

## ¿PRÓLOGO? LA JURISPRUDENCIA MEDIEVAL

### I. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS

Este prólogo está lejos de ser una explicación exhaustiva de la ciencia jurídica; tampoco introduce una nueva metateoría del derecho. Este prólogo, simplemente, es un análisis fragmentario de algunas características de la ciencia jurídica acuñadas por los juristas medievales.

El episodio medieval de la jurisprudencia es ciertamente fascinante. Sin embargo, es frecuente olvidar o, más bien ignorar, qué tanto debe la ciencia del derecho a los juristas medievales. Por lo demás, los libros que abordan este tema suelen ser demasiado técnicos y, en ocasiones, no son las mejores herramientas didácticas para difundirlos. ¿No es acaso, éste, un libro esperado, en particular por los estudiantes? A un libro esperado se le recibe con agrado y entusiasmo. Por ello, saludo con delectación la aparición de una obra en que se hace un minucioso tratamiento de la jurisprudencia medieval.

El libro de Jorge Mario Magallón, profesor emérito de esta *alma mater*, es, sin duda, un libro erudito; sin embargo, simple y accesible. Su propósito no es exhumar nuevos datos de la osamenta de las fuentes. No, la historia ya ha sido escrita. En ello intervinieron grandes juristas, paleógrafos, historiadores, filólogos y otros científicos sociales. No, aquí no se trata de hacer historiografía crítica ni formular más imaginarios históricos. El autor asume un inventario ya concluido y relata los eventos relevantes para entender porqué la ciencia jurídica es lo que es, exponiendo las vicisitudes del “renacimiento” de la jurisprudencia en la Europa medieval.

La intención del profesor Jorge Mario Magallón es que esta obra ayude al lector a conocer la ciencia del derecho, mostrando algunos de sus rasgos distintivos que asomaron en el Medioevo. El autor, combinando su experiencia de exitoso abogado y brillante profesor, selecciona los aspectos más relevantes para comprender los rasgos característicos que mues-

tra nuestra disciplina en el Medioevo. El libro logra su propósito, como lo hace el libro que le precede.<sup>1</sup>

Participo de la idea de que comprendemos mejor a las instituciones cuando podemos conocer las causas que las produjeron y el contorno en donde surgieron. Consecuentemente, comparto las decisiones metodológicas que animan este libro.

## II. INTRODUCCIÓN

Un prólogo, lo he dicho anteriormente,<sup>2</sup> debiera ser la exégesis del libro al que precede para resaltar sus méritos (los que, en el caso, son muchos). Sin embargo, me interesa más destacar parte del *leitmotiv* de esta obra. Por tanto, en este limitado espacio voy a referirme a ciertos aspectos de la jurisprudencia medieval, que aunque conocidos, son a menudo olvidados; aspectos que muestran qué tanto la ciencia jurídica se consolidó durante ese controvertido periodo.

### *El “Renacimiento” del siglo XI*

Cuando salió el sol el primer día del año mil e hizo obsoleta la cláusula: *appropinquante fine mundi*,<sup>3</sup> todas las fuerzas del género humano se intensifican, renacen. El siglo XI es escenario de una “nueva vida” en la historia de Europa. Ésta es la atmósfera que preludia el “renacimiento de la jurisprudencia”.

Al final de ese siglo (y durante los que le suceden) ocurrieron cambios que conmovieron a Occidente. A los cambios políticos, económicos y religiosos se agrega una transformación en el estudio del derecho y su enseñanza. Los juristas europeos “redescubren”<sup>4</sup> los antiguos textos del “derecho romano”. Nacen las universidades<sup>5</sup> y, con ellas, la enseñanza de la

1 Magallón, Jorge Mario, *La senda del derecho romano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

2 Véase mi prólogo: “Presentación. El amparo. Una judicatura (Una judicatura ¿para qué?)”, en Gudiño Pelayo, José de Jesús, *Introducción al amparo mexicano*, Guadalajara, Universidad de Guadalajara, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, pp. 13-29.

3 “Al acercarse el fin del mundo...” Cláusula altamente frecuente en contratos y testamentos ante el inminente fin del mundo. Véase mi libro: *La ciencia del derecho y la formación del ideal político. Estudio histórico de la dogmática jurídica y de su impacto en las ideas políticas*, México, Huber, 1999, pp. 67-108.

4 *Sit venia verba*.

