

LA UNIVERSIDAD DE BOLOGNA:
900 AÑOS DE SU FUNDACION.
IDEAS GENERALES SOBRE SU OBRA Y SU EXPANSION.
LOS ALUMNOS COMO DIFUSORES
DE LA CIENCIA JURIDICA BOLOÑESA

ITALO MERELLO ARECCO

I. LA EFEMERIDE

1. En 1988 la universidad de Bologna cumplió nueve siglos de existencia. Aun cuando la fecha exacta de su creación es punto de disputa, 1088 ha sido tradicionalmente considerado como la data de su nacimiento. Alrededor de ese año Matildé de Toscana, que gobernaba Bologna en nombre del emperador Enrique V, habría autorizado a Imerio para explicar en ese estudio los libros de la compilación justiniana.

Desde entonces la alusión a la universidad de Bologna —el *studium bononiense* como se le denominaba a la sazón para aludir al conjunto de sus maestros y alumnos— está necesariamente asociada al estudio del derecho, dado que lejos llegó a ser la más famosa de occidente en el cultivo de esa disciplina. De ahí que este noveno centenario dio motivo a que centros especializados de diversas partes del mundo hayan organizado distintas formas de conmemoración: discursos jubilares, estudios monográficos, congresos, etc. Un balance a todas luces enriquecedor, ya que junto a la retórica de ocasión no exenta de superficialidad, se realizaron también trabajos implacablemente serios. En nuestro país lo más significativo fue la celebración en Santiago del Congreso Internacional de Derecho Indiano sobre el tema "El derecho común en el nuevo mundo", realizado a fines de septiembre pasado. Muchas de las comunicaciones presentadas en este encuentro mostraron nuevos campos y formas de influjo de la doctrina boloñesa, dejando abierto un campo de gran interés para la realización de futuras indagaciones.

Por mi parte me asocio hoy a este homenaje de una manera mucho más simple: trata de recordar juntos, esto es, conmemorar en el

sentido propio de la palabra, acerca de las principales cosas que se hicieron en la universidad de Bolonia, a la vez que señalar algunos alcances de su legado. Esto sólo me parece suficiente para no manifestar indiferencia ante un suceso de especial magnitud en nuestra historia del derecho.

II. BOLONIA COMO NOVEDAD

2. Una escuela de derecho no puede ignorar este aniversario sin pecar de ingratitud, dado que parte importante de lo que somos no es obra nuestra sino que nos viene heredado de la tradición boloñesa. En efecto, sin perjuicio del espíritu y método que animó al viejo estudio, hoy por cierto distintos, existen sin embargo razones que avalan esta afirmación: a) que la realidad que se llama derecho sólo con Bolonia logró conquistar un puesto autónomo como objeto de estudio y reflexión. Antes de ella el derecho civil (romano) andaba difuso y confuso entre las artes del *trivium* (gramática, dialéctica y retórica), y el derecho canónico entre éstas y la teología, todos insuficientes sustitutos que se les encuentra llenando el puesto del derecho. Del mismo modo como Imerio y sus discípulos dieron consistencia propia al derecho civil, otro tanto hizo Graciano, también docente en Bolonia, con el derecho canónico. Fueron ellos, por decirlo así, quienes en este punto rompieron la concepción enciclopédica (etimológicamente, enseñanza que abarca todo el círculo del conocimiento humano) que caracterizó la difusión del saber medieval, erigiendo independientemente en su lugar los grandes edificios del derecho civil y canónico. Queda claro entonces que la ciencia jurídica moderna no nace exabrupto, sino que fue precedida de una larga gestación en que los intérpretes medievales jugaron un papel importante. Por eso, gracias a la labor realizada en Bolonia por los glosadores primero, y los comentaristas después, el derecho conquistó la suficiente autonomía y fuerza como para ser continuada indefinidamente, y b) que a partir de Bolonia el derecho se somete a un cultivo científico, con la utilización de un método de análisis aplicado a la comprensión de insignes libros jurídicos, primordialmente aquellos que conforman la compilación de Justiniano (Instituciones, Digesto, Código y Novelas). Libros cuya fijación textual a través de las denominadas ediciones críticas (reconstrucciones lo más aproximada al modelo original va-

liéndose de los innumerables manuscritos existentes) fue también llevada a cabo por los juristas boloñeses, quienes rehicieron esos textos para luego enseñar a leerlos comprensivamente. De esta forma fueron ellos los que regalaron a occidente los libros íntegros, completos y fidedignos que componen el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, que tanta gravitación han ejercido en nuestra cultura jurídica. En suma, con Bolonia el derecho se convirtió en lo que a nivel universitario es hoy: una materia conocible y discible —que se puede aprender y transmitir— como objeto de estudio en sedes de educación superior.

La doctrina jurídica boloñesa resultó ser un suceso novedoso no sólo por lo que se enseña y como se enseña, sino además por la notable expansión que ella alcanzó por todas partes (*in orbem terrarum*), impregnando de légamo romano el ámbito cultural europeo; más que eso, removiéndolo profundamente. Desde luego tanto en las nociones de “recepción” como de “derecho común” —ambas asociadas a la dirección científica de Bolonia— va implícito el fenómeno de su irradiación a través de las más variadas regiones de la geografía europea.

III. LA RECEPCION ROMANO—JUSTINIANEA

3. Recepción significa recibir; primariamente, coger algo de que se carece o no se tiene. Apuntando a nuestro tema, contar a partir de ahora con un bagaje jurídico desconocido antes: el derecho romano-justiniano. Así, el *Corpus Iuris Civilis*, prácticamente ignorado hasta ese momento en occidente, se descubre, estudia e interpreta en la universidad de Bolonia, donde su conocimiento primero, y su aplicación después, se proyectó por el viejo y más tarde por el nuevo mundo. He ahí por qué el derecho occidental fue distinto antes y después de Bolonia. Una vez caído el imperio romano de occidente en el s.V, la tradición jurídica europea se sumió en un largo y profundo sopor, del que recién vino a sacudirse gracias a los juristas boloñeses, a partir del s.XI. Antes, en el altomedioevo, el derecho se caracterizó por un pobre nivel científico y técnico, amén de un evidente alejamiento del derecho romano: germanismo, primitivismo y cierta tradición romano-vulgar, conformaban todo el caudal de la vida jurídica europea de entonces, que alguien ha denominado los “siglos mudos de nuestra historia del derecho” (Gibert). Pero la situación cambió con

el nacimiento de los estudios jurídicos boloñeses, que en lo inmediato trajeron a occidente la obra que Justiniano había realizado en oriente en el s. V. Hasta ese momento en occidente a lo más habían circulado fragmentos, epítomes o abreviaciones de algunos sectores de la compilación bizantina; e incluso el Digesto —el principal y más rico de todos sus libros— se desconoció casi por completo.

4. Tradicionalmente se han distinguido dos clases de recepción: teórica y práctica. Por teórica entiéndese la divulgación del derecho romano-justiniano entendido como materia de estudio y reflexión. Por su propia naturaleza este tipo de recepción anida en las diferentes universidades que entonces van surgiendo por todos lados. Sí: el fenómeno es coetáneo con el nacimiento de las universidades, que en los tiempos del gótico afloran a la vera del renacimiento urbano, con todo lo que este suceso tira tras sí en los aspectos económico, social y cultural. Así, dentro del perímetro de cada gran ciudad medieval destaca, junto a la catedral y el palacio comunal, también la sede universitaria. Es ésta una modalidad de recepción que opera rápida e intensamente, pues toda universidad que se creaba y contaba con una escuela de derecho, lo hizo al modo de Bolonia, con sus mismos textos, método y espíritu. Es que a nivel académico el derecho romano no tuvo competidor que pudiera disputarle el campo con éxito. Antes de Bolonia no existen propiamente estudios jurídicos, por lo que el romanismo boloñés encontró un terreno llano y fácil de conquistar. Con todo, cabe señalar que los juristas boloñeses no emprendieron el estudio del derecho romano justiniano con un afán puramente erudito, sino que lo hicieron con el designio consciente que ese derecho llegara a convertirse en realidad vigente en el solar imperial, calara en él, sirviendo de criterio conforme al cual los hombres regularan su vida jurídica. Ellos hacían causa común con los emperadores del sacro imperio romano-germánico, que igual que éstos comulgaban con el ideal político de la *renovatio imperii*, que veían en el imperio medieval la natural continuación del viejo imperio romano, por lo que el derecho de éste debía ser el que rigiera en aquél. Podríamos añadir que algunos de los grandes glosadores fueron incluso amigos y consejeros del emperador medieval. Partícipes de esta ideología, concibieron al derecho romano-justiniano no como un derecho del pasado, sino actual y vigente, pues si el imperio existe y es uno, uno debe ser también el derecho que rija en él (*unum esse*

ius, cum unum sit imperium), y ese derecho sólo puede ser el derecho romano. Así vamos tocando la idea de la recepción práctica.

