

Traducción de
MÓNICA UTRILLA DE NEIRA

B546 d.c
7976
c 1

JUL 1998

HAROLD J. BERMÁN

LA FORMACIÓN DE LA TRADICIÓN JURÍDICA DE OCCIDENTE

24 JUL 1998 compra

UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE
BIBLIOTECA DE DERECHO



20625

FONDO DE CULTURA ECONÓMICA
MÉXICO

III. EL ORIGEN DE LA CIENCIA JURÍDICA OCCIDENTAL EN LAS UNIVERSIDADES EUROPEAS

MAITLAND llamó al siglo XII un "siglo jurídico". Fue más que eso: fue *el* siglo jurídico, el siglo en que se formó la tradición jurídica occidental. No obstante, los grandes hechos revolucionarios que inauguraron esa tradición y las primeras grandes realizaciones jurídicas no ocurrieron en el siglo XII, sino en las últimas décadas del XI: los *Dictados* del papa Gregorio VII, y las medidas administrativas centralizadoras de los gobernantes normandos de Sicilia, Inglaterra y Normandía, las realizaciones académicas del gran jurista canónico Ivo de Chartres (1040-1116) y del gran jurista romano Irnerio (alrededor de 1060-1125).

El surgimiento de los modernos sistemas jurídicos occidentales a fines del siglo XI y durante el XII estuvo directamente relacionado con el nacimiento de las primeras universidades europeas. Allí, por primera vez en Europa occidental, el derecho se enseñó como cuerpo distinto y sistematizado de conocimiento, como una ciencia en que decisiones, reglas y aplicaciones jurídicas en particular eran estudiadas objetivamente y explicadas en función de principios generales y de verdades básicas para el sistema en conjunto. Preparadas en la nueva ciencia política, sucesivas generaciones de graduados universitarios ingresaron en las cancillerías y en otros cargos de los naciotes Estados eclesiásticos y seculares, para servir de consejeros, jueces, abogados, administradores y redactores legislativos. Aplicaron su conocimiento a una creciente masa de normas, ayudando así a formar nuevos sistemas jurídicos a partir de los antiguos órdenes que antes habían estado casi enteramente dispersos en las costumbres sociales y en las instituciones políticas y religiosas en general.

Desde luego, en el sentido habitual de datos legales, como reglas y procedimientos, el derecho no puede constituir una ciencia, así como la materia o el comportamiento animal no pueden constituir una ciencia. La ciencia jurídica, si es que existe, debe ser el estudio científico de dichos datos jurídicos, el cuerpo científico de conocimientos *acerca* del derecho, así como la ciencia física o biológica es el estudio científico o cuerpo de conocimiento acerca de la materia o la vida animal. Y, sin embargo, hay diferencias importantes, desde el punto de vista de la ciencia, entre datos legales o cualesquiera otros datos sociales y datos físicos, por el hecho de que los participantes en las actividades sociales tienen conciencia de lo que están haciendo y su conciencia es parte esencial de los datos. Además, la propia conciencia puede tener o tratar de adquirir las características de una ciencia. Los actores pueden atribuir a sus propias observaciones de lo

que ellos mismos están haciendo las cualidades de un cuerpo de conocimiento sistemático, objetivo y comprobable. Eso es, en efecto, lo que ocurrió al derecho a finales del siglo XI y en el XII: las reglas, conceptos, decisiones y procedimientos jurídicos siguieron siendo datos y, en ese sentido, precisamente lo opuesto de una ciencia, pero la conciencia de los participantes sobre las actividades jurídicas llegó a incluir su estudio sistemático y la acumulación de un cuerpo de conocimiento acerca de ellas con algunas de las cualidades de una ciencia. A mayor abundamiento, la ciencia, el cuerpo de conocimiento *acerca* del derecho, fue tratado como parte de los propios datos legales. La comprensión se fundió con la interpretación, y la interpretación con la aplicación. Por ejemplo, la observación científica de que los Mandamientos prohíben matar, pero que ciertos pasajes de la Biblia indican que matar puede justificarse si es en defensa propia, o excusarse cuando resulta accidental, es, en sí misma, el planteamiento de un principio jurídico aplicable, a saber, que matar es *prima facie* ilegal (según la Biblia), pero que se puede justificar o excusar en ciertas circunstancias particulares. El hecho de que la observación misma es, o puede llegar a ser parte de la ley —parte de lo mismo que se está observando— distingue la ciencia jurídica de la ciencia natural. En realidad, ésa es probablemente una de las razones de que en el siglo XX las denominaciones "ciencia jurídica" y "ciencia del derecho" casi hayan desaparecido del uso inglés y norteamericano, aunque en las lenguas francesa, alemana, italiana, rusa y otras sigan teniendo uso difundido. En esos idiomas, la palabra que significa ciencia tiene una connotación más general, y se puede distinguir más fácilmente entre derecho y metaderecho, el derecho como se le practica y el derecho como se le concibe: entre *Recht* y *Rechtswissenschaft*, *droit* y *la science du droit*.

Decir que a finales del siglo XI y en el XII se empezó a enseñar y a estudiar el derecho en Occidente como ciencia particular, en un momento en que los órdenes legales prevalecientes sólo empezaban a diferenciarse de la política y de la religión, nos plantea cierto número de preguntas. ¿Qué enseñaban los primeros profesores de derecho? ¿Cómo era posible enseñar derecho cuando las leyes e instituciones legales prevalecientes, eclesiásticas como seculares, en gran parte eran locales y consuetudinarias, y en gran parte se mezclaban con creencias y prácticas religiosas y en la vida política, económica y social en general?

La respuesta puede parecer curiosa a oídos modernos. El primer derecho que se enseñó y estudió sistemáticamente en Occidente no fue el derecho prevaleciente; fue el derecho contenido en un antiguo manuscrito que había salido a la luz en una biblioteca italiana, a finales del siglo XI. El manuscrito reproducía el *Digesto*, enorme colección de material jurídico compilada en tiempos del emperador romano Justiniano, cerca de 534 d. c., hacía más de cinco siglos.

El derecho romano compilado por órdenes de Justiniano en Constan-

tinopla era un sistema jurídico sumamente desarrollado y complejo, muy distinto del derecho consuetudinario germánico. Durante un tiempo prevaleció en el Imperio romano de Occidente, así como en el de Oriente. Sin embargo, en el año 476, el último de los emperadores romanos fue depuesto, y desde mucho antes la civilización romana ya había sido derrocada en Occidente por las primitivas civilizaciones tribales de godos, vándalos, francos, sajones y otros pueblos germánicos. Después del siglo VI, el derecho romano sólo sobrevivió fragmentariamente en Occidente, aunque continuara floreciendo como sistema en el Imperio de Oriente, llamado Bizancio (que incluía el sur de Italia). Algunas de sus reglas y conceptos particulares aparecieron en ocasionales decretos de autoridades eclesiásticas y seculares de Occidente, así como en el derecho consuetudinario de los pueblos que habitaban lo que hoy es Francia y el norte de Italia. También la idea carolingia y poscarolingia de que el rey franco había perpetuado la autoridad de los emperadores romanos favoreció la supervivencia de máximas y principios aislados del derecho romano, sobre todo en lo tocante a la autoridad imperial. Algunas de esas colecciones, apenas organizadas, de leyes promulgadas por los reyes germánicos, contenían un número considerable de reglas y conceptos jurídicos romanos. Pero el derecho romano como tal, es decir, como sistema, tenía una validez muy limitada en Europa occidental por los días en que se descubrió en Italia la obra de Justiniano. Los textos habían desaparecido y los términos habían adquirido significados nuevos. No había equivalentes occidentales de los magistrados (pretores), los asesores jurídicos (juristas) o los tribunales (oradores) romanos. Las instituciones jurídicas prevalecientes eran en gran parte germánicas y francas. De este modo, fue el cuerpo de derecho, el sistema jurídico de una civilización anterior, como se le había anotado en un enorme libro o conjunto de libros, el que fue objeto de los primeros estudios jurídicos sistemáticos de Europa.

