

# Tradición romanística y decisión justa

SUMARIO: I. Introducción.-II. Un diseño metodológico: La Glosa: A) El marco histórico e intelectual. B) Martino Gosia y su método de decisión jurídica: La devolución de la dote profecticia. La supremacía de la ley o la costumbre como fuentes del Derecho.-III. Una visión (aún mas) retrospectiva: La jurisprudencia romana.-IV. El algoritmo metodológico ahistórico de la decisión jurídica.-V. Reflexión conclusiva.

## I. INTRODUCCIÓN

1. En este estudio sostengo una tesis relativamente simple, al menos en su apariencia: Influido por unas circunstancias históricas determinadas y por las características de su propia personalidad, el glosador Martino Gosia, uno de los *Cuatro Doctores* boloñeses discípulos de Irnerio, desarrolló con brillantez un método de decisión jurídica en el que se combinan, en afortunada proporción, los ingredientes tópicos y las referencias al sistema normativo. De esta manera, resultan satisfechos en cada resolución, de manera óptima y conjunta, los valores *justicia del caso concreto* y *certeza del derecho* (*seguridad jurídica* desde una óptica subjetiva actual), los cuales se presentan frecuentemente al decisor jurídico como antagónicos, en el sentido de que ha de renunciar a la realización plena de cualquiera de ellos, en la medida en que pretenda adecuar su decisión al otro. La estructura de este método es detectable también, a poco que nos fijemos, en el proceder de la jurisprudencia romana del período clásico y en el de los Tribunales de Justicia europeos, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial; con la salvedad, claro está, en relación con el Derecho romano, de que sus referencias sistemáticas no lo son habitualmente a un *sistema normativo*, pero sí a un *sistema interno* formado por un conjunto armónico de principios que cons-

tituyen la *generalis ratio* del ordenamiento<sup>1</sup>. Por lo tanto, al hallarse el modelo metodológico de Martino Gosia en tres ocasiones históricas tan distantes en el tiempo, tan diversas circunstancialmente y tan significativas, cada una de ellas por separado, para el desarrollo de la ciencia jurídica, parece lícito preguntarse si no nos hallaremos, como por mi parte lo estimo, más que ante un particular método de decisión jurídica, ante un *algoritmo metodológico* de valor *ahistórico*, universal.

En las páginas que siguen me ocuparé, sucesivamente, del marco histórico en el que resurgieron los estudios jurídico-romanísticos en Europa, con especial valoración crítica de los factores que de manera más directa influyeron en el método de los juristas, y del *iter* intelectual de la decisión jurídica en las dos figuras más relevantes de los *Cuatro Doctores*, Búlgaro y Martino Gosia, para concluir, tras una referencia retrospectiva a la jurisprudencia romana clásica, en la actualidad y universalidad del método de Martino. No he pretendido realizar lo que propiamente podría llamarse una investigación histórica, sino que mi trabajo es la reflexión de un romanista sobre determinados datos históricos y, muy en especial, sobre la funcionalidad que atribuye al texto justiniano cada uno de los aludidos *Doctores*, con el fin de extraer un modelo metodológico para la decisión jurídica, que pueda considerarse de validez general. He tratado de poner, por lo tanto, en este punto concreto, la historia del Derecho al servicio de la reflexión jurídica o, si se prefiere, de la filosofía del Derecho y, en última instancia, de la aplicación práctica del mismo, ofreciendo con ello una muestra del gran valor que aquélla, la historia, tiene tanto para la cetética, como para la dogmática jurídica, en el sentido que Viehweg otorga a esta contraposición conceptual y que constituye una de las más brillantes ideas de su obra científica<sup>2</sup>.

2. Espero no sorprender demasiado a romanistas, historiadores del Derecho y juristas en general al afirmar que el sentido histórico no es imprescindible al operador jurídico (juez o jurista de quien se requiere una decisión en derecho). Los juristas romanos de la etapa clásica, como nos recuerda

<sup>1</sup> Sobre *sistema* jurídico, Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz* (2.<sup>a</sup> ed., 1984). Cfr., también, Kalfass, W., *Die Tübinger Schule der Interessenjurisprudenz* (1972), pp. 70 ss.; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1991), pp. 474 ss. En relación con el Derecho romano, Pugliese, *Scr. giur. III* (1985), pp. 447 ss.; Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del Diritto romano* (1989), pp. 107 ss., en esp. 116-117, respecto de la *generalis ratio*.

<sup>2</sup> VIEHWEG: *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*, en *System und Klassifikation in Wissenschaft und Dokumentation* (ed. Diemer); Meisenheim, (1968), secc. 6; *Rechtsdogmatik und Rechtszetetik bei Ihering*, en *Iherings Erbe-Göttingen Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von R. v. Ihering* (1970), pp. 211 ss., secc. II; *Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie der Rechtsdisziplin*, en *Jahrb. f. Rechtssoziologie u. Rechtstheorie II* (1972), pp. 438 ss., secc. IV.

uno de los mejores conocedores modernos de su pensamiento, F. Schulz, carecían casi por completo de sentido histórico<sup>3</sup> y, sin embargo, sus decisiones son modélicas en nuestra cultura jurídica. Los glosadores carecieron también de perspectiva histórica y, en su caso, este hecho, lejos de ser perturbador para la metodología de la decisión jurídica, facilitó un desarrollo más flexible de ésta (lo que resulta especialmente claro en el caso de Martino Gosia) y, en general, favoreció la implantación expansiva del Derecho romano y la formación del Derecho común. Como, en efecto, ha apuntado Viehweg en una inteligente observación a la que los estudiosos de la tradición romanística europea no han prestado la atención que merece, la jurisprudencia medieval ejercita la actividad tópica consistente en la utilización de puntos de vista que justifiquen la aplicabilidad de un determinado texto, para avalar la solución con la autoridad del mismo, y con independencia de la desconexión que pueda existir entre la situación problemática a la que el texto respondió en su origen y aquélla otra en la que se pretende aplicar. Este proceder —comenta Viehweg— «contiene necesariamente arbitrariedades lógicas, pero es, al mismo tiempo, de una importancia eminente, pues de esta manera se hace posible la continuidad y el desarrollo del mundo de las formas jurídicas»<sup>4</sup>. Pues bien, repárese en lo siguiente: la utilización de los textos de la manera descrita, que tuvo como consecuencia beneficiosa el desarrollo expansivo del Derecho romano, guarda una relación directa con la ausencia de perspectiva histórica por parte de los juristas; en otro caso, la sensibilidad hacia el trasfondo sociológico de las leyes, su contemplación como respuestas a conflictos de intereses concretos e históricamente identificados, hubiese obstaculizado de manera sustancial su utilización en apoyo de soluciones a otros conflictos generados bajo condiciones muy distintas y en una época tan alejada cronológicamente de la de los juristas romanos. En último término, *fue la carencia de visión histórica de los civilistas de Bolonia lo que les liberó de todo pudor intelectual para llevar a cabo el desapego situacional de los textos y esto, a su vez, facilitó la abstracción de los principios a ellos subyacentes y el inicio de la construcción de los dogmas*. Una tal reflexión es válida, por lo demás, tanto aplicada a los glosadores, como a los comentaristas. Recuérdese, como prueba de ello, la anécdota referente al gran Bártolo de Sassoferrato, quien, para resolver en derecho, procedía en

---

<sup>3</sup> Schulz, *Prinzipien* (1934), pp. 69 ss.

<sup>4</sup> La obra de Viehweg «*Topik und Jurisprudenz*» (1.ª ed. 1953) será citada en lo sucesivo mediante el nombre del autor y la página correspondiente de la edición española de 1964, realizada sobre traducción de L. Díez-Picazo, tan impecable, que resulta en la práctica indiferente su manejo o el de la edición original. No sucede lo mismo, sin embargo, con la serie de artículos posteriores del autor publicados en español bajo el título general «*Tópica y Filosofía del Derecho*» (1991), cuya utilización no permite, en mi criterio, prescindir de los correspondientes originales alemanes. Los párrafos de referencia de esta nota se encuentran en la primera de las obras citadas, p. 95.

primer lugar a decidir con independencia de los *libri legales* justinianos (de manera indudablemente tópica) y después encomendaba a su amigo Tigrinus la búsqueda de los textos adecuados para el apoyo de su solución<sup>5</sup>.

Ahora bien, si el sentido histórico no es estrictamente necesario para decidir en derecho, sí lo es, en cambio, para la *reflexión metodológica sobre la decisión jurídica*, que ha de redundar en la mejora de ésta en relación con los valores básicos que deben orientarla, es decir, la justicia y la seguridad jurídica. Al entenderlo así, he creído que la perspectiva histórica de un romanista puede ser especialmente útil, puesta al servicio de dichos valores. Y he pretendido, al mismo tiempo, rendir homenaje a la figura de Theodor Viehweg, a quien considero uno de los juristas más trascendentes de nuestro siglo. La relectura de su «Topik und Jurisprudenz» me reafirma cada vez más en la admiración científica ante la obra bien hecha, de impresionante coherencia y rigurosa en la exposición de una idea de relativa sencillez, como todas las que han supuesto avances sustanciales en cualquier campo del conocimiento, pero que por encima de toda crítica el tiempo se ha encargado de perfilar como de inexcusable consideración en la metodología jurídica. En la misma línea, cada uno de sus trabajos posteriores es un verdadero monumento al rigor intelectual: relativamente pocos y breves, su densidad científica es impresionante, conteniéndose casi en cada uno de sus párrafos ideas a cual más original y sugerente<sup>6</sup>; constituyen, en fin, la mejor prueba de que el auténtico valor de *aportación* a la ciencia en nada se relaciona con la extensión de la obra, y en todo con el estudio, reflexión sosegada e intensa, exigente selección autocrítica de las ideas y rigor metodológico que ha de presidir su realización.

Por otra parte, la importancia de la tópica para la decisión jurídica, en el pasado y en el presente, es incuestionable, sin que haya de ser excluido de esta afirmación el método de los juristas romanos. Consciente del riesgo de incompreensión que representaba entonces para un romanista defender

---

<sup>5</sup> Cfr. Zippelius, R., *Einführung in die juristische Methodenlehre* (1971), 21, quien toma el relato de H. Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906), 21. Este fenómeno de la utilización expansiva de los textos por los civilistas medievales ha sido analizado con rigor por G. Speciale en el Cap. II (pp. 77 y ss.) de su obra *La memoria del Derecho* común. Sulle tracce d'uso del *Codex* di Giustiniano (Secoli XII-XV) (1994). De él me permito destacar, por su claridad en la expresión de la idea de referencia, el siguiente párrafo: «Nella lettura il giurista non si accontenta soltanto di analizzare la norma giustiniana nella sua purezza e di sottolinearne la funzione nell'ambito del sistema normativo, ma volge il suo interesse alle nuove fattispecie non conosciute nel diritto comune, ma imposte dalle nuove istanze sociali. Fissa la sua attenzione sulle *quaestiones* che nascono dalle nuove fattispecie (sia quando sono disciplinate dal *ius proprium*, sia quando non sono previste da alcun ordinamento). L'interprete prova continuamente la potenzialità espansiva del diritto comune, certo di potere imbrigliare nella rete del diritto romano e canonico le fattispecie che la società dei suoi tempi impone di disciplinare» (pp. 92-93).

<sup>6</sup> Por lo que respecta a la colección editada en español a la que aludo en la n. 4, téngase en cuenta el comentario que en dicho lugar se hace.

esta idea, la sugerí hace ya años, por una convicción en la que después me he afianzado<sup>7</sup>. Juristas romanos, medievales y modernos, en diferentes circunstancias históricas y desde distintos enfoques ideológicos y, en general, intelectuales, incluyen ingredientes tópicos en su metodología de la decisión jurídica, sin que ello excluya el componente *sistemático*, en el que, por su diversa naturaleza en cada una de las citadas ocasiones históricas, residen sus mayores diferencias. A partir de la consideración de todo ello y utilizando como base del proceso de reflexión, tal como he adelantado al principio, el método de Martino Gosia, he llegado al diseño del modelo metodológico *ahistórico* sobre el que deseo, en este trabajo, llamar la atención de los juristas.

## II. UN DISEÑO METODOLÓGICO: LA GLOSA

### A) El marco histórico e intelectual

1. Europa, como entidad cultural, está ligada en sus orígenes a la idea de *unidad*, que se manifiesta como objetivo ya desde la Alta Edad Media en una triple dimensión, a saber, política, mediante la concepción e intento continuado de plasmación práctica de la *idea imperial*, espiritual, a través de la aglutinación producida por un cristianismo que era considerado como única religión *civilizada* y, finalmente, jurídica, al haberse conservado la tradición del Derecho romano, a veces con miras a su vigencia práctica y siempre como referencia última del pensamiento jurídico<sup>8</sup>.

Nuestros conocimientos sobre la supervivencia, cultivo científico y transmisión docente del Derecho romano durante la Alta Edad Media continúan hoy siendo escasos, al menos en lo que a datos se refiere<sup>9</sup>, sin que hayan variado sustancialmente desde que H. Fitting y M. Conrat sostuviesen su famosa polémica a finales del siglo XIX<sup>10</sup>. Este tiempo ha servido, desde luego, para que aquella polémica pueda ser contemplada desde una perspectiva distinta, menos apasionada e integradora de las tesis de ambos ilustres historiadores. Tiene razón Conrat cuando arguye la falta de fuentes significativas de la época, pero no la tiene en menor medida Fitting cuando

<sup>7</sup> Cfr. AHDE LIV (1984), pp. 719-720.

<sup>8</sup> Koschaker, *Europa und das römische Recht* (1965), pp. 2 ss.; Casavola, *Labeo* (1994), pp. 161 ss.; Padoa-Schioppa, *Il diritto nella storia d'Europa. Il medioevo (Parte prima)* (1995); Giaro, *Ius Commune XXII* (1995), pp. 1 ss.; Paricio, J. y Fernández Barreiro, A., *Historia del Derecho romano y su recepción europea* (1997), segunda parte, pp. 211 ss.

<sup>9</sup> V. la crónica de M. Cavina, *Riv. di Stor. del Dir. It.*, vol. LXI (1988), pp. 375 ss., sobre el Convegno «Da Giustiniano a Irnerio», celebrado en Rávena, bajo la dirección de R. Bonini, ese mismo año.

<sup>10</sup> Fitting, *Die Anfänge der Rechtsschule zu Bologna* (1888); Conrat, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im frühen Mittelalter* (1891, reimp. 1963).

pone el acento en la supervivencia continuada, durante todos los siglos altomedievales, de algunos brotes de tradición jurídica romana, que pueden constituir los eslabones visibles de una cadena no interrumpida entre Justiniano y la eclosión boloñesa. Y en nuestros días podemos entender con facilidad que ambas posiciones no tienen por qué ser mutuamente excluyentes, por cuanto que fueron sostenidas desde diferentes ópticas metodológicas: Conrat pone el acento en la *Textgeschichte*, lo que le conduce a una conclusión negativa sobre la continuidad de la tradición jurídica, en tanto que, por su parte, Fitting, desde una perspectiva amplia de elementos jurídicos y metajurídicos, es decir, de *Rechtsgeschichte*, puede defender, con indudable acierto<sup>11</sup>, aquella continuidad. Una vez más comprobamos así la magnitud del avance que, para la investigación histórico-jurídica, supuso la distinción metodológica introducida por F. Wieacker<sup>12</sup>.

Y precisamente en la línea de Fitting, no ha de perderse de vista una realidad histórica indiscutible, de naturaleza política, que jugó un papel de primer orden en la permanencia y asentamiento medieval de la tradición jurídica romana, ya desde siglos antes de que comenzasen a trabajar los civilistas de Bolonia, a saber, el hecho de que la *idea imperial unificadora* permaneció prácticamente siempre viva en la Europa occidental. Es bien conocido el objetivo de Carlomagno de reconstrucción del Imperio romano, lo que constituye el precedente de la política impulsora de la idea imperial, desarrollada con empeño por la casa alemana<sup>13</sup> de Sajonia desde principios del siglo X<sup>14</sup>. No otra finalidad persiguió el expansionismo militar de los Otones, en la línea marcada por el primero de ellos, quien, siguiendo la más pura tradición carolingia, recibió la investidura imperial en el año 962. Sus sucesores, Otón II y Otón III, se afanaron en mantener la unidad del Imperio, contando todavía, en términos generales, con el visto bueno del Pontificado, la institución que, en los siglos siguientes, habría de manifestarse como el más acérrimo adversario de la política imperial. A la vista de ello, y pese a la escasez de constancias documentales relativas a la tradición jurídica en la Alta Edad Media, ha de admitirse la gran probabilidad de que los emperadores sajones viesen siempre en la vigencia práctica del Derecho romano justiniano un factor de cohesión esencial para su política, puesto

---

<sup>11</sup> Pese a las críticas doctrinales, de las que es buena muestra, con amplias referencias a otras, la de Astuti, en el vol. *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, de la col. *Ius Nostrum*, Studi e testi pubblicati dall'Istituto di Storia del Diritto Italiano dell'Università di Roma (1984), pp. 201 ss.

<sup>12</sup> Wieacker, *Textstufen klassischer Juristen* (1960), pp. 27 ss.

<sup>13</sup> Sobre ello, Hampe, en la rigurosa *Historia Universal* confeccionada bajo la dirección de W. Goetz (trad. esp. de García Morente), t. III (1975), pp. 355 ss.; Santini, *Materiali per la Storia del Diritto Comune in Europa I (Lo Ius Comune nel pensiero giuridico: una struttura di lunga durata)* (1990), pp. 13 ss.

<sup>14</sup> Mor, *L'età feudale* (1962), I, cap. VI.

que, como derecho imperial por excelencia, había sido el ordenamiento del gran Imperio romano que ellos trataban de reconstruir.

Esta probabilidad de vigencia práctica del Derecho romano en la época altomedieval resulta además reforzada por la existencia de dos documentos significativos de principios del siglo XI, en los que se contienen sendas disposiciones de Otón III, con invocación expresa del derecho justiniano. El primero de ellos fue publicado ya en el siglo XIX por Giesebrecht<sup>15</sup> y se refiere al otorgamiento por el emperador de las investiduras judiciales, en cuya solemne ocasión aquél conminaba al investido a no vulnerar nunca la ley de su *sanctissimus antecessor* Justiniano<sup>16</sup>. Después le entregaba un ejemplar del Codex y le exhortaba a juzgar universalmente conforme a sus disposiciones<sup>17</sup>. El segundo de los aludidos documentos fue dado a conocer por C. G. Mor<sup>18</sup>. Se trata de un diploma imperial suscrito en Perugia el día 7 de Marzo del año 1001, en favor del monasterio de San Lorenzo, en Campo de Rávena, y relativo a la titularidad de los bienes de dicho monasterio, y en él se contiene la referencia «...*secundum iustinianam legem*...». Piensa Mor que una tal referencia, por ser insólita en los diplomas imperiales, reviste especial significación, y continúa: «Es muy probable que la primera redacción del mismo (documento) haya tenido lugar en la capital del Imperio, cuando aún estaba en pleno desarrollo el diseño otomano de restaurar el *Imperium Romanum* de los Césares y de los Augustos. En el cuadro de tal reconstrucción, podía también entrar el proyecto de una restauración imperial del Derecho romano como *ius omnium generale*, o como derecho del Imperio, lo que explica el recurso al Código justiniano, que representaba la concreta realidad legislativa del mundo romano, la voz de los emperadores predecesores de Otón III»<sup>19</sup>.

Considero, por cuanto antecede, que pese a lo limitado de nuestros conocimientos *documentales* sobre la tradición jurídica en la alta Edad Media, el siguiente aserto, como un primer pilar de mi razonamiento, podrá permanecer al margen de cualquier discusión doctrinal: Sea cual fuere el grado de implantación práctica y cultivo teórico del Derecho romano en la Europa occidental intermedia, y particularmente en Alemania y norte de Italia, durante la alta Edad Media, es lo cierto que en esta época hunde sus raíces un *fenómeno político*, la *idea imperial unificadora*, que, con toda probabilidad, hubo de funcionar como potente motor de atracción de aquel Derecho, con vistas a su implantación práctica. Posteriormente, cuando la *idea imperial* se vio directamente amenazada por las pretensiones del Pontificado y la cre-

<sup>15</sup> Giesebrecht, *Geschichte der deutschen Kaiserzeit* (1873), I, p. 884.

<sup>16</sup> *Ibid.*: *Cave, ne aliqua occasione, Iustiniani sanctissimi antecessoris nostri legem subvertas.*

<sup>17</sup> *Ibid.*: *Secundum hunc librum iudica Roman et Leonianam orbemque universum.*

<sup>18</sup> Cfr. Mor: *Scr. di Stor. giur. altomedievale* (1967), pp. 77 ss.

<sup>19</sup> Mor, *loc. cit.*, pp. 79.

ciente rivalidad entre la Iglesia y el Imperio <sup>20</sup>, éste recurrió a la potenciación del Derecho romano como infraestructura jurídica de enorme poder aglutinador.

Es cierto, en cuanto a la limitación de fuentes aludida, que conserva aún validez la observación que hace ya más de un siglo formulara J. Flach <sup>21</sup>, en el sentido de que no existe escrito alguno sobre Derecho romano propiamente dicho que tenga valor teórico-científico y que sea original del periodo comprendido entre los siglos VII y finales del XI; pero esta pobreza textual en nada entorpece, en definitiva, a la hora de admitir lo que, por otra parte, responde a una lógica histórica rigurosa, esto es, la fuerza de atracción de la idea imperial respecto del Derecho romano y su progresiva implantación práctica. Los avatares de esta implantación, en territorios regidos por tradiciones jurídicas diferentes y heterogéneas constituyen un problema distinto, cuyo estudio pormenorizado rebasaría los objetivos de este trabajo. Pero sí deseo observar, en relación con él, que, frente a lo que a primera vista pudiera sugerirnos una perspectiva histórica puramente formal, no existe paralelismo real entre este fenómeno y el complejo asentamiento postclásico del Derecho romano en la periferia oriental del Imperio, tan rigurosamente estudiado por Mitteis <sup>22</sup>. En este sentido, y en referencia ya al siglo XII, época en que los datos documentales son más numerosos e ilustrativos, manifiesta con acierto Gouron <sup>23</sup> que no corresponde a la realidad la consideración de una lucha entre el Derecho romano, de una parte, y otros sistemas, plasmados en gran medida con una base consuetudinaria y mantenidos por los prácticos de tendencia conservadora. Habría de producirse más bien, antes y aun después del despeje boloñés, una *interacción* entre los diversos sistemas jurídicos, y el predominio romano hallará, en definitiva, su última explicación en el impulso recibido de la cada vez más sólida idea imperial <sup>24</sup>. Esta ha ejercido, pues, desde el alto Medievo una poderosa *vis atractiva* sobre la cultura jurídica romana, que supuso no sólo el mantenimiento continuado de ésta, sino su imposición final en detrimento de otros derechos, lo que tiene lugar con la *oficialización* de la escuela de Bolonia como centro de estudios jurídicos. Por ello, y como con acierto hace notar Fitting <sup>25</sup>, la

<sup>20</sup> Sobre este fenómeno, con elegante medida, R. W. Carlyle, y A. J. Carlyle, *A History of Medieval Political Theory in the West*, IV (1962), pp. 49 ss. y 307 ss.; un análisis crítico igualmente interesante se debe a M. Pacaut, *La théocratie. L'Eglise et le pouvoir au Moyen Âge* (1957), pp. 116 ss.; en relación con las aspiraciones políticas de la Iglesia en la época, Tellenbach, *The Church in Western Europe from the Tenth to the Early Twelfth Century* (1993).

<sup>21</sup> Flach, *Études critiques sur l'histoire du droit romain au Moyen Âge* (1890), pp. 102.

<sup>22</sup> Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht in der ostlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs* (1891, reimp. 1963), en esp. pp. 81 ss.

<sup>23</sup> Gouron: *Atti Convegno I Glossatori* (1968), p. 71.

<sup>24</sup> Desde la perspectiva del Derecho lombardo, v., para el fenómeno de esta integración, Fitting, ob. cit., en n. 10, p. 117; cfr. además Patetta, *Storia del Diritto italiano. Introduzione* (1927, ampliada por C. Bulferetti, (1947), pp. 51 ss.

<sup>25</sup> Fitting, ob. cit., pp. 11-12.

eclosión boloñesa no es un fenómeno casual, sino que significa el punto culminante de una trayectoria jurídico-cultural que se remonta a los comienzos de la Edad Media.

Además de este factor de tipo político, existe otro de naturaleza intelectual que caracteriza a la Edad Media y que tuvo mucho que ver con el mantenimiento de la tradición jurídica y el auge científico del Derecho romano: me refiero a la *tradición escolástica*, que fue siempre el cauce de la cultura. En las escuelas superiores se cultivaban e impartían, como base de la formación integral, las siete artes liberales, integrantes del *trivium* y el *quadrivium*. Constituían el *trivium* la *gramática*, la *dialéctica* y la *retórica*, y, en el ámbito de ésta última, solían impartirse ya desde los siglos más tempranos del periodo medieval enseñanzas de derecho<sup>26</sup>, por cuanto entre los géneros retóricos se encuentra el que ya Quintiliano denominase *genus iudiciale*<sup>27</sup>. Con independencia de estas enseñanzas genéricas, existieron escuelas especiales dedicadas al cultivo y transmisión docente del Derecho, como la de la propia Roma, abierta ya en el siglo VI, o las de Rávena y Orleans, que habrían ostentado un relevante nivel científico<sup>28</sup>, al menos por lo que puede colegirse a partir de las noticias que sobre ellas nos han llegado, ciertamente escasas y referidas mayoritariamente al periodo previo a la fundación de la escuela de Bolonia<sup>29</sup>.

De cuanto hasta aquí se ha dicho, cabe extraer la siguiente conclusión: la conjunción de la *idea política imperial*, que impulsaba el cultivo del Derecho romano, y la *tradición escolástica altomedieval*, que habría de ser el crisol de la especulación jurídica, supuso la idónea antesala del brillante renacimiento jurídico impulsado por la escuela de Bolonia.

Sobre los orígenes de esta escuela, nuestros datos se siguen reduciendo, en lo sustancial, a los que nos proporcionan Odofredo y el preboste Burcardo del monasterio alemán de Ursperg. Estos datos, aunque pocos, han

---

<sup>26</sup> Schupfer, *Manuale di storia del diritto italiano* (1908), pp. 203-204, recoge testimonios de ello relativos a los siglos VI, VIII y XI, y transmitidos, respectivamente, por Venancio Fortunato: Alcuino de York (o Albinus Flaccus y Teodulfo, y Milón Crisipo). Igualmente, en p. 206, el de Pedro Damián, con ocasión de la disputa doctrinal que, en el año 1045, mantuviera con los juristas de Rávena. Sobre la interesante figura religiosa y literaria de Venancio Fortunato (Honorius Clementianus Venantius Fortunatus); v. Pietri, L., *Venance Fortunat et ses commanditaires: un poete italien dans la société gallo-franque*, en *Settimane di Studio sull'Alto Medioevo. Committenti e produzione artistico-letteraria nell'Alto Medioevo Occidentale. Centro Italiano di studi sull'Alto Medioevo* (1992), pp. 729 ss.

<sup>27</sup> Quintiliano, *Orat. Inst.*, III, 9, 1.

<sup>28</sup> Cfr. Fitting, *Die Anfänge*, pp. 47-48. Sobre la producción jurídica escrita de la escuela de Orléans, v. Feenstra y M. Duynstee, *TR LX* (1.992), pp. 81 ss.

<sup>29</sup> Fitting, *Die Anfänge*, pp. 15 ss.; Schupfer, *Manuale*, pp. 205 ss. V. un compendio de las críticas al exceso de entusiasmo de Fitting por las escuelas jurídicas altomedievales en Astuti, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea* (1984), pp. 201 ss. Sobre el significado de Pavia en la tradición jurídica, Radding, Ch., *Origins of Medieval Jurisprudence: Pavia and Bologna 850-1150* (1988).

de estimarse fundamentalmente fiables, si tenemos en cuenta tanto la coherencia de los textos, como la proximidad cronológica de ambos cronistas a los acontecimientos que relatan, ya que ambos escriben en la primera mitad del siglo XIII reflejando tradiciones vivas y, en el caso del urspergense, apoyándose con toda probabilidad en la crónica de Juan de Cremona, elaborada en pleno siglo XII, e incluso quizás en fuentes más antiguas<sup>30</sup>. He aquí sus relatos:

a) En su comentario a la *lex 6 de iustitia et iure* (D. 1,1,6) expone Odofredo –por cierto, con criticable sistemática– lo siguiente: Irnerio (bajo la alusión respetuosa común a la época *dominus Irnerius*) fue quien abrió el rumbo de la ciencia jurídica (*lucerna iuris*, en expresión admirativa de Odofredo) en esta ciudad (Bolonia), por cuanto que fue el primero que en ella enseñó. Puesto que antes lo que había en esta ciudad era una escuela (*studium*) de artes liberales, y como hubiese resultado destruida la escuela de Roma, los libros legales fueron trasladados a Rávena<sup>31</sup> y de aquella ciudad a ésta. Ciertamente, a Irnerio había precedido un tal Pepo (*quidam dominus Pepo*), que comenzó por su cuenta (*auctoritate sua*) a cultivar la jurisprudencia, pero su ciencia no ha trascendido. Sin embargo, Irnerio, que profesaba la enseñanza de las artes liberales en esta ciudad, cuando fueron trasladados los libros legales tomó la iniciativa de ilustrarse en ellos y comenzó a enseñar sobre su contenido, alcanzando gran fama y habiendo sido, por lo tanto, quien por primera vez arrojó luz sobre nuestra ciencia, y puesto que fue el primero que estampó glosas en nuestros libros, ha de llamársele con propiedad *linterna* del Derecho (*lucerna iuris*)<sup>32</sup>.

b) En el comentario a la *lex 82 ad legem Falcidiam* (D. 35,2 82) añade fundamentalmente dos datos, a saber: que la destrucción del *Studium* de Roma tuvo lugar con ocasión de las guerras acaecidas en la región (sin que por la falta de otras fuentes sea posible identificar históricamente a qué

<sup>30</sup> Cfr. G. Cencetti, *Studi Medievali* (Centro Italiano di Studi sull'alto Medioevo), Serie Terza, Anno VII, Fasc. II (1966), p. 783. Sobre referencias en la crónica de Juan de Cremona a algunos de los más relevantes glosadores, Gualazzini, *Riv. di St. del Dir. It.* LXVI (1993), pp. 5 ss.

<sup>31</sup> En relación con este punto, Sorbelli, *Storia della Università di Bologna*, I: Il Medioevo (1944), pp. 35.

<sup>32</sup> *Dominus Irnerius, qui fuit apud nos lucerna iuris, idest primus qui docuit in civitate ista. Nam primo coepit studium esse in civitate ista in artibus, et cum studium esset destructum Romae, libri legales fuerunt deportati ad civitatem Ravennae, et de Ravenna ad civitatem istam. Quidam dominus Pepo coepit auctoritate sua legere in legibus, tamen quicquid fuerit de scientia sua nullius nominis fuit. Sed dominus Ir. dum doceret in artibus in civitate ista cum fuerunt deportati libri legales, coepit per se studere in libris nostris, et sudendo coepit docere in legibus, et ipse fuit maximi nominis, et fuit primus illuminator scientiae nostrae, et quia primus fecit glossas in libris nostris, vocamur lucernam iuris* Cfr. el comentario de Tamassia, en *Odofredo*, *Atti e. mem. della R. Deputazione di storia patria per le province di Romagna*, III Serie, vol. XI y XII (1984), pp. 88 ss. Ed. utilizada: *Lectura super Digesto veteri*, Lugduni, 1550.

guerras se refiere) y el orden en que se produjo el traslado a Bolonia de los *libri legales*, es decir: en primer lugar, fueron llevados el *Codex*, el *Digesto Vetus*, el *Novum* y las Instituciones; después fue hallado el *Infortiatum* sin las Tres Partes; posteriormente fueron llevados los *Tres Libri* y, por último, el *Autenticum*<sup>33</sup>.

c) En su comentario a la *lex 14 de sacrosanctis Ecclesiis et de rebus et privilegiis earum* del *Codex* (C.1,2,14), repite básicamente el mismo relato sobre Irnerio y el origen del *Studium* boloñés y hace referencia a algunos escritos de aquél en materia de formularios jurídicos y, en especial, un *instrumentum emphyteuticum*<sup>34</sup>.

d) Por su parte, Burcardo de Ursperg relata cómo, coetáneamente a la elaboración por obra de Graciano de su *Decretum*, Irnerio (denominado aquí *Wernerius*), por impulso de la condesa Matilde (de Toscana), renovó el estudio de los libros legales, abandonados desde tiempo atrás sin que nadie hubiese estudiado en ellos; tomó, así, los libros compilados por el emperador Justiniano y los señaló con pocas palabras intercaladas aquí y allá<sup>35</sup>.

