODO.- IV. LA ACTITUD MENTAL ANTE LAS FUENTES Y EL MÉTODO CIENTÍFICO.

I. INTRODUCCIÓN.

Nos centramos en un período histórico en el que se reprodujo un fenómeno que suele acontecer en determinados momentos de la historia social de la humanidad, y que en este momento tuvo como denominador común el que fue homogéneo en los países de Europa Occidental y Central; nos referimos a que todos ellos tuvieron un derecho común, un *ius commune* así como una ciencia jurídica común.

El derecho común responde a un período histórico ya pasado, en el que se produjo un desarrollo de una vida económica, que es cada vez más activa, lo que tenía su lógica explicación porque se intensificaron las relaciones entre los pueblos así como se produjo una *commixtio* gradual entre grupos étnicos heterogéneos que viven asentados sobre un mismo suelo; son estos un conjunto de aspectos que llevarán al diseño y aparición del denominado *ius commune*, que, actualmente, es ya una mera reliquia histórica, por lo que se le considera un sistema normativo que actualmente carece de vigencia¹.

Como es conocido, la doctrina se refería a este derecho común, incluyendo en él el Derecho Romano-Canónico: dos habían sido los factores que fueron determinantes de esta nueva realidad, conocida como Derecho Romano-Canónico, por una parte, la existencia de un fenómeno de raíz cultural denominado Recepción, el redescubrimiento, recuperación y proyección en la Europa Central y occidental del “Corpus Iuris” justiniano, por otra, hay que hacer referencia al poder preponderante que tuvo la Iglesia de Roma a lo largo de la Edad Media, que dotará de entidad sustantiva y específica al Derecho Canónico, merced a la potestad judicial y legislativa que tuvieron los Pontífices.

1 CALASSO, F.: *Introduzione al diritto comune*, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 42 ss.

• Sandra Adams

Licenciada en Filología, Universidad de Johannes Gutenberg, Maguncia (Mainz). Doctoranda en la Universidad Católica de Valencia. Título de la Tesis Doctoral: Ley versus Conciencia: Antígona. Correo electrónico: sadams@noatum.com

Nos encontramos ante la base histórica determinante que dará lugar a la aparición de la ciencia jurídica europea, cuando a esta base jurídica del “*Corpus Iuris*” justiniano se aplicaron las técnicas exegéticas y las formas de enseñanza propias de la enseñanza del “*Trivium*”².

Hablar de Derecho Común implica hablar de todo un proceso de elaboración y transformación, porque presupone la existencia de un derecho u otros derechos que están vigentes en el mismo territorio y que entran en contacto a raíz de concretas circunstancias históricas que se producen en el marco de las relaciones sociales. Es un derecho que se ha de entender como esencia de modelo universal, es decir, como un sistema *ad hoc*.

Ciertamente, se había considerado por parte de la doctrina que este dato cobraba su pleno sentido si se encuadraba como un epifenómeno dentro de una realidad social mucho más importante y significativa desde el punto de vista cultural, y que se caracterizaba como “renacimiento del siglo XII”, llamado así porque se había fraguado una nueva sensibilidad y una nueva conciencia cultural, que, proyectándose hacia el pasado, trataba de recuperar las grandes obras antiguas, y, por lo que a nosotros nos interesa, recuperar el derecho justiniano.

En este sentido, la doctrina ponía de relieve que en la medida en que esta tendencia enraizaba en la Escuela y en la enseñanza, la base cultural contenida en los textos antiguos se iba a convertir mediante el estudio crítico así como merced al hallazgo de ideas nuevas contenidas en los textos, que se tenían como fundamentales, en el motor de una nueva y decisiva etapa en la historia del saber.

Como indicábamos antes, en el campo de la ciencia jurídica, el “*studium civile*”, el estudiar desde el punto de vista científico el derecho, estará en íntima dependencia con la recuperación que se hizo por parte de la conciencia científica medieval de la doctrina clásica que aparecía recogida en el Digesto.

Como se pondrá de relieve, en esta gran época, observa la doctrina, la “*lex romana*” estaba llamada a imponerse, no sólo como la “*lex*” más expandida en todos los territorios indicados sino que era estrictamente la única “*lex*”, que contenía un sistema que era capaz de dar respuesta a todos los asuntos planteados en aquel complejo social y que consolidaba su prestigio por todos los territorios del imperio, tal como se recogía en el pensamiento antiguo que transmite este brocardo “*unum ius, cum unum sit imperium*”³.

2 COING, H.: *Derecho Privado Europeo. I. Derecho Común más antiguo 1500-1800*, Fundación General del Notariado, Madrid, 1996, pp. 31 ss; WIEACKER, F.: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, pp. 22; 45 ss.

3 Seguimos a SAVIGNY, K. F.: *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo*, Multigrafica editrice, Torino, 1854-1857 [Roma, 1972], pp. 669 ss; CALASSO, F.: *Introduzione*, cit. p. 43; COING, H.: *Derecho*, cit., pp. 33 ss.

II. CONSIDERACIONES SOBRE EL PRIMER FACTOR DETERMINANTE DEL IUS COMMUNE. LA RATIO NOMINIS DE LA TRIPARTICIÓN.

“Cum libri fuerunt portati (a Bolonia), fuerunt portati hi libri: Codex, Digestum vetus et novum et Institutiones; postea fuit inventum Infortiatum sine Tribus Partibus, postea fuerunt portati Tres libri, ultimo liber Authenticorum inventus est, et ista est ratio quare omnes libri antiqui habent separatum”.

