

EN TORNO AL MÉTODO DE LOS JURISTAS MEDIEVALES

En el momento actual, que es de búsqueda de un método adecuado a la ciencia jurídica, es interesante aludir al método, o los métodos, que utilizaron los juristas de la Edad Media. Tras muchos años de escasa atención, los estudios de diversos autores, muy especialmente los de Viehweg han venido mostrando una jurisprudencia existente en esta época que puede concurrir hoy en el conjunto de modelos entre los que pueden inspirarse las tentativas de creación de un método jurídico actual.

Esta visión de la actualidad del método jurídico medieval es, ciertamente, de origen muy reciente, y no creo que se pueda afirmar, aún hoy, que está muy extendida ante los diversos estudiosos. Sucede que el mayor obstáculo para la valoración adecuada de la utilidad actual de la jurisprudencia medieval reside en el desconocimiento que, por lo general, existe sobre ella.

Este desconocimiento sobre la ciencia jurídica medieval se muestra en el hecho de que está muy extendida la opinión de que tanto los juristas como los teólogos medievales abusaron del razonamiento silogístico de acuerdo con el instrumental lógico, dialéctico y retórico de que se disponía en aquel tiempo. Por este motivo, un sector amplio de estudiosos de la historia del pensamiento jurídico considera que las doctrinas de estos autores no son sino una «pura traslación al Derecho del método escolástico teológico, caracterizado, como hoy es harto sabido, por un tremendo rigor lógico formal: rigor tal, que habría de llevar a la corrupción del propio método, perdido en el culto a la forma, con la consiguiente deformación del contenido de los saberes que lo aplicaban»¹.

· 1. Recojo esta afirmación del prof. Puy porque me parece muy representativa de la mentalidad con la que buena parte de los tratadistas

De acuerdo con la fórmula de suponer cómo se desarrolló el trabajo de los juristas medievales, el estudioso de las teorías jurídicas de los siglos XII, XIII, XIV y XV está tentado a pensar que los libros de Derecho de este tiempo presentan más bien la estructura de un tratado de lógica, según se desprende de la mentalidad a que aludo, o bien, de una ontología² hecha según un método puramente logicista.

Pero si el interesado en el conocimiento de la jurisprudencia medieval se acerca directamente a los textos de los juristas de esta época prescindiendo momentáneamente de fuentes indirectas, encontrará una cosa muy distinta de lo que indican los autores antes mencionados. Efectivamente, nada hay en ellos que recuerde a un tratado de lógica o de metafísica. En lugar de ello, encontramos un amontonamiento desordenado de casos prácticos que no guardan una relación especial con la lógica, tanto en lo que se refiere al orden de exposición de los problemas como en la *inventio* de la solución de cada tema.

Por ello, es difícil encontrar una explicación razonable de la persistencia, aún hoy, de este tipo de afirmaciones sobre el pre-

de la historia del pensamiento jurídico contemplan la jurisprudencia medieval. Cfr. *El problema de la lógica jurídica*, en "Anuario de Filosofía del Derecho", X (1963) pág. 53. El profesor Puy se apoya, para mantener esta afirmación, en un estudio que ha tenido una amplísima difusión: *Europa und das römisches Recht*, 2.^a ed. München-Leipzig 1953, de P. KOSCHAKER. Esta opinión, entre otros, ya la había mantenido un conocido historiador del Derecho romano en la Edad Media, P. Vinogradoff, quien, al hablar del renacimiento de los estudios jurídicos en la escuela de Bolonia, escribía que "Esso presenta in fondo un'applicazione al diritto del metodo che era adottato per la trattazione de tutti i problemi di teologia e di scienza, il cosiddetto metodo scolastico... Il poderoso strumento per il progresso del sapere a quel tempo fu il metodo dialettico, mediante cui la logica formale ed universale analizza concetti e costruisce sillogismi". Cfr. *Diritto romano nell' europa medievale*. 2.^a edición, Milano, 1950, págs. 45-46.

2. Vid VERDROSS, *Abendlandische Rechtsphilosophie. Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in Geschichtlicher Schau*. Wien, 2.^a ed., 1963, página 88. En este lugar, Verdross indica que el Derecho natural, durante la Edad Media, estuvo "recluido" dentro de la metafísica.

tendido carácter logicista de la jurisprudencia medieval³, sea referido a las obras de los juristas⁴ o a las de los teólogos que se ocuparon de temas ético-jurídicos⁵.

3. Nicolini se refiere explícitamente a este tema, indicando que el cuadro presentado por los que muestran a la jurisprudencia medieval como formada por silogismos "è un quadro veramente semplistico. A proposito del quale, e ben a ragione, già alla fine del secolo scorso, uno studioso acuto come Pierre de Tourtoulon, avendo esaminato direttamente e compiutamente le opere di Jacques de Rèvigny, osservava con acutezza: "comme chacun base son jugement sur une tradition un peu vague et non sur une étude des oeuvres elles mêmes, il s'ensuit que l'imagination fait une bonne part de frais"... Questi concreti e autorevoli avvertimenti sono stati tenuti presenti dal Besta..., del Brugi, dal Tamassia, e dal Meijers, per citare soltanto qualche nome. Essi sono stati poi ripresi e ampliati dal Genzmer". Cfr. *I. giuristi postaccursiani e la fortuna della Glossa in Italia*, en "Atti del Convegno Internazionali di Studi Accursiani". Bologna, October 1963, 1968, vol. III, págs. 890-892.

4. También V. Piano Mortari, recientemente, escribía que "L'opera dell'interprete si risolveva in una operazione di carattere logico in cui veniva fatto lungo impiego degli strumenti argomentativi della dialettica aristotelico-scolastica". Cfr. *Il problema dell'interpretatio iuris nei commentatori*, en "Annali di Storia del Diritto". II (1958) pág. 48. Por lo general, este autor mantiene la tesis —que no fundamenta documentalmente— que la cientificidad de la exégesis jurídica provenía, en aquellos juristas, del rigor lógico-dialéctico de sus deducciones. Vid. págs. 57, 67-69, entre otros lugares.

5. Así, por ejemplo, A. Osuna Fernández-Largo escribe que la llamada por él "ética legalista" se olvidó "de la continua indagación de las realidades morales", que fueron sustituidas "por enunciados formales que, a modo de leyes dictadas por la autoridad de los sabios, pudieran convertirse en leyes de conducta válidas para todos los hombres". El iusnaturalismo tomista, explica este autor, quedaría dentro de tal "ética legalista" ya que, en Santo Tomás, "aquellas largas explicaciones sólo son justificables por un rudimentario conocimiento de la historia de los pueblos y de la evolución y progreso de la naturaleza del hombre. No conocían más progreso en el Derecho natural que el progreso lógico de unos principios a unas conclusiones, a modo de silogismo, y que era realizado por los hombres sabios, porque los primeros principios del Derecho natural los poseían todos con un conocimiento inmediato. Esta explicación —continúa Osuna— resulta inútil en orden a probar la inmutabilidad del Derecho natural, pues concibe todo el Derecho natural como un conocimiento deductivo y axiomático, sin la menor referencia al progreso en el conocimiento humano. Bastaba, en efecto, una penetra-

Ciertamente, este juicio sobre la producción jurídica medieval se formó hace ya mucho tiempo⁶, al parecer sin ningún fundamento documental⁷. Por el contrario, las investigaciones metódicamente dirigidas a dilucidar este problema muestran algo muy distinto. Así, por ejemplo, B. Brugi, en un estudio sobre este tema que es clásico reconoce que los glosadores concieron y utilizaron diversos recursos de la gramática, dialéctica y lógica que se enseñaba en el *trivium*. Pero su método de creación del Derecho —indica Brugi— supero con mucho los moldes que ofrecían los estudios gramáticos y lógicos de aquel tiempo, y construyeron un mé-

ción en los primeros principios, de inmutabilidad absoluta, para ir construyendo todo el Derecho natural por vía de deducción de lo general a lo particular... Así, las categorías de Porfirio se convertían en instrumento para una perfecta catalogación de expresiones de Derecho natural, de las cuales, a su vez, por un procedimiento lógico, se podían deducir nuevas leyes, que, según el número de silogismos requeridos, se distinguían en próximas, remotas, remotísimas, etc... Y en todo ello no había un plan de conocimiento humano, sino un juego artificioso de clasificación, al que tan afecta era la escolástica medieval". Cfr. *Las infundadas expresiones legalistas del Derecho natural clásico*, en "La Ciencia Tomista" CIV (1977) págs. 593-599.

6. Luis Charonda, hacia 1550 en plena disputa entre el "mos gallicus" y el "mos italicus", llamaba "scholastici" a los juristas medievales, e indica que con sus libros "iniquitatis artem confixerunt". Cfr. *Verosimilium libri III*, París 1554 "praefatio". Entre los historiadores del pensamiento jurídico más moderno, vid. FICKER, *Forschungen zur Reichs und Rechtsgeschichte Italiens*, III, 1. Innsbruck, 1870, págs. 491 y ss. L. CHIAPPELLI, *La polemica contro i legisti dei secoli XIV, XV e XVI*, en "Archivio giuridico", 1881, pág. 298. R. Stintzing, cuya obra es aún de importancia fundamental, parece inclinarse también, aunque de forma más tenue, en este sentido. Vid. *Geschichte der deutsche Rechtswissenschaft*. München-Leipzig, 1880, vol. I, págs. 106 y ss.