Como ya he observado, las informaciones de uno y otro cronistas se complementan bien, sin que exista discrepancia entre ellas, lo que, en principio, apoya su verosimilitud, máxime si se repara en la dispersión geográfica de los lugares de los que proceden. Además, los datos aportados por el urspergense suscitan algunas reflexiones, hasta ahora no tenidas en cuenta por los estudiosos, a saber:

1.º Se contiene en el texto un importante desajuste cronológico, puesto

---

<sup>33</sup> *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 translatum studium ad civitatem istam. Cum libri fuerunt portati, 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 autenticorum inventus est, et ista ratio quare libri antiqui habeant separatim...* Ed. utilizada: *Lectura super Infortiato*, Lugduni, 1552.

<sup>34</sup> *Et debetis scire vos domini, sicut nos fuimus instructi a nostris maioribus, quod dominus Yr. fuit primus qui ausus fuit dirigere cor suum ad legem istam. Nam dominus Yr. erat magister in artibus; et studium fuit Ravennae, et collapsa ea fuit studium Bononiae, et dominus Yr. studuit per se sicut potuit, postea cepit docere in jure civile, et ipse fecit primum formularium i. e. librum omnium instrumentorum, et scripsit instrumentum emphyteuticu, m, et hic colligit qualiter contractus emphyteutici habeantur.* Ed. utilizada: *Lectura super Codice*, Lugduni, 1552.

<sup>35</sup> M. G. H. SS XXIII, 342: *Huius temporibus magister Gratianus canones et decreta, quae variis iibris erant dispersa, in unum opus complavit, adiungensque ei interdum auctoritates sanctorum patrum secundum convenientes sententias, opus suum satis rationabiliter distinxit. Eisdem quoque temporibus dominus Wernerius libros legum, qui dudum neglecti fuerant, nec quisquam in eis studuerat, ad petitionem Mathildae comitissae renovavit, et secundum quod olim a divae recordationis imperatore Iustiniano compilati fuerant, paucis forte verbis alicubi interpositis, eos distinxit*

que la condesa Matilde de Toscana falleció en el año 1115<sup>36</sup>, en tanto que la elaboración del Decreto graciano ha de situarse hacia el 1140<sup>37</sup>.

2.º Se habla de una «renovación», por parte de Irnerio, del estudio de los libros legales, *abandonados* desde tiempo atrás (*libros legum, qui dudum neglecti fuerant...*), lo que, posiblemente, adquiere pleno sentido desde una perspectiva política: la idea imperial, que se había mantenido siempre viva en Europa, incluso en el alto Medievo, había coexistido en buena armonía con la Iglesia hasta mediados del siglo XI. Las discrepancias relevantes entre el Imperio y el Pontificado no surgen hasta el reinado de Enrique III (1039 a 1056) y, desde entonces, se irán acrecentando de manera sensible durante el gobierno de su sucesor, Enrique IV, que se extiende hasta el año 1106, periodo en el que tiene lugar el resurgimiento de los estudios jurídicos en Bolonia. Esta acentuación de la rivalidad entre ambos poderes está en conexión directa con la marcada personalidad tanto del Emperador, como del Papa Gregorio VII<sup>38</sup> y su manifestación más llamativa es la «lucha de las investiduras». En tales circunstancias históricas, no carece de sentido pensar en un «abandono» de los libros justinianos no casual, sino inducido por el Pontificado. Téngase en cuenta que los *libri legales*, compilados por Justiniano, contenían, con independencia de su valor jurídico de fondo, una formulación *coherente* del Derecho imperial, que constituía un instrumento valiosísimo para hacer prevalecer las ideas del Imperio sobre las de un poder eclesiástico amparado legalmente en unos *canones* heterogéneos, dispersos y elaborados con inferior técnica legislativa<sup>39</sup>. La firmeza de Gregorio VII en poner remedio a esta situación y acentuar el poder del Pontificado en detrimento del imperial, sobre todo mediante el *Dictatus Papae* y las disposiciones del Concilio de Roma<sup>40</sup>, hubo de dar lugar, con toda probabilidad, a la reacción del Imperio, a través de la condesa Matilde de Toscana, dirigida al cultivo teórico y aplicación práctica del Derecho romano. En otro lugar<sup>41</sup> he expuesto mi criterio sobre el hecho de que la influencia de la Iglesia en el «abandono» de los *libri legales* anterior a Irnerio viene reflejada en el propio relato del Urspergense, si se somete éste a una adecuada exégesis, y también he llamado la atención sobre el hecho de que no pasa

<sup>36</sup> Gaudenzi, *Appunti per servire alla storia della Università di Bologna e dei suoi maestri* (1889), pp. 162.

<sup>37</sup> Sobre el Decreto y su importancia para la cultura jurídica medieval, Kuttner, *Gratian and the Schools of Law 1140-1234* (1983), pp. 17 ss.

<sup>38</sup> Cfr. A. Fliche, *Histoire de l'Eglise depuis les origines jusqu'à nos jours*, T. 8: *La réforme grégorienne et la reconquête chrétienne* (1057-1123), (1950), pp. 58 ss.

<sup>39</sup> M. G. H. SS XXIII, 342: «... magister Gratianus canones et decreta, quae *variis libris erant dispersa, in unum opus compilavit, ..., opus suum satis rationabiliter distinxit*». Es significativo el título que recibió esta obra: *Concordia discordantium canonum*. V. Heuer, SZ (K.A.) 33, (1912), pp. 342 ss., y Kuttner, ob. cit., p. 22.

<sup>40</sup> Cfr. Fliche, ob. cit., pp. 76 ss.

<sup>41</sup> *Estudios Iglesias* (1988), p. 512.

desapercibida al cronista la conexión entre la sistematización y perfeccionamiento del Derecho de la Iglesia y el inicio de la labor de Irnerio en el estudio y enseñanza del Derecho romano, si bien la reacción imperial, en razón de la imposibilidad cronológica que he señalado en el apartado anterior, no estaría en relación con la elaboración del Decreto de Graciano, como el Urspergense parece sugerir, sino con la reorganización jurídica de la Iglesia emprendida por Gregorio VII. Esta reacción imperial, estaría inspirada, en último término, por el objetivo del asentamiento sólido y permanente de la idea según la cual el emperador es la suprema fuente del derecho, idea que, en efecto, perduró en los siglos posteriores<sup>42</sup>.

3. Y, en este punto, debe resaltarse algo que me parece de trascendental importancia como clave histórica del renacimiento jurídico europeo, a saber, que la oposición entre la Iglesia y el Imperio tiene una raíz *filosófica* e, incluso, *teológica*, y una manifestación externa de naturaleza *política*, pero *se estructura fundamentalmente como una gran polémica de tipo jurídico-dogmático en orden a la mayor o menor legitimación del Papa y del Emperador para ejercer una autoridad universal*<sup>43</sup>. Ciertamente que la Iglesia arranca de un punto de partida dialécticamente ventajoso por su solidez en la concepción medieval, esto es, el carácter del Papa de representante de Cristo en la Tierra, lo que le confiere, en principio, una autoridad de origen divino; pero, conforme pienso, fue precisamente la solidez de este argumento de naturaleza teológica lo que contribuyó en no escasa medida a que el Imperio viese la necesidad de arbitrar una respuesta jurídica contundente: la teoría, cada vez más perfeccionada, de la *translatio imperii*<sup>44</sup> de los emperadores romanos a los francos y, en definitiva, a los emperadores alemanes, quienes se hallaban así investidos de la autoridad universal de sus antecesores ro-

<sup>42</sup> V., por ej, la formulación de Oldendorpius, *De iure et aequitate disputatio forensis*, en *Primum volumen tractatum ex variis iuris interpretibus collectorum* (Lugduni, 1549), IIO: «... nemo potest privata interpretatione mutare legis generalis sanctionem. Quia penes imperatorem est suprema constituendi iuris potestas». Sobre el significado para el pensamiento jurídico de esta idea del privilegio imperial de constituir la suprema fuente del derecho (*iura condere ac interpretari*), cfr. Coing, *Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet*, en *Ius Commune* (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte) I (1967), pp. 10-11.

<sup>43</sup> Cfr. Cencetti, *Studium fuit Bononie*. Note sulla storia dell'Università di Bologna nel primo mezzo secolo della sua esistenza. *St. Medievali*, serie Terza, An. VII, Fasc. II (1966), p. 792.

<sup>44</sup> Uno de los temas concretos de investigación propuestos para el III Seminario Internacional de studi storici «Da Roma a la Terza Roma» (1983) fue «Les conceptions médiévales de la renovatio imperii et les théories de la *translatio imperii a Graecis ad Germanos*». Sobre este tema, se contienen en las correspondientes *Atti* (1986) dos interesantes estudios relativos al entendimiento de la cuestión, respectivamente, en los siglos XVIII y primer tercio del XIX. Son los siguientes: Georgescu, V. A., *La translatio imperii selon le Panegyricum et la Monarchiarum physica examinatio* (1714) de Démètre Cantemir prince de Moldavie. De la prophétie de Daniel a la philosophie naturelle de l'histoire, p. 573 ss.; Minardi Zincone, G., *Translatio imperii e translatio studii nell' opera di Leopardi*, p. 595 ss.

manos, ejercitable mediante su propio sistema jurídico de validez general y que, por demás, cumplía perfectamente con los postulados de la justicia material<sup>45</sup>. Si a esto añadimos que, conforme a la prescripción evangélica, se debe «dar al César lo que es del César» y que, a fin de cuentas, la autoridad imperial dispone también de una conexión teocrática a partir de Constantino<sup>46</sup>, resulta un conjunto argumental en verdad contundente que, al tener una base netamente jurídica –la *translatio imperii*– exigiría, a su vez, la provisión por parte de la Iglesia de armazones jurídicos rigurosos. A esta exigencia responde, primeramente, el acercamiento de los propios defensores del Papa a las constituciones imperiales romanas, en busca de apuntalamiento jurídico para su causa<sup>47</sup>; y, en definitiva, el gran movimiento de reorganización jurídica de la Iglesia, que tiene lugar entre mediados del siglo XI y mediados del XII, y cuyas manifestaciones más sobresalientes son la obra de Gregorio VII y la confección del Decreto de Graciano.

El efecto de juridificación de la polémica se propaga, pues, en espiral; porque, como ya he apuntado, la reorganización jurídica de la Iglesia, a su vez, habrá de influir directamente en el impulso imperial de los estudios jurídicos boloñeses. A partir de finales del siglo XI, se van decantando, de manera rápida y progresiva, los arsenales jurídicos de Imperio e Iglesia: en la medida en que el derecho justiniano, tradicionalmente bien recibido por la Iglesia<sup>48</sup>, va siendo acaparado en exclusiva por los sostenedores de la causa imperial, va perdiendo interés para los defensores del Papa, quienes se concentran en el desarrollo y estudio del Derecho canónico; y más aún: de manera creciente, la Iglesia va albergando una desconfianza cada vez mayor hacia el Derecho romano, que culminará llamativamente durante el pontificado de Honorio III, en el año 1219, con la prohibición de su estudio en la Universidad de París, centro dedicado primordialmente a los estudios teológicos, bajo el control de la Iglesia. Esta prohibición habría de subsistir durante más de cuatro siglos y medio, hasta su levantamiento por Luis XIV en el año 1679<sup>49</sup>.

Derecho imperial y derecho eclesiástico van resultando, de esta manera y a lo largo del siglo XII, netamente diferenciados, y si bien es cierto que la doctrina moderna se ha mostrado tradicionalmente reticente respecto de la legendaria constitución de Lotario II que habría sancionado expresamente

<sup>45</sup> Genzmer, *Il diritto romano come fattore della civiltà europea* (1954), p. 13.

<sup>46</sup> El enlace entre la divinidad y el buen gobierno del Imperio, a través de su propia persona, es aludido por Constantino, por ej., en *C. Th.* 9,1,4: «Ita mihi summa divinitas semper propitia sit, et me incolumem praestet, ut cupio, felicissima et florente re publica».

<sup>47</sup> V. Besta, *Storia del diritto italiano. Le fonti*. V. I, I (1923), pp. 378 ss.

<sup>48</sup> Sobre este punto, con sólida documentación, Biondi, *Il diritto romano-cristiano I* (1952), pp. 28 ss.

<sup>49</sup> Genzmer, *ob. cit.*, p. 16.

la vigencia exclusiva del derecho justinianeo<sup>50</sup>, no lo es menos que, como ya observara Cassani<sup>51</sup>, el dato carece de mayor importancia: ya desde mucho antes del gobierno de Federico I, en el que el fenómeno había llegado manifiestamente a su culminación, la presión de los emperadores en favor de la aplicación del Derecho romano, como garantía del predominio de su poder, resulta patente; y lo es, del mismo modo, su notable éxito en esta empresa, por cuanto, al menos en términos jurídico-doctrinales, va tomando cuerpo la idea de la supremacía de la autoridad imperial sobre la del Papa, que aparece perfectamente reflejada, por ejemplo, en la obra de Pedro Craso<sup>52</sup>. Ahora bien, todo este fortalecimiento de la base jurídica del Imperio va a ser, a su vez, el motor de la juridificación eclesiástica y, en definitiva, de la ordenación y comienzo de la cristalización conceptual del Derecho canónico. Cabe, pues, formular una reflexión que generalmente ha pasado por alto a los estudiosos, pese a que es, según entiendo, una de las claves fundamentales del renacimiento jurídico de Bolonia: *lo que realmente caracteriza al periodo comprendido entre mediados del siglo XI y mediados del XII no es tanto la polémica entre la Iglesia y el Imperio como la juridificación de esa polémica; no tanto la existencia histórica de una dualidad filosófico-teológica y política, como la cristalización jurídica de esa dualidad*. Se trata de uno de los factores de riesgo (tal vez el más importante) para el planteamiento político imperial, que van a determinar no ya sólo el impulso del Derecho romano, sino, muy en especial, su entendimiento desde una óptica hermenéutica concreta y, en razón de ello, el nacimiento de la metodología que es objeto de este estudio.

Pero aún existen otros dos factores relevantes que, al actuar en contra de la idea imperial, van a cooperar, juntamente con la aludida juridificación de la polémica sostenida con la Iglesia, a la reacción del Emperador en pro de la consagración del Derecho romano como base jurídica única de aquella idea. Se trata, por una parte, de la rebeldía de las ciudades del norte de Italia, que se resisten a aceptar el orden jurídico «centralista» del Imperio y pretenden mantener su autonomía estatutaria<sup>53</sup>. Ya en el último tercio del siglo XI éste fenómeno es patente, si bien sus manifestaciones más extremadas habrían de producirse en la segunda mitad del XII, durante el gobierno de Federico I. Buenos ejemplos de estas manifestaciones son la

---

<sup>50</sup> V. por todos Besta, *Fonti del diritto italiano. Dalla caduta dell'impero romano sino ai tempi nostri* (1950), p. 107.

<sup>51</sup> Cassani, G., *Dell'antico Studio di Bologna e sua origine* (1888), pp. 217-218.

<sup>52</sup> *De imperatoria potestate*. Desafortunadamente, no he tenido ocasión de manejar esta obra, que cito a través del comentario de Sorbelli, *Storia della Università di Bologna. V.I: Il medioevo* (1944), p. 53. Cfr. Conrat, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im frühen Mittelalter* (1891, reimp. 1963), pp. 606 ss.

<sup>53</sup> V. Nicolini, *Autonomia e diritto proprio nelle città italiane del medio evo*. *Atti 49 Congr. int. Soc. It. St. Dir.* (1982). Respecto de Bolonia, imprescindible, Hessel, *Storia della città di Bologna (dal 1116 al 1280)* (1975).

propia dieta de Roncaglia (1158), auténtico desafío político del Emperador a las ciudades, sobre la base de un discutible dictamen jurídico de los *Cuatro Doctores* que respaldó la soberanía de aquél sobre éstas<sup>54</sup>, la destrucción de Milán llevada a cabo el año 1162 por el Emperador, como respuesta a la resistencia y hostilidad mostradas por esta ciudad o la cadena de consecuencias a que dio lugar este grave error político de Federico I, a saber, la formación, en primer lugar, de la *liga de Verona* y después, en el año 1167, de la *liga Lombarda* que, aliada con el Papa Alejandro III, venció al Emperador en Legnano, en el 1176, obligándole a firmar la *paz de Venecia*. Posteriormente, y como culminación de este proceso, las ciudades alcanzarían el reconocimiento imperial de sus derechos mediante la *paz de Constanza* (1183)<sup>55</sup>.

Por otra parte, en fin, también atenta contra la *idea imperial* y su objetivo de unificación política el hecho de la multiplicidad de sistemas jurídicos que a finales del siglo XI mantenían su vigencia en distintas zonas del territorio del Imperio, cuando no superpuestos en las mismas regiones, lo que suponía, en el orden jurídico, una gran complejidad en cuanto a las fuentes y su jerarquía, con las consiguientes dificultades de índole práctica, y, desde la perspectiva política, un evidente riesgo para la cohesión del Imperio. Coexistían, en efecto, viejas instituciones germánicas, feudales, lombardas, normas consuetudinarias de variada índole que, en ocasiones, se hallaban incluso recogidas por escrito, como sucedía en gran parte con los *estatutos* de las ciudades<sup>56</sup>, etc. Ante este panorama, se entiende fácilmente que una de las prioridades del Imperio, en la línea de sus objetivos políticos, fuese la unificación jurídica.

Así pues, se nos presenta en toda su importancia el papel que el Derecho romano estaba llamado a desempeñar como soporte jurídico de la *idea imperial*: frente a la Iglesia, y en razón de la doctrina de la *translatio imperii*, consagraba la legitimidad del Imperio como supremo poder político universal; frente a las ciudades autonomistas, era el instrumento jurídico adecuado para el logro de la unidad política; y, finalmente, por su perfección técnica y vocación universal, se manifestaba como el sistema ideal sobre el que construir la unidad jurídica, que habría de ser, obviamente, garantía de la unidad política. Irnerio, en conclusión, fue elegido, a través de la condesa Matilde de Toscana, como pieza fundamental para el fortalecimiento y consagración definitiva del Imperio como suprema entidad política<sup>57</sup>; y tanto él

<sup>54</sup> M. G. H., Const., p. 244.

<sup>55</sup> M. G. H., Const., p. 293.

<sup>56</sup> Sobre la naturaleza consuetudinaria del *ius municipalis*, cfr. la glosa de Acursio *rationem*, a C. 8,52(53),2.

<sup>57</sup> A este objetivo apunta su concepción del texto justiniano como expresión de la voluntad jurídica del Emperador, en quien reside la suprema potestad legislativa. Cfr. Sorbelli, ob. cit., p. 66, así como la glosa del propio Irnerio a D. 1,3,32,1, en Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* (ed. 1956), IV, p. 459.

como sus discípulos inmediatos fueron plenamente conscientes de lo que de ellos se requería y aceptaron de buen grado prestar su colaboración<sup>58</sup>. Por mi parte, no veo reparo moral alguno a esta actitud que, por lo demás, y felizmente, supuso el rescate del Derecho romano para Europa.

4. Los datos históricos concretos que jalonan el desarrollo de la escuela jurídica de Bolonia son, en lo que cabe, generalmente conocidos y, por lo que hace a este trabajo, ya he adelantado en la Introducción que su objetivo no es de investigación histórica en sentido propio. Conviene, no obstante, sistematizar las siguientes observaciones: En primer lugar, que, con anterioridad a Irnerio, Bolonia era ya un importante centro de estudios jurídicos; en segundo lugar, que el acercamiento de los juristas boloñeses a la condesa Matilde de Canossa se remonta a mucho antes de que ésta obtuviese de Enrique V el vicariato imperial para el reino de Italia, lo que no tuvo lugar hasta el año 1111<sup>59</sup>; en realidad, dicho acercamiento a la casa de Canossa había sido ya propiciado por la duquesa Beatriz, antecesora de Matilde; y por último, que la obtención del mencionado vicariato supuso la homologación y respaldo imperial a los juristas de Bolonia.

Basta una revisión de los documentos más conocidos para percatarse de que, al menos desde principios de la segunda mitad del siglo XI, trabajan en Bolonia juristas que merecieron el título de *legis doctor*, que, con independencia de su significado en cuanto a dignidad y proyección social<sup>60</sup>, avala su formación jurídica. Así sucede con los llamados Alberto, que aparece en el 1067 como asesor, en calidad de *legis doctor*, en un contrato de compraventa, o Iginulfo, mencionado con el mismo título en el 1076<sup>61</sup>. Pero destaca entre todos Pepo, jurista excelso que enseñó en Bolonia hacia los años 1070 a 1100, y cuya exacta dimensión, injustamente despreciada durante los siglos del derecho intermedio como consecuencia del juicio despectivo que mereció

<sup>58</sup> En especial, como detallaré mas adelante, Martino Gosia. Cfr. la precisa expresión de Wieacker: «juristas de corte» de Federico Barbarroja; *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1967), Cap. 3, III, 2. Vale la pena reproducir, por su acierto en la expresión de esta idea, las siguientes palabras de Gaudemet: «Leur contribution –la de los juristas al objetivo político imperial– ne présente donc pas seulement un intérêt théorique, qui ne concernerait que l'histoire des doctrines. Elle témoigne de prises de position d'hommes de réflexion, qui sont également engagés dans le débat politique». *La contribution des romanistes et des canonistes médiévaux a la théorie moderne de l'Etat*. *Atti 4.º Congr. Int. Soc. It. St. Dir.* (1982), p. 5.

<sup>59</sup> Mor, St. B. Donati (1954), p. 53. Una documentadísima descripción de la personalidad de la condesa Matilde, así como de su entorno histórico, se debe al erudito benedictino casinense Luigi Tosti, en su obra *La Contessa Matilde e i romani Pontefici* (2.º ed., 1886), de la que he manejado la cuidada reproducción publicada en Milán en 1989. En relación con el vicariato imperial para Italia y las razones de Enrique V para concederlo a la condesa y de ésta para aceptarlo, v. pp. 331 ss. y, especialmente, pp. 355-356.

<sup>60</sup> Sobre ello, ampliamente, Di Noto Marrella, S., *Doctores*. *Contributo alla storia degli intellettuali nella dottrina del diritto comune* (1994), en esp. Vol. 1 cap. V y Vol. 2 cap. VIII.

<sup>61</sup> Esta cita (*Albertus legis doctor*) es considerada como la primera huella documental de la escuela de Bolonia. V. ya Ricci, *I primordi dello Studio di Bologna* (1888), p. 101 ss.

a Odofredo <sup>62</sup>, ha debido ser restaurada para la modernidad por Fitting, para quien Pepo «no era en absoluto tan insignificante y desconocido como se podría pensar a raíz del relato de Odofredo y la exposición de Savigny, sino que recientemente se nos ha revelado como un jurisperito muy hábil, famoso y altamente considerado en la segunda mitad del siglo XI» <sup>63</sup>.

Y, en efecto, los testimonios históricos avalan la apreciación de Fitting: en el año 1076, Pepo, en calidad de *legis doctor*, aparece como asesor de la duquesa Beatriz de Toscana, madre de la condesa Matilde, con ocasión de una controversia suscitada en Marturi, que se dilucida *lege Digestorum libris inserta considerata* <sup>64</sup>. Este famoso documento reviste especial importancia no solamente porque la alusión al Digesto que en él se contiene sea la primera conocida en el mundo medieval, sino también por la relación que atestigua, en época tan temprana, entre el más famoso de los juristas boloñeses y la duquesa Beatriz. Pero además de en él, Pepo aparece citado en otras ocasiones, en la misma década, en calidad de experto jurista: en los años 1072 y 1078, como abogado del monasterio de S. Salvatore di Monte Amiata y, en el año 1079, también como abogado de otro importante monasterio, el de Sta. Maria della Pomposa <sup>65</sup>; y no menos relevante en relación con la fama y cualificación de nuestro jurista resulta el dato de que, con toda probabilidad, entre los años 1078 y 1092 fue promovido desde la dignidad de *causidicus* a la de *iudex* <sup>66</sup>, esto es, de asesor-defensor técnico de las partes y colaborador del juez en el pronunciamiento de la sentencia, pasó a ser investido como juez. No ha de descartarse, en fin, la posibilidad de que la desaparición de Pepo supusiese tal quiebra en la esperanza del cultivo científico del derecho, con la consiguiente perspectiva de debilitación de la idea política imperial, que fuese uno de los factores determinantes de que la condesa Matilde haya orientado a Irnerio hacia el estudio y enseñanza del Derecho romano <sup>67</sup>.

La vida y personalidad de Irnerio continúan constituyendo, en buena

<sup>62</sup> Como refleja su comentario *quidam dominus Pepo coepit auctoritate sua legere in legibus, tamen quicquid fuerit de scientia sua nullus nominis fuit* (Com. lex 6 de iustitia et iure, D. 1,1,6).

<sup>63</sup> Fitting, Die systematischen Lehn- und Handbücher (*Summae*) des römischen Rechts im Zeitalter der Glossatoren (Vortrag). En *Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*, Berlin (1907), 105. Comp. SZ XXIII (1902), pp. 31 ss. V. la semblanza ofrecida por Santini, *Materiali per la storia del Diritto comune in Europa*, I. Lo «ius comune» nel pensiero giuridico: Una struttura di lunga durata (1990), pp. 220 ss.

<sup>64</sup> Cfr. Ficker, *Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens IV* (1874), pp. 99 ss., hallándose el original en Archivio di Stato Firenze, Diplomatico, Spedale di S. Bonifacio. V. el examen crítico de F. Theisen, TR LXII, (1994), pp. 127 ss.

<sup>65</sup> V. estos documentos en C. Manaresi, *I placiti del «Regnum Italiae» III* (1960), pp. 305, 357 y 367.

<sup>66</sup> Mor, *St. Donati* (1954), pp. 47.

<sup>67</sup> Comp. Mor, loc. cit., p. 53.

medida, un misterio para la investigación moderna<sup>68</sup>. Se le supone nacido en Bolonia, en torno a los años 1055 ó 1060<sup>69</sup>, pero, a decir verdad, las fuentes documentales en que aparece citado son escasas. La más antigua de ellas es un documento del año 1112, dado a conocer por Simeoni<sup>70</sup>, en el que figura Irnerio en calidad de *causidicus* en una controversia judicial; a partir del 1113 interviene en algunas causas como *iudex*, y en el 1118 defiende expresamente la causa imperial, pronunciándose por la nulidad de la elección del Papa Gelasio II; aparece, en fin, citado por última vez como *iudex*, en Mantua, en el año 1125<sup>71</sup>.

La tradición medieval arroja pocos más datos, no siempre fiables, por otra parte. Así, por ejemplo, la presentación de Irnerio como discípulo y continuador de la antigua escuela jurídica de Roma<sup>72</sup> descansa, fundamentalmente, en el relato transmitido por Th. Diplovatatus<sup>73</sup>, pero ofrece poca confianza a la crítica moderna.

Procede, por lo demás, Irnerio del oficio de las *artes liberales*, a cuya enseñanza se dedicó antes de convertirse en jurista. Ello es importante, porque su abandono del cultivo del *trivium* no supuso dejación de los hábitos intelectuales de las disciplinas que lo integraban<sup>74</sup>; antes bien, por su apego a los citados hábitos, ocasiona el sarcasmo del gran cronista de la Glosa, Odofredo, quien, en cierta ocasión, explica a sus discípulos boloñeses que Irnerio, puesto que era «lógico», esto es, versado en las *disciplinae sermoneales* (cuyo método rechaza Odofredo para la ciencia jurídica)<sup>75</sup>, hizo una vez una «glosa sofisticada» que resultaba más oscura que el texto que trataba de aclarar<sup>76</sup>. Podemos imaginar sin gran esfuerzo la hilaridad que el irónico

<sup>68</sup> La descripción más documentada continúa siendo, aún hoy, la de Fitting, *Die Anfänge der Rechtsschule zu Bologna* (1888), pp. 92 ss.

<sup>69</sup> Sorbelli, *Storia della Università di Bologna I* (1944), 36; comp. Cassani, *Dell'antico Studio di Bologna e sua origine* (1888), p. 209.

<sup>70</sup> Simeoni, *Un nuovo documento su Irnerio del 1112*. *Atti Deputaz. di storia patria per l'Emilia e la Romagna IV* (1939), pp. 55 ss.

<sup>71</sup> Cfr. Besta, *L'opera d'Irnerio* (1896) I, pp. 46 ss.

<sup>72</sup> Por ej., en Carlyle, R. W. y Carlyle, A. J., *A history of mediaeval political theory in the west II* (1962), p. 6: «There is some reason to think that the Law School of Rome had always continued to exist, and that Irnerius himself was a pupil of this school».

<sup>73</sup> *Thomae Diplovatati opus de praestantia doctorum*, ed. por G. Pescatore, en el vol. *Beitrag zur Mittelalterlichen Rechtsgeschichte* (1890), LXXXII-LXXXIII: «... quod primus qui inceptit glossare textum sine glossa fuit Guarnerius, sive Irnerius dum studuisset legibus ex se ipso, et legit Rome et Bononie, unde tunc fuit maxime Nominis, et Merito appellatus Lucerna Iuris, tamquam primus illuminatur nostre scientie, ...».

<sup>74</sup> Brugi, *St. Riccobono I* (1936), p. 25.

<sup>75</sup> Cfr. Brugi, loc. cit., pp. 24-25.

<sup>76</sup> Odofredo, *Lect. s. Cod.* 2,21,9: «...plures non essent dicenda super lege ista. Dominus tamen Irnerius, qui logicus fuit, et magister fuit in civitate ista in artibus, antequam doceret in legibus, fecit unam glossam sophisticam, quae est obscurior quam textus». Así, en la ed. de Lugduni, 1552; en G. Cassani, *Dell'antico Studio di Bologna e sua origine* (1888), 67, puede leerse: «... qui logicus fuit, et fuit magister...».

comentario del maestro despertaría en el aula, pero tengamos en cuenta también que el desprecio que el mismo supone hacia la utilización en el derecho de los hábitos *sermonicales* se difumina en gran medida a la vista de que los alumnos de Odofredo estaban bastante acostumbrados a este tipo de «amenidades» de su curioso y enciclopédico profesor. Recordemos, en efecto, algunos ejemplos: aquellos alumnos se habían habituado, para empezar, al estilo campechano, y ocasionalmente vulgar, del maestro, quien comenzaba sus lecciones con la expresión *or signori*, de ascendencia toscana<sup>77</sup>; pero además, tuvieron ocasión de solazarse con «lindezas» escuchadas de boca de aquél, tales como que los *scriptores omnes sunt latrones et baratores*<sup>78</sup>; o cuando calificó a la ley oscura de *litera meretrix, cerea*, puesto que *sicut meretrix, habita pecunia, potest trahi ad illud et ad illud, ita litera istius legis*<sup>79</sup>; o, en fin, el juicio que le merecen determinadas teorías, que, a su entender, *sunt appositiones asinine et caprine*<sup>80</sup>.

Así es que, en definitiva, en comparación con estas aseveraciones, resulta incluso moderada la irónica crítica del culto cronista medieval a la utilización de métodos retóricos y dialécticos en el campo de la jurisprudencia, no solamente por Irnerio, sino también, como añade en otra ocasión, por otros importantes doctores que quieren hablar con oscuridad y en estilo majestoso<sup>81</sup>. Divertimientos oratorios aparte, aquí tenemos a Odofredo tomando postura, con siete siglos de antelación, en el debatido tema que habrían de suscitar en nuestra época Th. Viehweg y Ch. Perelman.

Pero retomemos el hilo de la cuestión: parece claro que antes de que la condesa Matilde de Toscana recibiese de Enrique V el vicariato para Italia, lo que, obviamente, oficializaba su inclinación por la causa imperial, ya sus actuaciones en materia jurídica eran inspiradas por los juristas de Bolonia<sup>82</sup>, entre los que habría de destacarse Irnerio. Este, al tiempo de la concesión del mencionado vicariato, esto es, en el año 1111, antes del regreso del Emperador a Alemania, contaría unos 50 ó 55 años de edad, hallándose, por lo tanto, en plena madurez intelectual. Cuatro años más tarde moriría la condesa, no sin antes haber oficializado, en base a la autoridad conferida por el Emperador, la escuela de Bolonia como centro de estudios de Derecho romano, con lo que formalizaba el apuntalamiento jurídico de la causa imperial. Irnerio estaba llamado a ser, para tal finalidad, el principal cola-

<sup>77</sup> Cfr. Gaudenzi, *Appunti per servire alla storia della Università di Bologna e dei suoi maestri* (1889), 206.