A pesar de todo, era de importancia decisiva que los juristas que estudiaban aquellos textos antiguos creyeran, como sus contemporáneos en general, que la civilización anterior, el Imperio romano, había sobrevivido hasta su propia época, tanto en Occidente como en Oriente. En cierto sentido especial sí había sobrevivido: en una forma nueva, así como el alma de una persona puede sobrevivir a su cuerpo. Más aún: creyeron que tenía una cualidad universal y perdurable. Tomaron la ley de Justiniano, no principalmente como la ley aplicable en Bizancio en 529 d. C., sino como la ley aplicable en todo tiempo y en todo lugar. En otras palabras, la tomaron por la verdad, del mismo modo que tomaban la Biblia como la verdad y las obras de Platón y (después) de Aristóteles como la verdad. Aunque, por ejemplo, lo que estaba escrito en la compilación de Justiniano acerca de la propiedad de las tierras no tuviese nada que ver con la regulación de los derechos feudales de propiedad prevalecientes en 1100 en la Toscana o en Normandía, esto no significaba que no fuese "la ley". Era, en realidad, la

verdadera ley, la ley ideal, la encarnación de la razón. Además, se pensaba que Toscana y Normandía eran justamente la continuación de Roma, así como la Iglesia o la cristiandad se consideraba como la continuación de Israel. El descubrimiento de una copia de la compilación de Justiniano, cerca del año 1080, fue recibido con el mismo espíritu con que se habría recibido el descubrimiento de un ejemplar de una continuación, perdida durante siglos, del Antiguo Testamento. De este modo, el autor (o los autores) de la gran *summa* de derecho inglés del siglo XIII, el *Treatise on the Laws and Customs of England*, de Bracton, citaba cerca de 500 pasajes del *Digesto* de Justiniano sin mencionarlo, simplemente dando por sentado que eran "el derecho" en Inglaterra, aunque muchos de ellos no habrían sido aplicables en los tribunales del rey.¹ En realidad, Bracton tuvo que sostener que las costumbres inglesas aplicables en los tribunales del rey constituían un "derecho" tan real como el contenido en los antiguos textos romanos.

Fueron necesarios otros dos ingredientes para crear la tradición jurídica occidental. Uno de ellos fue el método de análisis y síntesis que se aplicaba a los antiguos textos jurídicos, método que en tiempos modernos se ha llamado, un tanto desdeñosamente, "escolasticismo". El otro fue el marco en que el método escolástico fue aplicado a los libros de derecho romano, a saber, la universidad.

Estos tres elementos —el descubrimiento de los escritos jurídicos compilados en tiempos del emperador romano Justiniano, el método escolástico para analizarlos y sintetizarlos y la enseñanza de derecho en las universidades de Europa— se encuentran en las raíces mismas de la tradición jurídica occidental. El derecho romano dio a toda Europa (incluso a Inglaterra) gran parte de su vocabulario jurídico básico. El método escolástico ha seguido siendo un modo predominante del pensamiento legal por todo Occidente hasta nuestros días. Las universidades reunieron a los eruditos en materia jurídica —maestros y estudiantes— de toda Europa. Los pusieron en contacto no sólo entre sí, sino también con maestros y estudiantes de teología, medicina y las artes liberales, formando lo que en la terminología actual llamamos una profesión.

LA ESCUELA DE DERECHO DE BOLONIA

Los textos de derecho romano recién descubiertos fueron copiados, y empezaron a estudiarse en varias ciudades de Italia y de otros países a finales del siglo XI. Solían reunirse estudiantes y contratar a un maestro, para que se los explicara durante un año; la forma legal adoptada fue la de una sociedad (en derecho romano, *societas*) de profesor y estudiantes. Un profesor en particular, llamado Guarnerio pero conocido históricamente por Irnerio, que empezó enseñando en Bolonia, en el norte de Italia, cerca

del año 1087, conquistó la preeminencia, y a él acudieron estudiantes de toda Europa.² Su escuela sobrevivió a su muerte. Cálculos modernos fijan entre 1000 y 10 000 el número de estudiantes de derecho que hubo en Bolonia en algún momento en los siglos XII y XIII.³

Siendo extranjeros, casi todos los estudiantes se encontraban en una precaria situación legal. Por ejemplo, un extranjero podía ser responsable de las deudas de cualquiera de sus conciudadanos. Un mercader boloñés que tuviese una demanda contra un comerciante londinense, podía exigir indemnizaciones a cualquiera de los estudiantes de derecho ingleses que hubiera en la ciudad. Para protegerse de éste y otros peligros, los estudiantes se formaron en "naciones" sobre la base de su origen étnico y geográfico: francos, picardos, provenzales, alemanes, anglos, españoles y otros, en total veinte o más naciones. Por último, se unieron en dos cuerpos corporativos o gremios, uno de los cuales comprendía a todos los estudiantes de los Alpes hacia el Norte, y el otro a todos los de allí hacia el Sur; cada uno de esos grupos estaba organizado en forma de una *universitas*, término del derecho romano que entonces recibió el significado de asociación con personalidad jurídica o, en la terminología actual, corporación. Los profesores no eran miembros de la *universitas* estudiantil.

Las virtudes de la incorporación fueron obvias para los estudiantes de Bolonia, adolescentes que según las ideas medievales eran jóvenes ya maduros y dispuestos a llevar una vida política activa. Unidos, podían negociar eficazmente con el gobierno de la ciudad y también dominar la administración de la escuela. Bolonia fue el arquetipo de la institución medieval de alta cultura, dominada por estudiantes, en contraste con la universidad, dominada por el cuerpo docente, que poco después se fundaría en París. A la postre, el nombre de "universidad" acabó por darse a todas esas instituciones. Originalmente, el término se aplicaba a la universidad en el sentido actual, es decir, toda la institución o empresa era *studium generale* ("educación general"), significando la educación disponible y acreditada en general y no sólo localmente. No era necesario que hubiese diversos "departamentos": una facultad de teología o de derecho podía llamarse un *studium generale*.

La *universitas* estudiantil, o corporación o gremio, recibió de la ciudad de Bolonia una cédula que le permitía hacer contratos con los profesores, regular las condiciones del alojamiento de los estudiantes, determinar el tipo de cursos que se enseñarían y el material que cubriría cada uno, fijar la extensión de las conferencias y el número de días festivos, regular los precios del alquiler y la venta de libros. Los estudiantes pagaban directamente a los profesores en sus respectivas clases.

El gremio estudiantil también recibió una vasta jurisdicción penal y civil sobre sus miembros. De este modo, los estudiantes se liberaron de las desventajas civiles de su condición de extranjeros, y de hecho adquirieron una artificial ciudadanía propia.

La cédula de Bolonia establecía que el gremio estudiantil sería responsable del

cultivo de la caridad fraternal, de la mutua asociación y amistad, la atención a los enfermos y los menesterosos, la realización de funerales y la extirpación de rencores y querellas, la asistencia y escolta de nuestros candidatos al doctorado al lugar del examen y de vuelta, y el bienestar espiritual de sus miembros.⁴

Los profesores formaron su propia asociación, el colegio de maestros, con derecho de examinar y admitir candidatos al doctorado... y cargar estipendios por examen. Puesto que el grado de doctor era, en realidad, una admisión a la profesión docente, los profesores conservaron la facultad de determinar quiénes serían miembros de su propio gremio; pero eso era casi todo. Si los estudiantes consideraban que un profesor no estaba cumpliendo con sus deberes docentes, podían boicotear sus clases y negarse a pagarle. Y si una conferencia no comenzaba al sonar la campana o si concluía antes del otro toque, o si el curso de conferencias no quedaba completo al fin del periodo, el gremio de estudiantes podía aplicar una multa al profesor.

La junta de gobierno de la universidad estudiantil era un consejo general para el cual cada "nación" elegía a dos miembros. El consejo general elegía al rector, y cada nación tenía el derecho de nombrar un candidato al puesto. El rector había de tener al menos 24 años de edad y cinco de residencia. El grado de bachiller era otorgado por el rector. Una junta de estudiantes, llamada de Denunciadores de los Profesores, era nombrada por el rector, para informar de las irregularidades de los maestros.

El consejo general gobernaba por mayoría de votos. Las cuestiones importantes eran resueltas por una asamblea ("Congregación") de todos los estudiantes, y era obligatoria la asistencia a ella. Cada estudiante contaba con derecho de voz y de voto. El consejo general tenía facultades para poner en vigor los estatutos universitarios. Los estatutos regulaban los asuntos económicos de la institución, incluyendo multas y salarios, el costo de los libros de alquiler, el alojamiento y las condiciones de préstamo de dinero; también regulaban la disciplina estudiantil y profesional, así como muchos aspectos del programa escolar. Sin embargo, una limitación importante al autogobierno de los estudiantes era la regla de que ningún estatuto adoptado por la asamblea podía modificarse hasta veinte años después de entrar en vigor, salvo por consentimiento unánime de estudiantes y maestros.

La fuente del poder estudiantil era, en parte, económica. Los estudiantes —o bien hijos de familias ricas, o bien patrocinados por fundaciones (por lo general, conventos)— dejaban grandes ingresos a la ciudad. Si no estaban satisfechos podían emigrar fácilmente, llevándose consigo a los profesores. Dado que los dormitorios, refectorios y salones de conferencia eran

propiedad de la ciudad o de empresarios locales y no de los estudiantes, la partida de estudiantes podía causar una grave crisis económica. Posteriormente, los profesores fueron pagados por la ciudad, y se comprometían por juramento a no abandonarla. Esto redujo notablemente el dominio estudiantil sobre la universidad.