7. B. Paradisi indicaba en 1960: "¿...perchè non toccare anche l'annosa soluzione del metodo dialettico? Gli errori della scienza meno recente sul suo impiego da parte dei Glossatori non derivano però soltanto da uno sguardo a volo d'uccello, da una sintesi troppo frettolosa. Essi hanno la loro origine nella mancanza di conoscenza positiva". Cfr. *La diffusione europea dell'opera di Bartolo e le esigenze attuali della sua conoscenza*, en "Studia et documenta Storie et iuris", XXVI (1960) página 13.

todo específicamente jurídico⁸ en el que la lógica y la dialéctica fueron empleadas muy sucintamente⁹. Paradisi, más recientemente, ha sostenido de acuerdo con Meijers que no sería exacto hablar de un método dialéctico específicamente jurídico, ya que la función de la dialéctica en los principales juristas medievales era fundamentalmente expositiva de lo que ya había sido decidido. Se

8. "... non mi sembra di ciò, col Ficker, esagerare l'importanza. Forse si potrà dimostrare che i glosatori adottarono il metodo stesso di citazione delle fonti teologiche. Se poi paragoniamo il frutto di quella scuola per la giurisprudenza, facile è vedere la grande distanza che separa la scuola bolognese dalle precedenti. La glossa bolognese emerge per la grande padronanza di tutte le fonti; per il sicuro fundamento dei principi di diritto a cui ricondusse le decisioni dei casi; per aver colpito in modo mirabile la "mens legis" e preparato le dottrine del diritto comune; per essersi sempre appropriata il tecnicismo giuridico romano, anche nei punti più sottili. Tutto si deve al metodo dei glossatori e al loro squisito sentimento giuridico". Concluye este autor indicando que, frente a la lógica y a la dialéctica, "i glossatori, favoriti di varie circostanze, fecero un metodo proprio". Cfr. *Il metodo dei glossatori bolognese*. Studi Riccobono, I. Palermo, 1936, pág. 31. Lo mismo indica H. Horn, quien hace notar expresamente, siguiendo lo escrito por Baldo, que la *vera philosophia legalis* es más que una simple *philosophia dialectica*, y expone ejemplos, ya propuestos por Baldo, de cómo la lógica jurídica es distinta de la lógica de los *artistas seu philosophos*. Vid. *Philosophie in der Jurisprudenz der Kommentatoren: Baldus philosophus*, en "Ius Commune" II (1969) pág. 138.

9. "A me fa l'impressione che Irnerio sia stato molto parco nel mostrare el uso delle logica; e credo proprio abbia ragione il Besta (L'opera d'Irnerio, Torino, 1896) di dire che Irnerio, sebbene ricorresse soventi agli artifici della dialettica, non ne abusò e fu conciso e preciso nelle glosse". Cfr. *Il metodo...*, cit., pág. 27. N. Horn, por su parte, hace un estudio detenido de las partes integrantes de la argumentación jurídica de Baldo. En ella entran las Sagradas Escrituras, citas de diversos filósofos y poetas, además de las referencias al *Corpus Iuris*. En las páginas 110-112 expone la frecuencia —en forma estadística— en que es citado cada autor, por Baldo. Es significativo que los lógicos de la Edad Media no aparezcan en el primer cuadro y que, de las obras aristotélicas; la "Tópica" sólo es citada en una ocasión, lo mismo que la "Retórica" de Cicerón. En cambio, otras obras de estos autores son citadas con muchas más frecuencia. Por ello, Horn explica "dass unter den genaue- ren Zitaten die logischen Schriften des Aristoteles fast völlig fehlen". Cfr. *Philosophie in der Jurisprudenz...*, cit., pág. 131. Es interesante contrastar los resultados de este estudio con el "Índice de los textos li-

trataba de un recurso para convencer al auditorio, sin gran interés práctico, en el que lo más que se puede contemplar es, con palabras de Meijers, «un homenaje inconsciente de la superioridad de la inteligencia sobre la memoria»¹⁰.

2. No es el momento de exponer detenidamente el método o los métodos, jurídicos medievales. Esta tarea ya está realizada en buena parte¹¹ y aquí sólo pretendo aludir a vista de pájaro a lo más básico de la metodología jurídica medieval.

Sucede, en efecto, que los juristas de los siglos XII, XIII o XIV elaboraron sus teorías fundamentalmente en forma de glosa o comentario al Derecho romano. Para ello, fijaban el texto romano,

terarios" que expone A. Schiavone en *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia et transactio da Labone a Ulpiano*, Nápoles, 1971, págs. 185-190. Las fuentes filosóficas y literarias de la argumentación jurídica son extraordinariamente parecidas en el *Corpus Iuris* y en Baldo, según se desprende de la comparación entre estos dos estudios. En ambas destaca la afición por la Etica y el mínimo uso de la lógica. Por su parte, O. Behrends escribe que "Es finden sich denn auch im Werk des Mucius feinsinnige Auslegungentscheidungen, die eine grammatische Schulung verraten, aber keine logischen Elementen". Cfr. *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola pontifex*. Göttingen, 1976, pág. 28.

10. "Il Meijers sostiene che sarebbe un errore caratterizzare gli scritti della scuola di Orleáns attraverso l'uso della dialettica e piú ancora di parlare qui di un metodo dialettico specificamente giuridico. Le digressioni dialettiche non vi avrebbero un grande interesse pratico. Erano un modo di avvicinare l'uditorio, essendo "un hommage inconscient á la superiorité de l'intelligence sur la memoire". Non posso che applaudire, avendo da parte mia sostenuto il ruolo specificamente espositivo della dialettica nei Commentatori (*Metodo di esposizione e creazione del sistema nei Maestri italiani del secolo XVI*. Comm. des XI Congrès inter. des Sc. Hist. Stockholm, 1960, págs. 218 y ss.). Cfr. *La scuola di Orleáns: un'epoca nuova del pensiero giuridico. A proposito del volume di A. M. Meijers: Etudes d'histoire du droit 3/1.*, en "Studia et documenta historiae et iuris", XXVI (1960) pág. 356.

11. Vid., entre otros a L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milano, 1967, págs. 79-200, que expone resumidamente los resultados obtenidos por Genzmer, Paradisi, Schulz, Kuttner, Lang, Kantorowicz, Coing, etc.... Un estudio de estilo nuevo, mucho más completo que cualquier otro es el de G. OTTE *Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*. V. Klostermann, Frankfurt am Main, 1971.

sin preocuparse gran cosa de la fiabilidad de los manuscritos en que venía recogido¹² y, después, referían a cada texto los problemas que podían encontrar su solución en él.

De esta forma, el texto romano suele aparecer en el lugar central de las páginas de cada libro. Los primeros glosadores escribían entre las líneas de los juristas romanos¹³, o bien intercalaban letras en el texto y en los márgenes de las páginas desarrollaban sus exégesis¹⁴. A partir del siglo XIV encontramos una forma más depurada de comentario: el texto quedaba dividido en *leges* o *paragrapha*, y debajo de cada una de estas divisiones insertaban un *summarium* con las cuestiones que presuntamente podían ser resueltas a la luz de ese texto. Desarrollaban sus respuestas a las cuestiones del *summarium* a continuación, y una numeración marginal servía para relacionar cada desarrollo concreto con las cuestiones propuestas en el sumario antecedente.

En consecuencia, la forma externa que reviste buena parte de la jurisprudencia de la Edad Media consiste en un amontonamiento de casos prácticos hecho sobre la, a su vez, inmensa casuística romana; es decir, unos problemas que no estaban agrupados ni siquiera temáticamente, elaborados sobre unas fuentes que ya los humanistas del siglo XVI consideraron caóticas por la supuesta falta de orden con que había procedido Triboniano en la recopilación de las opiniones de los jurisprudentes romanos¹⁵.

12. Normalmente aceptaban la edición del *Corpus Iuris* conocida como *litterae vulgatae*, sin preocuparse de esclarecer su contenido mediante análisis filológicos o históricos. Vid. N. HORN, *Die juristische literartypen der Kommentarorenzeit*, en "Ius Commune", II (1969), pág. 86.

13. Vid., entre otros muchos, a S. KUTTNER, *Bernardus Compostellanus Antiquus*, en "Traditio" I (1943), pág. 279.

14. Savigny repara en estos dos tipos de glosas al tratar sobre la obra de Irnerio, e indica que, en este autor, cada modelo de glosa cumplía una función diferente. Según Savigny la glosa interlinear servía para aclarar, mediante sinónimos y análisis filológicos, el significado de una determinada palabra. La glosa marginal, en cambio, tenía la función de establecer conexiones lógico-conceptuales con otros lugares del *Corpus Iuris*. Cfr. *Geschichte der römischen Recht im Mittelalter*. Darmstadt, 1956, capítulo XXVI.

15. Así lo manifestaba Luis Charonda: "eósque magis exoptet quám haec obscissa et mutila veteris iuris prudentiae fragmenta, quae sic á Triboniano disposita sunt, ut nullus sit, qui non es legens, integrorum

Por su parte, el desarrollo y solución de los argumentos de que constaban cada uno de estos casos sólo presentan una cierta uniformidad en lo que se refiere al orden externo de su presentación, que solía seguir un esquema más o menos tipificado¹⁶. En cambio, el itinerario intelectual realmente seguido por el jurista en la resolución de estas «cuestiones» o casos prácticos no se deja tipificar en ningún procedimiento lógico uniforme a todos ellos. En primer lugar, el legista tenía en cuenta la *lex*, es decir, el texto del *Corpus Iuris* que interpretaban. Los juristas medievales, especialmente los glosadores de los siglos XII y XIII, volcaron sus

voluminum iacturam graviter molestésque ferat". Cfr. *Verosimilium libri III*, cit., *Praefatio*, pág. 3. M. Villey, en *La formation de la pensée juridique moderne*. París, 1968, págs. 522-523, recoge este tipo de lamentaciones de los humanistas del siglo XVI; pero las apreciaciones que aquí hace Villey sólo son ciertas parcialmente: los humanistas, al pretender ordenar el *Corpus Iuris*, no se propusieron todos el exponer su contenido "sistemáticamente". Para la mayor parte de ellos, "ordenar" el *Corpus Iuris* significaba exponer las opiniones jurisprudenciales romanas agrupadas en torno a cada autor, según el orden cronológico de su creación. Vid. sobre esto a F. CARPIÑERO, "Mos italicus", "mos gallicus" y el Humanismo jurídico racionalista. Una aportación a la historia de la metodología jurídica, en "Ius Commune", VI, (1977), pág. 129.

16. La *quaestio* jurídica medieval solía presentar la siguiente estructura: 1) Comienza por la *rubrica* o *titulus*; 2) El siguiente elemento es el *exordium*, que es sólo una frase introductoria, sin más importancia: *talis quaestio... ardua est*, por ejemplo. 3) Sigue el elemento más característico de todos: el *casus*, llamado también *causa*, *negotium*, *materia*, *tema*, etc.... El hecho de plantear el problema o caso práctico era llamado *ponere* o *proponere*; 4) Viene la sentencia, introducida por la palabra *quaeritur*, o *nunc, inde quaeritur, quaestionis est, iuris est quaestio, vertitur in quaestionis*, etc... En algunos casos poco frecuentes se emplea la fórmula *controversia est, indagatur, examinandum, propono*; 5) Después, los *disputantes, argumentantes, opponens et respondens*, exponían los *argumenta et allegationes legum*; 6) Finalmente, venía la *solutio*, término que rara vez aparecía expresamente. Vid. H. KANTOROWICZ, *The "Questiones disputatae" of the Glossators*, en "Revue d'Histoire du Droit", XVI (1938), págs. 17-29.