<sup>78</sup> *Lect. s. Dig. nov.*, 45,1,72,1.

<sup>79</sup> *Lect. s. Cod.* 1,22,2.

<sup>80</sup> *Lect. s. Cod.* 2,3,13. Esta y las anteriormente citadas «perlas» expresivas denotan bien aquella «festosità» de Odofredo, a la que se refiere G. Speciale, *La memoria del Diritto comune. Sulle tracce d'uso del Codex di Giustiniano (Secoli XII-XV)* (1994), p. 99.

<sup>81</sup> *Lect. s. Dig. vet.* 12,1,1.

<sup>82</sup> Cencetti, *Studi Medievali, Serie Terza. Anno VII. Fasc. II* (1956), p. 790.

borador de la anciana condesa<sup>83</sup>, y, puesto que la aludida *oficialización* hubo de tener lugar, por lo tanto, entre los años 1111 y 1115, me permito recordar de nuevo el desajuste cronológico de la crónica urspergense, al que ya he hecho referencia: En realidad, Irnerio había comenzado a enseñar Derecho romano, con el respaldo imperial, más de 25 años antes de que Graciano confeccionase su *Decretum*; y aun con mayor antelación habría empezado nuestro jurista, con toda probabilidad, a interesarse por el estudio de aquel ordenamiento.

Sucesores inmediatos de Irnerio en el magisterio jurídico boloñés fueron los famosos Cuatro Doctores, Búlgaro, Martino Gosia, Hugo y Jacobo, mencionados expresamente como discípulos directos de aquél en el manuscrito de Pommersfeld, del siglo XIII, reproducido en la famosa crónica de Otto Morena<sup>84</sup>. Desarrollaron su actividad hasta bien pasada la primera mitad del siglo XII y, aparte su cronología<sup>85</sup>, algunos datos sobre su vida y fama en su propio tiempo<sup>86</sup> y una parte ciertamente fragmentaria de sus escritos<sup>87</sup>, poco más conocemos de ellos. A los fines de este estudio, nos va a interesar, en concreto, la figura de Martino Gosia y, por contraposición en algunas de sus características, la de Búlgaro. En el primero de ellos resulta especialmente llamativo, y destacable por la influencia que habría de tener en su método jurídico, el *factor político*, es decir, el apego a la *idea imperial* al que ya me he referido; pero además, y como otro de los factores esenciales que conformaron dicho método, debemos considerar el marco intelectual en el que se desarrolla el pensamiento en la baja Edad Media.

5. Es un fenómeno de sobra conocido, aunque no siempre bien comprendido, la influencia en el método de los glosadores de las peculiares concepciones filosófico-jurídicas de la época: Irnerio y sus discípulos trabajan, en efecto, en un ambiente intelectual bien definido, en el que el pensamiento viene dominado uniformemente por la perspectiva teológica. Dios es el fundamento y regla última del derecho y de la moral y, a partir de este principio incuestionable, se construye toda una pirámide teonómica (a la que dará su forma definitiva la Escolástica), puesto que se entiende, como ha expresado Pizzorni, que «el problema de lo justo no es susceptible de ser resuelto en su totalidad independientemente de su conexión con el pro-

<sup>83</sup> V. Mor, St. B. Donati (1954), pp. 43-44.

<sup>84</sup> M. G. H. SS XVIII, p. 607. No se ha impuesto la duda de Savigny (Geschichte IV, § 27) sobre la autenticidad del fragmento. Cfr. ya Fitting, Die Anfänge, 103 n. a.

<sup>85</sup> Por todos: Fitting, loc. cit.; Santini, Università e società nel XII secolo: Pillio da Medicina e lo Studio di Modena. Tradizione e innovazione nella scuola dei Glossatori (1979), p. 21.

<sup>86</sup> Sistematizados a partir de la tradición medieval (fundamentalmente, de la línea Azón, Odofredo, Sartius) por Savigny, Geschichte IV, 68-193. Un resumen, en Sorbelli, ob. cit., pp. 67 ss.

<sup>87</sup> Sobre este particular, Calasso, Medio Evo del Diritto. I. Le Fonti (1954), 539-540, n. 66.

blema teológico»<sup>88</sup>. La pirámide a la que me he referido tiene los siguientes estratos: En su vértice se halla Dios, sumo legislador, cuya ley –la *ley divina*– se manifiesta, en su omnipresencia en todos los seres de la creación a través del tiempo y del espacio, como *ley eterna*; en esta ley eterna tiene su fundamento la *ley natural*, escrita en el corazón del hombre y que le permite distinguir entre el bien y el mal; y, finalmente, una *ley positiva*, o *civil*, que es la promulgada por el hombre y que debe basar su validez en los dictados de la ley natural.

La *ley eterna* es el fundamento último de todas las demás leyes, tanto en sentido material, como formal. En sentido material, puesto que, si las leyes del obrar humano han de basar su adecuación en la razón, la *ley eterna*, puesto que es *ratio divina*, es la suprema expresión de la razón<sup>89</sup>; y desde la perspectiva formal, porque la *ley eterna*, al haber sido *promulgada* por Dios, ocupa obviamente un rango jerárquico superior a las leyes procedentes de la voluntad humana, cuya fuerza obligatoria derivará, por lo tanto, de aquélla.

La idea de *ley natural* encierra un sentido teológico de carácter trascendente que, como es conocido, dista mucho del concepto romano del *ius naturale*, basado en un simple entendimiento de la *natura* como realidad concreta de las cosas<sup>90</sup>. La noción de un *derecho natural* es, además, tan ajena a la Iglesia cristiana originaria, como habitual entre los filósofos grie-

<sup>88</sup> Pizzorni, R. M., *Il fondamento etico-religioso del diritto secondo S. Tommaso d'Aquino* (1.968), p. 165. Un claro antecedente de esta idea se encuentra ya en L. Caecilius Firmianus (Lactantius), *De divinis institutionibus*, VI, p. 9 (Migne, P. L. VI, coll. 663): «Aliud est igitur civile ius, quod pro moribus ubique variatur: aliud est vera iustitia, quam uniformem ac simplicem proposuit omnibus Deus; quem qui ignorat, et ipsam iustitiam ignoret necesse est...». Sobre los conceptos jurídicos que siguen, Santini, ob. cit., pp. 28 ss.

<sup>89</sup> Sto. Tomás de Aquino, *Summ. Theol.*, I-II, q. 19, a. 4: «Quod autem ratio humana sit regula voluntatis humanae, ex qua eius bonitas mensuratur, habet ex lege aeterna, quae est ratio divina».

<sup>90</sup> Aunque cfr. Levy, *Gesammelte Schriften* (1963) I, p. 7, sobre la imposibilidad de hallar un sentido unívoco al empleo en las fuentes de expresiones tales como *ius naturale*, *naturalis ratio*, *rerum natura* y otras similares. V. Nocera, «Ius naturale» nella esperienza giuridica romana (1962); Camacho Evangelista, *Est. Alvarez Suárez* (1978), pp. 45 ss.; Waldstein, *SZ* 105 (1988), pp. 702 ss., por cierto, con un curioso planteamiento previo de prueba negativa sobre la existencia del derecho natural, a saber, que su inexistencia de ninguna manera resulta probada por el hecho de la sucesión histórica de diversas concepciones sobre el mismo (p. 704). Del mismo autor, y sobre la inexistencia de una teoría sistemática del derecho natural entre los juristas romanos, v., en la antología *Diritto e Storia* (L'esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giusromanisti contemporanei), coordinada por A. Corbino y F. Milazzo (1995), pp. 364 ss. Es interesante recordar el llamativo reflejo textual que la evolución del concepto tiene en D. 1,1,11 (*Paul. lib. quarto-decimo ad Sab.*): «Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale...». La palabra *semper*, introducida por los compiladores (cfr. Albertario, *Studi* 5, pp. 284 ss.), añade el matiz trascendente a una noción clásica que carecía de él, al menos en el sentido platónico desarrollado por el cristianismo.

gos, con independencia de su adscripción a una u otra escuela. De ellos la absorberá la primitiva reflexión cristiana, no antes del siglo II y juntamente con otros conceptos del pensamiento griego<sup>91</sup>. Pero, tras esta absorción, la idea se va a ver sustancialmente alterada por matices que provienen de la creencia en una divinidad eterna, inmutable y trascendente. Lo que era un *derecho natural de la naturaleza* habría de transformarse de esta manera en un *derecho natural de la divinidad* que, a su vez, con el transcurso de los siglos, dejaría su lugar a un *derecho natural de la razón*. Surge, pues, un concepto de derecho natural cristiano en cuya base se halla una noción de *natura* emparentada, según su sentido etimológico, con el verbo *nascor*, que evoca la idea de creación originaria por obra de la divinidad y, más en concreto, vino a significar la naturaleza humana, tal como Dios la había creado<sup>92</sup>. De esta *natura* que descansa, por lo tanto, en la *ratio* divina, se desprenden exigencias intangibles que, por este mismo carácter, se distinguen de cualesquiera otras que el hombre pueda imponer. El binomio *ley divina-ley humana* que sobre estas ideas diseñase San Isidoro de Sevilla<sup>93</sup> se mantendrá a lo largo de todos los siglos de pensamiento cristiano medieval, que verá su culminación en la Escolástica<sup>94</sup>, y será asumido sin reservas por los juristas, en especial por los canonistas, empezando por el propio Graciano, para quien los términos ley divina y ley natural son equivalentes<sup>95</sup> y aluden a un orden trascendente que, por su origen y naturaleza, ha de prevalecer sobre la ley humana<sup>96</sup>. La *ratio* siempre tiene, por lo tanto, un valor normativo por su conexión con la idea de *veritas*, que, como con precisión señalara Cortese<sup>97</sup>, no representa «el valor meramente lógico de lo que es verdadero, sino que se identifica con la palabra intangible de Dios», que siempre contiene, implícita o explícitamente, un mandato.

<sup>91</sup> Flückiger, F., *Geschichte des Naturrechtes I. Altertum und Frühmittelalter* (1954), p. 284.

<sup>92</sup> *Natura* y *creatura* son, en la primitiva teología eclesiástica, nociones muy próximas: v. Flückiger, ob. cit. 285 y, pare la canonística medieval, Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, I (1962), p. 45.

<sup>93</sup> *Etym.* V,2: «Omnes autem leges aut divinae sunt, aut humanae. Divinae natura. humanae moribus constant; ideoque haecdiscrepant, quondam ahae aliis gentibus placent...»; con lo que, para la posteridad, vienen a atribuirse las características de trascendencia e inmutabilidad, en exclusiva, a las leyes divinas. Ed. ut. Isidori Hispalensis Episcopi *Etymologiarum sive Originum Libri XX*, Bibliotheca Oxoniensis, W. M. Lindsay (1911).

<sup>94</sup> Sobre este proceso, v. el selecto e ilustrado resumen que ofrece K. H. Ilting, *Naturrecht und Sittlichkeit* (1983), pp. 51 ss.

<sup>95</sup> *Decretum Gratiani (Concordia discordantium cannum)*, Migne, *Patr. Lat.* 187, I, *Dist.* i: «...omne quod fas est, nomine divinae vel naturalis legis accipiatur, nomine vero legis humanae mores iure conscripti et traditi intelligantur»

<sup>96</sup> Graciano, loc. cit. I, *Dist.* V §: «Naturale ius inter omnia privatum obtinet tempore et dignitate. Coepit enim ab exordio rationalis creaturae, nec variatur tempore, se inmutabile permanet». La misma idea sustentan los civilistas: cfr. Azo, *Summa Institutionum* (Basel, 1663), I, p. 2.

<sup>97</sup> Cortese, ob. cit., p. 293.

Así pues, en la concepción de la Edad Media el *derecho natural* no sólo es superior al *derecho civil* o *positivo*, sino también su fundamento legítimamente. Y como, por otra parte, resulta que el *derecho canónico*, como ordenamiento propio de una entidad de naturaleza espiritual y carácter trascendente, cual es la Iglesia, está prácticamente por definición en perfecta sintonía con las exigencias del derecho natural, se llega sin esfuerzo a la conclusión de que este derecho también es superior al derecho civil<sup>98</sup>, debiendo, en consecuencia, estarse a lo dispuesto en los cánones y no en las leyes, en caso de conflicto<sup>99</sup>.

Estas son, en esencia, las ideas rectoras del pensamiento jurídico bajomedieval. A los fines que me propongo interesan por cuanto van a conformar de manera esencial el método de la decisión jurídica del civilista Martino Gosia, que constituye el modelo sobre el que deseo llamar la atención.

## B) Martino Gosia y su método de decisión jurídica

6. En la sección anterior he ofrecido una síntesis de las circunstancias históricas y coordinadas de pensamiento en las que se desarrolla la labor de los juristas medievales. Aquéllas constituyen un *factor político* y éstas un *factor intelectual* conformadores, uno y otro, de manera definitiva, de la metodología de dichos juristas, que no puede ser entendida en su total alcance si prescindimos de la consideración de los indicados condicionantes. Pues bien, resulta que la incidencia de ambos factores se nos muestra especialmente acentuada en el civilista boloñés Martino Gosia, en razón de unas específicas características de su personalidad, formación y posicionamiento ideológico. Destacaré a continuación algunos rasgos sustentadores de esta aseveración, comenzando por el *factor intelectual*.

A mediados del siglo XII, el proceso de escisión entre derecho imperial y derecho eclesiástico estaba plenamente culminado, resultado éste al que contribuyó de manera sustancial la publicación del Decreto de Graciano, hacia el año 1140<sup>100</sup>. Como consecuencia lógica de ello, máxime si tenemos en cuenta el trasfondo político de enfrentamiento entre el Imperio y la Iglesia, existía un distanciamiento manifiesto, tanto ideológico como científico, entre civilistas y canonistas. Pero justamente por ello resulta llamativo

<sup>98</sup> Cfr., todavía en el siglo XVIII, Fraciscus Mazzei, *Commentarius de legitimo actionis spoli usu* (Roma, 1773), Cap. VI, XX, p. 57. «Nec dubitandum, quin hac in materia Ius canonicum praefendum sit Iuri civili. Ita porro exigit ius naturale, cui conforme est ius canonicum, ut non dissidentur ipsi scriptores acatholici...».

<sup>99</sup> Lib. Tubing. LXI: «Canones sactorum conciliorum pro legibus habeantur, ... In hoc capitulo notare potest quod, si canones sunt contrarii legibus, canones, non leges, tenendi sunt...» Ed. ut. Mor. Scr. giur. preirneriani I, *Orbis Romae* 3 (1935).

<sup>100</sup> V. supra, II, p. 3. En rigor, el fenómeno es ya detectable a fines del siglo XI: cfr. Caron, P.G., «Acquitas» romana, «misericordia» patristica ed «epicheia» aristotelica nella dottrina dell'«acquitas» canonica. (Dalle origini al Rinascimento) (1971), p. 20.

que Martino Gosia fuese considerado por los canonistas, según testimonio de Enrico de Susa, el *Ostiense*, como *homo spiritualis*, el cual *secundum tempus quod tunc currebat semper divinae legis adhaerebat contra rigorem iuris civilis*<sup>101</sup>. Es grata, pues, a los canonistas la proximidad de este legista a sus propios planteamientos, proximidad que se ve confirmada por el hecho de que Martino sea el autor de la cita más antigua del Decreto por parte de los glosadores<sup>102</sup>. A partir de estas premisas, se entiende que un valor fundamental en el pensamiento de nuestro jurista sea, como es bien conocido, la *aequitas*, conforme a la concepción que de la misma tenían los canonistas<sup>103</sup>, y que él eleva nada menos que a la categoría de su identificación con la misma divinidad, al proclamar que *nihil aliud est aequitas quam Deus*<sup>104</sup>.

Este concepto canónico de la *aequitas* difiere sustancialmente del romano anterior al siglo II, tal como es entendido por Cicerón<sup>105</sup>, esto es, como un valor intrínseco al ordenamiento jurídico, y no como una instancia de control de la aplicación del derecho que opere externamente, y desde un plano superior, a dicho ordenamiento, que es la noción de los canonistas. Estos fueron modelando su concepción de la *aequitas* en base a tres elementos de diferentes raíces culturales: como punto de partida, ciertamente, la *aequitas* romana entendida como perfecta justicia; además, y como ingrediente sustancial, la misericordia o benignitas cristiana, que es lo opuesto al *rigor* o *districtio iuris*; y, finalmente, la *epikeia* aristotélica, de conformidad a cuyas exigencias la ley no puede ser aplicada en el caso particular en que su aplicación habría de producir una iniquidad<sup>106</sup>. Cristaliza así un entendimiento de la *aequitas* como un principio superior de moderación, externo al sistema normativo y de naturaleza teológico-moral, del que la resolución jurídica del caso concreto no puede prescindir porque es criterio divino y, como tal, referencia obligada de todos los criterios humanos de justicia. Este es el concepto que preside el pensamiento jurídico de Martino Gosia, en quien constituye una auténtica convicción y un elemento esencial en su método de resolución en derecho, hasta el punto de que, en la literatura jurídica medieval, la influencia de la escuela gosiana es detectable con facilidad atendiendo a la importancia que en las correspondientes obras se otorga a la *aequitas*, entendida conforme a la idea de los canonistas. Sirva como

<sup>101</sup> *Lectura Decretalium* (Venetiis, 1.581), gl. *indistincte* a C. 9,X,1,43 *de arbitris*.

<sup>102</sup> En la glosa *ne lites ad C. 3,1,16 de iudiciis, l. aperitissimi*. Ed. Pescatore, *Die Glossen des Irnerius* (1888), 59, n. 1.

<sup>103</sup> Cfr. C. J. Hering, *Die Aequitas bei Gratian*, en *Studia Gratiana II* (1954), pp. 94 ss.; Caron, *ob. cit.*, pp. 19 ss.

<sup>104</sup> Fitting, *Juristische Schriften des früheren Mittelalters* (1876), p. 216.

<sup>105</sup> *Top.*, 23; v. Zamboni, *A. G.* 170 (1966), pp. 167 ss.

<sup>106</sup> Caron, *ob. cit.*, p. 53; sobre la noción aristotélica, fundamental, D'Agostino, *Epikeia. Il tema dell' equità nell' antichità greca* (1973), pp. 65 ss.

ejemplo la *Summa Trecensis*, en la que la apelación es concebida como un remedio específico contra la sentencia que haya violado la *aequitas* <sup>107</sup>.

7. Junto a la noción de la *aequitas* canónica, otra, esta vez de naturaleza política, viene a constituir, como ya he indicado, una auténtica convicción de nuestro glosador, suponiendo también un factor de primer orden en la estructuración de su metodología jurídica: la *idea política imperial*, que, si bien guía la actividad jurídica de Irnerio y los *Cuatro Doctores*, tiene una incidencia muy especial en Martino Gosia. Conviene, en este punto, recordar algunos datos históricos, comenzando por la persecución de la que fue objeto la (por demás, noble) familia del jurista, precisamente por su adscripción a la causa imperial, según nos informa Constantius Rogerius <sup>108</sup>. Conocemos, además, que Martino fue, de los *Cuatro Doctores*, el que gozó de una especial predilección por parte del Emperador Federico I, simpatía imperial que el jurista supo conservar con habilidad <sup>109</sup>. Y, lo que en el aspecto personal era simpatía, en el jurídico-doctrinal se transformaba en auténtico respeto, como lo prueba, por ejemplo, la sanción por parte del Emperador de la constitución *Sacramenta Puberum*, que viene a consagrar, en una cuestión jurídica controvertida, la opinión que Martino había manifestado a Federico I en una simple conversación coloquial <sup>110</sup>. Todo ello explica que la voluntad imperial y sus objetivos políticos constituyesen un valor absoluto, orientador permanentemente del pensamiento del civilista. Y, puesto que la plasmación jurídica de dicha voluntad imperial es, en principio <sup>111</sup>, el texto justiniano, éste es la referencia obligada de nuestro glosador en apoyo de sus resoluciones en derecho. Su apego a la letra de la ley para fundamentar su dictamen en las controversias jurídicas le valió el apelativo de *copia legum*, que una tradición probablemente legendaria hace arrancar del propio Irnerio <sup>112</sup>; ahora bien, legendaria o no <sup>113</sup>, lo realmente significativo en orden

<sup>107</sup> Padoa Schioppa, A., Ricerche sull'appello nel diritto intermedio. II. I glossatori civilisti (1.970), 215-216. V. la glosa de Martino *aequitas bipertuta est* en Savigny, Geschichte (ed. 1956) IV, pp. 486-437.

<sup>108</sup> Constantius Rogerius, *Tractatus de dote* (Lugduni, 1.551), 110: «...fuit (Martino) parentela illorum de Gosiis in civitate Bononiae, quae parentella est nobilis, et fuit expulsa propter partem Gibellinam, ut refert Cyn, in taceat in 1. Unica C. De rei uxto actio».

<sup>109</sup> Odofredo, *Lect. s. Cod.* 2,27(28),105: «...et Martinus plus quam Bulgarus erat gratosus, quia sciebat melius applaudere...». V. sobre la cuestión Tamassia, Odofredo. Studio storico-giuridico. Atti e Memorie della Reale Deputazione di storia patria per le provincie di Romagna, Ser. 3, Vol. 11-12 (1894-95), pp. 356 ss; Savigny, Geschichte (1956) IV, pp. 178 ss.

<sup>110</sup> Odofredo, loc. cit.: «Dixit Imperator: Domine Martine, vestra opinio placet nobis, et vestra opinio est verior».

<sup>111</sup> V. mi reflexión sobre los supuestos de disociación entre *texto* y *voluntad imperial*, en An. Fac. Der. Univ. La Laguna 11 (1991), pp. 147 ss., en esp. pp. 150-151.

<sup>112</sup> M. G. H. SS. XVIII, p. 607.

<sup>113</sup> Esta tradición tiene probablemente un fondo de verdad para Cencetti, Studium fuit Bononie, St. Medievali, Serie Terza, Anno VII, Fasc. II (1966), pp. 801-802.

al especial interés de Martino por el texto legal es que, como contraste, la misma tradición denomina a Hugo *mens legum*. No nos faltan, en fin, otros testimonios históricos sobre el especial conocimiento que tenía Martino de los textos justinianos, que aplicaba con habilidad en sus resoluciones jurídicas <sup>114</sup>.

Y con lo expuesto, tenemos ya los ingredientes fundamentales de la metodología jurídica de Martino Gosia. Examinaremos ahora dos ejemplos de sus pronunciamientos en derecho, que estimo suficientemente ilustrativos de aquélla, pero es el momento de avanzar lo siguiente: para resolver una determinada cuestión jurídica que se le plantea, Martino busca la solución más acorde con la *aequitas* o, en su caso, más útil a la *idea imperial* y la presenta fundamentada en los textos justinianos, para otorgarle el respaldo incuestionable de la voluntad normativa del Emperador; y ello aun a costa, si es preciso, de desvirtuar por vía hermenéutica el sentido de algunos textos. Sobre todo ello volveré con detalle y al hilo de las muestras de su método que seguidamente propongo.

#### La devolución de la dote profecticia

8. Entre las múltiples y deliciosas anécdotas transmitidas por la tradición jurídica medieval y que tuvieron por protagonistas a los más famosos glosadores, me parece especialmente sugestiva la que a continuación ofrezco, referida por Savigny <sup>115</sup> a partir de un relato de Azón <sup>116</sup> y Odofredo <sup>117</sup>: Se produjo el fallecimiento de la esposa de Búlgaro, que dejó hijos supérstites habidos en su matrimonio con el glosador; su padre, esto es, el suegro del civilista, se dirigió a Martino Gosia en solicitud de consejo legal, a saber, si tenía o no derecho a la devolución por parte de su yerno de la dote profecticia que él, con ocasión del matrimonio, había constituido en favor de su difunta hija. Es más que probable que el rostro de Martino se iluminase de satisfacción ante la prueba a que sería sometido su irreconciliable adversario escolástico: «Si el marido de tu hija hubiese sido yo –respondió– conservarí la dote en mi poder; pero como lo fue Búlgaro, debe reintegrarte la dote, conforme al criterio doctrinal que siempre ha mantenido. Te aconsejo, pues, que te dirijas a él y se la reclames, y si no accede podrá reprocharle su conducta». La expectativa divertida de Martino fue truncada

<sup>114</sup> M. Sartijs, *De claris Archigymnasii Bononiensis Professoribus a Seculo XI usque ad Seculum XIV*. T.I (Bonon., 1769). Hago la cita sobre los *Excerpta*, en la ed. de Rogerii Beneventani *de Dissensionibus Dominorum sive de Controversiis veterum iuris romani interpretum, qui glossatores vocantur* (Lipsiae, 1821), p. 39: «Sed Martinus, ut erat acri ingenio et doctrina legum supra vulgarem modum instructus...».

<sup>115</sup> Savigny. *Geschichte* (ed. 1.956) IV, pp. 90-91.

<sup>116</sup> Azón, *Lect. sup. Cod.* (Parisiis, 1577), L. 4 sol. matr. (5,18).

<sup>117</sup> Odofredo, *Lect. sup. Cod.* (Lugduni, 1552), L. 4 sol. matr. (5,18); cfr. *Lect. sup. Dig. vet.* (Lugduni, 1.550), L. 6 de *lure dot.* (23,3).

por la honestidad de su colega: Búlgaro, en efecto, restituyó inmediatamente la dote a su suegro, con lo que hizo gala de una exquisita coherencia práctica con su postura doctrinal, pese a que tal actitud le deparase un importante quebranto en su patrimonio.

El relato, bello y emotivo, contiene toda una lección de honestidad por parte de Búlgaro, cuya conducta resulta encomiable para nuestros cronistas medievales: «Así sancionó su opinión no solamente con las palabras, sino también con los hechos», dice Azón<sup>118</sup>; «mantuvo su opinión tanto de derecho, como de hecho», subraya Odofredo<sup>119</sup>. En definitiva, observó una rigurosa consecuencia con sus ideas científicas, asentada en incorruptibles criterios éticos. Y no es que Azón y Odofredo tengan interés en ensalzar indiscriminadamente a sus *veteres*. Para Odofredo, en concreto, hubiese sido deseable que Alberico, discípulo de Búlgaro, hubiese imitado a su maestro en este punto, lo que, por desgracia, no hizo. Por el contrario, ante la circunstancia del fallecimiento de su esposa, que también dejaba hijos, requirió a Alberico su suegro para que le devolviese la dote profecticia; el glosador, pese a que sostenía doctrinalmente las ideas de Búlgaro, se negó a lo que se le solicitaba, de manera bastante cínica: manifestó que no debía, ni quería, restituir la dote y que, si bien había sido antes de aquella opinión, ya no lo era, puesto que reconocía que se había equivocado y que, en verdad, la opinión acertada era la de Martino. Se trata, a juicio de Odofredo, del contrapunto ético de la actitud de Búlgaro: a diferencia de éste, Alberico quebrantó en la práctica sus convicciones doctrinales<sup>120</sup>.

Y, para concluir la referencia a la anécdota, he aquí una observación crítica frente a Odofredo: es suficientemente conocido que la rivalidad escolar entre Búlgaro y Martino, mantenida por sus respectivos seguidores a lo largo de los siglos del derecho común<sup>121</sup>, es de una magnitud doctrinal

<sup>118</sup> Azón, loc. cit.: et «...et sic juvit opinionem suam non tantum verbo, sed et ita facto».

<sup>119</sup> Odofredo, loc. cit.: «..., et sic, ut dixi de jure et de facto suam opinionem approbavit...»

<sup>120</sup> Odofredo, ibid.: «Licet tamen dominus Bulgarus hoc fecisset, tamen Dominus Albericus antiquus doctor eius scholaris, qui opinioni Bulgari sequebatur, non sic fecit. Nam cum uxor eius decessisset, que erat filiata, et ea liberi remansissent, petebatur ab eo dos: tamen ipse erat in opinione dos a patre profecta ad patrem redire debeat, extent liberi vel non, ipse dixit non debebat eam restituere, nec volebat: dixit, fui in ea opinione, sed non sum. Nam cognosco me errasse. tunc opinione domini Martini approbavit: quod fuit in tanto viro valde reprehensibile et turpe: maxime in isto casu. et ita opinionem suam dominus Albericus antiquus doctor, rebus et factis violavit».

<sup>121</sup> Comp. las múltiples referencias recogidas por Haenel, *Dissensiones dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum qui glossatores vocantur* (1834, reimp. 1964). Siguen a Búlgaro, entre otros, Alberico, Bassiano, Azón, Bártolo, Baldo, Paulo de Castro, Pedro Bellapertica, Menocchio, Urceolo, Strichio, Vinnio y Pothier; a Martino, Rogerio, Placentino, Pillio de Medicina, Corasio, Pier Gregorio Tolosano, Zasio, Costa, Donello, Cuyacio, Voet y, con matizaciones, Antonio Faber. Sobre estos posicionamientos doctrinales, v. Rivalta, V., *Dispute celebri di diritto civile, estratte dalle «Dissensiones» dei glossatori* (1895), pp. 211-214, quien, sin embargo, se equivoca al alinear al jurista lusitano Pedro Barbosa, en la polémica

sobresaliente; pero, a la vista del talante personal y elegancia espiritual de Martino Gosia<sup>122</sup>, no parece probable en él la reacción, cargada de sentido psicológico, que el cronista le atribuye, y Savigny termina de remarcar<sup>123</sup>, de descontento al comprobar en la práctica la probidad moral de su oponente, ya que así se veía en la imposibilidad de desprestigiarle. El jurista cuyo posicionamiento ético tuvo tanto que ver con la grandeza del modelo metodológico que me propongo analizar no podía, simplemente, conducirse de tal manera.

Los términos en que cristaliza la polémica son claros: Supuesto el fallecimiento de la esposa durante el matrimonio, la dote profecticia debe ser devuelta por el marido a su suegro, si éste sobrevive a su hija, en todos los casos conforme al criterio de Búlgaro; Martino, por su parte, entiende que, en el supuesto de que la esposa fallecida haya dejado hijos supérstites habidos en su matrimonio, el marido puede retener la dote. Y ambos pretenden hallar fundamentación a sus opuestas doctrinas en las fuentes romanas<sup>124</sup>. Sus posiciones están, por otra parte, en conexión dogmática con las que cada uno de ellos adopta al plantearse la cuestión de quién sea el titular de la propiedad sobre la dote durante el matrimonio; mientras que Búlgaro considera que el marido es propietario tanto por derecho civil como por derecho natural, para Martino, si bien de conformidad a los textos es innegable la propiedad civil del marido, ha de entenderse no obstante que la esposa es propietaria por derecho natural<sup>125</sup>.

En su *De iure dotium tractatus*, manifiesta Martino lo siguiente: *Item matrimonio dissoluto morte filie, sive in potestate sive non, liberis existentibus, patri dos non restituitur, nisi in continenti vel ante nuptias dotem datam sibi*

sobre la devolución de la dote, en la tesis de Martino, cuando, en realidad, sigue la de Búlgaro: cfr. Petrus Barbosa, *Tractatus absolutissimi commentando in Tit. soluto matrimon. quemadmod. dos pet. incidentibus*, T. II (Francofurti, 1606), p. 227. También con Búlgaro, v. Carolus Gagliardus, en su obra dedicada al magistrado napolitano Andreasso *De iure dotium Commentarius in Digestorum, Codicis et Voluminum Iuris Neapolitani rubricam* (1747), Cap. XIV, p. 163; y con Martino, si bien implícitamente, Tigerström, F. W., *Das römische Dotalrecht. Eine Zivilistische Abhandlung*, T. II (1832), pp. 1-2.

<sup>122</sup> Para F. Calasso, Medio Evo del Diritto I. Le Fonti (1.954), p. 540, n. 66, nuestro legista «fu, forse, la piu interessante personalità dei quattro dottori». Por mi parte, sin duda, suprimiría el «forse».

<sup>123</sup> Odofredo, *Lect. sup. Cod.*, L. 4 sol. matr. (5,18): «...quod dno. Martino non placuit». Savigny, *Geschichte* (ed. 1956) IV, 91, comenta: «Bulgarus aber lieferte sogleich freiwillig die Dos aus, womit Martinus unzufrieden war, weil er ihn zu verkleinern wünschte».