5 Sobre este particular el autor hace un minucioso relato. Véase cap. III: *La fundación de las universidades*.

jurisprudencia. El resultado de todos estos sucesos e innovaciones fue el nacimiento de una ciencia jurídica europea, cuyos postulados seguramente han sobrevivido, sin grandes desafíos, hasta nuestros días.<sup>6</sup>

La idea de un “orden jurídico” no existía antes del siglo XII, pero esto no quiere decir que no hubiera habido derecho entre los ostrogodos, vándalos, francos o entre cualquier otra nación germánica; por supuesto, había derecho en Europa. Sin embargo, el derecho de estas comunidades carecía de “reglas de reconocimiento”<sup>7</sup> que permitieran diferenciarlos. Esta carencia se debía, entre otras razones, al carácter predominantemente local y tribal de tales comunidades. Los “órdenes jurídicos” habrían de ser delineados por una casta emergente de juristas profesionales. Significativo de la aparición del gremio es el nacimiento de las primeras escuelas de derecho en Europa: las universidades.<sup>8</sup>

El derecho empezó a ser estudiado y enseñado en Europa usando una disciplina diferenciada. Pero, ¿cómo es posible enseñar derecho cuando el derecho positivo y las instituciones jurídicas son de carácter consuetudinario y local? La respuesta a este respecto la da el libro del autor y muestra a los lectores los pormenores de esta empresa. El derecho que se estudió y se enseñó no fue el derecho de Europa, sino el “derecho” contenido en un viejo manuscrito que surgió a la luz en una biblioteca italiana a finales del siglo XI. Este manuscrito contenía la compilación realizada por orden del emperador Flavius Petrus Sabbatius Justinianus (483-565) alrededor del año 530. Cinco siglos de anterioridad.<sup>9</sup>

6 Véase Berman, Harold, *Law and revolution. The formation of the western legal tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983, pp. 1-123; Cavanna, Adriano, *Storia del diritto moderno in Europa, I. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milán, dott. A. Giuffrè editore, 1979, pp. 125-134.

7 En el sentido de H.L.A. Hart, Véase *The concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 1994. Existe versión en español de la primera edición (1961) por Genaro Carrió: *El concepto del derecho*, Buenos Aires, 1995 (1963). La traducción del *Postscript* que aparece en la segunda edición inglesa es mía: *Post scriptum al concepto del derecho*, Ed. por Penelope A. Bulloch y Joseph Raz, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, (Serie Estudios Jurídicos, Núm. 13).

8 Véase Berman, Harold. *Law and revolution. The formation of the western legal tradition*, cit., p. 123 y mi libro: *La universidad. Epopeya medieval (Notas para un estudio sobre el surgimiento de la universidad en el alto medievo)*, México, Huber, 1998.

9 Es necesario tener presente que Justiniano gobernó en Constantinopla, capital del antiguo Imperio oriental donde predominaba la cultura griega. La civilización romana había sido reemplazada en Occidente por una civilización primitiva y tribal de visigodos, vándalos, francos, sajones y otros pueblos germánicos. El Imperio romano — y su derecho— sobrevivió, propiamente, en el Este, en la parte oriental del Imperio. El “derecho romano” (compilado por Justiniano) no tenía validez en Europa occidental, particularmente en el tiempo de su “redescubrimiento” en Italia.

Resulta insólito que el derecho compilado en unos libros, haya sido el objeto de los primeros estudios jurídicos sistemáticos en Europa. Este hecho es particularmente sorprendente, si tomamos en cuenta que la Europa medieval no contaba con instituciones políticas o gubernativas ni remotamente parecidas a las magistraturas romanas. Las instituciones jurídicas reinantes eran mayormente germánicas, eclesiásticas y germánicas.<sup>10</sup>

Es bastante sabido cómo se enseñaba el derecho romano en el Medioevo. La lectura de los textos era seguida por la *glossa* o *glossae* del profesor. Las *glossae* eran copiadas por los estudiantes entre las líneas del texto y, si no, al margen. Poco a poco en esas *glossae* se fue acumulando la doctrina. Estas inserciones habrían de alcanzar tanta autoridad como el texto mismo, e.g., la *Glossa Ordinaria* de Accursio (c. 1182-c. 1260).<sup>11</sup>

