

34
Pm



FARISEISMO O RECONCILIACION

El positivismo jurídico degenera fácilmente en mero fariseísmo. A fuerza de prescindir de las exigencias del derecho natural y de la conciencia; de apartarse de Dios "fuente de toda razón y justicia"; los hombres, como los fariseos de los tiempos evangélicos, terminan por apegarse de tal manera a la ley escrita que del cumplimiento formal de las leyes saltan al de su mera apariencia como única norma de conducta. Se llega así a uno de los vicios más repugnantes, cuyo solo enunciado evoca todo un cortejo de esos pecados capitales y no capitales en que los hombres parecerían incurrir, no tanto movidos por sus propias pasiones o apetitos sino por pura sugestión demoníaca.

Este feo vicio del fariseísmo se yergue hoy contra la República Argentina, a la que se pretende sentar en el banquillo de los acusados como desconocedora y persistente violadora de los "derechos humanos", proclamados y "venerados" por la civilización contemporánea. Arteramente se aparenta circunscribir la imputación a los actuales responsables del gobierno nacional, aun cuando en realidad comprende también a cuantos de alguna u otra manera, lo habrían padecido, soportado o silenciado.

Nadie podría dejar de reconocer que, en ocasión de la guerrilla y su represión, han ocurrido hechos lamentables. La llamada "guerra sucia" es de suyo repudiable e, indudablemente, hubiese sido preferible una represión ajustada a los cánones clásicos, con ley marcial y juicios que, por sumarios que hubiesen sido, habrían sido actos jurídicos, esclarecedores y responsables. Sin embargo, lo acontecido tiene alguna explicación y no podría ser cargado exclusivamente sobre los hombros de los actuales gobernantes.

Por de pronto, cabe recordar que los prolegómenos de la guerrilla hay que buscarlos antes de 1965, y que los primeros hechos masivos y su represión son bien anteriores a 1976. Baste recordar los tiroteos de Ezeiza, el asesinato de Rucci y el caso de Monte Chingolo, entre otros acontecimientos. Sería,

pues, injusto imputar exclusivamente a las autoridades actuales toda la responsabilidad por las demasías que podrían haber ocurrido a lo largo de los años corridos, sin atender siquiera a las circunstancias que podrían haber agravado las situaciones creadas, ni los crímenes cometidos indiscriminadamente contra el orden público, las fuerzas de seguridad y los simples particulares.

¿Con qué autoridad podrían imputar violación de los derechos humanos los responsables de las matanzas de Hiroshima y de los excesos del Vietnam? ¿Cómo pueden argüir en defensa de la vida los parlamentarios europeos que han impuesto el aborto y los gobernantes que autorizan y fomentan el holocausto de millones de vidas humanas a las que ni siquiera se deja llegar a la luz y al Bautismo?

¿Acaso podría encontrarse entre semejantes acusadores alguno "sin pecado" para arrojar la primera piedra?

Frente a ese desborde de fariseísmo, promovido desde afuera y fomentado con poca o mala conciencia desde adentro, no cabe sino un tajante repudio. La única actitud, cristianamente digna, sería una amnistía total.

Sólo así podría llegarse a una verdadera reconciliación, y, entonces sí, tendría sentido la reinstitucionalización de que tanto se habla, si es que algún sentido ha de tener.

S. E.

LA RELACION DE LA JUSTICIA Y EL DERECHO *

I

El objeto de esta comunicación es el de explicar una tesis o concepción según la cual entre la justicia y el derecho hay la relación que se da entre lo abstracto y el concreto.

Ello exige, primeramente, explicaciones sobre el sentido en que, de ese modo, se usan las expresiones "abstracto", "concreto" y "justicia".

II

Desde Aristóteles se tiene por adquirido que nuestros conceptos universales son abstractos, en el sentido de que prescinden de las características individuales de los sujetos en los cuales se realizan y, por eso, pueden predicarse de una totalidad indefinida de sujetos individuales. Desde esta perspectiva, entonces, el concepto universal es lo abstracto y los individuos son los concretos. En nuestra tesis o concepción, las expresiones "abstracto" y "concreto" no están tomadas en ese sentido sino en otro que solían utilizar los lógicos cuando dividían los conceptos universales (ya abstractos en ese primer sentido), a su vez, en abstractos y concretos, hablando entonces de abstracción como en una segunda potencia, en cuanto ciertos conceptos universales pueden ser, a su vez, llamados abstractos porque no sólo prescinden de las características individuales de los sujetos singulares sino también de los sujetos mismos.

De modo que "hombre" es abstracto porque prescinde de las características individuales de cada hombre y puedo predicarlo de cualquier hombre diciendo, por ejemplo, "Pedro es hombre"; pero ese concepto abstracto en el primer sentido —"hombre"— resulta concreto en el segundo sentido y en este segundo sentido, en cambio, el abstracto es "humanidad", porque ya no puedo

* Comunicación a las II Jornadas Argentinas de Filosofía del Derecho, organizadas por el Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. Alfredo Fraguero", de la Universidad Nacional de Córdoba y realizadas en Vaquerías, del 18 al 21 de marzo de 1982.

predicarlo de los sujetos individuales. No puedo decir, por ejemplo, "Pedro es la humanidad".

En la tesis o concepción que trato de explicar, "abstracto" y "concreto" están tomados en este segundo sentido. En ella el término "justicia" se toma como abstracto, por así decir, a la segunda potencia y "derecho" se toma como equivalente al concreto correspondiente a la justicia: lo "justo". Puedo decir "Pedro es justo", pero no podría decir "Pedro es la justicia", aunque el sentido apropiado no es el de esa calificación de un hombre sino de algo que es justo ("la misma cosa justa" de que habla Santo Tomás) —"lo justo"— que es a lo que se le puede llamar también "derecho", por oposición a "entuerto" (lo contrario a derecho) aunque no sea ahora usual hablar de este modo. Se puede decir de algo (concreto en el segundo sentido de la expresión) que es justo; no se puede decir, en cambio, de ese algo (concreto) que es la justicia (si no, no podría haber otra cosa a la que se le pudiese llamar justa, como si Pedro fuese la humanidad no podría haber otro al que se le pudiese llamar hombre).

III

Queda claro, entonces, que en la concepción que estoy explicando, la expresión "derecho" se toma como concreta en la segunda acepción de concreto; lo que ahora tengo que explicar es que, en cambio, la expresión "justicia" se toma como abstracta en el segundo sentido de abstracto, lo cual corresponde al uso actual de esa expresión.

En efecto, el uso actualmente predominante de la palabra justicia no le da el sentido, por ejemplo, de virtud, como se lo da Santo Tomás al estudiar la virtud de la justicia en la segunda sección de la segunda parte de la *Suma*, donde, precisamente, se pregunta si el derecho es el objeto de la justicia, es decir, de la virtud de justicia. El uso actualmente predominante de la palabra justicia, en cambio, designa lo que se suele llamar un "valor" o, como se suele decir, el "valor justicia".

Ahora bien, los valores, de que actualmente se habla, son abstractos de las cosas en las cuales se realizan (abstractos en la segunda acepción), como, en un lenguaje más tradicional, la bondad es el abstracto (en segunda acepción) de los bienes en que esa bondad (alguno de sus tipos) aparece realizada. Podemos decir: "esta cosa es buena" (lo cual equivale a decir: que *tiene bondad*, que es un bien), pero no que "esta cosa es la bondad". Sólo de Dios se puede decir que es la Bondad, pero ésta es una cuestión (la de los nombres divinos) ajena a nuestro tema.

Algo es valioso (o bueno) porque tiene valor (o bondad), como algo es ente porque tiene el ser o alguien es sano porque tiene salud. El valor (o la bondad), el ser, la salud son, respecto al sujeto que los tiene "algo por lo que" (lo que los escolásticos llaman un *principio quo*) algo o alguien

es o es de determinado modo (posee determinada cualidad). De igual modo, algo es justo porque tiene esa cualidad que se designa (abstractamente —abstracto en segunda acepción—) como justicia, de modo que es obvio y por definición que algo no puede ser justo sin poseer la justicia y como en la concepción que estoy explicando el derecho es lo mismo que lo justo, el derecho no puede darse sin la justicia que es aquello por lo que algo es justo (*principium quo*). Y si se quiere, entonces, hablar de relación entre el derecho y la justicia, habrá que hablar de una relación *necesaria* entre lo principiado (el derecho) y lo que es su principio (*principium quo*) o aquello *por lo que* es, precisamente, derecho. No hay derecho (concreto) sin aquello por lo que (abstracto —valor: justicia—) es derecho. El abstracto significa —usando el lenguaje de la filosofía tradicional— una *forma* (o por modo de forma), haciendo abstracción del sujeto en el cual ella se realiza, pero obviamente no puede haber sujeto de esa forma sin que la posea.

IV

Precisamente, la concepción del derecho *opuesta* a la explicada, es decir, el positivismo jurídico, trata a la justicia como algo meramente accidental (accidente predicable) al derecho. Entonces podría haber derecho en lo contrario a lo justo, es decir, aquello en que se realiza lo contrario (en rigor: la privación) de la justicia: lo injusto.

Para la concepción positivista el derecho puede ser *cualquier cosa*, como, por ejemplo, matar a todos los hombres de ojos azules. Es lo que sostiene Kelsen, a su manera, cuando afirma que la norma jurídica (que para él es el derecho) puede tener cualquier contenido. Desde esta perspectiva, la relación entre la justicia y el derecho puede perfectamente no existir o ser meramente casual. Incluso para Santi Romano (que considera derecho a todo sistema social o grupo organizado), si bien hay organizaciones sociales que no sólo pueden sino incluso deben respetar la ética (como el Estado) un grupo social organizado inmoral (sociedad para delinquir, sindicato del crimen) igualmente es derecho (ordenamiento jurídico). Lo mismo para quienes siguen una suerte de tradición británica, que remonta a Bentham, y distinguen entre lo que el derecho es y lo que el derecho debe ser, algo es derecho aunque no sea lo que debe ser (derecho). Otros sostienen que así como los errores forman parte de la ciencia (y habría que preguntarse si de la ciencia o de la historia de la ciencia), lo injusto forma parte del derecho; pero aunque se admita sin inconveniente que la ciencia se ocupe, como tal ciencia, del error como tal error (y no como ciencia verdadera sino, en todo caso, como falsa ciencia), el derecho no es ciencia y no cabe, por ejemplo, confundirlo con la ciencia del derecho. Sea ello lo que fuere, es evidente que, para todas estas posiciones positivistas la justicia no es de la esencia del derecho y, como ya quedó dicho, puede haber derecho injusto y, en todo caso, sólo casual o accidentalmente podrían coincidir y relacionarse positivamente el derecho y la justicia.

V

Para la concepción que ve como derecho lo justo —el concreto de la justicia—, el derecho es un bien: el bien ajeno, el bien de otro, según ya explicó Aristóteles; y un bien ético o moral. Esto es lo que quiere decir el último Radbruch, de vuelta del positivismo jurídico, cuando explica que no hay que confundir un *tener que* (en el sentido de un verse constreñido a hacer algo) con un *deber*. Yo puedo tener que entregarle mi dinero a un asaltante; otra cosa es que se lo deba.

En contraste, para el positivismo jurídico el derecho es lo que se puede llamar una técnica social, moralmente neutra. Por eso puede servir para cualquier cosa, como descubrió, con indignación, en el último tramo de su actividad académica, el mencionado Radbruch (quiero decir: el derecho concebido positivísticamente). Algo amoral que puede ser, indiferentemente, moral o inmoral.

VI

¿De donde le viene al positivismo la degradación ética del derecho?

Creo que, radicalmente, del escepticismo ético (llámesele así o relativismo, irracionalismo, historicismo o de cualquier otro modo) que es una ceguera al valor porque lo expulsa del ámbito de la cognoscibilidad verdadera haciendo de él una incógnita intelectualmente indiscernible, algo así como, en su momento Kant se decidió por la incognoscibilidad del ente (*noúmenon*, cosa en sí). A partir de ahí el valor ético (la bondad moral) quedará anclada meramente en una indiscernible arbitrariedad subjetiva; no se podrá admitir ninguna coincidencia válida entre los hombres, a su respecto, y se recurrirá al arbitraje de una técnica social, prescindente del indiscernible valor ético.

VII

Para acabar de describir la concepción según la cual el derecho es el concreto de la justicia (lo justo) hay que hacer en él una importante división de la que ya se ocupó Aristóteles en el capítulo V de su *Ética a Nicómaco*, cuando diferenció, en el derecho estatal (o político, como él le decía) lo justo natural de lo justo legal, equivalente este último a lo que nosotros llamamos el derecho o lo justo positivo.

En efecto, ¿corresponde a una exigencia ética que el tránsito, por la calle Rivadavia, de la ciudad de Buenos Aires, se dirija de este a oeste? Sí —al menos mientras esté vigente una ordenanza municipal que así lo disponga—,

pero de distinto modo a como corresponde a una exigencia ética la prohibición del homicidio simple. En este segundo supuesto, la exigencia ética no proviene últimamente de una decisión del legislador positivo sino que es deducible a la luz de la comprensión —por un lado— del principio supremo del derecho que prohíbe dañar a otro (*alterum non laedere*) y —por otro lado— de que matar a otro sin que medie causa de justificación es dañarlo. En cambio en el primer supuesto media, primeramente, una exigencia *indeterminada* de adaptación de la conducta de los automovilistas al bien común, que el legislador positivo *puede determinar* de diversas maneras, una de las cuales es la disposición de que el tránsito circule de este a oeste y sólo de este a oeste. De ahí que la autorización del homicidio simple provocaría la estimación de ser ella misma gravemente violatoria de una (a su vez grave) exigencia ética y, en cambio, la disposición municipal de cambiar la circulación de la calle Rivadavia, de Buenos Aires, de oeste a este no provocaría ninguna estimación de contrariedad a una exigencia ética, pues ésa puede ser otra determinación admisible de la exigencia ética de adaptación de la conducta de los automovilistas al bien común, por parte del legislador positivo municipal.

VIII

La concepción que he explicado, del derecho como el concreto de la justicia (es decir, como *lo justo*), es la asumida por Aristóteles al estudiarlo como *dikaion* en la *Ética Nicomaquea*, pues esa palabra deriva de *Diké*, la justicia, personificada por los griegos como una diosa, hija de Zeus. Fue retomada expresamente por Santo Tomás al preguntarse, en la cuestión 57 de la segunda sección de la segunda parte de la *Suma Teológica*, si el derecho es el objeto de la virtud de la justicia, es decir, lo justo, “la misma cosa justa” (*ipsa res iusta*), como dice el Santo. Los comentaristas de Aristóteles suelen explicar que su expresión *dikaion* puede traducirse, indiferentemente, por “el derecho” o “lo justo”.

IX

Queda todavía por efectuar una última explicación cuya importancia, según creo, no cabe subestimar.

Si desde el punto de vista lógico la relación del derecho a la justicia es la relación del concreto a lo abstracto (en la segunda acepción de estas palabras), desde el punto de vista de lo que se puede llamar la entidad moral (propia del derecho) la relación es de todo a parte. El todo es el derecho y la parte, con función determinante (en el caso, especificadora) es la justicia, que es “aquello por lo cual” (*principium quo*) algo es justo y derecho.

Un ejemplo tal vez pueda aclarar algo esta explicación final: un edificio no es un montón de materiales (cemento, ladrillos, madera, cables eléctricos, artefactos sanitarios, pintura, etc.) sino un orden o disposición dados de esos materiales (el orden o forma es, en tal caso, "aquello por lo cual" el edificio es edificio); pero ese orden, visto por así decir, por sí solo, sin los materiales tampoco sería el edificio. Este requiere una síntesis efectiva (real) de ambos elementos, de la cual síntesis los materiales y el orden de ellos son partes.

De un modo semejante, lo que se puede llamar el material del derecho (cosas exteriores o actos humanos) requieren una conformación dada para constituirse en derecho (que tendrá las notas definitorias de éste: alteridad, exterioridad, igualdad y exigibilidad estricta —de las que no nos ocupamos por no entrar en nuestro cometido la definición del derecho—). Ese material así configurado constituirá el derecho y esa específica configuración está dada *por lo que —principium quo—*, en la forma abstracta ya dicha, significa la justicia.

JUSTO LÓPEZ

MOS ITALICUS, MOS GALLICUS Y EL HUMANISMO RACIONALISTA. UNA CONTRIBUCION A LA HISTORIA DE LA METODOLOGIA JURIDICA *

1. Planteamiento del problema

Cuando realizaba mi tesis doctoral sobre Fernando Vázquez de Menchaca, centrada en el estudio de la función que cumplió este autor en el tránsito desde el Derecho natural medieval al Derecho natural moderno, intenté clasificar a Vázquez en una de las dos corrientes metodológicas que existieron en el siglo XVI, el *mos italicus* y el *mos gallicus*. Pero mi esfuerzo fue inútil porque Fernando Vázquez, y con él otros juristas importantes de esta época, siguen una actitud metódica que no se puede reducir a ninguna de las dos aludidas. Ello quiere decir que existe una tercera corriente metódica que ha escapado hasta ahora a la atención de los historiadores del pensamiento jurídico.

Este hecho, que denota una laguna en la historia de la metodología jurídica, me llevó a interesarme por este tema y emprendí una investigación, que desbordaba los límites de la tesis doctoral, con el fin de intentar determinar en qué consistía esta tercera actitud metódica seguida por Vázquez y otros autores. Pero como el intento de determinar la naturaleza de una opción intelectual, del tipo que sea, requiere previamente la determinación de las otras opciones puesto que se trata forzosamente de un estudio comparativo, me vi obligado a estudiar lo que hay publicado sobre el *mos italicus* y el *mos gallicus*.

La bibliografía existente sobre la historia de la ciencia jurídica presenta a la jurisprudencia de la primera mitad del siglo XVI bajo la tensión existente entre el método tradicional —conocido con las expresiones de “bartolismo jurídico” o *mos italicus*— y otra tendencia, nueva hasta entonces, que se suele designar indistintamente como “humanismo jurídico” o *mos gallicus*.¹

El *mos italicus* se caracteriza, según ideas muy extendidas, porque sus representantes vieron en el Derecho romano un momento que consideraron insuperable y, en consecuencia, lo aplicaron directamente a la realidad social de su tiempo. Su escasa cultura humanista no les permitió conocer la génesis histórica de este Derecho. Por ello, lo contemplaron y estudiaron en bloque,

* Publicado en la revista *Ius Commune*, del Instituto Max Planck para la Historia del Derecho Europeo, Frankfurt, año 1977. Agradecemos al autor haber autorizado su publicación en nuestra revista. (N. de la D.).

¹ Conf., por ejemplo, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed. Göttingen 1967, p. 97. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 1968, pp. 507 y ss. F. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano*, Madrid, 1955, pp. 167 y ss. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1961, pp. 140 y ss.

tal como fue transmitido por Justiniano, sin percatarse de que bajo el orden legal de la Instituta o el Digesto, por ejemplo, están las opiniones de unos hombres que representan talantes humanos y jurídicos muy diferentes. Para los juristas medievales y los "bartolistas" de comienzos de la Edad Moderna este Derecho es la *ratio scripta*, un *donum Dei* y su actitud ante él fue de sumisión completa, sin espíritu crítico ante los textos que manejaban. Esto lleva a concluir a muchos estudiosos de hoy que la jurisprudencia medieval estuvo dominada por el principio de autoridad, de la autoridad del Derecho romano fundamentalmente. Por último, es sobradamente conocido que estos juristas procedieron según un método casuístico, sin que se perciba en sus obras ningún orden en la exposición de las diversas facetas de los institutos jurídicos. Este casuismo —se afirma— llevó a la jurisprudencia hacia un fuerte desorden porque su actividad más importante consistió en hacer exégesis de los textos romanos utilizando abundantemente los recursos de la lógica y de la dialéctica medieval según una orientación exclusivamente analítica. Faltaron, por tanto, visiones panorámicas del Derecho porque la actividad jurisprudencial se ciñó a un amontonamiento de casos prácticos propuestos según el contenido de cada lugar del *Corpus Iuris* comentado.

El "humanismo jurídico", nacido en la primera mitad del siglo XVI, representó, en cambio, una orientación opuesta a la del *mos italicus*. En efecto, sus representantes tomaron conciencia del carácter histórico del Derecho romano, al que consideraron como el Derecho propio de Roma y no como un ordenamiento jurídico vigente intemporalmente. Para conocerlo mejor profundizaron en la historia de Roma y así conocieron los condicionamientos sociales que permiten descubrir la *ratio legis* de cada disposición concreta. Cultivaron especialmente la filología, que fue para ellos uno de los instrumentos hermenéuticos que les permitió, junto con la historia, comprender mejor el sentido de la norma jurídica romana. Con esta "historificación" del Derecho romano éste perdió el prestigio de *ratio scripta* y fue preciso buscar otra *ratio*, distinta del Derecho romano, que permitiera descubrir lo justo y conveniente a cada caso. Esta exigencia les llevó a buscar una nueva "idea del Derecho" con la que poder sustituir la argumentación jurídica anterior, a la que consideraron excesivamente apegada al principio de autoridad. Por otra parte, diversos autores afirman que fue una nota típica del *mos gallicus*, como reacción contra el carácter casuístico y analítico de la jurisprudencia anterior, el intento de exponer ordenadamente el Derecho y publicaron, a este fin, diversas obras en las que se aprecian ordenaciones de toda o una parte del Derecho o, yendo más allá, construcciones sistemáticas de tipo deductivo a partir de un primer principio.²

Llegando a este punto, encontramos una primera insuficiencia de esta inteligencia de ambas corrientes metódicas: con este planteamiento del estado

² Sobre la consideración puramente histórica del Derecho romano, conf. C. J. FRIEDRICH, *Filosofía del Derecho*, México, 1964, pp. 81/88. G. FASSÓ, *Storia della Filosofia del diritto*, Milano, 1968, vol. II, pp. 27 y ss. Acerca de la formación de la nueva "idea del Derecho", conf. WIEACKER, ob. cit., p. 97, y VILLEY, ob. cit., pp. 540 y ss. ORESTANO, ob. cit., pp. 71 y ss., y V. PIANO MORTARI, "Dialettica e giurisprudenza. Studi sui trattati di dialettica legale nel secolo XVI", en *Annali di storia del diritto* I (1957), pp. 377 y ss., quienes estudian el problema del método en la creación y exposición del Derecho.

en que se encontraba la metodología jurídica en el siglo XVI resulta extremadamente difícil, por no decir imposible, explicar el paso desde la jurisprudencia medieval a la jurisprudencia racionalista moderna de Grocio o Pufendorf.

En efecto, algunos autores hacen recaer el paso de este tránsito en unos nebulosos conceptos acerca del *mos gallicus*.³ Otros, que han estudiado este problema desde un ángulo distinto, analizan algunos de los conceptos del Derecho natural que emplearon algunos teólogos y juristas pregrocianos y reconocen en ellos unos antecedentes claros de los conceptos del Derecho natural más comúnmente empleados en el siglo XVII.⁴

Pero con exponer los debates y diferencias que hubo entre los seguidores de ambas tendencias aludidas, explicando algo del origen y naturaleza de cada una, o con hacer referencia a algunas teorías iusnaturalistas anteriores al siglo XVII no se explican las razones que motivaron el nacimiento de la metodología propia del racionalismo iusnaturalista que irrumpe vigorosamente en el mundo jurídico del siglo XVII.

Esta laguna en la historia del pensamiento jurídico se debe, según nuestra opinión, a un doble motivo. En primer lugar, los conceptos del *mos italicus* y del *mos gallicus* más comúnmente utilizados, que son a los que hemos hecho referencia, contienen numerosas inexactitudes, frutos de unos tópicos que cuajaron hace tiempo y que hacen imposible valorar correctamente la función histórica que cumplieron. Por otra parte, el estudio insuficiente de la historia de la metodología jurídica se refleja en el desconocimiento de la forma de proceder en el Derecho de Fernando Vázquez de Menchaca y de otros muchos autores que, sin adscribirse al *mos italicus* o al *mos gallicus*, crearon y desarrollaron una metodología nueva hasta entonces. Adelantando ideas, diremos ahora que estos juristas, que se orientan por un camino distinto al de la antigua jurisprudencia y que no se dedicaron al análisis histórico-filológico ni al estudio del puro Derecho romano —que fueron las ocupaciones de los seguidores de la Escuela de Bourges— renovaron la jurisprudencia medieval mediante la inclusión en el razonamiento jurídico de ideas y conceptos que toman de la literatura, de la historia y de la filosofía greco-latina. De esta forma, los elementos que integraban el razonamiento jurídico rompen los moldes, que ya resultaban estrechos, del Derecho romano y el jurista recaba para sí un campo de acción cada vez más amplio que progresivamente fue tomando un corte filosófico. El estudio de las obras de los juristas a que estamos aludiendo muestra cómo las teorías iusnaturalistas que se encontraban recluidas en los textos romanos y en los comentarios que sobre ellos habían hechos los juristas medievales fueron cobrando paulatinamente una vida propia hasta invadir

³ Sobre esta última afirmación conf., entre otros muchos, a E. HOLTHÖFER, "Literaturtypen des frühneuzeitlichen *mos italicus* in Europa", en *Ius Commune* II (1969), p. 133, y J. L. DE LOS MOZOS, "El Derecho natural en la formación del Derecho civil", *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán*, vol. VI, pp. 583/611.

⁴ La bibliografía existente sobre este tema es muy extensa. Quizá los estudios que han recibido mayor divulgación son los de A. VERDROSS, *La Filosofía del Derecho del mundo occidental*. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas, México, 1962, pp. 135 y ss. H. WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho, Derecho natural y justicia material*. Madrid, 1971, pp. 92 y ss.

campos que hasta entonces eran desconocidos por los juristas, o sus cuestiones eran resueltas según el estrecho marco del *ius civile* creado hasta entonces.

Esta corriente metodológica, desconocida por los estudiosos de la historia de la Ciencia jurídica, debería ser llamada, con propiedad, "humanismo jurídico" porque, en definitiva, sus representantes no hicieron otra cosa que remozar con las Humanidades el contenido de la jurisprudencia. Pero desde antiguo esta expresión ha sido ligada, indebidamente a nuestro juicio, al *mos gallicus*, y a fin de no introducir un factor de confusión en la historia del pensamiento jurídico, dejaremos a dicha expresión su significado tradicional. Sin embargo, ante la necesidad de designar de algún modo a este grupo de autores que representan la tercera dirección metodológica del siglo XVI, hemos elegido la de "humanismo racionalista" atendiendo, por una parte, a la estrecha conexión que se manifiesta en sus obras entre Humanidades y jurisprudencia y, por otra, a la mayor amplitud que conceden al despliegue de la razón en la argumentación jurídica.

Así pues, nuestro estudio se centrará en el análisis del origen y desarrollo de esta actitud metódica que no encuentra acomodo entre las ya conocidas del siglo XVI. Se trata, a tenor de lo expuesto, de un estudio de la metodología jurídica que hizo posible el nacimiento del iusnaturalismo racionalista del siglo XVII. Pero como ya dejamos apuntado que los estudios sobre el *mos italicus* y el *mos gallicus*, que, en este caso, son los extremos imprescindibles para el contraste y la valoración de la nueva tendencia, no nos resultan satisfactorios, procederemos a estudiar previamente, por sus fuentes directas, las obras de los principales representantes de ambas tendencias en la primera mitad del siglo XVI, etapa a la que ceñimos nuestra investigación por entender que su estudio es suficiente para el fin que nos proponemos. Ello nos deparará la ocasión de exponer brevemente los rasgos fundamentales de la jurisprudencia "bartolista" y del "humanismo jurídico". Con esto pensamos estar llenando otro vacío de la historia de la metodología jurídica, porque falta un estudio que exponga de forma satisfactoria las características fundamentales de ambas corrientes metódicas, confrontándolas y señalando las dificultades que encontraron para afirmarse como caminos metódicos con pretensiones de exclusividad.⁵

Sólo nos queda advertir que a lo largo del presente estudio nos moveremos al nivel de los textos que hemos consultado. No se nos oculta que los

⁵ Ello no quiere decir que no existan estudios extensos sobre este tema. Al contrario, citándonos a algunas de las aportaciones más importantes, los trabajos de KOSCHAKER, ob. cit., WIEACKER, ob. cit., y ORESTANO, ob. cit., son de gran calidad. Sobre el *mos gallicus* tenemos, entre otros muchos, el de R. STINTZING, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, vol. I. Reproducción de la ed. de 1880. Este estudio, a pesar de su antigüedad, es el más completo que existe sobre esta actitud metódica. Hay que destacar diversos estudios de G. KISCH que aparecerán citados más adelante. Sobre el *mos italicus* son clásicos los estudios de T. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, 1964, y de F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, Milano, 1954.

Más recientemente, el esfuerzo realizado por H. Coing se ha plasmado en la publicación del Max-Planck-Institut, *Ius Commune*, en la que se encuentran numerosas investigaciones a las que aludiremos páginas adelante. De todos modos, consideramos que el fenómeno conocido como "humanismo jurídico"—referido al siglo XVI— sigue estando deficientemente estudiado.

cambios que experimenta el Derecho vienen exigidos por otros cambios sociales, de tipo diverso, y que sería preciso, para obtener una visión completa, aludir a estos otros movimientos que proyectan sus exigencias sobre la jurisprudencia. Pero ésta es una tarea que dejamos para otros.