Por recepción práctica, en cambio se entiende al derecho romano como derecho vigente; derecho que descendiendo ahora de la cátedra, ancla en los tribunales, en las notarías, en los consejos de palacio, allí donde el derecho en una u otra forma se aplica, sea por medio de sentencias, cláusulas reguladoras de actos y contratos, o condicionando contenidos dispositivos de la legislación vigente. A diferencia de la recepción teórica, la práctica es más lenta y trabajosa, aunque a la larga igualmente triunfante. Sólo en Italia fue a la vez precoz y profunda. Similar fue su avance en la zona sur de Francia, pero no así en el norte, donde resultó lenta y definitivamente más débil. Diversa en cada uno de los reinos hispanos (Castilla, Aragón, Cataluña, Navarra, etc.). Tardía, pero sin embargo muy intensa en Alemania, donde el *Corpus Iuris Civilis* rigió hasta el 1900, año en que recién fue reemplazado por el Código civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*).

Este paso más pausado de la recepción práctica, en comparación con la teórica, obedeció a que el derecho romano-justiniano no pudo imponerse sin antes desplazar al derecho preexistente. No penetra en un campo raso: hay allí un derecho que ocupa el puesto. Y fue éste un rival a veces terco que le sale al encuentro, dejándole inicialmente pocos espacios de ingreso. Se trata de ordinario de un derecho autóctono, de gestación consuetudinaria, que goza de un fuerte arraigo en la propia comunidad que le dio nacimiento; y si su insuficiencia era una circunstancia que debía facilitar la penetración del nuevo derecho, sus diferentes principios y criterios de solución, actuaron como dique ante él, sin perjuicio que más adelante terminará por ceder a su presión.

Ahora, cuando ese contrincante era además de nivel culto, como ocurrió por ejemplo en Inglaterra con su *common law*, ello impidió una verdadera recepción práctica; con todo, esto no significó que la vida jurídica inglesa haya permanecido totalmente refractaria a la influencia del derecho romano. Otras veces, en cambio, un importante factor de índole política actuó como obstáculo a la recepción práctica; así, los reinos exentos del imperio —que no forman parte de él y que aún le son hostiles— se oponen al ingreso del derecho romano en sus territorios, pues aceptarlo era reconocer una suerte de sujeción al imperio, en circunstancia que ellos no reconocen superior en lo temporal más allá de su propia monarquía. Sin embargo los alcances de

esta afirmación son sólo muy relativos, ya que el derecho romano a través de distintas vías también alcanzará a ellos. Las vicisitudes de este proceso, con singularidades en cada uno de los diferentes reinos, es un problema que no corresponde ser explicado aquí. Sólo decir que los monarcas de los reinos existentes fuera del imperio, reivindicaban dentro de sus propios confines el mismo poder y dignidad del emperador, de acuerdo al célebre principio que "el rey es emperador en su reino" (*rex in regno suo est imperator*), que acuñó la doctrina jurídico-publicística de la edad media.

5. Hasta este instante no había existido en occidente un ámbito geográfico tan extenso de irradiación de un determinado sistema jurídico, como el que se produjo a raíz de la recepción, superior desde luego a la anterior vigencia del derecho romano derivada de la expansión imperial de la Urbe durante los s.I a.C. a II d.C. Y vale la pena subrayar que esta penetración del derecho romano que aquí tratamos, supuso una actitud de aceptación voluntaria por parte de las naciones que lo recibieron, la que aparece justificada, entre otras razones, por el reconocimiento a su alto nivel científico y técnico en comparación con los toscos ordenamientos patrios, además el hecho que aquél configuraba un cuerpo de conceptos, figuras e instituciones, completo —omnicomprensivo—, sin lagunas, capaz por lo mismo de ofrecer soluciones para cualquier hipótesis que se presentara. Es más: asistimos a la irrupción de una sociedad renovada en lo político (con su ideal de la restauración imperial), en lo económico (difusión ilimitada del comercio y la moneda), en lo social (desarrollo de la burguesía unida al resurgimiento urbano) y en lo cultural (aparecimiento de una sensibilidad espiritual más apta para valorar las virtudes de un derecho abrumadoramente superior, manifestado inicialmente a través de teólogos y canonistas, quienes propugnaban que los vacíos del derecho vigente debían llenarse con el derecho natural, el que luego identificaban con el derecho romano). En definitiva, todo un mundo nuevo que reclamaba la presencia de un derecho distinto, capaz de adecuarse a estas nuevas realidades, cuya presencia desbordaba ya muy lejos las posibilidades de efectiva aplicación del derecho tradicional. De otro lado, este fenómeno de expansión del derecho romano-justiniano, grabó el destino jurídico de los países en los que entonces penetró. En efecto, se puede afirmar, en general, que en los lugares donde en el medioevo se recibió el derecho roma-

no-justiniano hasta hoy lo conservan como base de su sistema común civil, a diferencia de aquéllos que quedaron al margen de él, a raíz de lo cual aún en la hora presente no pertenecen a la órbita del sistema jurídico romanista.

IV. EL *CORPUS IURIS CIVILIS* COMO DOGMA

6. Tanto los glosadores como los comentaristas asumieron ante el *Corpus Iuris Civilis* una actitud de reverente acatamiento y respeto, casi de veneración, pues vieron en él la máxima expresión de la verdad y la sabiduría jurídica. De ahí que al derecho romano-justiniano no se le vio como un derecho más, sino como el derecho por excelencia. Sin duda se dieron aquí ciertos supuestos de teología política que explican esta conducta: el *Corpus Iuris Civilis* se estimó como una obra hecha por inspiración divina, “un libro caído del cielo” (Muratori). A Justiniano, su autor oficial, se le concibió como representante de Dios en la tierra —sacratísimo emperador—, idea ésta que con precedentes en la tradición política forjada en el bajo imperio, se difundió en los siglos posteriores, lo cual hizo que dicho trabajo se considerara como una creación perfecta. Un eco de este sentimiento recoge Dante cuando sitúa a Justiniano en la gloria del Paraíso, y califica su obra como una realización iluminada de lo Alto: *...soy Justiniano, que por inspiración del primer Amor, que sigo sintiendo, suprimí cuanto redundante y vano había en las leyes* (Divina Comedia, Paraíso 6). Se puede afirmar aquí que todo cuanto diga relación con la calidad y bondad de esta obra, se encuentra en armonía con el propio pensamiento del emperador, quien en las constituciones *Deo auctore* y *Tanta*, que ordenan la confección y promulgación del Digesto, y del Código, respectivamente, subraya explícitamente su perfección: *Habiéndose verificado esta colección bajo nuestros auspicios, queremos sea perfecta y se considere como el templo y santuario de la justicia, (Deo auctore 5). Queremos por lo mismo que en ninguna parte de este código se encuentre antinomia sino que todas estén concordes y ordenadas de tal modo que no se encuentre dificultad en ellas (Deo auctore) No se hallará en este código contradicción alguna si se atiende bien a su sentido (Tanta 13).*

7. Tan llevada de sí fue esta actitud, que si se veían contradicciones

u oposiciones entre los fragmentos de esa obra —que objetivamente los hubo y en abundancia—, no se resignaron a admitir que ellos se debieran a culpa de sus autores, sino que las justificaban diciendo que se trataba sólo de aparentes errores: un indicio de que nuestra razón se ha extraviado al recorrer las páginas del texto, pero impensable que ellas pudieran tener origen en la legislación imperial. Son defectos nuestros, derivados de no saber leer bien los libros. De ahí el gran esfuerzo que ellos despliegan en conciliar esos desajustes, haciendo aparecer armonía y concordia allí donde una visión apresurada había creído ver contradicciones u oposiciones. El arte de la dialéctica, que manejan con suma destreza, se convirtió en manos de los juristas en un instrumento eficaz para conseguir tal objetivo.

Todo cuanto se ha dicho es una natural consecuencia del principio de autoridad, tan arraigado en la mentalidad medieval. Consiste éste en la estricta adhesión de la mente a una materia como si ésta fuera un dogma de fe, que por ende se acata sin examen personal o posición crítica previa, tan sólo porque alguien dotado de gran prestigio y majestad lo dijo (en este caso el emperador Justiniano por medio de su obra: el *Corpus Iuris Civilis*). Una apreciación similar merecieron las obras de Aristóteles para el pensamiento filosófico, o la palabra revelada expresada en la Biblia para la especulación teológica. Sin embargo debemos estar claros que la aceptación de dicho principio no excluye el ejercicio de la razón, pues ella es la fuente de toda especulación teórica; sólo que la razón discierne y actúa a partir del contenido del texto, valorado este con un dato verdadero e indiscutido. Por ello que tal contenido es intocable, es decir no puede ser modificado o alterado, sino, a lo más, interpretado, ya para develar lo que sus palabras quieren decir, o para de allí levantar construcciones doctrinales de mayor vuelo.