Permítaseme detenerme en la «lectura» de los textos. Ésta y la formulación de su *glossa* suponía un “análisis” meticuloso.<sup>12</sup> El gran instrumento de análisis lo constituía, entonces, el procedimiento dialéctico. La reformulación de los insuficientes y fragmentarios textos clásicos y su revestimiento con una amalgama lógica, fue un logro magistral de los juristas. El cacumen dialéctico de los juristas produjo un formidable material digno de tal nombre: *Corpus iuris*; un *corpus* de doctrina jurídica, el aparato semántico del cual debe partir toda “interpretación”.<sup>13</sup>

Los procedimientos comúnmente empleados por los juristas para la “construcción” sistemática de las distintas partes del complicado material eran la *distinctio* y la *quaestio*. Por la *distinctio* un concepto era sucesivamente “dividido” en varias especies subordinadas y, éstas, en otras; así, hasta llegar al último detalle. Las *quaestiones* servían para “probar” las doctrinas contenidas en las glosas.

El método dialéctico desarrollado al principio del siglo XII en jurisprudencia (y teología), presupone la autoridad de ciertos textos, los cuales hay que entender como conteniendo un *corpus* (consistente y completo) de la doctrina. Pero, paradójicamente, este método conlleva a presuponer posibilidades de *lacunae*, así como de *contradictiones* en el texto. De ahí que el propósito final del método consiste en hacer la *summa* del texto,

10 Este hecho se aprecia con claridad en la obra del autor. Véase cap. II, *La Edad Media*.

11 Sobre el particular el doctor Jorge Mario Magallón hace frecuentes referencias, v. g. cap. IV: *La Universidad de Bolonia*, el epígrafe: *Acursio y su glosa cunctos populus*.

12 El autor explica con detenimiento las glosas, véase cap. III: *La fundación de las universidades*, el epígrafe: *Las glosas*.

13 Vinogradoff, Paul, *Roman Law in Medieval Europe*, Cambridge, Speculum Historiale (reimpresión de la edición de Oxford University Press, 1929), pp. 56-67.

integrando la *lacunae* y resolviendo las *contradictiones*. La *ratio* fundamental es completitud y consistencia.<sup>14</sup>

En la jurisprudencia, el método dialéctico adquirió la forma de análisis y síntesis de la masa de doctrina encontrada en la codificación justinianea. Esta circunstancia permitió a los juristas del siglo XII gran libertad y flexibilidad (de la que nunca dispusieron sus predecesores romanos o bizantinos). El método de los juristas transformó, radicalmente, el razonamiento dialéctico de la antigua filosofía griega y el *modus geometricus* de la jurisprudencia romana.<sup>15</sup> El razonamiento dialéctico se distingue, sobre todas las cosas, por el hecho de que no comienza con enunciados sino, más bien, con problemas o *quaestiones*, aunque en última instancia, las *quaestiones* serán resueltas en una conclusión en forma de proposición o principio primero.<sup>16</sup>

Los juristas medievales concibieron el razonamiento dialéctico no sólo como método para llegar a los primeros principios (como un procedimiento inductivo), sino como método de análisis de argumentos y definición de conceptos, mediante la distinción y síntesis de género y especie. De esta manera, la dialéctica se convierte en una disciplina independiente, no esencialmente diferente de la lógica, pero con poderosos elementos de retórica y gramática.<sup>17</sup> La dialéctica deviene así la *disciplina disciplinarum*.

Los juristas medievales “superaron” la separación entre razonamiento dialéctico y apodíctico; ambos razonamientos son aplicados en el análisis y en la síntesis de los materiales jurídicos, y no sólo intentaron organizar el sistema jurídico para “encontrar” decisiones jurídicas apropiadas.

14 *La ciencia del derecho y la formación del ideal político, cit.*, nota 3, pp. 75-77.

15 Sobre la ciencia clásica (griega) y la jurisprudencia romana, véanse los capítulos III: *Análisis posteriora. Ciencia y meta ciencia* y IV: *Iurisprudentia modus geometricus* de mi libro: *Razonamiento y argumentación jurídicos (El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

16 *Cfr.*, Arist. An. Pr., 24a 20-30; Eth. Nic. 1139b 31; Top., 100b 21-24. (Analytica posteriora, en Aristotle. Posterior Analytics. Topica, with an English Translation, trad., por Hugh Tredennick (Posterior Analytics) y E.S. Foster (Topica), Cambridge, Harvard University Press, 1966 (Loeb Classical Library, 391); Analytica priora, en Aristotle xix: Prior Analytics. Nichomachean Ethics., with an English Translation, trad. de H. Rockman, Cambridge Harvard University Press, 1926. (Loeb Classical Library, 73); Ethica nichomachea, en Etica nicomachea, texto griego-español, versión española, Introducción y notas de Antonio Gómez Robledo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, 1983 (Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana).