En la enseñanza oral, la exégesis de los textos romanos solía seguir también un cierto orden estereotipado. En primer lugar introducían una breve aclaración para cada *lex* o *constitutio*; después, exponían resumidamente lo que era considerado esencial del texto glosado; en tercer lugar, seguía la lectura de dicho texto; después de la lectura, referían a

esfuerzos en determinar el significado de cada palabra, de modo que cualquier término aislado, aunque fuera un simple adjetivo o adverbio, recibió un tratamiento hermenéutico propio. Astuti llama a este tipo de interpretación «glosas gramaticales o lexicográficas», y entiende que las que existen en la glosa de Accursio son un residuo de las antiguas glosas interlineares que se dirigían a la interpretación directa de cada palabra¹⁷. La falta de la adecuada cultura histórica y gramatical de estos juristas, con las consiguientes arbitrariedades en la interpretación del texto romano¹⁸,

ese texto los otros lugares del *Corpus Iuris*, en donde se encontraban soluciones a casos similares. Tales *sententias*, podían ser semejantes o discordantes, por lo que era preciso proceder a las *solutiones contrariorum*; en quinto lugar, ponían de relieve los principios jurídicos contenidos en el texto comentado, y que, comunmente, llamaban *brocarda*; posteriormente, venía el momento más analítico de este proceso: las *distinctiones*, y se terminaba con la exposición de la solución.

Conocemos este esquema de la *lectio* medieval en la época de los glosadores gracias a los testimonios de tres autores de aquel tiempo: Juan Bassiano (siglo XII), el Hostiense y Odofredo de Denariis (siglo XIII). Vid. sobre este tema el estudio de P. WEIMAR *Die legistische Literatur und die Methode des Rechtsunterricht der Clossatorenzeit*, en "Ius Commune", II (1969), págs. 43-83. Una explicación bastante amplia sobre la estructura de los diferentes tipos de *quaestiones* se encuentra en la obra de C. CHEVRIER, *Sur l'art de l'argumentation chez quelques romanistes médiévaux au XII et au XIII siècles*, en "Archives de Philosophie du Droit", XI (1966), págs. 115-148. Conviene tener en cuenta, para no sobrevalorar nuestro conocimiento acerca de la metodología jurídica medieval, lo que indica U. Nicolini: "Dall'apparente uniformità della produzione giuridica di una certa età o dalle lungaggini degli scritti di una certa scuola non si giungerà che a un giudizio dall'esterno, a un giudizio esteriore". Esta cita, dirigida expresamente contra los juicios de valor de Savigny acerca del método de algunos juristas medievales, se encuentra en *I giuristi postaccursiani*, cit., Vol. III, pág. 828. En consecuencia, el itinerario real intelectual del jurista, es decir, lo que podríamos llamar el método "interno", queda al margen de los procedimientos formales que he expuesto acerca de la estructura de la *quaestio* o de la forma de enseñar el Derecho en la Edad Media.

17. Vid. *La "glossa" accursiana*, en "Atti del Convegno Internazionali di Studi Accursiani", Milano, 1968, vol. II, pág. 336.

18. U. Gualazzini considera que "Gli uomini di legge sentirono la necessità di cogliere l'essenza del pensiero del legislatore attraverso una esegesi letterale dei testi che, senza rappresentare una vera e propria

hizo de tales glosas un elemento del razonamiento jurídico especialmente ágil, cambiante, un factor de libertad y de inseguridad a la hora de determinar la solución concreta, de acuerdo con el significado que cada cual atribuía al pasaje del Derecho romano que comentaba. Por este motivo, y a fin de mantener una cierta seguridad jurídica, diversos derechos estatutarios impusieron a estos juristas la obligación de interpretar el Derecho romano *sicut littera iacet et sonat*¹⁹. A pesar de este tipo de restricciones, la jurisprudencia medieval, por lo general, no dependió de la letra de la ley, y lo que pudiera haberse reducido a una simple glosa fue, con frecuencia, auténtico comentario o, por decirlo con palabras de un jurista del siglo XIII, una *expositio generalis supra textum*²⁰. Por este motivo, la *littera legis* cumplió la función de ser un tópico más en la dialéctica de su argumentación²¹.

Además de la *lex* aducían *rationes*, que eran argumentos de conveniencia, oportunidad, lógica o justicia, que tuvieran apoyo en una ley divina o humana. Aquí se desplegaban los conocimientos históricos, dialécticos, los dogmático-jurídicos y jurisprudenciales²² al servicio de la argumentación en el Derecho. Los autores

interpretazione, consentise ugualmente di applicare la legge nella maniera più ortodossa. Per tale motivo, essi ricorsero spesso a metodo etimologico. Purtroppo non li sorreggeva alcuna preparazione glottologica. Non conoscevano neppure le regole più elementari della fonetica né el greco, né la distinzione fra il tema e la desinenza delle parole... Essi, di regola, si abbandonarono nella interpretazione delle parole a etimologie puramente fantastiche". Cfr. *Trivium e Quadrivium*, en "Ius Romani Medii Aevi", Pars. I, 5.^a, pág. 38.

19. Cfr. GENZMER, *Kritische Studien zur Mediaevistik I. Renaissance der Wissenschaft der römischen Recht, Rechtskultur und Richterverantwortlichkeit in der Darstellung Woldermar Engelmans*, en SZ Rom 61 (1941), pág. 316.

20. Vid. NICOLINI, *I giuristi postaccursiani...*, cit., págs. 884-885.

21. H. Coing equipara la función de las "leges" citadas por los glosadores con los *topoi* aristotélicos. Cfr. *Trois formes historiques d'interprétation du droit. Glossateurs, pandectistes, école de l'exégèse*, en "Revue historique de Droit français et étranger". Quatrième série 48 (1970), págs. 537 y 538.

22. La alegación de la jurisprudencia es una faceta de esta argumentación jurídica muy poco estudiada. Vid. el estudio de A. SERGÉNE, *Le précédent judiciaire au Moyen âge*, en "Revue historique de droit français et étranger" XXXIX (1961) 224-254 y 359-370.

que han estudiado la metodología de esta época están de acuerdo casi unánimemente en destacar este momento de la creación del Derecho como el más importante en los juristas de esta época²³. Efectivamente, lo decisivo en sus argumentaciones solía ser un entramado de conceptos estrictamente jurídicos que, a modo de cuerpo doctrinal común a todos los juristas permitía subsumir un *casus* en él, y determinar su naturaleza jurídica de acuerdo con la doctrina de la época. Esto supone, como es obvio, afirmar que existió una fuerte tendencia sintética en la jurisprudencia de la edad media que, mediante el contraste de un texto con los *loci paralleli aut contrarii*, buscaba la solución de los problemas gracias a la conciliación de las eventuales antinomias, o a la aplicación de reglas creadas mediante el razonamiento analógico. De esta forma al tenerse en cuenta en cada caso el complejo total del *Corpus Iuris*, consiguieron crear paulatinamente un cuerpo doctrinal jurídico unitario y coherente²⁴, de forma que tales *rationes* permitían entender un texto a la luz del conjunto del Derecho romano, que servía así de contexto²⁵.

23. Coing explica que "leur pensée pourrait être appelée "argumentative". Le légiste regarde un texte du Digeste ou du Code non comme l'expression ou l'application d'une règle générale, mais comme base ou siège d'un argument". Cfr. *Trois formes historiques d'interprétation...*, cit., pág. 531.

24. Vid., entre otros, el estudio de ASTUTI, *La "Glossa" accursiana*, en "Atti del Convegno Internazionale di Studi accursiani". Milano, 1968, vol. II, págs. 307, 308, 337, 341, entre otros lugares.

25. Indica Piano Mortari que "per cogliere la *ratio* di una norma, egli doveva sempre porla in relazione al complesso totale dell'ordinamento giuridico di cui faceva parte. Il significato di un precetto poteva esser pienamente inteso solo attraverso l'individuazione dei suoi rapporti logico-giuridici con le altre leggi del regime positivo". Cfr. *Il problema dell'interpretazione...*, cit., pág. 73. Poco más adelante, en las páginas 76-77, continúa: "Il pensiero del glossatori di un'armonia costitutiva del *Corpus Iuris* venne estesa al complesso totale del regime positivo. Il compito dell'interprete era di stabilire il significato giuridico di un singolo precetto, tenendo presente il criterio generale della necessità della coordinazione, della concatenazione e dell'armonizzazione fra tutte le norme appartenenti al medesimo sistema legislativo, indipendentemente dalla loro fonte particolare". Vid. también, para este tema, en general, el estudio del mismo autor *Cultura medievale e principio sistematico nella dottrina esegetica accursiana*, en "Studi Medievali" VI/VII, 1965,

Finalmente, utilizaban argumentos de autoridad que, en la mejor época de la jurisprudencia medieval, fueron considerados de escaso valor²⁶, y que fueron adquiriendo importancia a lo largo del siglo XIV, con el aumento de la literatura «consiliar»²⁷, llegando a provocar en el siglo XV una degeneración de todo el método jurídico, que quedó reducido en buena parte a una acumulación de opiniones sobre cada tema, de valor dudoso²⁸. Quizá sea esta la nota más negativa de la jurisprudencia que nace en la Edad Media; conviene hacer notar, de todos modos, que esta degeneración del

289-328. Sin embargo, G. Otte, estima que "Für die Beschäftigung mit dem materialen Inhalt der Jurisprudenz der Glossatoren schliesslich gewinnen wir drei Resultate: Die Mediavistik wird die kleine Begriffssysteme der Glossatoren nachzeichnen können. Hier muss sie sich hüten, mehr geben zu wollen als die Glossatoren selbst. Sie darf nicht den grösseren Zusammenhang umgreifender Systeme voraussetzen. Zweitens wird die Behandlung von Einzelproblem darstellen können. Hier hat sie darauf zu achten, das Lösungsvorschläge der Glossatorun weithin keine Endgültigkeit beanspruchen. Sie wird nicht durch übergehen das noch heutiger Ansicht abweigen den Eindruck der Stimmigkeit erwingen dürfen. Die reizvollste und wichtigste Aufgabe aber wird darin bestehen, die Entwicklung und Anwendung allgemeiner Sätze, seien sie *loci communes* oder *regulae iuris*, zu verfolgen". Cfr. *Dialektik.* ., cit., págs. 229-230.