Este es el testimonio de Odofredo, un testimonio que procede del siglo XIII con el que abrimos estas reflexiones. Según Odofredus en su comentario al *“Infortiatum”*, se pregunta por la razón de la estructura del Digesto y formula la pregunta:

“¿Quare ergo divisio ista facta fuit?” y responde a la pregunta, afirmando *“Miores nostri ita referunt. Debetis scire, studium fuit primo Romae; postea propter bella quae fuerunt in Marchia destructum est studium, tunc in Italia secundum locum obtinebat Pentapolis quae dicta Ravenna postea ... postmodum fuit traslatum studium ad civitatem istam”.*

Comenzamos las siguientes consideraciones a partir del dato, que señala este testimonio, cuando la Escuela de derecho fue trasladada de Roma a Rávena y de allí a Bolonia, llamada y destinada a ser la sede *kat j ejxoch;n* en la enseñanza del derecho romano, cuyo punto a quo hay que situarlo a finales del siglo XI.

El traslado de los libros de derecho se verificó de modo paulatino y de acuerdo con un orden, según el cual, en primer lugar se trasladó el Codex, el *“Digestum vetus”*, el *“Digestum novum”* y las *“Instituta”*; posteriormente el *“Infortiatum”*, no dividido; a continuación los *“tres libri”* (los *“libri”* 10-12 del Codex) y finalmente el *“Authenticum”*.

El proceso consistió en ir explicando, palabra por palabra, todos los textos del *“Corpus Iuris”*, de modo muy particular todos los recogidos en el Digesto de Justiniano, que los glosadores dividieron en cinco partes:

- 1) *“Digestum vetus”* (D. 1. 1-24. 2 (*“de divortii”*)).
- 2) *“Infortiatum”* (D. 24. 3. (*“solutio matrimonii”*)-38. 17) i. e. *“ius augmentatum”*.
- 3) *“Digestum novum”* (D. 39. 1 (*“de operis novi nuntiatione”*)) - 50. 17).
- 4) *“Codex”* (lib. 1-9).
- 5) *“Volumen parvum”* o *“Volumen”*:
 - 5.1. Tres *“libri Codicis”* (lib. 10-12 del *“Codex”*).
 - 5.2. *“Institutiones”*.
 - 5.3. *“Authenticum”* en nueve *“collationes”*.

Este plano se cerraría, según el “*proemium*” de la “*Summa Hostiensis*”, con la Lombarda y la Colección del Derecho feudal (“*ius feudale*”).

Fue un motivo de discusión la “*ratio nominis*” de esta tripartición, cuando se la hace depender de su progresivo descubrimiento, poniendo de relieve que esta suposición es, a todas luces, un error, puesto que ninguna parte se había perdido (Bártolo), o, como afirma Ugo da Porta, que esta tripartición fue “*inepte facta*”.

La doctrina puso de relieve que el descubrimiento del Digesto fue la pieza clave del renacimiento de la ciencia jurídica en la etapa que comprende los siglos medievales. Su descubrimiento fue progresivo, porque, a partir del siglo XI, fueron hallándose las distintas partes del mismo en una secuencia que dio origen a la terminología mencionada.

Será esta tripartición medieval del Digesto la que determinará los tres primeros volúmenes del posterior “*Corpus Iuris Civilis*”, formando el cuarto los nueve primeros libros del “*Codex*” y el quinto los denominados “*libri Tres*” del “*Codex*”, los cuatro libros de las “*Instituta*” y una versión de las Novelas.

Se ha de destacar que, sobre esta base, todas las “*collationes*” sucesivas que se realizaron con posterioridad diseñaron la fisonomía definitiva que tuvo el “*Corpus Iuris*” en los siglos XV y XVI⁴.

Fruto de su fecunda actividad prepararon los glosadores una edición muy cuidada que es conocida en el campo doctrinal como “*Littera Bononiensis*” o “*Vulgata*”.

La Recepción se originó a partir del redescubrimiento científico del Derecho Romano que fue llevada a cabo por los juristas italianos en los siglos XI y XII en Bolonia, dato histórico que la doctrina caracterizó técnicamente como Recepción, es decir, la asunción, a nivel científico, del Derecho Romano por parte de los juristas italianos en los siglos XI y XII en Bolonia, aspecto que cabe ver como representativo en el marco de una conciencia y una sensibilidad muy acentuada por dotar a la realidad social del momento de una base mucho más sólida a nivel conceptual y científico⁵.

4 WEIMAR, P.: *Die legistische Literatur der Glosatorenzeit, Handbuch und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Bd. I Mittelalter (1100-1500), C.H. Beck Verlag, München, 1973, p. 156 ss; SAVIGNY, K. F.: *Storia*, pp. 717 ss; CARPINTERO, F.: “*Mos Gallicus*” “*Mos Italicus*” y el humanismo racionalista, una contribución a la historia de la metodología jurídica”, *Ius Commune*, 1977, núm. 6º, pp. 108-117; CLAVERO, B.: *Temas de Historia del Derecho: Derecho Común*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1977, pp. 14 ss.

5 OBARRIO MORENO, J. A.: “*La cessio bonorum en la tradición jurídica medieval*”, *RGDR*, 2016, núm. 26º, pp. 1-40; OBARRIO MORENO, J. A.: “*La rúbrica De decreto ad alineanda Universitatis bona en la tradición jurídica tardo-medieval*”, *RGDR*, 2015, núm. 24º, pp. 1-50; OBARRIO MORENO, J. A.- PIQUER MARI, J. M.: *Repensar la Universidad. Reflexión histórica de un problema actual*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 77-117; OBARRIO MORENO, J. A.: *Iura et Humanitas. Diálogos entre el Derecho y la Literatura*, Dykinson, Madrid, 2017, Cap. II.