V. LOS JURISTAS MEDIEVALES. RESUMEN DE SU TRABAJO

8. La labor de los glosadores podemos sintetizarla en los siguientes puntos: a) reconstruyeron los textos completos, íntegros y fidedignos que conforman la compilación justiniana; b) aclararon su contenido mediante una modalidad de interpretación de tipo exegético: explicación del significado de sus palabras o términos, y la búsqueda de concordancias entre los diversos sectores de la obra en que hay re-

ferencia a un mismo concepto (glosas). Formalmente consisten éstas en breves apostillas o notas colocadas entre las líneas del texto que se analiza (glosa interlineal), o bien mediante una relación más extensa consignada al margen de la página, en el espacio libre entre el cuerpo escrito y el fin de hoja (glosa marginal). Los glosadores van en esta labor fragmento por fragmento, tratando de desentrañar lo que dicen, pero casi sin salirse de su marco literal. La glosa fue el primer medio de aproximación al *Corpus Iuris Civilis* de que se valieron los juristas medievales, cuyo resultado permitió el desarrollo posterior de otros tipos de trabajos sobre él; c) divulgaron el conocimiento y facilitaron el manejo de los libros justinianeos, a través de la confección de compendios o resúmenes de carácter sistemático de algunas de sus partes (*summae*); d) convirtieron al derecho en una disciplina autónoma como objeto de estudio.

Los más conocidos de los glosadores fueron Irnerio y sus cuatro discípulos directos: Jacobo, Búlgaro, Hugo y Martín. También Azo, Rogerio, Odofredo y el gran Acurcio, con quien la actividad de los glosadores llegó a su cenit y también a su fin. Además de las glosas y las sumas cultivaron otros géneros-literario-jurídicos, como los *brocardos* (formulación de reglas generales de derecho, expresadas en forma breve, clara y concisa), *quaestiones* (repertorios de opiniones del autor sobre distintos problemas jurídicos, en que enfrenta argumentos a favor o en contra), *apparatus* (nombre aplicado a cierto tipo de glosas, que mirado a su contenido representan un desarrollo teórico de la materia analizada). Por oficio los glosadores fueron profesores de derecho, y por ende están vinculados a la recepción teórica del derecho romano; trabajan además sobre el derecho canónico y el feudal.

9. A la generación de los glosadores sigue la de los comentaristas. Pero el método y espíritu de los comentaristas —imbuidos de las sutilezas de corte escolástico— sobrepasan lejos los límites de la edad media y penetran en la edad moderna. Su gran creación, el sistema del derecho común, recién será sustituido con la codificación.

Su trabajo, que realizan con apoyo en lo hecho por los glosadores, podemos resumirlo así: a) realizaron ambiciosas construcciones jurídicas, que a partir del texto, sobrepasan con creces su contenido: verdaderos creadores de doctrina o ciencia jurídica, que excediendo la interpretación de tipo exegético, que va fragmento por fragmento,

tratan en cambio grandes unidades temáticas, que conceptualmente desarrollan hasta confines lejanos. b) vinculado al punto anterior, aplican el método aristotélico-escolástico a la materia jurídica (comentarios): planteamiento del caso, descomposición de sus elementos, indicación de sus causas, mención de ejemplos, autoformulación de objeciones, solución. c) crearon el sistema de derecho común. Destacan entre los comentaristas: Cino de Pistoia, Baldo de Ubaldi y el celebrísimo Bartolo de Sassoferrato. Al igual que los glosadores fueron profesores de derecho, pero además realizaron otros tipos de labor, que los vincula además a la recepción práctica: consejeros aulicos y de tribunales, jueces, notarios, etc. Además de los derechos romano, canónico y feudal, asumieron el estudio de los derechos estatutarios.

La naturaleza del trabajo de los glosadores y comentaristas, como asimismo el orden de procedencia de uno respecto del otro es muy natural, y se ha repetido con alguna similitud en otras etapas de la historia del derecho. Frente a un gran texto jurídico lo que primero se trata de hacer es aprender a leerlo comprensivamente, y más adelante a partir de su contenido elaborar teorías y grandes edificios doctrinales. Por ejemplo una vez aparecido el Código de Napoleón, el primer tipo de labor que se realiza sobre él la lleva a cabo la llamada escuela de la exégesis (Toullier, Proudhon, Delvincourt, etc.), mientras que la posterior corre a cargo de los comentaristas del *Code* (Demolombe, Aubry, Rau, etc.)

10. En los centros universitarios de la época el derecho romano-justiniano y el derecho canónico se estudiaban juntos. El grado académico que confería el estudio boloñés era el doctorado en uno y otro derecho (*utrumque ius*). La asociación de ambos círculos jurídicos descansa en comunes y recíprocos anhelos y creencias tanto de la doctrina romana (-imperial) como canónica (-eclesiástica). Un obispo de entonces denunció cuan absurdo resultaba la existencia de incontables normas diversas entre hombres que seguían la misma ley para los problemas espirituales. Más que un dicho con valor anecdótico, esta afirmación refleja un punto de vista generalizado en el ambiente culto, que tenía puesta la mira en el derecho romano, como complemento temporal a esa situación de unidad espiritual. La salida fue llana, ya que como lo hemos sostenido, si para la ideología política en boga el derecho romano fue el derecho del antiguo imperio, lo es

también de su sucesor natural, el (sacro) imperio romano (-germánico); y si ese derecho había sido promulgado allí como ley por Justiniano, antecesor de los actuales emperadores, debía continuar rigiendo con ese mismo carácter ahora. A su vez para el mundo cultural de ese tiempo el imperio se ve como la forma política querida por Dios, ya que sólo en él es concebible la realización de los ideales cristianos del orden, la paz y la justicia: el imperio es cristiano, como igual lo había sido su predecesor el imperio romano-justiniano. Problema aparte fueron las enconadas luchas, que suscitadas habitualmente por problemas derivados de conflictos de competencia, se solían producir entre emperadores y pontífices.

De este modo el derecho romano-justiniano y el derecho canónico se convirtieron en los dos ingredientes de raíz universal del sistema del derecho común: uno de la comunidad temporal (imperio) y el otro de la espiritual (iglesia), pero en que el sello del primero, con sus categorías y peculiaridades, infiltra intensamente al segundo, el cual llega a presentar también un acentuado tinte romanista.

VI. EL SISTEMA DEL DERECHO COMUN. GENERALIDADES SOBRE SUS CARACTERES

11. El sistema de derecho común se caracterizó por una serie de notas distintivas: un *c o n t e n i d o* (derecho romano y canónico; en menor medida derechos estatutarios y feudal); un *m é t o d o d e a n á l i s i s* (la aplicación del escolasticismo aristotélico para la interpretación de ciertos libros jurídicos, lo que condujo a la creación de amplias construcciones doctrinales que rebasan los contenidos analizados); un *á m b i t o d e v i g e n c i a* (concebido para tener aplicación dentro del imperio medieval, alcanzó también a los reinos existentes fuera de él, a los que accede por títulos diferentes: en aquel *pro-lege*, en éstos *pro-ratio*); unas *i d e a s i n s p i r a d o r a s* (preocupación por resolver todos los problemas de su tiempo, conocidos o no por los romanos, utilizando para ello el espíritu y criterios contenidos en los textos justinianos); unos *a r t í f i c e s* (los comentaristas. Síguese de aquí que el derecho común es un derecho de juristas; por lo mismo, un derecho descentralizado en sus órganos de creación. Rara vez por ello el texto legal se citaba aisladamente, sino acompañado de un cortejo de opiniones de doctores, en que no vale

tanto lo que expresa el libro, como lo que los juristas manifiestan acerca de él); un estilo de formulación (por ser un derecho de juristas y por el método de análisis que estos emplean para el examen de los textos, el sistema del derecho común es argumentativo y controversial, de opiniones y contraopiniones. Lo dicho hizo necesario la creación de ciertos mecanismos destinados a remover el clima de incerteza a que llevó la existencia de tanto autor y tanta opinión, como lo fue la opinión común (*communis opinio*); una modalidad de vigencia (ideado para regir en forma universal pero supletoria en defecto de los derechos propios o no comunes. Sin embargo en la práctica este principio operó en sentido inverso, ya que junto a las lagunas o insuficiencias realmente existentes que ofrecen los derechos propios, a menudo inadecuados para la solución de los nuevos problemas de una sociedad diversa, se agregan aquellas creadas artificialmente por la argumentación dialéctica de los juristas, ensanchándose así considerablemente los orificios de penetración del derecho común, con lo que éste pasaba a adquirir aplicación preferente.

