

COMENTARISTAS

Pablo KOSCHAKER: Europa y el Derecho Romano. Madrid, 1955.

LA *Glossa* ordinaria había adquirido un gran prestigio no sólo en la práctica jurídica, sí que también en el campo mismo de la enseñanza del Derecho, contribuyendo de esta suerte a estrechar la relación entre la teoría y la aplicación y preparando desde el siglo XIV, el tránsito a una nueva actitud frente al *Corpus iuris* y a una utilización de métodos nuevos para el estudio de éste. Ambas notas constituyen las características del período denominado de los postglosadores o comentaristas (1). En la historia, esta nueva dirección es conocida con los nombres de *mos italicus*, debido a que tuvo su iniciación en Italia. La nueva tendencia se extendió rápidamente por toda Europa, singularmente por el centro, y dominó hasta el siglo XVIII, contribuyendo a la penetración del Derecho romano en la práctica jurídica del continente, con más eficacia que los mismos glosadores. Entre éstos y el *mos italicus* no existe en realidad verdadera antinomia, sino más bien una transición (2) que había sido preparada ya en el siglo XIII por la escuela de Orleans (3). La actividad de los glosadores iba dirigida, como es

(1) La última denominación es hoy la usual. El término empleado antiguamente de «postglosadores» y que entraña un cierto sentido de epígonos, fué determinado en parte por el juicio de Savigny, *Gesch. d. röm. Rechts im Mittelalter*, VI, 1-25, el cual no es hoy por lo general compartido. Veremos todavía sobre este punto. Vid. Koschaker, 19 y la bibliografía que allí se cita. Vid. además, Declareuil, *Hist. generale du droit français*, 844 y siguiente; Engelmann, 204 y sig.; Esmein-Genestal *Cours*, 730 y siguiente; Holdsworth, IV, 222 y sig.; Landsberg, *Glosse des Accursius*, 64 y sig.; Ol. Martin, *Précis*, 206 y sig.; Solmi, *Storia*, 513 y sig.; Stobbe, *Gesch. d. deutschen Rechtsquellen*, II, 23 y sig.; Sohm, *Zeitschr. der Savigny-Stiftung, germ. Abt.*, I (1880), 74 y sig.; Wieacker, *Vom röm. Recht*, 220 y sig.

(2) En ello hace hincapié Flach, *Cujas, les glossateurs et les bartolistes*, *Nouv. rev. hist. de droit français et étranger*, VII (1883), 218 y sig.

(3) Vid. *supra*, págs. 123-24, nota 66 y núm. 3 ebenda.

sabido, a descubrir el sentido de la legislación justiniana; su método era el exegético y se pretendía fijar la significación y alcance de cada pasaje. Su interés por el *corpus iuris* no era un interés teórico, sino práctico, puesto que para ellos el Derecho justiniano era Derecho aplicable; por otra parte, los glosadores trabajan en la misma época en que se inicia la escolástica, y no hay duda de que ésta influye en ellos proporcionándoles los medios para realizar su trabajo con cierto sistema.

Este punto de vista es el que opera la transición al *mos italicus* de los comentaristas. Si los glosadores habían hasta estas fechas contribuido insuperablemente a aclarar el sentido de los preceptos jurídicos justinianos, pronto debía surgir la dificultad de aplicar estos preceptos a las necesidades de la práctica, dificultad debida, principalmente, a la circunstancia de regir a la sazón otros Derechos como el estatutario de los municipios italianos, el longobardo y el canónico. Había que buscar una síntesis de todos estos dispares elementos, y esta síntesis, en forma de Derecho de los juristas, poderosa y fecunda, fué hallada por los postglosadores, quienes de este modo introdujeron en la práctica el Derecho romano. La total ausencia de sentido histórico y el autoritarismo que caracterizan la mentalidad de los comentaristas, revelados en su firme convencimiento de la perfecta aplicabilidad de las normas del *Corpus iuris* a las relaciones jurídicas de la época en que aquéllos vivieron, les facilitó extraordinariamente su tarea. Los glosadores sólo conocían el Derecho romano; los comentaristas, en cambio, si bien consideraban éste como el más importante en la elaboración de un sistema jurídico, estimaban necesario tener en cuenta, además, otras fuentes diversas tales como la costumbre, el Derecho estatutario y canónico (4). Si para los