También la jerarquía eclesiástica desempeñó un papel importante en la dirección de la educación jurídica. Con excepción de las ciudades italianas, la educación por toda Europa en el siglo XII fue supervisada por la autoridad eclesiástica y no por la secular. Sin embargo, en 1219, más de un siglo después de inaugurada la universidad de Bolonia, el papa decretó que nadie debía ser instalado en el oficio de enseñar (es decir, nadie debía recibir el grado de doctor) sin haber sido examinado por el arcediano de Bolonia y recibido la licencia de sus manos. De hecho, el arcediano (o, en el caso de otras universidades italianas, por similares decretos papales, el obispo) no hacía personalmente las preguntas, sino que presidía el examen. No obstante, el decreto papal de 1219 privó a los doctores de su función independiente de otorgar títulos, y en adelante se exigió la *licentia docendi* (licencia para enseñar) de la Iglesia, en Italia como en cualquier otro lugar. En muchas partes de Europa, el remoto dominio de las universidades por los obispos produjo esporádicas revueltas estudiantiles.

A pesar de esto, mayor importancia histórica que el dominio episcopal de las universidades tuvo la relativa libertad de éstas en comparación con las antiguas instituciones educativas. Antes del siglo XI, la educación formal en Europa se había llevado a cabo casi exclusivamente en conventos. Durante los siglos XI y XII se formaron escuelas de catedrales que, gradualmente, fueron cobrando importancia. Como la catedral era la sede del obispado, la escuela de la catedral se hallaba bajo su vigilancia directa, así como la escuela monástica se hallaba bajo la vigilancia directa del abad. Difícil sería que un maestro se atreviera a contradecir a su obispo o su abad. En cambio, se dice que la universidad de Bolonia fue fundada cuando Matilde, duquesa de Toscana y amiga del papa Gregorio VII, invitó a Irnerio a enseñar derecho romano en ella. Así, durante más de cien años la enseñanza en Bolonia estuvo libre de todo dominio eclesiástico directo. Desde luego, había una considerable presión indirecta; se dice que el propio Irnerio fue excomulgado porque apoyó la causa imperial contra el papado. No obstante, en general los juristas boloñeses fueron libres de apoyar opiniones opuestas, sobre hasta qué punto diversas cláusulas del derecho romano justificaban las pretensiones imperiales y las papales. Mientras tanto, en París, a comienzos del siglo XII, Pedro Abelardo se atrevió a contradecir a su obispo, y a profesar un "contracurso" adverso a él. Y de esta confrontación surgió la universidad de París en el siglo XII.⁵ Así, las universidades europeas se establecieron desde el comienzo como instituciones educativas en que los profesores eran libres de adoptar posiciones opuestas, en contraste con el sistema anterior, conocido desde la Anti-

güedad, según el cual cada escuela había estado dominada por un solo maestro o una sola teoría.

También desde el principio, Bolonia fue una universidad, en el sentido de que era una escuela para graduados; es decir, que la mayoría de sus estudiantes habían recibido antes una educación en artes liberales, habitualmente en una escuela monástica o catedral. El programa escolar consistía, allí, en las siete "artes liberales": gramática, retórica, lógica (también llamada dialéctica), aritmética, geometría, astronomía y música. Sin embargo, muchas de las escuelas se concentraban en las tres primeras, llamadas el *trivium*, basadas principalmente en la Biblia, los escritos de los Padres de la Iglesia y algunas partes de Platón, Aristóteles, Cicerón y otros autores griegos y romanos. Desde el siglo XII, el estudio de las artes liberales fue requisito para el de las nuevas "ciencias" del derecho, la teología y la medicina. (Y cuando, como en París, las artes liberales se convirtieron en una cuarta disciplina universitaria, su estudio siguió siendo indispensable para las otras tres.) Al principio, Bolonia no tuvo ninguna facultad aparte de la de derecho; cuando, con el tiempo, se formaron allí otras facultades, no hubo entre ellas una conexión constitucional, salvo la de que todos los estudiantes recibían su grado del mismo canciller, el arcediano de Bolonia.

El sistema boloñés de educación jurídica fue trasplantado a muchas otras ciudades de Europa, incluyendo Padua, Perusa y Pisa, Salamanca y Montpellier, y Orleáns, Praga, Viena, Cracovia y Heidelberg.⁶ Sin embargo, la mayoría de las universidades situadas al Norte de los Alpes, aunque siguiendo el programa escolar de derecho y los métodos de enseñanza de Bolonia, adoptaron el tipo de organización iniciado en París, donde los doctores y los estudiantes de las cuatro facultades —teología, derecho, medicina y las artes— formaban un solo cuerpo y estaban sometidos a una cabeza común y a un gobierno común.⁷ En Oxford, Vacario, graduado en Bolonia, profesó el derecho romano a mediados del siglo XII, aunque al parecer una facultad de derecho, como tal, no fue establecida en Oxford (y otra en Cambridge) hasta el siglo siguiente.

EL PROGRAMA ESCOLAR Y EL MÉTODO DE ENSEÑANZA

Lo que desde el principio se enseñó en Bolonia fue el texto de derecho romano compilado por los juristas de Justiniano en el siglo VI. En realidad, es probable que la escuela de derecho se hubiese fundado básicamente con el propósito de estudiar ese texto.

El manuscrito consistía en cuatro partes: el *Código*, que comprendía 12 libros de ordenanzas y decisiones de los emperadores romanos anteriores a Justiniano; las *Novelas*, que contenían las leyes promulgadas por el propio emperador Justiniano; la *Instituta*, breve libro de texto planeado como

introducción para iniciar a estudiantes en el derecho, y el *Digesto*, cuyos 50 libros contenían toda una multitud de extractos de las opiniones de juristas romanos sobre una gran variedad de cuestiones jurídicas. En una moderna traducción inglesa, el *Código* contiene 1 034 páginas; las *Novelas*, 562; la *Instituta*, 173, y el *Digesto*, 2 774.⁸

La visión de los juristas europeos de finales del siglo XI y del XII exigía que se tratasen todos estos escritos como un solo cuerpo.

A pesar de todo, no se atribuyó la mayor importancia a la *Instituta*, especie de breve introducción en el derecho romano, ni al *Código* ni a las *Novelas*, que aclaraban ciertos estatutos y decretos imperiales, sino al *Digesto*, también llamado las *Pandectas*. El *Digesto* era un vasto conglomerado de las opiniones de juristas romanos acerca de miles de proposiciones jurídicas, relacionadas no sólo con propiedades, testamentos, contratos, daños y otras ramas de lo que hoy se llama el derecho civil, sino también con el derecho penal, el constitucional y otros que gobernaban a los ciudadanos romanos. Era derecho "municipal" (*ius civilis*, "el derecho de la ciudad"), que lo cubría todo excepto "el derecho de gentes" o "de las naciones" (*ius gentium*), aplicable también a los no romanos y que sólo incidentalmente era mencionado. El *Digesto* no era un código en el sentido moderno: no trataba de exponer un conjunto de conceptos, principios y reglas de derecho que fuese completo, autocontenido, internamente congruente y sistemáticamente dispuesto. Fue sólo en Occidente, tras la fundación de las universidades, cuando el *Digesto*, junto con el *Código*, las *Novelas* y la *Instituta*, llegó a ser llamado *Corpus Iuris Civilis*: "el cuerpo" del derecho civil.

Las propuestas jurídicas que el *Digesto* establecía eran, muy a menudo, razones necesarias para un juicio (como se les llamaría hoy) en casos reales. Otras eran declaraciones ("edictos") de magistrados, llamados pretores, sobre cómo fallarían en casos teóricos, por ejemplo: "El pretor dice, 'Si vos o vuestros esclavos habéis privado a alguien, por la fuerza, de una propiedad que tenía por entonces, yo concederé una acción sólo por un año, pero una vez transcurrido el año, concederé una con referencia a lo que [después] ha llegado a las manos de quien desposeyó, por la fuerza, al quejoso'". Tales propuestas van seguidas por citas de opiniones de varios juristas. Por ejemplo, con respecto a esa frase del pretor, se citan estas palabras del jurista Ulpiano:

Este interdicto fue establecido para beneficio de una persona que fue expulsada por la fuerza, y es perfectamente justo acudir en su ayuda en tales circunstancias. Este interdicto pretendió ayudarle a recuperar su posesión... Este interdicto no hace referencia a todo tipo de violencia, sino sólo a la que se usó contra personas que han sido privadas de posesiones. Sólo se relaciona con la violencia atroz, y donde las partes han sido privadas de posesión de tierras, como, por ejemplo, un terreno, una construcción, pero nada más.