2. La jurisprudencia tradicional: el *mos italicus* o “bartolismo” jurídico

Elías Kembach, en la *epistola nuncupatoria* a una obra de Gabriel Mu-daeus publicada en 1604⁶ distinguía varios modos de proceder en la jurisprudencia del siglo XVI. Después de aludir a los representantes más conocidos del *mos gallicus*, *qui omnes maluerum textui explicando, quam glossis pertractandis operam navare suam*, indica que *diversa est quidem contraria fere opinio placuit Iureconsultis Bartolo, Baldo, Decio, Jasoni et c. italis*. En efecto, el sector más representativo de la jurisprudencia medieval que, tras las obras de Pedro de Bellapertica, Cino de Pistoia y Dino Mucellano culmina con Bartolo y Baldo, llega hasta el siglo XVI gracias a Pablo de Castro y Jasón del Mayno.⁷ Los juristas que integran esta corriente, conocida como *mos italicus* y también como “bartolista” en razón de que fue Bartolo su representante más destacado, no ponen en duda la vigencia intemporal del Derecho romano. Para ellos el *Corpus Iuris* es algo absolutamente práctico cuya utilización no requiere conocimientos especiales de orden histórico, filosófico o literario. Aceptan la edición del *Corpus Iuris* conocida como *littera vulgata*⁸ y ni siquiera los “bartolistas” de la primera mitad del siglo XVI —aunque ya estaba comenzada la labor de depuración de las fuentes justinianas como veremos más adelante— se cuidan de esclarecerlas mediante análisis filológicos o históricos. La literatura, para ellos, es sólo un instrumento imprescindible para expresarse, tanto más útil como breve y compendiosa sea. En consecuencia, el latín empleado está plagado de abreviaturas y su lectura es imposible si no se dispone de un instrumento auxiliar adecuado.⁹

Su técnica exegética en los comentarios al Derecho romano, que es el género jurídico-literario más importante de estos autores,¹⁰ presenta siempre una estructura externa similar. En primer lugar suelen exponer el texto romano, dividido en *leges* o *paragrapha*, y a continuación —en las ediciones tardías de los siglos XVI y XVII— se inserta un *summarius* en el que se indican, numeradas, las cuestiones que se van a tratar a propósito de ese texto. Debajo del *summarius* están las respuestas a las cuestiones indicadas; una numeración marginal sirve para localizar rápidamente cada respuesta que, casi no hace falta decirlo, constituye un caso práctico.

⁶ *Commentarius in eos titulos libri sexti Codicis Iustiniani, qui post mortem Praefationem enumerantur*, Spiraev Nevetum, 1694.

⁷ V. FORSTER, “De Historia Iuris Civilis Romani libri tres”, en el *Tractatus universi iuris*, Venecia, 1584, vol. I, p. 57, y B. RUTILUS, “Iurisconsultorum vitae”, en el citado tratado, vol. I, p. 139.

⁸ Conf. N. HORN, “Die juristischen Literaturtypen der Kommentatorenzeit”, en *Ius Commune* II (1969), p. 86.

⁹ Nosotros hemos utilizado un diccionario de *Abreviaturas latinas* compuesto, para uso privado, por la cátedra de Paleografía y Diplomática de la Universidad Complutense de Madrid.

¹⁰ Conf. HORN, ob.cit., p. 86.

La argumentación jurídica de estos autores se fundamenta en las *leges, rationes et auctoritates*.¹¹ Las opiniones contenidas en el *Corpus Iuris* son para ellos reglas que encuentran una aplicación inmediatamente práctica; y no sólo el sentido de una *lex*, sino que cualquier frase, cualquier adjetivo o adverbio sirven para sustentar una opinión. Por ello, ante todo se interpretaba el texto (*lex*), y esta interpretación comprende tanto la *ratio* como la *littera*.¹² Pero no por esto puede pensarse que la actividad de estos juristas quedó circunscrita a la exégesis de lo contenido en el texto romano. Al contrario, el texto justiniano es, con frecuencia, solamente un pretexto para introducir un problema que quieren estudiar que, a veces, no guarda ninguna relación con la frase o término del *Corpus Iuris* aparentemente explicado.¹³ Así pues, la búsqueda y dilucidación personal de problemas jurídicos prevalece con frecuencia sobre la exégesis del texto romano.

Las *rationes* son argumentos de equidad, de oportunidad o de lógica que encontraban apoyo en una ley humana o divina o en una opinión comúnmente admitida.¹⁴ Un entramado de conceptos jurídicos, más extenso en los juristas más tardíos, ayudaba fuertemente a construir esta argumentación. Pero estos conceptos no se fundamentaban en convicciones filosóficas propias o en un análisis metódico de la realidad social.¹⁵ Tampoco emplearon conocimientos históricos o literarios en la construcción de sus argumentos, y este extremo tendrá bastante importancia posteriormente porque algunos juristas del siglo XVI entendieron que la cultura filosófica, histórica y literaria era necesaria en la formación del jurista y, en consecuencia, rechazaron o relegaron a un segundo plano la obra de los "bartolistas" por suponerla insuficientemente fundamentada.¹⁶ Pero hay que tener en cuenta, para valorar correctamente el problema, que tanto los glosadores como los comentaristas consideraron que la *civilis scientia est vera philosophia*, completa en sí misma y que no necesita del auxilio de otras disciplinas.¹⁷

11 Conf. L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, pp. 104 y ss.

12 Conf. LOMBARDI, *ibidem*.

13 HORN, *ob. cit.*, p. 95, repara en este fenómeno pero lo limita a la *casus-Literatur*. Nosotros entendemos que se produce también en la literatura de tipo exegético.

14 Conf. VIEHWEG, *ob. cit.*, p. 98. B. BRUGI, "Dalla interpretazione della legge al sistema del diritto", en *Per la storia della giurisprudenza e della Università italiana*. Nuovi saggi, Torino, 1921, p. 38.

15 Conf. LOMBARDI, *ob. cit.*, p. 106. Esta afirmación debe matizarse a la luz de estudios más recientes. Entre ellos cabe destacar los de G. OTTE, "Die Aristoteleszitate in der Glosse — Beobachtungen zur philosophischen Vorbildung der Glossatoren", en *SZRom.* 85 (1968), pp. 368/393, y N. HORN, "Philosophie in der Jurisprudenz der Kommentatoren: Baldus philosophus", en *Ius Commune I* (1967), pp. 104-149.

16 Sobre este punto afirma PIANO MORTARI que: "la mancanza di cultura storica e letteraria, rimproverata ai bartolisti, appariva inferiorità culturale e difetto morale". Conf. "Considerazioni sugli scritti programmatici dei giuristi del secolo XVI", en *Studia et documenta Storiæ et Iuris XXI* (1955), p. 286.

17 Sobre este extremo se encuentran datos abundantes en BRUGI, *ob. cit.*, pp. 19 y 20, y en F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951, pp. 191 y ss. Acursio — que aunque no es un "comentador" puede servir de ejemplo para mostrar la mentalidad de los juristas medievales sobre este punto — escribía: "quod quicumque vult iurisprudens vel iurisconsultus esse, debeat theologiam legere? Respondeo quod non. Nam in corpore iuris hæc omnia inveniuntur". Conf. *Institutionum sive primorum totius iurisprudentiæ elemen-*

De la filosofía tomaron únicamente la lógica, que les sirvió para construir el armazón de los conceptos jurídicos.¹⁸ A este respecto, R. Stintzing ha entendido que la lógica fue utilizada únicamente en la profundización del *Corpus Iuris* mediante una exégesis exclusivamente lógico-analítica, de modo que estos juristas lograron construcciones extraordinariamente agudas y sutiles y desdénaron reunir los diferentes conceptos en una síntesis superior.¹⁹ En efecto, los recursos lógicos empleados en la exégesis, estudiados extensamente por V. Piano Mortari,²⁰ pueden llevar a pensar que la tendencia analítica dominó la jurisprudencia medieval. La utilización frecuente de las nociones de *totum*, *genus*, *pars*, *species* en las que distinguen entre *genus generalissimum*, *genus subalternum* et *species specialissima* indican que las operaciones de *divisio* y *partio* están presentes con frecuencia en las obras de estos juristas.²¹ Pero ello no autoriza a pensar, como hace Stintzing, que el afán analítico determinó una *dissolvierende Tendenz* de la ciencia del Derecho en la Edad Media.²² Junto a la *divisio*, también utilizaron los conceptos de *similitudo*, *paritas*, *comparatio* que, aunque eran principios argumentativos independientes, fueron unidos en la práctica bajo el concepto de la *extensio analogica*.²³ De esta forma, la lógica ayudó a reagrupar los fragmentos similares y a concordar las aparentes contradicciones, de manera que los juristas medievales construyeron doctrinas constituidas por principios generales ligados entre sí por vínculos lógicos.²⁴

Así pues, la lógica sirvió para obtener un entramado de conceptos jurídicos en el que, a diferencia de tiempos posteriores, no se buscaba tanto la construcción de conceptos más complejos como la resolución de las *quaestiones* propuestas.²⁵ De esta forma, se proponía la *quaestio* y se contestaba distinguiendo hipótesis y subhipótesis. Así se ampliaba o limitaba una regla distinguiendo con cierta nitidez su ámbito de aplicación.

Las *auctoritates* están constituidas por otros juristas cuya opinión favorable ayudaba a mantener el juicio propio sobre la cuestión debatida. El recurso a las doctrinas de otros autores era necesario porque los juristas necesitaban una base firme sobre la que argumentar y dicha base la encontraban, además de en el Derecho romano, en las glosas y comentarios que sobre él se habían hecho que, como es cosa conocida, llegaron a tener tanta autoridad como el mismo *Corpus Iuris*. Como, por otra parte, la actividad de los glosadores

torum libri quattuor. Commentariis Acursii et multorum insuper aliorum doctorum hominum scholiis atque observationibus illustrati, París, 1559, Libro I, tít. II, glosa e, p. 11. Un poco antes había advertido que: "*Iuris sola scientia habet caput et finem*". Conf. ob. cit., L. I, tít. I, glosa 1, p. 7.

¹⁸ Conf. LOMBARDI, *ibídem*.

¹⁹ Conf. Stintzing, ob. cit., vol. I, p. 106.

²⁰ Piano Mortari, *Dialettica*... cit., pp. 293/401.

²¹ Sobre estas nociones y su forma de utilización, ver PIANO MORTARI, ob. cit., pp. 329/344.

²² Conf. Stintzing, ob. cit., pp. 106 y 111.

²³ Conf. PIANO MORTARI, *Dialettica*... cit., pp. 334-339, y LOMBARDI, ob. cit., p. 104.

²⁴ Conf. BRUGI, ob. cit., pp. 18/52. Este autor realiza en este trabajo un estudio especialmente interesante sobre el problema que nos ocupa.

²⁵ Conf. LOMBARDI, ob. cit., p. 118.

superó la mera orientación exegética, sus opiniones tenían una fuerza especial cuando suplían el texto romano al rellenar sus lagunas.²⁶ Sin embargo, tal como ya habían afirmado los primeros glosadores, el argumento de autoridad tenía solamente un valor *probabilis* y, en consecuencia, los juristas atendían no tanto a la opinión en sí misma como a los argumentos sobre los que estaba construida.²⁷ Por ello, el principio de autoridad tiene una función muy secundaria en sus construcciones y ante todo predomina la elaboración personal sobre los supuestos mencionados anteriormente. Consecuentemente, sus doctrinas se presentan al lector como largas digresiones propias en las que de vez en cuando alude a algún texto romano o a la obra de otro jurista.²⁸ Esto justifica que Elías Kembach escribiera en la citada epístola que *hi enim more a maioribus suis accepto potissimum occupantur in Acursii glossa et Doctorum Commentariis exponendis, neglecto ferme, vel leviter, et quasi extremis digitis attacto textu ipso. Contenti sunt enim summa legum brevissima. Adiecto nonnunquam diverso siquis est, textus intellectu. Post notabilia et regulas constituent, cum harum multiplicibus ampliacionibus, limitationibus et sublimitationibus.*

El conocimiento de las teorías de los “bartolistas” requiere, sin embargo, de un estudio minucioso y prolijo. Su jurisprudencia se compone de un agrupamiento de casos prácticos entre los que no existe habitualmente ningún orden. El contenido del texto romano no determinaba una cierta homogeneidad entre los comentarios que se hacían sobre él. Estos, aunque vayan numerados correlativamente tienen normalmente un contenido muy heterogéneo. Así pues, sus doctrinas se presentan de forma muy fragmentaria, y esta fragmentariedad se potencia por el afán analítico de estos autores. Por este motivo el manejo de los *Index rerum et materiarum* que acompañan a las ediciones de sus obras es imprescindible.

En el siglo XVI siguen esta forma de proceder Angel Aretino y Juan de Platea, entre otros y alcanza su más alta expresión con la obra de Pablo de Castro.²⁹

3. La degeneración del *mos italicus*

Pero Kembach, refiriéndose a estos autores, indica que *Horum doctorum magna est farrago unde iis recesendis insumi necesse non est.* Aunque este

²⁶ Conf. B. BRUGI, “Sentenze di giuridici antichi e opinione comuni di dottori”, en *Per la storia della giurisprudenza*, cit., p. 87.

²⁷ Conf. BRUGI, ob. cit., p. 86, y V. PIANO MORTARI, *L'argumentum ab auctoritate nel pensiero dei giuristi medievali*, en “Rivista italiana per la scienze giuridiche”, VII, serie III (1954-55), pp. 461-463. Este autor hace un estudio muy completo acerca de la naturaleza y límites de esta forma de argumentación. En la p. 457 el lector puede encontrar amplia bibliografía sobre el tema.

²⁸ Esta forma de proceder lleva a PIANO MORTARI a hablar de una “concepción racionalista del Derecho” propia de los comentadores. *Dialettica...*, cit., pp. 306 y ss. y 362 y ss.

²⁹ Ver ARETINO, A., *De maleficiis tractatus*, Venecia, 1578. DE PLATEA, J., *Super tribus ultimis Codicis libris*, Lyon, 1550. DE CASTRO, P., *Commentaria*, Venecia, 1583. Mientras no se indique expresamente lo contrario, la edición citada no es la primera de cada obra sino, simplemente, la que nosotros hemos consultado.

juicio no es exacto ni lo proyectamos sobre las obras de todos los "bartolistas", es cierto que en algunos de los últimos representantes de esta escuela se percibe un cierto apego al principio de autoridad, quizá como consecuencia de la falta de espíritu creador. Jasón del Mayno cita las *auctoritates* con prudencia pero, a diferencia de los autores a los que hemos aludido, normalmente apenas razona sus opiniones. Se limita a remitirse a un texto legal o a otro jurista.³⁰ La lectura del *Prima super Digesto Veteri* de Jasón produce la impresión de que la mayor parte de las cuestiones que se podía proponer un jurista ya estaban —en el marco del "bartolismo jurídico"— resueltas y, en consecuencia, la tentación de remitirse a la opinión de un jurista conocido en lugar de emitir un juicio personal era demasiado fuerte como para ser vencida habitualmente. El método de Bolonia tendía, pues, a la rutina y al recurso a las autoridades.

Por este motivo, el siglo XVI ve desarrollarse una tendencia iniciada en el siglo anterior que, siendo una continuación de la jurisprudencia medieval en lo que se refiere a la creencia en la vigencia del Derecho romano y en la falta de orden en la exposición de las diversas doctrinas se caracteriza, frente a la jurisprudencia aludida, en el abuso del principio de autoridad. Por ello, la manifestación externa más significativa de esta nueva corriente es la hipertrofia de remisiones a los textos romanos y a las obras de los juristas. Cualquier afirmación debe ser apoyada por el mayor número posible de opiniones favorables. Por este apego al principio de autoridad, los *argumenta et rationes* propios de la jurisprudencia "bartolista" pasan a un segundo plano y la medida en el uso de las *auctoritates et leges* que existían en los juristas anteriores desaparece en la nueva tendencia.

En latín ha mejorado si la comparamos con los autores antes aludidos, pero el continuo amontonamiento de citas produce un estilo farragoso, alambicado y, ciertamente, fastidioso al lector. Por otra parte, el abuso del principio de autoridad debió producir una fuerte inseguridad jurídica, ya que al pasar a un segundo plano de razonamiento personal cualquier afirmación encuentra apoyo en la selva de opiniones ya existentes sobre un caso determinado, opiniones que con frecuencia son diferentes o contradictorias.³¹ De este

³⁰ Sirvan como ejemplos el comentario a la ley *ut vim D. de iustitia et iure* (D. 1,1,3), N° 10, en donde se plantea un tema importante: *Quando est periculum mortis licitum est occidere*. Responde afirmativamente y se remite a una clementina. No es necesario probar —matiza Jason— que el peligro de muerte es inminente. Es suficiente demostrar que hay peligro de sufrir una injuria grave. Se remite a Bartolo, Antonio de Butrio, Alejandro y Angel. En el comentario N° 51 a la ley *parte furioso* (D. 1,6,8) indica que "*Per doctoratum vel militiam filius non liberatur a patriu potestate*". La respuesta negativa se fundamenta en Bartolo y Baldo. Por esto, SAVIGNY afirmaba: "*La mérite scientifique de Jason a été jugé par ses contemporanées comme par la posterité; il avait plus d'exactitude, que de génie, et les opinions des auteurs rangées avec méthode et clarté dans ses oeuvres, en font le principal mérite*". Conf. *Histoire du Droit romain au Moyen Age*, París, 1839, vol. IV, p. 248.

³¹ A. GÓMEZ afirmaba sobre este extremo a mediados del siglo XVI: "*Tanta est enim librorum, qui in ea scripta sunt moles et vastitas, ut vix triplex hominum, aetas eos percurrendo (ne dicam legendo, atque cogitando) possit sufficere. Scientia vero adeo longa est, tot novis passis emergentibus negotiis dubiis, contrariisque hominum opinionibus in toto Iuris Civilis corpore dispersis, et cum ad metam prevenisse putas, te in medio cursu defecisse longumque iter tibi adhuc conficiendum sentias*". Conf. el *Proemium* de las *Variae Resolu-*

modo, la ocupación con el Derecho pierde algo de labor personal de búsqueda de una solución y toma un carácter de "coleccionar" respuestas sobre cada caso.³²

Michel Villey, al estudiar las obras de los teólogos-juristas españoles de los siglos XVI y XVII repara en esta actitud en la creación y exposición del Derecho, a la que califica de *pedantisme juridique*.³³ Sin embargo, los teólogos españoles de la época citada no son los autores más representativos de esta nueva dirección de la literatura jurídica. La hipertrofia de citas y el abuso del principio de autoridad los encontramos en mayor medida que en estos teólogos en algunos juristas importantes de los siglos XV y XVI. Nicolás Boërio, Bartolomé y Mariano Socino, Felino Sandeo, Juan de Imola, Alexander —el comentador más conocido de Bartolo—, Luis Gozadino, y Andrés Tiraquellus, entre otros, participan de esta forma de proceder.³⁴ Algunos juristas españoles de los que haremos mención más adelante caen también en este defecto.

Pero no toda la producción científica de estos autores tiene tal fundamentación ni todos ellos utilizan el principio de autoridad con la misma intensidad. Bartolomé Socino, por ejemplo, se deja guiar casi exclusivamente por el principio de autoridad en su *Tabula Regularum*, pero en los comentarios al Digesto muestra más mesura en el momento de citar. Mariano Socino deja entrever una cierta afición teorizadora sobre las principales instituciones jurídicas entre el amontonamiento de citas. Juan de Imola, aunque es arrastrado

tionis iuris civilis, communis, et regii tomis tribus distinctae, Salamanca, 1780. Por estos mismos años, L. CHARONDA indicaba que "*in tanta enim opinionum confusione, et quondam velut perturbatione, si quid dicatur quod veritatis speciem prae se ferat, probandum est*". La solución, indica este autor, está en exponer el Derecho de una forma ordenada, como un *ars*. Conf. *Praefatio de Verosimilium libri III priores*. París, 1554.

³² Este fenómeno es especialmente perceptible en los tratados de *Consilia*, que es el género jurídico-literario en el que se aprecia en mayor medida la hipertrofia de citas. Las páginas 415 hasta el final del vol. VII de la *Opera Omnia*, de A. AGUSTÍN (Luca, 1764), nos ofrecen un testimonio de gran valor sobre esta forma de proceder en la composición de este tipo de tratados. En dicho lugar se encuentra la *Ex consiliis multorum Codicis interpretatio ex Bibliotheca Antonii Augustini* que se compone de una colección de fichas en las que se expone una ley de *Corpus Iuris* (sólo su nombre, sin el texto), y a continuación los nombres de los juristas que se han ocupado en comentar esa Ley, indicando Agustín los lugares de sus obras en los que se encuentran dichos comentarios. La interpretación que interesa al español es completamente literal, por lo que en estas fichas incluye los comentarios hechos sobre cada palabra de la ley. Así, por ejemplo, en la ficha correspondiente a la ley *habeat* se encuentra lo siguiente: *Habeat*. Alex. cons. 182. *Super eo*, parte 5. Bal. Consil. 174. *Praesupponendum*, parte 5. Panormit. consil. 13. Licet Petr. de Anchar. consil. 61. Istaq. Fulgos. consil. 69. *Magister*, Gaspard Calde consil. 23 tit. de consist. Oldra. consil. 287.

³³ Conf. Villey, ob. cit., p. 374.

³⁴ Ver N. BOËRIO, *Additiones. In Regulas Iuris Pontifici*, Lyon, 1564. B. SOCINO, *Tabula Regularum y Super Prima parte Digesti novi*, 1532. M. SOCINO, *Consiliorum sive malis Rponsorum*, Venecia, 1580. F. SANDEUS, *Consilia seu responsa*, Lyon, 1552. J. DE IMOLA, *Consilia clarissimi ac veridici in utraque censura doctoris*, Venecia, 1581. ALEXANDER, *Additiones super Commentaria*, Venecia, 1576. L. GOZADINO, *Consilia seu responsa*, Venecia, 1571. A. TIRAQUELLUS tiene una producción extensa y variada. Ver, entre otras obras, *Le mort saisi le vif*, París, 1550. In L. Boves, *paragrapho hoc sermone. D. de verborum significatione*, París, 1550. *De privilegijs piee causae*, Lyon, 1584. *De praescriptionibus tractatus in consuetudines Pictorum*, Lyon, 1584.

por la moda del tiempo, es más sobrio que estos otros juristas en el manejo de las autoridades. Luis Gozadino alterna períodos en los que predominan largas argumentaciones propias con otros en los que reina el puro principio de autoridad. Andrés Tiraquellus constituye un caso singular; dotado de una gran erudición clásica y conocedor de las obras de Lorenzo Valla y Guillermo Budeo,³⁵ publicó varias obras que casi son repertorios farragosos de opiniones de otros juristas sobre los problemas propuestos. En ellas, su aportación personal es mínima.

Cada autor, por tanto, necesita de una cuidadosa matización. Pero como regla general se puede mantener sobre ellos el juicio general antes expresado.

Al centrarse la atención en las opiniones de otros juristas, el interés por la comprensión del texto romano —descuidado, tal como aludimos páginas atrás, por los comentaradores— pasó a un plano ínfimo aun cuando aparentemente siguiera una técnica exegética del *Corpus Iuris*. En esta línea, por citar un ejemplo, Juan de Imola al comentar la ley primera del Digesto, que trata, como es bien sabido, de la noción del *ius* y sus divisiones, del Derecho natural y del Derecho de gentes, comienza proponiendo una cuestión acerca de los instrumentos notariales. Su actitud, por tanto, ante el Derecho romano es, al menos implícitamente, de fuerte desprecio.

4. Quejas de los humanistas contra el *mos italicus*

Los literatos que mejor muestran el espíritu del Renacimiento no aceptaron la jurisprudencia existente, a la que hemos aludido. Dante reprochó a los juristas —personificados en este caso en Bartolo— su poco afán especulativo y el excesivo apego al principio de autoridad. Petrarca, sintiendo la necesidad de una unión más fuerte entre la historia y la práctica, se quejó de que los juristas no se preocupaban por conocer los orígenes del Derecho ni los primeros humanistas, Travejsari y Filelfo acusaron a los comentaradores de ser bár- y el *stile pedestre* que usan. Boccaccio atacó con cierta vehemencia a los juristas porque no se preocupaban de la poesía ni de la filosofía. Entre los primeros humanistas, Travejsari y Filelfo acusaron a los comentaradores de ser bárbaros en su estilo literario. Maffeo Veggio lamentaba que el Derecho fuera *obscurum confusumque verbosis tractatibus et commentariis* y proponía estudiar el Derecho romano libre de glosas y comentarios: *non possum sine dolore magno dicere eo deventum esse ut plus fidei adhibeatur Cynus vel Bartholo quam Scaevolae aut Papiniani aut Iuris consultorum*. Lorenzo Valla, exacerbando con sus insultos la polémica, recomendó, como remedio a estos males, el estudio de la oratoria y un mejor conocimiento de las lenguas clásicas. Pero, a diferencia de los literatos anteriores, no se contentó con la actitud negativa

³⁵ Ver *Semestria in geniale dierum Alexandri ab Alexandro Turisperiti Neapolitani libri VI*, Lyon, 1586. Hace aquí un comentario erudito en el que muestra poseer una gran cultura clásica. Conoce bien la historia de Grecia y Roma y la literatura clásica latina. Apela a Lorenzo Valla para ayudarse en sus comentarios filosóficos, en los que utiliza también el griego. Dice de Budeo: *scientissime Budaeus Galliae nostrae huiusque seculi decus perpetuum...*. Conf. ob. cit., p. 3.

de la queja y siguiendo los pasos de Maffeo Veggio, comenzó la investigación histórica y filológica del Derecho romano. Angelo Poliziano, siguiendo a Valla, comenzó una labor de depuración crítica de las Pandectas "florentinas".³⁶ Con Valla, pues, nace la Historia del Derecho romano.

Los "humanistas" del siglo XVI continúan con las mismas quejas. Juan Luis Vives insulta a Acursio, Bartolo, etc. a causa de su oscuridad. Propone la vuelta a "las leyes verdaderas y buenas que fueron grabadas en tablas de bronce".³⁷ El Derecho, según el valenciano, debe tener por fuente la filosofía que se nos muestra como norma de la naturaleza, de modo que leyes, derecho y equidad sean una misma cosa.³⁸ Erasmo y Budeo insisten en la idea de equidad que debe informar el quehacer jurídico, equidad que debe sustituir, según ellos, a la maraña del Derecho creado hasta entonces.³⁹ Guillermo Budeo, personaje que llega a ser pintoresco en su afán de volver a la "era romana", encarna y resume a sus *Annotationes in XXIV libros Pandectarum* las quejas que los humanistas lanzan a la jurisprudencia.⁴⁰ En efecto, este francés, que desde su afán humanista llega al Derecho, quiere recomponer íntegramente el Derecho romano, que supone corrompido por los juristas; éstos son "perosos, ab omnibus doctrinis humanioribus abhorrentes, rusticos, invenustos, illepidos, hircosos. Qui nisi ut villicus alium, ita ipsi barbariem ubique... homines affectatae rusticitatis, qui ne sic quidem satis sua tueri videntur, nisi elegantiae studiosos lacesserunt maledictis". Ellos son los culpables del desorden que existe en el Derecho.⁴¹ Budeo hace una crítica filológica de los términos del Digesto y recurre a tal fin a los autores clásicos romanos, tales como Cicerón, Plauto, Tito Livio, Macrobio, etc. y a los clásicos griegos. Para com-

³⁶ Sobre las quejas de estos "humanistas", conf. L. CHIAPPELLI, "La polémica contro i legisti dei secoli XIV, XV e XVI", en *Archivio giuridico* XXVI (1881), pp. 295-322. P. DE FRANCISCI, "Renacimiento y Humanismo vistos por un jurista", en *Revista de Derecho privado* 38 (1954), pp. 89/99. G. KISCH, *Gestalten und Probleme aus Humanismus und Jurisprudenz*. Neue Studien und Texte, Berlín-New York, 1969, pp. 36 y ss. Un estudio especialmente completo es el realizado por D. MAFFEI en *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Milano, 1964, pp. 36/126. Acerca de la historia de este movimiento humanista que desaprueba la jurisprudencia de su tiempo, el lector puede consultar a SAVIGNY, ob. cit., vol. IV, cap. LIX, titulado "Précurseurs de la nouvelle école". P.-F. GIRARD, en "Les préliminaires de la Renaissance du droit romain", en *Revue historique de droit français et étranger*, série 4^a, I (1922), pp. 5/46, completa el estudio citado de Savigny añadiendo datos nuevos. A este respecto también presenta interés el trabajo de L. CHIAPPELLI, "Firenze e la scienza del diritto del periodo del Rinascimento" en *Archivio giuridico* XXVIII (1882), pp. 451-486.