<sup>124</sup> Cfr. *Martini de iure dotium tractatus*. Ed. H. Kantorowicz, *Studies in the glossators of the Roman Law* (1938), pp. 255-266, §§ 30 y 32; y los relatos que de la controversia ofrecen la *Vetus Collectio* y las colecciones de Rogerio y Hugolino, en Hasnel, *Dissensiones dominorum*, pp., respectivamente, 40 (55), 87 (25) y 441 (269).

<sup>125</sup> *Hug. Dist.*, en Haenel, *Dissensiones dom.*, 578, § 22: «Secundum M(artinum) mulier de iure naturali est domina rerum datarum in dotem inaestimatum. Secundum B(ulgarum) et Io(annem) maritus dominus est de iure civili et naturali».

*stipulatus est reddi; set liberis non existentibus restituitur, nisi ex pacto reteneatur*<sup>126</sup>. Después continúa explicando cómo Búlgaro y sus discípulos<sup>127</sup> aseguran que la dote profecticia recibida del padre, en caso de fallecimiento de la hija durante el matrimonio, debe ser devuelta a dicho padre, tanto si existen como si no hijos supérstites y aunque tal cosa no se hubiese estipulado. Se basan en algunos textos<sup>128</sup>, entre los que Martino repara especialmente en la referencia a la supresión justiniana de las retenciones dotalas en razón de los hijos que, con ampulosidad expresiva aún mayor que la que el emperador intenta acallar, se contiene en C. 5,13,1,5. Para nuestro civilista, el error dialéctico consiste en entender el mandato imperial *sileat ob liberos retentio* como si se refiriese al supuesto de disolución del matrimonio por muerte de la esposa, interpretación de la que se muestra sorprendido, puesto que *ibi lex loquatur de dissolutione matrimonii, divortio facto non culpa mulieris, quod ex verbis ipsius legis colligitur, ubi dicit: ne varium genus culpe mariti contra uxores excogitent*<sup>129</sup>.

Los argumentos de Martino en favor de su tesis son los siguientes:

1.º Conforme a la opinión de los juristas romanos, representada por Ulpiano, la dote es patrimonio propio de la hija que la ha recibido<sup>130</sup>. En consecuencia, ha de pasar a sus hijos por derecho hereditario, y no a su padre por derecho de peculio<sup>131</sup>.

2.º Desde otro punto de vista, también ha de entenderse que procede la retención en el supuesto de supervivencia de hijos, ya que la dote, conforme al texto legal, ha de estar allí donde están las cargas matrimoniales, en razón de las cuales ha sido constituida<sup>132</sup>; y, razona nuestro glosador, *liberi superstites pars oneris sunt, propter quod dos datur, et quare constante matrimonio, qui eius sustinet onus et dotis lucretur fructus. Unde fortuitus casus mortis dissolvens matrimonium sine viri culpa in iudicio bone fidei ei obesse non debet*<sup>133</sup>.

Resulta interesante la referencia a la atención al marido, que posibilita, e, incluso, impone, un *bonae fidei indicium*. Aunque es claro que la expresión no viene utilizada en el sentido técnico de la jurisprudencia clásica, justa-

<sup>126</sup> *Martini de iure dotium tractatus* cit., § 30, p. 264.

<sup>127</sup> *Ibid.*, pp. 264 ss. Como es usual en las exposiciones antiguas de disensiones, en este caso la referencia a Búlgaro y su escuela no es expresa, sino mediante la locución *urns preceptores*. Cfr. Haenel, *Dissensiones dom.*, 41 n. e.

<sup>128</sup> C. 5,18,4; D. 23,3,6 pr.; C. 5,13,1,5

<sup>129</sup> *Loc. cit. supra* n. 127.

<sup>130</sup> D. 4,4,3,5. Precisamente en esta idea se sustenta el régimen de garantías habitual en favor de la mujer: v. el testimonio de Cicerón, *Pro Caec.* IV, pp. 10-11, relativo al honorable banquero M. Fulcinus, en su matrimonio con Caesennia.

<sup>131</sup> D. 23,4,12,pr., D. 32,41,7; D. 32,41,11; C. 6,20,19,3.

<sup>132</sup> Así lo manifiesta, en efecto, Paulo, en D. 23,3,56,1: «*ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt*».

<sup>133</sup> *Martini de iure dotium tractatus*, § 30, p. 265.

mente un tal tipo de *iudicium* posibilitaba en Roma las retenciones maritales, en base, en cada caso, a la *aequitas*, al tener por objeto la condena en la *actio rei uxoriae* aquello *quod melius aequius erit*<sup>134</sup>. La retención tasada, por partes del montante total de la dote, no era, en rigor, necesaria al derecho clásico, mientras que sí parece, en cambio, acomodarse a la necesidad práctica de los tribunales postclásicos. De hecho, nuestras noticias sobre ella provienen de las *Ulpiani regulae* y los *Fragmenta Vaticana*<sup>135</sup>.

Aparte estas razones, Martino Gosia se preocupa de subrayar que su tesis encuentra apoyo en las *leges*, es decir, en los textos del *Corpus Iuris Civilis*; así, cuando concluye:

*Ex his ergo deprehenditur, dotem esse patrimonium filie, eaque defuncta in matrimonio liberis iure hereditario, non patri iure peculii deferri. Hanc sententiam equitati congruam diligens lector ex multis legibus comprobabit*<sup>136</sup>.

Manifiesta, pues, que su parecer puede ser contrastado a partir de muchos textos. Llama la atención, por otra parte, la inserción de las palabras *equitati congruam*. En efecto, a la vista del criterio de los comentaristas, tanto antiguos como modernos, en el sentido de que Martino es el paladín de la equidad, su alusión a que su parecer es congruente con aquélla no hace sino confirmar dicha idea; lo que, a mi entender, es suficiente para despertar un principio de sospecha sobre la autenticidad del texto. Esta sospecha se afianza si reparamos en las siguientes observaciones:

1.<sup>a</sup> Puesto que el glosador pretende, como manifiesta expresamente, que su tesis tiene un amplio apoyo textual, un apuntalamiento suplementario de la misma mediante la alusión a la equidad no solamente resulta superfluo, sino que, además, ni siquiera es dialécticamente conveniente, por cuanto podría debilitar el argumento principal, esto es, el de la sustentación en los textos. Y no olvidemos que los más antiguos glosadores eran, precisamente, expertos en las artes dialécticas<sup>137</sup>.

2.<sup>a</sup> Desde una perspectiva de crítica textual, existe una lección diferente, a saber, *equidem congruam*, en otro manuscrito antiguo, el *Codex Gratia-*

---

<sup>134</sup> Extremo éste seguro, sin perjuicio del desacuerdo, tanto entre juristas clásicos como entre romanistas modernos, sobre el carácter de *bonae fidei iudicium*, en sentido estricto, de la *actio rei uxoriae*; desacuerdo que subsiste pese al testimonio categórico, en sentido positivo, de Gayo 4,62. V., por ej., Dernburg, *Geschichte und Theorie der Compensation nach römischen und neuem Rechte* (1868), pp. 101 ss.; Voigt, *Römische Rechtsgeschichte I* (1892), p. 797; Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte II* (1901), p. 222, n. 2; Lenel, E. P. (1927), 303 pp. ss.; Kaser, *RIDA 2* (1949), pp. 511 ss.; Brogini, *Iudex arbitere* (1957), p. 205, n. 16; Watson, *The Law of Persons in the Later Roman Republic* (1967), pp. 67 ss.; Söllner, *Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae* (1969), pp. 137 ss.

<sup>135</sup> Cfr. Ulp. VI, p. 4; Vat. 108. Comp. Schonbauer, *St. De Francisci 3*, pp. 303 ss.; Schulz, *History*, pp. 310-311; Rohle, *Labeo 12* (1966), pp. 218 ss.

<sup>136</sup> *Martini de iure dotum tractatus*, § 30, 266.

<sup>137</sup> Una perspectiva global en Otte, *Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren* (1971), pp. 227-230.

*nopolitanus* (de Grenoble) <sup>138</sup> que, en mi opinión, ha de ser preferida por ser *lectio difficilior* <sup>139</sup> respecto de *equitati congruam*. En efecto, entre copistas imbuidos de la idea apriorística de que la equidad guía siempre el proceder de Martino Gosia, la sustitución de *equidem* por *equitati* al transcribir un texto de nuestro civilista viene, sin duda, impulsada por una fuerte inercia psicológica. Pero, a mayor abundamiento, también el criterio del *usus scribendi* nos ha de llevar a preferir la lección *equidem congruam*. Martino, en efecto, que a lo largo de todo el § 30 ha venido desarrollando su tesis, termina con una formulación sentenciosa que viene a resumir aquélla: la dote es patrimonio de la hija, por lo que, si ésta fallece durante el matrimonio, aquélla ha de pertenecer a los hijos por derecho hereditario, y no al padre (de ella) por derecho de peculio; y —añade— esta sentencia en verdad congruente (*equidem congruam*) podrá ser extraída de muchos textos por el lector diligente. Si nosotros somos de esa clase de lectores diligentes, nos percataremos pronto de que es cierto que se trata de una aseveración no sólo congruente con la tesis que su autor ha venido desarrollando, sino también de plena congruencia interna entre sus propios elementos, puesto que de la premisa de ser la dote patrimonio de la hija ha de colegirse coherentemente que, a su muerte, ha de pasar aquélla a sus hijos por derecho hereditario y no a su padre por derecho de peculio.

Aún hay otra manifestación expresa de Martino en el sentido de que su doctrina se apoya en los textos. El § 32 de su *De iure dotium tractatus*, que cierra la obra, se ocupa de las retenciones. En él se dice:

*Nunc videamus de iure retentionis. Maritus dotem retinet vel ex pacto vel ex lege. Ex pacto, inito in casum mortis vel divortii, suo nomine vel liberorum retinet, cum idem pactum im propter nuptias donatione intercesserit. Ex lege vel suo nomine vel liberorum. Suo, cum dotem lucretur uxore divertente sine causa. Liberorum, cum uxore decedente in matrimonio liberi existant* <sup>140</sup>.

Para el glosador, por lo tanto, en el supuesto sobre el que se proyecta la polémica, el derecho del marido a la retención, en este caso en razón de los hijos, se sustenta *ex lege*; tiene, en definitiva, su base en los textos. Y, en relación con ello, resulta que los relatos antiguos referentes a esta disputa doctrinal, esto es, los contenidos en la *Vetus Collectio* y en las colecciones de *dissensiones* de Rogerio y Hugolino, son pródigos en la cita de textos en los que entienden sus autores que puede apoyarse la tesis de Martino Gosia <sup>141</sup>. Pero, curiosamente, pasan por alto (y también el propio Doctor bolonés) la *lex* que contiene un testimonio más claro en favor de dicha opinión.

<sup>138</sup> Cfr. Kantorowicz, *Studies*, p. 266, n. ii-ii.

<sup>139</sup> V. Pasquali, *Storia della tradizione e critica del testo* (1962), pp. 10 ss., pp. 120 ss.; Wicacker, *Textstufen*, p. 441. Sobre metodología general del tratamiento de la tradición manuscrita, Dain, *Les manuscrits* (1975).

<sup>140</sup> Kantorowicz, *Studies*, p. 266.

<sup>141</sup> Cfr. Haenel, *Dissensiones*, pp. 40, 87 y 441.

Con toda probabilidad, el hecho de que este texto se encuentre fuera de los títulos que el Digesto dedica al derecho dotal es la explicación de este olvido. El fragmento es el siguiente:

D. 36,3,18,1 *Scaev. lib. vicensimo nono dig.*: «*Idem quaesit: testatricem apud maritum suum, ex quo filium reliquerat, res deposuisse non exacta cautione depositionis: an ea res patri heredi restitui debeat? an vero quoniam emolumentum totius hereditatis ad filium defunctae reverti deberet, apud maritum remaneret, apud quem dos remansisset? respondit, quod mulieris mansisset nec in dote fuisset, restituendum esse heredi*».

La exégesis detallada de la totalidad del texto, interesante sin duda por lo que hace a la problemática suscitada por la influencia de la *cautio depositionis* o por la mecánica sucesoria puesta de manifiesto (*quoniam emolumentum... reverti deberet*), escapa a la finalidad que ahora persigo; pero es incuestionable el supuesto de hecho —esposa que fallece durante el matrimonio dejando un hijo, un padre que ha de heredarla y un marido en posesión de la dote— y, de otro lado, también lo son las manifestaciones del jurista sobre la suerte de la dote, tanto en la *quaestio*, donde se da por supuesto que el marido conserva la dote (*apud quem dos remansisset*), como en el *responsum*, donde el argumento *a contrario* lleva a una conclusión inequívoca sobre el sentir del jurista: si, en efecto, ha de restituirse al heredero (en este caso, el padre de la esposa fallecida) cuanto la mujer hubiese dejado y no perteneciese a la dote, es evidente que la dote, para Scévola, ha de permanecer en poder del marido. Si, por otra parte, tenemos en cuenta el peso específico de los *Digesta* de Scévola en el conjunto de las obras que mejor reflejan el pensamiento clásico<sup>142</sup>, el valor del texto como apoyatura de la tesis gosiana adquiere una relevante dimensión. Por todo lo cual, no se entiende el juicio de Bonfante cuando, sin otra explicación, asevera que el argumento que pudiera extraerse de nuestro texto «e di una inanita e di una fallacia assoluta»<sup>143</sup>. Por el contrario, hay que admitir que la formulación de Scévola es nítida e inequívoca y, además, ningún tratadista, que yo sepa, ha puesto hasta ahora en duda la autenticidad clásica del texto, ni aun en la época de los mayores excesos de la crítica interpolacionística<sup>144</sup>. Y, por si esto fuera poco, ha de observarse también que la transmisión histórica del texto hasta la edición del Digesto de Mommsen ha sido impecable, no existiendo variante alguna en su tenor entre las más antiguas Vulgatas y el *Codex Florentinus*<sup>145</sup>.

<sup>142</sup> V. Schulz, *History*, pp. 125-126. Sobre el significado de la jurisprudencia postadriana en general, Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del Diritto romano* (1989), pp. 100 ss.

<sup>143</sup> Bonfante, *Corso I* (ed. 1963), p. 481.

<sup>144</sup> Cfr. *Index Int., ad h. l.*

<sup>145</sup> Cfr. Mommsen, *Digesta Iustiniani Augusti, ed. maior* (1866-1870), nueva ed. (1962-1963), *ad h. l.*

Así pues, Martino Gosia primero y, después, los juristas de su dirección doctrinal se esfuerzan en aludir a la base legal (y no solamente de equidad) de su postura en la cuestión que nos ocupa. Debe resaltarse este punto, porque forma parte sustancial de la estructura metodológica que trato de analizar. Y, obviamente, por el posicionamiento político del civilista, del que ya he dado cuenta <sup>146</sup>, la base legal a la que él se refiere ha de entenderse que es el *derecho imperial*, es decir, los textos justinianeos. Discrepo, pues, del criterio de Paradisi, conforme al cual las *multae leges* que, según asevera Martino <sup>147</sup> apoyan su tesis «son, con toda probabilidad, leyes extrañas al Derecho romano» <sup>148</sup>. Está pensando el maestro italiano en los componentes jurídicos exóticos al *Corpus Iuris Civilis* (como, v.g., derechos germánico, longobardo o local consuetudinario) que mantienen su vigencia en la Italia del norte en el periodo bajomedieval; pero creo que la decidida colaboración del jurista boloñés en la plasmación de la *idea imperial* excluye prácticamente esta posibilidad.

9. En un artículo anterior <sup>149</sup> ofrecí un avance del análisis metodológico que ahora me propongo sistematizar de la solución de Martino Gosia (y, como contrapunto, también de la de Búlgaro) a la cuestión de la devolución de la dote profecticia que acabo de reflejar. En aquella ocasión trataba de replantear, desde la propia reflexión, la importancia del método tópico para la resolución jurídica y, por ello, me remito a aquel trabajo para las precisiones sobre la estructura y operatividad de dicho método, cuestiones que aquí sólo describiré en la medida que resulte imprescindible.

Como punto de partida, procede constatar que la *quaestio* planteada tiene una naturaleza de *problema* en sentido dialéctico, es decir, de *cuestión sobre la que ineludiblemente ha de decidirse, existiendo para ello varias respuestas teóricamente posibles y mutuamente excluyentes* <sup>150</sup>. En efecto, su formulación simplificada es la siguiente: Si fallece la esposa dejando hijos supérstites, ¿Estará o no obligado el marido a devolver la dote profecticia a su suegro? El decisor jurídico podrá entender o bien que existe, o bien que no existe dicha obligación para el marido, pero, evidentemente, ambas soluciones se excluyen.

Nótese, además, que la naturaleza problemática –insisto, en sentido técnico dialéctico– del asunto propuesto hace que pierda importancia el hecho de que no nos hallemos, en rigor, ante un *caso real*, sino ante una *cuestión teórica* que requiere una *toma de postura doctrinal*. Tanto en uno como en

<sup>146</sup> *Supra*, II, p. 7.

<sup>147</sup> *Martini de iure dotum tractatus*, § 30, 266.

<sup>148</sup> Paradisi, *Storia del diritto italiano. Le fonti del diritto nell'epoca bolognese*. 1.º I Civilisti fino a Rogerio. Vol. IV, I (1967), p. 449.

<sup>149</sup> «La decisión jurídica a la luz de una perspectiva histórica», en *Est. Jur. Libro conmemorativo del Bicentenario de la Univ. de La Laguna*, II (1993), pp. 895 ss.

<sup>150</sup> Viehweg, pp. 49-50.

otro supuestos, lo esencial es que nos hallaremos ante un *problema*, cuyo enfoque metodológico no debe ser diferente. Por esta misma razón, cuando la romanística aborda el estudio del método casuístico de los juristas romanos, carece de trascendencia a efectos de su cabal análisis el hecho de que las colecciones de *quaestiones, responsa* o *digesta* de dichos juristas no reflejen *casos reales*, sino, como muy bien ha observado Horak, *casos-tipo*<sup>151</sup>; se trata, en definitiva, de establecer su modelo metodológico para llegar a la solución del problema jurídico propuesto, como, por mi parte, intento en relación con el proceder de Martino Gosia, y para ello resulta irrelevante que ese *problema jurídico* se asiente sobre la realidad (como, v.g., los que se formulan ante los Tribunales de justicia), o sea una simple *quaestio* académica.

Hechas estas precisiones, y para una mejor comprensión del método de enfoque y solución del *problema* que emplean nuestros *Doctores* boloñeses, operaremos con la distinción entre *contexto del hallazgo* y *contexto de la fundamentación* de la resolución jurídica<sup>152</sup> o, si se quiere, con la más clásica (y correspondiente a ésta) entre *inventio* y *iudicium* (o *demonstratio*)<sup>153</sup>.

En el contexto del hallazgo (*inventio*), Búlgaro procede a extraer directamente su solución de las prescripciones del sistema normativo, en su literalidad. Entiende que el marido debe devolver la dote en cualquier caso (es decir, existan o no hijos supérstites) porque esto es lo que disponen expresamente diversos textos, entre los que el más categórico es el aludido C. 5,13,1,5, con su terminante mandato *sileat ob liberos retentio*. Él, que como es sabido, representa el *rigor iuris*, entiende que los límites formales del sistema normativo son también los límites del ámbito en que ha de buscarse cualquier solución jurídica. Los textos justinianos son, dicho de otro modo, la única *referencia válida para la inventio*, y ha de rechazarse, además cualquier intento de desvirtuación de sus prescripciones, v.g., mediante su *atemperación* por vía hermenéutica o por la interferencia de cualquier noción de *aequitas* que haya de operar desde el exterior del sistema normativo y, en concreto, de la *aequitas rudis* tal como la entienden los canonistas<sup>154</sup>. Búlgaro, por lo tanto, *hace del sistema el punto de referencia incuestionable para el problema, y no a la inversa, con lo que excluye, en principio, cualquier filtración tópica*<sup>155</sup>. Y la explicación última de esta actitud metodológica no es otra, a mi entender, que el factor político: el extremado respeto del glossador a la *idea imperial*, que, en su sentir, exige una absoluta intransigencia

<sup>151</sup> Horak, Osservazioni sulla legge, la casistica e il Case Law nel diritto romano e nel diritto moderno, en Legge, Giudici, Giuristi. Atti Conv. Cagliari 1981 (1983), pp. 67 ss.

<sup>152</sup> Cfr. Horak, *Rationes decidendi* (1969), pp. 17 ss., 49 ss., 296-297.

<sup>153</sup> Mengoni, L., Riv. trim. di dir. e proc. civ. (1984), p. 327.

<sup>154</sup> V *supra* II, p. 6.

<sup>155</sup> V. al respecto Viehweg, 51.

en la aplicación rigurosa del sistema jurídico que sirve de base a dicha idea y que representa la voluntad normativa del Emperador <sup>156</sup>.

A diferencia de Búlgaro, Martino procede, para la *inventio*, con absoluta independencia del sistema normativo. No quiere esto decir que su solución haya de ser necesariamente *disconforme* con dicho sistema, ni, mucho menos, *contraria* a las prescripciones legales, sino solamente que el hallazgo de la misma ha sido realizado de manera *desvinculada* respecto de los textos justinianeos, esto es, no constreñida por los límites materiales ni formales del sistema normativo. Esto resulta claro, si recordamos los argumentos que aduce nuestro civilista en favor de su tesis, y los textos que invoca en apoyo de dichos argumentos, que son, fundamentalmente, dos: 1.º Que la dote es patrimonio propio de la hija que la ha recibido, razón por la cual ha de ser adquirida por sus hijos por derecho hereditario y no por su padre por derecho de peculio, y, 2.º que la dote ha de estar allí donde estén las cargas del matrimonio <sup>157</sup>. Obsérvese que ninguno de los textos correspondientes incide, en rigor, sobre la cuestión en debate, permitiendo clara e indubitadamente al marido retener la dote en el supuesto de existencia de hijos que sobrevivan a la esposa, sino que, simplemente, contienen enunciados, de los que el glosador hace derivar, mediante los correspondientes complementos dialécticos, unas conclusiones coincidentes con su solución. Sólo existe un texto, el ya analizado de Scévola D. 36,3,18,1, que, conforme he puesto de manifiesto, puede constituir una fuente directa de la solución de Martino, pero resulta que, como ya hemos visto, precisamente este texto es ignorado por el jurista. En definitiva, *Martino Gosia no busca su solución en las «leges», ni la extrae directamente de éstas; se confirma, pues, que aborda el hallazgo de dicha solución con independencia del sistema normativo.*

Ahora bien: si la solución de Martino no deriva directamente del sistema normativo, ¿Cuál es su pauta orientadora?

A la vista del posicionamiento de nuestro glosador en el ámbito teológico-moral, tal como ha sido expuesto al principio de esta sección, resulta bastante claro que su solución deriva de la *aequitas*, en su concepción canónica. Desde una perspectiva de justicia superior, inspirada directamente por la divinidad y superpuesta, por lo tanto, a las prescripciones del sistema normativo, entiende Martino que es más procedente la retención, por parte del marido, de unos bienes que, en definitiva, van a garantizar el sustento y atención de los hijos habidos en el matrimonio, que su devolución al padre de la esposa fallecida, quien, de hecho, los había entregado para hacer frente a las cargas del matrimonio y, por otra parte, no asume responsabilidad alguna con respecto a aquellos hijos. Es el principio ético del bienestar de

<sup>156</sup> Para más detalles, Sainz-Ezquerria, An. Fac. Der. Univ. La Laguna 11 (1991), pp. 157-161 (= Est. Hernández-Tejero, pp. 516-520).

<sup>157</sup> Para el primer argumento, D. 4,4,3,5; D. 23,4,12 pr.; D. 32,41,7; D. 32,41,11; C. 6,20,19,3; para el segundo, D. 23,3,56,1.

los hijos el que inspira, en último término, la solución del jurista; y ello, insisto, con independencia de las disposiciones del sistema normativo. Con lo que resulta que, a diferencia de Búlgaro, nuestro civilista *sitúa el problema en el centro de gravedad de su metodología, haciendo del mismo el punto de referencia incuestionable para el sistema*; se trata, por lo tanto, de un *enfoque tópico*, lo que creo que requiere una explicación complementaria.

En otra ocasión<sup>158</sup> he desarrollado con el necesario detalle una reflexión que ahora ofrezco de manera compendiada. La *tópica*, configurada desde la antigüedad, principalmente por Aristóteles<sup>159</sup> y Cicerón<sup>160</sup>, aunque con una clara base en el pensamiento de Platón<sup>161</sup>, como una *técnica de discusión de problemas* dirigida a la *inventio*, tiene por objeto los *topoi*, instrumentos del debate dialéctico que ayudan al hallazgo, en cada caso, de la solución más adecuada. Por las razones que en el aludido artículo expongo, entiendo el *topos* con un matiz diferente a la concepción de Viehweg. Para él, en efecto, los tópicos son «puntos de vista preparados de antemano, cuya función consiste en servir a una discusión de problemas»<sup>162</sup>; desde mi perspectiva, nos acercamos más a la esencia de los tópicos si, en lugar de denominarlos «puntos de vista», los definimos como *criterios compartidos a priori al razonamiento*, con una funcionalidad orientada, desde luego, a la solución de problemas. De esta manera, además de reflejar la vertiente social del *topos* mediante la palabra «compartidos», aludimos, por medio del término «criterios» a su vertiente individual; y esto último lo hacemos de una manera mucho más expresiva que si utilizásemos la expresión de Viehweg, ya que mientras un «punto de vista» se asienta en una opinión (en principio, por lo tanto, discutible, incluso para el propio sujeto que la sustenta), un «criterio» lo hace en una *convicción*, que, como tal, resulta incuestionable para la persona en quien está arraigada<sup>163</sup>. Se llega, así, a la cuestión fundamental que ahora deseo destacar: el *topos* tiene, evidentemente, una vertiente social, como instrumento dialéctico en el debate interpersonal, esto es, en el ámbito *dialógico*; ahora bien, además tiene otra importantísima dimensión en la vertiente individual, por cuanto ese *criterio compartido* encuentra su anclaje último, en definitiva, en *convicciones individuales íntimas* de todos (o la generalidad de) los sujetos que integran un determinado universo social. Dicho de otro modo: porque yo sustenté una determinada *convicción* en mi fuero íntimo y esta determinada *convicción* es sustentada, además, por *cada uno*

<sup>158</sup> Loc. cit. en n. 149.

<sup>159</sup> Aristóteles, *Top.* 100b,21; 104a,4; 104b,3; *Ret.* II,1.396b, pp. 15 ss.

<sup>160</sup> Cicerón, *Top.* II, pp. 7-8.

<sup>161</sup> Platón, en esp. *Eutiphron*, 7 d-d; también, *Rep.* VII, 531d ss.; v. Guthrie, W. K. C., *A History of Greek Philosophy IV* (1975), pp. 101 ss., 524 ss.

<sup>162</sup> Viehweg, 53 y 56.

<sup>163</sup> Respecto de las convicciones de conciencia, cfr. González Vicén, *Est. de Filosofía del Derecho* (1.979), 385 ss.

(o la generalidad) de los restantes integrantes del universo social en que operamos, existe en éste un *criterio compartido*, cuya exteriorización puede cristalizar en forma de *topos*. Desde el momento en que se produce esta cristalización, ya estamos en la vertiente social y, si dicho *topos* se utiliza, como es la idea de Aristóteles<sup>164</sup>, como premisa del *entimema* discursivo, habrá logrado su plena operatividad dialéctica por su fuerza de persuasión. Por ello me he referido al *topos* como *encrucijada social de convicciones individuales*<sup>165</sup>: *su validez dialéctica reside en el hecho de ser compartido*, en tanto que su *validez última o absoluta* resulta de ser un *criterio* arraigado en convicciones íntimas de carácter personal.

La doctrina tópica, en el ámbito jurídico, que arranca de Viehweg<sup>166</sup> ha puesto el acento en la dimensión social, o dialéctica, de los tópicos, en tanto que ha descuidado la reflexión sobre su dimensión individual, que es, por otra parte, la que más directamente enlaza con problemas fundamentales de la filosofía del Derecho, en especial cuando las convicciones individuales en que se apoyan en último término los tópicos son de naturaleza ética<sup>167</sup>. Porque, ciertamente, este tipo de convicciones subyace muchas veces a los tópicos, aunque no siempre: además de convicciones sobre *lo que debe ser* (éticas), pueden constituir otras veces el sustrato de los tópicos convicciones sobre *lo que es* (*cognoscitivas*), o sobre *lo que conviene o es útil que sea* (*prácticas*). Cuando, en el *ámbito monológico*, esto es, personal e íntimo, el decisor jurídico procede a la *inventio* (hallazgo de la solución) utilizando un método *problemático* o tópico, pone en juego como base de la *ratio decidendi* sus *convicciones*, fundamentalmente de naturaleza ética, *cognoscitiva o práctica*; cuando, posteriormente, y ya en el *ámbito dialógico* o interlocutorio, lleva a cabo la *demonstratio* (justificación de la solución), utilizará, en la medida en que ésta haya de ser de naturaleza tópica y supuesto, obviamente, que dichas convicciones sean sustentadas también por los destinatarios del discurso dialéctico (v.g., las partes en un proceso, los juristas o, incluso,

<sup>164</sup> Aristóteles, Ret. II,1396b, pp. 15 ss

<sup>165</sup> Loc. cit. en n. 149, p. 904.

<sup>166</sup> Una visión de conjunto ordenada y rigurosa ofrece J.A. García Amado, Teorías de la tópica jurídica (1988).

<sup>167</sup> Sobre la cuestión del sustrato ético del Derecho, desde distintas perspectivas: Savigny, System des heutigen römischen Rechts (1840-48) I, p. 332; Gonzalez Vicén, ob. cit. en n. 163, pp. 365 ss.; Kriele, Festsch. f. J. Ritter (1985), p. 112, sobre la base ética de la resolución jurídica. Mi entendimiento del anclaje último de los *topoi* en convicciones individuales, y en tanto éstas sean de naturaleza ética, tiene puntos de coincidencia con la teoría expuesta por N. Hoerster (Rechtsethik ohne Metaphysik, en Juristenzeitung 8 [1982], pp. 265 ss.) sobre la fundamentación ética subjetivista (intersubjetiva) de las normas. Nuestras diferencias fundamentales son las siguientes: a) Hoerster se refiere a la fundamentación de las normas, en tanto que yo lo hago a la de los *criterios compartidos* (*topoi*) que sirven para guiar o justificar la resolución; y b) para Hoerster, en la base de dicha fundamentación hay un consenso sustentado por un *interés* individual, en tanto que a mi entender, lo que hay es una *convicción* individual.

todos los integrantes de un círculo social determinado), los correlativos *criterios compartidos* (*topoi*) como premisas del correspondiente razonamiento. Como ejemplo, y tomando el título *De diversis regulis iuris antiqui* del Digesto (D. 50,17), resulta que la convicción generalizada conforme a la cual la benignidad ha de regir las relaciones con los demás es de naturaleza *ética*, y da lugar a diferentes *criterios compartidos*, o tópicos, como, entre otros, todos los relativos al *favor libertatis*, v.g., *quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit*<sup>168</sup>; la convicción común en el sentido de que «lo más incluye lo menos» es de naturaleza *cognoscitiva* (empírica) y genera el *topos* conforme al cual *cui ius est donandi, eidem et vendendi et concedendi ius est*<sup>169</sup>, puesto que es claro que la facultad de disposición a título gratuito es de más amplio contenido (ya que conlleva un mayor gravamen patrimonial) que la de disponer a título oneroso; y, finalmente, la convicción de los juristas sobre la necesidad de certeza en las situaciones jurídicas, como condición necesaria para que el Derecho alcance el resultado de establecer un *orden efectivo* en las relaciones sociales, es de naturaleza *práctica* y sirve de fundamento a *topoi* tales como los que expresan la imposibilidad de convalidación de los actos jurídicos nulos (*quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*) o el principio del contrario actus como vía de extinción de las obligaciones (*nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur*)<sup>170</sup>.

Y, con lo expuesto en las páginas anteriores, estamos ya en disposición de comprender en todo su alcance la metodología de la *inventio* de Martino Gosia en la cuestión planteada respecto de la devolución de la dote profecticia: el jurista lleva a cabo un enfoque *tópico*, requiriendo la solución *más adecuada*, o *más justa* (más conforme a la *aequitas*) para el *problema* planteado, y ello *con independencia*, o *al margen*, del *sistema normativo*; en razón de este objetivo, realiza un *juego de valoraciones*<sup>171</sup>, como resultado del cual termina imponiéndose el principio del bienestar de los hijos, que para él constituye una *convicción ética*. Es, en fin, esta convicción, y no el sistema normativo, la que le dicta la solución según la cual en el caso de existencia de hijos supérstites del matrimonio, el marido puede retener la dote.