Otros juristas también comentan la misma interdicción: por ejemplo, se cita así a Pomponio: "Empero, si sois expulsado por la fuerza armada, tendréis derecho a recuperar la tierra, aun si originalmente obtuvisteis posesión de ella, sea por fuerza (*vi*) o clandestinamente (*clam*) o con un título precario (*precario*)."⁹

Los juristas romanos, como lo ha escrito John P. Dawson, dirigían casi toda su atención

no a una síntesis teórica, sino al trato congruente y ordenado de casos individuales... Toda su atención estaba en la economía, no sólo de palabras, sino de ideas. Sus suposiciones eran fijas, el propósito principal del orden social y político no debía ponerse en duda, el sistema de ideas jurídicas era demasiado conocido para que requiriese mucha discusión. Ellos estaban allí para resolver problemas, trabajando dentro del sistema, y no les correspondía resolver los problemas últimos de las necesidades y el destino de la humanidad. Trabajaban caso por caso, con paciencia y agudeza y un profundo respeto a la tradición heredada.¹⁰

El profesor Dawson observa la "intensa concentración" de los juristas romanos "en casos específicos", a veces hipotéticos pero a menudo tomados de litigios reales.

Los casos [dice] son brevemente planteados, como las propias conclusiones de los juristas. No se necesitaba una justificación elaboradamente razonada, pues a quienes se encontraran fuera del grupo de elite les bastaba la sola autoridad del jurista, y quienes formaban parte de él comprendían las razones bastante bien. No se mencionaban siquiera muchas suposiciones, o si acaso, se las insinuaba, que sólo se han descubierto después de siglos de paciente estudio. La tarea principal de los juristas, tal como ellos la concebían, era dar solución a los casos que habían surgido o que pudiesen surgir, poniendo a prueba y revisando sus ideas fundamentales, u observando sus efectos sobre casos particulares.¹¹

A los estudiantes de derecho en la Europa actual, que estudian el derecho romano tal como ha sido sistematizado por profesores universitarios de Occidente desde el siglo XII, les cuesta trabajo creer que los textos originales fuesen tan intensamente casuistas y ateóricos. Se les enseña que, *implícito* en la mirada de estrechas reglas y términos generales no definidos, se hallaba un complejo sistema de conceptos abstractos. Y es este conceptualismo del derecho romano el que se hace contrastar con el supuesto particularismo y pragmatismo del derecho inglés y norteamericano. Pero eso es ver el derecho romano de Justiniano con los ojos de los futuros juristas europeos; ellos fueron los primeros en sacar las implicaciones conceptuales, los que hicieron una teoría del derecho del contrato a base de tipos particulares de contratos romanos, quienes definieron el derecho de posesión, quienes elaboraron doctrinas de justificación al uso de la fuerza y quienes, en general, sistematizaron los antiguos textos sobre la base de vastos principios y conceptos.

El programa escolar de la escuela de derecho del siglo XII consistía, en primera instancia, en la lectura de los textos del *Digesto*. El profesor leía y corregía el lenguaje del texto manuscrito, y los estudiantes lo seguían en sus copias manuscritas (por lo general, alquiladas) y hacían las correcciones necesarias. A este ejercicio se le dio el nombre de "lectura". Algunos estudiantes que no podían comprar o alquilar ejemplares del *Digesto* tenían que aprenderse de memoria.

Como el texto era muy difícil, había que explicarlo. Por tanto, después de leerlo el maestro lo "glosaba", es decir, lo interpretaba palabra por palabra y renglón por renglón. (*Glossa*, en griego, significa a la vez "lengua" o "lenguaje" y "término no común".) Las glosas dictadas por el maestro eran copiadas por el estudiante entre los renglones del texto; al hacerse más largas, invadían los márgenes. Pronto, las glosas escritas tuvieron una autoridad casi igual a la del propio texto glosado. Cerca del año 1250, la *Glossa Ordinaria* de Accursio llegó a ser la obra autorizada del *Digesto* en conjunto. Más adelante aparecerían los "posglosadores" o "comentadores" con sus "comentarios" a los textos y las glosas.

Las glosas eran de varios tipos. Algunas (llamadas *notabilia*) hacían breves resúmenes del contenido del pasaje glosado. Otras (llamadas *brocardica*), eran planteamientos de reglas jurídicas generales (máximas) basadas en la parte del texto que se estaba glosando. Además, los profesores anotaban el texto por clasificaciones llamadas *distinctiones*. Solían empezar con un término o concepto general y lo dividían en varias especies subordinadas, las cuales a su vez serían divididas y más subdivididas, con el escritor "siguiendo estas ramificaciones de sentido y de terminología hasta en los más nimios detalles".¹² Por último, además de hacer "distinctiones", el profesor planteaba *quaestiones*, poniendo a prueba una vasta doctrina al aplicarla a problemas particulares o "cuestiones".

El programa escolar y la forma de las lecturas y disputaciones estaban descritos en los estatutos de la universidad. Una introducción a una lectura de un profesor medieval de derecho dice lo siguiente:

Primero os daré resúmenes de cada título [del *Digesto*], antes de pasar al texto. Segundo, plantearé también, tan clara y explícitamente como pueda, los ejemplos de las leyes particulares [dadas en el título]. Tercero, repetiré brevemente el texto con vistas a corregirlo. Cuarto, repetiré brevemente el contenido de los ejemplos [de las leyes]. Quinto, resolveré las contradicciones, añadiendo principios generales comúnmente llamados "brocardica" y distinciones o problemas [*quaestiones*] sutiles y útiles, con su solución, hasta donde me ilumine la Divina Providencia. Y si alguna ley pareciera merecer, por razón de su celebridad o de su dificultad, una Repetición, yo la reservaré para una Repetición por la tarde.¹³

Además de las lecturas de los textos y las glosas, y de su análisis por medio de distinciones y preguntas, el programa escolar de Bolonia y de otras escuelas medievales de derecho incluía la *disputatio*, que era una dis-

cusión sobre una cuestión de derecho en forma de debate entre dos estudiantes guiados por un profesor, o bien un debate entre profesores y estudiantes. Se le ha comparado con un tribunal *ad hoc* moderno, pero las preguntas siempre eran sobre cuestiones de derecho, y no sobre situaciones reales o hipotéticas de hecho.

Con el transcurso del tiempo, el programa de derecho en Bolonia, París, Oxford y otras universidades de Europa se extendió para incluir algo más que el derecho romano contenido en el *Corpus Iuris Civilis*. La principal materia nueva, añadida en la segunda mitad del siglo XII, fue el recién desarrollado derecho canónico de la Iglesia. En contraste con el derecho romano, el canónico era un derecho actual, prevaleciente, atiborrado de decretos de papas y concilios y aplicado por tribunales eclesiásticos. Asimismo, al desarrollarse los sistemas jurídicos seculares de las ciudades, principados y reinos de Europa —habitualmente bajo la guía de juristas graduados en Bolonia y otros lugares— el programa escolar se enriqueció con referencias a problemas actuales del derecho secular. Al analizar los textos de Justiniano, los profesores solían introducir preguntas jurídicas de aplicación práctica, y analizaban casos cotidianos a la luz de los textos romanos y del derecho canónico.

De esta manera, el resurgimiento del estudio del derecho romano condujo al análisis de los problemas jurídicos del momento. Al principio, el derecho romano sirvió como derecho ideal, como cuerpo de ideas jurídicas tomado como sistema unificado; en cambio, los problemas jurídicos del momento, antes no clasificados e incoados, se analizaban en sus propios términos, y eran juzgados de acuerdo con sus normas. En cierto sentido el derecho romano desempeñó, para la mentalidad jurídica medieval, un papel similar al de la historia de la jurisprudencia en la mentalidad jurídica anglo-americana moderna del siglo XVII a comienzos del siglo XX. Dio una perspectiva para analizar ciertas leyes prevalecientes y ofreció ideales para poner a prueba su validez. Esto no significa que se considerase al derecho romano como distinto del derecho en vigor. Prevaleció junto con las leyes más nuevas y, en cierto sentido, por encima de ellas. Pero tenía una cualidad fundamental de la que éstas carecían. Las nuevas leyes estaban en pleno devenir; las reglas del derecho romano estaban presentes, para adaptarse a ellas.

EL MÉTODO ESCOLÁSTICO DE ANÁLISIS Y SÍNTESIS

Subyacente en el programa y los métodos de enseñanza de las escuelas de derecho de Bolonia y otras universidades occidentales de los siglos XII y XIII, había un nuevo modo de análisis y síntesis, que después sería llamado el método escolástico. Éste, que empezó a desarrollarse a comienzos del siglo XII tanto en derecho como en teología, presupone la absoluta autoridad

de ciertos libros, de los que se considera que contienen un cuerpo de doctrina completo e integrado. Pero, paradójicamente, también se supone que pueden tener lagunas y contradicciones, y se propone, como principal tarea, resumir el texto, colmar las lagunas y resolver las contradicciones. Al método se le llama "dialéctico", en el sentido que el término tenía en el siglo XII: que busca la reconciliación de los opuestos.¹⁴

Tanto en derecho como en teología, y más adelante en filosofía, el modo escolástico de análisis y síntesis fue promovido por el método de enseñanza universitaria, particularmente el método de glosar el texto y hacer preguntas para la disputación. "Los principales libros de derecho y de teología fueron el brote natural de las lecturas universitarias."¹⁵ En otras palabras, la ciencia —el saber— provenía de la enseñanza, y no a la inversa.

