

GLOSSAE

European Journal of Legal History



ISSN 2255-2707

Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Honorary Chief Editor

Antonio Pérez Martín, University of Murcia

Chief Editor

Aniceto Masferrer, University of Valencia

Assistant Chief Editors

Wim Decock, University of Leuven

Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

Editorial Board

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)

Francisco Calabuig Alberola, University of Valencia (Website Editor)

Anna Taitlin, Australian National University – University of Canberra

M.C. Mirow, Florida International University

José Miguel Piquer, University of Valencia

Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, University of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; José Domingues, University of Lusíada; Seán Patrick Donlan, The University of the South Pacific; Matthew Dyson, University of Oxford; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Alejandro Guzmán Brito, Pontifical Catholic University of Valparaiso; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mía Korpiola, University of Turku; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; David Lieberman, University of California at Berkeley; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelsen, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma; Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellar, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

Citation

Sandra Adams, “El Derecho Común: notas sobre una realidad histórico-jurídica”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 14 (2017), pp. 11-26 (available at <http://www.glossae.eu>)

El Derecho Común: notas sobre una realidad histórico-jurídica

Common Law: notes on historical and legal reality

Sandra Adams
Universidad Católica de Valencia

Resumen

El presente artículo intenta abordar algunas cuestiones referentes al origen y a la concepción técnica-jurídica que desarrollaron los glosadores a la hora de interpretar los textos jurídicos, lo que les permitió crear un método de exégesis del que, en buena parte, somos deudores.

Summary

This article attempts to address some issues relating to the origin and the technical conception that the commentators developed when interpreting legal texts. This allows them to create a method of exegesis of that, largely, we are debtors.

Palabras claves

Derecho común – Glosadores – Metodología

Keywords

Common law - commentators – methodology

Sumario: I. Introducción. II. Consideraciones sobre el primer factor determinante del *Ius Commune*. La *ratio nominis* de la tripartición. III. La cuestión del método. IV. La actitud mental ante las fuentes y el método científico. V. Apéndice bibliográfico

1. Introducción

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

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

Como es conocido, la doctrina se refería a este derecho común, incluyendo en él el Derecho Romano-Canónico: dos habían sido los factores que fueron determinantes de esta nueva realidad, conocida como Derecho Romano-Canónico, por una parte, la existencia de un fenómeno de raíz cultural denominado Recepción, el redescubrimiento, recuperación y proyección en la Europa Central y occidental del *Corpus Iuris*

¹ Calasso, F., *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1970, pp. 42ss.

justiniano, por otra, hay que hacer referencia al poder preponderante que tuvo la Iglesia de Roma a lo largo de la Edad Media, que dotará de entidad sustantiva y específica al Derecho Canónico, merced a la potestad judicial y legislativa que tuvieron los Pontífices.

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

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

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

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

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

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

² Coing, H., *Derecho Privado Europeo. I. Derecho Común más antiguo 1500-1800*, Madrid, 1996, p. 31ss; Wieacker, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967, 2ª ed. pp. 22; 45 ss.

³ Seguimos a Savigny, K. F., *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo*, Torino 1854-1857 [Roma, 1972], pp. 669 ss.; Fitting, H., *Die Anfänge der Rechtsschule zu Bologna*, Berlin, 1888, pp. 5 ss.; Conrat, M., *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im frühen Mittelalter*, Leipzig, 1891 [Aalen, 1963] pp. 62 ss.; Calasso, *Introduzione*, p. 43; Coing, *Derecho Privado Europeo*, pp. 33 ss.

2. Consideraciones sobre el primer factor determinante del *Ius Commune*. La *ratio nominis* de la tripartición

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴ Weimar, P., *Die legistische Literatur der Glosatorenzeit* en *Handbuch und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Bd. I Mittelalter (1100-1500), München, 1973, pp. 156 ss.; Savigny, *Storia del Diritto Romano*, pp. 717ss; Carpintero, F., “Mos Gallicus” “Mos Italicus” y el humanismo racionalista, una contribución a la historia de la metodología jurídica”, *Ius Commune* 6 (1977), pp. 108-117; Clavero, B., *Temas de Historia del Derecho: Derecho Común*, Sevilla, 1977, pp. 14 ss.

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

⁶ Vid. Kantorowicz, H.U., *Ueber die Entstehung der Digestenvulgata. Ergänzungen zu Mommsen*, SZ 31 (1910), p. 14, n. 1.

La noticia más antigua relativa a su actividad científica la aduce una glosa de Accursio a C. 1. 2. 14. 9 v. *Petitione*, según la cual Irnerius habría realizado su actividad científica no más tarde que a comienzos del siglo XII.

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

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

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

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

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

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

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

3) Lectura de C. II. 21. 9. (*de in integrum restitutione* 1. *Non videtur*): *D. Irnerius, quia logicus fuit et magister fuit in civitate ista in artibus, antequam doceret in legibus, fecit unam glossam sophisticam que est obscurior quam sit textus.*

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

⁷ Tomados estos testimonios de Kantorowicz, *Ueber die Entstehung der Digestenvulgata*, p. 37.