VII. EL DERECHO COMUN COMO DERECHO DE JURISTAS

12. Volvemos sobre una idea recién expresada: el derecho común es un derecho de juristas. Atendida la importancia que tiene esta afirmación se hace necesario precisar mejor su alcance: a) que el derecho común sea un derecho de juristas no significó exclusión u olvido de los libros justinianos ni de las fuentes de los otros derechos que también conforman su contenido; al revés: dichos libros son la base o apoyo para el trabajo de los doctores, esto es, para su interpretación a través de los comentarios, preferentemente. No es imaginable en consecuencia la orfandad de los autores respecto de esos textos; b) pero, no obstante esto, lo que se aplica y rige no es lo que rezan esos libros, sino lo que los intérpretes dicen acerca de ellos. Por ello, repetimos, rara vez la ley se invocaba sola, sino que ella se acompañaba con las opiniones de los juristas; mientras más y mejores, lejos preferible, a fin de conformar la opinión común; c) por tal motivo, ya a partir de la época medieval cuando se habla de derecho justiniano, por él no se entiende tanto lo que dicen sus textos en su formulación originaria, como lo que la interpretación de los juristas manifiesta en torno a ellos.

Libros, juristas e interpretación (que supone un determinado método de análisis de esos textos por estos autores) son los pilares básicos de todo derecho de juristas. También fue así en el derecho romano clásico —igualmente un derecho de juristas—, en que los prudentes republicanos desarrollaron de preferencia su labor mediante la interpretación de la Ley de la XII Tablas. Viene al caso dejar establecido que el concepto de interpretación del derecho es muchísimo más amplio en un derecho de corte jurisprudencial, como el romano clásico y el común, que en uno legal. Allí no sólo implica precisar el sentido y alcance de una norma o criterio, sino que cumple además una función creativa de soluciones, a partir del dato que arroja el texto, pero en que el brazo de éste se estira incluso a materias no reguladas por ella.

Los juristas se convirtieron en esta forma en los mediadores entre el *Corpus Iuris Civilis* y la comunidad destinataria. Y ello no fue una cosa antojadiza, sino a todas luces necesaria, pues la complejidad de la obra, su enorme volumen, su carácter casuista, sus imperfecciones (redundancias, repeticiones, contradicciones, etc.), imposibilitaron un acceso directo a ella, por lo que se hizo indispensable su aclaración y coordinación previa por parte de los doctores. Pero fueron tantos los que concurrieron a esta labor, que alrededor de ella se generó una vasta doctrina, de manera que “el dato que arroja cada norma del libro, al pasar por el prisma de la interpretación de los juristas, se descomponía en un haz de opiniones doctrinales diversas” (Cavanna).

13. Esta modalidad de creación del derecho dio origen a un abanico de opiniones, ya coincidentes, pero también diversas y aun encontradas sobre un mismo punto. A fin de superar la atmósfera de incerteza e inseguridad jurídica a que dio lugar esta situación, el mismo sistema del derecho común ideó un mecanismo destinado a ponerle fin o por lo menos atenuar sus perniciosos efectos: es la denominada opinión común de los doctores (*communis opinio doctorum*), o abreviadamente opinión común (*communis opinio*).

Por medio de ella se persigue escoger de la selva de opiniones existentes, aquella que pudiere resultar obligatoria para el juez, a menudo perplejo frente a un arco iris de pareceres de las más diversas tonalidades, sin saber cual de ellos elegir para resolver la contienda. Se estimó que esta opinión no debía ser otra que aquella que contara con ma-

yor coincidencia entre los diversos autores. De ahí la necesidad que se sentía en el foro cuando alguien esgrimía un parecer, de acumular enseguida el mayor número de doctores cuyas opiniones fueren concordantes con aquella, a objeto de conformar la opinión común.

La doctrina de la época, con sus distinciones y sutileza tan propias de la metodología escolástica de moda, distinguió en tema de opinión común diferentes grados dentro de ella: opinión comunísima (coincidencia de todos), más común (coincidencia de casi todos) o simplemente común (coincidencia de la mayoría). En fin, el funcionamiento de este mecanismo es complejo y presenta muchas particularidades, cuyo tratamiento no viene a propósito desarrollar. Sólo agregar que, tal fue el prestigio que gozaron ciertos juristas, por ejemplo Bartolo y Baldo, entre los romanistas, como también un contado número de entre los canonistas, que se consideró la opinión de uno sólo o más de ellos, como constitutiva de opinión común, aun cuando fuera contradicha por el parecer de muchos otros.

En esta operación de selección de opiniones a que condujo la opinión común, entran en juego ciertos aspectos de la lógica aristotélico-tomista con su distinción entre autoridad probable (con valor de credibilidad, apoyado en la opinión de todos o casi todos) y de autoridad necesaria (con valor imprescindible, apoyado en la opinión de los más sabios e ilustrados). Esta última, en efecto, reconducía a una suerte de sólida presunción de verdad acerca de cuanto el jurista había dicho, derivado de su reconocida autoridad y competencia.

Se ha sostenido que la *communis opinio* funcionó como un paliativo eficaz mientras el derecho común circunscribió sus alcances al territorio italiano, en que si bien los intérpretes eran allí abundantes, su número con todo era limitado; pero, cuando el sistema del *ius commune* se convirtió en una ciencia europea, y a los juristas de un país se suman los de otros, la opinión común devino en un remedio de escaso efecto. Es que la doctrina del derecho común llegó a convertirse en un espeso bosque cuyo follaje dificultaba la búsqueda de toda forma de selección entre los juristas. Tan copiosa y profusa llegó a ser la cantidad de doctores, y con ellos sus dictámenes, que apoyado en opiniones igualmente comunes, se podía llegar a conclusiones diferentes en torno a una hipótesis. Este fue sin duda uno de los blancos más vulnerables del sistema del derecho común —su talón de Aquiles—, a donde apuntaron los dardos de las críticas en su contra. Y

como el problema no tuvo en definitiva una gran solución, tal fue una de las razones que condujeron a su crisis.

14. Si bien el derecho común fue la gran creación de los comentaristas boloñeses, este invento no termina con ellos, sino que continúa y se desarrolla por los juristas homónimos de la época moderna; convertidos éstos en tributarios del espíritu y metodología de aquéllos, los modernos ejecutan su labor interpretativa no sólo sobre el *Corpus Iuris Civilis* y los grandes libros de derecho canónico (Decreto y Decretales), sino además sobre la profusa y emergente legislación regia, la que también comentaron a través del prisma formal del escolasticismo, y material del romanismo. Así, el sistema del derecho común imperó hasta la codificación, que recién lo sustituyó. Pero, como muchas veces ocurre en la historia del derecho el corte no fue brusco, pues la codificación aprovechó para sí muchos materiales aportados por los doctores del derecho común. Así, frente a la copiosa y dispar doctrina medieval y moderna — tanto como los intérpretes que le dieron origen —, la codificación entresaca y hace suyo determinados criterios, los que previa reformulación literaria de su contenido vierte en el articulado del código, consagrando juicios unívocos de solución, allí donde el derecho común ofrecía un arsenal de soluciones diversas y aun encontradas. Al operar la codificación de este modo vino a poner fin a viejas controversias planteadas en el seno de ese sistema, superando los problemas que había dado lugar la incontinencia de tanto autor y opinión, manantial permanente de inseguridad jurídica.

En comparación con el tono que tienen los infolios de los juristas del derecho común, caracterizados por la intemperancia en argumentar, discutir, escribir en exceso, la codificación en cambio inaugura un estilo simétrico y regular, simple y carente de aristas.

Para quien está familiarizado al diseño y uso del derecho codificado, le resulta difícil imaginar que la sociedad occidental haya vivido durante tanto tiempo con un derecho de traza tan singular como fue el derecho común. Pero, enjuiciada las cosas con visión histórica y no dogmática, este esquema jurídico no hay que verlo como defectuoso en comparación con el derecho codificado, sino, lejos de eso, sólo distinto, con sus propias fuentes, modalidad de expresión y forma de vigencia, según lo hemos esbozado anteriormente.

VIII. DERECHO COMUN Y DERECHOS PROPIOS

15. Derecho común quiere decir derecho aplicable a todos, universal (*lex generalis omnium*), por sobre la pluralidad y diversidad de los derechos propios (*iura propria*). El derecho común en consecuencia no es un concepto absoluto, autodependiente, sino relativo, es decir, no se entiende sino enfrentado a la existencia de otros derechos que no son comunes, y cuya entidad más representativa son los estatutos. Si no se diera esta distinción de polos "la calificación de común sería pleonástica" (Cavanna). Estatutos es un nombre que se utilizó en Italia (*statuti*) con el que se designó a la multiplicidad de los ordenamientos particulares no comunes, como por ejemplo: los derechos que regulan la vida de las villas y comunas, los centros portuarios, las corporaciones de oficios, las universidades, etc. Los estatutos tienen equivalencia con los fueros castellano, o las *coutumes* o *chartes* francesas, etc. Se miraron también como derecho propio frente al común derecho de los señoríos, feudos y aun de los mismos reinos. Incluso al derecho indiano se le califica como derecho estatutario o municipal ante el común.