En el tiempo mismo en que juristas occidentales empezaban a crear lo que concebían como una ciencia del derecho, los teólogos occidentales empezaban a crear lo que concebían como una ciencia de la teología. En realidad, Pedro Abelardo (1079-1142), el primero en emplear el término "teología" en el sentido moderno, o sea el de un análisis sistemático de la evidencia de la revelación divina,¹⁶ también fue uno de los grandes precursores de la lógica escolástica, y a veces se le ha llamado el padre del escolasticismo. Abelardo, mediante métodos escolásticos de análisis y síntesis, trató de aplicar normas racionales para juzgar cuáles verdades reveladas eran de validez universal y cuáles eran sólo de validez relativa. Así, ésta no era la clase de fundamentalismo que considera igualmente ciertas todas las palabras del texto y en cualesquier circunstancias; el conjunto es considerado verdad, y dentro del conjunto, a las partes se les asignan diversos matices de verdad. De hecho, uno de los libros más importantes de Abelardo, *Sic et Non* (*Sí y no*), se limita a documentar, por medio de citas sucesivas, una lista de más de 150 incongruencias y discrepancias encontradas en la Biblia y en los escritos de los Padres de la Iglesia y otras autoridades, suponiendo que todas ellas son ciertas y dejando al lector la tarea de tratar de armonizarlas.¹⁷

En derecho, el método escolástico se orientó a analizar y sintetizar la masa de doctrinas, muchas de ellas en conflicto entre sí, descubiertas en la ley de Justiniano así como en autoridades seculares. Como en el caso de la teología, el conjunto del texto escrito, el *Corpus Iuris Civilis*, como la Biblia y los escritos de los Padres de la Iglesia, fue reconocido como sagrado, como encarnación de la razón. Pero el interés en reconciliar las contradicciones dio al jurista occidental del siglo XII, al tratar con conceptos y reglas jurídicas, mayor libertad y flexibilidad, que las de sus predecesores romanos. Como ellos, desde luego estaba interesado, según dice el profesor Dawson, en "el congruente y ordenado trato debido a casos particulares". Pero también se interesaba (como no aquéllos), en encontrar "justificaciones elaboradamente razonadas" y una "síntesis teórica". Y, al buscar justificaciones y síntesis, a menudo sacrificaba el estricto tipo de congruencia que los romanos habían elogiado.

LA RELACIÓN DEL ESCOLASTICISMO CON LA FILOSOFÍA GRIEGA Y EL DERECHO ROMANO

El método de los juristas europeos del siglo XII fue una transformación de los métodos de razonamiento dialéctico característicos de la filosofía griega antigua y del derecho romano clásico y posclásico. En griego, "dialéctica" significa "conversación" o "diálogo". Los filósofos de la Antigüedad griega se referían al "arte de la conversación" (*tekhnē dialektikē*) como método de razonar; de hecho, Platón lo consideró como el único método seguro de llegar al conocimiento de la verdad, al que llamó "ciencia" (*epistēmē, scientia*). Los diálogos socráticos registrados por Platón incluían tres técnicas "dialécticas" básicas: 1) la refutación de la tesis del adversario, sacando de ella, por medio de una serie de preguntas y respuestas, consecuencias que la contradijeran, o que de otra manera fuesen inaceptables; 2) la derivación de una generalización —nuevamente, por preguntas y respuestas— de una serie de proposiciones ciertas, acerca de casos particulares, y 3) la definición de conceptos por las técnicas de distinción, es decir, el análisis repetido de un género en su especie, y la especie en sus subespecies, y la síntesis, es decir, la repetida colección de especies en su género, y los géneros en géneros más grandes. Mediante ese razonamiento, Platón trató de llegar a un conocimiento seguro de la naturaleza de la Bondad, la Justicia, la Verdad, el Amor y otras "Formas" existentes, según él, en el universo, independientes de la humanidad.

Aristóteles refinó mucho los conceptos platónicos del razonamiento dialéctico. Distinguió, en primer lugar, entre razonar a partir de premisas de las que se sabe que son necesariamente ciertas (como "todos los hombres son mortales" o "el fuego quema"), y razonar a partir de premisas generalmente aceptadas o propuestas por expertos pero que son discutibles (como "el hombre es un animal político" o "la filosofía es deseable como rama de estudio"). Sólo el segundo tipo de razonamiento es dialéctico, según Aristóteles, y puesto que sus premisas son discutibles, no es capaz de llegar a la certidumbre, sino sólo a probabilidades. En cambio, el primer tipo de razonamiento, llamado "apodíctico", es el único capaz de demostrar verdades necesarias, ya que sólo de premisas indiscutibles pueden sacarse conclusiones indiscutibles.

Aristóteles también refinó y desarrolló el concepto platónico de ciencia. Fue el primero en emplear el término en plural para referirse a "todas una serie de 'ciencias' separadas y distintas, todas las cuales poseen ciertos métodos y distinciones en común, pero cada una de las cuales tiene sus propios y distintivos *archai* o 'principios' [literalmente, "comienzos"] y su propia materia determinada".¹⁸ Cada una también tiene su propio método de investigación, "que brota de la propia materia",¹⁹ aunque todas comparten el método de observación y de hipótesis. Aristóteles dividió la "ciencia" plató-

nica en física, biología, geometría, ética, política, metafísica y otros tipos. En cambio, la medicina siguió siendo para Aristóteles un "arte" (*tekhnē*), ya que aplicaba verdades científicas pero no conducía, a su vez, a la demostración de tales verdades. El derecho no fue tratado ni siquiera como arte por Aristóteles, sino quedó disuelto en ética, política y retórica.

Tanto en el razonamiento apodíctico como en el dialéctico, dijo Aristóteles, puede ser aplicable la lógica inductiva o la deductiva. (También en esto difirió de Platón, para quien la verdad sólo era alcanzable a partir de una lógica deductiva, es decir, razonando de lo general a lo particular y no de lo particular a lo general.) No obstante, en opinión de Aristóteles, en el razonamiento dialéctico había de preferirse la lógica inductiva, pues es más clara y convincente para la mayoría, mientras que en el razonamiento apodíctico la lógica deductiva es apropiada para ciertos tipos de ciencia (como las matemáticas) pero no para otros (como la biología). La lógica inductiva pasa de la experiencia a la certidumbre, o bien a la probabilidad, encontrando el elemento común en los casos particulares que se han observado. Por ejemplo, si vemos que el piloto hábil es el mejor piloto, y que el auriga diestro es el mejor auriga, podemos concluir como principio general que el hombre diestro es el mejor en cualquier actividad particular.²⁰ Pero esta observación general sólo se vuelve "científica", en sentido aristotélico, cuando se reconoce el principio subyacente, es decir, aquel que es la causa, de modo que pueden aparecer necesariamente ciertas las premisas del argumento.

En cambio, el rasgo distintivo del razonamiento dialéctico no es que se apege a la lógica inductiva, pues —como lo mostró Aristóteles— el razonamiento apodíctico también se inclina hacia el método inductivo en muchos campos. El razonamiento dialéctico se distingue ante todo por no partir de "proposiciones", es decir, de planteamientos declarativos que deben ser verdaderos o falsos y de los que pueden sacarse conclusiones "científicas", sino, antes bien, de "problemas" o "cuestiones" acerca de los cuales muchos pueden diferir aunque, a la postre, la cuestión en disputa será resuelta concluyentemente por una proposición o primer principio en favor de un lado o del otro si se están empleando métodos válidos de razonamiento dialéctico.²¹

La distinción aristotélica entre razonamiento apodíctico y dialéctico fue aceptada por los estoicos del siglo III a. c. y posteriores. Pero los estoicos no consideraron el razonamiento dialéctico como método para llegar a primeros principios, sino para analizar argumentos y definir conceptos por distinción y síntesis de género y especie. Y no tuvieron la preocupación general de Aristóteles por hacer una exposición sistemática; para ellos, la dialéctica pasó a ser una disciplina independiente, no esencialmente distinta de la lógica pero con poderosos elementos de retórica y gramática.