(4) Como los derechos estatutarios se apoyan en Derecho germánico, se plantea con cierto apremio la cuestión de si los comentaristas, como hijos de su época, no estuvieron, inconscientemente, influidos por las concepciones jurídico-germánicas, cuestión ésta que podía igualmente plantearse con respecto a los mismos glosadores. Sobre este asunto hay bastante bibliografía. Vid. O. v. Gierke, *Genossenschaftrecht*, III (1881), 190 y sig.; 354 y sig.; Regelsberger, *Pandekten* (1893), 10 y sig.; Stintzing, I, 112. Landsberg, *Glosse des Accursius*, 38 y sig., 64 y sig. Para las cuestiones concernientes al Derecho posesorio, vid. Bruns, *Jahrbücher d. gem. Rechts*,

glosadores el Derecho romano, como Derecho del imperio occidental, era *ius commune*, con pretensión de vigencia exclusiva (5), para los comentaristas constituía una cuestión previa y fundamental, la de la separación del Derecho romano de estos otros Derechos cuya consideración era según ellos ineludible también. Consiguieron, en efecto, separarlo del Derecho canónico, el cual por su universalidad valió como *ius commune* (6),

IV, 1860, 33 y sig. Las afirmaciones de este autor con los conocimientos que hoy tenemos, debidos, en gran parte, a la investigación italiana, reclaman una rectificación. Con todo, el problema no ha sido abordado con amplitud. Séame permitido aludir aquí a la teoría de la propiedad dividida. Que este concepto fuera propio del Derecho romano antiguo y forma lógica del *ius in re aliena*, así como que fuera extraño a otros Derechos (vid. Koschaker, *Zeitschr. d. Savigny-Stiftung röm. Abt.* 58, 255 y sig., 258 y sig., y también Kaser, *Festschr. Koschaker*, I, 445), es intrascendente para nuestro punto de vista. Cuando esta teoría surge de nuevo en los glosadores y comentaristas (vid. Meynial, *Melanges Fitting*, II, 411), estimo, contra lo que opina Bussi, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto commune* (1937) 17, que el influjo del Derecho germánico merece ser estudiado, porque el Derecho germánico, lo mismo que el antiguo Derecho romano, carece del concepto del *ius in re aliena*. Se trata simplemente de una doctrina postclásica que va minando el concepto clásico de la propiedad y que sirve de apoyo a la opinión de que el *ius in re aliena* debe ser concebido como un *quantum* de facultades divididas de la propiedad, como una forma de propiedad, según ha logrado demostrar recientemente Vaucher en una tesis leída en Lausanne y que deriva de la escuela de Meylan en relación con el usufructo de (*Usufruit et pars domini*, 1940). Esto significa un retroceso a viejas ideas que surgen por influjo del Derecho de los primitivos pueblos de la parte oriental del imperio romano y de los cuales procedían los cultivadores postclásicos del Derecho de Roma. Una interesante aplicación de la propiedad dividida a la construcción jurídica del imperio, concibiendo este como *res publica* superior y los territorios como *res publicae* inferiores, distribuyéndose entre estos dos elementos los correspondientes derechos públicos, se halla en los publicistas alemanes del siglo XVII. Vid. Wolf, *Idee und Wirklichkeit des Reichs*, 128, Huber, ob. cit., 607.

(5) No interesa entrar ahora en las controversias de los autores italianos sobre el concepto del *diritto comune*. Vid. Calasso, *Il concetto di diritto comune*, *Archivio giuridico*, 111 (1934), 59 y sig.; *Storia e sistema delle fonti del diritto comune*, en *Studi Besta*, II (1939), 461; Bussi, *Intorno al concetto di diritto comune*, *Pubblicazioni dell'università cattolica del «Sacro Cuore» Scienze giuridiche*, 47, 1935.

(6) Sobre las distinciones que a este respecto hacía la doctrina entre normas que *respiciunt favorem animas*, y cuya inobservancia constituye pecado, temporalia, spiritualia, forum laicum-ecclesiasticum, territoria del im-

y también del Derecho estatutario. Este último creaba serias dificultades, ya que teóricamente el emperador era legislador único. La necesidad de introducir el Derecho romano en la práctica, produjo inevitablemente la colisión de éste con la legislación especial de los municipios. En efecto, contendían a la sazón dos concepciones (7). Para los juristas, el Derecho romano era *ius commune* y como tal, Derecho *per eminentiam*, con exigencia absoluta de validez (8); el Derecho estatutario, en cambio, tenía una función subsidiaria, aplicándose solamente en el ámbito en que dejara de aplicarse el romano. Se declaraban nulas, además, las normas estatutarias que se hallasen en contradicción con el *ius commune*, y tales normas se interpretarían de conformidad con este último. Los municipios, en cambio, adoptaron la posición abiertamente contraria. La teoría se afanó en superar (9) esta pugna, utilizando, para ello, diversos caminos, hasta que en el siglo XIV, el principio vigente en Derecho público de que *princeps imperator in regno suo* (10), convirtió en emperador incluso al legislador particular y mantuvo en el caso planteado, de modo formal, el dogma político de que el emperador es en el imperio legislador único (11). El Derecho particular (estatutario) creó de este modo,