Si de comienzo hubo por parte de los juristas medievales una actitud de rechazo hacia toda norma extraña al derecho justiniano, con posterioridad, sin embargo, gracias especialmente a la labor de los comentaristas, se produjo un reconocimiento de los derechos propios, que también los convirtieron en materia de estudio y análisis. Esta actitud obedeció a un examen más certero de la realidad, pues percibieron que ese amplio espectro de los derechos propios, constituía el derecho tradicional vigente, a veces muy enraizado, e imposible por lo mismo ignorarlo. Así, si por un lado el derecho romano había ejercido un embrujo incontenible en los juristas, por otro, los derechos propios tuvieron una justificación de vida que no se podía desconocer sin violentar la realidad. La solución entonces a que llegaron los comentaristas fue integrar ambos derechos en un sistema jurídico único: el sistema del derecho común. De este modo, derecho común y derechos propios convergen unitariamente en el llamado sistema de derecho común, de los que se colige que la oposición entre uno y otro derecho (*ius commune-iura propria*) es a lo más conceptual pero no funcional.

IX. LA INTEGRACION EN EL SISTEMA DEL DERECHO COMUN. LA PREEMINENCIA DEL DERECHO ROMANO. REGLAS QUE GRADUAN LA APLICACION DE ESTOS ELEMENTOS CONCURRENTES

16. Pero en esta integración, como era lógico suponer, la multiplicidad de los derechos propios se vinculan en una relación de subordinación respecto del derecho romano, por lo que aquellos se interpretan, complementan y corrigen según las categorías de éste: todo se cubre con el ropaje conceptual del derecho romano. En efecto, frente al derecho común los derechos propios sufren una suerte de *capitis diminutio*, ya que paulatinamente en la práctica van perdiendo mucho de su fisonomía original, al ser atraídos a la órbita del derecho común (*trahitur ad ius commune*).

Con el objeto de conferir unidad y coherencia al sistema del derecho común, caracterizado por la variedad y diversidad de sus elementos componentes, se estableció y divulgó la siguiente regla llamada a graduar la vigencia de estos: los derechos propios deben aplicarse preferentemente, y sólo subsidiaria pero universalmente el derecho romano, según el principio que el derecho particular prevalece sobre el más general (*ius particulare prevalet iuris magis generali*). Sólo si los estatutos son insuficientes (*ubi cessat statutum*) se aplica el derecho común. Pero ya sabemos, también, que en práctica los papeles se subvertían, recibiendo aplicación primera el derecho común y sólo subsidiariamente los derechos propios. Así, las distintas modalidades de confluencia que en los hechos se dieron entre el *ius commune* y los *iura propria* al interior del sistema del derecho común, como las soluciones que se dieron a ella —que revelan la supremacía que adquiere el derecho común— fueron las siguientes: 1) laguna del derecho propio (= se aplica naturalmente el derecho común); 2) coincidencia entre la solución que ofrece el derecho propio y el derecho común (= se considera que ésta es la solución común y se aplica ella), y 3) existencia de criterios diversos entre el derecho propio y el derecho común (= se argumenta, de acuerdo a la regla de la aplicación subsidiaria del derecho común, que el derecho propio prevalece, pero seguidamente se interpreta restrictivamente el derecho propio a fin de crear laguna artificial en él, que se colma con los criterios del de-

recho común). En consecuencia, el único caso entonces en que el derecho propio regía sin obstáculos era aquel en que el derecho común no contenía solución (= laguna de derecho común). En el resto, todo conducía a desplazar el *ius proprium*, que se veía como una suerte de derecho odioso, para suplirlo de inmediato por el derecho común. De esta forma la teoría de las relaciones entre el derecho propio y el derecho común planteaban la máxima aplicación de este último y la mínima de aquél, conforme la regla que el estatuto debe interpretarse restrictivamente de manera que lesione lo menos posible al derecho común (*ut minus corrigat vel deroget iuri communi quam sit possibilis*).

X. CONCEPTO DEL SISTEMA DE DERECHO COMUN

17. Sentadas estas premisas, ¿qué es el derecho común como suceso histórico-jurídico? Un sistema jurídico elaborado por los comentaristas boloñeses, con un conjunto de elementos diversos (derechos romano-justiniano, canónico, estatutario, feudal), que se interpretan y reelaboran romanísticamente, con el objeto de tener aplicación universal (común) en defecto (laguna, oscuridad o insuficiencia) de los derechos propios en su versión no romanizada.

Antes de dejar este tema subrayo las siguientes ideas ya parcialmente dichas.

a) La antítesis derecho común-derechos propios, tiene especial nitidez en el plano lógico-conceptual, como una consecuencia de aplicar al campo del derecho las categorías dialéctico-aristotélicas de género (*genus*) y especie (*specie*). Así en el derecho romano-justiniano se vio un género aplicable a todos (común), y en los derechos no romanizados de los diferentes grupos o localidades, sendas especies con vigencia particular (derechos propios).

El establecimiento de estas categorías fue el fruto de la inclusión dentro de un esquema lógico, de ciertas realidades jurídicas a la sazón existentes: un derecho que afanosamente se estudia en las universidades (derecho romano-justiniano), y un conjunto de derechos, diferentes de aquél, pero que en ese instante gozan de real y afectiva vigencia (derechos propios).

b) Pero, para decirlo una vez más, cuando la doctrina de la época tu-

vo que resolver, de acuerdo a sus anhelos y esquema mental, el problema práctico del derecho aplicable, consideró ambos derechos y los hizo confluír en un mismo sistema jurídico: el sistema del derecho común. Aquí el punto de la mera observación de la realidad y su encuadre en ciertas categorías mentales, ha cedido el paso a la construcción de un sistema jurídico nuevo, con mira a tener aplicación efectiva y duradera en la sociedad de entonces. En el seno de este sistema uno y otro derecho se asocian en una relación recíproca e indisoluble. Incluso se puede afirmar que diluyen sus contornos y ya no pueden concebirse separadamente.

En este nuevo plano el concepto de derecho común ensancha su contenido: incluye no sólo al derecho originariamente común (derecho romano-justiniano), sino además a los de cuna no común pero que sobrevenidamente llegan a adquirir ese carácter por su incorporación al sistema, por obra de la doctrina (derechos propios). Aquí los derechos de linaje propio o particular conquistan la condición de común porque se incluyen en un sistema jurídico único, universal, y sobre todo porque al interior de él son interpretados y reelaborados romanísticamente. Es más: sólo dentro de éste sistema los derechos propios van a conservar todavía un soplo de vida.

La integración de los elementos concurrentes dentro del sistema de derecho común, se produce a través de ciertas maneras o formas de graduar la validez de sus normas, que ya más arriba hemos señalado, las que casi siempre concluyen con la aplicación preferente del derecho romano-justiniano.

c) Dado que el principal elemento del derecho común fue muy distantesmente el derecho romano-justiniano (de un lado, porque se convirtió en el prisma a través del cual se interpretan y reelaboran los otros componentes del sistema; de otro lado, por ser el único derecho originariamente universal dentro del sistema), tal hizo que en la realidad el derecho común se confunda con el derecho romano-justiniano e incluso con el derecho romano a secas, de donde de aquí en adelante la doctrina empleará uno y otro término como significativo de un mismo fenómeno.

18. No concluyo este apartado sin dejar establecido que la recepción, como actitud, es un fenómeno permanente en la historia del derecho, que por serlo de ese modo, excede el fenómeno boloñés, habiéndose dado antes y después de él, no obstante que cada una de

sus manifestaciones presenta sus propias características que han de ponderarse en todas sus singularidades. Por ejemplo, hubo recepción del Breviario de Alarico en el s. VI en diversos países de Europa; lo mismo ocurrirá ahí más tarde con el Código de Napoleón, o en el medio americano con el Código de Bello.

Asimismo, la dicotomía derecho común-derechos particulares tiene muy antigua data. Se encuentra consagrada en las propias fuentes romanas, de donde la doctrina medieval la extrajo para luego aplicarla a su propia realidad jurídica, o mejor, para encasillar aspectos de ésta dentro de esa terminología. Y ello fue así a pesar que no hay plena identidad de significados entre dichos giros en su versión romana con sus homónimos medievales. Dice el Digesto (1.1.9.), con precedentes en Gayo, que recoge a su vez de Aristóteles (*ideos nomos-coinos nomos*) que *todos los pueblos que se gobiernan por leyes y costumbres, usan en parte su derecho peculiar, y en parte el derecho común a todos los hombres*. Sin embargo aquí, por derecho peculiar —propio— se entiende el derecho civil romano, y por común el de gentes y natural. Hago sólo esta elemental observación, la que sin embargo abre la posibilidad de un cúmulo de sugerencias y consideraciones para el estudioso.