En su forma estoica, con los escritos de Platón y de Aristóteles como trasfondo, la dialéctica griega fue llevada a Roma durante el periodo re-

publicano (siglos II y I a. c.). Ahí fue adoptada por las clases educadas, incluso por los juristas, quienes la aplicaron por primera vez a las instituciones jurídicas prevalecientes. Los griegos nunca habían intentado hacer semejante aplicación. Las razones de ello son complejas. Las ciudades griegas no conocieron el ascenso de una prestigiada clase de juristas a quienes se hubiese confiado el desarrollo del derecho. La adjudicación se hacía por medio de grandes asambleas populares, y quienes discutían en las asambleas practicaban un modo de declamación que dependía menos del argumento jurídico que de llamados a la moral y a consideraciones políticas. Además, los filósofos griegos no reconocieron las reglas jurídicas como puntos de partida para el razonamiento. Profesaban su lealtad a una verdad filosófica superior, que sólo era alcanzable por medio de la observación y la razón.²² Según ellos, las reglas y decisiones jurídicas no eran *autoridades* que debieran aceptarse, o con las que al menos debiera contarse, como encarnaciones del sentido de justicia de la comunidad; en cambio, eran simples *datos* que podían usar o no al edificar sus propias teorías filosóficas. De este modo, los filósofos griegos debatían, gustosos, cuestiones concernientes a la naturaleza de la justicia y sobre si un gobernante debía regir por el derecho o por su propia voluntad, pero no les parecía importante discutir, por ejemplo, sobre si la ley debía ayudar a un propietario de bienes, contra alguien que los había comprado de buena fe a otro que, con dolo, había persuadido al propietario de deshacerse de ellos. Y las veces que consideraron tales cuestiones de derecho civil, en general las trataron como asuntos de ética personal. A la inversa, las cuestiones de derecho constitucional fueron tratadas, generalmente, como cosas de política.

De hecho, el pensamiento platónico atribuyó una realidad trascendente a la idea de justicia que no deseaba confiar su ejecución a los abogados. Sólo el buscador de sabiduría, el *philosophos*, era capaz de gobernar, y aun él sólo cuando había alcanzado el objeto de su búsqueda, y era ya un conocedor. En palabras de Carl J. Friedrich, "La trascendencia misma de la justicia impide [para Platón] su realización en un orden constitucional". Añade que, como resultado, el derecho constitucional en el sentido occidental del término "fue desconocido en Atenas".²³

En Roma, por lo contrario, muy pronto surgió una prestigiada clase de juristas. Desde el siglo V a. c., los sacerdotes (pontífices) llevaban los registros de varios remedios jurídicos ("acciones") disponibles para diversos casos. Más adelante surgió la práctica de elegir cada año a pretores que, en un edicto anual, declaraban reglas generales de derecho aplicables a las disputas privadas, y que registraban las quejas por violaciones a los derechos establecidos en el edicto. El pretor transmitía esa queja a un juez laico nombrado por el pretor *ad hoc*, con instrucciones de celebrar una audiencia y, a la presentación de los hechos alegados en la queja, poner un remedio. Además de los pretores y los jueces existía un tercer grupo de

laicos que participaban en los procedimientos legales: los abogados, quienes alegaban ante los jueces. Por último, y a la postre los más importantes, estaban los juristas (también llamados jurisconsultos). Éstos eran los únicos profesionales. Su principal tarea era dar consejo legal a pretores, jueces, abogados, litigantes y clientes deseosos de intervenir en una transacción legal.²⁴

Los juristas romanos tenían un enfoque intensamente práctico del derecho. Su adopción del razonamiento dialéctico griego en los siglos II y I a. c., aunque fue el primer avance de la escolástica en el derecho romano, no resultó ese "matrimonio" del derecho romano y la filosofía griega que ocurrió más de mil años después en las universidades de Europa occidental. Los juristas romanos se negaron a adoptar el sistema helenístico de educación; la preparación jurídica siguió consistiendo principalmente en un aprendizaje muy informal e individual en casa de un practicante de mayor edad.

Los jurisconsultos [romanos] no discutían con sus pupilos sobre concepciones básicas como la justicia, el derecho o la ciencia jurídica, aunque a los griegos éstos les parecieran problemas de la más alta importancia, mejor dicho, los únicos de importancia. El estudiante entraba de lleno en la práctica, donde se enfrentaba a la continua pregunta: ¿Qué debe hacerse, sobre los hechos dados?²⁵

Sin embargo, fue en este periodo —antes del gran florecimiento del derecho romano llamado clásico, en los siglos I a III d. c.— cuando los juristas intentaron por primera vez clasificar sistemáticamente el derecho romano en diversas índoles (géneros y especies) y definir con precisión las reglas generales aplicables a casos específicos.

Tal vez el ejemplo más antiguo de la aplicación sistemática del razonamiento dialéctico al derecho fuese el tratado sobre *ius civile* del jurista romano Quinto Mucio Escévola, muerto en 82 a. c.²⁶ En esta obra, de la cual se ha dicho que "echó las bases no sólo de la jurisprudencia romana, sino de la europea",²⁷ el derecho civil fue clasificado en cuatro principales divisiones: el derecho de herencia, el de personas, el de las cosas y el de las obligaciones. Cada uno de ellos era subdividido: el de herencia, en testamentos y sucesiones intestadas; el de personas, en matrimonio, tutela, estado libre, poder paterno y algunas otras divisiones; el de cosas, en posesión y no posesión; el de obligaciones, en contratos y delitos. Éstos quedaban, a su vez, subdivididos; por ejemplo, los contratos se subdividían en contratos inmobiliarios, compra y venta, alquileres y sociedad, en tanto que los delitos se subdividían en ataque, robo y daño a la propiedad.²⁸ Según los diversos géneros y especies, cada uno de los cuales se caracterizaba por su principio gobernante, se reproducían materiales jurídicos: ante todo, las decisiones de pretores en casos particulares, pero también aplicaciones legislativas, autoridades de viejas colecciones de documentos

y también autoridades de la tradición oral. La principal tarea que se fijaba el autor era presentar "definiciones", como él las llamaba,²⁹ es decir, declaraciones precisas sobre las reglas jurídicas implícitas en las decisiones de casos anteriores.

En la obra de Q. Mucio Escévola y de sus colegas, juristas de los siglos II y I a. c., no sólo el sistema de clasificación, sino también el método para llegar a la formulación de reglas específicas, era dialéctico en el sentido griego más lato. Se planteaban preguntas, se recababan respuestas de juristas y se ofrecían las soluciones del propio autor. Por ejemplo, un jurista anterior había resumido diversas decisiones concernientes al alcance de la ley del robo, diciendo que quien pedía prestado un caballo era culpable de robo si lo llevaba a un lugar distinto del acordado al recibirlo, o si lo llevaba más lejos del lugar acordado. Q. Mucio Escévola revisó las mismas decisiones, y otras, y llegó a una formulación más general y al mismo tiempo más precisa: todo el que recibe una cosa en custodia y la utiliza, o la recibe para usarla y la emplea con otro propósito de aquel para el cual la recibió, es culpable de robo.³⁰ Esta definición incluye no sólo préstamos, sino también depósitos, y sustituye "caballo" por "cosa".

Como escribe el profesor Stein, "Siguiendo las técnicas aristotélicas [Q. Mucio] consideró que su tarea consistía en explicar lo que realmente ocurría en los procedimientos legales".³¹ Trató de cumplir con esta tarea mediante la subdivisión de géneros y especies, hasta que llegó a decisiones específicas, las clasificó y luego pudo explicarlas descubriendo "una fórmula de palabras que incluía todas las categorías pertinentes y excluía todas las demás".³² Su objetivo, y el de los otros juristas que lo siguieron, fue declarar la ley preexistente y definir sus límites precisos.³³ Sin embargo, el alcance de la generalización iba en proporción inversa a su refinamiento. No debemos buscar en los juristas romanos del periodo republicano una discusión de los conceptos legales; "en realidad, en su bagaje mental no se encontraba la noción de un concepto".³⁴

Después, en los periodos clásico y posclásico (siglos I a V d. c.), los juristas romanos refinaron y desarrollaron las técnicas dialécticas que habían sido aplicadas por sus predecesores republicanos, pero sin modificarlas en lo fundamental. Surgió una tendencia hacia una mayor abstracción. En la primera mitad del siglo II empezaron a hablar expresamente de "reglas" (*regulae*) y no sólo de "definiciones". La diferencia entre los dos términos es sutil. Las definiciones parecen haber estado más directamente relacionadas con los propios casos que ellas generalizaban. Las reglas, aunque derivadas de los casos, se podían considerar por separado. A veces, se las coleccionaba en "libros de reglas", que fueron especialmente útiles a los incontables pequeños funcionarios del Imperio romano. También en este periodo se fundaron unas cuantas escuelas de derecho, y aunque su orientación siguió siendo intensamente práctica, contribuyeron sin duda a la tendencia a buscar unas reglas más generales. Por ejemplo, los conceptos

aristotélicos de la "naturaleza" de una cosa se aplicaron para resumir reglas concernientes a lo que podía omitirse de los términos expresos de acuerdos de compra y venta: decíase que los términos que "pertenecen naturalmente" al caso no necesitaban un acuerdo explícito.³⁵ Sin embargo, sólo un tipo de término se consideró que "pertenecía naturalmente" a todos los tipos de compraventa: a saber, que el vendedor tenía título; otras varias garantías (como se las llamaría hoy) específicas, implícitas para tipos particulares de compraventa, eran enumeradas por separado: por ejemplo, que un animal está sano, o que un esclavo no tiene el hábito de tratar de escapar. A veces se logró crear reglas comunes para diferentes tipos de transacciones: por ejemplo, contratos diversos como de ventas y alquileres. Sólo ocasionalmente llegarían los juristas romanos hasta postular principios generales que parecían abarcar todo el derecho. De este modo, Cayo, el célebre jurista y profesor de derecho de mediados del siglo II, estimó que los acuerdos concluidos "contra las reglas del derecho civil" eran nulos, implicando así —pero sólo implicando— lo que por primera vez fue definido en el siglo XII por los juristas escolásticos de Occidente: que el derecho forma todo un sistema, todo un "cuerpo".