17 *Cfr.* Shulz, Fritz. *The History of Roman Legal Science*, Oxford, Oxford University Press, 1967, pp. 124-132.

Como estos textos son “correctos”, constituyen *maximæ propositiones* para, a partir de ellos, deducir, apodícticamente, “nuevas consecuencias” jurídicas.<sup>18</sup>

Los juristas introducían una cantidad impresionante de *distinctiones*. En ellas, por ejemplo, varios tipos de derecho son identificados. Una vez identificadas, los juristas definen y determinan las relaciones de todas estas categorías. Los juristas no las inventaron todas, sino que habían adaptado cantidad de *distinctiones* provenientes de la jurisprudencia romana. Sin embargo, los juristas exploraron sistemáticamente las implicaciones jurídicas de estas *distinctiones* y fueron los primeros en arreglar las diferentes fuentes del derecho en un orden jerárquico.<sup>19</sup>

Los juristas no trataban, simplemente, de oponer tesis contrarias. A este respecto, no existe mejor ejemplo de la técnica escolástica como el de plantear *quaestiones* sobre pasajes contradictorios de un texto jurídico dotado de similar autoridad que las mismas *quaestiones disputatae*.<sup>20</sup>

Este método fue inventado por los juristas de la primera mitad del siglo XII. La idea era conjurar o relacionar —para evaluar—, todos los elementos relevantes en una muy compleja estructura, que asemejaba los alegatos y argumentaciones propias de casos difíciles en tribunales.

La expresión *quaestiones disputatae*, es un término usado por los glosadores. Éstas tienen como elemento esencial el *pro* y el *contra* de un problema para el cual existen, o parece que existen, soluciones contradictorias. Una *quaestio* es, por tanto, siempre dialéctica: “*quaestio est dubitabilis proposito... omnis enim quaestio contradictionibus constat*”.<sup>21</sup>

Estas *quaestiones disputatae* constituyen el “núcleo y eje” de toda instrucción en las universidades medievales. La importancia de las *quaestiones disputatae*, en derecho, trascienden en mucho su función educativa. Las *quaestiones* en el tiempo de los glosadores, eran la única práctica complementaria a las *lectura*. La importancia histórica de las *quaestiones*

18 Berman, Harold, *Law and revolution*, cit., nota 8, pp. 139-143.

19 Sin olvidar que los juristas romanos hacen una enumeración de fuentes en la cual se dibuja claramente una jerarquía. En los textos justinianos se recogen claros ejemplos clásicos. Cfr. *D. I*, 3, 1 y en *D. I*, 4, 1. (II. *Codex III. Nocellæ*. Momsen, Theodor y Krüger, Paul (Eds.), con *Præfatio* de Wolgan Kunkel, Dublín/Zurich (Weidmannsche Verlagsbuchhandlung, 1973, reimpression de la edición de Berlín 1967).

20 Para esto es clásico el trabajo de Hermann Kantorowicz: “The Questions Disputatae of the Glossators”, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol. 16, La Haya, 1939.

21 *Idem*.

*disputatae* reside en ser factor imprescindible en la “adaptación del derecho romano a las condiciones medievales”.<sup>22</sup>

El jurista europeo que revivía el estudio del derecho romano, sistematizó y “armonizó” la inmensa cantidad de preceptos jurídicos en términos de principios y conceptos generales. La jurisprudencia medieval, era una disciplina sin fronteras; se enseñaba en las universidades a estudiantes provenientes de todos los lugares de Europa. Además de darle a la ciencia jurídica un carácter transnacional, las universidades europeas le proporcionaron al derecho un vocabulario y un método también transnacional. Estos métodos hicieron posible, a la postre, la construcción de los sistemas jurídicos nacionales.

Otra característica de la jurisprudencia o, mejor dicho, de sus cultivadores, era justamente su status y peso social en la formación del derecho. El derecho tenía que ser “encontrado”, en primera instancia, en los textos antiguos y, de ahí, era necesario disponer de la clase de hombres eruditos que pudieran explicarlos a todos aquellos que desearan introducirse en sus misterios. El doctor en derecho se convirtió en “expositor” de la esencia “de lo que el derecho dice”. Los jurisconsultos, estaban conscientes de que su profesión era parte integral de la vida intelectual de su tiempo.