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

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

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

3. La cuestión del método

Como es conocido en el campo doctrinal, el método que empleó Irnerio fue la exégesis de los textos, tarea imprescindible si se quiere llegar a comprender lo que fue escrito en época precedente y que coincide con el que aplicaron los maestros bizantinos, en el que se seguía todo un orden preestablecido, si bien era posible que, en función de las circunstancias reales y coyunturales, se explicase únicamente sólo aquello que tenía utilidad práctica.

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

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

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

Savigny, en relación a la estructura con que estaba dividido el Digesto (*vetusnovum*), ponía de relieve que estas dos partes contenían idéntico número de libros y que

⁸ Kantorowicz, *Ueber die Entstehung der Digestenvulgata*, pp. 39 ss.

⁹ Besta, E., *L'opera d'Irnerio I*, Torino, 1896, p. 263.

¹⁰ Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, p. 22.

así llegaron a las manos de Irnerio, el cual tenía conocimiento de todo el *Corpus Iuris*, y siguió en sus lecciones el mismo orden¹¹.

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

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

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

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

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

3.1. Técnica

La doctrina puso de relieve que los glosadores operaron, como los escolásticos, con los medios de la lógica aristotélica, que les llegaron vía Boecio, y que aprendieron, dentro del marco de la enseñanza general, en la enseñanza superior.¹²

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

¹¹ Seguimos a Savigny, *Storia del Diritto Romano*, p. 674.

¹² Genzmer, E., *Die justinianische Kodifikation und die Glossatoren in Das römische Recht im Mittelalter*, Darmstadt, 1987, p. 5ss.

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

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

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

4. La actitud mental ante las fuentes y el método científico

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

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

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

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

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

¹³ Coing, *Derecho Privado Europeo*, pp. 40 ss.

Ambos *Corpora* estarán mayoritariamente permeabilizados por ese tono casuístico que por las reglas generales¹⁴.

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

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

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

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

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

La fase siguiente, tras la delimitación, era explicar el *casus*, estableciendo los puntos de vista dotados de relevancia (los denominados *notabilia*) y que eran atinentes para la solución del caso así como los puntos controvertidos con el texto así como su solución¹⁵.

¹⁴ Coing, *Derecho Privado Europeo*, p. 41.

¹⁵ Weimar, P., *Die legistische*, pp. 129 ss.; Coing, *Derecho Privado Europeo*, pp. 69 ss.

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

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

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

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

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

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

2) Los medios imprescindibles para lograr una explicación segura de los textos son los conocidos conceptos gramaticales y las figuras dialécticas del *trivium* que fueron aplicadas magistralmente por los glosadores. Las glosas de Irnerio son un testimonio más que evidente de lo indicado, por lo que fue calificado como gramático y dialéctico, dotado de las cualidades propias del artista (*logicus fuit et magister fuit in ista civitate artium*).

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

¹⁶ Originariamente *glossa* fue un término utilizado por los gramáticos para dilucidar una expresión extraña, no inteligible (*conticescere est tacere*), posteriormente, partiendo de palabras, se aplicó a explicar materias (*glossa est dictorum ambiguum expositio*). Vid. de forma más detallada Genzmer, *Die justinianische*, p. 10, n. 23.

¹⁷ Coing, *Derecho Privado Europeo*, pp. 44 ss.

omnium methodorum principia viam habens. Et ideo in acquisitione scientiarum dialectica debet esse prior.

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

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

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

Es claro que la *techne* de las *distinctiones*, que está tan profundamente arraigada en los derechos de naturaleza casuística, cuando es utilizada dentro del marco de la ciencia jurídica de corte escolástico, se proyecta a las *distinctiones* de tipo conceptual, lo que evidenció nuestro autor en la armonización de los textos en materia de *dominium*, al introducir los juristas distintas subclases de propiedad¹⁸.

Wieacker apuntaba justamente a este dato de la utilización de los medios propios de la dialéctica en el campo de la exégesis para armonizar los textos y formar las *regulae* como la base nuclear en la construcción doctrinal o dogmática, articulada según unos principios en los que no cabe una contradicción interna, como la primera manifestación en la historia de una dogmática jurídica incipiente, si bien observaba que no se llegó al sistema externo o a los conceptos jurídicos más generales mediante este procedimiento que consistía en superar las contradicciones por la vía del análisis exegetico¹⁹.

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

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

¹⁸ Vid. Coing, *Derecho Privado Europeo*, p. 42ss; *Zur Eigentumslehre des Bartolus*, SZ 70 (1953), pp. 348-371.

¹⁹ Wieacker, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967, pp. 56 ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁰ Pringsheim, F., Publisher, *Beryt und Bologna*, Bernhard Tauchnitz, 1921.

²¹ Genzmer, *Die justinianische Kodifikation und die Glossatoren*, pp. 5 ss; Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, pp. 50 ss.

*Totum in partes dividitur, quotiens in ea, ex quibus est compositum unum quodque resolvimus, ut cum dico domus aliud esse tectum, aliud paries, aliud fundamentum*²².