Esta implicación también estuvo presente en algunas *regulae* muy generales que, apartadas de los casos para los que habían sido generalizadas por vez primera, tienen la forma de declaraciones epigramáticas sucintas de principios jurídicos fundamentales. En el *Digesto* de Justiniano, el conclusivo Título 50.17, "Con respecto a varias reglas del derecho antiguo", reúne 211 de esas reglas generales: por ejemplo, "Se considera que nadie defrauda a quienes saben y consienten", "En casos dudosos, deberán preferirse las interpretaciones más benévolas", "La buena fe vale tanto a un poseedor como la verdad, siempre que la ley (*lex*) no ofrezca impedimento". Sin embargo, como lo ha mostrado Stein,³⁶ estas "máximas legales", como se las llegó a llamar en el siglo XII, tienen un significado enteramente distinto, cuando se toman como principios abstractos, del que tenían en el contexto de los tipos de casos en que originalmente se emitieron y que a menudo se reproducen en las primeras partes del *Digesto*. Así, la primera de las reglas citadas se refería originalmente al caso de alguien que adquiere algo de un deudor fraudulento con el consentimiento de los acreedores: los acreedores no podrán decir después que fueron defraudados. La segunda se refería originalmente a los legados; las "interpretaciones más benignas" son las más benignas para los legatarios. La tercera se refirió originalmente al poseedor, de buena fe, de esclavo de otro; si el esclavo fue robado a otro, la víctima tiene una acción jurídica contra el poseedor. En 530 d. c., Justiniano promulgó una Constitución que aclaraba las antiguas leyes sobre el tema. Esta Constitución es la *lex*, a la que se hace oblicua mención en la última frase de la *regula*.

Justiniano, con esta colección de 211 declaraciones escuetas de reglas abstractas del derecho antiguo, no se propuso engañar a nadie para que

creyera que estas reglas tenían un significado independiente de las situaciones concretas a las que originalmente se aplicaron. La primerísima *regula* pone esto en claro. Cita al jurista Pablo diciendo: "Una regla es algo que se relaciona brevemente con una materia... Por medio de una regla, se hace un breve relato de las cosas y... si es imprecisa en algún aspecto, pierde todo su efecto". En otras palabras, no se deben considerar las reglas fuera del contexto de los casos que resumen. Esto también lo muestra el hecho de que cada regla va precedida por una cita, con su contexto original. Más aún, con excepción de la primera, las reglas están dispuestas asistemáticamente, y algunas de ellas se contradicen.³⁷ Justiniano añadió las *regulae*, en parte al menos, como índice ornamental de su gran colección. También es probable que se pretendiera que fuesen útiles en la discusión, tal vez como presuposiciones que podían emplearse para eximir de la carga de la prueba. Por último, servían a un propósito didáctico, como ayudas para memorizar tan vasto texto. Ciertamente, ningún jurista romano las trató como principios abstractos. En realidad, todo el Título 50.17 del *Digesto* debió demostrar más allá de toda duda a los juristas romanos de la época de Justiniano la validez de la célebre regla de Javoleno, también contenida en el Título 50.17: "Todas las reglas [*definitiones*] del derecho civil son peligrosas, pues casi siempre pueden ser deformadas". (También esto, probablemente, tendía a una definición específica.)³⁸

Los juristas romanos de los periodos clásico y posclásico consideraban una regla legal como una generalización de los elementos comunes de decisiones, en una clase de casos restringida y especificada. Sólo limitando así la esfera de las reglas legales podían tener esperanzas de alcanzar el objetivo de utilizar los métodos griegos de clasificación y generalización como base racional para decidir sus casos. Los griegos nunca habían intentado semejante racionalización de las decisiones y reglas jurídicas; para ellos, el razonamiento dialéctico era una técnica para derivar conclusiones —"proposiciones"— filosóficas válidas a partir de premisas aceptadas. Los romanos convirtieron la dialéctica griega: de ser un arte de descubrir, pasó a ser un arte de juzgar.

Es importante distinguir la casuística legal romana de la casuística legal de los juristas del occidente de Europa en los siglos XI y XII y después, así como del método de análisis de opiniones de los tribunales, de casos reales, empleado hasta hoy por los practicantes ingleses y norteamericanos del derecho común. Por una parte, los romanos no utilizaban casos para ilustrar principios ni para ponerlos a prueba, tomando perspectiva, por decirlo así, para ver sus aplicaciones. En cambio, reducían sus casos a simples razones necesarias para el juicio (*holdings*), sin tratarlos en toda plenitud, sin un análisis de las ambigüedades o lagunas que hubiese en situaciones reales, ni otras formulaciones de las cuestiones jurídicas en cuestión.³⁹ Max Weber sin duda fue demasiado lejos cuando dijo que el uso dado a las reglas por los juristas clásicos romanos era una "asociación simplemente

paratáctica y visual de la analogía".⁴⁰ Sin embargo, el hecho de no articular las suposiciones y razones profundas en que se fundaban las analogías —en realidad, no definir siquiera los términos jurídicos más importantes—⁴¹ produjo una estrechez, una insensibilidad en el análisis de caso. ¡Y esto era precisamente lo que deseaban los juristas romanos! Cuando Cicerón pidió una sistematización más compleja de las leyes, con definiciones claras y reglas legales abstractas, los juristas "respondieron a estas censuras con un silencio cortés".⁴² No tenían ninguna razón para tratar de transformar el genio romano para la adjudicación congruente en un sistema filosófico. Tenían, en cambio, todas las razones para desconfiar de la aplicabilidad de las altas cumbres de la filosofía griega a las necesidades prácticas de la adjudicación.

Los juristas europeos occidentales de los siglos xi y xii llevaron la dialéctica griega a un nivel de abstracción muy superior. Intentaron sistematizar las reglas en un todo integrado, no sólo definir los elementos comunes a especies particulares de casos, sino también sintetizar las reglas en principios, y los principios mismos en todo un sistema, en un cuerpo de derecho o *corpus iuris*.

Una de las técnicas empleadas por los juristas escolásticos para alcanzar su objetivo fue tratar las *regulae* romanas, encontradas en el Título 50.17 del *Digesto* y otras partes como "máximas" legales, es decir, como principios independientes, de validez universal. El término "máxima" fue tomado de la terminología aristotélica; se refería a una "proposición máxima", es decir, "universal". El escritor romano Boecio (480-524 d. c.), en cuya traducción latina y comentarios aprendieron su Aristóteles los estudiosos desde el siglo vi hasta mediados del xii, escribió que el estagirita había postulado ciertas proposiciones evidentes, y que a partir de estas "máximas", es decir proposiciones... universales... se sacan las conclusiones de los silogismos".⁴³ Durante el siglo xii, el gran lógico Pedro Abelardo, en su *Dialectica*, describió la proposición máxima como aquella que resume el significado y la lógica comunes a las proposiciones particulares implícitas en ella. Por ejemplo, de las proposiciones "si el hombre es un animal", "si la rosa es una flor", "si el rojo es un color" y otras similares, en que una especie es antecedente a un género, "puede inducirse la proposición máxima de que lo que se dice de una especie puede decirse de un género". "La máxima", escribió Abelardo, "contiene y expresa el sentido de todas esas consecuencias y demuestra el modo de inferencia común a los antecedentes".⁴⁴ De igual manera, los juristas de Bolonia contemporáneos de Abelardo indujeron principios universales a partir de las implicaciones de ejemplos particulares. Esto era precisamente lo opuesto del antiguo concepto romano de una regla como simplemente "un breve relato de las acciones"; en cambio, se supuso que toda el derecho, el *ius* entero, podía inducirse por síntesis a partir de características comunes de tipos específicos de casos. Una lógica similar fue aplicada siglos después por abogados

ingleses y norteamericanos para derivar reglas generales a partir de decisiones judiciales en particular. Los lógicos contemporáneos la llaman "generalización existencial".⁴⁵ Se basa en el principio general de inferencia de que si un objeto individual *a* de una colección *M* tiene la propiedad *F*, entonces puede decirse de la colección *M* que algunos o al menos uno de los objetos que lleva en sí tiene o tienen la propiedad *F*. Los juristas escolásticos del siglo xii llegaron más lejos que los abogados angloamericanos comunes en su creencia de que toda decisión o regla legal es una especie del género ley. Esto les permitió utilizar cada parte de la ley para formar el todo, y al mismo tiempo usar el todo para interpretar cada una de sus partes.