La ciencia jurídica, por otro lado, no era rama ni de la retórica, ni de la ética ni de la teología, fue, desde sus comienzos, una disciplina independiente que conservó la autonomía que había obtenido desde la vieja Roma.

La jurisprudencia medieval fue, pues, la metodología jurídica esencial en la sistematización consciente del derecho. El énfasis en señalar las contradicciones que se encontraban en los textos jurídicos, dotados de autoridad y su reconciliación mediante principios y conceptos generales, fue un reflejo de la imperativa necesidad de reconciliar los agudos conflictos que coexistían dentro de la estructura de la misma sociedad medieval.

El caudal de glosas sobre derecho justiniano y medieval acumulado durante más de siglo y medio necesitaban de una comprensiva y ordenada sistematización. Haber alcanzado tal objetivo fue mérito de Acursio.

Durante el siglo XII y comienzos del siguiente, el método exegético de los glosadores había sido adoptado en Francia tanto por civilistas como por canonistas. Este método alcanza su madurez con Jacobus de Revigny

(1230-1296),<sup>23</sup> entre otros. Bártolo de Sassoferrato (1257-1313),<sup>24</sup> *il piu grande giurista, forse, que sia mai vissuto*, estudió con Cynio de Pistoia (c. 1270-1396). La relevancia de la obra de Bártolo, en cuanto a la formación de la jurisprudencia moderna, merece un comentario más amplio y detallado del que puedo hacer aquí;<sup>25</sup> basta señalar, simplemente, que Bártolo es el pilar más importante en la creación de la moderna ciencia del derecho. Desde entonces, y posiblemente aún en la actualidad, se puede decir: *nemo jurista nisi sit bartolista*.

La *glossa accursiana*, para entonces, había desbancado a todas las otras y era tenida por el derecho en los tribunales. La autoridad de la *glossa* se expresaba diciendo: *quidquid non agnoscit glossa nec agnoscit curia* (“Lo que no conoce la Glosa, tampoco lo conoce el tribunal”). La *Glossa* formaba parte de la exposición de la *civilis sapientia*. De acuerdo con la legislación de Perugia, el profesor estaba obligado a leer la *Glossa* después de la exposición del texto romano que se discutía.<sup>26</sup> Un claro ejemplo de esto se encuentra en las palabras de Bártolo: *Haec posita est in volumini digesti novi sub titulo de usucapio, quae lex difficilis est in textu, difficilis in glossa et difficilissima in materia extra glossam*,<sup>27</sup> al referirse a un asunto contenido en los volúmenes del Digesto bajo el rubro de *usucapio*: asunto “que es difícil en el texto, *difficil* en la Glosa y *difficilissima* más allá de la Glosa”.

23 Cfr., Zulueta, F. de, “Cinio de Pistoia”, en Seligman, E. R. A., y Johnson, A. (eds.), *Encyclopaedia of Social Sciences*, vol. III Londres, Macmillan and Co., Ltd., 1930 pp. 470 y 471.

24 Sobre Bártolo de Sassoferrato, véase Figgis, “Bartolus and European Political Ideas”, en *Transactions of Royal Historical Society*, vol. XIX, pp. 147-168; Wolff, C. N. S., *Bartolus de Sassoferrato. His Position in the History of Medieval Political Thought*, cit., Rattigan, W., “Bartolus”, en MacDonell, J. Manson, E. (eds.), “*Great Jurists of the World*”, Boston, Little Brown and Co., 1914, t. I, pp. 45-57; Buonamici, F., “Bártolo de Sassoferrato in Pisa”, en *Annali delle Università Toscane*, Pisa, vol. XXXIII, 1915; Kamp, J. L. J. Van de *Bartolo de Sassoferrato*, Urbino, Stabilimento Tipográfico Editoriales Urbinato, 1935 (extracto de *Studi Urbinati*, año IX, núms., 1 y 2, marzo-junio de 1935); Sheedy, Anna T., *Bartolus on Social Conditions in the Fourteenth-Century* Nueva York, 1942; Ullmann, Walter, “Bartolus on Customary Law” en *Juridical Review*, vol. 52 1940, pp. 265-283; Segolini, D. (ed.), *Bartolo de Sassoferrato. Studi e Documenti per il IV centenario*, Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1962 (Università degli Studi di Perugia); etc. Véase la bibliografía señalada en mi libro: “La ciencia del derecho y la formación del ideal político”, cit., p. 100, nota 3.