³⁷ Conf. *Aedes Legum*, Madrid, 1947, p. 682. Sobre este punto ver el estudio de L. SÁNCHEZ AGESTA, "Un capítulo de Luis Vives: de iure civile corrupto", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 167 (1935), pp. 510/531.

³⁸ Conf. ob. cit., pp. 685/686. Sobre este tema, ver el estudio de A. HERNÁNDEZ GIL, "Ética y Derecho en la doctrina de Juan Luis Vives", en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid* 13 (1943), pp. 43/52. También J. CASTÁN TOBEÑAS se ha ocupado de esta faceta de las teorías de Vives en *El Derecho y sus rasgos en el pensamiento español*, Madrid, 1950, pp. 27 y 55.

³⁹ Ver G. KISCH, *Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit*, Basel, 1960, pp. 55/68 y 194/226. Se trata de un estudio especialmente completo sobre la *aequitas* en el pensamiento europeo de la primera mitad del siglo XVI.

⁴⁰ Un estudio recomendable sobre la doctrina de Budeo es el de E. DELARUELE, *Études sur l'humanisme français*. Guillaume Budée. Les origines, les débuts, les idées maîtresses, París, 1907.

⁴¹ Conf. *Annotationes in XXIV libros Pandectarum*, París, 1543, p. 7.

prender mejor, en su contexto, los textos romanos acude a la erudición histórica y examina los testimonios que han legado de la historia de Grecia y Roma.⁴²

Pero este autor desborda la mera crítica filológica e histórica para la comprensión del Derecho romano. Por una parte, demuestra conocer bien este Derecho y cada texto del Digesto es contrastado con otros textos jurídicos afines; pero no se limita con citar el "lugar" en el que se encuentra cada texto, sino que lo expone como opinión de un determinado jurista romano, citándolo por su nombre. De este modo, en lugar de un conocimiento fragmentario de las obras de los juristas romanos aparecen en primer plano los mismos juristas. Muestra, de este modo, un deseo —que no llegó a consumar Budeo— de conocer la obra de cada jurista, para lo que es preciso rehacer el orden del *Corpus Iuris*.

Por otra parte, la lectura de las *Annotationes* produce la impresión de que el Derecho, según Budeo, es algo que debe ser creado y desarrollado por los filósofos o, por los menos, por juristas que tengan una formación filosófica. Al examinar la definición del *ius* de Celso afirma que *ius est ars boni et aequi, et qua sequuntur*. En estas cosas "que se siguen" incluye todos los saberes de su tiempo, que se encuentran en la filosofía gracias a su carácter enciclopédico: *Hanc illa est encyclopædia, de qua Fabius libro primo, ut efficiatur, inquit, orbis illa doctrinae, quam Graeci encyclopediam vocant. Inde illud Vitruvii libro primo, cum autem animadverterit omnes disciplinas inter se coniunctionem rerum et communicationem habere, fieri posse facile credent*.⁴³ Los filósofos, afirma poco después, deben aglutinar (*conglutinaret*) mediante la razón lo que se encuentra disperso por todas las ciencias,⁴⁴ de lo que inferimos que, para Budeo, el *ius* es algo subordinado a la filosofía y que se obtiene de ésta.

Finalmente, en lo que interesa a nuestro estudio, este autor se remite al *Organon* aristotélico como instrumento para exponer ordenadamente el Derecho, obteniendo sus conceptos *ex libro Topicorum*.⁴⁵ Proporcionar en 1508 estos instrumentos para la exposición clara y ordenada del Derecho es un mérito innegable de Budeo porque, precisamente una de las mayores conquistas de la jurisprudencia de la segunda mitad del siglo XVI fue exponer ordenadamente sus conceptos unas veces y de forma sistemática otras.

5. La reacción de los juristas: el mos gallicus

¿Cómo reaccionaron los juristas ante estas exigencias más o menos difusas de los cultivadores de las Humanidades? De forma muy diversa. La jurisprudencia del siglo XVI siguió distintos caminos para adaptarse a las exigencias humanistas.

⁴² Ver sobre este extremo a PIANO MORTARI, "Studia humanitatis e scientia iuris in Guglielmo Budeo", en *Studia Gratiana* 14 (1967), pp. 437/438.

⁴³ Conf. ob. cit., pp. 5 y 6.

⁴⁴ Conf. ob. cit., p. 8.

⁴⁵ Conf. ob. cit., p. 9.

En primer lugar, observamos la existencia de un grupo numeroso de juristas al que podemos considerar de transición entre la jurisprudencia anteriormente aludida y el *mos gallicus*. El portugués Benedicto Pinellus, otro jurista del "derecho común", se desligó casi completamente de los argumentos de autoridad, que quedaron sustituidos por largas argumentaciones propias expuestas en un latín aceptable. Buen conocedor de las obras de los principales representantes de la escuela de Bourges, expone el texto romano cuando lo cita, sin limitarse con indicar el lugar en el que se encuentra. De esta forma, el Derecho romano pasa a un primer plano y los comentarios de los juristas, aunque no desaparecen, quedan en un segundo lugar.⁴⁶ Otros juristas, como Arias Pinellus, sin manifestar tanto aprecio por el texto romano, emplean un latín de calidad y citan sobriamente el Derecho romano y los juristas, evitando el recargamiento del estilo literario que se producía en buena parte de los juristas coetáneos. Así proceden, entre otros muchos, Felipe Decio, Mateo de Afflictis, Juan de Platea, Carlos Ruino, Juan Francisco Balbo y Pedro Felipe Corneo.⁴⁷ Los dos últimos autores citados superan a los anteriores en que utilizan tímidamente algunas citas de los clásicos latinos. Todos estos juristas aceptan y utilizan el Derecho romano tal como viene expuesto en las ediciones corrientes de su tiempo.

Andrés Alciato es el primer jurista que responde a la exigencia humanista de la depuración y clarificación filológico-histórica de las fuentes romanas. En 1513 publica las *Annotationes in tres posteriores Codicis libros*, en las que estudia el sistema político y administrativo de Roma a fin de comprender mejor los textos romanos, y en 1518, con la publicación de las *Dispunctiones, Praetermissa y Paradoxa* propugna el método que, tendiente a esclarecer el sentido genuino del Derecho romano, se basa en el análisis filológico de sus términos y expresiones. Por estos mismos años Uldarico Zazio realiza una labor similar y, también en 1518, ven la luz sus *Lucubrationes in legem secundam, D, de origine iuris*. Zazio, bajo la forma tradicional de un comentario al texto romano con *quaestiones* numeradas a modo de sumario, inaugura una nueva dirección de la literatura jurídica al incluir entre las *quaestiones* numerosos estudios sobre la historia de Roma. Sus fuentes para la investigación histórica son, fundamentalmente, diversas obras de Cicerón, Plinio, Tito Livio, Terencio, Dionisio, Trapezontius, Varro y Aulo Gellio.⁴⁸

Una vez iniciado, el estudio filológico-histórico del Derecho romano ganó adeptos rápidamente. Entre 1520 y 1550 aparecen todas o algunas de las obras de Luis Charonda, Francisco Duareno, Eguino Baro, Antonio Garronus, Fran-

⁴⁶ Ver *Selectarum iuris interpretationem, conciliatorum ac variarum resolutionum*, Venecia, 1613.

⁴⁷ Ver DECIO, *De regulis iuris*, Torino, 1579. AFFLICTIS, *Tractatus de iure prothomiseos*, Spiraev Nevetum, 1579. BALBO, *Tractatus praescriptionum*, Spiraev Nevetum, 1590. CORNEO, *Consilia in quattuor Partes Digestorum*, Lyon, 1574, y *In primam Codicis Partem Commentarius elegans*, Lyon, 1553.

⁴⁸ En la edición de la *Opera omnia* de Zazio que hemos consultado, dicho estudio no aparece como libro independiente, sino que está incluido como uno más en los *In titulos aliquot Digesti Veteris commentaria*, que ocupa las pp. 242/1018 del vol. I de la edición de Lyon de 1550. Los comentarios a la ley segunda del título *de iustitia et iure* del Digesto ocupan las pp. 270/365 de dicho volumen.

cisco Balduino, Jerónimo Cagnolo, García de Toledo, Rodolfo Prateius, Bernabé Brissonius, Juan Corasio, Antonio Govea, Cristóbal Hegendorf, Antonio Agustín y Jacobo Cujas, entre otros muchos. Con Hugo Donello, que publica sus obras en la segunda mitad del siglo XVI, tuvo esta escuela su canto del cisne.

Todos estos autores se proponen primordialmente redescubrir y restaurar el Derecho romano, al que algunos suponen desordenado y corrompido por la actividad de los ministros de Justiniano y por la de los juristas de los siglos XIV, XV y XVI. Por este motivo, las citas de los grandes juristas de los siglos XIV y XV son inexistentes en sus obras, a no ser que aparezcan para ser refutadas sus opiniones o censurados, recriminados o insultados ellos mismos.

Para alcanzar el fin indicado se sirven de la concordancia interna del *Corpus Iuris* —por esta razón son continuas las remisiones a otros lugares del Derecho romano—, de la historia y de la literatura clásica latina y griega. La historia ayuda a comprender mejor la *ratio legis* de cada disposición legal u opinión jurisprudencial y la literatura les permite contrastar las mismas palabras en contextos parecidos o diferentes. Algunos humanistas consideraron insuficiente el saber histórico y literario y para la comprensión del texto romano reclamaron una cultura de proporciones enciclopédicas para el estudiante de Derecho.⁴⁹

La producción científica de estos autores se diversifica en un conjunto de obras que se pueden encuadrar en varios géneros distintos de la literatura jurídica de la época.⁵⁰ El género más común fue el de la glosa al *Corpus Iuris*, que cultivaron la mayor parte de los seguidores del *mos gallicus*. Esta glosa fue realizada de una forma distinta a la de los juristas a los que aludimos anteriormente. A pesar de que sus obras se suelen titular *commentarius*, no consisten en tal cosa; ya no se trata de un comentario al texto romano con un sumario en el que se exponen las cuestiones a tratar a propósito de dicho texto. Su actividad consistió en glosar el Derecho romano, normalmente mediante el sistema de letras intercaladas en el texto principal. Estas letras corresponden a otras tantas notas a pie de página o marginales en las que se explica el significado de una expresión o de un término. Así, el texto romano aparece como lo más importante, y la actividad de estos nuevos glosadores tiende solamente a esclarecer su sentido. Por tanto, la sola presentación externa de la glosa humanista ya muestra el distinto modo de proceder —y la distinta finalidad— que existe entre la jurisprudencia tradicional y esta otra a la que estamos aludiendo.

⁴⁹ G. ASTUTI estudia especialmente este último fenómeno en "Mos italicus e mos gallicus nei dialoghi *De iuris interpretibus* di Alberico Gentili", en *Rivista di storia del diritto italiano*, 1937, pp. 192 y ss.

⁵⁰ H. E. TROJE. "Die europäische Rechtsliteratur unter dem Einfluss des Humanismus", en *Ius Commune* III (1970), pp. 35/38, distingue siete tipos de la literatura jurídica del *mos gallicus*; ediciones de textos jurídicos romanos, ediciones críticas, monografías, lexicografía, obras en las que se ordenan las materias del *Corpus Iuris*, estudios expositivos, tanto de tipo dogmático como destinados a la enseñanza, y obras destinadas exclusivamente a la enseñanza. El lector podrá observar que no aludiremos expresamente a algunos de estos tipos literarios porque no interesan especialmente a nuestro propósito.

En la recomposición y explicación del texto romano se siguieron procedimientos distintos. Unos, como Guillermo Budeo, Francisco Hotman, Luis Charonda, Juan Corasio, Antonio Duareno, Antonio Garronus, Jerónimo Cagnolo, García de Toledo, Rodolfo Prateius, Francisco Balduino y Antonio Agustín, entre otros, pusieron una gran erudición humanista al servicio del análisis filológico e histórico del Derecho romano. Recurren continuamente a diversos manuscritos, a la literatura, filosofía e historia clásicas.⁵¹ En cambio, otros autores y algunos de los ya citados, en otras obras suyas, explican el *Corpus Iuris* desde el mismo Derecho romano, utilizando rara vez el auxilio de la literatura o de la historia. Así proceden Eguino Baro, Francisco Balduino, Jacobo Cujas, Antonio Govea y Hugo Donello.⁵² Estos juristas tienden preferentemente a crear un entramado conceptual estrictamente jurídico, y las consideraciones filológicas e históricas, que competen tanto a los gramáticos como a los juristas, pasan a un segundo plano.⁵³

Las aportaciones de unos y otros para la comprensión del *Corpus Iuris* fue muy diferente. El jurista que produjo la obra más completa fue Jacobo Cujas. Su glosa abarca, en varios volúmenes *in folio*, el Digesto, la Instituta, o alguna parte de estas dos obras. Los comentarios a títulos determinados del Digesto o del Código son muy frecuentes, y esto es lo que hicieron algunos juristas, tales como Garronus, Corasio o Govea. Otros autores, como Cagnolo

⁵¹ Ver BUDEO, *Annotationes*, cit. HOTMAN, *Epitomarum in Pandectas libri XII*, Lyon, 1599. CHARONDA, *Sacratissimi Principi Iustitiani iuris enucleati ex omni vetere iure collecti Digestorum seu Pandectarum libri quinquaginta*, Amberes, 1575. Del mismo autor, "De legibus XII Tabularum", incluido en el *Tractatus universi iuris*, cit., vol. I, pp. 267/270. CORASIO, "Commentarii in Pandectarum titulos", incluido en la *Opera omnia* de Vittemberg, 1603, vol. I. Del mismo autor, *In titulum Digestorum de Senatoribus commentarii* y *In titulum de verborum obligationibus commentarii*, vol. I, ed. cit., pp. 82/100 y 132/154, respectivamente. DUARENO, *In primam partem Pandectarum, sive Digestorum, methodica enarratio*, Frankfurt, 1592. GARRONUS, *Commentaria in titulum de origine iuris*, Basilea, 1544. CAGNOLO, *In Constitutionibus et leges Primi, Secundo, Quinti et Duodecimi Pandectarum auream enarrationem libri duo*, Venecia, 1586. GARCÍA TOLEDANO, *Rubricarum et titulorum in tres posteriores libros Codicis Iustiniani*, Madrid, 1613. PRATEIUS, *Catapodismon libri II in titulum, de in ius vocando*, Lyon, 1561. BALDUINO, *Commentaria ad leges de iure civili, Vocantiam, Falcidiam, Iullam, Papiam Popeam, Rodiam, Aquiliam*, Basilea, 1559. Del mismo autor *Commentarii de legibus XII Tabularum*, 3ª ed., Basilea, 1557. AGUSTIN, "Emendationum et opinionum libri IV", en la *Opera omnia* de Luca de 1764, vol. II, pp. 7/94. Del mismo autor, *Constitutionum graecarum Codicis Iustiniani Imperatoris collectio, et interpretatio*. (Ed. cit., vol. II, pp. 147/250. *Juliani antecessoris constantinopolitani Novellarum Iustiniani Imperatore Epitome*, vol. II, pp. 255/450. *Ad titulum Pandectarum De diversis regulis iuris antiquae explanationes*, vol. II, pp. 407/450. *Ad institutiones Imperatoris Iustiniani Commentarii*, vol. II, pp. 454 y ss.

⁵² Ver BARO, *Commentarius ad librum I Iustiniani Caesaris*, París, 1562. BALDUINO, *Institutionum iuris civilis commentarii*, Lyon, 1583. CUJAS glosó la Instituta, el Digesto, Código y Novelas. Ver vols. I, V, VI y VII de la *Opera omnia* de París de 1617. Este autor se ayuda con frecuencia de análisis filológicos e históricos, pero su labor es eminentemente jurídica. DONELLO, *Commentaria in codicem Iustiniani*, que ocupa los volúmenes VIII y IX de la edición de Luca de 1763, y *Commentaria in selectos quosdam titulos Digestorum*, que ocupa el vol. X de esta edición. GOVEA, en las pp. 120/750 de la *Opera omnia* de Lyon de 1622 tiene numerosos estudios, hechos normalmente sobre títulos determinados del Digesto.

⁵³ Troje, ob. cit., desconoce los distintos procedimientos que siguieron estos juristas en el estudio y esclarecimiento del Derecho romano. Solamente, en la p. 42, al tratar de los medios auxiliares de que se sirvieron en su labor, alude a "manuscritos de confianza".

y García de Toledo sólo hicieron incidentalmente algunos estudios históricos y filológicos al comentar alguna ley del Digesto o del Código.

Hay que hacer una mención especial del español Antonio Agustín, en razón, por una parte, de la calidad y extensión de su obra y, por otra, del olvido en que actualmente se encuentra. Aunque sus intereses tienden más hacia el Derecho canónico que no al Derecho romano,⁵⁴ nos ha dejado una amplia producción romanística. Este *Cujas spagnol*, como lo llama Mesnard,⁵⁵ fue el jurista coetáneo que más apreció Cujas⁵⁶ y el que desarrolló, entre estos autores, la labor más completa de tipo filológico.⁵⁷

Otro género muy cultivado fue el de las monografías, hechas, en unas ocasiones, sobre institutos jurídicos determinados o consistentes, en otras, en estudios históricos a propósito de una *lex* o un título.⁵⁸ En este género se destacó especialmente Antonio Agustín, con dos tratados de gran calidad. Uno es el *De legibus et senatusconsultis liber*, en el que estudia sistemáticamente las cuestiones más importantes relacionadas con las leyes romanas: etimología de *lex*, qué es una ley, qué hechos motivaron la publicación de cada una, partes de que se componen, etc. Su intención era estudiar todas las leyes romanas: *Collectae sunt a nobis, ut opinor, omnes veterum leges, quarum nomine in nostris libris, aut in variis variarum rebus scriptoribus requirere potuimus*. En la página 127 del volumen I de la edición de Luca de 1764 acaba el tratado de las leyes y comienza el de los senadoconsultos, que se extiende hasta la página 174. Al final acompaña una relación de *leges et senatusconsulta*

⁵⁴ De los siete volúmenes *in folio* que ocupa la *Opera omnia* de Luca de 1764, sólo los dos primeros están dedicados al estudio del Derecho romano. Los restantes están ocupados por estudios similares, pero sobre el Derecho canónico.

⁵⁵ Conf. "La place de Cujas dans la querelle de l'humanisme juridique", en *Revue historique de Droit français et étranger*, 23 (1950), p. 534.

⁵⁶ Conf. MESNARD, ob. cit., p. 531. Antonio Agustín era uno de los pocos juristas coetáneos que Cujas recomendaba estudiar, según consta por una carta dirigida a Juan Antonio Brassicanus que reproduce parcialmente J. FLACH en Cujas, "Les Glossateurs et les Bartolistas", en *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger* VII (1883), pp. 205/227.

⁵⁷ Los siete volúmenes de la *Opera omnia* citada están dedicados preferentemente a estudios de tipo filológico sobre el Derecho romano y el Derecho canónico. Ello explica que SELCHOWI en su *Historia Universi Iuris Romani*, Pisa, 1769, vol. II, p. 76, escribiera que "donec Alciati potissimum, Antonii Augustini et Cujacii Jureconsulti post hominum memoriam summi, et cui parum nec postera aetas habebit, beneficio litterarum humaniorum lumen elegantissimo iure inferretur". Cit. por MAFFEI en ob. cit., p. 33. J. FLACH, en ob. cit., p. 212, dice de él que es "un des plus savants hommes que l'Espagne ait produit au XVI siècle; aussi versé dans la philologie et l'histoire ancienne que dans le droit romain et le droit canonique".

⁵⁸ Ver B. BRISSONIUS, *De ritu nuptiali liber singularis*, París, 1564. Del mismo autor, *De iure connubiorum liber singularis*, París, 1564. F. DUARENO, *De iure accrescendi libri duo* y *Disputationum anniversariorum libri duo*, Frankfurt, 1592. J. CORASIO, *Enarrationes, Rubrica; de Sum. Trinit. et fide catholica*, que se encuentran, respectivamente, en las pp. 155/156 y 157 y ss. de la *Opera omnia* de Amberes de 1603. A pesar de los títulos, tales obras no consisten en glosas a los lugares citados. Son dos monografías cortas. La primera trata sobre cuestiones muy generales de tipo ético-jurídico y la segunda sobre el delito de herejía. A. GOVEA, *De iurisdictiones libri duo. Adversus Eguinum Baronem*, Lyon, 1622. J. CUJAS, *De diversis temporis praescriptionibus et terminis*, ed. cit., vol. I, pp. 326/354. PEDRO CORVERSO, *Edicta seu Decreta Veterum Imperatorum ac Iurisconsultorum in tit. de Pactis, D. et. C. nunc primum in artem digesta*, Lyon, 1552.

quae in veteribus cum ex lapide tum ex aere monumentis reperiuntur, reproduciendo en folios desplegados los textos que ha encontrado, tanto griegos como latinos.

La otra monografía es el *De nominibus propriis*, que es un catálogo, con pretensión de ser completo, de todos los nombres propios que se encuentran en el *Corpus Iuris*. Todos ellos son comentados y explicados. La mayor parte de esta obra está dedicada a los nombres de los jurisconsultos, a los que divide en cuatro grupos: a) los anteriores a Sabino, b) los que vivieron en el período comprendido entre Sabino y Salvio Juliano, c) los comprendidos entre los reinados de Septimio Severo y Gordiano. Después examina los nombres de los reyes, cónsules, emperadores, leyes, senadoconsultos, edictos, interdictos, etc. Nombres de otras personas: escritores griegos y latinos, dioses, etc. Nombres de las provincias, islas, regiones, ciudades. El trabajo se cierra con una relación y explicación de *alia nomina ex superscriptis deducta, quae non facile possunt superioribus conjugii*.

Un deseo de algunos juristas humanistas era el de reordenar el *Corpus Iuris* dejándolo como suponían que debía de haber sido antes de que lo desordenaran los ministros de Justiniano. “Ordenar” el *Corpus Iuris* no consistía únicamente en exponer sistemáticamente su contenido, como algún autor ha entendido,⁵⁹ sino en recomponer la producción de cada jurista según el orden cronológico de aparición de su obra, extrayendo los diversos fragmentos de la masa de *Corpus Iuris*.⁶⁰ En esta tarea se distinguió el alemán Wolfgang Frey-
monius,⁶¹ pero el jurista que realizó la labor más amplia fue Cujas, que recompuso las obras de Papiniano, Africano, Paulo y Modestino. Balduino y Antonio Agustín también abordaron esta tarea, mucho más modestamente que Cujas.⁶²

Además de los *Paratitla*, que consisten en comentarios breves a cada título, con los que se puede obtener rápidamente una visión de conjunto,⁶³ en la primera mitad del siglo XVI aparecen por primera vez los tratados sistemá-

⁵⁹ Conf. entre otros a VILLEY, ob. cit., pp. 522/523.

⁶⁰ Conf. MESNARD, ob. cit., p. 534.

⁶¹ Conf. MESNARD, ibídem.

⁶² Ver *Ad Africanum tractati IX*, París, 1617, vol. I, pp. 941/1206. *Commentaria accuratissima in libros quaestionum summi inter veteres Iurisconsulti Aemylíi Papiniani*, vol. II, pp. 2/835 de la edic. cit. *Commentaria Aemylíi Papiniani iurisc. libros XIX Responsorum*, vol. II, pp. 2/602. *In libri LXXVIII Pauli ad Edictum Commentarii seu Recitationes solennes*, vol. III, pp. 2/954. *Ad Iulii Pauli iurisconsulti libros Quaestionum XXV*, vol. III, pp. 958/1259. *Recitationes solennes ad Herenii Modestini Differentiarum libros novem*, vol. III, pp. 2/50. *In libros XXI Responsorum Iulii Pauli Recitationes solennes*, vol. VIII, pp. 2/111. F. BALDUINO, *Commentarius de iurisprudencia Muciana*, Basilea, 1558. A. ACUSTIN, *Ad Modestinum, sive de excusationibus liber singularis*, ed. cit., vol. II, pp. 95/144. Este estudio es, fundamentalmente, una monografía acerca de la doctrina de Modestino sobre la tutela.

⁶³ Ver entre otros V. ZAZIO, *In Digestorum, sive Pandectarum Partem primam paratitla*, Edición Lyon de 1550, vol. I, pp. 2/490. CUJAS, *Paratitla in libros quinquaginta Digestorum seu Pandectarum*, ed. cit., vol. I, pp. 490/586. Del mismo autor, *Paratitla in libros IX Codicis Praelectionis*, vol. VII, pp. 2/266. La noción de “Paratitla es bastante incierta, como indica Stintzing en ob. cit., vol. I, p. 143. Según este autor, se trata de un género jurídico-literario en el que se expone ordenada y brevemente el contenido de cada título. Por este motivo estima Stintzing que este género nuevo de la literatura jurídica es extremadamente parecido al de las antiguas *Summae* y *Expositiones titulorum*”. Conf. ob. cit., vol. I, pp. 143/144.

ticos y generales de Derecho romano. Charonda fue el primero que publicó un tratado de este tipo. Pronto le siguieron, entre otros, Connanus, Balduino y Wesembeck.⁶⁴ Al tratar, un poco más adelante, del movimiento sistematizador, tendremos ocasión de aludir con más detenimiento a las obras de estos autores.

6. *Dificultades del mos gallicus en tanto que actitud metódica ante la renovación de la jurisprudencia*

Entre los estudiosos actuales de la historia del pensamiento jurídico está muy extendida la opinión de que los seguidores del *mos gallicus* sólo pretendieron conocer mejor que los juristas anteriores el Derecho romano, sin querer aplicarlo a la realidad de su tiempo.⁶⁵ Según esto, su actividad tuvo que ser forzosamente teórica, desligada de la práctica jurídica y sin pretensiones de influir en ella. ¿Es cierto esto?

Es difícil contestar esta pregunta porque la revisión de esta opinión tan extendida sólo ha comenzado muy recientemente y no disponemos de estudios suficientes que permitan siquiera esbozar un cuadro de las tendencias más importantes que, respecto de este problema, existieron en la escuela de Bourges. Solamente G. Kisch, contradiciendo a Stintzing, quien negó que el humanismo jurídico haya tenido influencia en la formación del derecho moderno, indica que existieron dos direcciones entre los juristas humanistas. Unos se dedicaron —según Kisch— a la comprensión filológica de las fuentes y otros elaboraron una dogmática jurídica mediante la interpretación del Derecho romano.⁶⁶

No nos parece lícito generalizar acerca de las pretensiones de los juristas que integran el *mos gallicus*. Nosotros hemos apreciado la existencia de varias tendencias dentro de esta escuela. Unos como Garronus, Cujas, Agustín, Balduino o Brissonio dedicaron todos sus esfuerzos al puro estudio histórico del Derecho romano. Otros, tal es el caso de Duareno o Hotman, por ejemplo, alternan las investigaciones histórico-filológicas con estudios que tienen una finalidad práctica. En cambio, Baro o Julio Pacius, sin dejar la dirección histórica en el estudio del Derecho romano, pretenden ejercer con algunas de sus obras una influencia en la *praxis* jurídica. Existe un último grupo de juristas que, con independencia de la finalidad que asignemos a sus obras, muestran una fuerte inclinación hacia la teorización acerca del origen, fundamento y noción del *ius* en general, del Derecho natural del derecho de gentes, de la ley positiva humana, etc. La ocupación en una actividad especulativa sobre las cuestiones más generales de la jurisprudencia había sido hasta entonces

⁶⁴ Ver L. CHARONDA, *Verosimilitum...*, cit. BALDUINO, *De iure novo commentariorum libri III*, París, 1596. Del mismo autor, *Iuris Civilis Catechesis*, Basilea, 1558. CONNANUS, *Commentariorum Iuris Civilis libri X*, Lyon, 1545. WESEMBECK, *Isagoge in Commentarium institutionum frequentem*, Colonia, 1593. La *Catechesis* de Balduino y la obra citada de Wesembeck se limitan a exponer resumidamente el contenido de la *Instituta*.

⁶⁵ Conf. entre otros muchos KOSCHAKER, ob. cit., p. 167. VILLEY, ob. cit., p. 522. FRIEDRICH, ob. cit., pp. 81 y ss.; DE FRANCISCI, ob. cit., pp. 90/91.

⁶⁶ Conf. "Studien zur humanistischen Jurisprudenz", Berlin-New York, 1972, pp. 60/61.

patrimonio casi exclusivo de los teólogos que se ocuparon de los temas ético-jurídicos. Este afán teorizador que amplió el horizonte intelectual de los juristas, como apuntamos páginas adelante, puede ser considerado como un rasgo distintivo de la jurisprudencia culta o "humanista" que nace en el siglo XVI.⁶⁷

Pero Antonio Agustín, Cujas y los demás estudiosos que pretendieron reconstruir y explicar el Derecho romano, ¿influyeron sobre la jurisprudencia de su tiempo? Dicho de otra forma, ¿el conocimiento del Derecho romano era suficiente para renovar la jurisprudencia? Hay que reparar en que a estos juristas se les planteó un problema inexistente con anterioridad a ellos, problema que tomando prestada una expresión de Ricardo Orestano llamaremos el del "objeto" del Derecho.