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

1) *Distinctio*. Técnica que permite fraccionar un concepto supremo en sus conceptos subordinados (*distinguere* y eventualmente *subdistinguere*), cuando a un *genus* superior se le adiciona la diferencia específica (las denominadas especies subordinadas). La operatividad que aporta la *distinctio*, que es una forma de *divisio*, es ser un medio instrumental muy adecuado para poder formar la sistematización²³.

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

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

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

*Fortasse difficile est de huiusmodi rebus confidenter declarare, nisi saepe pertractae sint, dubitasse autem de his singulis non erit inutile. Quod scilicet numquam diceret, nisi nos ad majorem acuminis exercitationem considerationemque revocaret, quod quoniam ejus est adhortatio, nos quoque in aliis de his rebus dubitationes solutionesque ponere minime ravabimur*²⁴.

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

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

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

²³ Vid. Seckel, E., *Distinctiones glossatorum. Fs. Ferdinand von Martitz*, Berlin, 1911, pp. 281-289; Genzmer, *Die justinianische Kodifikation und die Glossatoren*, pp. 19 ss.

²⁴ Boethii, *In Categorias Aristotelis lib. II*. ML 64. 238.

rationes. el momento final lo constituía la *solutio* que presuponía el haber refutado limpiamente las *auctoritates et rationes* de uno de los dos posicionamientos.

Si se realiza un análisis minucioso de la *quaestio* se descubre un método muy útil para la formación del derecho, porque esta técnica conecta claramente con los *responsa* y las *quaestiones* recogidas en el Digesto, que contiene el bloque denominado *quaestio facti*, del que se forma el bloque de la *quaestio iuris* y que será la que dará lugar, mediante la *disputatio in utramque partem* a la formación dinámica del Derecho.²⁵

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

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

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

Estamos naturalmente ante una técnica específica en el tratamiento de los casos o problemas vitales de la convivencia en la que ya no se procede de acuerdo con postulados metarracionales o sometidos a la presión del poder, sino que esta técnica presupone un tratamiento muy fecundo del caso, mediante la discusión de tipo intelectual y científico del problema, de un modo totalmente autónomo y estrictamente jurídico (nos referimos a la regla formada a partir de este problema concreto).

Sobre esta técnica y este Derecho se fue construyendo la tradición romanística y el Derecho occidental. Un Derecho que intenta ser relegado de las Facultades jurídicas, pero que nosotros reivindicamos como parte de nuestro legado jurídico. Seguramente, nuestro mejor legado, por mucho que le pese a los recalitrantes positivistas que se

²⁵ Genzmer, *Die justinianische Kodifikation und die Glossatoren*, p. 37ss; Grabmann, M., *Geschichte der scholastischen Methode I*, Berlin, 1988), reim. de la edición original [Freiburg, 1909] pp. 140 y 318.

²⁶ Wieacker, F., *Privatrechtsgeschichte*, p. 69.

niegan a ver cómo las raíces de nuestra historia jurídica siguen el sendero de la Ciencia y de la Historia.

5. Apéndice bibliográfico

- Besta, E., *L'opera d'Irnerio I*, Torino, 1896.
Boethii, *In Categorias Aristotelis lib. II*. ML 64. 238.
Calasso, F., *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1970
Carpintero, F., “Mos Gallicus” “Mos Italicus” y el humanismo racionalista, una contribución a la historia de la metodología jurídica”, *Ius Commune* 6 (1977).
Clavero, B., *Temas de Historia del Derecho: Derecho Común*, Sevilla, 1977.
Coing H., *Derecho Privado Europeo. I. Derecho Común más antiguo 1500-1800*, Madrid, 1996.
Conrat, M., *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im frühen Mittelalter*, Leipzig, 1891 [Aalen, 1963].
Fitting, H., *Die Anfänge der Rechtsschule zu Bologna*, Berlin, 1888.
Genzmer, E., *Die justinianische Kodifikation und die Glossatoren en Das römische Recht im Mittelalter*, Darmstadt, 1987.
Grabmann, M., *Geschichte der scholastischen Methode I*, Berlin, 1988), reim. de la edición original [Freiburg, 1909].
Kantorowicz, H.U., *Ueber die Entstehung der Digestenvulgata. Ergänzungen zu Mommsen*, SZ 31 (1910).
Obarrio Moreno, J.A., *Iura et Humanitas. Diálogos entre el Derecho y la Literatura*, Madrid, 2017.
Obarrio Moreno, J.A., *Repensar la Universidad. Reflexión histórica de un problema actual*, Madrid, 2015.
Pringsheim, F., Publisher, *Beryt und Bologna*, Bernhard Tauchnitz, 1921.
Seckel, E., *Distinctiones glossatorum. Fs. Ferdinand von Martitz*, Berlin, 1911.
Seguimos a Savigny, K. F., *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo*, Torino 1854-1857 [Roma, 1972].
Weimar, P., *Die legistische Literatur der Glosatorenzeit en Handbuch und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, I Mittelalter (1100-1500)*, München, 1973.
Wieacker, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967.