Bolonia tuvo un maestro, que fue muy relevante en el campo de las artes liberales, llamado Irnerio, cuyo itinerario cronológico en esta vida no planteó ningún problema a la investigación de la doctrina⁶, conocido como *lucerna iuris*, por haber afrontado a nivel científico el estudio de las partes más complejas y difíciles del derecho romano con una “*techne*” en la que se combinó a perfección el plano filológico y el jurídico (“*Dominus Irnerius, qui fuit apud nos lucerna iuris*”, i. e. “*primus qui docuit in civitate ista*”), comenzó el ejercicio de su magisterio en Derecho sobre los años 90, una vez se había concluido la recensión del “*Codex*” S, fue el que aplicó a pasajes que pertenecían al Digesto la “*techne*” comentadora o exegética, un hecho que dio lugar a toda una fecunda historia, de la que aquí únicamente nos vamos a remitir a su primera fase.

La noticia más antigua relativa a su actividad científica la aduce una glosa de Accursio a C. I. 2. 14. 9 v. “*Petitione*”, según la cual Irnerius habría realizado su actividad científica no más tarde que a comienzos del siglo XII.

El comienzo real de la enseñanza al final del siglo XI, hacia el 1090, momento en que se acabó la recensión del *códice S*, momento en que comenzó a estar en la base de la enseñanza.

En opinión de la doctrina, se consideraba que fue Bolonia la sede donde comenzó la recensión crítica del Digesto de Justiniano, la denominada “*littera bononiensis*”, o *Vulgata* del Digesto, que debería llegar a ser el texto que, a nivel de las escuelas, debería ser el fundamental para la construcción del “*ius civile*” europeo.

La iniciativa, que emprendió el maestro Irnerio, sería asumida y seguida por toda la Escuela de los Glosadores, que tuvo su sede en Bolonia, en los siglos XII y XIII, y este fenómeno estaba llamado a convertirse en una revitalización del Derecho Romano con la muy importante consecuencia para la historia posterior, como indicamos, de colocar los fundamentos sólidos y determinantes de la futura ciencia jurídica moderna, tal como se desprende del principio “*homines cuncti sub vinculo Romanae legis consistentes*”.

Debió ser un jurista famoso, cualidad que se predicaba de aquel que, en el plano científico, se enfrascaba con el Derecho romano.

En lo que concierne a los comienzos de su actividad científica, disponemos de un testimonio recogido en tres testimonios de Odofredus⁷:

6 Vid. KANTOROWICZ, H. U.: “Ueber die Entstehung der Digestenvulgata. Ergänzungen zu Mommsen”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 1910, núm. 31°, p. 14, n. 1.

7 Tomados estos testimonios de KANTOROWICZ, H. U.: “Ueber”, cit., p. 37.

1) Lectura de Digesto I. 16 (“de iustitia et iure I. Ius civile”): “D. Yrnerius dum doceret in artibus in civitate ista cepit per se studere in libris nostris et studendo cepit docere in legibus”.

2) Lectura de C. I. 2. 14. 9 (“de sacrosanctis ecclesiis I. Iubemus § si quando v. petitione prestetur”): “D. Yrnerius erat magister in artibus et studuit per se sicut potuit, postea cepit docere in iure civili”.

3) Lectura de C. II. 21. 9. (“de in integrum restitutione I. Non videtur”): “D. Yrnerius, quia logicus fuit et magister fuit in civitate ista in artibus, antequam doceret in legibus, fecit unam glossam sophisticam que est obscurior quam sit textus”.

Según nuestro autor, se desprende que Irnerio, “*vir subtilis*”, antes de comenzar su actividad como profesor en el campo del derecho, había ejercido su fecundo magisterio en el campo de la gramática y dialéctica (lógica), un testimonio sobre el que todavía no se ha dudado con propiedad. La referencia a la lógica y a la dialéctica, la glosa dialéctica, es un testimonio de los sólidos y profundos conocimientos que poseía en este campo.

Por todo lo indicado, señala Kantorowicz que no nos debe causar ninguna extrañeza que Irnerio, cuando tuvo en sus manos el “*Codex*” de las Pandectas, retocase el código de acuerdo con los dictados de sus amplios conocimientos filológicos.

En esta parte de la recensión de S disponemos del nexo de unión entre el tratamiento de las fuentes jurídicas desde el plano gramatical en la época longobarda y el tratamiento jurídico en la etapa de Bolonia. Sería, en su opinión, este el momento en el que Irnerio se proyectó a la interpretación jurídica desde la interpretación gramatical, que coincidiría en los ya indicados años 90 del siglo XI, evidenciando la recensión del código la altura y gran nivel de su talento jurídico y filológico⁸.

En efecto, los glosadores descubrieron en el derecho justiniano un sistema jurídico muy elaborado y completo, en cierta medida, como explicaremos después, estructurado científicamente, en el que encontraron la respuesta a la búsqueda de base racional.

III. LA CUESTIÓN DEL MÉTODO.

Como es conocido en el campo doctrinal, el método que empleó Irnerio fue la exégesis de los textos, tarea imprescindible si se quiere llegar a comprender lo que fue escrito en época precedente y que coincide con el que aplicaron los

8 KANTOROWICZ, H. U.: “Ueber”, cit., pp. 39 ss.

maestros bizantinos, en el que se seguía todo un orden preestablecido, si bien era posible que, en función de las circunstancias reales y coyunturales, se explicase únicamente sólo aquello que tenía utilidad práctica.