En efecto, es doctrina conocida que los juristas medievales identificaron el Derecho con los textos, y la validez jurídica de éstos no ofrecía problemas porque todos quedaban bajo el principio de autoridad: autoridad de Justiniano, de cada jurista o del texto en sí mismo.⁶⁸ Pero el principio de autoridad así entendido pierde su validez en los juristas humanistas y, en consecuencia, el *ius civile* romano pasa a ser considerado como el producto de una cultura ya desaparecida. ¿Con qué renovar, pues, la jurisprudencia? Indica Orestano que los humanistas, ante este problema, se mostraron desorientados y divididos.⁶⁹

No es fácil exponer las soluciones que dieron aquellos juristas porque los estudiosos actuales han dado respuestas muy diferentes a esta cuestión, quizá con la única nota en común de una cierta unilateralidad en sus apreciaciones. M. Villey estima que los humanistas, bajo el influjo de la filosofía estoica,

⁶⁷ F. Duareno dedica las dos obras anteriormente citadas a profundizar en el Derecho romano. En cambio, la *In primam...* (cit. n. 51) es una obra práctica a la que aludiremos más tarde. F. Hotman tiene una producción muy variada. El *Disputationum iuris civilis volumen unum*, el *Commentarii verborum iuris*, el *Antiquitatum Romanorum libri V*, los *Commentarii in XXV Ciceronis orationis*, los *Notae renovatae in C. Iuli Caesaris Commentarii*, entre otras muchas obras suyas de este tipo, son estudios eruditos sobre la cultura de Roma. En cambio, el *Quaestionum illustrium liber* o las *Partitiones iuris civilis elementariae* persiguen una finalidad práctica. Estas obras se encuentran en su *Opera omnia* a cargo de los herederos de Eustaquio Vignon y Jacobo Stoer, 1599. BARO (en ob. cit., n. 52) incluye una *accomodatio huius tituli ad mores Galliarum et leges Regias* al final de la exposición y comentario de cada título. Julio Pacius, en *Analisis Institutionum Imperalium*, Lyon, 1570, expone al final de cada título de la *Instituta*, comentado por él, varios *axiomata* o reglas en tono sentencioso que vienen a ser una recapitulación o resumen de lo comentado antes.

Sobre la actividad especulativa en torno a cuestiones ético-jurídicas, ver A. BOLOGNETO, "De lege, iure et aequitate disputationes", en el *Tractatus universi iuris*, cit. n. 7, vol. I, pp. 289/322. L. HOPPER, "De iuris arte", en el mismo tratado, vol. I, pp. 81/102. BALDUINO, *Institutionum...* (cit. n. 52). CHARONDA, *Verosimilium...*, cit. CONNANUS, ob. cit. n. 64. J. CORASIO, *Enarrationes...* (cit. n. 58). R. PRATEIUS, *Dicaiologiae liber singularis*, Lyon, 1561. G. KISCH, *Studien*, cit., pp. 52/54, alude a la inclinación de los juristas humanistas hacia la "Rechtsphilosophie", y H. WELZEL en ob. cit. (n. 4), p. 112, indica que en el siglo XVI aparecen "juristas filosofantes", tales como Vázquez de Menchaca y Francisco Connanus, entre otros.

⁶⁸ Conf. entre otros muchos a R. ORESTANO, ob. cit. (n. 1), pp. 158 y ss. STINTZING, ob. cit., vol. I, p. 103. J. BOLOGNETUS, jurista que realizó un estudio especialmente extenso de las nociones del *ius* utilizadas en su tiempo indica que "*ius significat totum corpus iuris civilis, et eius partem*". Conf. *Prima Digesti Veteris vocant, Commentarius Repetitiones*, Venecia, 1582, p. 69, N° 50.

⁶⁹ Conf. ob. cit., p. 156.

sustituyeron la especulación jurídica anterior por un complejo de doctrinas basadas en los derechos naturales subjetivos.⁷⁰ Esta apreciación no nos parece que se pueda fundamentar documentalmente. En cambio, F. Wieacker opina que gracias a la influencia de la filosofía platónica los humanistas se formaron una “idea del Derecho” que sería como una rememoración de lo que ya encontraban en la historia y literatura clásicas.⁷¹ Esta opinión parece responder a una intuición que actualmente no se puede comprobar con los datos que suministran las fuentes. Lo mismo cabe decir de la tesis de Piano Mortari, para quien la actividad de los juristas “humanistas” —personificados en Eguino Baro— “tendía a desenvolver la actividad intelectual en un sentido creador de nuevos principios jurídicos” y de H.E. Troje, que mantiene que estos juristas lograron un compromiso entre teoría y *praxis* llegando a una alianza singular entre investigación humanística y jurisprudencia práctica.⁷²

Entre los juristas que hemos estudiado, sólo Luis Charonda tocó expresamente el tema de la renovación del contenido de la jurisprudencia. Este autor declara que *iurisprudentia originem habet a natura* y que *omnis iuris atque legis fons ipsa natura est*. La razón humana se ajusta a la naturaleza y, por tanto, la ley, *quae est recta ratio in iuvendo et vetando* y el *ius*, consisten en la recta razón común a todos los hombres.⁷³ Pero no piense el lector que Charonda propone una metodología jurídica nueva basada en el Derecho natural que sustituiría al *Corpus Iuris*. Por el contrario, las digresiones de este autor sobre las relaciones entre *natura*, *ratio* y *ius* sólo persiguen convencer al lector de que el Derecho romano es superior al elaborado por los juristas medievales, ya que aquél se fundamenta en la equidad natural y los juristas medievales (Charonda los llama *escolastici*) *iniquitatis artem confixerunt*. Consecuentemente con estas ideas, el francés propugna la vuelta al estudio del puro Derecho romano.⁷⁴

Algunos estudiosos destacan la función de la *aequitas* en las teorías de los humanistas del siglo XVI,⁷⁵ pero una posible mayor función concedida a la equidad no pudo determinar un cambio en la “idea del Derecho” a la que alude Wieacker, ya que los juristas medievales también habían recurrido muy frecuentemente a la equidad, que quedaba contrapuesta en sus doctrinas al *ius strictum*. Por esto, los humanistas del siglo XVI, al tratar de la equidad, no aportaron nada substancialmente nuevo a la jurisprudencia existente.⁷⁶

⁷⁰ Conf. ob. cit., pp. 540 y ss.

⁷¹ Conf. ob. cit., p. 92.

⁷² Conf. PIANO MORTARI, “Razionalismo e filología nella metodologia di Barone e di Duareno”, en *Labeo* 15 (1969), p. 11. H. E. TROJE, “Humanistische Kommentierungen Klassischer Juristenschriften”, en *Ius Commune* IV (1972), p. 52. Este mismo autor (en ob. cit. n. 50), pp. 58/59, desarrolla ampliamente esta idea. Pero fundamenta su tesis en el ejemplo que supone la obra de Zazio quien, como veremos poco más adelante, no puede ser considerado seguidor del *mos gallicus*.

⁷³ Conf. *Verosimilium...*, cit. *praefatio*.

⁷⁴ Conf. *ibídem*.

⁷⁵ Ver el ya citado trabajo de KISCH, *Erasmus...* Ideas parecidas del mismo autor encontramos en *Studien*, cit., pp. 51/54.

⁷⁶ Indica PIANO MORTARI que la *aequitas* en el pensamiento jurídico medieval era identificada con la *naturalis ratio* y que, conforme a este pensamiento, las normas jurídicas representaban la actuación de la justicia en cada caso concreto: la *aequitas constituta*.

Domenico Maffei sostiene reiteradamente que la filología fue el instrumento hermenéutico que permitió a los humanistas citados construir una visión renovada del Derecho, haciendo brotar estos autores una filosofía del seno de la filología.⁷⁷ Aparte de que sería muy problemático explicar cómo de la filología puede nacer una filosofía, Maffei no se plantea ni resuelve el problema de la renovación del “contenido” del Derecho en el marco del humanismo jurídico. Se limita con indicar que la filología hizo posible la “historificación” del Derecho romano que fue vuelto a su estado originario con una comprensión más plena de la norma jurídica romana y que tal sentido histórico del Derecho romano es la línea que separa a los juristas medievales de los humanistas.⁷⁸

Orestano, por su parte, entiende que los humanistas sustituyeron la autoridad del *Corpus Iuris* por la de la historia, viendo en ella una *certissima philosophia*.⁷⁹ Esto es cierto porque estos juristas concedieron a la historia un valor normativo respecto de la realidad presente y esta idea sirve de telón de fondo, en el campo del Derecho público, a la *Francogallia*, de Hotman y al *De Ecclesia potestate ecclesiastica et civile, ac de utriusque discrimine*, de Francisco Duareno, obras que intentan la solución de algunos problemas políticos de su tiempo, tanto civiles como eclesiásticos. A pesar de que hubo algunos intentos de aplicar la historia al Derecho “civil” privado,⁸⁰ los humanistas se hubieron de contentar con exponer ordenadamente lo que encontraban en el Derecho romano y en otros Derechos.

Por este motivo, Astuti opina que los juristas que se adscribieron al *mos gallicus* no supieron distinguir entre la elaboración dogmática del Derecho y su conocimiento histórico y que, por tanto, en su ilusión por la Antigüedad

Continúa indicando este autor que no podemos determinar hoy el significado de la equidad, *iustitia* y *ratio naturalis* en las teorías de los juristas del siglo XVI y que, por tanto, no es posible saber si estos autores dieron un sentido nuevo al contenido equitativo y racional de las normas jurídicas. “*Qui ci interessa mettere in rilievo la derivazione sostanziale della concezione del diritto dei giuristi del secolo XVI da quella dei Commentatori e porre in evidenza soprattutto che per gli uni e per gli altri l'attributo più importante delle norme giuridiche era la loro intrinseca razionalità*”. Conf. *Dialettica*, cit., pp. 358 y 360. Por estos motivos, el juicio que expresa KISCH en *Studien...* (p. 51), relativo a que el pensamiento jurídico moderno debe al Humanismo jurídico la orientación hacia la *aequitas* y la *epiqueia* nos parece harto discutible.

⁷⁷ Conf. ob. cit., p. 154, entre otros lugares. TROJE (en *Die europäische...*, cit., pp. 54/55 y 60) sigue esta misma idea, pero destacando más que Maffei la proyección política de la jurisprudencia humanista. Según Troje, los humanistas aplicaron los conocimientos filosóficos, históricos y literarios a las circunstancias políticas de su tiempo. La actitud de Troje viene a ser como de conciliación entre las soluciones de Maffei y de Orestano, que estudiaremos a continuación.

⁷⁸ Conf. ob. cit., pp. 154/161. Nos parece más exacto el juicio de PIANO MORTARI —aunque será fuertemente matizado páginas adelante— cuando escribe que “*quello in realtà significò per la scienza giuridica l'utilizzazione degli studi letterati, delle ricerche storiche e filologiche nel campo del diritto è problema non ancora approfondito in concreto della storiografia*”. Conf. *Considerazione...* cit., n. 16, p. 284.

⁷⁹ Conf. ob. cit., p. 178.

⁸⁰ Ver, entre otras, las monografías de ALCIATO, “De singulari certamini” y “Consilium in materia duelli excerptum ex libro quinto responsorum Alciati”, en el vol. XII del *Tractatus universi iuris*, pp. 293 y ss.

fueron incapaces de renovar la ciencia del Derecho.⁸¹ Vico fue consciente de la impotencia del *mos gallicus* y por ello designaba a los seguidores de esta tendencia como “simples historiadores del Derecho romano” mientras que a los juristas de la corriente “bartolista” los tenía por “filósofos de la equidad natural”.⁸² Al dedicarse al puro estudio histórico del Derecho romano estos juristas emprendieron un camino que se mostró insuficiente para remozar o sustituir a la jurisprudencia medieval, esencialmente práctica.

7. La superación del *mos gallicus* por el “humanismo jurídico racionalista”

De una forma más o menos intuitiva, otros juristas, la mayor parte de los cuales no suelen ser considerados “humanistas” por los estudiosos de esta época del pensamiento jurídico europeo, obviaron estos inconvenientes. Andrés Alciato, al que por varios motivos se lo puede considerar el iniciador del humanismo jurídico⁸³ no pretendió hacer Historia, al contrario que Cujas o Agustín, sino remozar la jurisprudencia con un espíritu renacentista. Por ello, sigue contemplando al Derecho romano como un ordenamiento jurídico vigente y de modo alguno acepta las sugerencias de los *grammatici* italianos que, como Lorenzo Valla, propugnan un estudio puramente histórico de él.⁸⁴ Empezó, ciertamente, investigaciones históricas y filológicas, a las que ya hemos aludido, pero no se propuso crear un saber puramente teórico. Por el contrario, consideró a la Historia como un medio eficaz de obtener experiencias que debían servir al jurista como reglas y lecciones orientadoras de su labor: *bene beateque vivendi exemplis, historiae lectiones admoneamur*,⁸⁵ ya que los conocimientos históricos formaban parte de la *prudentia iuris* a la que tanto valor concedía este autor por ser el fundamento de la formación del jurista.⁸⁶ De esta forma, los estudios lógicos, históricos, filosóficos sólo eran unos instrumentos culturales imprescindibles de los que debía valerse el jurista para alcanzar los fines propios de la jurisprudencia. Por esto, Alciato siempre tuvo presente la distinción entre elaboración dogmática y conocimiento histórico de los institutos jurídicos.⁸⁷ La filología, en cambio, era un medio útil al servicio de la interpretación del texto romano dentro del marco de los princi-

⁸¹ Conf. ob. cit., n. 49, pp. 177 y ss.

⁸² Conf. *De nostri temporis studio ratione*, citado por BRUGI en “Come gli italiani intendevano la culta giurisprudenza” en *Per la storia...* cit., n. 14, p. 134.

⁸³ FORSTER, a mediados del siglo XVI, escribía de Alciato: “*Hic omnium primus iuris prudentiam nimis disputationibus et barbaro descendique involutam, pristino nitore restitueret, et ad veros fontes conatus est.*”. Conf. ob. cit., n. 7, p. 58. Ver sobre este tema entre otros muchos a P. MESNARD, “Alciato y el nacimiento del Humanismo jurídico”, en *Revista de estudios políticos* 53 (1950), pp. 123/129. Sobre la vida y obras de Alciato es clásico el estudio de A. VIARD, *André Alciat*, París, 1926. Más recientemente, el *Congrès d'Etudes Supérieures de la Renaissance de Tours* (verano de 1960), actas publicadas en París, 1963, se ha ocupado de la vida y rasgos fundamentales de la obra de este jurista.

⁸⁴ Conf. BRUGI, ob. cit., n. 82, p. 113. MESNARD, ob. cit., pp. 126/127.

⁸⁵ “*Encomium Historiae*”, en la *Lettere di A. A. giureconsulto*, de BARNI, Firenze, 1953, p. 222. Cit. por PIANO MORTARI en “*Pensieri di Alciato sulla giurisprudenza*”, en *Studia et documenta historiae et iuris* 33 (1967), p. 213.

⁸⁶ Conf. PIANO MORTARI, ob. cit., pp. 214/215.

⁸⁷ Conf. PIANO MORTARI, ob. cit., p. 218. Este autor explica, refiriéndose a Alciato, que “*per lui la ricerca storico-giuridica non poteva esaurire i problemi creativi indispensa-*

pios interpretativos fijados por la jurisprudencia medieval. No se advierte en Alciato —al contrario de lo que sucedía en los secuaces de la escuela de Bourges— una tendencia a la simple erudición histórica hecha posible por el análisis filológico.⁸⁸

La intención que le guiaba era eminentemente práctica, como se reconoce, entre obras suyas, en el *De verborum obligationibus*, trabajo en el que tiene en cuenta ampliamente las aportaciones de los juristas medievales. En él, contrariamente a los que propugnaban el estudio del Derecho romano libre de glosas y comentarios, el de Alzate prefiere tener en cuenta a Acursio —al que llama “columna del Derecho”— y a Bartolo —“maestro del arte jurídico”— y en cualquier caso es preferible, según Alciato, Acursio a Valla. Hay que tener en cuenta que Alciato consideraba necesaria la obra de los juristas para entender muchos textos romanos porque faltando aquélla éstos eran un enigma, incluso para un experto.⁸⁹ Esta intención práctica se reconoce también en el *De verborum significatione liber*, en donde pasa del comentario de este título a la elaboración propia del significado que han de tener las palabras que se emplean en el Derecho.⁹⁰

En conjunto, la aportación de Alciato más importante a la jurisprudencia, además de exigir una formación humanista en el estudioso del Derecho, de la que él mismo dio ejemplo, fue hacerla compatible con un buen latín, y la brevedad en la forma: *Latine breviterque de iure disserendo*.⁹¹ En efecto, en 1530, al explicar en Bourges el título *de verborum obligationibus*, se sirvió de las numerosas opiniones de los juristas medievales y de otros doctores más recientes. Fueron examinadas y, en su caso, refutadas una a una, como era costumbre. Ello suponía dedicar la mayor parte del tiempo a esta tarea, sin que los estudiantes pudieran tener una visión sintética del estadio de la cuestión. Por este motivo, este mismo año, los estudiantes de Bourges le exigieron mayor brevedad en la exposición del programa: no era necesario exponer con detalle y minuciosamente todas las opiniones existentes sobre un punto determinado. Bastaba con hacer un breve resumen, con orden y claridad. Así se podría ampliar la materia estudiada y quedaba tiempo para exponer las ideas propias.

Alciato, titubeando por miedo a ofender la tradición de Bourges, accedió al deseo de los estudiantes, manifestando que el nuevo método le costaría

billi all'attività intellettuale del giureconsulto, ma all'ergare solo il patrimonio del suo spirito, fornendogli le lezioni della storia da tener presenti nell'esercizio della sua opera". Conf. ob. cit., p. 219.

⁸⁸ Sobre la función de la filología, conf. PIANO MORTARI, ob. cit., p. 219.

⁸⁹ Conf. sobre estas ideas, BRUGI, ob. cit., pp. 112-114. Acerca de la repugnancia que causaban en Alciato las sugerencias de Lorenzo Valla, ver ob. cit. de MESNARD *per totum*.
⁹⁰ Conf. MESNARD, ob. cit., p. 126, y BRUGI, ob. cit., p. 115.

⁹¹ En el “De eo quod interest. Commentariis ad I. unicam C. de sentent. quae pro eo, quod in te, pro se”, en *Tractatus universi iuris*, cit., vol. V, p. 7, escribe: “*Nom me latet ab Romani Imperii inclinatione nullius opera extare, quae latina dictione in civile disciplina, concinnata sint, quin potius tum primum ab recto cursu flecti ceptum est, et barbarismis quisbusdam corrupta commentaria in pretio tamen habentur, deinde processu temporis mandrabuli more eo deventum, ut nostris hisce diebus nulla bona littera in omnibus, quotquot sunt iuris civilis interpretibus, reperiri queat, et iam vulgo circumferatur, nullum est se iurisconsultum pose, qui latine loqui et eleganter sciat*”.

mayor esfuerzo. No se trataba de escoger un argumento, entre otros, y añadir algo propio. Sería preciso estudiar profundamente la cuestión debatida y agrupar todos los principios dispersos en la interminable casuística jurídica. Después habrá que contemplar de un golpe de vista el problema en su conjunto y aducir una sola razón que anule todas las contrarias. Como jurista práctico solía seguir la opinión dominante, aunque no atendía tanto al número de los que la seguían como a la calidad de éstos.⁹²

Algo parecido cabe decir de Uldarico Zazio, otro pionero del humanismo jurídico que compatibilizó la erudición sobre la historia y la literatura clásicas con las doctrinas de Acursio y Bartolo.⁹³ En los *Paratitla*, una de sus obras más conocidas, tiene presentes continuamente las aportaciones de los glosadores y comentadores, cosa perfectamente congruente con el propósito que persigue en ella y, consecuentemente, en la polémica entre los humanistas y los juristas se puso decididamente de parte de éstos, defendiendo a Acursio y Bartolo de los ataques de Valla y Budeo.⁹⁴ Así pues, Zazio construye sobre la obra de los juristas medievales, como se reconoce en sus *Commentaria, seu lecturas in titulos... Pandectarum*⁹⁵ y no aprueba que *grammatici* como Lorenzo Valla se entrometan en la jurisprudencia, pues ésta presenta unas exigencias que sólo pueden ser satisfechas por aquellos que posean una adecuada formación jurídica. Entre los humanistas, esta formación sólo la encuentra en Budeo, hombre que es *modestius tamen quam Valla, et doctius egisse videtur*.⁹⁶

Este jurista tiene en cuenta las exigencias culturales de su tiempo; demuestra conocer bien las obras de Angelo Poliziano y Lorenzo Valla. Con frecuencia se remite a Alciato y Budeo y sigue con entusiasmo los escritos de Erasmo.⁹⁷ Aceptando algunas de las ideas nuevas sobre el modo de proce-

⁹² Sobre estas últimas ideas conf. BRUGI, ob. cit., pp. 116 y ss.; acerca del valor de la *communis opinio* para Alciato, es muy ilustrativo un texto de Zazio: "*Et iam aliqua ex parte contra Alciatum, qui communibus opinionibus nimis adhaeret*". Zazio no está de acuerdo con esta forma de proceder, y añade: "*sed ego ius ipsum considerare ubique soleo, rejectis aliorum concertationibus*". Conf. vol. V de la ed. cit., p. 516, carta dirigida a Bonifacio Amerbach, año 1528.

⁹³ Indica en el *praefatio*: "*Ordo dabitur titulis pulcher et brevis. Porro et quae vel in textibus vel gell. selecta putavero, velut ad puncta congeram, Bartoli potissimum et Baldi, et aliorum doctrinis, si quando necessitas exigat, non praetereundis*". Ed. cit., vol I, p. 1.

⁹⁴ Conf. KISCH, *Gestalten*, cit., p. 56 y ss.

⁹⁵ Ver *Commentaria, seu lecturas eiusdem in titulum secundae partis Pandectarum quod vulgo Infortiatum vocat* y *Commentaria, seu lecturas eiusdem in titulos tertiae partis Pandectarum, quod vulgo Digestum novum vocat*. Ambas obras ocupan, respectivamente, los vols. II y III de la ed. cit.

⁹⁶ Conf. *Antinomiarum aliquot dissolutiones* N^o 7. Ocupa las pp. 242/256 de la ed. cit.

⁹⁷ Los datos más importantes a este respecto los encontramos en su epistolario. Son especialmente interesantes las cartas dirigidas a Bonifacio Amerbach, magistrado en Basilea, que se encuentran en el vol. V de la obra citada. Alude repetidas veces a Montaigne. Conf. carta sin fecha de 1525, p. 546; carta de julio de 1527, p. 465. Se refiere a Angel Poliziano en una carta de mayo de 1520, p. 473, entre otros lugares. Su autor más admirado es, sin duda, Erasmo. En una carta sin fecha, del año 1509, p. 531 escribe: "*Erasmus et Budaeus ambo Graeci sunt*". A Erasmo se refiere normalmente llamándole *Magnus Erasmus*. Conf. p. 532, carta de 1509; p. 539, carta de mayo de 1522; p. 544, carta de octubre de 1524, etc. En una carta de diciembre de 1521, p. 538, dice de él que es *nostri saeculi ornamen-*

der en el Derecho, concede al Derecho romano más importancia de la que le habían asignado los juristas anteriores. Pero, a diferencia de los seguidores del *mos gallicus*, no emplea su tiempo en el simple estudio histórico del Derecho romano, pues aunque se esfuerza por conocerlo y exponerlo con claridad, y a tal fin prescinde de vez en cuando de las glosas y comentarios, no se limita a "concordar" los textos romanos ni a esclarecer su sentido. Estudió a fondo el Digesto, la Instituta y el Código, y obtuvo un entramado de conceptos romanistas que proyectó sobre el Derecho de su tiempo, con una pretensión práctica. Así procede en las *Enarrationes in titulum institutionum de actionibus* y en el *De verborum obligationibus*.⁹⁸

Como opinión de conjunto sobre la obra de Zazio cabe decir que es un jurista tradicional que introduce en el Derecho un fresco aire humanista que se reconoce en la elegancia de su latín, en el interés que concede a la profundización en el estudio del Derecho romano y en la creación de algunas obras que sólo fueron posibles gracias a un gran dominio de la Antigüedad clásica.⁹⁹

Así pues, Alciato y Zazio, por una parte, y los representantes del *mos gallicus*, por otra, no guardan una relación de precedente a realidad madura. El milanés y el alemán iniciaron los estudios filológicos e históricos sobre el Derecho romano, pero ambos concibieron a la jurisprudencia como un saber esencialmente práctico basado en la autoridad del Derecho romano y de los principales representantes de las escuelas jurídicas que se fueron sucediendo hasta el siglo XVI, lo que era algo opuesto al espíritu que animaba a los representantes de la escuela de Bourges. Algunos juristas del siglo XVI se percataron ya de estas diferentes actitudes metódicas, y Julio Pacius, en la *Dissertation* leída en Heidelberg el 30 de agosto de 1584, reconocía la existencia de cinco métodos jurídicos existentes desde el siglo XII hasta entonces. Los más importantes, según Pacius, son los de Bartolo y Baldo, Alciato y Zazio, y la dirección filológica, que compete tanto a los juristas como a los gramáticos.¹⁰⁰

tum", y llega a decir: "Vivat in aeternum os Erasmi gemmeum, quod circa aureum os tam eleganter versatur, os octi tam salubriter iungit". Conf. carta de octubre de 1527, p. 454.

Se considera amigo de Alciato, con quien cruzó correspondencia (ver pp. 470/474). En una carta de agosto de 1525 (p. 549) escribe: "Alciati fortunam prosperam avidissime accepi: dei Dominus, ut ad animae eius salutem sit perpetua. Quod autem non semel ab eo discedo, me id facere veritas cogit, quia Plato amicus et veritatem omnibus amicitiiis semper praetuli". Le llama *principi in doctrini* (carta de octubre de 1522, p. 533), alude a los *Alciati divini responsa* (carta de setiembre de 1525, p. 451) y dice de sus escritos: "Nihil enim in eius scriptis est otiosum, nihil absque ratione collocatum". Conf. carta de octubre de 1525, p. 454.

⁹⁸ Ambas obras se encuentran en el vol. IV de la ed. citada. La primera ocupa las pp. 243 y ss. y la segunda, con una paginación no correlativa con la anterior, ocupa las 671 últimas páginas.

⁹⁹ Sobre esta última afirmación ver el comentario sobre la ya citada *lex secunda, D. de origine iuris* y *In M. T. Ciceronem Rhetorice ad Herennium Commentaria*, ed. cit., vol. V, pp. 379 y ss. En general, sobre la figura de Zazio y su aportación a la jurisprudencia, ver STINTZING, ob. cit., vol. I, pp. 161/175, y E. WOLFF, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 3ª ed., Tübingen, 1951, pp. 59/96.

¹⁰⁰ Conf. ASTUTI, *Mos italicus...*, cit., p. 181.

Alciato y Zazio fundaron una escuela que tuvo numerosos seguidores. Por estos mismos años Jerónimo Cagnolo procede de una forma similar a la de los iniciadores de la corriente humanista. Cagnolo conoce bien las obras de Budeo, Zazio y Alciato¹⁰¹ y alterna los estudios históricos sobre el Derecho romano con cuestiones orientadas a la práctica jurídica. Pero no tiene obras dedicadas exclusivamente a los estudios históricos, al contrario que Alciato, sino que intercaladas en sus *enarrationes* y *commentaria*¹⁰² incluye numerosas digresiones históricas, procediendo así de una forma similar a la de Zazio. Su preocupación fundamental es el Derecho público y todas aquellas cuestiones que se relacionan con la naturaleza, ejercicio y límites del poder político.¹⁰³ En el campo del Derecho privado, sin dejar de ser un jurista práctico, propone —siguiendo las sugerencias de Poliziano, Valla y Alciato— *restituir textum proprio candori*¹⁰⁴ y se muestra preocupado por crear un sistema de enseñanza del Derecho concorde con las nuevas corrientes.¹⁰⁵

Las dos obras citadas de Jerónimo Cagnolo presentan externamente la estructura clásica: un comentario al texto romano constituido por un conjunto de casos prácticos mediante un *summarium* colocado en lugar de cada *lex*. Pero los contenidos materiales de la argumentación jurídica se han enriquecido. Además de las *leges* y *rationes* incluye entre las *auctoritates* no sólo los juristas —que demuestra conocer muy bien— sino también los autores clásicos griegos y latinos, tanto literatos como filósofos, cuyas opiniones tienen la misma autoridad en el momento de resolver un problema como un texto del Derecho romano o el juicio de un jurista importante. Esto era algo nuevo hasta entonces que tendría para la jurisprudencia coetánea y posterior una importancia insospechada porque proporcionó al jurista una libertad intelectual muy superior a la de los seguidores del *mos gallicus* —dependientes del Derecho romano— y a la de los “bartolistas” decadentes, excesivamente apegados a la producción jurisprudencial anterior.