26. Vid. PIANO MORTARI, *L'argumentum ab auctoritate nel pensiero dei giuristi medievali*, en "Rivista italiana per la Scienze giuridiche", VII serie III (1954-55), págs. 457-468, B. BRUGI, *Sentenze di giudici antichi e opinioni comuni di dottori*, en "Per la storia della giurisprudenza e delle Università italiane". Nuovi saggi. Milano, 1921, págs. 81-96.

27. Vid. L. LOMBARDI, *Saggio...*, cit., págs. 124 y ss.

28. Alfonso de Castro escribía sobre este extremo: "praesertim cum in aliis rebus leges et iura usque ad nauseam citare. Hoc autem faciunt tam frequenter et tan abunde, atque tediose, ut multo plures chartas impleant citationibus suis, quam in proferendis sententiis suis: adeo, ut si a quovis magno aliquo illorum opere testimonia legum et canonum, et aliorum Auctorum illic citata subtraxeris, et solam rerum sententiam reliqueris, ingens et immensum illud opus in parvum aliquod opusculum rediges...

Nam tam frequens et tam proluxa legum, et canonum, et Doctorum citatio ad solam proficit memorias ostentationem; non autem ad meliorem interpretationem aut maiorem confirmationem rei de qua tractat. Quae res non parvum solet audientibus aut legentibus generare fastidium, et saepe illorum perturbare memoriam. Cfr. *De potestate legis poenalis libri duo*. Murcia, 1932, L.II, cap. IX.

método jurídico se desarrolla a partir del siglo xv. Los juristas medievales más conocidos —Bartolo, Baldo y, anteriormente a ellos, Acursio, etc.— quedan a salvo de los reproches que se puedan hacer en este sentido, como incluso reconocieron los detractores de la llamada, por ellos, «jurisprudencia silogística»²⁹.

De todo esto resultaba una argumentación extraordinariamente fluida, no siempre ligada a formas preestablecidas, construida, como hemos estudiado, sobre unas fuentes muy distintas³⁰. No se trataba, por tanto, de una construcción doctrinal hecha sobre una lógica demostrativa que se mostraría en una presunta cadena de razonamientos que se deducirían necesariamente de unas premisas tenidas por indiscutibles³¹. Ciertamente, parece que existió

29. Sobre las acusaciones y defectos que se han achacado a la jurisprudencia “dialéctica”, “escolástica”, “silogística”, etc., así como las defensas que se han realizado contra estas acusaciones, vid. el resumen del estado de la cuestión que hace U. Nicolini en *I. giuristi postaccursiani...*, cit., pág. 889, nota 197.

30. U. Gualazzini indica que “Il ricorso abbastanza frequente... al diritto naturale, o al diritto divino offriva, in sostanza, il mezzo giuridicamente sicuro non solo per una applicazione più libera del principi generali, ma anche per una esegesi meno vigorosa delle fonti giuridiche, perfino di quelle giustiniana”. Este despego del principio de autoridad, en este caso de la autoridad del Derecho romano, llevó hacia una argumentación muy libre, cuya sustancia más íntima residía en la racionalidad del discurso. De esta forma —sigue explicando Gualazzini— “Guido, vescovo ferrarese, nel uso libello *De scismati Hildebrandi*, si pose un interrogativo semplicemente retorico... Per lui non è applicabili alcuna legge, intensa come somme di norme. . E tutto il suo discorso, partendo de tale presupposto, si svolge sulla base di *rationationes*, che *Proponens* e *Respondens*, dialogando (proprio secondo la metodologia della scuole di arti liberali) si pongono al fine di *universa risolvere*”. Cfr. *Trivium...*, cit., págs. 26 y 41.

31. Piano Mortari parece inclinarse a favor de la tesis del tratamiento axiomático-deductivo, según se desprende de lo que expone en *I Commentatori e la scienza giuridica medievale*, Catania, s/f, págs. 78-79. El estudio más esclarecedor sobre este tema es, quizá, el de G. Otte, *Dialektik und Jurisprudenz...* cit. Otte examina detenidamente el empleo que dieron los glosadores a la lógica, dialéctica y retórica de su tiempo. Expone, a este propósito, la estructura formal del razonamiento jurídico de estos juristas, deteniéndose expresamente en los temas de la *divisio*, *definitio*, *iudicium*, *conclusio* y *proba*. En las páginas 145 y ss. emprende el estudio del *sylogismus* y la *conclusio*. Su juicio sobre este tema lo

en la Alta Edad Media una fuerte inclinación, especialmente en los jueces prácticos, de crear Derecho de forma silogístico-deductiva³². Pero en la época que estamos estudiando prevaleció una visión de la metodología jurídica más apegada a la vida concreta, profundamente realista y práctica, muy distinta, por tanto, de silogismos y deducciones. «El jurista (medieval) —escribe Giuliani— no calcula, no hace silogismos, sino que «distingue» problemas. La teoría dialéctica de la *interpretatio iuris* parece resolverse en una teoría de la argumentación jurídica, en una metodología de problemas. Este es el motivo por el que el jurista moderno, que se

expresa indicando que “Der Eindruck dass die dialektischen Elemente in der Jurisprudenz der Glossatoren hervorrufen, ist zweipältig. Auf der einen Seite steht das ganz unsystematische, für die Verfolgung jedes beliebigen Zweckes geeignete Argumentieren. Diese zweispältigkeit entspricht der Natur der *vetus logica*... Die Jurisprudenz der Glossatoren ist in dem Zwischenreich zwischen Axiomatik und Retorik angesiedelt... Wir sind in unserer Darstellung bereits auf die hauptsächlichsten Hindernisse gestossen, die sich solchen Versuchen (se refiere a los intentos que pretenden encontrar unos nexos lógicos inmutables en las obras de los glosadores) entgegenstellen: die Unzulänglichkeit der Suche nach juristischen Axiomen”. Cfr. *op. cit.*, págs. 228-229.

32. Según expone Gualazzini, los jueces, a diferencia de los juristas, tendieron a atenerse estrictamente a la ley. Sobre este tema, este autor escribe que “Mai i giudici reagirono a tali sistemi, timorosi forse di perdere il senso della legge, che spesso era il prodotto di giurisprudenza più che di diretta esegesi di testi legislativi. Ora, mentre la coscienza dei giuristi più illuminati ed aperti chiedeva libertà assoluta nella esegesi e nella interpretazione della legge... la gretta visione di altri... spingeva a preferire la *regula iuris* alla legge, e ad accettare sapinamente la via tracciata dalla logica formale, ove tutto sembra chiaro e giusto e consequenziale, perchè essa è apodittica nei presupposti e spesso acritica nella conseguenze”. En nota a pie de página indica que “Da un iniziale schematismo suggerito da certe giuristi che suggerirono la adozione di criteri del tutto formali e assolutamente inetti a stabilire il grado di attendibilità della documentazione presentata, si passò, e non senza resistenza anche autorevoli, a sostenere la necessità di indagine più ampia, al di fuori di ogni linea preconstituita.. Si doveva mirare alla sostanza dei problemi e al fine dell’indagine più ampia, al di fuori di ogni linea preconstituita... Si doveva mirare alla sostanza dei problemi e al fine dell’indagine, che era quello di accertare una verità obbiettiva e non formale”. Cfr. *L’insegnamento del diritto in Italia durante l’alto Medioevo*, en “*Ius Romanum Medii Aevi*”, Pars I, 5 b aa. págs. 35 y 43.

mueve en la literatura medieval con las categorías de la dogmática jurídica en que se ha educado, se siente desorientado cuando afronta la forma según la cual se presenta el razonamiento «judiciaire»³³.

Por esto, el método de estos juristas, considerado desde los inicios mismos de la escuela de Bolonia, puede ser caracterizado simultáneamente como inductivo y deductivo. Deductivo, porque la misión del jurista en cualquier época es la de aplicar una regla a los casos concretos que ofrece la vida real, ensanchando o limitando el campo de aplicación de tales normas. Inductivo, porque estos juristas, partiendo desde la realidad social, es decir, desde observaciones múltiples y proposiciones singulares, llegaron hasta enunciados generales que los constituyeron en *regulae*³⁴.

Por este motivo, la formación de las normas jurídicas, llamada *traditio regule*, consistía en una *reductio ad unum* de las *causas* o *rationes* que se encontraban dispersas a lo largo del *Corpus Iuris* y que presentaban una cierta similitud³⁵, de forma que tales *causas vel rationes* encontraban en un principio general una expresión común que, de alguna forma, las representaba a todas ellas.

Por este hecho, en las glosas marginales de los siglos XII y XIII y en los comentarios que alcanzan su plenitud en el siglo XIV, encontramos una tensión entre las dos exigencias fundamentales del trabajo jurídico, es decir, entre el momento deductivo y el inductivo. Por una parte, el cometido de aplicar las normas ya existentes, localizadas en un lugar concreto del *Corpus Iuris*, encontraba su expresión en los diversos *apparatus* que crearon los juristas de este tiempo; el *apparatus* consistía en la operación

33. Cfr. A. GIULIANI, *La logique de la controverse et le droit chez les romanistes du XIIème et du XIIIème siècle*, en "Studia et documenta historia et iuris". XXXIV (1968) pág. 227.

34. Vid. NICOLINI, *I giuristi postaccursiani...*, cit., págs. 890-894. GUALIAZZINI, *L'insegnamento del diritto...*, cit., págs. 32-33.

35. Caprioli explica que "... i glossatori hanno sentito la formazione della "regula" come il procedimento col quale si attua una "reductio ad unum" delle "causa, i (dest) rationes". Nel proemio all'apparatus scrive Dino: "quia plures erant primo numero rationes ad unam ex omnibus coniunctis procedentem reducentur per regulam; et ideo proprie dicendum quod officium regule est rationes coniungere videtur". Cfr. *Tre capitoli intorno alla nozione di "regula iuris" nel pensiero dei glossatori*, en "Annali di Storia del Diritto, V-VI (1961-1962), pág. 327.

lógica mediante la que se aplicaba el principio general encontrado en el Derecho romano a un caso tomado de la vida práctica; como sucede con cualquier intento de aplicar una regla a un supuesto de hecho, lo que salta al primer plano es la norma que se considera, y el procedimiento de aplicación tiende hacia el deductivismo. Pero, por otro lado, la *regula iuris*, aparecía expresamente construida con el material fragmentario existente en el Derecho romano: se trataba de una amplísima operación de búsqueda de ideas que fueran más o menos semejantes para que, mediante la *extensio analogica*, agrupar a tales ideas en una *regula* que, en este caso, se llamaba *brocardus*; obviamente, lo que destaca de forma inmediata en este momento del quehacer jurídico es lo fragmentario, el dato suelto tomado de la vida práctica, y la regla aparece como el producto, al final del proceso ³⁶.