perio-tertia ecclesiae (Estado de la Iglesia), vid. Calasso, *Arch. Giur.*, 111, *Studi Besta*, II, 488, Calisse, *Studi Besta*, II (1935), 522, 527 y sig., 530 y siguiente; Leicht, *Storia del dir. ital. Il diritto privato*, I (1914), 15 y sig.

(7) Vid. Calasso, *Studi Besta*, II, 493 y sig.

(8) Calasso, *Studi Besta*, II, 497 y sig., habla de «diritto comune assoluto».

(9) Calasso, *Arch. giur.*, 111, 82 y sig., 89 y sig., 92.

(10) Vid. supra, págs. 127-28.

(11) No es acertado como hace Calisse en *Studi Besta*, II, 421 y sig., relacionar la función subsidiaria del Derecho romano, con la debilitación del poder imperial. La doctrina de la validez absoluta del Derecho romano como *ius commune*, era un postulado de la teoría, como lo fué la otra doctrina del *unum ius* en todo el *imperium*, con la que guarda la anterior estrecha relación. Ningún poder imperial hubiera podido por sí solo, mediante el fomento del estudio del Derecho romano por los glosadores, realizar este postulado, contentándose

donde estuvo vigente, *ius commune*, pues se consagró la norma de que *ubi cessat statutum, habet locum ius civile*, con lo que se reconocía la validez subsidiaria del Derecho romano (12).

Que la escolástica influyó en el modo de elaborar y ordenar el material jurídico, es indudable. Se trata, en efecto, de entender y aclarar las normas del *Corpus iuris* ordenándolas y sistematizándolas. Los comentaristas, aunque en sus voluminosas obras no se apartan del método casuístico empleado en el *Corpus iuris*, son los creadores de una doctrina jurídica sistemática. Los romanos no conocieron la (13) sistemática del Derecho, si se prescinde de ciertos glosemas insertos en los escritos de los juristas clásicos que se inspiran en la teoría jurídica bizantina (14), la cual, a su vez, revela el influjo probable de la teología (15). La sistemática de la ciencia del Derecho es con toda probabilidad creación de la escolástica medioeval. Con la ciencia del Derecho y con la teología guarda la escolástica estrecha relación orgánica. La ciencia del Derecho y la Teología trabajan con una materia que les ha sido dada como objeto de fe por una instancia superior, y que desarrollan de modo metódico y comprensible. Esto es pura escolástica. Tres cosas, dice San Buenaventura en la explicación del misterio de la Trinidad, son esenciales al método escolástico: *primo contingit ipsam (SS Trinitatem) credere, secundo creditam intelligere, tercio intellectam dicere vel enuntiare. Credere autem est*

emperadores alemanes no consiguieron jamás este derecho. El principio: *princeps imperator in regno suo* sirve sólo para justificar el estado de Derecho existente mediante la adaptación de una antigua teoría.

(12) Vid. Calasso, *Arch. giur.*, 111, 93, 95; Ermíni, ob. cit., págs. 511, 516 y sig.

(13) De lo dicho no se sigue, naturalmente, que el Derecho clásico fuera absolutamente carente de sistema —los juristas percibieron claramente las internas relaciones orgánicas de los derechos entre sí y aplicaron éstas con muy seguro instinto a la solución de los casos concretos que les eran planteados—, sino únicamente que los problemas referentes a esta sistemática, no les preocuparon como objeto de una especial disciplina.

(14) Vid. supra, pág. 110.

(15) Sobre ciertos métodos escolásticos propios de esta teoría, vid. supra, páginas 106, 106 nota 5 y 107.

per auctoritatem, intelligere per rationem, dicere per catholicam et rationabilem locutionem (16).

A la escolástica pertenece el principio llamado de autoridad o mejor dicho, la sumisión del pensamiento a la autoridad. Como quiera que esta ciencia sistemática del Derecho toma sus materiales del Derecho romano, por el valor cultural que este Derecho entraña, por su relación con el imperio de occidente como poder y representación de Europa, fué la ciencia del Derecho, una ciencia eminentemente europea. A elaborarla contribuyeron todos los pueblos de Europa, pero quedará siempre como una gloria de Italia el haberla fundado. La historia le ha reconocido este mérito al crear la expresión *mos italicus*.