Al incluir las Humanidades en el Derecho, renovando con aquéllas el contenido de éste, Cagnolo y otros juristas hicieron posible una nueva dirección metódica distinta de la jurisprudencia tradicional y del *mos gallicus* que fue seguida por numerosos autores. Su rasgo fundamental, frente a las actitudes metódicas ya existentes, fue el de proporcionar al estudioso de la *iurisprudentia* una libertad mayor en la elección de los elementos que componen el razonamiento jurídico y, consecuentemente, una ampliación de la frontera de los problemas que le incumbe resolver. A partir de ahora —adelantamos ideas— será frecuente la indagación sobre los últimos fundamentos de los diversos institutos jurídicos, para lo que será preciso aludir al Derecho natural y al Derecho de gentes, y los juristas reclamarán progresivamente como propia la ocupación con temas ético-jurídicos.

¹⁰¹ Conf. *In constitutionibus*... (cit. n. 51), pp. 70 y 79, entre otros lugares.

¹⁰² Ver *In titulum Digesti de regulis iuris, omnibus iurisperitis utilissima*, Venecia, 1558.

¹⁰³ Ver la extensa *Epistola boni principis*, editada juntamente con el *In constitutionibus*..., cit. En el *In constitutionibus*... también se plantean frecuentemente cuestiones de este tipo.

¹⁰⁴ Conf. *In constitutionibus*..., cit., p. 61.

¹⁰⁵ Conf. ob. cit., pp. 50/51.

La etapa en la que el *ius* era identificado con el Derecho romano y sus glosas y comentarios ha quedado superada definitivamente por un sector de juristas. Esta nueva orientación del pensamiento jurídico —que no rompe bruscamente con la tradición— se deslizará paulatinamente hacia una forma de razonar jurídicamente en la que lo fundamental es el libre despliegue de la razón de cada autor, normalmente apoyada en una filosofía determinada.

Si nos preguntamos la razón por la que la historia y la literatura clásicas fueron consideradas fuentes del Derecho, podemos considerar que el ataque de los seguidores del *mos gallicus* contra la vigencia del Derecho romano encontró eco de alguna forma entre los juristas del “Derecho común” del siglo XVI. Ello explica que Fernando Vázquez de Menchaca, por ejemplo, se remita continuamente al *Corpus Iuris* para fundamentar sus opiniones y que al mismo tiempo niegue expresamente la validez del Derecho romano.¹⁰⁶ Por una parte influyeron las nuevas tendencias que consideraban al Derecho romano como el producto de una cultura ya desaparecida y, por otra parte, el peso de la tradición era demasiado fuerte como para desprenderse de él de una vez por siempre. Así pues, la autoridad del Derecho romano se había debilitado extraordinariamente en tanto que fuente fundamental del Derecho y algunos juristas del siglo XVI que fueron especialmente conscientes del vacío que se había producido echaron mano de otros elementos que fundamentaran la argumentación jurídica.

En este sentido, apunta Piano Mortari que, para los humanistas, los antiguos no proporcionaban tantos modelos literarios dignos de ser imitados como ejemplos de sabiduría moral. Por ello, está continuamente presente la idea fundamental de una conexión indisoluble entre la formación cultural y la formación moral del jurista mediante los *studia humanitatis*. Pero lo más que se puede afirmar —declara este autor— es que los nuevos ideales éticos y culturales de algunos juristas del siglo XVI se alimentaban de las obras jurídicas, filosóficas y literarias de la antigüedad griega y romana de una forma que aún nos resulta desconocida.¹⁰⁷ Ignoramos, en efecto, los motivos por los que la jurisprudencia del siglo XVI volvió los ojos hacia la Antigüedad. Pero ya hemos aludido a la forma concreta como la cultura clásica se incorporó al pensamiento jurídico europeo y trataremos más extensamente este tema en las páginas que siguen. Además, cabe decir que en esta época inmediatamente post-renacentista, ante la tesitura de tener que crear un nuevo Derecho que sustituyera al Derecho romano, lo más lógico y fácil fue recurrir a la cultura clásica romana y griega. Estaban, pues, en una situación en la que la razón aplicada al Derecho se desplegó apoyándose en la historia, la filosofía y en teorías diversas sobre el Derecho natural y el Derecho de gentes a fin de construir un nuevo ordenamiento jurídico que sustituyera al *Corpus Iuris*, ya

¹⁰⁶ En los *Controversiarum illustrium altarumque usu frequentium libri tres*, Lyon, 1599 cap. 45, n. 3, afirma que “*exulavit enim caeque eorum sententia, qui existimabant ius Romanorum omnium gentium commune esse debere, quasi Romanorum Imperator dominus esset totius mundi; res sane risu et ludibrio quam longa contentione dignior*”.

¹⁰⁷ Conf. *Considerazioni*... cit., pp. 285/287. ORESTANO, en *Introduzione*... cit., p. 170, confiesa que nada se sabe con certeza acerca del motivo por el que los humanistas volvieron sus ojos hacia la Filosofía.

sin autoridad. El enriquecimiento, por tanto, de los elementos que constituyen la nueva argumentación jurídica es debido fundamentalmente a la falta de fe en la vigencia y validez jurídicas del Derecho romano.

Jerónimo Cagnolo no fue el único que procedió de esta forma. Un grupo muy numeroso de juristas que no se interesaron por las investigaciones históricas o filológicas comenzaron a aplicar la sabiduría antigua y la filosofía antigua y escolástica al Derecho convirtiéndolas en fuentes directas de él. Andrés de Exea es uno de los primeros en seguir este nuevo camino. Además de fundamentar sus opiniones en los juristas medievales y del siglo XV más conocidos cita abundantemente a Platón, Aristóteles, Cicerón, Santo Tomás, etc. Tiene en cuenta diversas obras de Alciato y Zazio y emplea el griego cuando le parece conveniente. Pero Exea supera a Cagnolo y a los demás que le han precedido porque al comienzo de su *liber pactorum* hace unas largas digresiones acerca del Derecho natural y del Derecho de gentes. De esta forma desprendió el Derecho natural de los textos romanos —en donde los juristas lo tenían recluido hasta entonces— y le dio una vida propia.¹⁰⁸ A partir de ahora, la ocupación con el Derecho natural por parte de los juristas será un fenómeno cada vez más frecuente.

Este modo de proceder encontró seguidores en Francia desde los primeros tiempos en que irrumpe la corriente humanista. Francisco Connanus aún la erudición sobre el Derecho romano con la historia, la filosofía y la literatura griega y latina, utilizándolas en la forma antes indicada a propósito de los autores anteriores. En su obra principal, los *Commentariorum Iuris Civilis libri X*, se puede observar este modo de proceder, aunque hay que indicar que la erudición clásica se agota en los primeros capítulos. Francisco Duareno, sucesor de Alciato en la cátedra de Bourges, también emplea las humanidades en el *In primam partem Pandectarum, sive Digestorum, methodica enarratio*. Sus argumentos, además del Derecho romano, están tomados de la filosofía e historia griega y latina. Francisco Hotman, en cambio, rara vez fundamenta sus opiniones en el Derecho romano, pero recurre continuamente en el *Quaestionum illustrium liber*,¹⁰⁹ a todas las fuentes de la sabiduría antigua, formando una argumentación que resulta, en conjunto, armoniosa y límpida. Andrés Tiraquellus, que posee una producción muy variada tanto por el contenido de sus obras como por los estilos literarios que emplea en ellas, tampoco duda en recurrir a los clásicos griegos y latinos. Apunta F. Schaffstein que este autor “brilla con su conocimiento extraordinario, incluso para aquella época, de la literatura antigua. Junto a los poetas, historiadores y filósofos romanos, cita en abundancia a los griegos y, aún más, éstos se mencionan de modo inmediato y con la misma fuerza que los juristas romanos y medievales”.¹¹⁰ Este juicio de Schaffstein necesita ser matizado para no desorbitar la aportación de Tiraquellus. Este francés recurre a los clásicos griegos y latinos en algunas de sus obras. En unas, monografías como las tituladas *De utroque retractu municipali, et conventionali, commentarii duo* y *Cessante causa, cessat*

¹⁰⁸ Ver *Liber pactorum unus*, Lyon, 1592.

¹⁰⁹ Pp. 846/1007 de la ed. cit.

¹¹⁰ *La ciencia europea del Derecho penal en la época del humanismo*. I. E. P. colección “Civitas”, Madrid, 1957, pp. 47/48.

effectus, y otras, comentarios sobre el *Corpus Iuris*, tal como *Commentarius, L. si unquam, C. de revocandis donationibus*.¹¹¹ Tiraquellus demuestra dominar el griego y poseer algunas nociones de hebreo, y cuando la cuestión que se discute es muy general recurre a Homero, Virgilio, o Terencio, por ejemplo.¹¹² Pero cuando es más concreta, o al comenzar la glosa propiamente dicha, su argumentación descansa, como apuntamos páginas atrás, en una relación farragosa de autoridades. El recurso a los clásicos se muestra, en la obra de Tiraquellus, como una muestra de erudición histórica, literaria y filosófica que proporciona un cierto aire humanista a sus obras pero que no influye en el contenido de su argumentación. Y el mismo Tiraquellus no debió conceder gran importancia a esta forma de proceder porque en otras obras suyas que se prestaban a la inclusión de la cultura clásica, se limita a recurrir al Derecho romano y a los juristas.¹¹³

Fuera de Francia esta dirección metódica alcanzó un fuerte éxito. Juan Pedro de Ancharano, desligado por completo del principio de autoridad —ni siquiera cita el Derecho romano— se deja guiar de vez en cuando por los filósofos y literatos clásicos.¹¹⁴ En los Países Bajos, dos juristas de gran importancia, Gabriel Mudaeus y Mateo Wesembeck, lo siguieron.¹¹⁵ Mudaeus, profesor en Lovaina, cita algunas veces a Cicerón al comentar algún pasaje del *Corpus Iuris*, pero sin buscar en dicho autor una ayuda para el análisis filológico sino más bien el auxilio de su filosofía moral. En el *Libri Sexti Codicis (tit. IX) Commentarius* no se limita a esclarecer el texto romano; la intención que lo guía es exponer su opinión a propósito de las cuestiones que suscita este libro del Código. Su exposición rompe los moldes tradicionales porque no consiste en un agrupamiento de casos prácticos con el inevitable sumario

¹¹¹ Las dos monografías primeras están citadas por una edición de Lyon de 1584. El *Comm. L. si unquam...* por la ed. de Lyon en 1587.

¹¹² En el *De utroque retractu*, para fundamentar la afirmación de que "*amicus fratri non posponendus*", por ejemplo, cita a Homero. Poco después para dilucidar "*Affectio quantae in rebus maiorum*" recurre a Tíbulo y Claudiano. Conf. ob. cit., p. 15.

¹¹³ Ver, entre otras, obras cit. en n. 34.

¹¹⁴ Ver *Quaestiones aureae ac selectissimae omnium praestantissimorum... tum pontificii, tum Caesarei iuris doctorum*, Frankfurt, 1581.

¹¹⁵ WESEMBECK publicó sus obras a lo largo de la segunda mitad del siglo XIV y por este motivo el análisis de su producción científica desborda los límites que voluntariamente nos hemos impuesto. Cabe apreciar, de todos modos, que su actividad se orienta preferentemente por un camino histórico-filológico que tiende a esclarecer los textos romanos que, posteriormente, son expuestos de una forma ordenada. Pero este autor intenta una finalidad práctica, como se desprende de la lectura del "De studio iuris recte inchoando", incluido en las pp. 21/23 de la *Opera Omnia* de Colonia de 1593, y de otras obras suyas en las que combina los estudios tendientes a esclarecer el sentido genuino del texto romano con otros en los que tiene en cuenta las aportaciones de la jurisprudencia medieval. El interés de su obra no reside en el recurso al saber antiguo como fuente del Derecho, sino en la combinación del método glosador propio del *mos gallicus* con el método analítico-exegético usado por los "bartolistas". Se trata, pues, de una *via media* entre el *mos gallicus* y el *mos italicus*, distinta de la que nosotros hemos estudiado hasta ahora, con la que Wesembeck persigue, al parecer, una finalidad práctica. Tal método es recomendado en el "De compositione iuris", que se encuentra en las pp. 1/21 de la *Opera*, cit., y podemos observar su aplicación en el "Commentarius in institutionum seu elementorum iuris libri III", ed. de Colonia citada, pp. 93 y ss.

ni tampoco en una glosa humanista del texto romano.¹¹⁶ Se trata de un comentario extenso para cada título o *lex*, escrito en buen latín en el que además de tener en cuenta a los juristas, tanto humanistas como los que no lo son, cita repetidas veces a Cicerón, Quintiliano, Valerio y otros autores latinos.

En España arraigó fuertemente esta dirección del humanismo jurídico, a veces con características peculiares. El lusitano Arias Pinellus conoce muy bien las obras de los seguidores de la tendencia dominante en la Universidad de Bourges y las remisiones a Alciato, Balduino, Duareno, Baro, Zazio, etc. se suceden frecuentemente. Pero lo que nos interesa destacar ahora es que en sus obras, consistentes en comentarios a diversos textos romanos con la estructura clásica del *summariūm*, se ayuda de los clásicos griegos y latinos para resolver problemas concretos.¹¹⁷ Por otra parte, este jurista manifiesta una cierta inclinación a tratar cuestiones muy teóricas, y la teorización sobre las instituciones jurídicas que eran consideradas más importantes es un rasgo peculiar, como ya quedó apuntado, de la producción de algunos autores "humanistas" de la primera mitad del siglo XVI.¹¹⁸

Martín de Azpilcueta recurre también a la literatura clásica latina, especialmente a algunos poetas, a fin de mostrar la "naturalidad" de sus opiniones.¹¹⁹ Pero mayor interés que este canonista presentan Fortún García y Miguel de Ulzurrun. Las obras de estos dos autores ofrecen una doble peculiaridad; en primer lugar, versan sobre temas que son tratados desde un criterio exclusivamente teórico, por lo que las remisiones al Derecho natural son frecuentes. En segundo lugar, apoyan frecuentemente sus argumentaciones en la filosofía de Santo Tomás, cuyas *quaestiones* y artículos entran, por vez primera, a formar parte de una argumentación jurídica.¹²⁰

Un interés singular ha despertado la obra de Fernando Vázquez de Menchaca, considerado por algunos como el iniciador de la escuela del Derecho natural "laico" que se desarrolla en el siglo XVII a partir de Grocio.¹²¹ Sin entrar en el estudio de este problema, reparemos en que este jurista vallisoletano hace en sus *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium*

¹¹⁶ Solamente incluye un sumario con enunciación de los temas propuestos cuando la *lex* o el párrafo a comentar son muy cortos. Stintzing opina de Mudaeus que sigue un método exegético-analítico, pero mostrando las conexiones racionales existentes entre los diversos institutos jurídicos. Conf. ob. cit., vol. I, p. 341.

¹¹⁷ Ver *Constitutiones, Codice de Bonis maternis Commentarii quibus maternae successiones iura foeliciter explicantur y Rubricae, C. de rescindenda venditione*, Salamanca, 1518.

¹¹⁸ Conf. *Constitutiones...*, cit., p. 154, entre otros muchos lugares. Se plantea aquí que *agitur de iustificacione usucapione* y, además, de remitirse a la interpretación filológico-histórica que hizo Balduino de este texto, cita, para apoyar su opinión personal, a Cicerón y Cornelio Tácito.

¹¹⁹ Ver las numerosas obras que se encuentran en la *Opera Omnia* de Lyon de 1595.

¹²⁰ Ver FORTÚN GARCÍA, "De ultimo fine iuris Canonici et Civili. De primo principio, et subsequentiibus praeceptis, de derivatione, et differentiis utriusque iuris, et quid sit tenendum ipsa iustitia", y M. DE ULZURRUN, "Tractatus regimini mundi", trabajos que están incluidos respectivamente en el vol. I del *Tractatus universi iuris*, pp. 106/134 y vol. XVI, pp. 103/129.

¹²¹ Conf., entre otros, E. REIBSTEIN, *Die Anfänge des neueren Natur-und Völkerrechts. Studien zu den "Controversiae illustres" des Fernandus Vasquius (1559)*, Bern, 1949.

libri tres,¹²² un alarde de educación de la literatura latina que no fue superado por ningún autor coetáneo. Las citas de Cicerón, Ausonio, Horacio, Ovidio, Manilio, Propercio, Lucano, Terencio, Séneca, Juvenal, Lucrecio, etc. se suceden —de forma muy desigual según cada capítulo— para extraer de ellas conclusiones prácticas. Jurista del “Derecho común”, Fernando Vázquez se inclina frecuentemente a tratar temas puramente teóricos en su afán de mostrar los últimos fundamentos de las instituciones y problemas que examina. A este fin recurre con cierta frecuencia a teorías iusnaturalistas a propósito de cuestiones que pertenecen a todas las ramas del Derecho, con excepción del Derecho penal, que no parece interesarle. Sus opiniones más generales, que no hubieran encontrado fundamentación en el *Corpus Iuris*, quedan apoyadas en los testimonios que encuentra en los clásicos latinos sobre la naturaleza del hombre, el origen del poder político, de la propiedad privada, etcétera.

Entre los juristas españoles, Diego de Covarrubias fue uno de los que mejor respondió a algunas de las exigencias del movimiento humanista. No se contentó con las investigaciones filológicas e históricas porque, ante todo, es un jurista práctico que indica expresamente que sigue a Alciato.¹²³ Pero lo que llama la atención fuertemente en las obras de Covarrubias es la síntesis que realiza entre la jurisprudencia medieval y coetánea, por un lado, y la filosofía y la teología moral, por otro. Para dilucidar las cuestiones que él mismo se propone se remite con frecuencia a Platón, Aristóteles, Cicerón, Santo Tomás, Scoto y no duda en apoyarse en los Padres de la Iglesia (demuestra conocer muy bien la Patrística), San Pablo, las Sagradas Escrituras, Torquemada, Cayetano, Vitoria y Domingo de Soto al tratar de temas ético-jurídicos. Esto, en el marco de una exposición erudita en el que encuentran una aplicación inmediatamente práctica.¹²⁴ El Derecho se enriquece en Cova-

¹²² Venecia, 1564.

¹²³ Conf. *Praefatio* de la *Variarum Resolutionum Summa*, Salamanca, 1578. Sobre Diego de Covarrubias existe una monografía de L. PEREÑA VICENTE titulada “Diego de Covarrubias y Leyva, maestro de Derecho internacional”, Madrid, 1957. El apartado II del cap. I, titulado “Derecho y Humanismo” es especialmente ilustrativo acerca de la actitud metódica de este jurista.

¹²⁴ En la *Opera Omnia* de Salamanca de 1577/1578 puede comprobarse la forma de proceder de Covarrubias. Este autor dosifica su cultura humanista con una gran regularidad, y por ello ninguna de sus obras es diferente, respecto del tema que nos ocupa, de las demás. En el *In librum quartum decretalium Epitome*, (vol. II de la edic. citada, pp. 225/465, cap. 6º, 2ª parte, epígrafe 10, n. 3), encontramos un texto que muestra muy bien su forma de proceder. En dicho texto se propone la *quaestio* de si el matrimonio entre parientes de primer grado está prohibido por el Derecho natural. Parece que, en efecto, está prohibido por este Derecho, y así lo atestiguan Santo Tomás, Cayetano y Jenofonte. Pero Quinto Curcio, Estrabón, Cátulo, Quintiliano, Tertuliano, Crisóstomo, Clemente Alejandrino, Suetonio, Tito Livio, y Plutarco muestran que en algunos pueblos era tolerado el incesto. Ello no quiere decir, sin embargo, que el incesto esté permitido por el Derecho natural o que el mismo Derecho natural haya cambiado, “*nam licet in aliquo homine dictamen legis extinctum, et sopitum sit in una specie, non tamen inde sequitur in eo prorsus extinctam esse legem naturae communem, ex qua tanquam ex principio communi illud particulare deducitur*”. Ello se refiere por el testimonio de César en *De bello gallico* en donde afirma que entre los germanos estaba prohibido el hurto, y es evidente —afirma Covarrubias— que el hurto es contrario al Derecho natural. La respuesta correcta a esta cuestión —prosigue nuestro autor— es la que ofrecen Santo Tomás, Alejandro de Hales, Scoto, Durando, Silvestre, San Agustín y un comentario de Luis Vives al Antiguo Testamento.

rubias con unos contenidos materiales que los juristas anteriores habían utilizado muy parcialmente, bien porque sólo tuvieron en cuenta la literatura clásica, como Vázquez de Menchaca, o la literatura y la filosofía, como Hotman, o sólo la filosofía, como es el caso de Fortún García, por ejemplo. Sin embargo, Covarrubias apenas hace uso del Derecho natural en tanto que elemento de la argumentación jurídica.

Alfonso de Castro, con su *De potestate legis poenalis libri duo* fue el jurista español de esta época que mejor encarnó la mayor parte de las instancias del humanismo jurídico. Ante todo, hay que observar que el afán de claridad y coherencia que tanto preocupa en este tiempo queda relativamente satisfecho en esta obra. En efecto, en primer lugar podemos constatar que se aparta por completo del método casuístico seguido por la mayor parte de los juristas coetáneos, y en el trabajo antes aludido, aunque no es una obra sistemática, sí existe un cierto orden en la exposición de sus opiniones. En segundo lugar, el razonamiento personal predomina en su argumentación jurídica y sólo muy rara vez recurre a las "autoridades". En estos extremos supera ampliamente a todos los juristas citados anteriormente, cuyos juicios quedan oscurecidos frecuentemente por la reiteración de los problemas y la preocupación de buscar autoridades que fundamenten sus opiniones.

El zamorano, igual que Covarrubias, demuestra ser un *homo universalis* que pone al servicio del Derecho todos los saberes que se encuadran bajo el rótulo de "Humanidades". Conoce bien a los legistas y canonistas. Las remisiones a las Sagradas Escrituras son muy frecuentes, tanto, al menos, como las de los filósofos: Aristóteles, Platón, Santo Tomás, Scoto, etc. A pesar de ser franciscano, las citas más frecuentes son las de Aristóteles y Santo Tomás, y los Padres de la Iglesia aparecen una y otra vez, del mismo modo que Virgilio, Plutarco, Aulo Gellio, Terencio, Herodoto, etcétera.

SCHAFFSTEIN (ob. cit., n. 110), afirma que "cual sus contemporáneos franceses e italianos, está también Covarrubias herido por el espíritu humanista... Este ropaje humanista ha contribuido sin duda a proporcionar a la obra de Covarrubias aquella difusión asombrosamente rápida y amplia fuera de España, que expresa la multitud de ediciones que llegó a tener. Podría hablarse de disfraz humanista, ciertamente. Pues el influjo humanista determina en Covarrubias únicamente la forma externa de exposición, no el contenido. Precisamente en sus teorías jurídico-penales se nos presenta también, en absoluto, como un post-escolástico". Conf. pp. 161/163.

Es difícil valorar correctamente este juicio de Schaffstein. Al parecer, este alemán —como resulta de otros lugares de su obra citada— pretende equiparar a Covarrubias con los teólogos españoles del siglo XVI que se ocuparon de temas ético-jurídicos. De ahí el adjetivo "post-escolástico" aplicado a sus teorías jurídico-penales. Teniendo en cuenta la escasa bibliografía existente sobre la obra de Covarrubias y la gran difusión del libro de Schaffstein este juicio necesita ser matizado pues, en caso contrario, esta inteligencia de las teorías jurídico-penales de Covarrubias podría extenderse con facilidad al resto de su obra. Si Schaffstein entiende por "post-escolástica" una actitud metódica escasa o nada original respecto de una tradición que ya entonces era secular, hay que concluir, a tenor de lo expuesto, que está equivocado. El modo de proceder de Covarrubias, como ya hemos observado, aparece por vez primera en el siglo XVI, siendo desconocido absolutamente por los juristas y teólogos anteriores, y precisamente fue el mismo Covarrubias uno de los que recreó y ayudó más a difundir en Europa este nuevo método. Si Schaffstein considera "escolásticos" a los juristas que no exponen su doctrina de forma sistemática —así parece que también caracteriza a los que él llama "escolásticos"— tendría que considerar como tales a la mayor parte de los juristas humanistas franceses y holandeses de la primera mitad del siglo XVI, que no exponen sus doctrinas de forma metódica, como veremos más adelante.

Los juicios negativos —tan frecuentes en la literatura más reciente— sobre la penetración del Humanismo en la cultura española del siglo XVI¹²⁵ y sobre la influencia de las corrientes humanistas en la jurisprudencia española de esta época¹²⁶ necesitan ser revisados. Elías Kembach, testigo excepcional de las corrientes metodológicas del siglo XVI, después de aludir al *mos italicus* y al *mos gallicus* escribe: *Mediam ingredi viam putantur hispani; qui et legum textus, eiusque verbarum magnam habent rationem, et simul in ea, quae glossa Doctoresque tradiderunt, accurate inquirunt... Tales sunt Didacus Covarrubias, Arias Pinellus, Garzias, Gomezius, Alvarus et alii, quorum monumenta hodie sunt in manibus omnium.*¹²⁷

8. La ordenación de los institutos y la aparición de diversos sistemas jurídicos

Los cambios que experimentó la jurisprudencia en la primera mitad del siglo XVI afectaron también a la forma según la cual debían ser expuestas las instituciones jurídicas. En efecto, varios juristas de este siglo consideraron que la actitud metódica propia de la jurisprudencia anterior, que consistía en el examen minucioso y detallado de cada parte del *Corpus Iuris*, debía ser superada, y los motivos que alegaron a este fin fueron muy diversos. Por una parte, la enseñanza del Derecho en las facultades universitarias se veía seriamente afectada por la enorme cantidad de glosas y comentarios existentes. Sobre este fenómeno indica Chiapelli que “en esta época de decadencia de los estudios jurídicos era común un vicio gravísimo, concretamente, el

¹²⁵ Ver, entre otros, L. GIL, “El humanismo español del siglo XVI” en Actas del III Congreso español de Estudios Clásicos, Madrid, 1968, vol. I.

¹²⁶ SCHAFFSTEIN afirma (ob. cit., n. 110, pp. 154/155) que “por lo demás bajo el título conjunto de «Ciencia del Derecho penal en la época del Humanismo», estos juristas españoles sólo pueden mencionarse a modo de apéndice. Pues aunque el humanismo llegó también a España y se percibe su influencia en la forma externa de composición, no obstante, su penetración fue demasiado superficial para poder impregnar la auténtica substancia del pensamiento español y, en especial, del pensamiento jurídico español. Estos juristas, eran, como se sabe, esencialmente post-escolásticos, lo que se traduce no sólo en los puntos filosóficos de partida sino también en el método que siguen para discutir problemas aislados dogmático-jurídicos y en los resultados a que llegan”.

Según Schaffstein los juristas españoles son “escolásticos” porque no siguen un camino sistemático y porque buscan en la filosofía de Santo Tomás su último apoyo doctrinal. Como crítica a la primera parte de esta afirmación nos remitimos a lo ya expuesto sobre este tema pocas líneas arriba. En lo referente a la filosofía tomista, entendemos que no se puede llamar “escolástico” —tómese o no este adjetivo en sentido peyorativo— a un jurista porque fundamento su doctrina en la filosofía de Santo Tomás. Debe tenerse en cuenta que los principios fundamentales ético-jurídicos tomistas eran aceptados comúnmente, de forma tácita, por la mayor parte de los juristas, católicos y protestantes, y el hecho de que algún jurista se refiera directamente a él solo muestra —teniendo en cuenta la formación cultural de los juristas de esta época— una mayor cultura filosófica por parte del que lo cita. Por otra parte, hubiera sido deseable que Schaffstein describiera esa “auténtica substancia del pensamiento jurídico español”, que le parece tan fácil de caracterizar.

¹²⁷ F. TOMÁS y VALIENTE (en *El Derecho penal de la Monarquía absoluta [siglos XVI/XVII]*, Madrid, 1969, p. 121), entiende que Castilla no conoció bien el humanismo porque culturalmente se relacionó con Italia, donde no prosperó, y no con Francia. HOLTJÖFER (en ob. cit., [n. 3], pp. 146/147), mantiene que “Hier sowie in Spanien und Portugal, wo die humanistische Richtung sich nicht nachhaltig oder nur zögernd durchsetzen

de extenderse excesivamente en el comentario de una ley hasta el punto de consumir un año entero de enseñanza en el examen de un solo título de las *Pandectas*.¹²⁸ Había, pues, que poner remedio a esta situación, y a ello ayudaron los ideales pedagógicos humanistas que querían un método de estudio atractivo y sencillo, tendente a conseguir un conocimiento claro, armónico, bien organizado en su totalidad.¹²⁹ Por este motivo, algunos juristas, recogiendo ideas difusas entre los humanistas que habían atacado la jurisprudencia "bartolista", elaboraron una serie de escritos programáticos en los que propugnaron como programa científico específico la reelaboración metodológica de toda la jurisprudencia a fin de obtener unos compendios panorámicos del Derecho.