Pero en relación con el fenómeno boloñés ambas nociones —recepción y derecho común— operan universalmente, tanto en razón de territorios como de materias: se irradian por todo el orbe occidental y gravitan sobre todas las instituciones jurídicas. Por eso, al decir “la recepción” o “el derecho común”, sin más, se está afirmando dichos conceptos en relación con la ciencia jurídica de Bolonia, y no con otras versiones históricas que hayan podido tener los mismos.

19. Pero Bolonia es un lugar geográfico muy preciso: una ciudad italiana de la Emilia, emplazada dentro del solar imperial. Por lo tanto, si los frutos de cavilaciones hechas en ese estudio, se difundieron generosamente —en unas partes por efecto directo (Europa) y en otras reflejo (América)—, ello se debió a que mediaron un conjunto de circunstancias que ayudaron a llevar a sotavento este espectacular proceso. El punto es importante de ser anotado, ya que si lo gestado en Bolonia no hubiera roto sus muros, tal habría sido sólo un mero dato erudito con ninguna o poca significación histórica.

Pero, como se sabe, las cosas fueron diferentes: “el derecho común llegó a ser el derecho más comúnmente estudiado, más común-

mente difundido y más comúnmente aplicado" (Valiente). Los alumnos asistentes al viejo estudio boloñés como a los otros tributarios de su estilo, cumplieron un papel destacado en este proceso de expansión del nuevo derecho. Tan sólo por precisión terminológica vale indicar que los estudiantes no fueron causa de la recepción, asunto que se vincula a otras realidades, sino, lo que es diferente, uno de los principales vehículos de ella.

XI. EL TRAFICO ESTUDIANTIL HACIA Y DESDE BOLONIA. LOS ALUMNOS COMO DIFUSORES DE LOS CONOCIMIENTOS APRENDIDOS EN EL ESTUDIO BOLOÑES. LOS LETRADOS

20. Los grandes centros universitarios de la época — por nombrar algunos: París en teología, Salerno en medicina y Bolonia en derecho — constituían sedes internacionales de la respectiva especialidad a donde acudían estudiantes de todos los sectores del continente.

En este artículo hemos empleado indiferentemente el nombre de universidad y estudio (general), aunque técnicamente trátase de conceptos distintos. Universidad indica una corporación de personas, organizadas por medio de un estatuto propio, que se conciertan tras la consecución de un fin determinado, ya sea político, religioso, profesional, cultural, etc. Incidente en nuestro tema el objetivo cultural, la universidad puede consistir en una asociación de maestros (*universitas magistrorum*) o de estudiantes (*universitas scholarum*). Uno y otro grupo, separadamente, constituyen una universidad; todos juntos, en cambio, forman el estudio general, que por extensión aludió también al lugar donde unos y otros se reúnen para dar y recibir la enseñanza superior. Así, el libro de Partidas (2.31.1.) define el estudio como *ayuntamiento de maestros e de escolares que es fecho en algund lugar con voluntad e entendimiento de aprender los saberes*.

La universidad de Bolonia nació como una típica corporación de alumnos, al parecer inicialmente formada por aquellos que voluntariamente acudían a escuchar las lecciones de los famosos Irnerio y Graciano. Dicha *universitas scholarum* elegía su propio rector, que era un estudiante elegido temporalmente en el ámbito de una nación asistente, el que asesorado por un concejo dirigía los destinos de la asociación. Esta habría sido la cédula que más tarde condujo a la for-

mación del *studium generale bononiense*, una vez otorgados los privilegios imperiales en los se fijan su planta administrativa y docente, como los programas de estudio y los grados que confiere.

En Bolonia se distinguía a los *citramontani*, alumnos del propio territorio italiano (lombardos, toscanos, romanos y campanos), de los *ultramontani*, los venidos del otro lado de los Alpes, los extranjeros, en que destacan los hispanos (castellanos, aragoneses, navarros, catalanes, gallegos, etc.), y las distintas nacionalidades dentro de los franceses, alemanes, polacos, etc. A mediados del s. XIII había 18 naciones ultramontanas, agrupadas en universidades con administración independiente.

Todo este vasto contingente estudiantil una vez que alcanzaba la licenciatura no regresaba a su patria ni con la mente ni con las manos vacías, sino que lo hacían con el conocimiento de la ciencia adquirida en la universidad, y la mochila llena de libros por los que habían estudiado en ella. Claro: el alumno que al finalizar la carrera volvía a su hogar, no importa si cercano o lejano, lo hacía con todos los textos que podía: una completa fauna literaria de glosas, sumas, comentarios, etc.

21. El libro antes de la imprenta es un objeto precioso, un verdadero tesoro. Cada ejemplar de ellos goza de gran especificidad, conferido por quienes intervienen en su confección editorial. Sólo con la creación de la imprenta en el s. XVII, los textos se multiplican y fungibilizan.

El libro por ello fue en el medioevo un objeto difícil de encontrar; de ahí que la dotación de planta de una universidad requería de la existencia de un estanciaro (*stazionari*), persona que generalmente asociado con copistas y minaturistas, tenía por misión proveer de libros a los alumnos, en su tienda o estación. Desde luego este personaje está contemplado en el estatuto de la universidad de Bolonia, como igual en otras de su tiempo. Tanto su nombre (estanciaro) como su tienda (estación) reflejan la idea de una persona que debe atender de punto fijo las necesidades de los alumnos en esta materia; de *statio*, estar o permanecer en un lugar; aplicado a la actividad militar, estar de guardia. Expresan las Partidas (3.31.11): *Estacionarios ha menester que haya en todo estudio general para ser cumplido*. Ahora los contratos en virtud de los cuales un códice se ponía a disposición de los alumnos era de ordinario el arrendamiento, pero tam-

bién la venta o la cesión de su uso a otro título. Pero los libros que ofrece el estacionario han de ser íntegros, con signos y letra clara, fidedignos, agregando a continuación la misma ley que es indispensable que el estanciarario *tenga en sus estaciones buenos libros e legibles e verdaderos de texto e de glosa*, asunto que era considerado de la más grave importancia, confiriéndose al rector facultades de estrecha vigilancia y cuidado sobre este punto.

Hay constancia documental que registran contratos de transportes de gran cantidad de libros, celebrados por estudiantes, como también de su empeño para garantizar préstamos para sobrevivir. Así se difundieron por el continente códigos del Digesto, Código, Decreto, Decretales, etc., y con ellos las interpretaciones de los juristas. Los libros de esta forma fueron llegando a los lugares más diversos, donde no sólo quedan a disposición de su portador, cuya biblioteca personal enriquecen, sino que también de otra gente que los lee y estudia; sobreviven a sus dueños y van a parar a otros tantos sitios: tribunales seculares y eclesiásticos, notarías, palacio de gobierno, escuelas de derechos, o estudiosos o interesados, etc. Los inventarios de muchas bibliotecas medievales y modernas vinculadas con la actividad jurídica, revelan cómo en ellas no faltan los títulos que entonces se estudiaban y circulan, ya en su versión original o traducido a lengua vernácula. Tenemos entonces que los alumnos actúan como difusores del derecho romano por doble título: como transmisores de los saberes recibidos, y como portadores de libros en que esos saberes se hallan.

Quienes han aprendido en Bolonia o en alguna universidad afín, constituyen donde quiera que se establezcan, el estrato de juristas cultos, los letrados o *sabidores del derecho*, como se les llama en tierra castellana. Su formación jurídica los habilita para ejercer el oficio de abogados, jueces, notarios, asesores de palacio, profesores, etc. En cada uno de estos puestos la ciencia jurídica que vierten es, lógicamente, aquella que han aprendido en la universidad, y a la cual se sienten intelectual y sentimentalmente unidos. En cuanto llegan a desempeñarse como docentes se convierten en agentes de la recepción teórica, y en cuanto se dedican a la actividad forense o la asesoría áulica, se vinculan a la recepción práctica.

22. El tráfico de alumnos boloñeses operó en diversos sentidos y formas: ya estudiantes italianos que una vez cumplida la carrera académica emigraban al extranjero, ya extranjeros que venían a Bolo-

nia a estudiar y se quedaban allí; ya extranjeros que luego de estudiar en Bolonia regresaban a sus países de origen, etc. Para cada una de estas situaciones podrían citarse gran número de nombres. Lo mismo vale también para otros centros universitarios, ubicados fuera de Italia, que adoptaron el programa científico boloñés.