25 En este libro, Jorge Mario Magallón hace un comentario de la obra de Bártolo y de Baldo. Véase cap. IV, último epígrafe.

26 Cfr., Wolff, C. N. S., *Bartolus of Sassoferrato. His Position in the History of Medieval Political Thought*, Cambridge University Press, 1913, p. 6.

27 *Bártolo, Comm. super secunda par., Dig. Nov., 41, 3, 15. Si es cuius emptore, Rubrica, s. n. fol. 90, en Comentaría super Dig. Nov., Folio Lugduni, 1504 y 1505.*

Con el método escolástico de “deducción”, tomado de los juristas franceses, los juriconsultos italianos pudieron ir más allá de la *Glossa ordinaria*. En las manos de Cynio, Bártolo, Baldo de Ubaldo (c. 1327-1400) y de sus sucesores, el método escolástico reordenó la doctrina jurídica (parte romano-justiniana, parte dogmática y práctica judicial del medioevo) bajo la *ratio iuris*.

Con el prestigio de la dialéctica, que alegaba haber resuelto el problema de reconciliar la razón con la prudencia, el método de los comentaristas adquirió la misma santidad que sus doctrinas.<sup>28</sup>

Es mérito de los comentaristas (posglosadores) el haber transformado el “derecho romano” en derecho común italiano y, posteriormente, en derecho común europeo.<sup>29</sup> Al respecto cabe subrayar que fueron ellos los que prepararon el camino para que el *Corpus iuris* fuera “recibido” como la jurisprudencia del mundo occidental. Fue el “derecho romano” de los comentaristas, *i.e.*, la jurisprudencia de los comentaristas, la que habría de cruzar los Alpes y jugar un papel decisivo en el devenir político de Europa.

En el proceso de transformación del *Corpus iuris* en jurisprudencia italiana, los glosadores y comentaristas crearon cantidad de “teorías” políticas (doctrinas jurídicas sobre el derecho que se aplica al gobierno de la *città*, del Imperio, etcétera), fundamentadas primordialmente en el *Corpus iuris*. Cuestiones como la naturaleza del derecho, de la autoridad, sobre la relación entre el poder secular y el eclesiástico, sobre la *societas*, eran abordadas en términos de doctrina jurídica.<sup>30</sup>

28 Cfr., Jones, W. J., *Historical Introduction to the Theory of Law*, Nueva York, Augustus M. Kelly Publishers, 1969. La incorporación de la dialéctica escolástica era completamente libre. Aún más, ciertos comentaristas como Luca da Penna condenaban vivamente el método dialéctico (Cfr., Ullman, Walter, *The Medieval Idea of Law (As Represented by Luca da Penna. A study in Fourteenth-Century Legal Scholarship)*, Londres, Methuen and Co. 1966.

29 Cfr., Calasso F., *Medio evo del diritto, I. Le fonti, cit.*, pp. 45-607; Cavanna, Adriano, *Storia del diritto moderno in Europa, cit.*, pp. 95-104 y 137-145.

30 Sobre el particular véase: Gierke, Otto von, *Political Theories of the Middle Age* (versión inglesa del profesor Maitland de los capítulos: “Die publistischen Lehre des Mittelalters” del t. III de *Das deutsche Genossenschaftsrecht*), Cambridge, Cambridge University Press, 1900; Carlyle, A. J., *History of Medieval Political Theory of the West*, v1 *Political Theory from 1300-1600*, Edimburgo y Londres, William Blackwood and Son, Ltd., 1936; Hazeltine, H. D., “Roman and Canon Law in the Middle Age”, en *Cambridge Medieval History*, Vol. 5: Contest of the empire and papacy, Cambridge, Cambridge University Press, 1926. pp. 697-764; *Id.*, “Commentators” en *Encyclopaedia of Social Sciences*, Colliers and MacMillan Inc. 1968; *id.*, “The Legal and Political Ideas of the Post-Glossators”, Ullman, Walter. *The Medieval idea of Law. (as Represented by Lucca da Penna)*, *cit.*, pp. xv-xxxix; Keen, M. H., “The Political Thought of the Fourteenth Century Civilians”, en Smalley, Berly (ed.), *Trends in Medieval Political Thought*, Oxford, Basil Blackwell 1965. pp. 105-126; McIlwain, C. H., *The Growth of Political Thought in the West from the Greeks to the End of the Middle*