10. Prosigamos ahora nuestro análisis metodológico pasando del contexto de la *inventio* (hallazgo) al contexto de la *demonstratio* (fundamentación de la solución). Por lo que hace a Búlgaro, si la *inventio* fue llevada a cabo por él con estricta sujeción al sistema normativo, que considera in-

<sup>168</sup> D. 50,17,20, *Pomp. lib. sept. Sab.*

<sup>169</sup> D. 50,17,163, *Ulp lib. quinq. ad ed.*

<sup>170</sup> Respectivamente, D. 50,17,29, *Paul. lib. oct. ad Sab.* y D. 50,17,35, *Ulp. lib. quad. oct. ad Sab.*

<sup>171</sup> Cfr. Viehweg, 50 y, muy en esp., Zielinski, Cicero im Handel der Jahrhunderte (1908), pp. 189 y 198, cit. *ibid.*

cuestionable en su literalidad, esta misma consideración le lleva a pensar que las *leges* justinianas, y muy en especial la famosa prescripción *sileat ob liberos retentio*, constituyen una referencia argumentativa en el discurso dialógico que se basta a sí misma. No es necesario, en su sentir, ningún otro elemento de persuasión: que el sistema normativo imperial, con toda su fuerza vinculante, respalde su solución debe ser considerado por todos como justificación suficiente de la misma.

Martino ofrece una fundamentación de mayor complejidad y gran interés metodológico, que debemos examinar con cuidado. Se trata de una justificación de su postura doctrinal esencialmente sistemática, pero en la que concurren también interesantes elementos tópicos, como veremos a continuación.

Debe llamarse la atención antes que nada sobre el indudable *interés que se trasluce en nuestro civilista en argumentar mediante una apoyatura de su solución en el sistema normativo*; apoyatura ésta que, como ya he tenido ocasión de poner de manifiesto<sup>172</sup>, resulta, en verdad, forzada. Pero lo que ahora importa sobre todo es que repararemos en el empeño del glosador en aludir a los textos justinianos, para justificar una solución inventada (hallada) con independencia de ellos. Lo cierto es que Martino Gosia no encuentra texto alguno que, de una manera clara y concluyente, respalde su postura doctrinal<sup>173</sup>, pero no por ello renuncia a una fundamentación de la misma en el sistema normativo: en efecto, además de los textos relativos a la pertenencia de la dote al patrimonio de la hija, por una parte, y a la relación de aquélla con las cargas del matrimonio, por otra, se preocupa de señalar, como ya hemos visto, que su opinión *diligens lector ex multis legibus comprobabit*<sup>174</sup> y, más adelante, que, en el supuesto en el que el marido puede retener la dote *liberorum nomine*, esto es, *cum uxore decedente in matrimonio liberi existant*, esta facultad le viene reconocida *ex lege*<sup>175</sup>; aparte de ello, se afana igualmente en desvirtuar el argumento legal de Búlgaro, extraído de C. 5,13,1,5. La conclusión que de estas observaciones puede obtenerse es que interesa primordialmente a Martino Gosia una *legalis demonstratio*.

La razón de este interés ha de buscarse, como en el caso de Búlgaro, en el *factor político*, que se manifiesta de esta manera como un condicionante de la metodología jurídica de nuestros *Doctores*. Martino trata de servir, con no menor entusiasmo que su oponente escolástico, a la *idea imperial*, que requiere la unificación jurídica sobre la base del Derecho romano justiniano, el cual plasma la voluntad normativa del Emperador y que, por lo tanto, frente al derecho eclesiástico, normas consuetudinarias locales y cualesquiera otras disposiciones residuales, ha de ser el sistema de obligada

<sup>172</sup> Supra, II, p. 7.

<sup>173</sup> Recordemos que pasa por alto el de Scévola, *lib. vicensimo nono dig.*, D. 36,3,18,1.

<sup>174</sup> *Martini de iure dotum tractatus*, § 30 (Kantorowicz, 266).

<sup>175</sup> Loc. cit., § 32 (Kantorowicz, 266).

referencia para la *certeza del derecho* (de las resoluciones jurídicas). Pero la sustancial diferencia, en este punto, entre los dos profesores boloñeses es la siguiente: Búlgaro, al haber proyectado su actitud intelectual de cara al hallazgo de la solución, y haber llevado a cabo éste, dentro de los límites del sistema normativo, no tiene problemas de coherencia en el contexto de la fundamentación, para la que, simplemente, utiliza los mismos textos, ofreciendo así un completo ajuste entre lo que es una *legalis inventio* y lo que es una *legalis demonstratio*; en cambio, Martino, que ha hallado su solución *con independencia* o *desvinculación* del sistema normativo, sí se encuentra ahora, en el contexto de la fundamentación, con un problema de coherencia. El se ha sentido tan inducido a un hallazgo no constreñido por el sistema normativo, y ello en razón del *factor intelectual*, esto es, su formación y posicionamiento teológico-moral, como a una fundamentación legal, que le impone el *factor político*. Debe, en definitiva, *acomodar* una *legalis demonstratio* a una *extralegalis inventio*; y es esta necesidad la que abre las puertas a la tópica, también en el ámbito de la justificación de la respuesta que ofrece el glosador al *problema* planteado.

En efecto, para satisfacer la aludida necesidad, elige nuestro civilista las leyes que, a su parecer, pueden apoyar mejor su solución. Ciertamente, como ya he señalado, ninguna de ellas lo hace de una manera indubitada, pero él no encuentra otras más a propósito y, por otra parte, no puede prescindir de su *legalis demonstratio*. Es más, como he puesto de manifiesto en otra ocasión<sup>176</sup>, la aseveración *ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt*<sup>177</sup> podría, incluso, conducir dialécticamente a una conclusión contraria a la que Martino trata de defender. Y de lo anterior se desprende la idea que ahora deseo subrayar, puesto que la considero, al hilo de una reflexión de Viehweg, de especial trascendencia para comprender el proceso del desarrollo medieval del Derecho romano, mediante la abstracción de los principios inherentes a los textos y el comienzo de la construcción dogmática: en tanto que Búlgaro escoge las leyes que aduce en apoyo de su tesis de una manera *lógica*, Martino lo hace de una forma *tópica*. Búlgaro ha de elegir *necesariamente esos textos*, los que le han inspirado en el hallazgo de la solución, por una razón de *coherencia lógica* entre la *inventio* y la *demonstratio*; sin embargo, Martino, movido por la necesidad de una *legalis demonstratio*, pero como cobertura dialéctica de una *extralegalis inventio*, ha de realizar la elección de los textos justificativos de su solución de una manera *arbitraria desde parámetros lógicos* (y, por ello, claramente *tópica*), puesto que, al haber procedido al hallazgo de aquélla *con independencia* del sistema normativo, ninguna *lex* en concreto se presenta *a priori* como una exigencia lógica en la fundamentación. Tenemos aquí, me permito insistir,

<sup>176</sup> Loc. cit. en n. 149, p. 921.

<sup>177</sup> Paul., *lib. sexto ad Plautium*, D. 23,3,56,1.

un importante punto de reflexión sobre la penetración de la tópica en la aplicación del Derecho, a través de la elección de las *leges* aplicables por parte del decisor jurídico. Al buscarse y ponerse en juego puntos de vista que justifiquen la aplicabilidad de un texto, se incide necesariamente, como ha señalado Viehweg<sup>178</sup>, en arbitrariedades lógicas, pero, al mismo tiempo, como él sigue explicando en lo que constituye, a mi entender, una de sus más felices observaciones, se hace posible la continuidad y el desarrollo del mundo de las formas jurídicas, como aconteció con la jurisprudencia medieval que, mediante este procedimiento, pudo desarrollar el Derecho romano y preparar el Derecho común<sup>179</sup>. En relación con esto, hemos de recordar que, como he explicado en la Introducción de este trabajo, un tal proceder tópico fue seguido, según nos consta, por Bartolo de Sassoferrato<sup>180</sup> y, por lo demás, en su difusión jugó un importante papel, por paradójico que parezca y afortunadamente para la construcción de los dogmas, la falta de sentido histórico de los juristas medievales.

Pero, aparte esta actividad de elección de los textos aplicables, la tópica tiene otras claras vías de entrada en el método de fundamentación de Martino Gosia. Cuando el glosador afirma que *liberi superstites pars oneris sunt, propter quod dos datur*<sup>181</sup>, está utilizando indudablemente un *topos*, en cuanto criterio compartido previo al razonamiento, del que se sirve para fundamentar su opinión. Todos, o la generalidad de las personas, convendrán, ciertamente, en que el cuidado y atención a los hijos constituye una carga económica, que tiene su origen en el matrimonio, siendo, en este caso, la convicción individual (tanto del decisor jurídico como de los destinatarios del discurso) que subyace al *topos* de índole *cognoscitiva*, ya que no se refiere a *lo que debe ser* ni a *lo que es útil o conveniente que sea*, sino a lo que las respectivas personas conocen que es, ya se haya accedido a este conocimiento de modo *racional* o *empírico*. Y este tópico se convierte en elemento fundamental de la estructura del razonamiento ofrecido por el jurista: sí, en efecto, se arranca de la premisa legal (contenida en D. 23,3,56,1) *ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt* y a continuación, como premisa intermedia que posibilite la inferencia, se emplea el *topos liberi superstites pars oneris sunt, propter quod dos datur*, resulta dialécticamente válida la conclusión *unde fortuitus casus mortis dissolvens matrimonium sine viri culpa in iudicio bone fidei ei obesse non debet*. El *topos* ha sido, pues, utilizado como premisa del entimema, que es justamente la función que, en el paracer de Aristóteles, le corresponde en tanto que instrumento dialéctico<sup>182</sup>.

Y aun cabe otra observación en lo que hace al aspecto tópico de la

<sup>178</sup> Viehweg, 95.

<sup>179</sup> Viehweg, *ibid.*; cfr. *supra*, I, 2.

<sup>180</sup> Kantorowicz y Zippelius, *cit.* en n. 5.

<sup>181</sup> *De iure dotum tractatus*, § 30 (Kantorowicz, 265).

<sup>182</sup> Aristóteles, *Ret.* II, 1.396b, 15 ss.

argumentación de nuestro civilista en el problema que nos ocupa. Reparemos en la siguiente *distinctio*: *Nunc videamus de iure retentionis. Maritus dotem retinet vel ex pacto vel ex lege. Ex pacto, ..., suo nomine vel liberorum retinet, ... Ex lege suo nomine vel liberorum. Suo, cum... Liberorum cum uxore decedente in matrimonio liberi existant*<sup>183</sup>. Se trata, indudablemente, de una *diairesis*, en el sentido platónico y, por lo tanto, de clara naturaleza tópica<sup>184</sup>.

En definitiva, el análisis del método de decisión jurídica empleado por Martino Gosia en la cuestión de la devolución de la dote profecticia nos revela la siguiente estructura: el asunto controvertido es sometido a un enfoque intelectual de naturaleza *problemática*, a partir del cual se lleva a cabo una *inventio* tópica, para procederse a continuación a realizar una *demonstratio* primordialmente *sistemática*, aunque con el auxilio también de algunos componentes *tópicos*.

Pasemos ahora a examinar la otra cuestión controvertida que, igualmente, ha servido de base a las reflexiones contenidas en este trabajo.

### La supremacía de la ley o la costumbre como fuentes del Derecho

11. En un artículo anterior<sup>185</sup> me he ocupado de forma pormenorizada de esta controversia sostenida entre los más famosos juristas de la Bolonia medieval. Ahora bien, en aquella ocasión lo hacía desde una perspectiva diferente a la que ahora nos interesa, si bien es obvio que entre ambas existen las naturales conexiones. Pretendí entonces poner de manifiesto cómo la presupuesta (y, en términos generales, existente) actitud reverencial de la Glosa ante el texto jurídico ni tiene lugar en todos los casos, ni es uniforme en todos los juristas, ni en las distintas cuestiones que fueron objeto de sus pronunciamientos; y ello, porque la explicación de dicha actitud intelectual no reside sólo en las «inercias teológicas» que condicionan el pensamiento medieval, como es generalmente admitido a partir de las sugerentes reflexiones de Wieacker<sup>186</sup>, sino que ha de situarse también en otros factores de la realidad histórica, y, muy en especial, en el *factor político*, en conexión con la *idea imperial*, que habrá que sopesar cuidadosamente en cada caso. Traté, en definitiva, de ofrecer un diagnóstico histórico un tanto diferente al usual para explicar la actitud de los glosadores ante el texto jurídico. Ahora, en cambio, intento completar el análisis del método de decisión jurídica de Martino Gosia, utilizando, una vez más, el de Búlgaro como contrapunto.

<sup>183</sup> *De iure dotum i. iustitatus*, § 32 (Kantorowicz, 266).

<sup>184</sup> Viehweg, pp. 93 ss.; comp. Otte, *Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren* (1971), pp. 277 ss.

<sup>185</sup> La Glosa y el texto jurídico: Un análisis de historia y método, en *An. Fac. Der. Univ. La Laguna* 11 (1991), pp. 147 ss. y *Est. Hernández-Tejero II* (1992, p. 1.994), pp. 505 ss.

<sup>186</sup> Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1967), p. 47.

La cuestión debatida es la siguiente: Tanto la ley como la costumbre son fuentes del derecho, pero, ¿Cuál de ellas ocupa un rango más elevado? ¿Puede la costumbre abrogar o invalidar a la ley, de tal manera que una prescripción legal pueda ser incumplida en caso de incompatibilidad con otra de naturaleza consuetudinaria? Para nosotros, los juristas actuales, se trata de un problema de jerarquía normativa que, de no venir concluyentemente resuelto por nuestro ordenamiento jurídico<sup>187</sup>, impondría en todo caso la necesidad de búsqueda de una solución inequívoca por razones de seguridad jurídica. Pero en la Bolonia del siglo XII la cuestión tiene una importancia práctica aun mayor, que conviene recordar: la *idea imperial*, como objetivo de unificación política al que se entrega con especial entusiasmo y energía Federico I, ha de enfrentarse con importantes fuerzas disgregadoras, entre las que destacan la creciente hostilidad de la Iglesia, la diversidad de sistemas jurídicos inercialmente vigentes en el territorio del Imperio y, en especial por lo que ahora interesa, las pretensiones autonomistas de las ciudades del norte de Italia<sup>188</sup>. Para contrarrestarlas, trata el emperador de imponer la unificación jurídica sobre la base del Derecho romano justinianeo, que es el derecho imperial por excelencia, en razón de la teoría de la *translatio imperii*, que presenta a aquél como el legítimo sucesor de los emperadores romanos<sup>189</sup>. A esta tarea prestan su colaboración entusiasta los *Cuatro Doctores* boloñeses, en la línea que ya fuese iniciada por Irnerio<sup>190</sup>, lo que representa un factor de fundamental importancia en la recuperación y auge de la tradición romanística europea. La unidad jurídica ha de realizarse, pues, mediante la aplicación generalizada del sistema *legal* justinianeo. Pero a sus prescripciones se oponen con frecuencia las de naturaleza consuetudinaria, que, mayoritariamente, forman parte del derecho local, plasmadas o no en estatutos municipales. La pretensión de vigencia de estos derechos frente al imperial es el sustrato jurídico de los objetivos autonomistas de las ciudades, que eran continuo motivo de enfrentamientos, incluso militares, con el Emperador<sup>191</sup>. Resulta, pues, que si la costumbre podía abrogar a la ley, muchas prescripciones consuetudinarias locales habrían de prevalecer sobre los textos justinianos, haciendo peligrar, en definitiva, la unificación jurídica y, con ella, el objetivo político de la *idea imperial*. Esta

<sup>187</sup> Cfr. art. 1.º, 1 y 3 del Código Civil.

<sup>188</sup> Sobre ello, Pacaut, *La théocratie. L'Eglise et le pouvoir au Moyen Age* (1957), pp. 118 ss.; Nicolini, *Atti 4.º Congr. Int. Soc. It. St. Dir.* (1982), 145 ss.; Hessel, ob. cit. en n. 53.

<sup>189</sup> Genzmer, *Il diritto romano come fattore della civiltà europea* (1954), pp. 12 ss.; v. las diversas aportaciones contenidas en *Atti III Seminario Internazionale di studi storici «Da Roma a la Terza Roma»* (1986).

<sup>190</sup> Paradisi, *Storia del diritto italiano. Le fonti del diritto nell'epoca bolognese. 1.º I Civilisti fino a Rogerio*. Vol. IV, parte I (1967), 434; cfr. las penetrantes observaciones de Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1967), cap. 3, I.

<sup>191</sup> V. supra, II, 3.

era la verdadera dimensi3n metajurídica de un problema en principio jurídico doctrinal.

Respecto de la naturaleza *problemática*, en el sentido dialéctico, de la cuesti3n, lo que le confiere aptitud para el análisis metodol3gico de la decisi3n jurídica, me remito a lo ya indicado al tratar de la controversia sobre la devoluci3n de la dote profecticia<sup>192</sup>. En el caso presente las posiciones son las siguientes: En el sentir de Búlgaro, la costumbre no es una fuente de derecho necesariamente supeditada a la ley, sino que puede sobreponerse a ésta, invalidando sus prescripciones; Martino entiende, por el contrario, que ha de prevalecer siempre la norma legal, siendo, en consecuencia, inválida cualquier prescripci3n consuetudinaria que contravenga a aquélla. Tambi3n en esta ocasi3n uno y otro aducen distintos textos legales justinianeos en apoyo de sus respectivos criterios<sup>193</sup>.

Invoca Búlgaro en primer lugar un texto de Juliano, conforme al cual la costumbre se equipara a la ley puesto que, en definitiva, la obligatoriedad de ésta proviene de la voluntad del pueblo, y dicha voluntad resulta indiferente que se manifieste mediante el voto o por medio de la conducta misma; y tambi3n, por igual raz3n, la p3rdida de vigencia de las leyes puede derivarse tanto del voto como del consentimiento tácito de todos. He aqu3 el fragmento:

D. 1,3,32,1 *Julianus lib. LXXXIII dig.: Inveterata consuetudo pro lege non inmerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae, sine ullo scripto populus probavit tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.*

El otro texto en el que Búlgaro apoya su soluci3n se halla en las Instituciones de Justiniano, y en él se da cuenta de cómo, en tanto que el derecho natural, por cuanto es de origen divino, permanece siempre inmutable, el derecho positivo (civil) suele modificarse a menudo, bien por el tácito consenso del pueblo, bien por otra ley posterior:

I. 1,2,11: *Sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta semper firma atque inmutabilia permanent: ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata.*

Martino, por su parte, aduce como fundamento legal de su opini3n un texto de Ulpiano, conforme al cual lo que se ha constituido de una determinada manera debe disolverse de la misma manera. Es éste:

<sup>192</sup> Supra, II. 9.

<sup>193</sup> Cfr. Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico* (1964), T. II, pp. 129 ss.

«D. 50,17,35 *Ulpianus lib. quadrag. oct. ad Sab.: Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.*

De lo que resulta, según concluye nuestro jurista, que la costumbre no puede invalidar a la ley imperial, ya que, de conformidad al texto invocado, lo establecido mediante ley debe ser abrogado por medio de otra ley, y lo establecido por costumbre lo será mediante otra prescripción consuetudinaria de signo inverso, pero en modo alguno podrá la prescripción legal resultar invalidada por la costumbre.

12. Procederemos ahora al análisis metodológico de cada una de estas dos opuestas decisiones jurídicas y, como en el supuesto tratado anteriormente, lo haremos distinguiendo el plano del hallazgo del plano de la fundamentación de aquéllas. En el ámbito de la *inventio*, se observa sin esfuerzo que Búlgaro representa, una vez más, el *rigor iuris*: la costumbre puede abrogar a la ley, en su criterio, porque así lo disponen expresamente los textos del Digesto y de las Instituciones que él aduce. No concibe que la solución al problema jurídico planteado deba buscarse no ya fuera del ámbito de *lo jurídico*, sino ni tan siquiera fuera del ámbito de *lo legal*, esto es, del *Corpus Iuris Civilis*. Su solución deriva directamente del tenor textual, del sistema normativo o, lo que es lo mismo, él ha procedido a llevar a cabo una *inventio legalis* o *sistemática*. En su punto de partida intelectual ha sido el *sistema* (normativo) la referencia incuestionable a la que se ha supeditado el *problema*, cuya solución sólo se concibe en los límites de aquél.

La actitud metodológica de Martino para el hallazgo de la solución es bien diferente. Como primera observación al respecto, nótese que la solución por él ofrecida, es decir, la prioridad en todos los casos de la ley sobre la costumbre, no ha sido extraída del tenor de las *leges* o, lo que es lo mismo, *no ha sido hallada en el sistema normativo*. Lo que disponen los textos que tratan de la cuestión, que no son otros que los aducidos por Búlgaro, es precisamente lo contrario; y en cuanto al invocado por el propio Martino, D. 50,17,35, es lo cierto que no guarda relación alguna con el problema en debate, sino con otro de muy distinta naturaleza, cual es la aplicación, por lógica coherencia, del principio del *contrarius actus* para la extinción de las obligaciones<sup>194</sup>. Martino, por lo tanto, no ha llevado a efecto una *legalis* (o *sistemática*) *inventio*. De haberlo hecho, su solución habría sido coincidente con la de Búlgaro. Pero ésta es, precisamente, la que él *a priori* rechaza por contraria a los intereses políticos imperiales, en tanto la que ofrece es la que, también *a priori*, aparte lo que resulte de los textos, asume sin vacilaciones por ser la más favorable al proyecto de la *idea imperial*. Se trata, en

<sup>194</sup> Aparte el tenor del texto, es significativa su palingenesia: pertenece al libro 48 *ad Sap.* de Ulpiano, al igual que sus parálogos D. 46,2,2 y D. 46,4,8,3; y éstos se insertan, respectivamente, en los títulos *De novationibus et delegationibus* y *De acceptatione*.

realidad, de una *inventio t3pica*, puesto que la soluci3n plenamente satisfactoria del *problema* le ha inducido al *desplazamiento* del *sistema* (normativo) como 3mbito de b3squeda de dicha soluci3n, que ha debido ser indagada fuera o *con independecia* del mencionado *sistema*. Y su criterio orientador ha descansado en una convicci3n personal del jurista, que, en esta ocasi3n, no es de car3cter 3tico, como en el caso de la pol3mica sobre la devoluci3n de la dote profecticia, sino *pr3ctico* o *utilitario*<sup>195</sup>: se trata de defender el proyecto pol3tico del Emperador y la soluci3n m3s adecuada ser3 la que *a priori* sirva mejor a dicha causa, es decir, la proclamaci3n de que la costumbre no es apta para invalidar las prescripciones legales.

13. Pasemos ahora al plano de la *demonstratio* o fundamentaci3n. En el caso de B3lgaro es bien claro, una vez m3s, que su *demonstratio* es *sistem3tica*, es decir, es el sistema normativo y, en concreto, las *leges* que de un modo directo le proporcionaron la soluci3n, el que sirve de apoyo dial3ctico suficiente e incuestionable a la misma. Y no podr3a ser de otra manera, puesto que, como ya he explicado al tratar la cuesti3n de la dote profecticia, la *inventio sistem3tica* impone, por necesidad l3gica, una *demonstratio sistem3tica* basada en las mism3s *leges* que guiaron aqu3lla. As3 pues, la justificaci3n de su decisi3n no es otra que el hecho de que la misma venga avalada por lo que se dispone en D. 1,3,32,1 e I. 1,2,11.

La fundamentaci3n ofrecida por Martino Gosia presenta, una vez m3s, un aspecto de mayor complejidad. Destaca, tambi3n en esta ocasi3n, su inter3s por la *demonstratio sistem3tica*, puesto que aduce una *lex* concreta en apoyo de su postura doctrinal, D. 50,17,35. Trata, pues, de avalar su soluci3n mediante una referencia normativa que aporte a la misma el ingrediente de la *certeza del derecho* y, desde luego, sobre la base del derecho imperial propiamente dicho, es decir, el justiniano, a cuya implantaci3n, en servicio del Emperador, desea contribuir como jurista. De esta manera, a la par que pone de manifiesto su reconocimiento de la vigencia del orden normativo imperial, excluye la apariencia de arbitrariedad de una decisi3n hallada fuera de dicho sistema.

Pero en la fundamentaci3n de nuestro civilista pueden distinguirse, adem3s, algunos interesantes elementos t3picos. Reparemos, en primer lugar, en el car3cter *arbitrario* (y, por ello, *t3pico*) de la elecci3n del texto aplicable. Desde luego, ya en principio es necesaria dicha arbitrariedad en la selecci3n textual, toda vez que, al haber tenido lugar la *inventio* fuera de los l3mites del sistema normativo, a la hora de pretenderse una *demonstratio sistem3tica* ninguna *lex* concreta de dicho *sistema* viene impuesta por necesidad l3gica y, por lo tanto, la *elecci3n* de cualquiera de ellas es una actividad inevitablemente *arbitraria* desde par3metros l3gicos. Pero se patentiza aun m3s dicho car3cter arbitrario a la vista de que la *lex* escogida resulta manifies-

<sup>195</sup> V. *supra*, II, p. 9.

tamente «forzada» en su aplicación al problema planteado, ya que, como hemos visto, no guarda relación alguna con éste y si, en cambio, con la cuestión bien diferente de los modos de extinción de las obligaciones. Martino, simplemente, necesitaba una fundamentación *sistemática* para su decisión *tópica* y no halló otro texto más adecuado que se le suministrase. Seleccionó el que le pareció mejor *ad hoc*, ignorando (con toda probabilidad, deliberadamente) su contenido referencial y suministrándonos con ello un claro ejemplo de esa versatilidad tópica en el uso de los textos, que, conforme a la feliz observación de Viehweg<sup>196</sup>, tanto favoreció la adaptación expansiva del Derecho romano en la Edad Media.

Otro interesantísimo componente tópico en la *demonstratio* de Martino viene constituido por la ingeniosa argumentación, carente de base lógica y, por lo tanto, *tópica*, mediante la que se desembaraza de los textos que estorban a su decisión, esto es, los invocados por Búlgaro, D. 1,3,32,1 e I. 1,2,11. Es la siguiente: Puesto que, conforme se desprende de D. 50,17,35, la costumbre no puede abrogar a la ley imperial, la prescripción, aparentemente contraria, de los otros dos indicados textos exige una interpretación coherente con aquél, ya que no caben antinomias en el sistema normativo<sup>197</sup>. Así pues, estas *leges* han de entenderse necesariamente referidas al único supuesto en que son compatibles con lo dispuesto en D. 50,17,35, a saber, a los estatutos municipales, que, en efecto, pueden ser abrogados mediante costumbre, ya que, aun con apariencia formal de ley, son de naturaleza consuetudinaria (*consuetudo scripta*)<sup>198</sup>. Estos estatutos son, pues, las únicas «leyes» que pueden resultar invalidadas por la *desuetudo* o por costumbres adversas a sus prescripciones. Mediante este sorprendente recurso dialéctico, Martino ha puesto a salvo, a un tiempo, la adecuación *legal* de su decisión y la coherencia del sistema normativo; pero, desde luego, la presuposición de que la *lex* a la que deban adaptarse hermenéuticamente las demás haya de ser D. 50,17,35 es arbitraria, como lo es también, con toda evidencia, la pretendida relación de D. 1,3,32,1 e I. 1,2,11 con unos estatutos municipales, en los que, obviamente, ni Juliano ni los juristas justinianos pudieron haber pensado. Una vez más ha de darse la razón a Viehweg, en su reflexión sobre la índole tópica de la actividad hermenéutica<sup>199</sup>.

Y aún cabe señalar otra distinta vía de penetración de la tópica en la fundamentación construida por nuestro glosador. Al ofrecer una *demonstra-*

<sup>196</sup> Viehweg, 95.

<sup>197</sup> Es ésta una idea muy arraigada en la mentalidad jurídica (y filosófica) medieval, que subyace, por ej., a la denominación *Concordia discordantium canonum* que otorga Graciano a su obra; v. sobre ello Heyer, SZ (K.A.) (1912), pp. 342 ss.

<sup>198</sup> Nos informa de esta opinión Accursio, gl. *rationem* a C. 8,52 (53), 2: «... secundum Martinum loquitur ibi de alla consuetudine scripta, scilicet l*ure* municipali, quae tollitur a sequenti consuetudine, non autem lex scinta in corpore iuris tollitur consuetudine...».

<sup>199</sup> Viehweg, 61 y 118.

*tio sistematica*, mediante la invocación de D. 50,17,35, apela al sistema jurídico formal, *dogmatizado*<sup>200</sup>, para liberar a su decisión *inventada* tópicamente de toda sospecha de arbitrariedad y revestirla, en cambio, con el manto de la certeza del derecho. Pero además, en este caso, la *lex* escogida, aparte su integración formal en el sistema normativo, posee un claro contenido tópico, pues no otra cosa que un topos es la aseveración *nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est*. Por ello figura incluida en el título 17 del libro 50 del Digesto que, no sin acierto, y pese al rechazo que ello suscitó en su momento en la romanística<sup>201</sup>, ha merecido la consideración doctrinal de catálogo de tópicos<sup>202</sup>.

No debe pasarse por alto, antes de finalizar estas consideraciones metodológicas, un apunte histórico. La actitud intelectual de Martino Gosia, su tope de postura apriorística por el mejor servicio a la *idea imperial*, la invocación, de cara a la *demonstratio*, de D. 50,17,35 y la desvirtuación hermenéutica de D. 1,3,32,1 e I. 1,2,11, tienen un precedente en su maestro y fundador de la Escuela de Bolonia, Irnerio<sup>203</sup>; pero, con un matiz diferenciador: en tanto que, como he explicado, para Martino los textos que permiten la invalidación de la ley por la costumbre han de entenderse referidos exclusivamente a los estatutos locales, Irnerio considera que dichos textos (o, en rigor, sólo D. 1,3,32,1, que es al que refiere su opinión) hallaban su pleno sentido en el tiempo en que el pueblo gozaba de potestad legislativa, pero ha de considerarse que han perdido vigencia en su propia época (la de Irnerio), por cuanto aquella potestad ha sido transferida al Emperador<sup>204</sup>.

14. El análisis de las dos decisiones de Martino Gosia utilizadas como muestra, las relativas a la devolución de la dote profecticia y a la preeminencia de la ley o la costumbre como fuentes del derecho, permite, como conclusión, el diseño de un modelo al que ajusta su proceder metodológico nuestro jurista. Es el siguiente:

a) Como actitud intelectual previa, el acercamiento a la cuestión planteada, su enfoque, es de naturaleza *problemática*: el asunto controvertido es un *problema* en el sentido técnico dialéctico de la expresión, y, como tal,

---

<sup>200</sup> Sobre este concepto, Viehweg, *Rechtsdogmatik und Rechtszertifikat bei Ihering*, en *Iherings Erbe-Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von R. v. Ihering* (1970), pp. 211 ss., secc. II; *Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie der Rechtsdisziplin*, en *Jahrb. f. Rechtssoziologie u. Rechtstheorie* II (1972), pp. 438 ss., secc. IV.

<sup>201</sup> Cfr. como exponente del pensamiento romanístico de aquellos años, Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (1962), 63.

<sup>202</sup> Desde Viehweg, 77.

<sup>203</sup> Sainz-Ezquerro, *Est. Hernández-Tejero* (1.992-94) II, pp. 512 ss.