En cuanto a la forma que adopta esta literatura, predomina el comentario —de ahí el nombre que reciben los seguidores de tal dirección— de las diversas partes del *Corpus iuris*, ajustándose al orden legal del mismo. No constituyen estos comentarios meras aclaraciones de los distintos pasajes, sino que suelen, además, adoptar la forma de exégesis orgánicas de los distintos títulos, con utilización de las fuentes locales, ofreciendo una rica casuística, factor este último determinante en gran parte del influjo que esta literatura ejerció en la práctica jurídica, ya que ésta se construye siempre sobre casos. Junto a estas obras, aparecen también las monografías doctas (*tractatus*). Esta época ofrece de común con el período tardío de los glosadores, el que en ella, el *Corpus iuris*, pasa a segundo plano, en relación con la obra de sus intérpretes. La autoridad de ésta aumentó en proporción a la libertad con que interpretaban el *Corpus iuris* para atender a las necesidades de la vida práctica de aquel entonces, y en proporción también a la atención que estos comentarios dedicaron a las fuentes del Derecho indígena. Las opiniones de los doctores llegaron así a prevalecer sobre el mismo *Corpus iuris* y los comentarios degeneraron, llenándose de disquisiciones sobre las controversias entabladas entre los juristas. Las opiniones de los doctores tenían una singular autoridad cuando se manifestaban concordes respectiva-

(16) Según Grabmann, *Gesch. d. scholastischen Methode*, I (1909), 34, *auctoritas* y *ratio* son los impulsos del método escolástico. Vid. Grabmann, *Philosophie des Mittelalters* (en la colección Göschen), 1921, 38.

mente a un punto cualquiera del Derecho. Así surgió el concepto de la *communis opinio* (17), cuya valoración comienza en el siglo XIV a mostrarse vacilante. Bartolo niega que el juez esté obligado a seguir la *communis opinio*, mientras su discípulo Baldo considera *temerarium* el apartarse de ella. La doctrina se muestra reservada en general en cuanto a la estimación de la *communis opinio* y llega a permitir el que ésta sea objeto de estudio y sometida al *argumentum a veritate*. Cosa distinta ocurre en la práctica. Para ésta las decisiones autoritarias constituyen un modelo o arquetipo jurídicos. Las decisiones políticas en estos tiempos a que nos estamos refiriendo, excluyen la posibilidad de una jurisdicción central ejercida por un Tribunal superior, y consiguientemente la formación de *prejuicios* o precedentes que tengan relevante importancia en el desarrollo de un Derecho judicial y de juristas. Por esta razón, los más destacados profesores de Derecho de las Universidades —entre las cuales el primado que tuvo Bolonia es, a la sazón, discutido por las de Padua, Pavia, Pisa y Perusa— suplen la carencia de ese Tribunal superior. Los más importantes Tribunales, entre ellos el de la *Rota romana* (18), muestran repugnancia en aceptar sin reservas la fuerza vinculante de la *communis opinio*, en cuanto que exigen que ésta se halle *optima ratione munita* (19), lo que equivale a autorizar un examen de fondo de la misma. Solamente la *Rota romana* podía hacer esto. Los demás Tribunales suprimen prácticamente tal limitación, y durante el siglo XV llegan a formular la regla: *in iudicando et consulendo* (esto es, en la emisión de dictámenes) *ab opinione commune minime recedendum est*. Favoreció este resultado de una parte la práctica consiliar de que hablaremos más adelante, y de otra, el proceso llamado de residencia (20). El juez que seguía la *communis opinio* no tenía que temer

(17) Vid. Bussi, ob. cit., 34-35; Engelmann, 212-215 y sig.; Genzmer, *Zeitschr. d. Savigny-Stiftung, röm. Abt.*, 61, 325 y sig.

(18) El escrito de Ermini, *La giurisprudenza della Rota romana come fattore costitutivo dello ius commune* (1936), no me es, por desgracia, conocido.

(19) Bussi, 39, 51.

(20) Vid. supra, pág. 137.

Los ordenamientos particulares, no se oponen al común.

Muy al contrario, lo presuponen, ubicándose en una posición dialéctica —o sea en relación explícita o tácita— con este inmenso patrimonio que circula por todas partes y que constituye el *ius*, el *ius* por excelencia. Estatutos comunales, costumbres locales, la primera legislación de los príncipes en las ya fuertes monarquías, Derecho feudal, Derecho mercantil, se consolidan y viven respirando el aire del Derecho común, son impensables fuera del Derecho común: casi como corrientes que se insertan con vivacidad en el aire general de un ambiente, lo enriquecen y lo cambian, pero viviendo siempre dentro de él y gracias a él.