3. No toda la jurisprudencia medieval se hizo, sin embargo, bajo forma de glosa o comentario directo al *Corpus Iuris*, ya se tratara de *brocarda* o de *apparatus*; además de estos géneros literario-jurídicos, los juristas medievales crearon otros estilos literarios entre los que se encuentran las *quaestiones*; puede pensarse que este género literario fue el cauce por el que la lógica se adentró en el campo del Derecho. El título mismo de tales obras induce a pensar así; en efecto, las *quaestiones* hacen referencia a una forma de argumentar muy conocida entonces entre los teólogos, y los mismos juristas de aquella época llamaban a sus estudios *quaestiones dialogicae* o *quaestiones dialecticae*, ya que en ellas se seguía el método escolástico del *sic et non* ³⁷. Incluso encontramos

36. "Il brocardo esplicita il criterio generale di giudizio che, restando implicito nei testi contrari, si manifestava in forma antinomica... Differiscono i *brocarda* dagli *apparatus* per la dinamica del pensiero: mentre nei *brocarda* il *generale* viene formulato come *solutio* dell'antinomia, negli *apparatus* il principio generale è considerato immediatamente... *Brocarda* e *apparatus* alle *regule iuris* cristallizzano due momenti del pensiero giuridico: l'uno euristico (induttivo), l'altro esegetico. Ma netta separazione fra i due momenti non sono possibili, perchè sarebbe facile cogliere scambi fra essi". Cfr. CAPRIOLI, *Tre capitoli...*, cit., páginas 223-224.

37. What is a *quaestio*, if we take the term to denote a type of medieval legal literature?... In reality, this term was used by the glossators for so many different types and so very untechnically that it is hardly

quaestiones que no llevan a ninguna solución: lo único importante de ellas es la argumentación considerada en sí misma. Pero esta especie de *quaestiones* representó cuantitativamente un sector mínimo de la literatura jurídica medieval, «spinta verso l'applicazione del diritto alla vita», como indica Paradisi³⁸.

De hecho, los testimonios expresos de la época sobre la aplicación de la dialéctica al Derecho nos muestran una jurisprudencia profundamente refractaria a encasillar sus razonamientos en esquemas rígidos preconstituidos. Esto lo percibimos, por ejemplo, en Alberico de Rosate, que hacía propias las palabras de Ricardo: *Ipsa enim irridebat aliquos doctores contemporaneos suos qui studebant tradere scientiam nostram syllogistico, sophistico et dialectico modo*³⁹. De hecho, los glosadores reaccionaron contra Abelardo, indica Giuliani, porque temían una «reforma de los métodos de la jurisprudencia por parte de una persona competente en lógica, pero no en derecho... Por ello, la configuración «cualitativa» del problema jurídico nos deja únicamente sobre el terreno de las conclusiones probables»⁴⁰.

possible to give an adequate definition". Después de distinguir tipos de *quaestiones* que se encuentran en las obras de los glosadores, apunta que "the common element of these two types of *quaestiones dialogicae*, as we propose to call them, is indicated by this name. They could also be called *dialecticae*, since they have, as their essential common element, the pros and cons of a problem of which there exist, or seen to exist, contradictory solutions. Such a conception and terminology is justified by the usage of medieval theologians and philosophers: a *quaestio* is to them always dialectical...". Cfr. H. KANTOROWICZ, *The Quaestiones Disputatae...*, cit., págs. 1-3.

38. Sobre las *quaestiones sine solutio*, B. PARADISI ofrece algunos datos en *Osservazioni sul metodo dialettico nei glossatori del secolo XII*, en "Atti del Convegno Internazionale di Studi Accursiani", cit., pág. 626.

39. La cita continúa: "...et dicebat considerare debere quod scientia nostra tradi non debet hoc modo; ... arguere enim in scientia nostra ad decapitationem alicuius de formato et forma, de substantia et accidenti et similibus modis et argumentis syllogisticis non credere bene tutum". Finalmente, negaba que éste fuera el método que habían seguido los grandes maestros de la época precedente: "nec hunc stilum secuti sunt patres et doctores nostri antiqui: Johannes, qui satis fuit subtilis, Azo, Bulgarus, Martinus, Odofredus nec alii". La cita la he tomado del estudio de PARADISI, *La "Glossa..."*, cit., págs. 626-627.

40. Indica Giuliani que "Nous voudrions ici rappeler seulement com-

Lo más probable es que los recursos dialécticos que encontramos en sus obras fueran tomados directamente del *Corpus Iuris*, en donde abundan las *definitiones* y el uso de conceptos tales como *natura, quantitas similitudo pars, totum, genus, species*, etc. ., además de los que ya encontraban en las gramáticas de su tiempo⁴¹.

Por esto, la similitud con las *quaestiones* teológicas, supuestamente más cargadas de recursos lógicos, era muy superficial, y los mismos filósofos de aquella época fueron conscientes de esta diferencia⁴². Ciertamente, algunos juristas, especialmente entre los postglosadores, siguieron el esquema estereotipado que describió Gribaldo Mofa en los conocidos versos: *praemitio, scindo, summo, casumque, figuro, perlego, do causas, connoto et obicio*. Pero, lógicamente, ¿qué otra cosa puede hacer un jurista —no importa de qué tiempo— que tiene la misión de enseñar a unos alumnos un texto legal, sino leer el texto, exponer un caso que se acomode a él, resolver las contradicciones entre las normas que lo contem-

ment les doctrines grammaticales semblent représenter un véhicule non négligeable des nouvelles tendances logiques: la grammaire doit être considérée comme un secteur de la logique médiévale". Cfr. *La logique de la controverse...*, cit., pág. 241. Poco más adelante indica que "C'est exactement dans cette subordination de "l'interpretatio iuris" à la grammaire plutôt qu'à la rhétorique que doit être considérée la volte-face des méthodes et du concept même de la science juridique médiévale". Cfr. pág. 244.

41. Cfr. PARADISI, *La "Glossa"...*, cit., pág. 628. Entre los muchos estudios acerca de la metodología jurídica romana, vid. a este propósito el de O. BEHREND, *Die Wissenschaftlehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola Pontifex*, cit., *passim*. Aunque Behrends limita su investigación a un solo autor, en él encontramos reflexiones de valor general para la mayor parte de los juristas romanos, en donde muestra la importancia que éstos dieron, de hecho, a los recursos dialécticos.

42. Kantorowicz nos indica que "the legal questions have not been compared with them (con las *questiones* teológicas). Cfr. *The "Quaestiones disputatae"...*, cit., pág. 46. Esto le lleva a escribir que "A were interrogation was not a *questio* in the technical sense Clarembault d'Arras, a third contemporary member of that influential school, says: "Ille quidam *questiones*, que de certis propositionibus constituuntur, nil habent *questiones* preter formam". Cfr. *op. cit.*, pág. 4.

plan, extraer principios generales del texto legal, y finalmente, resolver las cuestiones concretas que se plantean a propósito de ese texto? ⁴³.

Es difícil, de todos modos, describir de un solo trazo la jurisprudencia de los siglos XII al XIV. Aun aceptando la idea de una continuidad en lo fundamental entre los juristas de este período tan dilatado, no es sencillo describir el itinerario intelectual que, por lo general, siguieron realmente estos autores. Temo que los juicios de conjunto simplificadores —a unos ya ha aludido y a otros haré referencia más adelante— tienen necesariamente que naufragar ante la complejidad de la cuestión.

Hasta ahora hemos llegado a una conclusión, siguiendo la opinión más extendida entre los que han estudiado este tema, y sin perder el contacto con la experiencia personal que proviene del estudio directo de las fuentes: que deducción e inducción fueron unidas en la jurisprudencia medieval, sin que parezca posible establecer la línea de fisura entre una y otra forma de proceder, de modo que las doctrinas medievales ofrecieron *opiniones probabiles* ⁴⁴. He hecho referencia también a los canales fundamentales por los que discurre el razonamiento jurídico medieval, siguiendo el esquema de *leges-rationes-auctoritates*. Bien, ¿pero en el marco

43. Vid. en este sentido a NICOLINI, *I giuristi postaccursiani...*, cit., págs. 882-884.

44. G. Chevrier indica que el método jurídico de la Edad Media “ne dévia d’une ligne qui elle avait hérité en grande partie de l’Antiquité: *l’opinio probabilis* est toujours mêlée à la sentence apodictique et la commentaire ne se réduit pas a una froide chaîne de raisonnements à partir de prémisses tenues par incontestables. C’est la sort de l’argumentation juridique, que nous voudrions suivre, à l’époque où les constructions doctrinales ne portent pas encore l’empreinte d’une logique trop purement démonstratif”. Cfr. *Sur l’art de l’argumentation...*, cit., págs. 116-117. Coing, por su parte, explica que “nous avons appris à voir la différence entre una pensée comme celle des glossateurs et le raisonnement déductif cartésien et aussi celui des pandectistes allemands. Le légiste médiéval prend le texte romain, qui in général est *casuistique* et donne une solution à des problèmes particuliers, tout à fait au sérieux. Il n’y voit pas l’application d’un principe général: s’il la généralise, c’est qu’il le regarde comment argument de signification générale, apte a être utilisé dans una *disputatio*”. Cfr. *Trois formes historiques d’interprétation...*, cit., pág. 537.

de qué ideas más amplias encontraron fundamento estos recursos argumentativos a que he aludido?