<sup>204</sup> Cfr. la glosa reproducida por Savigny, *Geschichte des römischen Rechts in Mittelalter* (ed. 1956) IV, 459: «loquitur hec lex secundum sua tempera, quibus populus habebat potestatem condendi leges, idea tacito consensu omnium per consuetudinem abrogabantur. Sed quia hodie potestas translata est im imperatorem, nihil faceret desuetudo populi».

debe recibir la solución más adecuada (o, si se quiere, más *justa*), sin que, en principio, la aceptabilidad de dicha solución deba entenderse condicionada por el hecho de que la misma derive de algún *sistema* (v.g., normativo) determinado. No hay *sistema* fijado *a priori* como única fuente apta para el suministro de la solución. El sistema no es inamovible, sino que lo único inamovible es el *problema*, que debe permanecer *estático*, en tanto ante él se desarrolla la *dinámica* de un número indeterminado de sistemas, de los que, en definitiva, habrá de preferirse aquél de ellos que sea capaz de suministrar la solución más adecuada para el *problema* concreto planteado <sup>205</sup>.

b) De acuerdo con este enfoque del *problema*, se procede después a la *inventio* o hallazgo de la solución, de una manera tópica, es decir, con *independencia* o *desvinculación* del *sistema* normativo. La búsqueda vendrá orientada, en cambio, por convicciones íntimas del decisor jurídico, de naturaleza, fundamentalmente, *ética*, *cognoscitiva* o *práctica*, es decir, atinentes, en el orden expuesto, a *lo que debe ser*, a *lo que es* o a *lo que es útil o conveniente que sea*. El hallazgo de la solución por parte de Martino Gosia en las decisiones analizadas ha venido orientado por una convicción de naturaleza *ética* en el caso de la devolución de la dote profecticia, y por otra de naturaleza *práctica* en el caso de la jerarquía entre la ley y la costumbre. Este tipo de convicciones, por su peso en la esfera íntima del operador jurídico, decidirán, en última instancia, en el *juego de suscitaciones* o puntos de vista en pro o en contra de las distintas posibles soluciones y, además, en la medida en que sean compartidas por la generalidad de los miembros del correspondiente universo social, podrán haber dado lugar a *topoi*, susceptibles de ser utilizados por el decisor jurídico en el ámbito dialógico de la fundamentación de su solución.

c) En este ámbito que acabo de mencionar, esto es, el de la *demonstratio* nuestro jurista procura especialmente aducir *leges* pertenecientes al derecho romano justiniano, esto es, al *sistema* normativo, como fundamento de sus soluciones. Si éstas han sido halladas *con independencia* del sistema normativo, son, en cambio, justificadas mediante dicho sistema. Se logra así alejar toda sospecha de arbitrariedad de las citadas soluciones, que se presentan avaladas por los textos legales y dotadas, por lo tanto, de una aceptabilidad absoluta y objetiva, ya que el sistema legal del Imperio es el derecho vigente y, en consecuencia, vinculante para todos. Resulta así satisfecho, en definitiva, el valor *certeza del derecho*.

Pero, con ser el método de fundamentación de Martino primordialmente *sistemático*, contiene, no obstante, algunos llamativos componentes tópicos. Es de naturaleza tópica, en primer lugar, la propia *elección* de las *leges* que considera aplicables y, asimismo, su *interpretación*. En cuanto a la elección de los textos, es arbitraria al no existir *a priori* ninguno en concreto cuya

<sup>205</sup> Viehweg, pp. 50 ss.

utilización discursiva constituya una necesidad lógica de la fundamentación, toda vez que el *hallazgo* se ha realizado de manera desvinculada de cualquiera de aquéllos; y, por lo que hace a la interpretación, y con independencia del carácter tópico que dicha operación intelectual reviste en sí misma <sup>206</sup> resulta que el criterio hermenéutico en el caso concreto viene también orientado en función de la solución hallada de antemano, a la que el texto a interpretar se intenta preste su apoyo. Aparte, en fin, estos componentes tópicos directamente atinentes a las *leges* invocadas, aparecen en el método de fundamentación de nuestro glosador *referencias tópicas extrasistemáticas*, esto es, de su discurso justificativo forman parte auténticos *topoi* o, eventualmente, razonamientos tópicos, al margen de los textos aducidos y diversamente relacionados con éstos.

### III. UNA VISIÓN (AÚN MÁS) RETROSPECTIVA: LA JURISPRUDENCIA ROMANA

1. Después de haber analizado el método de decisión jurídica empleado por Martino Gosia y haber construido, a partir de la observación de su estructura, lo que al menos puede ser el primer diseño de un modelo teórico, me propongo ahora mostrar cómo su proyección sobre el proceder de los juristas romanos de la época clásica permite concluir que el *iter* decisor de éstos, su famoso método jurisprudencial que tanto interés suscita en la romanística moderna, se amolda bien al indicado modelo. Para ello utilizaré como muestra algunos textos significativos y, desde luego, no eludiré reconocer que se trata justamente de eso, de simples *muestras*, razón por la cual la prudencia científica habrá de imponerse a la hora de generalizar las conclusiones. Pero confío en que los ejemplos sean suficientemente expresivos y creo, por otra parte, que un estudio sobre un número más amplio de textos arrojaría con toda probabilidad los mismos resultados.

Con carácter previo al examen de nuestros textos, y para que éste se lleve a cabo libre de algunos prejuicios que pudieran obstaculizar la comprensión de la idea que trato de transmitir, estimo necesario adelantar las siguientes observaciones:

1.<sup>a</sup> La romanística debe superar, de una vez por todas, el rechazo que manifestó con insistencia durante al menos las tres décadas siguientes a la publicación por Viehweg de su «Topik und Jurisprudenz», frente a cualquier

---

<sup>206</sup> Viehweg, loc. cit. en n. 199. En razón de esta característica (aun sin admitirla expresamente) puede observar Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1991), 315, lo siguiente: «Ihr Verfahren –el de la interpretación– ist... nicht das des nur in einer Richtung fortschreitenden linearen Denkens, sondern das einer wechselseitigen Erhellung und der sich daraus ergebenden Bestätigung oder Verwerfung der jeweiligen Sinnerwartung. Ein solches Verfahren erfordert immer wieder den Einsatz schöpferischer Geisteskräfte. Insoweit ähnelt es dem des Künstlers».

intento de relación del método de los juristas romanos con la tópica. Posiciones en este sentido emblemáticas, como pueden ser las de Kaser<sup>207</sup>, Horak<sup>208</sup> o Waldstein<sup>209</sup> descansan sobre una excesivamente estricta concepción *cientificista* del método de la jurisprudencia romana, que conlleva la exclusión *a priori* de cualquier proceder que no responda a unas pretendidas claves lógicas, que, con un sentido a veces bastante impreciso, los romanistas tenemos la inclinación a ver siempre en las resoluciones de los juristas clásicos, por influencia inercial de otros grandes *clásicos* de nuestra propia ciencia, a saber, Leibniz<sup>210</sup>, Savigny<sup>211</sup> y Ihering<sup>212</sup>. Es hora ya de reconocer abiertamente que el enfoque y tratamiento tópico del caso forman parte del método de los juristas romanos, si bien, naturalmente, no siempre en la misma medida<sup>213</sup>. En este sentido, nada más ilustrativo que el criterio de un romanista que, precisamente, se distingue por su espíritu científico y, en consecuencia, el rigor de sus planteamientos doctrinales, Mario Bretone. He aquí sus palabras: «Il discorso dei giuristi romani ha, dunque, un andamento casistico-problematico. Manca un sistema nel senso rigoroso del termine, unitario e completo; se mai, si potrebbe parlare di strutture o di «isole sistematiche». Le proposizioni non si organizzano, o si organizzano solo ra-

<sup>207</sup> Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (1962), pp. 63 ss., 67.

<sup>208</sup> Horak, *Rationes decidendi* (1969), pp. 45 ss.

<sup>209</sup> Waldstein, *Festg. Herdlitzka* (1972), pp. 237 ss., 262, n. 122.

<sup>210</sup> Sobre las ideas de Leibniz en relación con el Derecho romano, cfr., como obra descriptiva de conjunto, F. Sturm, *Das römische Recht in der Sicht von G. W. Leibniz* (1868); v. además el clásico estudio de E. Molitor, *Der Versuch einer Neukodifikation des römischen Rechts durch den Philosophen Leibniz*, en *St. Koschaker I*, pp. 356 ss.

<sup>211</sup> Savigny, sobre todo en el Cap.4 de *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), en donde, en referencia (muy propia de su tiempo) a la época clásica tardía, llega a decir que el proceder de los juristas tiene una seguridad sólo comparable al de las matemáticas y que aquéllos calculan con sus conceptos; v. la crítica de Schulz, *Prinzipien*, p. 24, n. 71.

<sup>212</sup> A Ihering, *Geist des römischen Rechts* (6.ª ed.) 3,1,319, se debe la poética manifestación de deslumbramiento «por el brillo de la lógica que recubre el Derecho romano y se patentiza inmediatamente a los ojos de cuantos se acercan a él». Es el famoso «Glanz der Logik» que sirvió de idea central a Waldstein, sobre todo en *SZ 92* (1975), pp. 26 ss., para defender el importante papel de la consecuencia lógica en la argumentación de los juristas romanos, plasmandose así en sus construcciones jurisprudenciales lo que para H. Mittels, *Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte* (1947), p. 105, constituye un principio jurídico fundamental, al efecto de excluir la arbitrariedad y contradictoriedad en la vida jurídica. La misma expresión de Ihering inspiró, desde una perspectiva discrepante, a Horak el título de otro artículo, *Die römischen Juristen in der Glanz der Logik*, *Festsch. Kaser* (1976), pp. 29 ss., en el que, frente a Waldstein y, desde luego, a las concepciones de Leibniz, Savigny y el propio Ihering, se muestra escéptico respecto a cualquier intento de comparación entre el método de los juristas romanos y los procedimientos lógico-deductivos de tipo matemático.

<sup>213</sup> El casuismo impide establecer criterios uniformes al respecto. Ya en una primera aproximación, habría que distinguir entre los supuestos de discurso mas o menos acorde a esquemas deductivos (o de subsunción) y aquéllos otros considerados «de probabilidad». Cfr. Horak, *Rationes decidendi* (1969), respectivamente pp. 84 ss., 171 ss.

ramente, in modo concettualistico-deduttivo; piuttosto i dati si raggruppano e si ordinano *in senso analitico-topico*. La curvatura peculiare di questo pensiero non emerge solo nelle opere che la esprimono già nel nome; si incontra anche nei grandi trattati e nei commenti»<sup>214</sup>. Y, más adelante: «..., regole e definizioni, distinzioni o “differenze”, si incontrano dovunque, e non solo nelle opere che più specificamente le privilegiano: il loro ruolo non è di comporre un sistema chiuso o una piramide concettuale, come nei modelli giuridici del tardo giusnaturalismo europeo o della civilistica ottocentesca. *Funcionano piuttosto come strumenti topici e diagnostici di una strategia argomentativa, sono entità in qualche misura stabili o provvisori punti di approdo*»<sup>215</sup>.

Tras las atinadas manifestaciones de Bretone, considero lícito ofrecer estas dos reflexiones conclusivas: por una parte, que sólo desde la perspectiva de un enfoque tópico del caso adquiere pleno sentido la manifestación de Alfeno, según la cual *in causa ius esse positum*<sup>216</sup>, que ha de entenderse como «la solución justa depende del caso»<sup>217</sup>; por otra, que, a la vista de la naturaleza y función de las *regulae iuris*, resulta que no anda tan descaaminado Viehweg cuando, en referencia al título 17 del libro 50 del Digesto, habla de «catálogo de tópicos»<sup>218</sup>.

2.<sup>a</sup> Este catálogo de tópicos exterioriza principios que emparentan a grupos de ellos y que, a su vez, descansan en aquellas convicciones de los juristas, de naturaleza ética, cognoscitiva o práctica, a las que ya me he referido<sup>219</sup>. Como complemento de dicha referencia, nótese lo siguiente: En una convicción ética se apoya el principio de la *benignitas*, muy propio de los *iusprudentes*, ya que la *prudencia*, en tanto que *rerum expetendarum fugiendarum scientia*<sup>220</sup>, alberga indudables connotaciones éticas<sup>221</sup>. Pues bien, con independencia de las reglas de D. 50,17 que contienen una mención expresa de la *benignitas* como principio orientador de la *interpretatio* o el *responsum*<sup>222</sup>, existen otras, todas relacionadas entre sí y con aquéllas, que

<sup>214</sup> Bretone, *Storia del diritto romano* (1991), pp. 303-304.

<sup>215</sup> Ob. cit., p. 305.

<sup>216</sup> Alfeno, *lib. secundo digestorum*, D. 9,2,52,2.

<sup>217</sup> Cfr. D'Ors, DPR (1986), p. 59, n.2.

<sup>218</sup> Viehweg, 77. No comparto, sin embargo, la opinión del propio Viehweg, en el sentido de que este catálogo constituye un simple sistema serial: v. *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*, en *System und Klassifikation in Wissenschaft und Dokumentation* (ca. Diemer), Meisenheim (1968), secc. 6.

<sup>219</sup> *Supra*, II, p. 9.

<sup>220</sup> Cicerón, *De off.*, I, 43.

<sup>221</sup> Modestino, *lib. octavo responsorum*, D. 1,3,25: *Nulla iuris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producimus ad severitatem*. V. Ciferri, R.I.D.A. (1.993), pp. 209 ss.

<sup>222</sup> Así, los fragm. 56 (*semper in dubis benigniora praeferenda sunt*), 155,2 (*in poenalibus causis benignius interpretandum est*), 168 pr (*rapienda occasio est, quae praebet benignius responsum*) y 192,1 (*in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustus est quam tutius*).

descansan en el mismo principio. Tales son, v.g., las relativas al *favor libertatis* (fragm. 20, 122 y 179), favorecimiento de la repetición frente al *lucro sobrevenido* (fragm. 41,1), *favor dotis* (fragm. 85 pr.), rechazo moral de la violencia y la intimidación (fragm. 116), favorecimiento preferente a los demandados sobre los demandantes (fragm. 125), respeto a la buena fe del poseedor, con los límites de la ley (fragm. 136), proclamación de que la licitud de una conducta no supone necesariamente la honestidad de la misma (fragm. 144 pr.), *favor voluntatis* (fragm. 168,1), elección de lo menos inicuo ante la imposibilidad de averiguación indemne (fragm. 200) y rechazo del enriquecimiento injustificado, con alusión al derecho natural (fragm. 206).

De distinta naturaleza, esta vez cognoscitiva, de carácter empírico, es la convicción de los jurisconsultos en la que se sustenta el principio según el cual «lo más incluye lo menos». Y este principio se halla en la base de algunas reglas del mismo título del Digesto, a las que, por lo tanto, interrelaciona. Sirvan como ejemplo las siguientes: el que puede lo más debe poder lo menos (fragm. 21), el que puede enajenar contra la voluntad de otro, con mayor razón puede hacerlo si el otro lo ignora o está ausente (fragm. 26), el que puede condenar puede absolver (fragm. 37), es consecuencia de la propiedad de una cosa el poder darla en prenda (fragm. 72), en las escrituras lo que sobra no daña (fragm. 94), lo más comprende siempre lo menos (fragm. 110 pr.), el todo comprende la parte (fragm. 113), lo general comprende siempre lo especial (fragm. 147), a quien le compete una acción, con más razón aún le compete una excepción (fragm. 156,1) y quien tiene el derecho de donar también tiene el de vender y el de ceder (fragm. 163).

Por su parte, una convicción práctica o utilitaria de los juristas subyace al principio de certeza en las situaciones jurídicas<sup>223</sup>, que puede reconocerse bajo la formulación de determinadas reglas, que, también en este caso, resultan así aglutinadas. Tal sucede con las ya aludidas que proclaman la imposibilidad de convalidación de los actos jurídicos nulos (fragm. 29), o el *contrarius actus* como forma de extinción de las obligaciones (fragm. 35), y, desde luego, con la que se decanta, ante el doble sentido de una expresión, por el que resulte más adecuado para la eficacia del acto (fragm. 67).

Los juristas romanos albergaron, por lo tanto, la clase de convicciones que orientan la *inventio* en el modo de proceder tópico, de cara a la decisión jurídica, y que, por otra parte, en la medida en que determinados principios que encuentran su anclaje en ellas den lugar a formulaciones de *topoi*, y mediante la utilización dialéctica de éstos, tienen también un papel que jugar en el plano de la *demonstratio*.

3.<sup>a</sup> Al tratar del método de Martino Gosia hemos visto cómo éste conlleva una *demonstratio* primordialmente *sistemática*, en cuanto apoyada en el

<sup>223</sup> Schulz, *Prinzipien* (1934), pp. 162 ss.

*sistema normativo*. Puesto que el sistema jurídico romano clásico no es, en lo fundamental, un sistema normativo<sup>224</sup> y sólo de manera muy limitada argumentaron los juristas sobre la base de normas jurídicas, mediante la subsunción<sup>225</sup>, parece, en principio, que su método solamente en contados casos permitiría un intento de asimilación con el del glosador boloñés. Sin embargo, debe hacerse una precisión sustancial: ciertamente, el sistema en el que Martino fundamenta sus decisiones, a saber, el derecho romano justiniano que, por voluntad imperial, debía imponerse en el Sacro Imperio, es un *sistema normativo*; ahora bien, a la hora de construir un modelo metodológico del que forme parte una *fundamentación sistemática*, no es estrictamente necesaria la referencia a un sistema *normativo*, sino que basta con que la *demonstratio* se asiente en un sistema jurídico que reúna, eso sí, las características esenciales de tal, pero sin resultar imprescindible su formalización como *conjunto de normas*<sup>226</sup>. A este respecto, hemos de recordar la importancia que en el pensamiento jurídico han adquirido nociones tales como las de *sistema interno*<sup>227</sup> y, sobre todo, *sistema abierto*, en el sentido en que lo concibe Esser<sup>228</sup>, en el que se estructura un derecho casuístico, como el romano, permitiendo así un control de racionalidad sobre las decisiones concretas, todas las cuales, vienen a formar un conjunto orgánico. Desde esta perspectiva puede, sin duda, hablarse de un *sistema* jurídico romano clásico, ya que las decisiones particulares de los juristas están dotadas de una fundamentación racional (aun siendo generalmente parca) que pone en conexión orgánica a todas ellas, por cuanto cada una responde a un principio jurídico coherente con la *generalis ratio* del ordenamiento<sup>229</sup>. Así pues, la fundamentación en un tal *sistema* es también una *demonstratio sistemática*.

2. Hechas las observaciones que preceden, he aquí el primero de los textos que me propongo analizar:

D. 40,4,16 *Julianus lib. trigésimo secundo digestorum: Si ita scriptum fuerit: «cum Titius annorum triginta erit, Stichus liber esto eique heres meus fundum dato» et Titius, antequam ad annum trigésimum perveniret, decesserit,*

<sup>224</sup> Recordemos la famosa manifestación de Schulz: «Das "Volk des Rechts" ist nicht das Volk des Gesetzes». La expresión «Volk des Rechts», llena de sentido, aparece entrecomillada por el propio Schulz, quien desea así rememorar a sus ilustres acuñadores Arnold, Ihering, Seckel y Jörs. Cfr. *Prinzipien* (1934), p. 4 y n. 3.

<sup>225</sup> Horak, *Rationes decidendi*, pp. 90-91.

<sup>226</sup> Sobre *sistema normativo*, v. J. Raz, *The Concept of a Legal System. An introduction to the Theory of a Legal System* (1978), en esp. Cap. VI y VII. Sobre sistema jurídico, Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1991), Secc. II, Cap. 6 y bibliografía allí cit., pp. 437 ss.

<sup>227</sup> Larenz, ob. cit., pp. 474 ss.

<sup>228</sup> Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung der Privatrechts* (1956), p. 44. Existe una ed. de 1990.

<sup>229</sup> V. Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del Diritto romano* (1989), pp. 107 ss., en esp. pp. 116-117.

*Sticho libertas competet, sed legatum non debetur. nam favore libertatis receptum est, ut mortuo Titio tempus superesse videretur, quo impleto libertas contingeret: circa legatum defecisse condicio visa est.*

Se trata de un texto de estructura bien definida. Refleja, en primer lugar, el supuesto de hecho (*Si ita... decesserit*), esto es, un testador que dispone que «cuando Ticio cumpla treinta años, sea libre Estico y le de mi heredero un fundo», pero sucede que Ticio fallece antes de llegar a los treinta años; a continuación, viene la solución que el jurista ofrece (*Sticho libertas... non debetur*), a saber, en este caso Estico alcanzará la libertad, pero no se le deberá el legado; y, por último, Juliano fundamenta su decisión (*nam favore... visa est*) en cuanto a la libertad, ha de aceptarse en razón del *favor libertatis* que, una vez que Ticio ha fallecido, sobra el tiempo (ya no es necesario esperar su paso), que en principio debía transcurrir para que el esclavo alcanzase dicha libertad; pero por lo que hace al legado, se ha frustrado la condición bajo la cual había sido ordenado.

En el supuesto fáctico se incluyen dos negocios jurídicos, una *manumissio testamentaria* (*Stichus liber esto*) y un *legatum per damnationem*, ordenado a continuación en favor del manumitido (*eique heres meus fundum dato*), supeditados ambos a un mismo hecho, a saber, que Ticio cumpla treinta años (*cum Titius annorum triginta erit*). Este acontecimiento, pese a su apariencia inicial de término en razón de la expresión gramatical elegida (mediante la partícula temporal *cum*), tiene una indudable naturaleza jurídica de condición, por concurrir en él la incertidumbre objetiva que caracteriza a este elemento negocial. Es un *dies incertus* (en rigor, *incertus an certus quando*, conforme a la antigua clasificación pandectista), cuyo carácter condicional no ofreció duda alguna a los juristas clásicos, quienes repetidamente se manifiestan en el sentido de que, v.g., *dies incertus appellatur condicio*<sup>230</sup>, o *dies incertus condicionem in testamento facit*<sup>231</sup>. Es más, Pomponio, ante una disposición testamentaria en esencia igual a la que nos ocupa, dice que en ella se contiene (tácitamente) la condición de que se llegue a cumplir la edad de que se trate, y que, ya se haya dispuesto en la forma «si» se cumple dicha edad o «cuando» se cumpla la misma, en ambos casos existe idéntica condición<sup>232</sup>. Ciertamente, no pasó desapercibido a los juristas romanos que, para ver en una tal disposición un término, habría que entender que el

<sup>230</sup> Ulp., *lib. nono dec. Sab*, D. 30,30,4.

<sup>231</sup> Pap. *lib. trig. quarto quaest.*, D. 35 1.75.

<sup>232</sup> Pomp., *lib. quinto ad Quint. Muc.*, D. 36,2,22 pr.: Si Titio, «cum is annorum quattuordecim esset factus», legatum fuerit et is ante quartum decimum annum decesserit, verum est ad heredem eius legatum non transire, quondam non solum diem, sed et condicionem hoc legatum in se continet «si effectus esset annorum quattuordecim, qui autem in rerum natura non esset, annorum quattuordecim, esse non intellexeretur. nec interest, utrum scribatur «si annorum quattuordecim factus erit» an ita «cum»: priore scriptura per condicionem tempus demonstratur, sequenti per tempus condicio, utrobique tamen eadem condicio est.

testador se refiera no a la circunstancia de que *Ticio cumpla treinta años*, sino *al momento en que se cumplan treinta años desde el nacimiento de Ticio*, lo que implicaría forzar ostensiblemente el sentido de la manifestación de voluntad, cuestión especialmente delicada en materia testamentaria, no sólo en el periodo clásico, sino también a lo largo de todo el desarrollo ulterior del Derecho romano<sup>233</sup>.

Reparemos ahora en la solución que ofrece Juliano y su apoyatura argumental. Por lo que hace a la manumisión, procede que Estico alcance la libertad (*Sticho libertas competet*), toda vez que, a) se da por supuesto que, en razón de la disposición testamentaria, existe un *plazo* cuyo transcurso habría de suponer para el esclavo la consecución de dicha libertad (*tempus... quo impleto libertas contingeret*), y b) se considera que, una vez fallecido Ticio, dicho plazo sobra, no es ya necesario esperar a que se agote (*tempus superesse videretur*), y ello *favore libertatis*. Se entiende, en definitiva, que la manumisión estaba sometida a término, a un *dies certus*, cuya llegada ya no ha de aguardarse para que se produzca el efecto negocial. En cambio, el tratamiento del legado es bien distinto: en este caso su objeto no se le deberá a Estico (*legatum non debetur*), puesto que se considera que fue ordenado bajo una condición, que la muerte de Ticio ha frustrado (*circa legatum defecisse condicio visa est*).

Ya hemos visto cómo, desde una perspectiva técnica, resulta anómala la consideración del evento de que Ticio cumpla treinta años como un término. Pero ahora deseo reparar en algo aún más llamativo, a saber, que un *mismo* acontecimiento al que el testador supedita los efectos de dos diferentes negocios jurídicos sea considerado término en un caso y condición en el otro, máxime cuando la equivalencia del plano expresivo de una y otra manifestaciones de voluntad resulta incuestionable por el uso de la conjunción copulativa enclítica «-que» (*cum Titius annorum triginta erit, Stichus liber esto eique heres meus fundum dato*). Esto supone, pura y simplemente, *una quiebra del principio lógico aristotélico de contradicción*<sup>234</sup>, ya que, con independencia de que el evento, desde una óptica técnico-jurídica, haya de ser calificado como término o como condición, lo que no puede admitirse es que sea lo primero para la *manumissio* y lo segundo para el *legatum*, ya que es imposible que sean a la vez verdaderas dos proposiciones conforme a las cuales, respectivamente, se trata de un *dies certus* y de un *dies incertus*.

Por otra parte, desde el punto de vista técnico conceptual, la solución del jurista no produce menor extrañeza, ya que viene a suponer una (deliberada) ignorancia de límites entre dos figuras, el término y la condición,

<sup>233</sup> Por todos: Biondi, *Successione testamentaria e donazioni* (1955), pp. 501 ss.; Manfredini, *La volontà oltre la morte. Profili di Diritto Ereditario Romano* (1991), en esp. pp. 15 ss.

<sup>234</sup> Cfr. Bochenski, *Formale Logik* (1.970), § 12, c.

perfectamente definidas y diferenciadas para los juristas clásicos<sup>235</sup>. Solamente con posterioridad a ellos, en efecto, se produjo la inadecuada convergencia entre los regímenes jurídicos de una y otra, en un proceso cuyos hitos fundamentales son la compilación justinianea y la Pandectística<sup>236</sup>, que ha obstaculizado, a mi parecer, el correcto entendimiento por parte de los iusprivatistas actuales de la incidencia de la condición en el negocio jurídico<sup>237</sup>.

Nos hallamos, pues, ante una solución que, tanto desde la perspectiva lógica como desde la conceptual, sorprende, en principio, en un jurista clásico y máxime si se trata de alguien que, como Juliano, posee una sobresaliente formación lógica y representa, además, la quintaesencia del clasicismo<sup>238</sup>. Claro, que él mismo nos explica el porqué de su abandono de los postulados lógicos y conceptuales: lo hace *favore libertatis*, principio que, al incidir sobre la manumisión supone el entendimiento, sólo para este negocio jurídico, de la disposición *cum Titius annorum triginta erit* como término, siendo así que, en rigor técnico, se trata de una condición, tal como admite el jurista en relación con el legado. Por lo tanto, el pronunciamiento de Juliano sobre la libertad del esclavo viene guiado por la *humanitas*, en la que descansa el *favor libertatis*<sup>239</sup> y, en definitiva, por el principio de la *be-*

<sup>235</sup> Por todos: Masi, *Studi sulla condizione nel Diritto Romano* (1.966); Musumeci, ED 44 (1992), pp. 181 ss.; las mejores síntesis comparativas entre ambas figuras son, según mi criterio, las de Rabel, *Grundzüge des römischen Privatrechts* (1955), pp. 171-178 y, en su misma línea de irreprochable rigor técnico, Kunkel, RPR (1949), pp. 84-87, y RR (ref. de Honsell, Mayer-Maly y Selb) (1987), pp. 91-94.

<sup>236</sup> Vassalli, BIDR 27 (1.914), pp. 192 ss.; Masi, ob. cit., pp. 163 ss.

<sup>237</sup> Como prototipo de la concepción pandectista, v. Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (1906, reimp. 1963) I, p. 451. Mi parecer, en AHDE LIV (1984), pp. 724-725.

<sup>238</sup> Cfr. la Introducción de Bund, *Untersuchungen zur Methode Julians* (1965), pp. 1-9. También, desde la perspectiva biográfica, Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (1952), pp. 157 ss.

<sup>239</sup> V. Séneca, *De clementia* I,18; Schulz, *Prinzipien* (1934), pp. 148 ss. La trascendencia de Javoleno y, sobre todo, de Juliano en la concepción romana del *favor libertatis* ha sido tratada con rigor y gran perspicacia por Bretone, *Storia del Diritto romano* (1991), pp. 290 ss. Los párrafos que reproduzco a continuación son especialmente significativos: «Giavoleno fu il maestro di Salvio Giuliano. In compagnia dell'uno e dell'altro, si puo seguire la discussione di un problema tecnicamente non semplice (è bene dirlo subito) –se refiere a la cuestión de la influencia del *favor libertatis* sobre el Derecho, que trata en relación con la situación del *statuliber*–, ma in cui il rapporto fra il rigore logico-argomentativo e la ricerca di un risultato giusto o opportuno emerge in piena luce» (p. 290); «La risposta meno restrittiva e quella data da Giavoleno nei *Libri ex Cassio*: la condizione deve ritenersi adempiuta, se la sua deficienza non è imputabile allo *statuliber*. Il massimo espandersi della *fictione* si giustifica con il *favor libertatis*, ossia con il richiamo a un criterio valutativo, assiologico, in una certa misura esterno all'ordinamento giuridico in quanto tale» (p. 292); «Il *favor libertatis* non rimane trattenuto in Giuliano, come ancora in Giavoleno, alla interpretazione del testamento, suo criterio interno. Se ne distaca per assumere una portata sua propria, e farsi ragione in qualche misura autonoma della liberta dello schiavo manomesso sotto condizione» (p. 293); «La sensibilità non "forma-

*nignitas* que, como hemos visto, tiene su fundamento en una convicción de naturaleza ética. Ahora bien, si esta convicción, a través de los correspondientes principios, ha orientado una *inventio* que no solamente ignora límites técnico-conceptuales, sino que, además, se aparta de las exigencias lógicas, resulta que, por ello, dicha *inventio* es indudablemente tópica: ¿No es acaso el reino de la tópica el de la «arbitrariedad» desde los puros parámetros lógicos? <sup>240</sup>.

Pasemos ahora al análisis de la *demonstratio*. Esta, si tenemos en cuenta las reflexiones que he adelantado sobre la naturaleza del sistema jurídico romano clásico, se nos presenta, en primer término y sin lugar a dudas, como una *demonstratio* sistemática, en cuanto la apoyatura argumental hace referencia a elementos de dicho sistema. Por lo que hace, en efecto, a la *manumissio*, se da por supuesto que la manifestación del testador *cum Titius annorum triginta erit* es un término, con lo que el jurista apela a los efectos que tal concepto conlleva en el sistema jurídico, del que la noción técnica de *término* negocial forma parte por elaboración de la jurisprudencia. Está, por lo tanto, apoyando su decisión en el aludido sistema. Además, manifiesta Juliano que el tiempo que habría que esperar para que el término se cumpliera y Estico alcanzase la libertad sobra, una vez fallecido Ticio, y ello en razón del *favor libertatis* (*nam favore libertatis... libertas contingeret*). Invoca, pues, un principio de gran arraigo en el sistema jurídico <sup>241</sup> y engarzado en la *generalis ratio* de éste.

En cuanto al *legatum*, la decisión del jurista (*non debetur*) viene fundamentada en la frustración del evento condicional (*circa legatum defecisse condicio visa est*), esto es, en el efecto que el sistema jurídico adscribe a la no realización de una *condicio*, cuya noción, también perfectamente decantada por la jurisprudencia, forma parte del entramado conceptual del mismo sistema.

En este punto, a saber, la argumentación justificativa de la decisión relativa al legado, incide en el texto un detalle paleográfico que, en una exégesis rigurosa, no puede ser pasado por alto, por cuanto pudiera arrastrar importantes consecuencias dogmáticas. Por las razones que a continuación explicaré, puede asaltarnos, en principio, la sospecha de que la frase *circa legatum defecisse condicio visa est* no proceda de la pluma de Juliano, sino que constituya un añadido de los compiladores justinianos. En tal caso, resultaría que el jurista clásico no habría calificado (al menos, expresamente)

---

listica" di Giuliano stabilisce un legame sottilissimo fra la manomissione testamentaria inefficace (se la consideriamo in se stessa) e l'ordinamento giuridico: questo ne realizza ugualmente l'effetto, non contraddicendo (com'è ovvio) la volontà del defunto, ma rendendola strumento di un fine che la eccede: la libertà in quanto tale» (p. 294).

<sup>240</sup> Viehweg, 95.

<sup>241</sup> Bretone, ob. cit., 293: «Il *favor libertatis* ha assunto il valore di un principale sicuro. Ricomprendendolo nel *ius constitutum*, in realtà, non si vuole dire altro».

la disposición *cum Titius annorum triginta erit* como una *condicio* (frustrada por la muerte de Ticio) y, por lo tanto, el texto no incidiría en aquella ignorancia de límites conceptuales y de exigencias lógicas a la que me he referido, con lo cual mi argumentación se tambalearía: Juliano habría hablado sólo de término, y no de término y condición. Examinemos ahora esta cuestión.