De modo más exacto podemos decir que cada título fue puesto en relación con los precedentes y su contenido contrastado con las instituciones aparentemente afines, utilizó en el campo de la exégesis la “*distinctio*” así como la “*partitio*” y las “*solutiones contrariorum*”, proceso que le sirvió para indagar la “*ratio legis*”, siendo esta técnica un recurso que utilizaron los maestros para facilitar la tarea de comprender por parte de los estudiantes la intelección de los lugares explicados.⁹

Visto desde el “*topos*” del sistema, el Derecho es norma, proposición lógica religada a otras normas, formando un todo orgánico, ligamen ideal, que vertebraba y es la razón fundamental del sistema mismo.

Destaca Wieacker que el jurista de este momento histórico, formado en esta escuela, tendrá una capacidad de dominio sobre la vida pública, que venía canalizado por esa sólida capacidad para discutir, a nivel de racionalidad, cualquier problemática de tipo jurídico, lo que diferenciaría en lo sucesivo la sociedad occidental de otras culturas conocidas, aportación que será determinante en la configuración social, política y económica de la sociedad europea moderna¹⁰.

Savigny, en relación a la estructura con que estaba dividido el Digesto (“*vetusnovum*”), ponía de relieve que estas dos partes contenían idéntico número de libros y que así llegaron a las manos de Ihering, el cual tenía conocimiento de todo el *Corpus Iuris*, y siguió en sus lecciones el mismo orden¹¹.

Se conjetura que esta división podría responder a una ampliación o añadidura, así como también a una reminiscencia de la división de la Biblia en Antiguo y Nuevo Testamento.

Si tuviéramos que referirnos, en términos generales, a las peculiaridades, que caracterizaron la actividad de los glosadores, tendríamos que señalar que prescindieron del *topos* de la historia, es decir, que no fue su preocupación determinar la datación cronológica de las fuentes así como tampoco establecer si el texto que les llegó responde fielmente a la época que parece reflejar (la conocida cuestión de las interpolaciones en los textos, bien las conocidas como glosemas, bien las interpolaciones que datan de la época justiniana).

9 BESTA, E.: *L'opera d'Ihering I*, Forni, Torino, 1896, p. 263.

10 WIEACKER, F.: *Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 22.

11 Seguimos a SAVIGNY, K. F.: *Storia*, cit., p. 674.

El otro plano, complementario al indicado, fue el desinterés por la adecuación del texto a la realidad social del momento, es decir, la doctrina o enseñanza contenida en las fuentes no fue proyectada a la realidad histórica de su momento, puesto que la finalidad que perseguía el método de la exégesis fue desentrañar la riqueza de contenidos y significados ínsitos en el patrimonio conceptual de las fuentes y que hasta este momento histórico había estado totalmente preterido, por lo que se dedicaron a una interpretación literal, muy detallada y rígida de las fuentes justinianas.

La "*Magna Glossa*" o "*Glossa glossarum*" del maestro Accursio (1185-1263) cuya datación cronológica hay que ubicar en el siglo XIII es el testimonio en el que se recogen los resultados propios de este método y en la misma línea metodológica hay que ubicar a los cuatro doctores representativos del siglo XII: Búlgaro, Martino, Hugo y Iacobo así como a Placentino, Azo y Godofredo.

Bolonia, junto con otras escuelas de derecho italianas y francesas, a partir del siglo XII, se convirtió en centros de investigación jurídica internacional y, en general, en centros muy cualificados y prestigiosos en el estudio del derecho.

La doctrina puso de relieve que los glosadores operaron, como los escolásticos, con los medios de la lógica aristotélica, que les llegaron vía Boecio, y que aprendieron, dentro del marco de la enseñanza general, en la enseñanza superior¹².

Si tratamos de establecer algunas precisiones sobre el método escolástico, tendríamos que indicar que el fundamento o base nuclear de la ciencia escolástica estuvo en las denominadas artes liberales, por lo que la ciencia escolástica estaba dividida en "*Trivium*" (que comprendía la gramática, la retórica y la dialéctica) y "*Quadrivium*" (que recogía la aritmética, la música y la astronomía).

De las materias que integraban el "*Trivium*" cabría destacar que la gramática tenía como objetivo la enseñanza de la lengua latina así como la de su literatura; la retórica, en coherencia con su cometido originario y clásico, tenía una función heurística, es decir, hallar los puntos de vista a sostener en un discurso (función que desempeñaba la tópica, conocida en el campo doctrinal como la función retórica de la tópica, parte del "*organon*" aristotélico, cuyo cometido era hallar puntos de vista útiles para atacar y defender en el discurso) y estructurar el discurso mediante las "*quaestiones*", que se establecían "*ad hoc*" y que tenían que sostenerse en el marco del discurso, bien dentro o fuera del proceso; la dialéctica, finalmente, era

12 GENZMER, E.: "*Die Justinianische Kodifikation und die Glossatoren*", *Das römische Recht im Mittelalter*, E.J.H. Schrage, Darmstadt, 1987, p. 5ss.

la teoría de acuerdo con la cual se ordenaba el método científico que definía a la ciencia escolástica.

Tal como se puede inferir de los datos indicados, gramática y lógica son los dos sectores fundamentales dentro de los cuales se mueven los glosadores y que explican:

- a) la rigurosa decantación por la exacta explicación de los términos jurídicos.
- b) la utilización muy minuciosa del tópico de la “definitio”.
- c) la exacta y cuidadosa búsqueda de los contextos lógicos, cuando trabajan con pasajes paralelos.
- d) el estudio de las “contrariedades” y su armonización, mediante la aplicación conceptual de la “divisio”.