Dentro del grupo de los *citramontani* que estudiaron en Bolonia, cuya labor fuera de Italia sirvió de gran difusora de la ciencia aprendida en ese centro, fueron célebres los nombres de Piacentino y Vacarius, pertenecientes a la tercera generación de glosadores (discípulos de los discípulos de Imerio). Ellos fueron los fundadores de nuevas escuelas de derecho en el extranjero: Piacentino la de Montpellier en el mediodía francés, y Vacarius la de Oxford en Inglaterra, donde también se desempeñaron como maestros.

Especialmente destacada fue la escuela de derecho de Montpellier, que sirvió de modelo a otras que pronto nacieron en el mismo país (Orleans, Toulouse, Bourges). En general las universidades del sur de Francia, con Montpellier a la cabeza, constituyeron importantes centros irradiadores del romanismo, por varias causas: a) ubicadas en el suelo galo a medio camino entre Hispania y Bolonia, sirvieron de atracción no sólo a muchos estudiantes franceses, sino también hispanos, que ya no estaban obligados a tener que ir hasta la lejana Emilia. Gente que de otra manera no hubiera podido acceder a los estudios jurídicos, se les abrió la posibilidad de hacerlo en una sede más próxima, todo sin perjuicio que importantes grupos de una y otra nacionalidad seguirán concurriendo al estudio boloñés, que continuaba siendo insuperable; b) la técnica del comentario posterior a la glosa—, el gran género literario-jurídico que le dio perfil y contenido al sistema del derecho común, nació en las universidades del sur de Francia, ya citadas, vinculados a juristas galos como Jacques de Revigny y Pierre de Belleperche, maestros de Toulouse y Orleans. Sin embargo sabido es que si el comentario tuvo su origen en Francia, fructificó y se desarrolló en Italia, hasta donde lo llevó un estudiante toscano discípulo de esos maestros franceses: Cino de Pistoia. El nuevo programa metodológico de esta corriente —consistente en el fondo, en la irrupción y aplicación de la disciplina aristotélico-escolástico— lo sintetiza así el mismo Cino de Pistoia en su *Lectura super Codice*: primero *dividam* (una vez hecha la lectura del texto, proceder a la descomposición lógica de la materia); segundo *ponam casum* (ejemplificación de hechos concretos con finalidad didáctica);

tercero *colligam* (formular las observaciones críticas más importantes a que da lugar el texto); cuarto *opponam* (autocrítica con la discusión de las posibles objeciones) y quinto *quaeram* (plantear problemas controvertidos que podían nacer de este juego dialéctico).

Una vez en Italia Cino de Pistoia fue maestro de Bartolo y éste a su vez de Baldo, conformando así la gran trilogía de los grandes comentaristas. Con todo, la figura de Bartolo emerge monumental. A los inigualables niveles que alcanzó en el conocimiento de los textos, únese su maestría en el manejo del método, su brillante capacidad constructiva y la sobresaliente originalidad de sus planteamientos. Todo ello le convirtió en uno de los juristas más notables y gravitantes de todos los tiempos. La historiografía moderna le ha calificado como "el jurista más influyente de la historia" (d'Ors) o como "una delle piu forti menti di giurista que l'umanita abbia mai avuto" (Ermini). Tan grande fue su fama, que a los pocos años de su muerte, se divulgó en Europa el dicho que no se es jurista (entiéndase: romanista, canonista, estatutarista, feudalista; o posteriormente regalista e indianista) si no se es bartolista (*nullus bonus iurista, nisi sit bartolista*).

23. Numerosos fueron los estudiantes alemanes que ya a partir del s.XII concurren a Bolonia para estudiar derecho romano y canónico; tantos, que en un momento dado la nación alemana constituyó la más numerosa de la universidad ultramontana.

Entretanto la actividad jurídica en Alemania se había volcado en el trabajo de unificar su multiforme derecho nacional (ya regional, de las grandes ciudades o entes menores), cuyos resultados comienzan a cristalizar en el s.XIII, con la redacción de los famosos espejos (*Spiegel*), por nombrar las obras del tipo de mayor importancia. Son puro derecho germánico; sin embargo, estas colecciones comienzan a ser glosadas y comentadas de acuerdo a los patrones boloñeses, labor en la que sobresalen dos alumnos alemanes regresados de Bolonia, Juan von Buch y Nicolás Wurm, quienes por esa vía echaron la siembra del derecho romano en Alemania. Sin duda una noticia como para ser mencionada en la historia de la recepción romano-canónica en Alemania, pero apenas la siembra de un proceso cuyo desarrollo tardará aquí muchos años en consolidarse, aunque a contrapelo llegó a ser muy profundo. Las vicisitudes de este fenómeno no corresponden ser tratadas en este estudio.

24. También fueron muchos y variados los tipos de contacto que a través de los estudiantes se produjeron entre la universidad de Bolonia y los reinos hispanos. Sólo nos referiremos a unos pocos nombres y hechos como hitos relevantes.

Estimulados por las facilidades otorgadas por los cabildos eclesiásticos peninsulares, fue copiosa la afluencia de estudiantes españoles que se dirigieron a Bolonia con el objeto de estudiar derecho canónico, sede que también estaba a la cabeza en el cultivo de esa disciplina, gracias a la labor que allí realizó Graciano, coetáneo de Iñerrio. Entre los hispanos que concurren a Bolonia ocupa un lugar especial el dominico catalán Fray Raymundo de Peñafort, quien una vez concluidos sus estudios permaneció allí como profesor. Pero su aporte excede con creces la pura línea docente, ya que junto con Graciano se convirtió en uno de los grandes constructores de la ciencia jurídica canónica, con la elaboración de una obra complementaria del Decreto a la que se dio el apelativo de *Liber decretalium extra decretum Gratiani vagantium* (= Libros de los decretales que vagan fuera del Decreto de Graciano), conocido vulgar y comúnmente con el nombre de *Liber Extra*. A diferencia del Decreto es ésta una obra de carácter oficial, que Fray Raymundo de Peñafort lleva a cabo por encargo del pontífice Gregorio IX.

Sobre estas dos colecciones canónicas se realizó una abundante producción de glosas y comentarios, siguiendo el mismo método y estilo de las que se realizan sobre los diferentes libros de la compilación justiniana. Así se habla de los decretistas, para referirse a los glosadores y comentaristas del Decreto, y de decretalistas para sus congéneres respecto del *Liber Extra* o Decretales.

El Decreto y las Decretales constituyen los pilares fundamentales del llamado *Corpus Iuris Canonici*, que reúne también otras colecciones canónicas menores: el *Liber Sextus* (visto como continuación de los cinco libros que componen Las Decretales: *iudex, iudicium, clerus, sponsalia* y *crimen*) y el *Liber Septimus* o Clementinas. El *Corpus Iuris Canonici* estuvo vigente hasta la dictación del primer código de derecho canónico de 1917, obra ésta que al igual que sus congéneres posteriores, nutren mucho su contenido de aquellas obras medievales.

Un destino similar al de Fray Raymundo de Peñafort siguieron otros hispanos, como Lorenzo y Vicente Hispano, Martín de Zamora, los dos Bernardo de Compostela (el Viejo y el Joven), etc., que

van a estudiar derecho canónico a Bolonia, y luego enseñan en esa misma sede. Esta presencia hispana en suelo italiano actuó a la vez como acicate para que muchos otros de su misma nacionalidad decidan también imitar sus pasos, todo lo cual contribuyó a un ir y venir de alumnos, y con ellos sus saberes y libros a costas, que todo lo invaden donde quiera que vayan.

El contingente de hispanos que llegan a Bolonia es muy grande. Tanto así que el cardenal Egidio de Albornoz, en su testamento redactado en Ancona en 1364, dispuso bienes para fundar el Colegio de España, conocido comúnmente como San Clemente, para albergar a estudiantes y maestros peninsulares concurrente a dicha universidad, y que habría servido de modelo a los conocidos Colegios Mayores existentes aún hoy en las principales ciudades universitarias españolas.

Entre los italianos educados en Bolonia que luego se establecieron en tierra castellana, merece ser nombrado el maestro Jacobo de las Leyes, a quién algunos atribuyen la iniciativa de componer el insigne libro de las Siete Partidas. Estrechamente vinculado al rey Alfonso X, con quien compartió vida en palacio, tuvo sin duda participación en la redacción de ciertas partes de dicha obra, relativa a materia procesalística. Otras plumas del libro, como Martínez de Zamora y Roldán, fueron en cambio castellanos que habrían ido al estudio boloñés, y una de vez de vuelta a su patria, prestaron también su colaboración al monarca.