Destaca, en efecto, el hecho de que en la expresión *circa legatum defecisse condicio visa est* se reúnan las siguientes coincidencias: la frase forma exactamente una línea en el manuscrito florentino<sup>242</sup> y esta línea es la última del fragmento D. 40,4,16, la primera del correspondiente folio, 213 verso<sup>243</sup>, y constituye, además, una unidad de sentido. Da la impresión, en definitiva, de que los compiladores, tras finalizar el folio 213 recto con la inclusión del fragmento D. 40,4,16 y antes de abordar el siguiente, D. 40,4,17, hayan pretendido, utilizando la primera línea del folio 213 verso, completar el texto anterior con una explicación dogmática de la decisión de Juliano relativa al legado. Pero pienso, por una parte, que estas observaciones paleográficas, aunque llamativas, no autorizan, por sí mismas, a pensar en una manipulación que, por otra parte, aun en el supuesto de que se hubiera producido, no constituiría una alteración sustancial del sentido del texto, ni, en consecuencia del pensamiento de Juliano. En realidad, una tal manipulación habría supuesto únicamente el añadido expreso de una explicación técnica que, desde luego, era la que en todo caso justificaba el dictamen de Juliano, en el sentido de que *legatum non debetur*. Si, en efecto, el jurista clásico hubiese prescindido en su obra original de esta *demonstratio* para su decisión, ello habría sucedido indudablemente al dar por supuesto, como era el criterio al uso<sup>244</sup>, que se trataba de un legado condicional y que la condición se había frustrado. Habría entendido, en fin, que la explicación técnica resultaba innecesaria por obvia.

Resulta, así pues, que la *demonstratio* ofrecida por Juliano es, en lo fundamental, *sistemática*. Pero no por ello deja de participar, además, de una cierta naturaleza tópica, si atendemos a la indudable dimensión tópica del *favor libertatis*, sustentado, en última instancia, en una convicción ética generalizada, cuya formación, aceptada por el conjunto de los juristas (*quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit*)<sup>245</sup>, constituye ciertamente un *topos*.

### 3. El segundo de nuestros textos es el siguiente:

D. 44,2,7 pr., *Ulpianus lib. septuagensimo quinto ad edictum: Si quis, cum totum petisset, partem petat, exceptio rei iudicatae nocet, nam pars in toto est:*

<sup>242</sup> He tenido a la vista la edición fototípica de la Bayerische Staatsbibliothek de Munich.

<sup>243</sup> Cfr. también el signo de comienzo del folio en Mommsen, *ed. maior, ad h. l.*

<sup>244</sup> V. los textos cit. en n. 230 a 232.

<sup>245</sup> Pomp., *lib. sept. Sab.*, D. 50,17,20.

*eadem enim res accipitur et si pars petatur eius, quod totum petitum est. nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur an in quantitate vel in iure. proinde si quis fundum petierit, deinde partem petat vel pro diviso vel pro indiviso, dicendum erit exceptionem obstare. proinde et si proponas mihi certum locum me petere ex eo fundo, quem peti, obstabit exceptio. idem erit probandum et si duo corpora fuerint petita, mox alterutrum corpus petatur: nam nocebit exceptio. item si quis fundum petierit, mox arbores excisas ex eo fundo petat, ut insulam petierit, deinde aream petat, vel tigna vel lapides petat: item si navem petiero, postea singulas tabulas vindicem:*

La cuesti3n *problemática* que aqu3 se plantea Ulpiano consiste en si resulta o no jur3dicamente posible la reclamaci3n procesal de una parte cuando ya se ha reclamado el todo, o, expresado en t3rminos t3cnicos, si en tal supuesto puede o no oponerse a la reclamaci3n la *exceptio rei iudicatae*. La soluci3n ofrecida por el jurista es categor3ica: la reclamaci3n podr3, en efecto, ser repelida mediante la excepci3n de cosa juzgada (*exceptio rei iudicatae nocet*); y su argumento de fundamentaci3n es que la parte est3 ya comprendida en el todo, raz3n por la cual ha de entenderse que se est3 pidiendo lo mismo cuando se reclama una parte de aquello que ya ha sido reclamado en su totalidad (*nam pars in toto... totum petitum est*). Este argumento b3sico viene, adem3s, reforzado por una explicaci3n complementaria, en el sentido de que el mismo es v3lido ya se trate de una cosa corporal, de una cantidad o de un derecho (*nec interest, ... vel in iure*); y a lo largo del resto del fragmento (*proinde si quis fundum, ... tabulas vindicem*) especifica el jurista el criterio que antecede, mediante la utilizaci3n de varios ejemplos de desigual naturaleza, al indicar la procedencia de la *exceptio* cuando se reclamaren estas partes, tras la reclamaci3n de sus respectivos todos, que igualmente se3ala: una parte de un determinado fundo respecto del fundo completo, alguna de dos cosas respecto del conjunto de ambas, los 3rboles cortados respecto del fundo del que proceden, el solar, las vigas o las piedras respecto de la correlativa edificaci3n, o las tablas sueltas respecto de la nave de la que las mismas forman parte.

Las dos soluciones en principio posibles (y, desde luego, mutuamente excluyentes) al *problema* planteado, a saber, la oponibilidad o no oponibilidad de la *exceptio rei iudicatae*, tema de naturaleza jur3dico procesal, vienen respectivamente condicionadas por sendas posibles apreciaciones previas de 3ndole conceptual, esto es, si la esencia de la *parte* es o no la misma que la del *todo*. Se trata de una cuesti3n filos3fica de gran arraigo ya en la 3poca romano cl3sica, por influencia de la tradici3n aristot3lica y tambi3n de la estoica. Es, en realidad, uno de los debates presentes en el pensamiento de todos los tiempos<sup>246</sup>. Por mi parte, no entrar3 en el fondo filos3fico de la

<sup>246</sup> Una panor3mica general v. en Ferrater Mora, Diccionario de Filosof3a (1991), T.4, voz «Todo», pp. 3.262 s.

discusión, lo que excedería de los objetivos de este trabajo, pero sí deseo destacar que nos hallamos ante un significativo botón de muestra de la diferencia entre el pensamiento teórico-abstracto de la filosofía y el pensamiento esencialmente práctico de la jurisprudencia romana <sup>247</sup>.

Aristóteles había defendido, en efecto, que la naturaleza del *todo* es distinta de la de cada una de las partes y también de la que pueda tener la simple agregación de dichas *partes* <sup>248</sup>. Los juristas romanos establecen una distinción entre *parte* en el sentido de cuota ideal (*pro indiviso*), que tiene la naturaleza de fracción aritmética con la que se puede operar jurídicamente, aunque carece de proyección física en la cosa <sup>249</sup>, y parte real (*pro diviso*), como porción o unidad integrante de una totalidad compuesta y con una base física observable <sup>250</sup>. A partir de aquí, las fuentes nos dan cuenta de una discrepancia doctrinal entre Quinto Mucio y Servio sobre si la denominación de *parte* conviene sólo a la primera de ellas, o bien a las dos <sup>251</sup>, pero, como se ve, se trata de un debate puramente terminológico, que deja de lado la cuestión sustantiva que nos venimos planteando, porque, en relación con la misma, la postura de los juristas en su conjunto no es otra que la que refleja Ulpiano en el texto que ahora comento, a saber, que la parte está comprendida en el todo (... *nam pars in toto est*) y que mantiene con éste una identidad de naturaleza (*eadem enim res accipitur et si pars petatur eius, quod totum petitur est*). Y ello en todos los casos, es decir, con independencia del tipo de objeto al que podamos referirnos (*nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur an in quantitate vel in iure*). En definitiva, en tanto que para Aristóteles existe una diferencia cualitativa entre el todo y la parte, para los juristas romanos la diferencia es sólo cuantitativa, al ser la parte una porción del todo, ya ideal (*pro indiviso*), ya real (*pro diviso*). Dada una determinada parte, el todo estará integrado por ella más el resto de las partes, por lo que sustancialmente coincidirán en la cuota correspon-

<sup>247</sup> Cfr. la reflexión de Bretonc, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* (1982), pp. 78-79, sobre la formación de Rutilio Rufo. Schulz, *History* (1953), 135: «..., Roman legal science was a professional science, which stuck to its last and left philosophy to the philosophers».

<sup>248</sup> Aristóteles, *Met.* VII, 17, 1041b, pp. 30 ss.

<sup>249</sup> La noción más precisa y sugestiva que conozco es la de G. v. Beseler, *Juristische Miniaturen* (1929, reimp. 1987), pp. 36-37: «Der Begriff der Ideellen Quote ist ähnlich wie der Begriff  $\sqrt{-1}$  ein Begriff von zweifelhafter Zulässigkeit, ein Begriff aber mit dem man, seine mögliche Unzulässigkeit in Kauf nehmend, korrekt operieren kann. Manche von den Aussagen die von den realen Quoten gelten, dürfen wir a priori auf die ideellen Quoten übertragen». Sigue un docto comentario del gran Professor e intelectual sobre la utilidad de la formación matemática, a la que considera «eine unschätzbare Vorschule für den Juristen», puesto que «die scharfe und saubere Denkweise der Mathematik eine unschätzbare Vorübung für scharfes und klares juristisches Denken ist».

<sup>250</sup> V. Kunkel, *RR* (ref. de Honsell, Mayer-Maly y Selb) (1987), p. 85.

<sup>251</sup> Paul., lib. vicensimo primo ad ed., D. 50,16,25,1: Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non inelegerat partis appellatione utrumque significari.

diente, sin perjuicio de que, fuera de dicha coincidencia, el todo sea más *extenso*. Por ello, desde una perspectiva sustantiva, al pedir el todo ya se ha pedido *esa parte* y también cada una de las demás partes.

Resulta, pues, que en el plano del pensamiento, lo que Aristóteles planteó (y resolvió en sentido afirmativo) es la cuestión teórica, de naturaleza intelectual, de si la noción del *todo* ha de distinguirse ontológicamente de la de la *parte*; pero no se sitúan en dicho plano los juristas clásicos, sino en el pragmático de la integración de las partes en el todo. Desde este punto de vista, es evidente su coincidencia sustancial.

A partir de este enfoque, no resulta difícil descubrir la naturaleza tópica de la *inventio* llevada a cabo por Ulpiano. Si, en efecto, la parte se integra en el todo, resulta que éste es, cualitativamente lo mismo que la parte, si bien, cuantitativamente, *algo más*. Entra, por ello, en el juego de suscitaciones del decisor jurídico una de gran peso, a saber, el principio, basado en una convicción de índole cognoscitiva (relativa a *lo que es*) conforme al cual lo más incluye lo menos, que, por otra parte, aparece expresado por los juristas en formulaciones tales como *in eo, quod plus sit, semper inest et minus*<sup>252</sup> o, aun en más directa conexión con nuestro supuesto, *in toto et pars continetur*<sup>253</sup>, y se halla en la base de otros diversos *topoi*<sup>254</sup>. A la vista de este principio, y puesto que sobre la misma sustancia el todo es *lo más* y la parte es *lo menos*, resultará que la petición de aquél incluye la de ésta, por lo que, si con posterioridad se reclama la parte, ello se estará haciendo, en rigor, *por segunda vez*, es decir, se estará replanteando la misma cuestión entre las mismas personas, que es la circunstancia que, en el sentir de los juristas, hace procedente la *exceptio rei iudicatae*<sup>255</sup>, tanto en aras de la economía procesal, como para evitar la confusión a que darían lugar diversas posibles sentencias contradictorias<sup>256</sup>.

En cuanto a la *demonstratio* ofrecida por el jurista, una vez más encontramos que se halla integrada por un ingrediente fundamental de carácter sistemático y otro coadyuvante de naturaleza tópica. En efecto, el razonamiento de fundamentación que expresamente aduce Ulpiano arranca de una premisa conceptual (*nam pars in toto est*), de la que se deriva una consecuencia fáctica (*eadem enim res accipitur et si pars petatur eius, quod totum petitum est*). Este razonamiento es de carácter tópico: puesto que la parte se comprende en el todo (formulación de aceptación general), ha de entenderse que la petición de aquélla cuando ya se ha reclamado el todo es una petición sobre la misma cosa. Ahora bien, el argumento así expuesto no es,

<sup>252</sup> Paul., *lib. sexto ad ed.*, D. 50,17,110 pr.

<sup>253</sup> Gai, *lib. tertio ad ed. prov.*, D. 50,17,113.

<sup>254</sup> *Supra*, II, p. 9; III, p. 1.

<sup>255</sup> Ulp., *lib. quinto decimo ad ed.*, D. 44,2,3.

<sup>256</sup> Paul., *lib. septuagensimo ad ed.*, D. 44,2,6. Sobre esta *exceptio*, Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht* (1966), pp. 216 ss.

por sí sólo, concluyente respecto de la solución jurídica ofrecida por el jurista (*exceptio rei iudicatae nocet*). El engarce se halla en otro argumento tácito, de naturaleza técnico procesal, y que Ulpiano no aduce expresamente por su evidencia, a saber, que en el caso en que se vuelva a reclamar procesalmente *la misma cosa* ya reclamada con anterioridad procede oponer la *exceptio rei iudicatae*, por las razones que Paulo manifiesta en D. 44,2,6, y a las que antes me he referido. Y este argumento fundamental es, obviamente, de naturaleza *sistemática*, es decir, consiste en el tratamiento que otorga el sistema jurídico a la petición procesal de algo ya pedido con anterioridad, mediante el juego de la excepción de cosa juzgada, comprendida en el mismo sistema y cuyo análisis casuístico se desarrolla en el título 2 del libro 44 del Digesto. La *demonstratio* de Ulpiano tiene, en resumen, un elemento *tópico*, la apreciación de que la petición de la parte, después de haber pedido el todo, supone reclamación de *la misma cosa*, y un elemento *sistemático*, primordial con respecto al anterior, consistente en la referencia (tácita) a lo que el sistema jurídico dispone para el caso de una tal reclamación de la misma cosa por segunda vez.

4. Pasemos ahora al examen del tercero de los textos que he seleccionado:

D. 46,3,78, *Javolenus lib. undecimo ex Cassio: Si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent eius cuius fuerunt: si mixti essent, ita ut discerni non possent, eius fieri qui accepit in libris Gaii scriptum est, ita ut actio domino cum eo, qui dedisset, furti competeret.*

El jurista plantea, y resuelve, un problema de atribución de la propiedad de unas monedas, primeramente en un supuesto básico, a saber, que, tratándose de monedas ajenas y sin la concurrencia de la voluntad de su dueño, alguien haya pagado una deuda con ellas, y, en segundo lugar, con una variante, esto es, que una vez efectuado dicho pago, las monedas, ya en poder del acreedor, se hayan mezclado con otras, de tal manera que no resulte posible distinguir cuáles son las recibidas y cuáles las que ya tenía antes dicho acreedor. Se trata de una cuestión jurídica, pero, además, desde la perspectiva dialéctica, de un auténtico *problema* al que cabe dar dos soluciones posibles, pero mutuamente excluyentes<sup>257</sup>: atribuir la propiedad de las monedas a su antiguo dueño, o bien al acreedor a quien han sido entregadas. Y Javoleno resuelve de manera distinta: en el supuesto básico entiende que las monedas continúan perteneciendo a su antiguo propietario (*manent eius cuius fuerunt*), en tanto que en el caso específico de que se haya producido la mezcla se hacen propiedad del acreedor que las ha recibido (*eius fieri qui accepit...*), sin perjuicio de que compete al antiguo dueño la *actio furti* contra quien ha efectuado el pago (*ita ut actio domino cum eo,*

<sup>257</sup> Vichweg, 50.

*qui dedisset, furti competeret*). Es este segundo supuesto sobre el que deseo llamar la atenci3n especialmente.

La soluci3n que el jurista ofrece para el primer caso nada tiene de particular, ya que es la precedente conforme a los criterios t3cnicos con los que operan los juristas cl3sicos en materia de transmisi3n de la propiedad. Nadie puede transmitir a otro un derecho m3s amplio sobre una cosa que el que 3l mismo tiene <sup>258</sup>, por lo que, en principio, s3lo de un propietario (o, naturalmente, de quien ostentase la *potestas alienandi*) <sup>259</sup> puede adquirirse la propiedad. En el supuesto de que quien entrega la cosa no sea propietario (o, en general, no est3 legitimado para la enajenaci3n de aqu3lla), el *accipiens* no adquirir3 la cualidad de propietario, sino solamente una *possessio civilis* que le permitir3 adquirir la propiedad por *usucapio* una vez transcurrido el tiempo necesario para ello; se convertir3, expresado de manera t3cnica, en un *bonae fidei possessor*, con tal, naturalmente, de que la entrega se haya realizado en virtud de una *iusta causa* y que el propio *accipiens* haya recibido la cosa de buena fe, es decir, en la creencia de que el *tradens* estaba facultado para la transmisi3n de la propiedad; pero en cualquier caso, el propietario inicial de la cosa mantendr3 su derecho hasta la consumaci3n de la usucapi3n por parte de este *bonae fidei possessor*, con la posibilidad, l3gicamente, de dirigir contra 3l en cualquier momento la acci3n reivindicatoria <sup>260</sup>.

Pues bien, 3sta es justamente la situaci3n reflejada en el texto de Javoleno que comento. Se trata, en efecto, de alguien que *ha entregado en pago unas monedas ajenas (alieni nummi... soluti sunt)*. Aqu3 tenemos ya la entrega en virtud de una *iusta causa* (la *causa solvendi* o t3tulo *pro soluto*) de una cosa ajena. Adem3s, no concurre el consentimiento del due1o de las monedas, ya que la entrega aludida se ha hecho sin su conocimiento, o bien contra su voluntad (*inscio vel invito domino*), quedando as3 expresamente excluida cualquier posibilidad de existencia por esta v3a de *potestas alienandi* en el *tradens*. En tales circunstancias, el acreedor que ha recibido las monedas no puede adquirir la propiedad de las mismas, derecho que no ten3a quien se las entreg3, sino que, supuesta su buena fe, se habr3 convertido en un *bonae fidei possessor* que iniciar3 el tiempo de la usucapi3n. Pero,

<sup>258</sup> Ulp., *lib. vicensimo nono ad Sab.*, D. 41,1,20 pr., sin perjuicio de que originariamente aludiese a la *mancipatio* y no a la *traditio*. Respecto del fragmento mas citado Ulp., *lib. quadragensimo sexto ad ed.* D. 50,17,54 (*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*), sirve gen3ricamente a la teor3a de la transmisi3n de la propiedad, si bien no se refer3a inicialmente a ella. Cfr. Kunkel, RPR (1949), p. 145, n.4 y RR (Honsell, Mayer-Maly, Selb), p. 155.

<sup>259</sup> Gayo 2,20: ..., *si modo ego eius dominus sim. Sobre la potestas alienandi*, Gayo 2,62-64; un estudio sistem3tico preciso se debe a M. V. Sans3n Rodr3guez, R. D. N. CXXXIX (1988), pp. 227 ss.

<sup>260</sup> Gayo 2,43. Cfr. por todos, en raz3n del rigor de la exposici3n, Kunkel, *Symb. Friburg.* (1931), pp. 40 ss. y RR (ref. de Honsell, Mayer-Maly y Selb) (1987), p. 134-137, sobre *possessio civilis* y *possessio iusta*, y pp. 171-178, sobre *usucapio*.

hasta tanto no transcurra dicho periodo, las monedas, conforme expresa Javoleno de acuerdo con la pauta técnica general, *manent eius cuius fuerunt*. Una solución, por lo tanto, que en modo alguno sorprende.

Algo distinto sucede en el supuesto específico del que el jurista se ocupa a continuación. En él ha de admitirse que las monedas se hacen propiedad de quien las ha recibido (*eius fieri qui accepit*), pese a que los presupuestos de entrega, *iusta causa*, ausencia de *potestas alienandi* y, supuestamente, buena fe por parte del receptor son los mismos que en el primer caso. La única variación con respecto a éste viene dada por una circunstancia de índole fáctica, manifiestamente externa y posterior a la aludida cadena de presupuestos jurídicos que configuran técnicamente la posición del *bonae fidei possessor*, y a la cual, por lo tanto, en nada puede afectar, a saber, el hecho de que las monedas, una vez recibidas por el acreedor, se hayan mezclado con otras que éste tuviese, de tal manera que no puedan ser distinguidas las unas de las otras (*si mixti essent, ita ut discerni non possent*). Es obvio que este acontecimiento, insisto, simplemente *fáctico* (e incluso casual), *externo* y *posterior* a los elementos jurídicos que configuran la distribución de papeles entre propietario civil y poseedor de buena fe, no puede alterar la concurrencia de estos elementos. El hecho de que las monedas, una vez en poder de quien las ha recibido, se mezclen o no se mezclen con otras en nada cambia que se tratase, para quien ha efectuado el pago, de unas monedas ajenas, que careciese de *potestas alienandi*, que las haya entregado *solutionis causa* y que hayan sido recibidas de buena fe; en nada cambia, por lo tanto, que, en principio y de conformidad al sistema traslativo del dominio configurado por la jurisprudencia clásica, hayamos de ver, después de la entrega de las monedas, un poseedor de buena fe en quien las ha recibido y un propietario civil en el inicial dueño de las mismas. Javoleno, sin embargo, con invocación al criterio de otro jurista, Casio, no lo entiende así, sino que manifiesta que en este supuesto las monedas, a partir de su entrega, se hacen propiedad de quien las recibe. Y esta solución sí sorprende, ciertamente, por su trascendencia en el orden técnico, puesto que supone la *vulneración de reglas básicas del sistema traslativo de la propiedad*; viene, en definitiva, a consagrar una adquisición de la propiedad *a non domino* y sin pasar por el proceso de la usucapión. Desde parámetros técnicos puros, todo un desatino. ¿Cuál es, pues, la razón de ello?

La decisión del jurista se comprende, a mi parecer, en cuanto se admite que la vía intelectual de hallazgo de la misma, la *inventio*, no ha sido *sistemática*, sino *tópica*. Dicho de otra manera: el jurista ha enfocado el *problema* en su especificidad, y no como integrante de un conjunto uniforme de cuestiones relativas a la adquisición de la propiedad *a non domino*, y ha procedido no a derivar automáticamente la solución de las reglas generales del sistema jurídico, sino, con independencia de éste, a alumbrarla a partir de una convicción de tipo práctico en la que se sustenta un principio de *utilitas*.

Ha resuelto, en definitiva, de conformidad a *lo que es útil o conveniente que sea*, por cuanto la mezcla de las monedas, evento ciertamente ajeno al esquema de elementos jurídicos que configurarían la adquisición por parte del receptor de la cualidad de *bonae fidei possessor*, viene a introducir, no obstante, un factor de fungibilidad<sup>261</sup> que imposibilitaría, en la práctica, la recuperación de aquéllas por parte de su inicial dueño, por más que el ordenamiento jurídico continuase considerando a éste como propietario civil. Por ello, resulta más conveniente a la certeza de las situaciones jurídicas<sup>262</sup> atribuir la propiedad a quien en rigor no pasaría de ser un poseedor civil, compensando al antiguo dueño con la *actio furti* contra quien llevó a cabo la entrega, como es procedente<sup>263</sup>; y ello, por supuesto, como solución restringida únicamente al caso de que en verdad así lo exija aquel principio utilitario, por lo que no bastará con que las monedas se hayan mezclado, sino que tal cosa haya sucedido *ita ut discerni non possent*, ya que si aun después de mezclas pueden todavía distinguirse, no hay razón alguna para no seguir reconociendo al dueño inicial la cualidad de propietario civil, con la consiguiente posibilidad de ejercicio de la acción reivindicatoria contra el receptor.

Por lo que hace a la *demonstratio*, ésta es en nuestro texto tan breve como categórica. El jurista recurre a un argumento de autoridad<sup>264</sup>, conforme al que la *ratio* ha de entenderse implícita en la propia *auctoritas*: la solución ofrecida ha de reputarse correcta porque así está recogida en la obra de Gayo (Casio Longino) (*... in libris Gaii scriptum est*)<sup>265</sup>. A la vista de la importancia de los *responsa prudentium* como fuente del ordenamiento jurídico romano<sup>266</sup>, podemos decir con rigor que nos hallamos ante una fundamentación *sistemática*. Javoleno apoya su dictamen en el sistema jurídico, al hacerlo en la opinión autorizada de un predecesor, opinión que

<sup>261</sup> Sobre la naturaleza jurídica del dinero en el ámbito de los derechos reales en Roma, Kaser, TR XXIX (1961), pp. 169 ss.

<sup>262</sup> En relación con la importancia de este concepto para la jurisprudencia clásica, que Schulz ha minimizado (Prinzipien, 165), v., sin embargo, Torrent, El negocio jurídico en Derecho romano (1984), pp. 31 ss.

<sup>263</sup> Gayo 2,50.

<sup>264</sup> V. Horak, Rationes decidendi (1969), pp. 171 ss.

<sup>265</sup> Sobre esta obra y la de Javoleno, a la que pertenece el texto, v. Manthe, Die *libri ex Cassio* des *Javolenus Priscus* (1982), así como la rec. de Bona, SDHI 50 (1984), pp. 401 ss.

<sup>266</sup> Además de las enumeraciones de fuentes ofrecidas por Gayo 1,2 y Papiniano D. 1,1,7pr., cfr. Pomponio D. 1,2,2,12: *Ita in cavitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit, ...* Desde una perspectiva dialéctica, cfr. Ciccrón, Top. 5, 28, al elegir un ejemplo de *partitio definitio*, es decir, aquélla que tiene lugar *cum res ea quae proposita est quasi in membra discerpitur, ut si quis ius civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratum, more, aequitate consistat*. Para la importancia del *responsum* en el conjunto del sistema jurídico, cfr. Bretone, Storia del Diritto romano (1991), pp. 195 ss.

forma parte integrante del entramado jurisprudencial que, a su vez, constituye el núcleo básico del sistema (derecho de juristas)<sup>267</sup>.

5. Una reflexión de conjunto sobre los tres textos analizados nos permite obtener la siguiente conclusión: no es ajeno a la jurisprudencia romana del período clásico un método de decisión integrado, en esencia, por un enfoque *problemático* (en sentido dialéctico) del caso, una *inventio* tópica y una *demonstratio* fundamentalmente sistemática (con las precisiones que he adelantado sobre el *sistema* jurídico romano) y que, eventualmente, puede contener también algún elemento tópico; un método, en definitiva, que se adecúa bien al modelo extraído del proceder intelectual de Martino Gosia, y que ha sido estudiado en el capítulo anterior<sup>268</sup>.

#### IV. EL ALGORITMO METODOLÓGICO AHISTÓRICO DE LA DECISIÓN JURÍDICA

1. Reconstruyamos el camino andado en los dos capítulos precedentes. En el II, y tras una revisión genérica del escenario histórico en el que surge y se desenvuelve el pensamiento jurídico bajomedieval, el análisis del método de decisión jurídica de Martino Gosia me permitió ensayar el diseño, a partir de dicho análisis, de un *modelo teórico*, o *algoritmo metodológico*, de estructura bien definida. En el III, traté de demostrar cómo algunas decisiones de juristas romanos de la etapa clásica se amoldan bien a dicha estructura y, por lo tanto, al indicado modelo. No incluyo en este estudio un examen de resoluciones jurídicas modernas, pero cualquier jurista interesado podrá constatar en los repertorios jurisprudenciales cómo las decisiones de los Tribunales europeos a partir de la Segunda Guerra Mundial acusan una marcada tendencia a seguir la misma dirección metodológica<sup>269</sup>. Resulta, por lo tanto, que este modelo teórico de procedimiento intelectual para resolver en derecho aparece seguido en resoluciones de juristas pertenecientes a, al menos<sup>270</sup>, tres etapas históricas no sólo alejadas en el tiempo, sino también manifiestamente heterogéneas, que además revisten, cada una de ellas por razones diferentes, un especial significado en la historia del

<sup>267</sup> V. la noción de sistema abierto en Esser, cit. *supra*, n. 228.

<sup>268</sup> *Supra*, II, 14.

<sup>269</sup> V. al respecto Perelman, *Logique Juridique. Nouvelle rhétorique* (1976), 1a P., Cap.III.

<sup>270</sup> Sería de gran interés un estudio, desde esta perspectiva, de la época humanista, por la influencia que sus postulados filosóficos ejercieron sobre el pensamiento jurídico. Sobre ello, v. especialmente las ya clásicas obras de Kisch, *Humanismus und Jurisprudenz* (1955) y Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit (1960); además, la colección de artículos de H. E. Troje publicada bajo el título genérico *Studien zur Europäischen Rechtswissenschaft unter dem Einfluss des Humanismus* (1993), en particular los recogidos bajo los n. 3 (*Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts*) y 5 (*Arbeitshypothesen zum Thema «humanistische» Jurisprudenz*), así como la referencia, meramente descriptiva, de P. Stein, en TR LXIII (1.995), pp. 402-403.

pensamiento jurídico occidental. El Derecho romano clásico es, en efecto, un paradigma universal de creación y aplicación del derecho, la eclosión de la Escuela de Bolonia supone nada menos que la reconquista de aquel tesoro cultural para Europa y, por lo que hace al periodo que se abre a partir de la segunda mitad del siglo XX, su valor para la reflexión jurídica reside no sólo en su actualidad, sino, muy especialmente, en el hecho de tratarse de una etapa de superación del riguroso positivismo legalista que se había instalado en el pensamiento jurídico europeo a partir de la Revolución francesa y por influencia de la Escuela de la Exégesis<sup>271</sup>.

A la vista de lo expuesto, parece ya inicialmente lícito plantearse la posibilidad de que el proceder intelectual del glosador Martino Gosia para decidir en derecho, más que constituir un particular método adscrito a unas determinadas circunstancias históricas y cuya validez haya de ceñirse, por lo tanto, a las mismas, *contenga claves de valor universal*. Por mi parte, así lo estimo. Creo, por las razones que expondré a continuación, que el modelo metodológico al que me vengo refiriendo resulta válida abstracción hecha de los momentos históricos determinados en que haya sido seguido, por cuanto es el más apto para lograr, en cada resolución jurídica, el máximo grado posible, dentro de los parámetros humanos, de realización de los *valores supremos* que el Derecho persigue. Nos hallamos por ello, más que ante un *método*, ante un *modelo metodológico* de valor universal, o, conforme a la referencia del epígrafe de este capítulo, ante un *algoritmo metodológico ahistórico de la decisión jurídica*. Esta es, en mi criterio, la impresionante contribución de Martino Gosia a la ciencia jurídica de todos los tiempos.

2. Para fundamentar lo anterior, partiré de la premisa, creo que de general aceptación, de que los dos máximos valores que el Derecho está llamado a realizar son, desde la perspectiva individual, la *justicia* y la *seguridad jurídica*. Digo «desde la perspectiva individual» porque, en definitiva, la resolución jurídica afecta a individuos concretos que sustentan *intereses* contrapuestos<sup>272</sup> y cuyas controversias requieren una solución *adecuada*, y sólo de una manera indirecta puede entenderse que sus consecuencias lleguen a alcanzar, v.g., a la sociedad o al Estado. Así pues, la resolución jurídica óptima, la ideal, sería aquélla que dirimiese el correspondiente conflicto de intereses de una manera *absolutamente justa*, por una parte, y, por otra, con *plena adecuación al sistema normativo* y, por lo tanto, con *total exclusión de la arbitrariedad*. Pero hemos de ser realistas: una tal resolución jurídica es difícilmente concebible en el marco del obrar humano; es *ideal*, por así decirlo, en el sentido platónico del término. Podemos, en efecto,

<sup>271</sup> Sobre esta dirección doctrinal, Bonnecase, *L'école de l'exégèse en Droit civil* (1924); Perelman, *ob. cit.*, I.ª P., Cap. I, en esp. § 16.

<sup>272</sup> En el preciso sentido que la expresión tiene para Ihering, *Der Zweck im Recht* (1904) I, en esp. pp. 24 ss.

preguntarnos qué ha de entenderse por «lo absolutamente justo» o qué es lo «plenamente adecuado al sistema normativo», o, si se quiere, de qué forma puede excluirse la arbitrariedad *totalmente* al resolver en derecho. Considero, sin embargo, que la reflexión ha de arrancar de constataciones aún más primarias.