IV. LA ACTITUD MENTAL ANTE LAS FUENTES Y EL MÉTODO CIENTÍFICO.

La doctrina que seguimos es del parecer que una valoración exacta del hecho y de la significación de la Recepción presupone la justa valoración del cuadro de fuentes del derecho recibido así como del método mediante el cual los juristas hicieron un tratamiento de las fuentes, visto ello, naturalmente, desde la óptica del renacimiento de la ciencia jurídica¹³.

El “*Corpus Iuris*” de Justiniano, en cuanto obra compilatoria, reúne todo un cuerpo de materiales jurídicos en el que prima la discusión científica y la decisión de casos particulares. Cabría en este sentido recordar que, desde finales de la etapa republicana en Roma, se había abierto camino la denominada “*disputatio fori*”, la discusión entre los juristas de las “*rationes decidendi*”.

Este aspecto perdura a lo largo del período clásico y coadyuvó a que el derecho de época clásica fuese caracterizado como un “*ius controversum*”, un derecho de juristas, así como un derecho del caso, donde la disparidad de pareceres fuese la nota que contribuyó a una mayor riqueza en el campo de la ciencia jurídica.

Ante este bloque de la casuística jurisprudencial es mucho más reducido el cuerpo de normas legales de carácter general, recogido en el Código, así como en las “*Novellae Leges*”.

Nuestro autor opina lo mismo del “*Corpus Iuris Canonici*”, siendo en este sentido las Decretales un cuerpo de resoluciones dadas por los Papas ante los

13 COING, H.: *Derecho*, cit., p. 40 ss.

casos particulares. Ambos “*Corpora*” estarán mayoritariamente permeabilizados por ese tono casuístico que por las reglas generales¹⁴.

Todo ello es cierto, si bien la Historia del Derecho Comparado patentiza una dificultad cuando los sistemas jurídicos se construyen a partir de las soluciones que se dan a los casos concretos, porque tales sistemas, pensados sobre un contexto socio - cultural muy específico, no son transferibles a entornos culturales diferentes.

Ello se hizo, por ejemplo, evidente en la “*actio aquae pluviae arcendae*”, puesta en circulación, según los testimonios, ya en la época de las XII Tablas, como remedio o defensa de la propiedad privada, ya claramente, en el período republicano y como esta institución jurídica cambió radicalmente en época justiniana, siendo un remedio aplicable para sancionar los actos de emulación, porque el régimen social en materia de aguas, cuando existía precariedad en la parte oriental del Imperio, sancionó tal tipo de actividad.

Ciertamente, el cometido que asumieron estos juristas no fue nada fácil, puesto que debieron aplicar un casuismo, descontextualizado de las “*circumstantiae*” o “*perístasis*” de su momento histórico, a una cultura que estaba condicionada por factores diversos, y por una conciencia social muy diferente. En este proceso estaba llamado a jugar un aspecto muy importante el método científico que operará siempre sobre el texto literal de las fuentes.

La base epistemológica de la que parten tiene como principio esencial la “*auctoritas*” incuestionable que tienen todas las fuentes romanas, porque son la objetivación de la “*rationaturalis scripta*”, a lo que cabe añadir que los glosadores otorgaron a ambos “*corpora*” la máxima autoridad, por lo que parten de una actitud reverencial y de respeto profundo ante el texto, que dio lugar en el campo doctrinal a la aparición de la “*argumentatio ex auctoritate*”, técnica de argumentación que, partiendo del principio de que ambos “*corpora*” son y constituyen el compendio del derecho, tiene por plenamente válido todo lo que viene recogido en ambos; en ellos nada hay superficial o anacrónico, por lo cual no existe problema doctrinal que no pueda ser explicado mediante el exacto y adecuado empleo de las fuentes.

El método que aplicaron en la forma de enseñar estuvo caracterizado por un minucioso rigor en la exégesis o interpretación de las fuentes, por lo que su forma de proceder presuponía la lectura cuidada del texto; seguía la síntesis de lo leído y se establecía o delimitaba el caso planteado.

La fase siguiente, tras la delimitación, era explicar el “*casus*”, estableciendo los puntos de vista dotados de relevancia (los denominados “*notabilia*”) y que eran

14 COING, H.: *Derecho*, cit., p. 41.

atinentes para la solución del caso así como los puntos controvertidos con el texto así como su solución¹⁵.

Era más que evidente que la forma de proceder de los glosadores consistió en lo que la doctrina caracterizó como exégesis de la letra muerta, en ningún caso tuvo una proyección creadora, por lo que fue un repensar lo ya pensado¹⁶.

Esta técnica no procedía de forma aislada en cada pasaje, sino que, por el contrario, era puesto cada en conexión con otros, lo que sirvió a la doctrina, y para poner de relieve la incipiente aparición de la idea de sistema y, en concreto, a Genzmer, para ver en esta actitud mental el núcleo de la futura ciencia jurídica europea.

Es evidente que la remisión a otros lugares podía implicar que la referencia se hiciese porque fuesen concordantes (las denominadas "*concordantiae*") o porque pudiesen ser contrarios (contraria). En el caso de lugares paralelos concordantes la técnica apuntaba distintas posibilidades: a la eventual subsunción de uno en otro, a que uno fuese consecuencia doctrinal de otro o que fuese, más bien, su confirmación.

La técnica en el tratamiento de lugares, aparentemente contrarios, decimos aparentemente contrarios porque, en la mentalidad de los glosadores, no existe en los textos tal contradicción sino que es consecuencia de una intelección defectuosa o errónea del sujeto, por lo que hay que superar la eventual antinomia entre los textos por medio de los recursos ya conocidos en el mundo antiguo y a los que ya nos hemos referido en otro lugar (vid. "*Ius, episteme y doxa*").