En conclusión: el particularismo tardomedieval no es una laceración, no es una ruptura de un gran orden unitario. Es el orden integrador que muestra mil facetas, se complica en autonomías, se articula en una pluralidad de ordenamientos que conviven: no olvidemos jamás que el contraste de un ordenamiento jurídico es la autonomía, una noción exquisitamente relativa, que nada tiene de absolutismo, que no significa independencia. El medioevo jurídico es un mundo de autonomías, fundado y construido sobre esta noción basililar y tipificadora, en relación con la cual es fácil y simple (casi obvio) formular la hipótesis en un mismo lugar y dentro de una misma entidad política de la concurrencia de una pluralidad de ordenamientos cada uno de los cuales tiene su ámbito específico, presupone la convivencia y el respeto con los otros, no tiene la pretensión de expansionismos omnicomprensivos.

Otras pretensiones en seguida aparecerán con la edad de transición hacia lo «moderno» y acompañarán rápidamente la vida histórica del nuevo sujeto político fuerte, el Estado, mediante el acrecentamiento de afirmaciones y realizaciones. La historia de toda la primera Edad Moderna está contrastada por un itinerario firmemente trazado, que va del pluralismo al monismo jurídico en el ámbito de los Estados particulares. Tantos Estados, tantas soberanías, tantos Derechos nacionales de impronta exquisitamente legislativa, regulados por un férreo principio de jerarquía de las fuentes.

Un particularismo completamente nuevo se perfilará como ruptura de la unidad, de una dimensión universal. Y Europa será un mosaico de Derechos estatales territoriales, cada uno de los cuales pretenderá regular de un modo cada vez más exclusivo las relaciones jurídicas entre los súbditos.

Es el largo camino que encontrará a su término el régimen del pleno absolutismo jurídico y la solución más absolutista en el plano de las fuentes del Derecho privado: el Código.

2. SIGNIFICADO DEL «DERECHO COMÚN»

Hemos hablado en muchas ocasiones de Derecho común, aunque de forma dispersa. Se hace necesario darle al lector una imagen integradora sobre todo ahora que, en el párrafo precedente, lo hemos dejado en una posición tan dialéctica con los varios *iura propria*.

El Derecho común se encarna y se identifica con la *interpretatio*. Y esto quiere decir dos cosas: que tiene una dimensión sustancialmente científica, es producto de la ciencia; que la ciencia —en cuanto *interpretatio*— no lo produce por sí sola, fantaseando, sino elaborándolo desde su fundación y con el auxilio de un texto autorizado. El Derecho común se despliega y se combina siempre en dos momentos inescindibles, el momento de validez representado por el *Corpus iuris civilis* y por el *Corpus iuris canonici*, el momento de efectividad representado por la construcción doctrinal (y sólo de forma secundaria judicial y notarial). Nuestra ciencia jurídica no es pensable sin un texto que interpretar, pero el texto no puede ser considerado más allá de una insustituible referencia formal.

No debemos olvidar que la *interpretatio* es una declaración, pero es también integración, corrección, modificación del texto, que se enfrenta a dos objetos, formalmente, el texto, materialmente, los hechos; que ella es la mediadora entre éstos y aquél. De tal forma, es creadora y constructora de Derecho. La opinión de BARTOLO, es decir, de quien es considerado como el más autorizado jurista del Derecho común, no tiene en absoluto un carácter normativo; en cambio, tiene carácter normativo la *interpretatio Bartoli* como conjunción entre un texto autorizado y una construcción doctrinal, entre momento de validez y momento de efectividad. Con todo, se ha de ser consciente —como señala una deliciosa y expresiva anécdota de gran verdad histórica⁵— de que BARTOLO construía, en primer lugar, su arquitectura jurídica sobre hechos, y posteriormente, pedía a su amigo Tigrino los textos justineanos que podía utilizar para apoyarla.

En muchas ocasiones el texto parece vinculante para los glosadores novicios; con todo, a medida que transcurre el tiempo y que la ciencia jurídica se vuelve coral y toma conciencia de su propia función, de las propias responsabilidades y del propio peso específico, no existió duda alguna para el distanciamiento sustancial del texto cuando ello fuera preciso. El Derecho común tiene muy poco de exégesis de un conjunto textual. Se identifica en la *interpretatio*.

Y ahí radica la razón por la que el mundo histórico del Derecho común no es, y no puede ser, la continuación en el terreno medieval

⁵ Lo hemos mencionado *supra*, en la p. 176.