Fueron esta creencia y este método los que caracterizaron el enfoque con el cual los juristas escolásticos analizaron y sintetizaron los redescubiertos textos de Justiniano. Aquí, la dialéctica aristotélica —desde antes de la traducción de las principales obras de Aristoteles sobre lógica— fue elevada a derecho, a un nivel de síntesis muy superior al de los juristas romanos cuyos escritos se estaban estudiando.⁴⁶

Y, sin embargo, había otro aspecto. Aristóteles había negado el carácter apodíctico del razonamiento dialéctico. No podía alcanzar la certidumbre porque sus premisas eran inciertas. Por lo contrario, los juristas de la Europa occidental del siglo xii aplicaron la dialéctica aristotélica con el fin de demostrar lo que es verdadero y lo que es justo. Pusieron de cabeza a Aristóteles, combinando el razonamiento dialéctico y el apodíctico, y aplicando ambos al análisis y la síntesis de las normas jurídicas. En contraste con los juristas romanos y los filósofos griegos, supusieron que por medio de la razón podían probar la verdad y la justicia universales de los textos jurídicos que eran autoridad. Según ellos, los edictos y *responsa* del derecho romano, en particular y en conjunto, constituían lo que ciertamente no habían constituido en la mente de los propios juristas romanos: un derecho natural escrito, una *ratio scripta* que, junto con la Biblia, los escritos patrísticos y los cánones de la Iglesia, debía considerarse sagrado. Puesto que las normas jurídicas romanas eran verdaderas y justas, se podía razonar apodícticamente a partir de ellas, para descubrir nuevas verdades y justicia. Mas, por contener lagunas, ambigüedades y contradicciones, también había que razonar a partir de ellas dialécticamente; es decir, había que plantear problemas, hacer clasificaciones y definiciones, declarar opiniones opuestas y sintetizar conflictos.

Ésta fue la primera aplicación sistemática del célebre lema de San Anselmo, *Credo ut intelligam* ("Creo para poder comprender"). Quedó resuelta así la propia oposición de Aristóteles entre razonamiento dialéctico y razonamiento apodíctico. El método dialéctico se convirtió en el método científico en derecho, así como, con el tiempo, llegaría a ser el método científico en otras ramas del saber, incluso en las ciencias naturales.

Los juristas escolásticos diferían de los filósofos griegos, no sólo en su

creencia de que por medio del razonamiento podían derivarse principios jurídicos universales de los textos que eran autoridad, sino también en su creencia sobre la naturaleza de tales principios universales. Platón había postulado que existen universales en la naturaleza: que la idea de justicia o de belleza, la idea de un triángulo, la idea de color, la idea de una rosa y otras ideas generales en la mente del hombre son reflejos imperfectos de "paradigmas" o de "formas" que existen en la realidad externa. Esta visión "realista" de ideas universales, como después se le llamó en Occidente (hoy se le llamaría "idealista"), no fue enteramente compartida por Aristóteles, aunque la mayoría de las diferencias entre Aristóteles y Platón quedaron ocultas en las únicas versiones de las obras del estagirita, conocidas en Occidente hasta finales del siglo XII, a saber, las traducciones y los comentarios de Boecio.⁴⁷ De este modo, los filósofos cristianos occidentales habían considerado realistas a Platón y Aristóteles. Aunque algunos de estos filósofos habían planteado ciertas preguntas respecto a la "realidad" de los universales, el primer ataque enconado y sistemático contra la posición realista fue lanzado en los siglos XI y XII, sobre todo por Abelardo. Éste negó la realidad externa de las características comunes que definen una clase de sustancias individuales. Sostuvo que sólo las sustancias individuales existen fuera de la mente, y que los universales son nombres (*nomena*) inventados por la mente para expresar las semejanzas o relaciones que hay entre cosas individuales pertenecientes a una clase. Algunos "nominalistas" negaron que los universales tuviesen algún sentido; Abelardo, en cambio, afirmó que los nombres sí tienen significado, ya que caracterizan a los individuos de la clase, pero que no "existen", salvo atribuidos a individuos. Así, "bondad", "sociedad", "color" y "rosa" no se encuentran en el mundo físico ni en algún mundo ideal de formas, sino que son cualidades generales que el intelecto humano atribuye a buenos actos o a ciertas personas que viven en relaciones sociales con otras, o a pigmentos particulares, o a rosas individuales.

El nominalismo desempeñó un papel indispensable en el esfuerzo por sistematizar el derecho, pues el realismo en el sentido platónico, por muy convincente que pueda ser como metafísica, era totalmente ajeno al esfuerzo de los juristas del siglo XII por clasificar, dividir, distinguir, interpretar, generalizar, sintetizar y armonizar la gran masa de decisiones, costumbres, cánones, decretos, escritos, leyes y otros materiales que constituían el orden jurídico de su época. Haber postulado, a la manera platónica, la realidad externa de la justicia, la igualdad, la congruencia, la regularidad procesal y otros principios universales, y haber tratado de deducir de ellos ciertas reglas e instituciones jurídicas específicas, habría sido un vano ejercicio académico. Semejante sistema abstracto no habría sido útil a las nacientes entidades, eclesiásticas o seculares.

Lo que se necesitaba era el genio griego para la clasificación y la generalización, pero sin la creencia en que clasificaciones y generalizaciones

reflejan las realidades del mundo exterior; en suma, sin el naturalismo platónico. En derecho, semejante naturalismo no podía llegar mucho más allá de las casuísticas *regulae* de los juristas romanos. Por su parte, los nominalistas, aunque compartían con los realistas una profunda preocupación por establecer principios generales y por probar la validez de los conceptos generales negaban que tales principios y conceptos existieran como tales. Los nominalistas creían que los universales son productos de la mente, la razón y la voluntad y, por tanto, que pueden ser revisados por la razón y la voluntad pero al mismo tiempo son inherentes a los particulares que caracterizan y, por ende, pueden ser puestos a prueba por estos particulares. El nominalismo extremo negaría que "el todo es más grande que la suma de sus partes", pero un nominalismo más moderado, como el de Abelardo, afirma que el todo está *en* las partes, manteniéndolas unidas, de modo que las partes, tomadas aisladamente entre sí (y no como partes) no son tan grandes como las partes tomadas en su relación entre sí. Por ello, las partes no se derivan, estrictamente hablando, del todo (deducción), ni tampoco el todo, estrictamente hablando, se deriva de las partes (inducción), sino que, antes bien, el todo *es* las partes interactuando mutuamente. Por tanto, un nominalismo como el de Abelardo era favorable a la sistematización y sintetización del derecho, pues en el derecho no puede haber tal separación del todo y las partes, de lo general y lo particular, de la forma y la sustancia, de los fines y los medios, como es inherente a las filosofías realistas.

Las paradojas implícitas en la combinación de universales y particulares estuvieron directamente relacionadas con las paradojas implícitas en la combinación del razonamiento apodíctico con el dialéctico. A su vez, ambas estaban directamente relacionadas con las paradojas implícitas en la síntesis escolástica de fe y razón. La dialéctica escolástica era más que un método de razonamiento y más que un modo de organizar el pensamiento. Sus normas eran tan morales como intelectuales; era un modo de poner a prueba la justicia y no sólo la verdad. Por ello, las antítesis escolásticas no sólo incluían lo general contra lo particular, el objeto contra el sujeto, el argumento contra la réplica, sino también la ley estricta contra la dispensa en casos excepcionales, el precepto contra el consejo, la regla absoluta contra la relativa, la justicia contra la piedad, el derecho divino contra el humano. Éstas y similares "oposiciones" se utilizaron como medio de reconciliación lógica de textos contradictorios, pero también para dar forma a las instituciones legales, tanto de la Iglesia como de la sociedad secular de tal modo que se manifestaran sus valores alternativos, pues el propio Dios fue concebido como un Dios de justicia y a la vez de piedad, de ley escrita y a la vez de equidad. Por vez primera, las paradojas de la justicia divina fueron aplicadas sistemáticamente a las leyes humanas. Y por ello el escolasticismo no sólo fue un método, sino también una jurisprudencia y una teología.