Esta actitud ante las fuentes se materializó en los aspectos siguientes:

1) Cada texto jurisprudencial romano (*locus*) es una manifestación de la *ratio scripta*, razón por la cual es verdad en sí mismo y ello, con independencia de su relación con la totalidad de los otros. Es por ello imprescindible asegurar el sentido genuino que tiene, para lo cual el método más efectivo es la explicación continua del texto conocida como glosa.

2) Los medios imprescindibles para lograr una explicación segura de los textos son los conocidos conceptos gramaticales y las figuras dialécticas del "*trivium*" que fueron aplicadas magistralmente por los glosadores. Las glosas de Iheronimus son un testimonio más que evidente de lo indicado, por lo que fue calificado como

15 WEIMAR, P.: *Die legistische*, cit., pp. 129 ss; COING, H.: *Derecho*, cit., pp. 69 ss.

16 Originariamente *glossa* fue un término utilizado por los gramáticos para dilucidar una expresión extraña, no inteligible (*conticescere est tacere*), posteriormente, partiendo de palabras, se aplicó a explicar materias (*glossa est ditorum ambiguum expositio*). Véase, de forma más detallada, GENZMER, E.: "*Die justinianische*", cit., p. 10, núm. 23.

gramático y dialéctico, dotado de las cualidades propias del artista (*"logicus fuit et magister fuit in ista civitate artium"*).

Señala Coing que la Lógica jugó un papel muy importante en la formación intelectual de los eruditos y ello desde la Edad Media hasta el siglo XVIII¹⁷. En el dilatado período del *"lus commune"* se produjo una fecunda discusión relativa a la búsqueda de estructuras y métodos que fuesen válidos para todas las ciencias, sin distinción entre ciencias naturales y ciencias del espíritu. Las doctrinas de la Baja Edad Media, relativas a la teoría científica, fueron compendiadas en la Dialéctica, que será base para la comprensión científica de las materias especiales: *"Dialectica est ars ad omnium methodorum principia viam habens. Et ideo in acquisitione scientiarum dialectica debet esse prior"*.

La Dialéctica, ya desde los griegos, abarcaba dos partes fundamentales: la doctrina relativa a las conclusiones derivadas a partir de los primeros principios, que son "per se" inmutables y tienen la nota de apodícticos, por lo que conducen a proposiciones "verdaderas", que no precisan ya de otra prueba ulterior y la doctrina relativa a los "loci", sede de la formación de proposiciones tomadas a partir de problemas en los que es susceptible más de una solución.

3) La convicción de la época en la presencia y existencia de la "Ratio" se proyectó en el campo de la tradición textual, por lo que se proclamaba el sentido total y racional existente en todos los textos que se exponía en forma de silogismos concluyentes, de acuerdo con la máxima de que todo texto es un epifenómeno de esta verdad que es la "ratio", por lo que goza de autoridad incondicional.

Estuvo tan arraigada la vivencia de este postulado que les llevó a proclamar la ausencia de contradicción interna entre ellos, afirmando, como decíamos anteriormente, que es únicamente una contradicción aparente y que se puede explicar mediante la utilización de los medios propios de la lógica, como fueron las "distinciones" y las "subdistinciones", eficaces instrumentos pensados y utilizados para restablecer la armonía o concordancia entre ellos, según un aforismo muy utilizado, cuya paternidad se atribuye a Placentino: *"quanto magis res omnis distinguetur tanto melius operatur"*.

Es claro que la "techne" de las "distinciones", que está tan profundamente arraigada en los derechos de naturaleza casuística, cuando es utilizada dentro del marco de la ciencia jurídica de corte escolástico, se proyecta a las "distinciones" de tipo conceptual, lo que evidenció nuestro autor en la armonización de los

17 COING, H.: *Derecho*, cit., pp. 44 ss.

textos en materia de “*dominium*”, al introducir los juristas distintas subclases de propiedad¹⁸.

Wieacker apuntaba justamente a este dato de la utilización de los medios propios de la dialéctica en el campo de la exégesis para armonizar los textos y formar las “*regulae*” como la base nuclear en la construcción doctrinal o dogmática, articulada según unos principios en los que no cabe una contradicción interna, como la primera manifestación en la historia de una dogmática jurídica incipiente, si bien observaba que no se llegó al sistema externo o a los conceptos jurídicos más generales mediante este procedimiento que consistía en superar las contradicciones por la vía del análisis exegético¹⁹.

A la luz de lo expuesto, la “*delineatio*” nos introduce en los siguientes sectores:

1) La lógica, la retórica y la dialéctica del ámbito griego fueron utilizadas y aplicadas por los maestros griegos, pensemos, por ejemplo, en la escuela alejandrina, a la exégesis de los textos, dando lugar al conocido método filológico que consiste en una glosa gramatical, exégesis o interpretación del sentido de un texto, “*concordantiae*” y “*distinctiones*”.

La corriente filosófica del neoplatonismo proyectó este método al campo de la Filosofía, así como los Santos Padres griegos lo hicieron con las fuentes bíblicas y los juristas del siglo V y VI, de corte bizantino, lo aplicaron, para mejor conservar y guardar el saber antiguo, al preciado legado de los juristas clásicos.

2) Idénticos medios fueron aplicados por los glosadores, porque las obras de Aristóteles, así como las de sus comentaristas (los conocidos “*commentaria in Aristotelem graeca*”), fueron traducidas y minuciosamente interpretadas por Boecio (524-526), representando el compendio más relevante de lógica del medioevo.

El hecho de que tanto glosadores como los maestros bizantinos utilizaran los mismos medios en la exégesis de los textos, hizo que un relevante bizantinista, Pringsheim, en un trabajo titulado “*Beryt und Bologna*”, plantease una cuestión que fue muy controvertida en el campo doctrinal, porque afirmó la existencia de un nexo genético y de dependencia entre el método de los maestros bizantinos y el método de los glosadores²⁰.