Por otra parte, la convicción existente en algunos intelectuales, como Guillermo Budeo, por ejemplo, de la unión entre filosofía y jurisprudencia llevó a pensar que la única forma válida de proceder en la creación y exposición del Derecho era la "sistemática", ya que la filosofía, en esta época inmediatamente precartesiana, se desarrollaba también según diversos sistemas.

Así pues, una preocupación práctica nacida de las exigencias de la enseñanza del Derecho, y una convicción puramente teórica que, de hecho, se movió al margen de la docencia universitaria en la mayor parte de los casos, coadyuvaron a reformar la enseñanza y exposición del Derecho en la primera mitad del siglo XVI.

Está muy extendida la idea de que los juristas seguidores del *mos gallicus* se encaminaron colectivamente por un camino sistemático, y que la sistematización del Derecho fue un logro de esta escuela.¹³⁰ Nosotros, sin embargo, no hemos apreciado tal cosa. Alciato se mostró siempre reacio ante los intentos del *ius in artem redigere*; para él era suficiente con exponer las instituciones según el orden del Digesto.¹³¹ Zazio rechazó la conveniencia de un cambio total en la jurisprudencia y, consecuentemente, polemizó con los prime-

kann, ist er auch in der zweiten Jahrhunderthelte noch verbreitet, während er in Frankreich, den Niederlanden und in Deutschland jetzt vom humanistischen Kommentar völlig verdrängt wird". Este juicio es realmente sorprendente si tenemos en cuenta que los juristas alemanes fuera de Zazio y Catiúncula, permanecieron refractarios al humanismo jurídico.

¹²⁸ Conf. Firenze..., cit., p. 465. SCHAFFSTEIN indica (en ob. cit., pp. 35/36), que "ya desde el siglo XVI se había convertido, con independencia del movimiento humanista, en una necesidad inaplazable para la enseñanza teórica de palabra y por escrito el ordenar la materia jurídica, porque ésta había llegado a alcanzar una extensión insospechada".

¹²⁹ Conf. PIANO MORTARI, *Considerazioni*..., cit., p. 288.

¹³⁰ Además de los autores citados al comienzo de este estudio, recordemos que Piano Mortari escribía no hace mucho que es característico de la escuela de Bourges "il delinearsi di un moto intellettuale tendente a mettere in rilievo la grande importanza delle discipline logiche per costruire un sapere sistemático del diritto". Conf. *Razionalismo*..., cit. p. 7. H. MITTEIS, *Renaissance, Humanismus und Rezeption der fremden Rechte in Deutschland* (en *Die Rechtsidee in der Geschichte*, Weimar, 1957, p. 556) sigue también, entre otros muchos, esta idea.

¹³¹ Conf. entre nosotros B. BRUGI, "Un corso sistemático di un nostro professore del secolo decimosesto", en *Per la storia*..., cit. (n. 14), p. 151. SCHAFFSTEIN, ob. cit. (n. 110), p. 36. Este último autor se apoya en los estudios de E. MOELLER, *Andreas Alciat*, Breslau, 1907, pp. 103 y ss. y E. VIARD, *André Alciat*, París, 1925, pp. 142 y ss. TROJE, ob. cit. (n. 50), p. 43.

ros defensores de la corriente sistematizadora.¹³² Cujas, el representante quizá de más importancia del *mos gallicus*, fue principalmente un glosador y un exégeta del *Corpus Iuris* que hacía de la *interpretatio* el último escalón de su quehacer jurídico. Ciertamente, si hubiera querido, habría podido construir sin esfuerzo una obra sistemática del *ius civile* basada en su ingente labor de tipo dogmático. Pero en Cujas se destaca su falta de espíritu sintético.¹³³

Esta resistencia a la tendencia sistematizadora opuesta por algunos de los representantes más destacados del *mos gallicus* determinó la existencia de una actitud ecléctica entre la jurisprudencia casuística y esta otra a la que estamos aludiendo que se desarrolló a lo largo del segundo tercio del siglo XVI. Elen, Catiúncula, Duareno, Wesembeck, entre otros, partiendo del convencimiento de que *in docendo in artibus, ab iis quae universalia, et nobis notiora sunt, ad singularia procedendum est* —idea que era un lugar común en muchos autores, tanto del Derecho como de otras ciencias— recomendaban a sus alumnos el estudio de la *Instituta* como medio propedéutico para introducirse en los estudios de Derecho. Mateo Wesembeck, siguiendo y superando los consejos de Alciato, sugería agrupar bajo principios generales o especiales los diversos problemas jurídicos, pero siguiendo fundamentalmente el orden de los títulos del Digesto.¹³⁴

Sin embargo, el camino hacia la sistematización del Derecho fue rápido, y aunque se publicaron obras sistemáticas importantes en la segunda mitad del siglo XVI, puede afirmarse que tal camino nace, se desarrolla y llega a su plenitud en la primera mitad de este siglo.

Dicho camino fue marcado por los tratados de Dialéctica legal que se fueron publicando a partir de 1514, año en que Pedro Andrés Gammarus publica su *De modo disputandi ac ratiotinandi in iure libri III*. Esta obra es un compendio de lógica según las fuentes medievales; en ella expone las diversas formas de la *argumentatio* centrandó el estudio en los cuatro tipos fundamentales, a saber, el silogismo, la inducción, el entinema y el ejemplo. Se ocupa de las diez categorías aristotélicas, de los cinco predicables de Porfirio y concede un valor especial al estudio de los *loci argumentandi*, tomando su doctrina de Aristóteles y Boecio. El contenido y la intención de la obra responden a su título y Gammarus ilustra unas digresiones lógicas con ejemplos jurídicos.

¹³² Conf. STINTZING, ob. cit. (n. 5), vol. I, pp. 142 y 171.

¹³³ Conf. MESNARD, ob. cit. (n. 55), pp. 529/535. TROJE (ob. cit. [n. 50], p. 43), entiende que Cujas defendió el *ordo iuris* tradicional, tal como venía expuesto en el Digesto y en el Código. PIANO MORTARI, en cambio, lo considera defensor del sistematismo jurídico. Se fundamenta en el opúsculo de Cujas titulado *Oratio de ratione abendi iuris*. Conf. *Dialéctica...*, cit., p. 298. Teniendo en cuenta el conjunto de la obra de Cujas no nos parece que este juicio se pueda mantener aun cuando este jurista hiciera alguna concesión a la corriente sistematizadora en la citada *oratio*. BRUGI, (ob. cit. [n. 131], p. 151) repara en las profundas diferencias metodológicas entre Cujas y Donello, que fue el gran sistematizador del *mos gallicus*.

¹³⁴ Conf. PIANO MORTARI, *Considerazioni...*, cit., pp. 290 y ss. WESEMBECK, en el *De compositione iuris*, incluido a modo de "Prefacio" en la *Opera omnia* de Colonia de 1573, declara que el texto debe exponerse según un doble comentario, uno exegético "*seu methodico, altero analytico seu apodictico: quorum illo singulae iurisprudéntia partes industria investigatur, et in certum corpus ordine ac ratione cocinna contrahantur: hoc vero evolvantur enucleate omnia, et exponentur interpretatione iusta*".

Conviene observar, y este juicio se puede referir tanto a Gammarus como a otros autores a los que aludiremos a continuación, que los tratados de "lógica" legal de esta época versan indistintamente sobre lógica, retórica y dialéctica, con la pretensión, por parte de algunos, de disolver la dialéctica en la retórica o, por lo menos, dejar reducida la diferencia entre una y otra a una simple cuestión de forma literaria.¹³⁵

Sin embargo, la *inventio argumentorum* fue considerada lo más importante para el jurista, porque permitía una aplicación inmediatamente práctica en el campo del Derecho. Por el contrario, el *Organon* aristotélico resultaba excesivamente teórico y abstracto. Quizá por este motivo, las dos obras sobre dialéctica jurídica publicadas después de la de Gammarus fueron dedicadas exclusivamente al tratamiento de los *loci* dialécticos aplicables al Derecho y consistieron, por tanto, en tratados dedicados a ayudar en la búsqueda de los argumentos utilizables en la argumentación jurídica. Así sucede con los *Loci argumentorum legales* de Nicolás Everardo y con la *Topica tractada per exempla legum*, de Claudio Catiúncula, también titulada y más comúnmente conocida como *Topica legalia*. Este último autor declara en el *Praefatio* de su obra que sigue las doctrinas de Aristóteles, Cicerón, Boecio, Rodolfo Agricola y Trapezontius. La *Topica legalia* se compone de veinticinco capítulos dedicados cada uno de ellos al estudio de un *topos*, comenzando por los más generales y ocupándose progresivamente de los *loci* cada vez más concretos.¹³⁶ Esta forma de ordenar los criterios que permiten discernir las formas más correctas y aconsejables del pensamiento tuvo gran importancia en la evolución del pensamiento jurídico sistemático que, como veremos más adelante, acogió como regla de oro, el proceder desde los principios más generales hasta las reglas más concretas. Otros autores de libros que versan sobre dialéctica legal se limitaron, en cambio, a ordenar alfabéticamente los *loci*.¹³⁷

Estos autores, bajo el término *topos* o *locus* se refieren a realidades diferentes. Por una parte están los *loci ordinarii*, que consisten en aquellos lugares del *Corpus Iuris* en los que se fundamentan las disquisiciones, aisladas entre sí, referentes a un determinado instituto jurídico. Así, por ejemplo, al aludir al Derecho de gentes, era obligado remitirse a la ley *ex hoc iure*, D. tit. *de iustitia et iure* (D. 1, 1, 5) en donde se enuncian las instituciones jurídicas "introducidas" por este Derecho. Por otra parte existen los *loci communes*, que son los criterios dialécticos empleados en la argumentación jurídica, esenciales para el análisis del texto romano. Los autores que estamos estudiando eran conscientes de las diferencias que existían entre unos y otros *loci*, y estas diferencias se reflejaban en la distinta denominación que recibían. Así, Gribaldo

¹³⁵ Conf. BRUGI, *Della interpretazione...*, cit., p. 25. PIANO MORTARI, *Dialettica...*, cit., p. 305.

¹³⁶ Catiúncula comienza con los *loci a praeiudicis, a definitione, ab Etymologia, a coniugatis, a toto*, etc. Concluye con los *loci a scripto, a sententia contra scripto, quod sumitur a verosimile*, y estos últimos pueden ser *a more, ab opinione, a natura, a qualitate rei vel personae, a tempore (praeterito, instanti, consequenti) a loco, a siquis et circumstantibus*.

¹³⁷ Conf. STINTZING, ob. cit., n. 5, vol. I, p. 116.

Mofa, por ejemplo, llamaba a los *loci ordinarii, sedes materiaram*, con lo que resaltaba su carácter topológico, mientras que Pedro Lorient designa a los *loci communes* como *axiomata*, destacando su naturaleza de reglas que sirven para el ejercicio correcto de la razón humana.¹³⁸

Al confundir la lógica con la dialéctica, el *locus* recibió un significado muy amplio, pues en los tratados de los autores aludidos, los *loci* no consisten únicamente en los criterios de la demostración sino, también, en un arte del pensar con el cual el jurista puede proceder ordenada y correctamente.¹³⁹

Para proceder en forma ordenada y sistemática, en la jurisprudencia, se precisaba una disciplina que cumpliera una función instrumental en orden a conseguir estas cualidades en el Derecho. La disciplina que cumplió esta función fue la dialéctica porque, a causa de la confusión entre la dialéctica, entendida en sentido estricto, y la lógica, aquélla fue considerada como la razón misma, en este caso, como la razón en su proyección jurídica.¹⁴⁰ Pero los tratados de Gammarus, Catiúncula, Everardus, Lorient¹⁴¹ y otros más que se fueron publicando hasta 1550 tenían por finalidad hacer accesibles al jurista los criterios lógicos para el desarrollo racional de su tarea interpretativa. Así pues, existe una continuidad esencial en la forma de entender la función de la dialéctica entre los juristas medievales y estos otros autores a los que nos estamos refiriendo.¹⁴² Consecuentemente, Stintzing afirmó sobre este extremo que las obras de Gammarus, Everardus, Catiúncula, etc... "no pueden ser consideradas como el comienzo de una nueva orientación sino como el resto de una tradición escolástica moribunda".¹⁴³

Una consecuencia inmediata de esta inteligencia de la función de la dialéctica era la hipertrofia de criterios dialécticos que se encuentran en estos tratados, de modo que su aplicación al Derecho convertía a éste en una selva de distinciones sutiles.

¹³⁸ Conf. STINTZING, ob. cit., pp. 115/116.

¹³⁹ Conf. STINTZING, ob. cit., p. 117.

¹⁴⁰ Conf. PIANO MORTARI, *Dialettica...*, cit., p. 305.

¹⁴¹ P. LORIENT publicó el *De iuris apicibus tractatus VIII* y *De iuris arte tractatus XX*, (Lyon, 1545). Este autor es poco conocido. En el estudio de H. E. TROJE, "Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts" (incluido en el volumen *Philosophie und Rechtswissenschaft*, Frankfurt, 1969, pp. 76 y ss.), se encuentran algunas consideraciones sobre su aportación.

¹⁴² Conf. PIANO MORTARI, *Dialettica...* cit., p. 307, entre otros lugares. La tesis central que anima este estudio de Piano Mortari es mostrar que la dialéctica cumplió la misma misión en los comentadores y en los autores de tratados de dialéctica legal del siglo XVI. Sin embargo, en las últimas páginas —dedicadas a exponer brevemente las conclusiones obtenidas— afirma que los comentadores utilizaron la dialéctica *exclusivamente* para el análisis sutil y refinado del *Corpus Iuris*, mientras que los juristas cultos la emplearon en la sistematización racional del Derecho. Tal afirmación, además de no estar fundamentada y de ser opuesta a los estudios más recientes sobre este tema, supone una contradicción con la tesis mantenida a lo largo de todo su documentado estudio.

¹⁴³ Ob. cit., n. 5, vol. I, p. 121.

Por este motivo se fue afianzando el deseo de una lógica más sencilla que permitiera conceptualizar las instituciones jurídicas y exponerlas ordenadamente sin necesidad de aplicar el inmenso arsenal lógico existente. Indica Piano Mortari que el problema humanístico de una "lógica nueva" fue sentido de forma especial por los juristas de la dirección culta, y este empeño por simplificar la complicada argumentación aristotélico-escolástica debe ser entendido como un deseo de encontrar formas del razonamiento más concordes con el proceso real del pensamiento. Se buscó una lógica del sentido común, más espontánea, más natural, más fácilmente comprensible para todos, que fuera usada realmente en la actividad práctica.¹⁴⁴

En la tarea de simplificar la dialéctica existente destaca la figura de Pedro Ramus, quien en el opúsculo *Quod sit unica doctrina instituendae methodus*¹⁴⁵ propone un replanteamiento de la dialéctica usual en aquel tiempo. Para Ramus, lo fundamental es plantear correctamente el problema epistemológico, para lo cual hay que volver a la doctrina de Aristóteles. Todo conocimiento, indica Ramus, tiene su origen en los sentidos y en la inducción realizada sobre las cosas singulares. Por tanto, el conocimiento de las especies es anterior al de los géneros, pero éstos, una vez conocidos, son *notiores et clariores* que las especies y las cosas singulares. Alude a los "bárbaros" que han malentendido a Aristóteles, tales como Porfirio, Armonio, Filopono, Simplicio y otros, *qui logicam non ex Aristotelis principiis perpendere et componere... sed pro suo arbitratu tradere voluerunt*. Estos autores *duas vias in descensu ascensuque finxerunt, rectam, alteram inversam: analysisim et genesim nominant... analysis denique a crassissimis maximaque compositis descendat, ad simplicia: genesis contra a simplicibus ad composita perreniat... hoc aristotelicæ philosophiæ contrarium est, non approbo, non laudo*.

En efecto, aunque todo conocimiento tiene su origen en los sentidos y se asciende desde lo particular a lo general, como enseña Aristóteles, el error de los intérpretes aludidos ha consistido en asignar a la lógica una finalidad *demonstrativam, in quo todo coelo aberrant*. Según el pensamiento de Aristóteles, —afirma Ramus— la lógica es sólo un *ars bene disserendi* según el cual:

*Ea per qua scimus, primo loco tractanda sunt:
Per principia, causas, et elementa scimus
Principia, igitur, causae et elementa sunt primo loco tractanda*

Lo contenido en este silogismo se refuerza por otros que inserta a continuación, según los cuales lo más evidente para nosotros son los *effecta et composita*. Luego ellos deben ser tratados en primer lugar. *Totam hanc philo-*

¹⁴⁴ Conf. *Dialectica*... cit., pp. 308/310. F. ELÍAS DE TEJADA, *Tratado de Filosofía del Derecho*, Sevilla, 1974, pp. 217 y ss. también se ocupa de este punto y nutre su estudio en la doctrina de P. Ramus.

¹⁴⁵ *Quod sit unica doctrina instituendae methodus ex Aristotelis sententia, contra Aristotelis interpretes et praecipue Galeno* é IX. *Animadversionem P. Ramí ad Carolum Lotharigem, Cardinalem*, París, 1557.

sophiam según la cual a generalibus ad specialia a causis ad effecta... ab Aristotele institui.

Si aquello de lo que se quiere tratar no va precedido de los conceptos más generales, se incurre en una tautología. *Ergo methodus et collocatio artis a generalibus et universalibus causis atque principiis in phisicis et praeceptis et exemplo non solum necessaria, sed sola et unica traditur et approbatur.* Así es como, según Ramus, procede Aristóteles: *¿Quomodo progreditur? Definitionem primo modo statuit, beatitudinem definit, genera deinde dividit, alteram in actione, altera in contemplatione: postremo generis utriusque species deinceps exponit.*

Como conclusión de esta doctrina general sobre el método, escribe: *interrogatus de methodo at ordine collocandae artis et doctrinae, respondebis a prioribus absolute progrediendum esse. Generalissima (inquam) absolute priora sunt subalternis: ab illis igitur ad haec procedendum: subalterna absolute priora sunt specialissimis: ab illis igitur ad haec progrediendum*".¹⁴⁶

Ramus prescinde del complicado andamiaje dialéctico de los autores anteriores y se limita a indicar unas reglas muy elementales que sirven para exponer e inordinar con claridad el orden natural de los juicios.¹⁴⁷ Encontramos las verdades mediante la *inventio*, se fijan en *axiomata* y se continúan mediante el silogismo. En el silogismo se divide la definición en sus *partes et species* que, individualizadas, se unen mediante *transitiones*. Al final del proceso Ramus obtiene una síntesis ordenada.¹⁴⁸

Al exponer la doctrina de Ramus no pretendemos sino mostrar la existencia de una forma del razonamiento jurídico —instituida por muchos— a mediados del siglo XVI que sólo sería desarrollada colectivamente por los juristas varios siglos más tarde. Porque la doctrina de Ramus, a pesar de su sencillez, pasó desapercibida a los juristas de este tiempo,¹⁴⁹ y antes de que fuera publicada aparecieron varias obras que siguen en esencia su esquema metódico.

Respecto de los tratados anteriores de diléctica de Gammarus, Catiúncula, etcétera, Troje indica que no sabemos nada cierto acerca de la influencia que ejercieron sobre la jurisprudencia de la época.¹⁵⁰ No estamos enteramente de acuerdo con este juicio. En los *praefatio* de algunas obras que ofrecen com-

¹⁴⁶ Estas ideas están tomadas de las páginas 1/8 de la obra citada. Piano Mortari también se ocupa de la doctrina de Ramus, pero sólo parece conocer otra obra suya (*Dialéctica...* cit., París, 1566) en la que sólo toca este tema incidentalmente. Conf. p. 382.

¹⁴⁷ Como se puede advertir fácilmente, lo que propone Ramus no es sino una trivialización de la lógica contenida en los tratados anteriormente citados. Por ello, Piano Mortari indica que esta "lógica nueva" fue incapaz de concebir formas lógicas que renovaran radicalmente los principios y procedimientos. Conf. *Considerazioni...* cit., p. 297.

¹⁴⁸ Conf. STINTZING, ob. cit., vol. I, p. 147.

¹⁴⁹ Conf. STINTZING, ob. cit., vol. I, p. 148.

¹⁵⁰ Conf. *Die europäische...* cit., p. 51.

pendios del Derecho más o menos sistematizados, a las que aludiremos más adelante, sus autores hacen referencias explícitas a dichos tratados de dialéctica. Lo cierto es que en la primera mitad de este siglo encontramos dos obras que siguen los esquemas de ordenación y sistematización trazados por Ramus, por una parte, y por los citados tratados de dialéctica legal, por otra.

En efecto, en 1540 aparece la *Iurisprudentia liber unus* de Sebastián Derrer, que quizá fue la obra sistemática más lograda del siglo XVI y que sigue las líneas fundamentales trazadas por Ramus. Derrer, profesor de matemática, estudió Derecho como alumno de Zazio, y ambos hechos se reconocen en el rigor conceptual —casi matemático— de que hace gala y en la consideración de la *iurisprudentia* como un saber práctico. Aunque cita alguna vez a Aristóteles y Cicerón, sus fuentes son fundamentalmente Bartolo, Baldo o la Glosa.

Para Derrer, la jurisprudencia existente es un caos: *Hinc tam immensa commentariorum coacervatio, et opinionum sylva, in quibus nihil nisi perpetua incertitudo et animi fluctuatio*.¹⁵¹ Por eso, él inició por su cuenta el tratamiento sistemático del Derecho partiendo de convicciones de tipo filosófico: *ego ex philosophicis institutis circa rerum cognitiones aliquo modo attentior*. Para ello es preciso determinar el objeto supremo y esencial de la jurisprudencia a fin de asumirlo como el principio informador de todas las partes del Derecho y al que todas ellas deben referirse.¹⁵²

Su método consiste, pues, en un proceso de deducción sucesiva en el que, a partir del concepto fundamental del Derecho (la *iurisprudentia*), se van desarrollando los conceptos incluidos en aquel otro superior. Derrer se propuso elaborar un compendio de todo el Derecho en varios libros siguiendo el esquema de personas-cosas-acciones. Pero sólo llegó a la imprenta el primero, que versa sobre las personas y aquellos conceptos fundamentales a la luz de los cuales deben explicarse los demás conceptos más concretos.¹⁵³

¹⁵¹ Prólogo de *Iurisprudentia*, cit.

¹⁵² En el prólogo citado afirma: "*Verum comperi huc malo aliter mederi non posse, neque nos, magnam collimatos ad verum scopum, nisi in legalis scientia instar aliarum disciplinarum obiectum certum praefiguratur, in quo omnes legalis scientiae conatus tendet, et tandem idem obiectum in penitioribus sui ipsius quidditatis, ut ratio iurisprudentia desiderat, intimius contempletur, in partibus subiectivis secernatur: et demum singulis capitibus debitae praeceptiones accomodentur: et sic ad statum ac verum rei acopum fiat*". Este tema lo toca también PIANO MORTARI en *Dialettica...* cit., pp. 383/384. J. MARÍN Y MENDOZA, en su *Historia del Derecho Natural y de Gentes*, publicada en el último tercio del siglo XVIII, afirmaba que es una característica de los autores del Derecho natural moderno "buscar un primer principio o preposición, que llaman fundamental, para deducir de ella, como consecuencia, todas las conclusiones de su sistema". Conf. la edición de M. García Pelayo, Madrid, 1950, p. 61. Pero, siguiendo las ideas corrientes en su tiempo, Marín y Mendoza desconoce que esto ya se había hecho en el siglo XVI, porque sigue escribiendo: "Parece, por lo dicho arriba, que Hobbes fue el primer autor de este pensamiento, cuya misma idea abrazó Pufendorf...". Conf. *ibidem*.

¹⁵³ El esquema de su libro es el siguiente: *Iurisprudentia*, que se compone de a) *ius* y b) *iuris obiectum*. El *ius* puede ser *divinum, misticum, humanum, naturale, formatum, consuetudo, scriptum*. Cada una de estas especies del *ius* está dividida, a su vez, en sus

Otra obra que interesa a nuestro propósito es la *Methodica dialectices ratio ad iurisprudentiam adcommodata*, de Juan Apel, publicada en 1545. A diferencia de la de Sebastián Derrer, no se trata de un compendio de Derecho que pretenda ser inmediatamente práctico. Apel pretende, simplemente, enseñar cómo se puede aplicar la dialéctica al Derecho, de modo que éste sea expuesto sistemáticamente. En la *epistola nuncupatoria* insiste en la necesidad del conocimiento, para el jurista, de las principales categorías dialécticas, *quae iuris civiles studioso scitu sunt valde necessaria... atque iurisprudentiae eam artem adcommodarem*. Sin embargo, reconoce que existen juristas que no se preocupan de reducir el Derecho a un *ars*, cuyas doctrinas son de gran utilidad. El conjunto doctrinal que debe ser compendiado y sistematizado es el de *Bartholi, Baldi et aliorum clarissimorum interpretum*. Así pues, Apel, del mismo modo que Derrer, es un jurista práctico que pretende sistematizar el *ius civile* y que no proviene de las filas del *mos gallicus*. Podría decirse que es un “bartolista” que quiere sistematizar todo el bagaje doctrinal legado por los comentadores.

En el *proemium* declara que se apoya en los tratados de dialéctica de Pedro Gammarus y Claudio Catiúncula, y recomienda tratar cada instituto jurídico según seis tópicos: *definitionem, divisionem, causam efficientem, effectus, adfinem et contrarium*. El porqué de la conveniencia de emplear todos y cada uno de estos tópicos, así como las partes de que consta cada uno de ellos y las matizaciones que conviene hacer, constituyen la materia de su estudio. Pero la *Methodica dialectices ratio...* no es un tratado de dialéctica como los de Gammarus y Catiúncula, por ejemplo. Apel se mueve en el marco de un género literario intermedio entre el puro tratado jurídico y el simple estudio dialéctico. Al exponer cada uno de los tópicos indicados va refiriendo a ellos diversos institutos jurídicos, de modo que buena parte de las instituciones quedan ya sistematizadas en sus elementos más importantes. Pero la intención que lo guía no es tanto ofrecer un conjunto doctrinal sistemático como ofrecer pautas seguras para la sistematización del Derecho. Por este motivo carga el acento en la faceta didáctica de su obra y las instituciones que va sistematizando progresivamente se presentan al lector como simples ejemplos de la aplicación correcta del método que él propone.¹⁵⁴

correspondientes subespecies. El *iuris obiectum* se compone de *personae, res, commercium et persecutio*. El estudio de las *personae* lo divide en *personae condictio, personae defensio, tutela et cura*. Cada una de las partes se divide en sus correspondientes especies.

¹⁵⁴ Este método se desarrolla de la siguiente forma: “*Ut sit verbigratia. Tutela veniat explicanda: primum quaeras, quod sit. Et definit eam Servius Sulpitius... Deinde investiges quor habeas partes, quot species*”. Recalca la diferencia entre partes y especies proporcionando diversos ejemplos: *Animal partimus in corpus et animam. Dividimus in hominem, leonem, bovem...*. En tercer lugar, hay que averiguar “*quae sit tutelae causa, unde fluat. Fluit tamen a iure civili...*”. Cuarto loco *quaeritur effectus ej officium, hoc est, quod efficiat tutela: et exercet vim et potestatem in caput liberum et tuetur eum qui per aetatem se nequit defendere. Quinto (loco) adfine habet tutela curam: magna siquidem est inter tutela et curam adfinitas, magna similitudo: neque tamen unum est alterum. Postremo contrarium est quod tutelam vel impedit, quod minus oriatur, vel iam ortam rursus tollit. Ut sit pubertatis fiat mentio: haec etenim tutelam, et quo minus oriatur impedit, eamque olim ortam rursus tollit*”. Conf. el *proemium* de la obra citada.

Stintzing opina que Juan Apel prosigue la corriente exegética propia de los juristas medievales y que, por tanto, su aportación es pequeña. Según este estudioso alemán el mérito de Apel reside en la simplificación de los criterios elegidos, criterios que extrae de la naturaleza de la cosa y que, por tanto, dejan de ser criterios externos, *loci*, para pasar a formar parte de una lógica más sencilla que es la que empleará algo más tarde P. Ramus.¹⁵⁵

Es difícil estar enteramente de acuerdo con este juicio de Stintzing, que descansa sobre la convicción de que la dialéctica medieval sirvió exclusivamente como instrumento del análisis jurídico, haciendo imposible la síntesis de los diversos institutos jurídicos. Por una parte, no nos parece correcta la valoración de Stintzing acerca de la función que cumplió la dialéctica medieval, según los argumentos que expusimos más atrás. Por otra parte, aunque la obra de Apel presenta externamente una cierta semejanza con las de Gammarus y Catiúncula, puestas al servicio del análisis jurídico, en la *Methodica dialectices ratio*... se observa una intención de "sistematizar" el Derecho, pretensión inexistente en los trabajos de los otros autores aludidos.