Sabido es que las Partidas llegó a ser la principal obra legislativa medieval, a la vez que la mejor exponente de ese tipo de las ideas boloñesas, no sólo en España sino en Europa en general. Concebida, según una hipótesis, para tener vigencia en el imperio medieval basada en la pretensión finalmente fallida de Alfonso X por ceñirse la corona del sacro imperio romano-germánico--, las Partidas tuvieron gran aplicación en el reino castellano y también en América indiana y republicana, hasta el proceso de codificación; e inclusive en nuestro país llegó a convertirse en la principal obra de carácter legislativo que inspiró los contenidos del código de Bello.

En el reino de Aragón Jaime I, coetáneo de Alfonso X, contó igualmente con célebres colaboradores hispanos que regresaron de Bolonia, entre los que ocupa un lugar especial el obispo de Huesca Vidal de Canellas, a quien se le encomendó la redacción de la recopilación del derecho nacional aragonés. Pero esta obra, cuyo contenido

original nada tiene que ver con el derecho común, sin embargo recibe un fuerte influjo de las corrientes jurídicas traídas de Italia. Así, su orden expositivo tomó como modelo el Digesto y el Código de Justiniano, sin perjuicio que los contenidos recogidos reciban también una fuerte gravitación boloñesa, ya en su dimensión romana (en materias de contratos, herencia, modos de adquirir, etc.) como canónica (en materia de matrimonio y procesal)

25. Toda esta docta gente educada en la dirección jurídica boloñesa constituyó el estamento de juristas cultos, cuya colaboración o asesoría es imprescindible en la realización de cualquier obra jurídica de vuelo que se quiera realizar. Son, como dijimos en otro apartado, los *sabidores del derecho* o letrados, como se les denomina en tierras hispanas. Alfonso X dice haber recurrido a ellos para la confección del Fuero Real, obra con la que inaugura la gran irrupción del derecho boloñés en una gran fuente legislativa castellana: *entiendo que la mayor parte de nuestros reinos no tienen fuero... hovimos consejo con nuestra corte e con los sabidores del derecho y dimosle este fuero que es escripto en este libro* (Prólogo Fuero Real). De otra parte los juristas llegan a gozar de privilegios sociales de importancia, que revela la estimación que se les tiene. El mismo Alfonso X en las Partidas (2.31.8) mima a un estrato de esos *sabidores* o letrados, los maestros de derecho, a quienes confiere una serie de prerrogativas especiales. Así, dentro de *Que honrras señaladas deben aver los maestros de las Leyes*, se indican algunas de las siguientes: que cuando un maestro de leyes se presenta al juez éste debe acercársele y saludarle: *que cada vegada que el maestro de derecho venga delante de algun juez que este judgando dévese levantar a él e saludarle e recibirle que sea consigo; e si el judgador contra esto no fiziere, pone la ley por pena que le peche tres libras de oro*. También estos maestros gozan de acceso franco al emperador, reyes o príncipes, sin que nadie pueda impedirle el paso: *que los porteros de los emperadores e de los reyes e de los príncipes non les deven tener puertas nin embargarles que no entren ante ellos quando menester les fuere*. En fin, a veces se les favorece con el otorgamiento de ciertas exenciones propias de las que tiene la nobleza, como del pago de tributos o de la obligación militar: *Otrosí dezimos que los maestros sobredichos e los otros que muestran los saberes en los Estudios ... que deben ser quitos de pecho, e non son tenidos de ir en hueste nin en cavalgadas, nin de tomar otro ofizio sin su placer*.

En el vecino reino de Aragón se concedieron también privilegios a los graduados en leyes y cánones. En esta línea el Fuero de Aragón (Cap. 22) permitió que éstos accedieran a ciertos niveles de la nobleza, haciéndolos partícipes de algunas de sus prerrogativas, en atención al gran esfuerzo que para ellos significó la conquista de su título: *Los graduados en derecho es justo que sean honrrados y favorecidos... por razón de los grandes trabajos y gastos que han sostenido en poder obtener tal grado... Por ende, su Alteza de voluntad de la Corte establece y ordena que el que fuere graduado de Doctor en Canones o en Leyes en cualquiera Universidad aprobada de los reinos de su Magestad, pueda ser promovido, conforme al Fuero, a cavallero... gozen y gozar puedan de los privilegios y prerrogativas que los hidalgos de Fuero.. assi de honras y privilegios como facultades o exempciones.*

Sin embargo fue muy distinta la consideración que los *sabidores del derecho* merecieron para el sentir de la gente común. Aquí los fulgores de estos personajes se cubren de sombras, dando origen a un sentimiento de cierto rechazo en su contra, a causa de sus citas inmoderadas de tantos juristas y opiniones, como de sus disquisiciones dialécticas, que todo lo complican y enmarañan, poco comprensible en general para mentes simples, poco familiarizadas con el conocimiento de la ciencia jurídica. Ciertos géneros del cancionero popular, siempre tan sensibles en denunciar algunos hábitos sociales, consignan muy vívidamente este sentir. Así por ejemplo el Cancionero de Baena del s.XV, en una pieza muy divulgada en este punto, relata satíricamente aquel espectáculo que aturde al lego, consistente en la mención abusiva de autores y textos, como el uso de pesados argumentos hecho valer por los letrados, que crean perplejidad en los jueces: *Viene el pleyto a disputación/ allí es Bartolo e Chyno, Dijesto/ Juan Andrés e Baldo, Enrique do son/ mas opiniones que uva en cesto.../ Dan infinitos entendimientos.../ razones sofisticas e malas fundando/ e jamas non viene y determinando/ que donde hay tanta dubda e opiniones no ay quien de determinaciones.*

XII. EL DERECHO COMUN EN INDIAS

26. Durante los s.XIII y XIV se crearon muchas universidades en el territorio peninsular, que impartieron la enseñanza del derecho de

acuerdo al programa científico boloñés: Palencia, Salamanca, Valladolid, Lérida, Perpiñan, Huesca, etc. De ésta merece una mención muy especial para nosotros la universidad de Salamanca, dado que fue el foco irradiador de la ciencia del derecho común para América. No sólo eso: las primeras universidades americanas se erigieron sobre su plantilla académica.

El derecho común llega a Indias junto con Colón. La toma de posesión de las nuevas tierras el 12 de octubre de 1492, se hizo conforme las normas del derecho común. Y muchos de los títulos con que la doctrina de la época pretende justificar la presencia de la corona de Castilla en el nuevo mundo (la donación pontificia, la ocupación, etc.) son conceptos extraídos de ese derecho.

América recibió el derecho común a través del derecho castellano, que tuvo aquí vigencia supletoria de las normas especialmente dictadas para las Indias (derecho indiano en un sentido restrictivo); pero, como este último es de contenido preferente publicístico, la presencia del derecho común en materia privatística fue enorme. Y ella durará, igual que en el viejo continente, hasta la codificación, dado que el proceso de independencia patria de los países iberoamericanos afectó más que nada la esfera del derecho político, pues en el resto, los hombres siguieron aquí negociando, contratando, testando, etc., igual como lo hicieron antes de la emancipación.

Sin embargo el derecho indiano en su acepción restringida (normas dictadas especialmente para América y no para Castilla) fue también profundamente influenciado por la doctrina jurídica boloñesa. Desde luego los grandes juristas del derecho indiano están formados en esa corriente. No podemos silenciar aquí el nombre del más insigne de ellos: Solórzano Pereira. Alumno de la universidad de Salamanca, se desempeñó luego como docente de Digesto Viejo, Código y Víspera de Leyes en esa misma sede. Llegó a ser también miembro del Consejo Indias y oidor de la Audiencia de Lima. Fue además autor del más grande tratado doctrinal de derecho indiano: *De Indiarum Iure*, el que resumido y vertido en lengua romance se conoce con el nombre de Política Indiana. Quien repase las páginas de esta obra quedará sorprendido de ver cómo el autor vuelca su formación romanístico-canónica para interpretar los problemas indianos, de manera que instituciones y figuras propias del nuevo mundo -desconocidas incluso en la tradición jurídica europea- se horman dentro de las categorías del derecho común.

Prácticamente no hubo materia —ni privatística ni publicística— que de alguna manera no haya sido tocada por el derecho común. Asimismo éste se aplica a instituciones que los romanos no conocieron (el beneficio feudal, la encomienda indiana, los mayorazgos, etc.), o que conociéndolas sólo para una materia muy determinada, el derecho común abre el arco de su aplicación a otros campos. Un ejemplo ilustrativo es la lesión enorme, que el derecho romano creó tan sólo en favor del vendedor de inmuebles, pero que se extendió después, por obra y gracia de los juristas del derecho común, también a favor del comprador, y tanto respecto de la venta de inmuebles como de muebles; igualmente se aplicó a la permuta, el arrendamiento y la partición de bienes incluso ciertas figuras extrañas a la tradición jurídica romana, como el pacto de enfeudación y la venta de oficios públicos, ésta última de profusa aplicación en Indias).