Fue así, como la política reingresó al círculo de las ciencias: a través de la jurisprudencia, con los juristas, y a través de la teología, con los canonistas y teólogos. En el tiempo en que los modernos Estados emergen, las doctrinas de los comentaristas, basadas en el *Corpus iuris*, no sólo habían consolidado el modelo de la moderna jurisprudencia dogmática, sino que habían alcanzado un predominio absoluto en la enseñanza del derecho y en la formación de los publicistas. Fue de esta forma que la jurisprudencia de los comentaristas probó ser un factor poderosísimo en la creación del derecho público de Europa y en la formación del ideal político.

Por lo que a la civilización occidental se refiere, la moderna ciencia del derecho, propiamente hablando, fue creada por los juristas italianos de la Edad Media. Esta hazaña resulta paradójica cuando uno piensa en el hecho de que los juristas se consideraban meros “comentaristas” del *Corpus iuris civilis*. Sin embargo, no se puede pasar por alto, como señala H. D. Hazeltine, que la jurisprudencia de los comentaristas es en muchos de sus rasgos fundamentales, una “refinada filosofía”.<sup>31</sup>

Es en este sentido que he sostenido que la jurisprudencia medieval de Ravena, fue no sólo la ciencia de la creación, interpretación y aplicación del derecho, sino también una consistente filosofía política; la única teoría jurídica del Estado.

La filosofía política era, usando las palabras del profesor F.W. Maitland, “una jurisprudencia sublimada”.<sup>32</sup> Es así como la jurisprudencia medieval devino en una filosofía del Estado y del derecho.<sup>33</sup>

Las grandes cuestiones políticas: el Imperio, la soberanía, la legitimación del *princeps*, etcétera, fueron abordadas por la jurisprudencia. Los argumentos del debate político de la Edad Media fueron forjados por las manos de los juristas italianos del medioevo.

En este más bien extenso prólogo me he referido a la jurisprudencia un poco desordenadamente y no me he detenido a mencionar alguno de sus rasgos. Creo que se impone dar una breve explicación de ellos.

*Ages*, Londres, MacMillan, 1961 (reimpresión de la edición de 1932); Ullman, Walter, *Principle of Government and Politics in the Middle Ages*, Londres, Methuen and Co., Ltd., 1966; *id.*, Ullman, Walter, *Medieval Political Thought*, Harmondsworth, Inglaterra, Penguin Books, 1979 (Peregrine Books); etc.

31 “The Legal and Political Ideas of the Post-Glossators”, *cit.*, p. XIV, nota 30.

32 “Introduction” en Gierke, O. von, *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge, Cambridge University Press, 1900, p. viii.

33 *Idem.*

Procederé a realizar una formulación sinóptica —no exhaustiva— de la *civilis sapientia*. Para tal efecto los juristas medievales asumen que ésta, la jurisprudencia, desde su origen, adopta en su construcción, en su estructura, el modelo “clásico” de ciencia.<sup>34</sup> Con independencia de que lo haya logrado o no, esta forma o estructura de la jurisprudencia se mantuvo en el medioevo como *paradigma* de la jurisprudencia de Occidente.<sup>35</sup>

La “reordenación” o “reformulación” del derecho positivo que lleva a cabo la jurisprudencia medieval, presupone conocer los cánones del oficio. Para ello nada mejor que recordar lo que dice Baldo en dos claros pasajes: *qui vult scire consequentes, debet primo scire antecedentes\_ qui vult scire principiata debet noscere principia* (“Quien quiera conocer los consecuentes, debe, primeramente, conocer los antecedentes”).<sup>36</sup> *Artem perfecta non noscit qui non noscit euis principis* (“No conoce la ciencia perfecta, quien no conoce sus principios”).<sup>37</sup>

Estos principios fundamentales no son sino los conceptos (*nomina iuris*), *definitiones* y *regulae iuris*, los cuales no son siempre hechos explícitos por el jurista en su actividad dogmática.<sup>38</sup> Sobre nuestro oficio dice