3. La primera de estas constataciones es que *justicia y seguridad jurídica* son valores cuya realización *plena* en el caso concreto resulta, en principio, mutuamente excluyente. El tratamiento rigurosamente particularizado del caso, al efecto de considerar todos sus matices específicos en aras de la justicia, exigirá su contemplación independiente, en mayor o menor medida, de las pautas de *uniformidad* que se derivan de la legalidad formal, con la correspondiente concesión en cuanto a seguridad jurídica, en tanto que, por el contrario, si lo que se pretende ante todo es la realización plena de éste último valor, con miras a la exclusión absoluta de la arbitrariedad, y para ello se procede de conformidad al famoso *silogismo legalista* mediante subsumción lógico-formal del caso en la norma y extracción por inferencia mecánica de la solución, ésta habrá ignorado las características más particulares del caso, con la correspondiente concesión en cuanto a justicia material. Así pues, necesariamente, el jurista que ha de decidir en derecho se encuentra en una tesitura similar, v.g., a la del economista que, al diseñar un plan macroeconómico concreto en circunstancias de crisis, se ve en la imposibilidad de lograr, al mismo tiempo, el *pleno empleo* y la *inflación cero*. Nuestro economista habrá de rebajar (quizás en una medida importante) sus pretensiones de empleo en favor de sus objetivos antiinflacionistas, o bien habrá de ceder en el grado de realización de éstos, si quiere orientar la economía en la dirección del pleno empleo. En la práctica, ninguno de estos dos extremos resulta realizable de manera estricta, ni tampoco es deseable; por lo que la mejor opción será aquélla que, de acuerdo con las circunstancias específicas del país y del momento económico, se sitúe en el punto de interferencia entre dos trayectorias que supongan, respectivamente, la menor concesión posible en cada uno de los mencionados valores, a cambio de la obtención del otro en un nivel que pueda estimarse satisfactorio. Algo parecido sucede con la decisión jurídica. Puesto que la realización *absoluta*, en cada caso, de los valores *justicia y seguridad jurídica* no resulta posible, habrá de cederse en cada uno de ellos en favor del otro, y será la *mejor opción* aquélla en que, desde la perspectiva de cada uno de estos valores, la concesión sea la *mínima posible* para la obtención del otro en una medida *razonablemente satisfactoria*. Se llegará así a un punto de interconexión análogo conceptualmente a la noción matemática (básica, por cierto, en la teoría de los juegos y *decisiones*) del *minimax* o *punto de ensilladura*, pero con la importante peculiaridad de que, al estarse operando con valores no mensurables, en ningún caso nos hallaremos ante lo que la mencionada teoría matemática conoce como *juego de suma cero*, es decir, no es necesario (ni

tampoco, obviamente, posible) que, en cada resolución, la supuesta «dosis» de *justicia* cedida equivalga exactamente a la de *seguridad jurídica* ganada, y viceversa; razón por la cual cabe que una misma decisión jurídica, si está metodológicamente bien enfocada, pueda aunar aquellos dos valores en una medida *razonablemente aceptable*, y será la más adecuada la que en más alto grado lo consiga, es decir, la que más se aproxime al ideal en principio inalcanzable de la *absoluta justicia* y, al propio tiempo, la *plena seguridad jurídica* <sup>273</sup>.

4. La segunda constatación previa sobre la que intereso la atención del lector es que *justicia* y *seguridad jurídica* son valores de naturaleza diferente: en tanto que la *justicia* es un *valor en sentido filosófico* <sup>274</sup>, la *seguridad jurídica* es una *noción técnica* que viene a expresar la adecuación de la resolución al sistema normativo y, por lo tanto, su genérica previsibilidad <sup>275</sup>. Puesto que una tal adecuación se considera siempre deseable en evitación de la arbitrariedad, suele hablarse de «valor» en referencia a la seguridad jurídica, pero, ciertamente, ello sólo puede hacerse otorgando al término «valor» un sentido amplio que sobrepase el estricto y tradicionalmente filosófico. De todo lo cual puede obtenerse una interesante conclusión: en tanto que la *justicia* de una determinada resolución jurídica carece, como *valor* en sentido propio que es, de un baremo objetivo de medida <sup>276</sup>, la *seguridad jurídica*, en cambio, sí cuenta con un tal baremo, puesto que es constatable el mayor o menor grado de coincidencia de dicha resolución con las previsiones del sistema normativo.

5. Soy consciente de la magnitud del debate filosófico, presente en todas las épocas históricas, sobre *lo justo* y *lo injusto* <sup>277</sup> y no deseo, por ello,

<sup>273</sup> Para las nociones matemáticas utilizadas, la obra clásica fundamental es la de J. v. Neumann y O. Morgenstern, *The Theory of Games and Economic Behavior* (1947, revisada en 1955). Del propio Morgenstern puede verse además el artículo *The Theory of Games*, publicado en 1968 en el vol. *Mathematical Thinking in Behavioral Sciences*, del que existe trad. española, *Matemáticas en las ciencias del comportamiento* (1974), pp. 189 ss. Algo más compleja, pero también más precisa es la obra de R. B. Myerson, *Game Theory. Analysis of Conflict* (1991).

<sup>274</sup> Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía* (1.991) IV, pp. 3.373 ss.

<sup>275</sup> Cfr. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4.ª ed. (1979), I, Cap. V,3 (en la ed. española, pp. 160 ss.). Pero resulta imprescindible el complemento de la lectura de este capítulo con el totalmente renovado de la edición (definitiva) de 1.991 (pp. 119-185, y, muy en especial, pp. 132 ss.), pleno de referencias doctrinales y observaciones relativas a la compleja problemática de la adecuación de la solución casuística a la ley y, por lo tanto, en último término, a la cuestión de la seguridad jurídica. En específica referencia al Derecho romano, v. Schulz, *Prinzipien* (1934), pp. 162 ss.

<sup>276</sup> Platón, *Eutiphron*, 7 d-d.

<sup>277</sup> Como muestras significativas de la reflexión a partir de la segunda mitad del siglo. Perelman, *De la justice* (1945), también en *Justice et raison* (1963), pp. 9 ss.; *Justice, Law and Argument (Essays on Moral and Legal Reasoning)* (1980), en esp. pp. 1-22 y 24-32; Kelsen, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays* (1957); Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1991), pp. 173 ss.

acercarme a él de manera simplista, pero creo que una reflexión tan dilatada en el tiempo que se remonta a la tradición socrática <sup>278</sup> ha servido para que, al menos, podamos formular con seguridad la siguiente aseveración: *ningún intento de conferir a la justicia un contenido objetivo que responda a exigencias de un supuesto baremo situado más allá del criterio humano, y superpuesto a él, puede tener pretensiones de universalidad*. Como, con acierto, ha escrito un filósofo del Derecho español utilizando el concepto de *auditorio universal* acuñado por Perelman, «los valores son objetos de acuerdo relativos a lo preferible, en cuanto que presuponen una actitud sobre la realidad y no pretenden valer para el auditorio universal. O, para ser más precisos, los valores más generales (como lo verdadero, el bien, lo bello o lo justo) *sólo valen para el auditorio universal a condición de no especificar su contenido; en la medida en que se precisan, se presentan solamente como conformes a las aspiraciones de ciertos grupos particulares*» <sup>279</sup>. Aquí ha radicado, en relación con el valor *justicia*, el error de las distintas formas de iusnaturalismo que la historia del pensamiento jurídico occidental ha conocido. Cuando se trató, en efecto, de derivar el contenido de lo justo de pretendidas exigencias de la *naturaleza*, como sucedió en la Grecia antigua, en los orígenes del pensamiento iusnaturalista, se constató pronto la carencia de validez absoluta de tal criterio, ya que, por ejemplo, con la misma corrección metodológica puede argumentarse a partir de la *naturaleza humana* la igualdad que la desigualdad entre los hombres <sup>280</sup>. Otro tanto ha de decirse del criterio de la *voluntad divina* que, conforme a la concepción teológica medieval, debía señalar el contenido de la *justicia* <sup>281</sup>. Con independencia de que, ya en principio, un tal baremo de medida de lo justo viene necesariamente circunscrito al ámbito cultural de la teología cristiana, incluso dentro de éste pueden producirse, y de hecho se han producido, insalvables discrepancias en torno a cuáles sean las exigencias de dicha voluntad divina, de lo que constituyen un incontestable ejemplo histórico las guerras de religión de la Europa moderna <sup>282</sup>. Fue precisamente el triste espectáculo de estas contiendas, que dividían a hombres y naciones, lo que movió a la sensibilidad humanista de Hugo Grocio a propugnar una instancia suprema, más allá de

---

<sup>278</sup> Es, en efecto, la idea central de la República platónica y, muy en especial, de sus Libros I y II. En realidad, el debate se remonta a los comienzos de la *sofística* y, en concreto, a Protágoras de Abdera, cuyas ideas relativistas sobre la *justicia* constituyen la primera formulación histórica del criterio que a continuación expongo en el texto, y son asumidas, sorprendentemente, por el propio Sócrates en su defensa de Protágoras, según el relato de Platón, *Theait*, 167 c.

<sup>279</sup> Atienza, *Las razones del Derecho* (Teorías de la argumentación jurídica) (1991), p. 71. El subrayado es mio.

<sup>280</sup> Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* (1962), p. 9.

<sup>281</sup> Cfr. Pizzorni, cit. en n. 88 y K. H. Ilting, cit. en n. 94.

<sup>282</sup> V. González Vicén, *Est. de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en Mem. y Hom. al Cat. Don Luis Legaz y Lacambra* (1983), pp. 431 ss.

las particulares creencias o ideologías, que haya de constituir un punto de encuentro comú n de la naturaleza humana inspirador de la justicia y generador de la paz y, por lo tanto, de la comú n felicidad. Dicha instancia, piensa él, es la *raz3n* y en ella, como canon ú ltimo de lo justo, han de descansar las normas de convivencia, es decir, el Derecho, que, en consecuencia, ha de ser tan comú n a todos los hombres que no conozca diferencia religiosa alguna<sup>283</sup>. Inici3 así Grocio el movimiento del iusnaturalismo racionalista cuya loable nobleza de intenciones tampoco bast3, en definitiva, para dotar de un contenido objetivo indiscutible al concepto de *justicia*, ya que el debate sobre cuál sea el contenido de lo racional y el alcance de sus postulados es una constante hist3rica, lo que no se ocult3 a un gran jurista, Gustav Hugo, formado en las concepciones racionalistas, de las que, justamente por ello, comenz3 a separarse, para intuir, en cambio, la naturaleza *hist3rica* del Derecho<sup>284</sup>, antes de la conocida difusi3n de esta idea por parte de Savigny.

Así pues, si, como la historia del pensamiento jurídico nos muestra, no existe baremo alguno de medida de *lo justo* situado mäs allá del criterio humano, ello supone que el ú nico canon aceptable para determinar la justicia de una decisi3n en derecho es precisamente é se, el propio *criterio humano*. El decisor jurídico opera en un universo social determinado, y en la medida en que sus resoluciones concretas coincidan con las concepciones de justicia aceptadas por todos (o la generalidad) de los miembros de ese universo social, serán consideradas *justas*. En cualquier contexto hist3rico es válida, en fin, esta aseveraci3n: *es justa la decisi3n jurídica que es así considerada por los miembros del universo social en el que se lleva a cabo*. Ciertamente, no les faltaba raz3n a los viejos juristas de la Escuela Hist3rica en su configuraci3n del *Volksgeist como convicci3n comú n o conciencia comú n del pueblo*<sup>285</sup> y, por lo tanto, criterio originario sobre lo justo<sup>286</sup>; tampoco, en ú ltimo t3rmino, a Arist3teles con sus famosos principios que «parecen aceptables a todos, o a los mäs, o a los sabios y, entre éstos, o a todos, o a los mäs, o a los mäs ilustres y famosos»<sup>287</sup>.

---

<sup>283</sup> Grocio, *De iure belli ac pacis*, II,XV,8. En realidad, el título completo de la obra es *De iure belli ac pacis libri tres in quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicantur* (1625). Se cita por la ed. maior publicada en 1939 por la Sra. B. J. A. de Kanter-van Hettinga Tromp, de la que existe tambi3n una reedici3n de 1993, en la que, tras el título y el nombre de la aludida editora, se aña de la siguiente informaci3n: *Editionis anni 1939 exemplar photo-mechanice iteratum. Annotationes novas addiderunt R. Feenstra et C. E. Persenaire adiuuante E. Arps-de Wilde. Scientia. Aalen, 1993*.

<sup>284</sup> Cfr. G. Hugo, *Lehrbuch des Naturrechts* (1818), pp. 242 ss., 276 ss.

<sup>285</sup> Por ej., Puchta, *Institutionen I* (Leipzig, 1871), pp. 26 ss. emplea el t3rmino «*Volksüberzeugung*»; v. tambi3n Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), pp. 5 ss.

<sup>286</sup> Bachofen, *Das Naturrecht und das geschichtliche Recht*, en *Gesammelte Werke I* (1841), pp. 13 ss.

<sup>287</sup> Arist3teles, *Top.* 100b, 21.

Se llega de esta manera a una idea conclusiva básica, a saber, el *sustrato convencional de lo aceptable*. Cuando una resolución jurídica sea acorde con las convicciones individuales, fundamentalmente de naturaleza *ética, cognoscitiva o práctica*, del decisor y, además, del resto de los componentes del universo social (o de la generalidad de ellos)<sup>288</sup>, se producirá un *consenso* generalizado sobre el carácter *justo* de aquélla. Y ello es, evidentemente, una cuestión distinta de la tocante a la *legalidad*, esto es, la mayor o menor sujeción al ordenamiento normativo, de dicha resolución. Habrá de aceptarse, en definitiva, que *la realización de la justicia en el caso concreto es una cuestión tópica*.

6. Ahora bien, la resolución jurídica ha de tender, además de a la realización de la justicia en el caso concreto, a la realización, también en la mayor medida posible, del otro supremo valor del Derecho, que es la *seguridad jurídica*. Cabe, en efecto, que una decisión merezca la consideración de *justa* en un universo social determinado y sea, sin embargo, arbitraria, es decir, adoptada de manera caprichosa o aleatoria. Para que ello no suceda, para que exista una general garantía de objetividad, debe la resolución jurídica venir fundamentada no en criterios particulares del decisor (o, v.g., de sus destinatarios), sino en el *sistema normativo*, en tanto que *formalización inequívoca e incontestable del deber ser*. Con este carácter *dogmatizado*, en el sentido que Viehweg otorga a esta expresión<sup>289</sup>, el *sistema normativo* se impone a todos y, a la par, por cuanto preestablece pautas ciertas para el discurrir de las conductas individuales, supone la garantía de que la resolución jurídica que se apoye en él para imponer dichas conductas no será una resolución arbitraria por parte de quien la adopte. No otra es, a fin de cuentas, la idea que surgió en el pensamiento jurídico de la Edad Moderna de atribuir al Derecho (entiéndase al *sistema normativo*) la función no tanto de lograr la justicia, como de establecer un *orden cierto e incuestionable para las relaciones sociales*<sup>290</sup>. Por todo ello, y como ya he adelantado, a diferencia de lo que sucede con la *justicia*, que es un *valor* en sentido filosófico, la *seguridad jurídica* de la decisión en derecho sí puede ser medida por medio de un baremo objetivo, que es su adecuación al *sistema normativo*. Desde esta perspectiva, *si, como hemos visto, la realización de la justicia en el caso*

<sup>288</sup> Supra, II,9.

<sup>289</sup> Viehweg, Rechtsdogmatik und Rechtszsetetik bei Ihering, en Iherings Erbe- Gottinger Symposion zur 150 Wiederkehr des Geburtstags von R.v.Ihering (1970), pp. 211 ss. secc. II; Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie der Rechtsdisziplin, en Jahrb. f. Rechtssoziologie u. Rechtstheorie II (1972), pp. 438 ss. secc.IV.

<sup>290</sup> De ahí la manifestación de Hobbes, *Leviathan* II,26 (ed. de W. Molesworth, *Thomae Hobbes Malmesburiensis Opera philosophica*, 1839-45, reimp. 1961-62): *authoritas, non veritas facit legem*. En el mismo sentido se había pronunciado ya Montaigne, *Essais* III,13 (ed. de J. Plattard, 1931-32). Sobre el carácter incuestionable del Derecho, en razón de la paz social, Spinoza, *Tractatus theologico-politicus* III, § 6 (ed. de C. Gebhardt, *Opera*, 1.925).

*concreto es una cuestión tópica, la satisfacción de la seguridad jurídica es, en cambio, una cuestión sistemática.*

7. Esta última aseveración constituye una premisa necesaria para el correcto enfoque del problema de la decisión jurídica. Esta ha de satisfacer a la vez, y en la mayor medida posible, exigencias de *justicia* y exigencias de *seguridad jurídica*, y, en vía metódica, habrá de abordar las primeras desde una perspectiva fundamentalmente *tópica*, en tanto que las segundas desde una perspectiva fundamentalmente *sistemática*. La confusión de estas perspectivas conducirá en general a resultados insatisfactorios y en ocasiones absolutamente rechazables, de lo que existen aleccionadores ejemplos históricos. Reparemos en uno aún próximo a nuestra propia época.

La Escuela de la Exégesis cometió el error metodológico de tratar de dar respuesta al problema de la *justicia* de la resolución jurídica desde una perspectiva sistemática, cuando su correcto enfoque ha de ser *tópico*. Se confundió el problema de la *justicia* con el problema de la *seguridad jurídica* que, éste sí, requiere una perspectiva *sistemática*. Se trataba de reaccionar contra la arbitrariedad del Antiguo Régimen, pero el celo de los juristas por lograr este objetivo les llevó a confundir lo que era la *resolución arbitraria*, propia del tiempo anterior a la Revolución<sup>291</sup>, con la *resolución injusta* que en modo alguno ha de considerarse característica específica de aquella etapa histórica. Invirtiendo cada uno de los términos de esta ecuación se desembocó en el sofisma lógico de considerar que, por lo tanto, *resolución no arbitraria* equivale a *resolución justa* o, expresado de otra manera, que la resolución jurídica será tanto más *justa* cuanto con mayor rigor se acomode al sistema normativo. Lo *justo* es, en última instancia, lo *legal*, idea con la que se abre el periodo histórico de la Codificación, desde el entendimiento del positivismo normativista como el ideal de un sistema jurídico y de la *legalidad exasperante* como el incuestionable criterio orientador de toda resolución jurídica<sup>292</sup>. Todo este equívoco se mantuvo en Europa durante siglo y medio, hasta la llamada de atención que supuso, finalizada la Segunda Guerra Mundial, el descubrimiento de la verdadera dimensión del horror instaurado por el régimen nacional-socialista alemán, mediante actuaciones que, llevadas a cabo formalmente al amparo de la legalidad de un Estado soberano, en modo alguno podían ser consideradas *justas*. El pensamiento jurídico cayó en la cuenta, por fin, de que el rigor normativista no conlleva necesariamente la *justicia* de la decisión y, por el contrario, en ocasiones la estorba. Nadie puede pretender hoy, desde luego, que se prescinda de lo que fue una conquista irrenunciable del pensamiento jurídico de la Edad Moderna, a saber, el principio de legalidad en la decisión jurídica, lo que

---

<sup>291</sup> Aunque con matices: v. Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution* (1.ª ed. 1856), en *Oeuvres Complètes*, Ed. Calmann-Lévy (Paris, 1925), T. IV, en esp. Lib. II, Cap. IV

<sup>292</sup> Wicacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1967), pp. 322 ss.

devolvería a ésta al reino de la arbitrariedad; se trata, simplemente, de comprender que la *legalidad* no sirve (al menos de manera directa y necesaria) a la *justicia* de la resolución, sino a la *seguridad jurídica*. La justicia de la resolución es algo estimativo por parte de la persona que la adopta, aquéllas otras a quienes afecta y, genéricamente, las que integran el círculo socio-cultural en que tiene lugar. El *consenso* en torno a la consideración de *justa* es lo que hace que la resolución tenga tal carácter. Y ello con independencia de la adecuación de la misma al sistema normativo, lo que, por su parte, garantizará la ausencia de arbitrariedad, dando así satisfacción a un valor también importante, pero distinto a la *justicia*, cual es la *seguridad jurídica*.

Queda así aclarada la premisa inicial de mi razonamiento: las exigencias de *justicia* que se plantean al decisor en derecho ante el caso concreto requerirán, en el proceder metodológico de éste, un enfoque *tópico*; las exigencias, igualmente ineludibles, de *seguridad jurídica* requerirán, a su vez, un enfoque *sistemático*. Por lo que ambas perspectivas deberán aunarse en una decisión jurídica correcta.

Así pues, resulta que la decisión jurídica ideal o, al menos, la teóricamente preferible, será aquélla que, por un lado, posea un contenido material estimado *justo* tanto por el decisor, como por el resto de los miembros del universo sociocultural en el que se adopte, y, por otro, ofrezca a todos, al propio tiempo, las suficientes garantías de exclusión de la arbitrariedad. En definitiva, *una decisión que, en el plano monológico, haya sido obtenida mediante un adecuado juego tópico de valoraciones, mientras que en el plano dialógico se presente fundamentada en el sistema jurídico normativo, como muestra de su no arbitrariedad, pudiendo estarlo además (pero no solamente) en consideraciones tópicas, que lleven a los destinatarios del discurso a ser copartícipes con el decisor en la consideración como justa de dicha decisión*; lo cual requerirá ineludiblemente un acercamiento inicial a la cuestión controvertida de naturaleza *problemática* y no *sistemática*. Expresado de otra manera, el decisor jurídico deberá seguir un proceso intelectual integrado básicamente por los siguientes escalones: en primer lugar, una consideración *a priori* de la cuestión que se le somete como un *problema* dialéctico que, como tal, requiere la solución más adecuada (*justa*) y que, por afectar a intereses humanos, tiene pleno sentido *en sí mismo*, y no como integrante de una constelación de cuestiones a contemplar solamente a través del prisma del sistema jurídico normativo; en segundo lugar, y en razón de lo anterior, la *inventio tópica* de la solución justa, esto es, su alumbramiento mediante un juego intelectual, sereno y riguroso, de suscitaciones provenientes de sus convicciones de naturaleza *ética, cognoscitiva* o *práctica*. Este alumbramiento no debe estar condicionado por el sistema normativo, sino que debe ser llevado a cabo *con independencia* de dicho sistema, lo que, por otra parte, en modo alguno significa *con ignorancia* o, mucho menos, *en contravención* de aquél, sino sólo que sus límites materiales o formales no impidan

el juego *libre y absoluto* de valoraciones *tópicas* del decisor, al efecto de que la solución pueda ser estimada *justa* tanto por él mismo, como por el resto (o la generalidad) de los componentes de su universo social, cuestión que, como hemos visto, no es *sistemática*, en el sentido de que dicha estimación del carácter de *justa* que haya de incidir en la resolución *no depende* del grado de adecuación de la misma al sistema normativo. Nada obsta, en principio, a que una solución hallada por derivación mecánica del sistema normativo (el famoso procedimiento de la subsunción silogística, en cuya aplicabilidad pura, por otra parte, nadie cree ya <sup>293</sup>) pueda ser considerada *justa* por sus destinatarios, el resto de los miembros del universo social en que haya sido adoptada o, desde luego, el propio decisor jurídico, porque nada se opone a que, en el juego de valoraciones tópicas, las indicaciones directas del sistema normativo se manifiesten como las preferibles, en sintonía con las convicciones éticas, cognoscitivas o prácticas de decisor y destinatarios. Más aún, esto puede suceder regularmente, pero no es ésta la cuestión fundamental. Lo esencial es que el juego intelectual de valoraciones tópicas que despliegue el decisor sea *libre y absoluto*, esto es, carente de cualquier condicionamiento en la búsqueda de puntos de vista <sup>294</sup> y abierto, sin exclusiones *a priori*, a *todos* los que sean aptos para operar, mediante su confrontación valorativa, como guías de la decisión, hayan sido o no suscitados por el sistema. Aquí, precisamente, reside en buena medida la grandeza de los juristas romanos de la época clásica: un juego de valoraciones tópicas *libre y absoluto* (desde luego, no condicionado por sistema normativo alguno al estilo moderno) llevado a cabo con gran agilidad por espíritus de su categoría intelectual y moral <sup>295</sup> es lo que a nosotros nos asombra como «intuición creadora» <sup>296</sup>. Por esta razón he manifestado en otro lugar que dicha *intuición* es, en definitiva, *selecta tópica de prudentes* <sup>297</sup>. Y, por último, deberá el decisor jurídico, ya en el ámbito del discurso dialógico, ofrecer una *demonstratio* en todo caso *sistemática* y además, eventualmente, complementada mediante argumentos de naturaleza tópica. La decisión habrá de fundamentarse en el sistema jurídico normativo, para lo que adquiere una especial relevancia la pretensión característica del ordenamiento de ser

---

<sup>293</sup> Cfr. las reflexiones de Alexy, en el ap. 1 de la introducción de su *Theorie der juristischen Argumentation* (1978).

<sup>294</sup> Sobre esta función de la tópica, Otte, Xenion. *Festsch. Zepos* (1973), pp. 391 ss.

<sup>295</sup> Ihering, *Geist des römischen Rechts I* (1852), 303; Iglesias, *Espíritu del Derecho romano* (1983), pp. 83-85 (= *Spirito del Diritto romano*, 1984, pp. 83-86).

<sup>296</sup> Sobre esta *intuición*, Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (1962), pp. 49 ss.; Giaro, *SZ 105* (1988), pp. 246 ss. Se trata de una cualidad de los mejores espíritus de la Antigüedad, al ser detectable también en los grandes filósofos peripatéticos y estoicos: cfr. Waldstein, *Festg. Herdlitzka* (1972), pp. 261 ss.

<sup>297</sup> *Est. Jur.* Libro conmemorativo del Bicentenario de la Universidad de La Laguna, II (1993), p. 910.

«completo», como *sistema* omnicomprendivo propiamente dicho<sup>298</sup>. Si, aparte de esto, el decisor complementa su discurso de fundamentación mediante argumentos de índole tópica, a partir de criterios compartidos en su entorno social por su arraigo en convicciones comunes, ello contribuirá sin duda a que los destinatarios de dicho discurso (v.g., las partes en conflicto o los juristas que hayan de valorar la resolución) puedan alinearse más fácilmente con el indicado decisor en la estimación de que «se ha hecho justicia», ya que, como veíamos anteriormente, la justicia de la decisión tiene, en última instancia, un sustrato de consenso generalizado.

Si quien decide en derecho sigue este *iter* metodológico con el rigor intelectual que el mismo requiere, logrará una resolución satisfactoria al máximo (al menos dentro de los parámetros humanos) en cuanto a su *justicia*, como consecuencia del enfoque *problemático* de la cuestión controvertida y hallazgo *tópico* de su desenlace, que alejarán los riesgos que conlleva una perspectiva de abstracta generalidad adoptada a través de la rigidez *sistemática*, con el consecuente alejamiento de la realidad vital del caso concreto. Será, ciertamente, una solución «a medida» para el caso planteado, que es la que propugna Alfeno con su famoso *respondi in causa ius esse positum*<sup>299</sup>. Y, por otra parte, se tratará de una resolución acorde con las exigencias de la *seguridad jurídica*, en razón de su fundamentación en el sistema normativo, lo que excluirá toda sospecha de arbitrariedad. En este sentido, debe repararse (y cualquier decisor jurídico, v.g., juez, podrá confirmarlo) en que el ordenamiento normativo posee la suficiente ductilidad como para que dicha fundamentación resulte posible en la práctica totalidad de los casos<sup>300</sup>.

8. La estructura del método descrito es, como se recordará, la que subyace a las decisiones de Martino Gosia que he analizado<sup>301</sup>. Es también la que hemos visto reflejada en algunas resoluciones de juristas romanos de la etapa clásica<sup>302</sup>. Y es, en definitiva, la que con toda probabilidad resultará familiar a muchos jueces europeos actuales, ya que no se trata sólo de que la adopción seria y rigurosa de este método se presente como deseable por su aptitud para conciliar en una medida altamente satisfactoria los valores

---

<sup>298</sup> Característica no invalidada, pese a haber sido tradicional objeto de crítica: cfr. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1991), p. 438.

<sup>299</sup> Alfeno, *lib. secundo digestorum*, D. 9,2,52,2. V. supra, III, 1.

<sup>300</sup> A estos efectos, tienen especial relieve las alusiones normativas a nociones tales como la equidad, la *buena fe* o el *abuso de derecho*. Cfr. arts. 3,2; 7,1 y 7,2 del Código Civil. Sobre el sentido de la *buena fe* como noción incorporada al sistema normativo (alemán), Wicacker, *Zur rechtstheoretische Präzisierung des 242 BGB* (1956). Existe trad. española de J. L. Carro, bajo el título «El principio general de la buena fe» (1977), de la que debe leerse el cuidado prólogo de L. Díez-Picazo.

<sup>301</sup> Supra, II, p. 14.

<sup>302</sup> Supra, III, pp. 2, 3, 4 y 5.

*justicia y seguridad jurídica*, sino que de hecho, en la práctica, el sentido jurídico de nuestros jueces a partir de la segunda mitad del siglo les viene orientando en esa dirección, tal como ya constatará a principios de la década de los setenta J. Esser<sup>303</sup>. Esto explica la conclusión que he adelantado al comienzo de este capítulo: no nos hallamos sólo ante un *método* de decidir en derecho alumbrado en y válido para unas circunstancias históricas determinadas, sino ante un verdadero *modelo metodológico* que contiene claves de valor universal; de ahí que me haya parecido adecuado denominarlo *algoritmo metodológico ahistórico de la decisión jurídica*.

Este *modelo metodológico* viene a dar una solución coherente al problema de las relaciones entre tópicos y derecho positivo, como elementos, ambos, de consideración imprescindible en la decisión jurídica, que resultan así convenientemente integrados. Piénsese, a este respecto, en lo insatisfactorio de otras variantes del esquema descrito: si excluimos la tópica del plano del hallazgo y, para encontrar la solución a la cuestión problemática planteada nos ceñimos a los límites del sistema normativo y pretendemos proceder solamente de una manera deductiva rigurosa a partir de él (es decir, *sistemáticamente* y no *problemáticamente*)<sup>304</sup>, el proceso intelectual adolecerá de una rigidez que, con frecuencia, afectará a la *justicia* de la decisión, por cuanto el enfoque de lo que es *real* y *vital* se habrá llevado a cabo desde una perspectiva apriorística de *racionalidad conceptual*, en el sentido (peyorativo) que esta expresión tenía para la Escuela Histórica del Derecho, esto es, de orden abstracto distorsionante de la realidad<sup>305</sup>. El glosador Búlgaro y los juristas de la Escuela de la Exégesis constituyen buenos ejemplos históricos de esta variante. Si, como contrapunto teórico, de lo que prescindieramos fuese del *sistema* en el plano de la fundamentación, habiendo de ceñirse ésta al ámbito tópico, la decisión carecería de garantía de no arbitrariedad, por lo que quebraría el valor *seguridad jurídica*. Los postulados de la Escuela del Derecho Libre responden, sin duda, a esta segunda variante metodológica<sup>306</sup>. Por todo ello, para el jurista moderno (y, de manera muy especial, para el juez) que sea capaz de comprender en su completa dimensión el valor del *algoritmo metodológico* que he descrito, quedará sin duda enaltecida la personalidad jurídica de Martino Gosia y definitivamente consagrada la utilidad de la historia del Derecho para el pensamiento jurídico de nuestra época.

---

<sup>303</sup> Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (1972), p. 7: «Die Praxis geht nicht von doktrinären Methoden der Rechtsfindung aus, sondern sie benutzt sie nur, um die nach ihrem Rechts- und Sachverständnis angemessenste Entscheidung *lege artis* zu begründen».

<sup>304</sup> Viehweg, pp. 49 ss.

<sup>305</sup> Así, en la Introducción de Savigny a su *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814).

<sup>306</sup> V. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1991), pp. 59 ss.

## V. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

La *justicia* es al Derecho lo que la *salud* a la Medicina: su propia razón de existir. El acto de decisión jurídica, como también el acto médico, son actos profundamente *vitales*, cuyo fin último es el hombre, y en modo alguno las construcciones abstractas, por racionales y necesarias que éstas puedan llegar a ser. Esta idea no es tan simple como a primera vista puede parecer. Es la misma que, desde otra perspectiva, se afanaba Schlegel, en los albores del Romanticismo alemán, en hacer comprender a los nostálgicos del racionalismo, proclamando que «el mundo no es sistema, sino historia»<sup>307</sup>. De ahí la grandeza de juristas que han demostrado una especial sensibilidad hacia ella, como los juristas romanos del periodo clásico, el glosador Martino Gosia, Rudolph v. Ihering o Theodor Viehweg. A ellos, a su memoria, mi respeto científico y mi gratitud humana.

JOSE MARIA SAINZ-EZQUERRA FOCES

---

<sup>307</sup> Cfr. A. Poetzsch, Studien zur fruhromantischen Politik und Geschichtsauffassung. Beiträge zur Kultur- und Universalgeschichte 3 (1907), 52.