18 Vid. COING, H.: *Derecho*, cit., p. 42s s: “Zur Eigentumslehre des Bartolus”, *Zeitschrift für SavignyStiftung für Rechtsgeschichte*, 1953, núm. 70°, pp. 348-371.

19 WIEACKER, F.: *Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 56.

20 PRINGSHEIM, F.: *Beryt und Bologna*, Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1921, p. 391.

La doctrina se pronunció en contra de tal planteamiento, negando tal tipo de dependencia, entre otros Genzmer y Wieacker²¹.

El que nos encontremos con determinadas semejanzas entre las formas de proceder de unos y otros se debe a que todos operaron con la misma fuente, el "*Corpus Iuris*", a la que aplicaron las mismas técnicas, propias del intelectualismo griego, pudiendo citar la dialéctica de patente greco - helenística. Es sabido que el "*Corpus Aristotelicum*" así como la obra de los comentaristas de Aristóteles eran un material muy conocido en Bizancio, junto con la amplia y sólida tradición en el campo de la enseñanza del estudio de la lógica aristotélica por parte de aquellos que pretendían acceder al estudio en la universidad.

También es cierto que todo el cuerpo doctrinal antiguo, al que hemos hecho referencia, fue traducido al latín por Boecio (524-526) y explicado de acuerdo con los medios a que nos hemos referido, convirtiéndose en el compendio de lógica en el medioevo. Como botón de muestra de lo indicado, hemos seleccionado "*del liber de divisione*" de Boecio un fragmento que nos clarifica la "similitud" metodológica existente:

"Divisio namque multis modis dicitur. Est enim divisio generis in species. Et rursus divisio, cum totum in proprias dividitur partes. Est alia, cum vox multa significans in significationes proprias recepit sectionem.

Genus dividimus in species, cum dicimus animalium alia rationalia, alia irrationalia, rationalium alia mortalia, alia immortalia. Vel cum dicimus colorum alia alba, alia nigra, alia media. Oportet autem omnem divisionem generis in species aut in duas fieri partes aut in plures.

Totum in partes dividitur, quotiens in ea, ex quibus est compositum unum quodque resolvimus, ut cum dico domus aliud esse tectum, aliud paries, aliud fundamentum²²".

Esta técnica que fue conocida merced a la actividad de Boecio, la aplicaron los glosadores junto con otros medios que, a continuación, pasamos a indicar:

1) "*Distinctio*". Técnica que permite fraccionar un concepto supremo en sus conceptos subordinados ("*distinguere*" y eventualmente "*subdistinguere*"), cuando a un "*genus*" superior se le adiciona la diferencia específica (las denominadas especies subordinadas). La operatividad que aporta la "*distinctio*", que es una

21 GENZMER, E.: "Die justinianische", cit., pp. 55s; WIEACKER, F.: *Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 50.

22 *Boethii. liber de divisione*, PL 64. 877B.

forma de “*divisio*”, es ser un medio instrumental muy adecuado para poder formar la sistematización²³.

2) “*Summulae*” y “*summae*”. Términos que son también exponente de un intento de sistematizar, porque las “*summulae*” recogen de forma unitaria materias cuya regulación se encuentra en sedes diferentes y la “*summa*”, por su parte, trata de ordenar de un modo sistemático los títulos que forman parte de un Código (“*Summa est quae textum continuat et exponit*”).

3) “*Qaestiones*”. Atención especial merecen las “*qaestiones*”, puesto que se aplican a casos que per se no son susceptibles de subsunción en un cuerpo de normas jurídicas recogidas en las fuentes, por lo que dichos casos, en cuanto exponentes de un problema, que es susceptible de distintas soluciones, han de ser tratados mediante la discusión dialéctica, la cual implica considerar el “*pro et contra*”.

Es sabido que la raíz última de las “*qaestiones*” se halla en la Tópica de Aristóteles, si bien en la antigua sofística ya se practicaba el “*disserere in utramque partem*”, técnica que se encuentra también en San Agustín y Boecio, quien atestigua:

“Fortasse difficile est de huiusmodi rebus confidenter declarare, nisi saepe pertractae sint, dubitasse autem de his singulis non erit inutile.

*Quod scilicet numquam diceret, nisi nos ad majorem acuminis exercitationem considerationemque revocaret, quod quoniam ejus est adhortatio, nos quoque in aliis de his rebus dubitationes solutionesque ponere minime ravabimur”*²⁴.

El esquema que caracteriza a la “*qaestio*” presupone en esencia los pasos siguientes: “*pro*” o mantenimiento de una tesis o enunciado; “*contra*” o debilitamiento de la tesis enunciada; “*solutio*” o resolución definitiva.

Así, una vez establecido el planteamiento del problema (“*quaeritur*”), siguen las “*auctoritates*” y “*rationes*”, de acuerdo con las cuales se sostiene una tesis, la cual será puesta en tela de juicio, aduciendo “*auctoritates*” y “*rationes*” que tendrán que debilitar el enunciado anteriormente afirmado (recordaba Aristóteles la “*qaestio*” “si acaso el mundo es eterno”, formulándose la respuesta afirmativa sostenida mediante “*auctoritates et rationes*”, a la que se formulaba la tesis negativa, reforzada también con “*auctoritates*” y “*rationes*”. el momento final lo constituía la “*solutio*”

23 SECKEL, E.: *Distinctiones glossatorum*. Fs. Ferdinand von Martitz, Löwenklau Gesellschaft e.V., Berlin, 1911, pp. 281-289; GENZMER, E.: “Die justinianische”, cit., p. 19.