En efecto, Apel, sirviéndose de las categorías dialécticas cuyo uso recomienda a los juristas, contempla panorámicamente todo el *ius civile* y, mediante un proceso de deducción sucesiva en el que se parte de la *definitio*, se divide lo definido en sus *partes* y *species*, se definen estas partes y especies que, a su vez, son vueltas a definir y dividir, apunta la posibilidad de obtener un sistema jurídico que abarque todo el Derecho. Aunque Apel no se expresa con la precisión de Derrer, su forma de proceder es, de hecho, idéntica a la de aquél. En primer lugar propone el concepto fundamental del *ius*, que es el de *iurisprudentia*. Después explica que la *iurisprudentia tractat* del a) *ius in re*, y b) *ius ad rem*. El *ius in re* comprende tres especies: a) *quasi dominium*, b) *dominium* y c) *ius in re specificum*. A su vez, en el *dominium* hay que distinguir sus *partes* (*propietas et usufructum*) y *species* (*dominium directum et utilem*). Se trata, como es obvio, de una exposición esquemática, pero muy lúcida, de los *iura* que se comprenden bajo el *dominium*, que Apel propone a modo de ejemplo. Desarrollando lo que este jurista dejó solamente apuntado tendríamos un cuadro sintético del derecho de obligaciones y derechos reales, y aplicando este esquema paradigmático a las restantes ramas del Derecho se obtendría una sistematización completa de él.

Posteriormente, Apel, en el *Brachylogus Iuris Civilis*, publicado en Lyon en 1548, desarrolló más ampliamente sus ideas sobre el modo de impartir la docencia del Derecho y la forma del *ius in artem redigere*.

El camino sistemático iniciado por Derrer y Apel fue seguido por juristas de escuelas muy diversas. En 1543, Conrado Lagus publicó en Frankfurt su *Iuris utriusque methodica traditio*, obra que, según el juicio de Stintzing, fue

¹⁵⁵ Conf. ob. cit., n. 5, vol. I, p. 289.

el compendio del *ius civile* más logrado de esta época. En 1542 Melchor Kling había publicado sus *Enarrationes in libros IV Institutionum*, también en Frankfurt, obra en la que se aprecia una mezcla de exégesis y de exposición sistemática, escrita en un estilo popular, alejado de la elegancia de los seguidores del *mos gallicus*.

En la segunda mitad del siglo XVI proliferaron los estudios sistemáticos del Derecho y los relacionados con los problemas que planteaba el *ars iuris*. Luis Pelleo, en el *De iuris civilis arte defensione*¹⁵⁶ expuso ordenadamente los ocho argumentos más utilizados por los adversarios de la sistematización jurídica y los refutó. Luis Hopper, en su *De iuris arte*¹⁵⁷ se ocupó de ordenar sistemáticamente los problemas más importantes relacionados con la noción del *ius*, del Derecho natural y del Derecho de gentes. En tanto que escrito programático, el *De iure civili in artem redigendo* de Juan Corasio gozó de cierta fama. Trabajo corto, aunque con pretensiones, además de ofrecer algunas ideas personales sobre la noción del método propio de la jurisprudencia,¹⁵⁸ sirvió para ordenar algunos conceptos muy generales, según las fuentes romanas, y algunas cuestiones jurídicas especialmente controvertidas en aquel tiempo.

Las monografías en las que se exponen sistemáticamente las cuestiones más importantes referentes a un determinado instituto jurídico constituyen un género literario que fue cultivado por varios juristas a mediados del siglo XVI. Pedro Corversio intentó sistematizar la temática referente a los *pacta*, pero su estudio es bastante desordenado si lo comparamos con otros trabajos similares de la misma época.¹⁵⁹ Gabriel Mudaeus se ocupó, en unos estudios de cierta calidad, de la compraventa y de la hipoteca.¹⁶⁰ Julio Clarus, autor que ha pasado casi desapercibido a la historiografía contemporánea, expuso sistemáticamente en el *Ex libros Sententiarum Receptarum*¹⁶¹ las cuestiones más generales de la sucesión *mortis causa*, la donación, la enfiteusis, el derecho feudal. En el comentario al libro IV se ocupa detenidamente de varios delitos y al final del libro V

¹⁵⁶ Se encuentra en el *Tractatus universi iuris*, cit., vol. I, pp. 103/105.

¹⁵⁷ *Tractatus universi iuris*, cit., vol. I, pp. 81/102.

¹⁵⁸ *Tractatus universi iuris*, cit., vol. I, pp. 59/80. Corasio tomó postura propia ante la cuestión que nos ocupa. En el cap. 7 de la *Pars prima* propone un método triple, resolutivo, compositivo y definitivo (o definitorio) que define en el capítulo siguiente como "*methodum aliud esse nihil, quam brevem quaedam et compendiosam cum ratione docendi viam omnes artes partes subtiliter inveniuntur, et inventae, recto iudicio distinguuntur et docentur*". Su concepción del método está ligada a convicciones filosóficas; en el capítulo 4 mantiene la necesidad de obtener el Derecho *ex intima philosophia*.

¹⁵⁹ Ver ob. cit. n. 58. En la *Epistola nuncupatoria* declara: "*Quod longo studio et meditatione assidua versatus, circa percipiendi et tractandi res modos et formas varias, ubi praestantior viam et methodum tutiorem esse, sic disponem leges singulas ad materiam, ut haec ipsa secundum rectum suum ordinem... ut facilius intelligibilius multo ad suas rationes rei seu tituli, scientia quamvis redderetur, ac minore animo negotio et molestia percipi posse*".

¹⁶⁰ Ver *De contrahenda emptione et venditione* y *De Pignoribus et hypothecis*, Lovaina, 1563. Ambas obras están estructuradas en siete capítulos ordenados desde las cuestiones más generales a las más concretas.

¹⁶¹ Lyon, 1582.

expone la *Práctica criminalis*, estudio unas veces sistemático, otras casuístico sobre el proceso penal. Con Clarus comienza, pues, la sistematización del Derecho penal.

Con Francisco Connanus, Francisco Hotman y Hugo Donellus aparecen los primeros compendios, con pretensión de ser completos, del *ius civile*. Connanus, en sus *Commentariorum Iuris Civiles libri X* intenta una sistematización de estilo muy personal, bastante desordenada, de la que excluye el estudio de las *actiones*. Los libros referentes a personas y cosas se entremezclan continuamente pero, en cambio, el contenido de cada libro en concreto está claramente ordenado. Aunque hace esporádicamente alguna referencia a Acursio, Bartolo, etc., la materia está tomada fundamentalmente del *Corpus Iuris*. Hotman, en las *Partitiones iuris civilis elementariae*¹⁶² realizó una sistematización del *ius civile* en tono sentencioso y lacónico, similar al de una ley actual, siguiendo el esquema de personas-cosas-acciones. Presenta la peculiaridad de que no cita ninguna fuente, ni siquiera el Derecho romano. Teniendo en cuenta que Hotman preconizaba la conveniencia de una codificación del Derecho francés, es posible que estas *Partitiones* fueran publicadas a modo de ejemplo o para servir ellas mismas como Derecho codificado según un criterio sistemático. Por lo demás, este autor ocupa un puesto importante en la historia del movimiento sistematizador.¹⁶³

La labor sistemática más extensa fue la que realizó Hugo Donellus. A lo largo de veintiocho libros¹⁶⁴ expuso sistemáticamente el Derecho romano. Es, pues, un seguidor del *mos gallicus* con un afán sistemático. Aunque desde el punto de vista sistemático es inferior a Sebastián Derrer, ya que no guarda el rigor deductivo propio de este último autor, el *Commentariorum de iure civili*... fue la obra sistemática más completa de todo el siglo XVI y, quizá, también del siglo XVII.

Hay que reparar en que no todos los seguidores del *mos gallicus* que alcanzan la segunda mitad del siglo XVI o publican toda su producción en este período exponen sus doctrinas sistemáticamente. Antonio Govea, Bernabé Brissolinus, Eguino Baro, Julio Pacius, Rodulfo Prateius, Francisco Balduino, entre otros, se desentienden de esta cuestión.

¹⁶² Ocupa las pp. 982/1066 del vol. II de la *Opera omnia*, de 1599.

¹⁶³ HOTMAN publicó en 1573 sus *Dialectices Institutiones libri III*, tratado extenso de dialéctica en el que se ocupa muy especialmente del concepto del *methodus* al que dedica buena parte del libro II. Pero, a diferencia de Catiúncula o Apel, por ejemplo, esta obra no es un tratado de dialéctica jurídica. El mismo Hotman, en el libro II, cap. 18, explica que "*Dialecticam non aut materiam ullam esse, aut certum aliquod habere ac definitum genus, in quo solo versetur, atque occupata sit: sed instrumentum esse, quo arrium omnium materiae ordine certe tractentur... Neque Phisici, neque Theologoci, neque Medici, neque Iuriconsulti, neque altarum artium professores suas disciplinas sine illius adiumento tractare possunt*".

¹⁶⁴ Ver *Commentariorum de iure civile in libri viginti octo. In quibus Ius Civile universum singulari artificio atque 8 doctrina explicantur*, Hannoveriae, 1612.

Gracias a los trabajos de Juan Tomás Freigius, Germán Vulteius, Joaquín Hopper y Juan Althusio la corriente sistematizadora llega hasta el final de este siglo y continúa durante todo el siglo XVII.¹⁶⁵

9. *Observaciones sobre la proyección histórica del "humanismo jurídico"*
El nacimiento del racionalismo iusnaturalista

A lo largo de las páginas precedentes hemos sido espectadores de algunos de los cambios que experimentó la jurisprudencia en el siglo XVI. La atención prestada a los procesos por los que pasó en este tiempo puede ayudarnos a comprender los condicionamientos que determinaron el nacimiento de esta nueva jurisprudencia llamada "iusnaturalista" o "racionalista", que se manifestó abiertamente con Grocio como una nueva dirección metodológica.

En efecto, podemos observar que algunos juristas del siglo XVI realizaron una renovación de la metodología jurídica, y tal renovación sólo fue posible porque ellos cambiaron las fuentes de la argumentación jurídica.

Aun en la primera mitad del siglo XVI el *ius* era fundamentalmente el *Corpus Iuris* y, consecuentemente, la actividad de los juristas era preferentemente exegética. Por este motivo sólo se ocuparon de Derecho natural en la medida en que se ocuparon de él los juristas romanos. Pero en el siglo XVI el Derecho romano deja de ser la *ratio scripta*, un *donum Dei* y pasa a ser considerado el Derecho del Imperio romano. Y la conciencia de la historicidad del *Corpus Iuris* llegó a ser tan fuerte que los seguidores más destacados del *mos gallicus* no pretendieron, por lo general, aplicarlo a la realidad presente. Fue preciso, en tal tesitura, crear otro Derecho que sustituyera al Derecho romano.

El nuevo Derecho, a diferencia del anterior, que tenía una orientación preferentemente exegética sobre los textos romanos, se constituye por argumentaciones personales, distintas según cada autor, fundamentadas y montadas por unos elementos que ya no son exclusivamente el Derecho justiniano ni las glosas y comentarios que durante siglos se han hecho sobre él. Podríamos decir, de modo muy impreciso, que el "objeto" del Derecho es, en estos autores, la razón humana que se despliega apoyándose y ajustándose a unos elementos distintos de los utilizados por los juristas anteriores, según una línea pragmática y equitativa. Los nuevos elementos de la argumentación jurídica estuvieron constituidos por la literatura, sobre todo, por la historia y filosofía clásicas, por la filosofía medieval y por diversas teorías acerca del Derecho natural y el Derecho de gentes. Dejamos por ahora la tarea de la determinación del concepto y contenido de cada uno de estos "tipos" del Derecho. Nos contentamos con destacar que varios juristas del siglo XVI, en el marco de una mayor preocupación por los últimos fundamentos de las instituciones que estudian, hacen referencias más o menos frecuentes al *ius naturale et gentium*.

¹⁶⁵ Conf. STINTZING, ob. cit., n. 5, vol. I, pp. 424/477

Pero no puede pensarse que esta renovación del Derecho fue total. Para las cuestiones muy concretas, que son la inmensa mayoría, siguen utilizando el bagaje conceptual de la jurisprudencia anterior. Por tanto, las citas del *Corpus Iuris* y las de los juristas medievales siguen presentes en las obras de estos autores. Sólo las cuestiones más generales —especialmente las que hacen referencia al fundamento, naturaleza y límites del poder político— son fundamentadas con *argumenta et rationes* distintos de los utilizados hasta entonces.

Por otra parte, el esfuerzo realizado por algunos juristas del siglo XVI, tendente a dar un carácter científico a la jurisprudencia mediante su creación o exposición según una forma sistemática o, por lo menos, el intento de crear un *ordo iuris* para que el estudiante del Derecho pudiera tener ante la vista un cuadro sintético de los diversos institutos jurídicos, dio también sus frutos.

Efectivamente, diversas obras que marcaron hitos —de forma muy desigual según cada cual— en la jurisprudencia europea de la Edad Moderna recogen y asumen de maneras distintas los dos rasgos fundamentales que, a partir de mediados del siglo XVI caracterizaron el pensamiento jurídico occidental: una libertad mayor en la construcción del razonamiento jurídico que se fundamenta, además de en el Derecho romano y los comentarios de los juristas medievales, en las Humanidades y la actitud sistemática o, al menos, ordenadora de la realidad jurídica. Para mostrar el proceso de maduración y consolidación de esta metodología nos basta referirnos, entre otros muchos a los que podríamos aludir, a dos autores: Joaquín Hopper y Hugo Grocio.

El primero de ellos, Hopper, en su *De vera Iurisprudentia*,¹⁶⁶ resume las exigencias que los diversos juristas fueron apuntando años antes. En efecto, esta obra es sistemática; su autor se ocupa en ella de cuestiones muy generales, desconocidas por completo entre los “bartolistas”; la construye sobre el Derecho romano y las obras de los clásicos latinos con razonamientos propios, y, llevado quizá por su talante humanista, se ocupa en ella de cuestiones más propias de un filósofo que de un jurista. Ninguno de estos rasgos puede ser considerado como original suyo, puesto que los hemos observado en otros juristas precedentes. Pero encontrar en un libro de esta época todos estos caracteres desconocidos un siglo antes, muestra que se ha consolidado una metodología jurídica nueva.

Para Hopper la fuente primaria del Derecho es la filosofía: *Neque enim omnia principia hinc tradere aut potuit aut voluit, sed paucis exempta gratia commemoratis, reliqua velut intento digito commostrata, vel ex iure scripto, vel ex ipso fonte, hoc est, philosophiam*,¹⁶⁷ y poco antes ha advertido al lector que el estudioso del Derecho debe *in omni philosophiae parte esset versatissimus*. De este modo, en el campo del Derecho práctico —no olvidemos que aquellos que hasta ahora habían exigido que el Derecho se obtuviera *ex inti-*

¹⁶⁶ El título completo es *De vera Iurisprudentia, ad Regem, Libri XII*, Amberes, 1590.

¹⁶⁷ “Praefatio” de *De vera Iurisprudentia*... cit.

ma philosophia o no eran juristas o, siéndolo, eran unos puros teóricos, como Budeo, por ejemplo— se introduce la filosofía y se produce una inmensa ampliación del panorama sobre el que puede trabajar el jurista.

Los *principia* de la jurisprudencia —indica Hopper— siguen el orden natural de las cosas y deben ser expuestos en una forma metódica,¹⁶⁸ por lo que es preciso delimitar previamente aquellos *principia* con los que se debe ocupar el jurista. La *propria vis et efficacia Iureconsulti cernitur* solamente sobre aquellos que ni llegan a ser evidentes por sí mismos ni son tan oscuros y confusos que el intelecto humano no puede exponerlos y explicarlos.¹⁶⁹ Así pues, el jurista debe ocuparse del *tertiu mediique generis, quae sunt ea quae nec omnibus indubitata sunt, nec item inextrincabilia*; es suficiente con que estos principios sean “verosímiles”.¹⁷⁰ Una vez que se conoce el objeto propio de la jurisprudencia —ésta era en aquel tiempo la primera exigencia de una actitud metódica— el jurista puede proceder a desarrollar su pensamiento.

Del mismo modo que para otros autores a los que ya aludimos, el principio fundamental del cual parte Hopper es el de *iurisprudencia*, que es dividida en *universalis* y *specialis*, y ésta en “primaria” (que puede ser “teórica” o “práctica”) y “secundaria”. De este modo cualquier instituto jurídico puede ser referido, por medio de las divisiones expuestas, al objeto fundamental de la ciencia jurídica y así se cumple con otra exigencia fundamental de los sistematizadores de esta época.

De forma consecuente con el valor que atribuye a la filosofía, Hopper no parte —como sí hacían, en cambio, Apel o Derrer— de un entramado de conceptos tomados casi exclusivamente del Derecho creado por los comentaristas, o del Derecho romano. La mayor libertad en la elección de los elementos del razonamiento jurídico que hemos observado en algunos autores anteriores llega casi a su plenitud con Joaquín Hopper. Ello es así porque este autor introduce explícitamente en la jurisprudencia una serie de “tópicos” que no eran tenidos en cuenta normalmente por los juristas anteriores. Así, en el comienzo del primer libro del *De vera Iurisprudencia*, después de exponer las divisiones de la *iurisprudencia*, trata temáticamente —dedicando un título del libro a cada tema— *De Deo*, *De Mundo*, *De homine*, *De familia*, etc., lo que supone introducir deliberada y explícitamente una determinada visión del mundo como fundamento de la *iurisprudencia*. Las cuestiones antropológicas parecen interesarle particularmente y en el libro II examina atentamente las cuestiones relacionadas con *De primo hominis ac reipublicae statu*,

¹⁶⁸ “*Acutissime summa quaedam capite vestigando reperit, sub quae singulatim descripta, et per absolutissimam, eque ipsa rerum natura manantem methodum ducta...*”. Conf. “Praefatio”, cit.

¹⁶⁹ “*Tertiu mediique generis sunt ea quae ec omnibus indubitata sunt, nec item inextrincabilia: sed quorum rationes longius a communi sensu remotas expediri tamen, et quaerendo investigari possunt, atque intelligi vel verae, vel verosimiles*”. Conf. “Praefatio”, cit.

¹⁷⁰ Conf. *ibidem*.

*De secundo hominis ac reipublicae statu, De tertio hominis ac reipublicae statu, De vita homine sub lege naturae corruptae, etc.*¹⁷¹

De cada uno de estos conceptos obtiene nuestro autor *principia iusti et iniusti*. De este modo surgen *principia a republica deductis, a Deo deductis, etc.*...¹⁷² Pero Hopper, profundizando más, amplía extraordinariamente los límites de la jurisprudencia anterior. Además de los *principia* que obtiene de una concepción de Dios, mundo y hombre, tiene en cuenta las exigencias del mismo concepto de ley y de la justicia, de la ética, de las ciencias físicas, de la lógica, de las matemáticas.¹⁷³

Dejando las cosas en este punto se podría pensar que Hopper fue un hombre especialmente lúcido que se adelantó varios siglos en la especulación iusfilosófica. Pero, sin perjuicio de su vigor intelectual, este autor prosigue tímidamente un camino que había sido abierto por algunos juristas pocos años antes: el del Derecho natural. Todos los "principios" a los que hemos aludido, que están expuestos desde el comienzo de la obra hasta el título 46 del libro III, constituyen Derecho natural. Esto lo sabemos porque él lo indica expresamente y, además, la estructura sistemática de su obra no deja lugar a dudas sobre este extremo. Efectivamente, el título 47 del libro III se titula *De principiis civilibus*,¹⁷⁴ y con él comienza una nueva parte de esta obra: *Post naturalia principia decursa, de civilibus et mediis volo nunc audire*, escribe nuestro autor en el tono coloquial que observa a lo largo de los doce libros de la *De vera Iurisprudencia*. Si a partir de ahora comienza el tratamiento sistemático del Derecho que no es "natural" todo lo anterior tiene que ser Derecho natural.

Sin embargo, Hopper, y algún otro autor como Juan Althusio pasaron casi desapercibidos en su tiempo, a pesar de que sus aportaciones eran objetivamente importantes. Hugo Grocio, en cambio, que publicó su obra más importante cuarenta años más tarde, fue celebrado como "el jurisconsulto del género humano" y gracias a su *De iure belli ac pacis* pasó a la historia como el "padre" del Derecho natural racionalista. El estudio de la obra de este autor tiene una importancia fundamental para nuestro propósito porque a causa del ligamen de hecho entre Grocio y el Derecho natural racionalista, al aludir a la génesis y antecedentes históricos de la metodología empleada por él, estamos investigando el proceso de nacimiento y desarrollo de la metodología propia del racionalismo iusnaturalista de la Edad Moderna.

¹⁷¹ Conf. Libro II, títulos 5/8.

¹⁷² Conf. Libro III, títulos 6/18 y 42/46.

¹⁷³ Conf. Libro III, títulos 20/31.

¹⁷⁴ Sobre el significado del adjetivo *civile* referido al Derecho, ver el estudio de S. KUTTNER, "Sur les origines du terme «droit positif», en *Revue historique de Droit français et étranger*, IV serie, 15 (1936), pp. 728/739. En estos autores el *ius civile* es una parte del *ius positivum* y significa tanto el Derecho propio de cada comunidad política, a diferencia del Derecho de gentes que aunque también suele ser entendido como *ius positivum* es común a casi todos los pueblos, como Derecho que no es "natural".

Aunque en tiempos recientes tal “paternidad” del Derecho natural atribuida a Grocio ha sido ampliamente discutida, nosotros —sin entrar directamente en el examen de esta cuestión— queremos destacar ahora que tradicionalmente, al tratar del racionalismo jurídico moderno se comienza aludiendo a Grocio como su iniciador o, al menos, como el precedente de Pufendorf. Por este motivo, el problema de determinar los precursores del holandés sigue siendo un tema de actualidad —aunque esté muy tratado— tanto en la historia del pensamiento jurídico, en general, como en la más concreta del Derecho natural. Los resultados de las investigaciones hechas sobre los autores pre-grocianos nos parecen insuficientes para explicar la génesis del racionalismo jurídico moderno. Con aludir a unos conceptos —más bien confusos— sobre el *mos gallicus* y las corrientes sistematizadoras del siglo XVI, como hacen unos, o con estudiar las teorías iusnaturalistas de algunos autores españoles de este siglo, que es en lo que se ocupan otros, no se pueden explicar las razones que determinaron el nacimiento de la metodología iusnaturalista-racionalista que se aprecia por primera vez con claridad en el siglo XVII.

El problema que se nos plantea a propósito de este autor —ya que, al parecer, el iusnaturalismo racionalista se inicia con él— es el de determinar la innovación que introdujo en la metodología jurídica, es decir, aquello que separa a Grocio de los juristas anteriores a él, a los que ya hemos aludido.

Lo primero que atrae la atención, tal como apuntamos antes, es la importancia que se concedió a su obra, apenas publicada, y la inmensa influencia que tuvo en los autores posteriores. ¿Por qué sucedió esto?

Es comprensible la fama de Grocio y el olvido que recayó sobre los otros autores, y, en consecuencia, es también comprensible el hecho de que haya sido considerado el primer iusnaturalista racionalista de la jurisprudencia occidental porque su obra más importante, el *De iure belli ac pacis*, en donde alude alguna que otra vez al Derecho natural, recibió una difusión muy superior a las de los autores que hemos mencionado anteriormente, de modo que esta obra suya eclipsó cara a la posteridad, las de aquellos juristas que lo precedieron y a los que él sigue.

Pero en esta obra de Grocio no se observa nada relacionado con la metodología jurídica que pueda ser considerado como una aportación original suya. ¿De dónde, pues, le vino la fama?

La razón de la asombrosa difusión del *De iure belli ac pacis* hay que buscarla en el sentido de equilibrio y de elegancia literaria que posee Grocio. Frente a Connanus, Hopper y otros autores que tienen unas obras extraordinariamente extensas, con un contenido solamente inteligible para un especialista, el holandés expuso en la obra mencionada una doctrina clara, ordenada, presentada en un buen latín. Por otra parte, Grocio llevó a una expresión muy alta las peculiaridades del “humanismo jurídico” que estamos estudiando. Así, todos aquellos elementos de la argumentación jurídica, nuevos hasta entonces, que encontramos muy desigualmente en Cagnolo, Exea, Váz-

quez de Menchaca, Alfonso de Castro o Covarrubias, son utilizados por Grocio con gran elegancia y sentido de la oportunidad. De esta forma, la hipertrofia de citas que se puede observar en Vázquez de Menchaca o Covarrubias, por ejemplo, desaparece en Grocio y su argumentación jurídica se compone de largas digresiones propias apoyadas o fundamentadas en las Sagradas Escrituras, en el Derecho romano, en filósofos, literatos, historiadores, en alusiones al Derecho natural —más precisas y profundas que las de los autores anteriores a él— y en remisiones a las obras de otros juristas entre los que se destacan de forma especial los españoles, con Covarrubias y Vázquez de Menchaca, entre los juristas, y Vitoria, Soto y Molina, entre los teólogos. Sigue teniendo presente las aportaciones de los juristas medievales y a pesar de ser holandés parece desconocer a los humanistas del área flamenca y alemana; el humanismo francés se encuentra muy escasamente representado en su obra.¹⁷⁵

Así pues, Grocio se muestra un continuador de aquella jurisprudencia del “Derecho común” remozada por el Humanismo que, escéptica ante la validez del Derecho romano, tuvo que recurrir para crear Derecho a la razón humana, que en ella se despliega de forma más libre que en la jurisprudencia anterior. La mayor libertad de pensamiento, apoyada en Grocio en filosofías muy diversas,¹⁷⁶ aparece claramente gracias a su genio literario. Pero la *ratio* de Grocio no se desarrolla aún *more geometrico*. Ante todo predomina el sentido de lo pragmático y de lo equitativo, y los testimonios de la literatura y filosofía clásicas ayudan a mostrar en qué medida las opiniones propias concuerdan con la *recta ratio*, ya que dichos ejemplos y testimonios hacen patente que los juicios y valoraciones personales son concordantes con el sentir de hombres de singular categoría moral de todos los tiempos.

El prestigio de que gozó y la enorme difusión que recibió el *De iure belli ac pacis* contribuyó de forma decisiva a hacer patentes y divulgar las simientes racionalistas contenidas en esta actitud metódica que hemos llamado “humanismo jurídico”. Ya sólo faltaba unir este incipiente racionalismo con algunas de las teorías existentes sobre el “método” a seguir en el Derecho para entrar claramente en el racionalismo jurídico de la Edad Moderna.

Así pues, los instrumentos intelectuales que harían posible el racionalismo iusnaturalista de Pufendorf estaban preparados ya desde la primera mitad del siglo XVI. Tras las sucesivas matizaciones, correcciones y ampliaciones hechas en la segunda mitad de este siglo, en las que las teorías sobre el Derecho natural fueron ganando terreno paulatinamente, quedaron preparados para configurar la jurisprudencia de la Edad Moderna.

¹⁷⁵ Conf., entre muchos otros, a H. THIEME, “La significación de la escolástica tardía española para la historia del Derecho natural y del Derecho privado”, en Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria XVII (1969-1970), pp. 61/72. Estamos substancialmente de acuerdo con lo contenido en este artículo, pero hacemos observar que llamar genéricamente “escolásticos” a los autores a los que alude Thème en este artículo supone contradecirse con la tesis de fondo que lo anima.

¹⁷⁶ Ver, entre otros, a WELZEL, ob. cit., n. 4, pp. 126/133.

Samuel Pufendorf, titular de la primera cátedra que existió de la *iuris naturalis disciplina*, fue el primero que se lanzó por el camino abierto desde un siglo antes. Ello fue posible porque Pufendorf dio un paso adelante, decisivo, sobre sus predecesores: al *ius* que aquéllos obtenían mediante el ejercicio de la razón —de una razón que se apoyaba en la literatura, en la filosofía o en las Sagradas Escrituras y en las obras de otros juristas— lo concibió como *ius naturale*, cosa que no hicieron o apuntaron tan sólo muy tímidamente Vázquez de Menchaca, Joaquín Hopper o Grocio, por ejemplo. Por otra parte, este autor encauzó la actividad racional por un camino —valga la redundancia— “metódico” o “sistemático”. Esto no suponía ninguna novedad; Sebastián Derrer o Joaquín, Hopper, entre otros, ya habían aplicado diversos métodos o sistemas a la jurisprudencia. Pero la mayor depuración del sistema racionalista de Pufendorf, de acuerdo con las ideas filosóficas de la época, y la equiparación entre lo “racional” y lo “natural” —inexistente, al menos explícitamente, en la jurisprudencia anterior— nos muestran que el racionalismo contenido en los que aquí hemos llamado autores del “humanismo jurídico racionalista” ha llegado a su plenitud y, al mismo tiempo, ha muerto para dejar paso al racionalismo iusnaturalista.

FRANCISCO CARPINTERO

LA LESION SUBJETIVA, UNA CONSECUENCIA NEGATIVA DE LA
SOCIALIZACION. LA SOLUCION DEL PROBLEMA A TRAVES DE LA
REFORMA DE 1968. ALGUNOS ASPECTOS

Capítulo I

LAS TRANSFORMACIONES SOCIALES Y POLÍTICAS

La revolución del siglo XX

1. A fines del siglo XVIII, el hombre, en general, se encuentra dentro de una sociedad en la cual la vida está sometida a la arbitrariedad del príncipe y las libertades son privilegios de unos pocos.