4. Existe una idea en la ciencia jurídica medieval en la que descansó todo el valor argumentativo de los razonamientos jurídicos; me refiero a la *aequitas*. Efectivamente, la legitimidad de la *inventio argumentorum* descansaba en la *aequitas*, que es algo parcialmente distinto a lo que entendemos hoy por «equidad»; no se agotaba en conseguir la justicia del caso concreto superando el *rigor iuris*, tal como es entendida usualmente ahora. Estamos, por el contrario, ante un concepto fundamental que no se limitaba al momento de la exégesis, sino que es la llave de ciencia jurídica medieval, y al que casi todos los juristas hacían referencia al comentar la definición del Derecho de Celso como *ars boni et aequi*. Sin embargo, a pesar de tales referencias, casi nada encontramos acerca del concepto estricto de la *aequitas*: los glosadores y comentadores dan por supuesto el conocimiento completo de lo que designa este término⁴⁵. O tal vez no lo explicaron porque ello habría supuesto hacer un estudio completo de la metodología que ellos mismos seguían, y este tipo de estudios sobre la metodología tiene un origen más moderno.

Buscando entre los textos, vemos que unas veces la *aequitas* es sinónimo de la *mitigatio* del rigor del Derecho. Caprioli nos indica que solamente en tres ocasiones ha encontrado una asimilación entre la *aequitas* y lo que ahora entendemos por equidad⁴⁶. Normalmente, el pensamiento jurídico medieval tenía presente en este tema lo ordenado por Constantino en el año 314: *Placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem* (C. 3,1,8), según cuyo tenor, la *aequitas* y la *iustitia* eran algo anterior al *ius* y, más concretamente, su *fons et origo*. Por este hecho, toda regla jurídica digna de tal nombre tenía su

45. "Der Versuch einer Bestimmung des materialen Gehaltes des *aequitas* aber hat die Glossatoren sichtlich wenig beschäftigt... Die Glossatoren verwenden die Begriffe *aequitas* und *aequus* ohne rücksicht auf irgendwelche Erklärungsversuche Sinnzusammenhängen, wie es Vorbilder, die Römer und Bizantiner im *Corpus Iuris* getan hatten". Cfr. H. LANGE, *Ius aequum und ius strictum bei den Glossatoren*, en ZS Rom. 71 (1954), págs. 321-322.

46. Cfr. *Tre capitoli...*, cit., pág. 244.

aequitas propia y por este hecho existía tanto la equidad de la *exceptio vel excusatio* (que es como es entendida hoy fundamentalmente) como la *aequitas* de las normas *quae sunt ius strictum et commune*; la *aequitas* subyace, pues, a toda norma jurídica⁴⁷. Este pensamiento lleva a algunos estudiosos a afirmar que, en el pensamiento jurídico medieval, la equidad fue identificada con la razón natural y que, conforme a este pensamiento, las normas jurídicas representaban la justicia de cada caso concreto: la *aequitas constituta*⁴⁸. Esto puede ser considerado cierto al menos parcialmente; pero no es lícito llevar esta idea hasta sus últimas consecuencias —según el entendimiento que hoy tenemos de la equidad, distinto, como estamos viendo, de la concepción medieval— y afirmar en consecuencia, que el jurista medieval «consideraba el principio de la equidad como un instrumento de transformación y de intrínseca conformación del valor de las normas vigentes», como hace Piano Mortari⁴⁹. Por el contrario, los textos nos muestran que estos juristas presentaron una doctrina sobre la *aequitas* mucho más matizadas, y al abordar el tema de las relaciones entre la *aequitas* y el *ius* solían comenzar distinguiendo dos tipos de equidad: la *aequitas rudis* y la *aequitas constituta*. Esta última fue identificada con el *ius scriptum* de modo que, al menos en esta acepción, equidad y Derecho eran conceptos equi-

47. "Mentre viene distinta un'aequitas propria dell'"exceptio vel excusatio", acquista rilievo una "aequitas" della "regula" "quae est ius strictum et commune". E non se può dimenticare che... sempre l'"aequitas" fonda la "traditio regule". Cfr. Caprioli, *Tre capitoli...*, cit., pág. 335.

48. Vid. Piano MORTARI, *Dialettica e giurisprudenza. Studi sui trattati di dialettica legale nel secolo XVI*, en "Annali di Storia del Diritto I (1957), pág. 358. En el estudio citado de A. ROTA, *La concezione irneriana...*, encontramos una cita de Irnerio que resume con claridad esta actitud típicamente medieval: "idem vero sunt iustitia et aequitas. Ius vero est aequitas vel iustitia et aequitas. Ius vero est aequitas vel iustitia constituta". Cfr. Glosa al prólogo del tit. I, 17 del Codex.

49. Cfr. *Il problema dell'interpretatio* ., cit., pág. 94. Este juicio lo matiza páginas adelante. De todos modos, este autor defiende también la tesis opuesta y deja reducida la función de la *aequitas* en estos autores a la de rellenar lagunas, siempre sometida a la *analogía iuris*. Cfr. *op. cit.*, págs. 99-101.

valentes⁵⁰. La *aequitas rudis*, en cambio, consistía tanto en las consideraciones que se podían hacer en cada caso concreto para paliar el rigor de la norma general como en la libertad del jurista o del juez para crear Derecho de acuerdo con lo que *in corde suo liceat invenire*, sin atenerse a lo que *in lege reperitur*⁵¹.

Este tipo de *aequitas* no puede ser considerado, al menos de forma común para todos los juristas de esta época, como un instrumento con valor suficiente como para cambiar, sin más, lo estatuido en el *Corpus Iuris*. De haber sido así, hubiera podido decirse que el criterio de cada jurista fue la ley suprema de la jurisprudencia medieval, y esto es cierto. Realmente, esta es una cuestión compleja para el investigador de hoy, y tal complejidad es un reflejo de las disputas que existieron sobre este tema en las diversas escuelas medievales, que, a su vez, reflejan las declaraciones contradictorias de los *iurisprudentes* romanos cuando tratan de este problema⁵².

50. La identificación entre *ius scriptum* y la *aequitas* se encuentra expresamente en el capítulo 9 de la *Tópica* de Cicerón.

51. Vid. GENZMER, *Kritische Studien...*, cit., pág. 314. Meyers entiende que la "*aequitas rudis* des Romanistes correspond au *ius naturale* des canonistes. Les mots, *rationem aut legem*, de la distinction XI, 4 du Décret de Gratian... ont été interprétés par beaucoup de canonistes par *ius naturale et civile*". Expone, a título de ejemplo, las identificaciones expresas entre *aequitas* y *ius naturale* que se encuentran en la *Summa Paucapalea*, en la *Summa Decretorum* de Rufino, de Esteban de Tournay, en la decretal *Cum tanto* de Gregorio IX, en el Hostiense, etc.... Vid. *Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs*, en "Revue d'Histoire du Droit XVII (1941), págs. 130-131. Lo mismo indica E. Cortese, aunque no habla de *aequitas rudis*, sino de *aequitas*, simplemente. Vid. *La norma giuridica. Spunti teoretici nel diritto comune classico*. Milano, 1962, págs. 47 y ss. También son interesantes a este respecto las ideas de A. Rota expuestas en *La concezione irneriana...*, cit., pág. 242.

52. A. Biscardi nos indica que "Nelle fonti romane noi troviamo una molteplicità di accezioni del sostantivo *aequitas* e dell'aggettivo corrispondente (*aequus*) con una gamma talmente ricca di sfumature da non stupirci nel qualcuno abbia potuto considerare l'equità come una della nozioni più "evanescenti" dell'esperienza giuridica di Roma antica. Eppure tutto la più svariate accezioni oscillano fra i due poli dell'*aequitas* intensa rispettivamente quale "essenza" o quale "antitesi" del diritto positivo (*ius*)". Poco más adelante alude a "due modi di concepire l'equità nei suoi rapporti col diritto: *l'aequitas* come sostanza e giustificazione

Efectivamente, es un hecho conocido que entre los glosadores existieron dos tendencias opuestas al tratar de algunos problemas fundamentales. Exponiéndolos de forma estereotipada, conforme a su entendimiento más común, una fue la encabezada por Bulgaro, quien tuvo un sentimiento especialmente fuerte de la autoridad del gobernante. El reforzamiento de esta autoridad que se observa en su doctrina le llevó a mantener la prioridad, en todo caso, de lo establecido en el *Corpus Iuris*, de modo que «cuando surja duda entre lo dispuesto en el derecho escrito y la equidad, es decir, si se plantea si el derecho escrito es equitativo, solamente es válida la interpretación del príncipe o la de aquel a quien el príncipe hubiera concedido la potestad de interpretar y, entonces, esta interpretación es necesaria y general»⁵³. Sucedió que Bulgaro y su escuela estaban tan convencidos de la íntima racionalidad del Derecho romano que mantenían que *inter hanc (aequitas rudis) et ius nulla videtur contrarietas*. En consecuencia, el juez tenía siempre que someter su criterio a la ley escrita, estándole prohibido apartarse de ella en nombre de consideraciones equitativas. Consecuentemente con esta premisa, los juristas que mantuvieran lo contrario sólo podían ser unos *stulti*⁵⁴.

intrínseca delle norme giuridiche esistenti, e l'*aequitas* come obiettivo ideale cui tende il diritto, determinando la creazione di norme nuove a la modificazione di quelle non più conformi al sentimento della giustizia diffuso nella coscienza sociale". Cfr. *Riflesione minime sul concetto di "aequitas"*, en "Studi in memoria di G. Donatuti". Milano, 1973, vol. I, págs. 137-139. En este estudio se encuentra recogida abundante bibliografía sobre los problemas que plantea la *aequitas* en el Derecho romano.

53. "Cum dubitatio oritur inter ius scriptum et aequitatem, id est cum quaeritur an ius scriptum sit aequum, solius principis est interpretatio vel cui Princeps concessit et tunc erit necessaria et generalis". Cfr. su *Summa*, I, 1,7 y I. 12,7. Cit., por E. Meyers en pág. 119.

54. "In hoc casu et similibus, quibus inter ius et aequitatem rudem questio vertitur, sibi duntaxat interpretationem divi reservant principes: hic enim, sicuti soli legibus pressunt, sic eas corrigere soli possunt, uti et facere. Quod stulti (sibi licere quodlibet putantes, aequitatem, legibus apertis principum auctoritati suum preferentes sensum) contradicunt.