24 GÓMEZ ROYO, E.: *Las sedes históricas de la cultura jurídica europea*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2010, p. 238.

que presuponía el haber refutado limpiamente las “*auctoritates et rationes*” de uno de los dos posicionamientos.

Si se realiza un análisis minucioso de la “*quaestio*” se descubre un método muy útil para la formación del derecho, porque esta técnica conecta claramente con los “*responsa*” y las “*quaestiones*” recogidas en el Digesto, que contiene el bloque denominado “*quaestio facti*”, del que se forma el bloque de la “*quaestio iuris*” y que será la que dará lugar, mediante la “*disputatio in utramque partem*” a la formación dinámica del Derecho²⁵.

4) “*Quare*”. Término que está completamente desligado del ámbito de lo casuístico o práctico, cuyo vocablo específico es “*quaestio*”, y que fue utilizado para dilucidar la aparente contradicción que podían suscitar dos términos recogidos en las fuentes, demostrando que la mencionada contradicción era más aparente que real, de acuerdo con el espíritu propio de la época. Claramente se evidenciaba aquí la tendencia a la armonización de los textos.

En todo este proceso sucintamente indicado, afirmaba Wieacker²⁶, se capta cómo los glosadores pueden ser considerados como genuinos padres de la futura ciencia jurídica europea y destacaba el ilustre romanista, de recordada memoria, que llegaron a tener un dominio muy exacto de los textos jurídicos romanos, porque dieron un tratamiento a los problemas jurídicos de acuerdo con el canon lógico propio de los mismos, es decir, un planteamiento exacto del problema a resolver, la pertinente discusión del caso, la argumentación adecuada e interpretación junto con la “*solutio*”.

Mediante esta técnica pusieron las bases sobre las que se articularía la futura ciencia jurídica europea, es decir, el procedimiento de la motivación y decisión de los casos o conflictos vitales de la convivencia humana no siguieron el cauce de la costumbre intemporal ni vinieron mediatizados por el poder dominante, sino que más bien fue la fructífera discusión intelectual y científica del problema real del que se formará una “*regula*” desde el caso concreto; el tratamiento jurídico del caso de un modo autónomo y con rigor científico fue el que otorgó esa base sobre la que se articularía posteriormente la ciencia jurídica europea, aunque otorgaron primacía a la “*auctoritas*” y al formalismo en perjuicio de la razón práctica y de la justicia in abstracto.

Estamos naturalmente ante una técnica específica en el tratamiento de los casos o problemas vitales de la convivencia en la que ya no se procede de acuerdo con postulados metarracionales o sometidos a la presión del poder, sino que esta

25 GENZMER, E.: “Die justinianische”, cit., pp. 140 y 318.

26 WIEACKER, F.: *Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 69.

técnica presupone un tratamiento muy fecundo del caso, mediante la discusión de tipo intelectual y científico del problema, de un modo totalmente autónomo y estrictamente jurídico (nos referimos a la regla formada a partir de este problema concreto).

Sobre esta técnica y este Derecho se fue construyendo la tradición romanística y el Derecho occidental. Un Derecho que intenta ser relegado de las Facultades jurídicas, pero que nosotros reivindicamos como parte de nuestro legado jurídico. Seguramente, nuestro mejor legado, por mucho que le pese a los recalcitrantes positivistas que se niegan a ver cómo las raíces de nuestra historia jurídica siguen el sendero de la Ciencia y de la Historia.

BIBLIOGRAFÍA

BESTA, E.: *L'opera d'Irnerio I*, Torino, 1896.

CALASSO, F.: *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1970

CARPINTERO, F.: "Mos Gallicus" "Mos Italicus" y el humanismo racionalista, una contribución a la historia de la metodología jurídica", *Ius Commune* 6, 1977.

CLAVERO, B.: *Temas de Historia del Derecho: Derecho Común*, Sevilla, 1977.

COING, H.:

- *Derecho Privado Europeo. I. Derecho Común más antiguo 1500-1800*, Madrid, 1996.

- "Zur Eigentumslehre des Bartolus", *Zeitschrift für Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 1953, núm. 70º.

GENZMER, E.: "Die justinianische Kodifikation und die Glossatoren", *Das römische Recht im Mittelalter*, Darmstadt, 1987.

GÓMEZ ROYO, E.: *Las sedes históricas de la cultura jurídica europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

KANTOROWICZ, H.U.: "Ueber die Entstehung der Digestenvulgata. Ergänzungen zu Mommsen", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 1910, núm. 31.

OBARRIO MORENO, J. A.:

- *Iura et Humanitas. Diálogos entre el Derecho y la Literatura*, Madrid, 2017.

- "La cessio bonorum en la tradición jurídica medieval", *RGDR*, 2016, núm. 26º.

- "La rúbrica De decreto ad alineanda Universitatis bona en la tradición jurídica tardo-medieval", *RGDR*, 2015, núm. 24º.

OBARRIO MORENO, J. A.- PIQUER MARÍ, J. M.: *Repensar la Universidad. Reflexión histórica de un problema actual*, Dykinson, Madrid, 2015.

PRINGSHEIM, F.: *Beryt und Bologna*, Bernhard Tauchnitz, 1921.

SAVIGNY, K. F.: *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo*, Torino 1854-1857 [Roma, 1972].

SECKEL, E.: *Distinctiones glossatorum*. Fs. Ferdinand von Martitz, Berlin, 1911.

WEIMAR, P.: *Die legistische Literatur der Glosatorenzeit en Handbuch und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, I Mittelalter (1100-1500)*, München, 1973.

WIEACKER, F.: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967.