34 Véase el capítulo IV: *Iurisprudentia modus geometricus* de mi libro: *Razonamiento y argumentación jurídicas (El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho)*, cit. Sobre el particular existe una basta literatura, por ejemplo: Cfr., La Pira, Giorgio, “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. L’arte sistematrice”, en *Bolletino dell’Istituto di Diritto Romano*, vol. 42, 1934, pp. 336-355; id., “Il metodo”, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, vol I, 1935, pp. 319-348; id., “Il conceto di scienza e gli strumenti della costruzione scientifica”, en *Bolletino dell’Istituto del Diritto Romano*, vol. 44, 1936-1937, pp. 131-159; Biondi, B., “Obbietto e metodi della scienza giuridica romana”, en *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini* (Università di Pavia), Milán, Ulrico Hoepeli Editore, 1946, pp. 203-249; Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, cit., pp. 38-98; id., *Principles of Roman Law*, Oxford, Oxford University Press, 1936, pp. 6-39; véase mi libro: *Elementos para una teoría general del Derecho*, cit., pp. 253-268 y 279-286; etc.

35 En el sentido que Thomas Khun da a este término. Cfr., Kuhn, T., *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, Chicago University Press, 1962.

36 Baldo de Ubaldis, *Comm. in Dig. veteris*, 1, 1, 1, *Iuris operam, daturum, ad initio* y núm. 2 (fol. 7), en *Comentaría in Digestum veteris, Informatium, constituto adnotationibus*. J. P. Mangrellæ, Folio Venetiis, Georgiivarici, 1615-1616.

37 Baldo de Ubaldis, *Comm. in Dig. veteris*, 1, 1, 1, *Iuris operam, daturum, Add.*, núm. 1 (*index*) (fol. 7rv). El texto a que se refiere esta indicación dice así: *etiam quia non perfectae novit artem quia non movit principia artis* (*ibidem*).

38 Si estos principios son encontrados o formulados como requiere el modelo —el modelo clásico o el modelo medieval— es un problema que no podemos tocar aquí. Paulo piensa que son obtenidos del derecho, que son una formulación general del mismo: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat* (*D.*, 50, 17, 1). Es irrelevante si el jurista los considera verdaderos o evidentes, basta con que se presupongan en su labor dogmática aunque no se hagan explícitos. Pueden ser generalizaciones no falseadas por ningún contraejemplo (Cfr. Harris, J. W., *Law and Legal Science. An Inquiry into the Concepts Legal Rule and Legal System*, Oxford, Oxford University Press, Clarendon Press, 1979, p. 7).

Bártolo de Sassoferrato: *Potest ius nostrum [jurisprudencia] appellar sapientia, scientia et arts.*<sup>39</sup> *Ista scientia [scientia legum] est nobilis quia habet nobile subiectum.*<sup>40</sup>

El jurista en su función dogmática presupone que la jurisprudencia es un *ars iudicandi*, una disciplina que cae bajo el dominio de la prudencia (*i.e.* de la acción humana racional). Asimismo, el jurista presupone que el derecho es un conjunto de *præcepta* (normas, reglas, patrones o estándares de conducta). Los juristas saben que donde hay normas jurídicas algo está prohibido, ordenado o permitido. Estos *præcepta* constituyen un *corpus* ordenado que posee, como característica esencial, ser *exhaustivo* y *consistente*. Nada más expresivo para señalar este presupuesto que las palabras de Baldo de Ubaldis: *ius civile in se nihil superfluum habet, quod in iure nostro [ius civile] nihil reperitur superfluum nec vitio contrarietatis suppositum.*<sup>41</sup> Si en el derecho no hay nada que pueda considerarse superfluo ni que encierre contradicciones de ningún tipo, el corolario de este principio es la idea de que siempre hay un derecho aplicable y la jurisprudencia es la forma de “encontrarlo”, *i. e.*, de “decir” el derecho. Esta es herencia medieval.

He tomado como pretexto el magnífico trabajo del doctor Jorge Mario Magallón para subrayar la importancia de esta publicación que aparece bajo el prestigiado pie de imprenta del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Sea bienvenido tan esperado libro y reciba un aplauso su autor.

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN

39 *Tractus de testibus [Tractatus testimoniorum]*, *Prudentia*, núm. 4, fol. 145, en *Concilia, questiones, tractatus*, Folio Lugduni, 1544.

40 Baldo de Ubaldis, *Comm. in Dig. Vet., Prima constitutio, Add., Nomen et cognomina*, núm. 13, fol. 3 rv., en Folio Venteéis, *cit.*

41 *Comm. in Dig. veteris, Prima constitutio, Omnem*, núm. 7 (fol. 4 an).