Quod non est fas, cum rebus humanis ideo maxime Romanum principem Deus preposuerit, ut ipse solus rudem aequitatem (id est iustitiae finibus adhuc commorantem) hominibus revelaret". Esta cita la expone MEYERS,

Frente a la doctrina de Bulgaro se alzó la de su coetáneo Martino, de ideas políticas muy distintas a las de Bulgaro, y esta disparidad de opiniones sobre el poder de gobernante se traduce, ante el tema de la fundamentación de la validez del Derecho, en doctrinas muy distintas. Martino, en efecto, apoyado en diversos pasajes del *Corpus Iuris*⁵⁵, mantuvo que la *equitas bipartita est. Est equitas constituta, quae manens quod erat, incipit esse quod non erat, i.e. ius. Est et rudis, et rudis, et in hanc iudicium deprehenditur*⁵⁶. «Nosotros mantenemos —escribía un discípulo de Martino— que se ha de preferir la *equitas rudis* al *ius*»⁵⁷.

Esta preferencia de la *aequitas* sobre la ley tenía dos consecuencias; en primer lugar, el juez, basado en la equidad, podía completar la ley y conceder acción en casos no previstos por la ley. En segundo lugar, apelando a la equidad, podía negarse a aplicar la ley en algún caso concreto⁵⁸.

De todos modos, las divergencias entre ambas escuelas son menores de lo que parecen, ya que en ambas se parte del presupuesto que el Derecho tiene su más interna esencia en la razón.

en *Le conflit...*, cit., pág. 120. El la toma, a su vez, de KANTOROWICZ, *Studies in the glossators of the roman law*, Cambridge, 1968, págs. 284 y ss. Para las citas anteriores, vid. *Le conflit...*, cit., de MEYERS, pág. 119. Vid. también, sobre este tema, GENZMER, *Kritische Studien...*, cit., página 314.

55. Vid. C. 3,1,8, ya citado: “placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitia...”. D. 50,17,90: “... in omnibus quidem, maxime tamen in iure, aequitas spectanda est”.

56. Cfr. Glosa a C. 2,1,1, en las palabras “iudiciis ofcium”. Cit. por MEYERS en *Le conflit...*, cit., pág. 124.

57. Vid. VACARIUS, cit. por MEYERS en *Le conflit...*, pág. 124.

58. Cfr. MEYERS, *Le conflit...*, cit., pág. 126. Vid también KANTOROWICZ, *Studies in the glossators...*, cit., págs. 113-114. ZANETTI matiza esta declaración cuando escribe que “la prudente sospensione dell’efficacia d’una norma in determinate circostanze non modifica affatto l’ordinamento giuridico: “Ipsi... canones in proprie virtutis vigore atque integritate nihilominus perseverant, quod non eorum sensus vel intellectus corrompitud vel mutatur, sed perpensa ratione pro qualitate temporis, loci vel persone. negotii, iudicantium sententia lenius informata procedit”. Cfr. *Carattere canonico dell’aequitas nella letteratura civilistica preirneriana*, en “Rivista di Storia del diritto italiano”, XXVI-XXVII (1953-54), pág. 234.

Para Bulgaro se trata de la *ratio constituta*, es decir, de la razón que se muestra en el *Corpus Iuris*. Según Martino, en cambio, es preciso apelar algunas veces a una *ratio non scripta* que era llamada *rudis ratio* o *rudis aequitas*⁵⁹.

Este esquema de las principales posiciones medievales acerca del valor y alcance de la *aequitas*⁶⁰ deja sin resolver el fondo de la cuestión porque, aunque está bien adaptado a las declaraciones programáticas de los autores de esta época, no concuerda con la estructura que realmente siguieron en sus razonamientos. Así, por ejemplo, vemos que Martino fue muy poco consecuente con su doctrina sobre la equidad, porque cuando establecía alguna opinión que se apartaba de lo indicado en el pasaje del *Corpus Iuris* que comentaba, no hacía *expressis verbis* ninguna referencia a la *aequitas* en tanto que derogadora del *ius scriptum*⁶¹, y, normalmente, este jurista buscaba en el Derecho romano apoyadura legal para sus opiniones, del mismo modo que hacían los otros glosadores⁶². Por este hecho, Azon escribía que *Martinus inhaerebat literae tam-*

59. Vid. MEYERS, *Le conflit...*, cit., págs. 127-129. Rota escribe a propósito de este tema que "presso i glossatori sono due forme di teorizzazione dell'*aequitas*, una generale e protremmo dire non vincolata di per sè, come concezione filosofica giuridica al di sopra delle fonti. L'altra specificata, accidentale, contingente, che nasce dall'apprezzamento della produzione legislativa imperiale del Codice giustiniano". Cfr. *La concezione irneriana...*, cit., pág. 245. También se encuentran ideas de interés para este tema en otro estudio de A. ROTA, *Il Tractatus de equitate come pars tertia delle Questiones de iure subtilitatibus e il suo valore storico e politico*, en "Archivio giuridico", CXLVI (1954). págs. 75-119.

60. Vid. bibliografía sobre este tema en E. CORTESE, *La norma...*, cit., Milano, 1964, vol. II, pág. 321.

61. Lange nos indica sobre Martino que "Trotz alledem ist es nicht erwiesen, ja nicht einmal warscheinlich, dass Martinus für sich und damit für jeden Interpreten das weitgehende Recht beansprucht haben soll, sich über das *ius* hinwegzusetzen, wenn das blosse Rechtsgefühl es gebietet, das im *ius strictum* keine Stütze findet. Dagegen spricht einmal das *argumentum ex silentio*. Keine der zahlreiche Glossen der Martinus, in denen von der *aequitas* die Rede ist, sagt direkt oder indirekt, dass ungeschriebenen *aequitas* dem geschriebenen *ius* sei". Cfr. *Ius aequum...*, cit., pág. 329.

62. Martino, en opinión de Lange, "...sucht und findet stets eine Legitimation seiner Ansichten aus dem *Corpus Iuris* wie jeder andere Glossator auch". Cfr. *Ius aequum* ., cit., pág. 330.

*quam Judaeus*⁶³. Pero, por encima de declaraciones personales dirigidas ad hominem, que se emitían con frecuencia sin otro fin que insultar al adversario, como es frecuente entre los juristas de esta época, lo cierto es que Martino y su escuela siguieron, al menos en el sector del Derecho privado, una actitud similar a la de Bulgaro. Lange ha estudiado este problema extensamente y sólo encuentra cuatro grupos de instituciones jurídicas que fueron fundamentadas en la equidad⁶⁴. Por lo general, indica este autor, hubo unanimidad en mantener que era indispensable mantener el *rigor iuris* en una cierta medida⁶⁵. Estas precisiones nos sitúan en condiciones de abordar con más rigor el tema de la *aequitas* en la jurisprudencia medieval; en efecto, dado que la simple adopción del esquema tradicional de la contraposición entre Búlgaro y Martino no resuelve el problema de la explicación del valor que concedieron tanto uno como otro, aunque cada cual de forma distinta, a la *aequitas*, sigue en pie el interrogante fundamental. ¿qué representó la *aequitas* para el jurista medieval?

Indicaba líneas arriba que los juristas no han dejado escrito casi nada, expresamente, sobre este tema. Caprioli repara en la equiparación que se encuentra en algunos juristas entre *aequalitas* y *aequitas*, que ya había encontrado una cierta aplicación en Cicerón⁶⁶. Según esta línea de pensamiento, que se apoya en un manuscrito anónimo en el que está escrito que *equitas est secundum tulium convenientia que in paribus casis similia iura desiderat*⁶⁷, Caprioli intenta demostrar la existencia de una relación esencial entre la equidad y la analogía, ya que el proceder analógico era

63. Cfr. glosa a la ley 2, C, de fruct. (VII, 51). La cita la he tomado de SAVIGNY, en *Geschichte...*, cit., capítulo XXVIII.

64. Son, concretamente, la "Konkurrenzlehre", la *actio utilis ex aequitate*, la *exceptio de aequitate* y la derogación de algunas *actiones stricti iuris* mediante el recurso a la *bona fides*. Cfr. *Ius aequum...*, cit., páginas 337-343.

65. Cfr. LANGE, *Ius aequum...*, cit., pág. 344.

66. Varios glosadores, entre ellos Placentino, Azon y el autor de las *Questiones de iuris subtilitatibus*, hacen suya la regla según la cual "dicitur equitas quasi equalitas". Vid. pág. 254 de *Tre capitoli...*, cit., sobre Cicerón, que mantuvo que "paribus causis paria iura", vid. *op. cit.*, pág. 230.

67. Vid. CAPRIOLI, *Tre capitoli...*, cit., pág. 247.

el recurso dialéctico que mejor se acomodaba a la relativa igualdad que fue atribuida a la equidad⁶⁸. De esta forma, deduce Caprioli que el recurso a la analogía cumplió una función muy importante en el establecimiento de las reglas jurídicas que llamaron *brocarda* y que, por ello, realmente la analogía sirvió para crear una acción o una excepción no prevista en el Derecho escrito, ya que tales acciones y excepciones fueron atribuidas a la equidad porque ésta exige un tratamiento de *similibus ad similia*⁶⁹.

Es interesante esta explicación de Caprioli, que explica muy verosímilmente la *ratio* última de la *extensio analogica*. Pero esta explicación no agota el problema que nos ocupa, ya que se refiere solamente a las reglas obtenidas o a los casos resueltos mediante la analogía, pero no explica la razón por la que la equidad fue considerada la fundamentación última de toda opinión jurisprudencial, basada o no en la analogía. Sobre este problema encontramos sorprendentemente una cierta concordancia entre juristas muy diversos. En primer lugar, este consenso se manifiesta en conceder prioridad lógica a la *iustitia seu equitas* sobre el *ius*, de modo que el *ius* recibe este nombre de la *iustitia*, porque de ella se deriva como de su madre⁷⁰. En segundo lugar, la equidad fue

68. La razón de esta conexión entre equidad y analogía, explica este autor, se encuentra en la idea acerca de la "convenientia rerum" que existe en algunas definiciones de lo que es la equidad. Vid. *Tre capitoli...*, cit., págs. 324 y 247.

69. "Il procedimento formativo della "regula" è quello che, della disciplina vigente in un'ipotesi, conduce all'affermazioni di identica disciplina in ipotesi simile; e ipotesi simile è quella in cui "eadem ratio invenitur". Azone, in forma non meno generale, glossando la parola *cause* en D. 50,17,1 aveva scritto: "cause i (dest) rationis, quia idem (ius) statuitur in similibus"... Già dai più antichi glossatori è sentita, dunque, l'identità del fondamento della "regule traditio" col fondamento del procedere analogico". Cfr. CAPRIOLI, *Tre capitoli...*, cit., 320-322. Más adelante explicó la razón de por qué *ubi eadem ratio* han de existir *eadem iura*: "E facile scorgere qui invece la coscienza della validità generale di quel principio o dello suo stesso fondamento. E, certo deve credersi che il "generalis fons" è l'*equitas*... perchè si possa "pluribus aliis attribuere" "causam i (dest) rationem redditam in uno". Cfr. *ibidem*.

70. Odofredo dejó bastantes líneas escritas sobre este tema. En el comentario núm. 7 al tít. De iust. et iur., pág. 6 de la edición de Lyon de 1550, escribe: "Potius debet ius a iustitia derivari, unde verius est

entendida como una realidad ya constituida cuando el jurista busca la solución a un caso, es un ordenamiento que existe antes que el *ius* (en algunos juristas, también antes que la *iustitia*) y que, por este hecho, debe ser considerada como fuente y origen de todo derecho y justicia⁷¹. Se trata de una *substancia*, porque, aunque debería haber sido considerada como una relación entre las cosas, esta realidad de relación se hipostasió de tal modo que apareció, en lugar de la frágil *relatio* (un modo ínfimo de ser según la filosofía dominante entonces) una *substancia perfecta*. Las *Questiones de iuris subtilitatibus* muestran este hecho con una sencillez pasmosa; comienzan, como otros tantos escritos de la Edad Media, con una alegoría, y enseñan cómo el que ha de aprender el arte de lo bueno y equitativo debe entrar, temblando por la emoción, en un templo donde están escritos con letras de oro los *libri legales*. En ese templo mora la *Iustitia*, como una madre que está rodeada de seis hijas; la *religio*, la *pietas*, la *gratia*, la *vindicatio*, la *observantia* y la *veritas*. Un anciano enseña el modo de interpretar correctamente el texto de los libros contenidos en el templo... Una

ut vos dicatis quod ius appellatur a iustitia ut a materia vel a matre... quod ius a iustitia sit appellatum derivative". Un poco más adelante, en el comentario núm. 7, se opone a los filósofos, que anteponen el *ius* a la *iustitia*, de forma que alguno de ellos "primo tractat de iure postea de iustitia"; él mantiene que "dignior est iustitia, quae magis antiquum quod ius... dicunt iustitia seu equitatem preferendam rigore iure". No parece ser consciente Odofredo de que en ambas citas está mezclando indebidamente temas distintos. En las *Questiones de iure subtilitatibus* leemos: "Ius suum cuique tribuere pars est in definitione iustitiae. Pars autem eiusmodi prior est toto. Eadem ratione et ius prius est iustitia. Sed cum dicitur ius artem boni et aequi esse, et accipitur bonum et aequum pro iustitia, videtur ipsa quasi materia prior iure". Edición de Zanetti, tít. De iustitia et iure, glosa 1. Un poco más adelante, el autor de las *Questiones* vuelve a tocar el tema: "Id quod modo ius appellamus, priusquam constitueretur, aequum fuit, et hoc quod dico in iure gentium vel civili clarum est". Cfr. *loc. cit.*, núm. 2.

71. Escribe Lange que en el *Fragmentum pragense* "Aequitas erscheint danach der Gerechtigkeit und dem Recht vorgeordnet, sie ist *fons et origo iustitiae*... Die aequitas ist danach eine objektive, vom Menschen unabhängig Ordnung, die eher da war als iustitia und ius". Se refiere, en estas citas, tanto al *Fragmentum*... como a las *Questiones*... Cfr. *Ius aequum*..., cit., págs. 320-321.

realidad como la *Iustitia* a la que aquí alude el autor anónimo de las *Questiones*, ante la que se inclinan incluso la religión y la verdad, sólo puede ser una cosa: el mismo Dios, que es la conclusión a la que llega el también anónimo autor de otros de los textos fundamentales por los que conocemos la ciencia del Derecho en la Edad Media: el *Fragmentum pragensis*, en donde se afirma que *nihil est etiam equitas quam Deus*⁷².

El hombre accede al conocimiento de esta verdad objetiva gracias a la mediación de la virtud de la justicia ya que mientras que la equidad es una cualidad de las cosas, la justicia en varios de estos escritos es una cualidad del hombre que le permite el acceso a lo equitativo. Por ello, Irnerio y Placentino afirmaron que la equidad *vertitur in rebus, id est, in dictis et factis hominum. Iustitiam autem quiescit in mentibus iustorum*⁷³. La *iustitia*, en efecto, explicaba Irnerio a finales del siglo XI, es la misma equidad cuando descende a la voluntad del hombre, conformada ya de cierta manera⁷⁴.

5. Las diversas actitudes acerca del alcance y función de la *aequitas*, a las que ya he hecho referencia, configuraron unas mentalidades que condicionaron el discurrir histórico de la jurisprudencia en tiempos posteriores. Así, la consideración del Derecho escrito —el Derecho romano, en el caso del *ius commune*— como compuesto de racionalidad y, por ello, de equidad, llevó a considerar el *Corpus Iuris* como un monumento insuperable, como un ordenamiento ético de tal categoría que cumplía ampliamente la función de lo que hoy entendemos por «Derecho natural». Quizá por este hecho es por lo que la especulación expresa en la Edad

72. Cfr. *Fragmentum...*, cit., ed. de Fitting, en "Juristische Schriften des Mittelalters", 1876, pág. 216. La cita completa, además de en esta fuente, se puede encontrar en LANGE, *Ius aequum...*, cit., pág. 321 y en CAPRIOLI, *Tre capitoli...*, cit., pág. 249.

73. Cfr. *Summa Institutionum*, I, 1, de iust. et iur. de Placentino, en donde dice seguir a Irnerio. Cit. por E. CORTESE en "*Iustitia*" e principio soggettivo nel pensiero giuridico medievale, en "Annali di Storia del Diritto", III-IV (1959-60), pág. 122.

74. "... differt autem equitas a iustitia; equitas enim in ipsis rebus percipitur que, cum descendit ex voluntate, forma accepta, sit iustitia". Cfr. glosa "iustitia" a D.1,1,1, pr. Cit. por CORTESE en "*Iustitia*" e principio soggettivo.., cit., pág. 122.

Media sobre el *ius naturale* es tan escasa: a diferencia de lo que sucedió en la Edad Moderna, el jurista medieval no sintió la necesidad de crear un Derecho ideal opuesto al *ius scriptum* en vigor. El Derecho ideal ya estaba escrito, y en vigor, y se trataba, como es obvio, del Derecho romano.

Otros juristas, en cambio, siguieron una argumentación jurídica más libre, menos apegada a la supuesta racionalidad ínsita en el Derecho romano, y superaron las limitaciones que imponía el *ius scriptum* porque consideraron que la esencia de la juricidad reside en un orden ético objetivo que toca descubrir a los que se ocupan con la jurisprudencia. Pero esta pretendida libertad de pensamiento, como indicaba poco antes, no llegó a tener una función real en la jurisprudencia medieval: no traspasó apenas las declaraciones generales que hicieron al comentar los primeros capítulos del Digesto y de la Instituta. De hecho, los discípulos de Martino, y Martino mismo, tomaron sus soluciones fundamentalmente del *Corpus Iuris*.

Pero a pesar de estas inconsecuencias, tenemos, de esta forma, prefiguradas en la Edad Media las principales tendencias metódicas que se desarrollan en la Edad Moderna. Por una parte, el Derecho romano, factor de continuidad, de seguridad, y de orden por su íntima racionalidad, fue acogido con entera naturalidad como un tópico muy importante en la argumentación iusnaturalista moderna⁷⁵. La convicción, en cambio, de que existe un Derecho no escrito, un orden jurídico objetivo por encima del *ius scriptum*, hizo posible la legitimidad de la ocupación con el Dere-

75. Sobre la función del Derecho romano como un "tópico" importante de las argumentaciones iusnaturalistas modernas, vid. CARPINTERO, "*Mos italicus*"..., cit., págs. 164 y ss. La aproximación entre el *Corpus Iuris* y el Derecho natural fue facilitada ampliamente por las obras de los juristas "humanistas" o "cultos" del siglo XVI quienes, implícitamente —como es el caso de la mayoría de ellos— o expresamente, equipararon el Derecho con la equidad, y está con el Derecho romano que aparecía, de esta forma, como la *aequitas scripta* o el *ius naturale scriptum*. Vid. sobre este punto a A. GUZMÁN, *Derecho romano y equidad en F. Le Duren*, en ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, 1978, págs. 615-619. Acerca de las relaciones entre Derecho romano y Derecho natural en época más tardía, vid., entre otros, F. STURM, *Das römische Recht in der Sicht von Gottfried Wilhelm Leibniz*, Tübingen, 1967.

cho natural como ordenamiento jurídico ideal, aunque las normas extraídas de él fueran opuestas a las del Derecho socialmente vigente. Esta visión «equitativa» del Derecho que encontramos nítidamente reflejada en las doctrinas de algunos glosadores, fue seguida, cada vez con mayor vigor, por la jurisprudencia posterior. Pedro de Bellapertica, a finales del siglo XIII, Bartolo y Baldo, a lo largo del siglo XIV, mantuvieron en lo esencial esta visión de los fundamentos últimos de la *iurisprudencia*⁷⁶. Por esto no tiene nada de extraño que Andrés de Exea, en el primer tercio del siglo XVI, escribiera que *iudicat ut Deus qui secundum conscientiam iudicat*⁷⁷, y que Juan Bautista Vico, desde una perspectiva histórica muy amplia, calificara estos juristas como «filósofos de la equidad natural»⁷⁸.

FRANCISCO CARPINTERO

76. Vid los dos primeros párrafos del estudio de Piano MORTARI, *Il problema dell'interpretatio...*, cit., págs. 29-41.

77. Cfr. *Liber pactorum unus*. Lyon, 1542, págs. 158 y 360.

78. Cfr. *De nostri tempore studi ratione*, cit., por B. BRUGI, en *Come gli italiani intendevano la culta giurisprudenza*, en "Per la Storia...", cit., pág. 134. Hugo Grocio, refiriéndose a Irnerio, Acursio, Bartolo y otros juristas, escribía que "eran hombres muy diligentes para indagar la condición de lo que es justo y razonable". Cfr. *De iure belli ac pacis libri tres*. Lausana, 1761, *Prolegomena*, nn. 53 y 54. La traducción al castellano es mía.