La Revolución Francesa y el movimiento que la continúa, reacciona contra este estado de cosas. La libertad tiene por base la igualdad. La ley es la misma para todos.

2. Las ideas liberales se desenvuelven en el espíritu de un cierto número de dirigentes durante el siglo XVIII. Dominan hasta mediados del siglo XIX y a partir de entonces son progresivamente derrotados.

3. En verdad, la igualdad jurídica no sirve para mucho cuando no puede ser usada.

La reacción antiliberal sucede a partir del siglo XIX. La sociedad se organiza, entonces, adoptando un conjunto de medidas que se consideran necesarias. De este modo se llega a una cierta intervención del Estado (dirigismo) en contraste con la orientación liberal.

Se procura la igualdad social. En la base de la nueva concepción se encuentra la idea de que el bien común consiste en un conjunto de beneficios que deben estar al alcance de todos. El Estado ha de arbitrar los medios para que esta finalidad se cumpla, lo que supone una posición activa a ese respecto. La concepción del liberalismo se limitaba a una actitud negativa de no intromisión en lo social.

4. La técnica, el progreso, en general, impone una coordinación mayor de trabajo; cada uno en su actividad, depende de los demás. Y esto para realizarse, exige siempre una organización colectiva más avanzada.

La sociedad evoluciona de esa manera hacia una dependencia de todos con respecto a todos. En adelante, el hombre no puede vivir preocupándose

únicamente de sí mismo; está obligado a integrar en su vida personal, la preocupación del conjunto social. En toda ocupación el hombre se siente solidario con los otros hombres.

El liberalismo económico sostenía, en cambio, la idea del interés personal. Sostenía que todo lo que favorece la riqueza es bueno, todo lo que la desvirtúa es malo. "Enriqueceos" decía Guizot a los franceses. El único fin de la vida es ganar dinero.

Para esta doctrina, el bienestar general es que cada uno busque su propio bien particular sin preocuparse de nada más. Que la suma de los egoísmos produzcan automáticamente el bien común es una fórmula de sueños!

5. Los cambios profundos que se comprueban en la sociedad se orientan a movimientos que agregan a las inquietudes sociales otras de naturaleza diferente, lo que produce una gran confusión. Pero, afirma Jacques Leclercq, la idea de que los hombres forman una comunidad, que el individuo aislado no puede llegar a nada y que la sociedad debe ser organizada como una comunidad se ha extendido conquistando todos los campos de la actividad humana.

La Revolución del siglo XX debe pues ser considerada menos como una explosión que como una corriente vertiginosa que arrastra de manera irresistible.¹

La socialización

1. La multiplicación de las relaciones sociales en las cuales los hombres se ven comprometidos, configura otra característica de nuestro tiempo: la socialización.

Alain Barrere, en la sesión de apertura de la 47ª semana de Francia, en Grenoble, en 1960, dice al respecto que la gran cuestión es saber si las estructuras crean o traban las condiciones de una libre expansión personal y colectiva. Y agrega, que la gran multiplicación de los vínculos sociales puede importar servidumbre pero también liberación.²

Marcel Laloire, por su parte, sostiene que el aumento de los vínculos sociales es una servidumbre cuando mecanizan al hombre a tal punto que ya no puede escapar a la compulsión y a los determinismos, lo que hace que no pueda afirmarse como ser libre.³

¹ El canónigo Jacques Leclercq se ha ocupado extensamente de este tema en artículos aparecidos en la Revista *Criterio*. "La revolución del siglo XX". Nº 1272-73-74, pp. 862-68. "La revolución del siglo XX. De la igualdad jurídica a la igualdad social". Nº 1306, 24-4-958, pp. 283-86. "La revolución del siglo XX. Hacia un mundo comunitario". Nº 1327, 12-3-959, pp. 167-72. "La revolución del siglo XX. El cristianismo frente a la sociedad comunitaria". Nº 1332, 28-5-959, pp. 367-71.

² LALOIRE, MARCEL, "Socialización y persona humana", en: Revista *Criterio*. Nº 1365, 13-10-960, pp. 734-36.

³ LALOIRE, MARCEL, ob. cit., pp. 734-36.

2. Este resultado negativo no sólo es consecuencia de la red de instituciones sino de fuerzas anónimas y en todo caso desprovistas de responsabilidad: propaganda política, publicidad comercial, etc. A lo que se añaden los "grupos de presión" que pretenden imponerse y se dirigen a la conquista del poder político.

Todas estas dinámicas históricas que nadie puede detener, ni nadie detendrá, a juicio de Juan XXIII, están señalando el peligro existente.⁴

La gran dificultad, entonces, es hallar el punto de equilibrio, porque pueden significar tanto la liberación como la modificación de los hombres. De ahí, asevera el P. Moledo, las ventajas y los riesgos de la socialización.⁵

La revolución Socrática

1. En 1945 Emmanuel Mounier piensa que es menester encontrar el punto de partida en el cual han divergido Marx y Kierkegaard, quebrando en su clave de bóveda la revolución Socrática del siglo XIX.

Se conoce por revolución Socrática la reacción que se produce en el siglo XIX contra las fuerzas que despersonalizan al hombre.

Kierkegaard formula un llamado al hombre moderno, aturdido por el descubrimiento y la explotación del mundo, a la conciencia de su subjetividad. Marx, por su parte, denuncia las mistificaciones de las estructuras sociales y recuerda al hombre que su destino no está solamente en su conciencia sino en sus manos.⁶

Concluye Mounier sosteniendo que las dos líneas de pensamiento no harán después sino divergir, y que la tarea de nuestro tiempo es, quizás, no de reunir las allí donde no pueden encontrarse, sino reconstruir la unidad que han rechazado.

2. A mediados de siglo, ya se notan las consecuencias negativas de la socialización.

No es solo Mounier quien lo advierte. La Iglesia, en 1965, pone de relieve que la socialización teje sus propias redes sin que logre siempre una adecuada maduración de la persona y el establecimiento de relaciones auténticamente personales.⁷

Paulo VI, más tarde, en 1967, aclara que el desarrollo no se reduce al simple crecimiento económico. Para ser auténtico debe ser integral, respetar

⁴ "Consiguientemente, queda reducido al radio de acción de la libertad individual: difícil es pensar por sí mismo, obrar por iniciativa propia, asumir convenientemente la responsabilidad personal y afirmar y consolidar con plenitud la riqueza individual". Carta Encíclica *Mater et Magistra*, 62.

⁵ Can. MOLEDO, MANUEL. "Jornada espiritual para considerar las enseñanzas contenidas en *Pacem in Terris*, en el Colegio del Sagrado Corazón" (Almagro). 20 al 21 de julio de 1963.

⁶ LACROIX, JUAN. "Lo público y lo privado", en: Revista *Criterio*. N° 1384, 27-7-61, pp. 529 ss.

⁷ Constitución Pastoral "La Iglesia en el mundo de nuestro tiempo", 6.

la escala de valores y promover así a todos los hombres y a todo el hombre. Se debe buscar un humanismo nuevo que permita al hombre moderno hallarse a sí mismo, asumiendo los valores superiores del amor, de la amistad, de la oración y de la contemplación.⁸

Los últimos años del siglo XX

1. En la última parte de este siglo se insiste en la necesidad de una mayor interiorización del hombre, de su apertura a los valores espirituales, como único recurso eficaz para contrarrestar los resultados negativos de la socialización.

Así, Juan Pablo II, en 1979, expresa que mientras avanza enormemente el dominio del hombre sobre el mundo de las cosas, su humanidad está someteda, y él mismo se hace objeto de múltiple manipulación, aunque a veces no directamente perceptible, a través de toda la organización de la vida comunitaria. Y agrega, que no se trata solamente de dar una respuesta abstracta a la pregunta, ¿Quién es el hombre?, sino de todo el dinamismo de la vida y de la civilización.⁹

En 1980 Juan Pablo II dice que aumenta en nuestro mundo la sensación de amenaza que destruye lo que es esencialmente humano, lo que está en conexión última con la dignidad de la persona, con su derecho a la verdad y a la libertad.

Se preocupa, por otra parte, del ocaso de tantos valores fundamentales que constituyen un bien indiscutible de la moral humana: la crisis de la verdad en las relaciones interhumanas, la relación meramente utilitarista del hombre con el hombre. Concluye afirmando que la desacralización a veces se transforma en deshumanización.¹⁰

2. De lo que se expone precedentemente, a modo de síntesis, surge que el hombre obtiene la igualdad jurídica desde fines del siglo XVIII y a mediados del siglo XIX. En los últimos años del siglo XIX las ideas individualistas-liberalistas pierden terreno. En el transcurso del siglo XX el hombre, en forma progresiva, conquista la igualdad social, admite la interdependencia y renace el espíritu comunitario. En la última parte del siglo se trata de resolver las dificultades que origina la socialización, insistiéndose sobre el valor de la persona y la necesidad de su realización plena.

Se recalca, además, que se debe organizar la sociedad de manera que cada uno disponga de una esfera de libertad tan amplia como para que le sea posible desarrollar su personalidad.

3. La humanidad progresa porque hace retroceder el aislamiento y promueve la soledad, pues la soledad es comunión y también intimidad.

⁸ Carta Encíclica *Populorum Progressio*, 14-22.

⁹ Carta Encíclica *Redemptor Hominis*, 18.

¹⁰ Carta Encíclica *Dives in misericordia*, 11.

La soledad del artista, escribe Bergamín, no es la de una isla, sino la del mar; del mar siempre recomenzado, como decía Valéry. Lo que es verdad del artista debe serlo de cada hombre.¹¹

Capítulo II

LOS CAMBIOS DEL DERECHO POSITIVO

Las transformaciones del derecho positivo

1. En el derecho positivo, que crea el orden jurídico vigente, se produce también una evolución para reglamentar las nuevas instituciones sociales.

Se interpreta, no obstante, que el cambio ha seguido comparativamente una evolución más lenta. La mayoría de las instituciones jurídicas no se remontan más allá de 1924.

Por esta razón —anota Leclercq— no hay que sorprenderse de que las instituciones que intentan expresar un derecho a la igualdad, hayan sido formuladas al principio de manera imperfecta.

Con todo, el derecho positivo se va encaminando paso a paso, de una concepción puramente individualista, cuyo modelo es el Código de Napoleón, hacia una concepción comunitaria.

2. La intervención del Estado se hace más enérgica, sin duda, cuando suceden los conflictos mundiales y la solución de los problemas económicos y sociales se presenta en forma acuciante.

Tal vez en el período entre las dos guerras (1918-1939) y en los años que siguen a la última contienda mundial, el proceso de adaptación o de cambio tiende a acelerarse.

A contar también de 1917, las nuevas constituciones incorporan normas o principios programáticos que se relacionan con la familia, la propiedad, el trabajo y la actividad económica, en general.

La constitución de Méjico (1917) es la primera que destina un capítulo al trabajo. Sigue la constitución de Weimar (Alemania, 1919) que dedica algunas secciones a la consideración del matrimonio, mejoramiento de la familia, protección del trabajador, tanto manual como intelectual.

La vida económica ha de acumularse a los principios de justicia y proponerse como fin garantizar a todos una existencia digna del hombre.

En el mismo sentido al expresado, la constitución portuguesa, la italiana, la reforma argentina de 1957, etc. Es lo que se denomina el constitucionalismo social.

¹¹ LACROIX, JUAN, ob. cit., p. 529.

3. El derecho positivo tiene una orientación que corresponde a otra concepción de la vida. La función social de los derechos y la relatividad de los mismos; la consideración cada vez mayor de la *publico utilitas*; la protección de la familia y los débiles; son todos ejemplos significativos del cambio profundo que se ha operado.

4. Los redactores del Código Civil francés de 1804 —dice Mazeaud— respetuosos de la libertad y de la voluntad del individuo, afirman el principio de la autonomía de la voluntad, en virtud del cual, por una parte, nadie puede, en principio, quedar obligado sino por su voluntad; por otra parte, cada cual es libre para contratar a su antojo.

La autonomía de la voluntad se fundaba sobre una supuesta igualdad de los contratantes que, en el curso del siglo XIX, se revela que no era sino un engaño, para permitir el aplastamiento del más débil por el más fuerte. El legislador interviene para restablecer el equilibrio, regulando las cláusulas de los contratos de adhesión, dirigiendo o imponiendo los contratos. En algunas ocasiones ha intervenido en el cumplimiento del contrato y facilitado o hasta dispensado al deudor de su compromiso.¹² Es la quiebra del principio de la autonomía de la libertad, que la doctrina había elevado a la categoría de un verdadero dogma y su consecuencia necesaria, esto es, el respeto a la palabra empeñada: *pacta sunt servanda*.

El derecho positivo (y la jurisprudencia) prosiguen su misión moralizadora, ampliando las nociones del enriquecimiento sin causa, dolo, lesión y responsabilidad civil.

La evolución del derecho positivo argentino

1. Sostiene Spota que el Código Civil argentino tiene su filosofía, su espíritu. En efecto, el art. 14, inc. 2, que se refiere a la ley extranjera, establece que ella no podrá aplicarse “cuando se aparte del espíritu de la legislación de este código”.¹³

¿Cuál es, entonces, su espíritu? El Código Civil argentino sigue indudablemente la orientación ideológica del principal cuerpo legislativo del siglo XIX, esto es, el Código Civil francés en 1804.

Sin embargo —dice Spota— no es correcto atribuir al Código de Vélez Sársfield un excesivo individualismo, pues ha innovado en algunas materias, separándose así de la legislación europea del siglo XIX. Por ejemplo, los arts. 33 y 48 prueban que no olvidó el bien común; y el art. 1133, que llegó a admitir la responsabilidad objetiva. Y sobre todo el fundamental art. 953 que expresa que el objeto del acto jurídico no sólo tiene que ser posible, lícito, sino que no debe ofender la libertad de acción y de conciencia. Notable “lave

¹² MAZEAUD, HENRY, LEÓN y JEAN. *Lecciones de derecho civil*. Parte 2ª, vol. I, pp. 35-36.

¹³ SPOTA, ALBERTO GASPAR. *Curso sobre temas de derecho civil*. Buenos Aires, Depalma S. R. L., 1970, pp. 14, 171 y 172.

maestra” que permite adecuar la ley positiva a las nuevas exigencias sociales, económicas y éticas.

Ese “respiradero”, esa “válvula de escape”, como la califica el autor citado, notable precepto para su época, que tiene su origen en la síntesis de varias reglas del Proyecto de Freitas, permitió la lucha contra el negocio usurario y que la lesión subjetiva pudiera ser invocada.¹⁴

2. El Código de Napoleón recibe las directivas filosóficas de la Enciclopedia y en materia económica los principios de la Escuela Clásica. Lo que después se va a conocer como el liberalismo individualista que informó el derecho y la vida social durante casi todo el siglo XIX.¹⁵

3. Las primeras tentativas de reforma general del Código Civil se originan en 1926, año en que se crea una comisión con esa finalidad, la que designa al Dr. Juan A. Bibiloni para que prepare un anteproyecto.

La comisión Reformadora, en base al Anteproyecto Bibiloni elabora el Proyecto de 1936.

Posteriormente, entre los años 1950/1954 se confecciona otro anteproyecto que lo compone el Dr. Jorge J. Llambías.

4. Entre tanto, se van realizando múltiples reformas parciales al Código Civil. Entre las principales, se pueden mencionar: ley 2393 sobre matrimonio civil; ley 10.903 de patronato del menor; ley 11.156 sobre locación urbana; ley 11.357 llamada de derechos civiles de la mujer; ley 13.252 sobre adopción; ley 13.512 sobre propiedad horizontal; ley 14.367 con modificaciones substanciales en el régimen de la filiación extramatrimonial, sucesiones, etc.; ley 14.394 que modifica el régimen penal de los menores, la edad mínima para contraer matrimonio, la ausencia, e instituye el divorcio vincular, este último suspendido *sine die* por decreto 4070/56; ley 19.134 nuevo régimen sobre adopción; ley 19.724 de prehorizontalidad; ley 21.173 sobre el derecho a la intimidad; ley 21.541 de trasplantes; etc.

5. Párrafo aparte, merece la reforma parcial de 1968, que se lleva a cabo por medio de la ley 17.711. A pesar de resultar mínima en su extensión, intro-

¹⁴ SPOTA, ALBERTO G., ob. cit., pp. 171-72.

¹⁵ Las “ideas nuevas” propagadas primordialmente por la Enciclopedia consisten en la exaltación desmedida de la razón humana, de la ciencia experimental y del progreso indefinido. Al siglo XVIII se lo conoce como el “Siglo de las luces”.

Por su parte, la Escuela Clásica sostiene que el fundamento de la actividad económica es el provecho personal (utilitarismo); la sociedad no es más que la suma de los individuos. El interés de la sociedad es la suma de los intereses de sus diversos miembros (individualismo); todo individuo es libre para perseguir su propio interés. El estado debe asegurar la libertad de acción de los individuos, no tiene otro cometido (liberalismo). El antecedente de la doctrina está en la Fisiocracia, en la que se sostiene que el individuo al realizar el propio interés hace posible el orden natural que gobierna la sociedad. Aun persiguiendo el propio interés —dirá Adam Smith— el individuo colabora en beneficio de la colectividad, “guiado por una mano invisible”.

duce un cambio radical en el “espíritu” del código, lo que hace decir a Spota que a contar de esa fecha, es un nuevo código, porque otro es su espíritu.¹⁶

Borda dice que se ha pretendido insuflar al código un nuevo espíritu, cambiando su orientación liberal, individual y positivista, por una nueva concepción de tipo social que satisfaga en mayor medida la apremiante apetencia de justicia de las sociedades modernas.¹⁷

La reforma de 1968 incorpora principios de real importancia o trascendencia; la buena fe, el abuso del derecho, la lesión subjetiva y la imprevisión.

6. Todo esto demuestra que el derecho positivo se ha ido modificando paulatinamente para responder a las necesidades sociales y económicas que plantea una sociedad en cambio.

Capítulo III

LA LESIÓN SUBJETIVA

Los antecedentes del derecho comparado

1. No se puede negar la relación que la lesión subjetiva tiene con la represión del negocio usurario, para que la “usura desvergonzada” no quede cubierta por la libertad de contratar.

En tal sentido, cabe recordar el art. 230 del Código Penal del Cantón Schaffhausen de 1859, que establece: “la persona que, en razón de un préstamo, o de otros contratos onerosos, estipula ventajas excesivas, se vuelve culpable de usura: 1) Si ha explotado, para obtener este beneficio, la miseria o la ligereza de otro...”.

También la ley austríaca de 1877 prescribe, que se vuelve culpable de delito, la persona que acuerda un crédito sabiendo que las condiciones aceptadas deben acarrear la ruina al deudor, mientras éste no las puede conocer “en razón de su debilidad intelectual, su inexperiencia o la sobreexcitación de su espíritu”.

Finalmente, el Código Penal alemán, en su art. 302 modificado por una ley de 1880, estatuye que “el que abusando de la necesidad, debilidad de espíritu o inexperiencia de otro, cuando le otorga un préstamo o en el momento del vencimiento de un crédito, se hace prometer o entregar, sea a él o a un

¹⁶ SPOTA, ALBERTO G., *Ibidem*, p. 21. Este autor los denomina “grandes principios”. Al considerar la buena fe en el contrato, distingue la “buena fe creencia” en su formación y la “buena fe lealtad” — la “buena fe probidad”, en el cumplimiento. Estudia la aplicación del principio en material de nulidad y en el caso del heredero aparente. Al referirse al abuso de derecho, afirma que ya existía en el código, y que los jueces si pocas veces hablan de él, lo cierto es que siempre lo tuvieron presente. Encarece acerca de la trascendencia de la teoría de la imprevisión y dice que si bien el código no la había contemplado, corresponde deducirla de los principios generales, pp. 212-269.

¹⁷ BORDA, GUILLERMO A., *La Reforma del Código Civil. Lesión*. ED, 26-12/13.

tercero, beneficios que exceden de tal manera la tasa habitual del interés que, de acuerdo a las circunstancias del caso, estas ventajas presentan una desproporción chocante con el servicio prestado, será castigado...".

2. Otro antecedente interesante en el tema que nos ocupa es el art. 138 del Código Civil alemán, que incorpora el tipo penal que reprime el delito de usura.

Dice el texto citado que "es nulo todo acto jurídico contrario a las buenas costumbres". En particular, es "nulo el acto jurídico por el cual alguien explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de otro, obtiene para él o para un tercero que, a cambio de una prestación, le prometan o entreguen ventajas patrimoniales que excedan de tal forma el valor de la prestación que, teniendo en cuenta las circunstancias, exista una desproporción chocante con ella".

El art. 21 del Código Suizo de las Obligaciones, reformado en 1930, dispone que "en caso de desproporción evidente" de las contraprestaciones, la parte lesionada puede dentro del plazo de un año rescindir el contrato y repetir lo que ha pagado, si la lesión ha sido determinada por la explotación de su penuria, ligereza o inexperiencia". El Código de las Obligaciones de Turquía contiene una norma similar.

Por su parte, el Código soviético, en el art. 33, autoriza declarar judicialmente la ineficacia del acto jurídico que ha causado a una de las partes un perjuicio manifiesto celebrado "bajo la influencia de una extrema necesidad".

El Código Civil libanés de las Obligaciones, en su art. 214, concede la acción cuando existe explotación de la "penuria, ligereza o inexperiencia", y el Código Civil chino, en el art. 774, se refiere a las "necesidades apremiantes, ligereza o inexperiencia de la última".

El Código Civil mejicano de 1932, admite la acción cuando se obtiene un beneficio "evidentemente desproporcionado" explotando "la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria" de otro.

El Código Civil griego de 1946, en su art. 179, considera el caso de que se explote "la necesidad, ligereza o inexperiencia" de la otra parte.

El Código Civil de Etiopía de 1960 que, como dato interesante, ubica a la lesión entre los vicios del consentimiento (error, dolo y violencia), dispone en el art. 1710 que el contrato podrá ser anulado, "cuando el consentimiento de la parte lesionada haya sido obtenido por su penuria, simplicidad de espíritu, senilidad o inexperiencia manifiesta en los negocios". Resulta así una expresión amplia, comprensiva, máxime que hace referencia expresa a la moralidad ("si la moral lo exigiese").

El Código Civil húngaro de 1960, en el art. 202, dice que el contrato (usurario) es nulo y sin efecto cuando una de las partes al celebrar el contrato, aprovechando la situación de la otra, "estipula para sí un beneficio sensiblemente desmesurado". Las sanciones correlativas no se limitan a la anu-

lación del acto y a la modificación del mismo, sino que pueden llegar a hacer perder el beneficio a favor de la víctima o del Estado, las prestaciones que eran debidas.

El Código Civil polaco de 1965, en su art. 388, admite también la lesión subjetiva, habla de que la parte, explotando la "penuria, impotencia o inexperiencia" de la otra, acepte para sí o para un tercero, una prestación "cuyo valor sobrepasa sensiblemente el valor de su propia prestación".

El Código Civil portugués de 1967, incorpora la lesión subjetiva al considerar los negocios usurarios. Dice en el art. 282 que el negocio es anulable, cuando alguien aprovechando conscientemente la situación de necesidad, inexperiencia, dependencia o deficiencia psíquica de otro, obtiene para sí o para un tercero, "beneficios manifiestamente excesivos e injustificados".

El Código Civil italiano, art. 1948, establece que si la desproporción de las prestaciones obedece al estado de necesidad en que se encuentra una de las partes, de la que se ha aprovechado la otra para obtener ventaja, la parte damnificada puede demandar la rescisión del contrato. No procede si la lesión no excede la mitad del valor de la prestación ejecutada o prometida por la parte damnificada.

El Código Civil de Bolivia de 1976, art. 561, exige que se hayan explotado las "necesidades apremiantes, la ligereza o la ignorancia" de la parte perjudicada y que sea manifiestamente desproporcionada la diferencia existente en las prestaciones (sobrepase la mitad del valor de las prestaciones que se intercambien).

En el *common law* de Inglaterra y de los Estados Unidos de Norteamérica, en solución de los casos basados en precedentes, existen instituciones que corresponden a lo que nosotros denominamos lesión subjetiva.

El derecho no codificado, da mucha importancia al *duty* (deber de buena fe) que debe existir en las convenciones.

Un atentado o desconocimiento del *duty* se da cuando se incumple en lo que se llama *undue influence* que puede traducirse por abuso de confianza, cuando una de las partes, deslealmente, abusa de su superioridad sobre la otra para obtener ventajas indebidas.

Otra figura, es la *unconscionable bargain*, es decir, el caso de convenciones "inconcebibles o irrazonables" en el que se toma en cuenta la desigualdad de inteligencia o condición social, procurando defender a personas débiles sin defensa, ignorantes o que se encuentren en estado de necesidad. El juez anula el contrato.

Los antecedentes de derecho argentino

1. La lesión tiene su origen remoto en la Mischnah del derecho hebreo, el derecho romano primitivo y el derecho canónico.

Es sabido que Vélez Sársfield no admite en su código la lesión objetiva (enorme o enormísima). La nota al art. 943, tomado en gran parte de las explicaciones de García Goyena, es suficientemente ilustrativa al respecto. Además, el art. 4049 del Título Complementario, interpretado a *contrario sensu*, corrobora la afirmación que se hace, de que ha quedado excluida la lesión enorme.

2. A principios del siglo XX, en el Congreso de Ciencias Sociales que tiene lugar en Tucumán en 1916, preocupa el problema que causa la usura y se aprueba una recomendación para combatirla, propiciando con tal finalidad una disposición parecida al art. 138 del Código Civil alemán.

En el Anteproyecto que prepara Bibiloni entiende que no es necesario incorporar la lesión pues ella se halla implícita en el art. 953.

El Proyecto de Reformas de 1936, en cambio, dispone en el art. 156 que "se juzgará especialmente contrario a las buenas costumbres, el acto jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia ajenas, se hiciere prometer u otorgar para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, ventajas de orden patrimonial evidentemente desproporcionadas".

La Comisión, en el informe que produce, expresa que ha introducido al art. 953 un agregado que contiene la doctrina del art. 138 del Código Civil alemán "cuyo valor y alcance son bien conocidos".

En el Anteproyecto de 1954 se contempla la lesión objetiva y la lesión subjetiva. En lo que se refiere a esta última, estatuye en el art. 159, que si media desproporción evidente entre la prestación de una de las partes y la contraprestación correspondiente, el acto podrá anularse, cuando la lesión hubiese sido determinada por la explotación de la desgracia, ligereza o inexperiencia del lesionado. Sanciona el acto con una nulidad relativa y permite la posibilidad de un reajuste de las prestaciones para mantener la eficacia.

En el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil que se realiza en la ciudad de Córdoba, en el mes de octubre de 1961, entre los temas a considerar, se incluye "la lesión como causa de impugnación del contrato".

Resulta unánime la opinión de los congresales acerca de que debía admitirse la lesión, en su forma subjetiva. La Recomendación N° 14 fue de este tenor: "Podrá demandarse la nulidad o la modificación de todo acto jurídico bilateral oneroso, en el cual alguien aprovechando la necesidad, penuria o inexperiencia extremas de otro, se hiciera prometer u otorgar para sí a un tercero, ventajas patrimoniales en evidente desproporción a su prestación".

"La lesión deberá subsistir al momento de deducirse la acción, cuyo plazo de caducidad será de un año, contado desde la fecha en que debe ser cumplida la prestación a cargo del lesionado. La acción será irrenunciable al momento de la celebración del acto".

La Resolución, aprobada el 14 de octubre de 1961 en realidad se refiere a todos los actos jurídicos onerosos y no solamente al contrato.

3. Un año antes de que se cumpla con el centenario de la sanción del Código Civil, en 1968, se produce la reforma de ese año por la ley 17.711, que incorpora, en forma expresa, la lesión subjetiva, agregando cuatro párrafos al art. 954.

4. Según el parecer de Spota, el art. 953 (un precepto que considera notable para su época), que tiene su origen en la síntesis de varias reglas del Esbozo, comprendía la lesión subjetiva.¹⁸

Cuando adviene la Reforma de 1968, puede decirse que el instituto de la lesión subjetiva ya vive en el art. 953, a través de la interpretación que de él hacen los magistrados en los casos que les toca resolver. Es el derecho vivo de la jurisprudencia.

Los casos más frecuentes tienen relación con el contrato de mutuo. Los tribunales deciden que la tasa del interés no debe exceder los límites permitidos por la moral y las buenas costumbres. La interpretación es aprobada por la Corte Suprema de la Nación.¹⁹

La Reforma de 1968

1. La lesión subjetiva es un vicio del consentimiento que la Reforma de 1968 ha incorporado al art. 954 del Código Civil.

Dice el artículo:

“Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación.

”También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

”Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.

¹⁸ SPOTA, ALBERTO G., ídem., p. 171.

¹⁹ Conforme: LL, 43-263; JA, 1951-I-520; JA, 1947-II-108; LL, 51-746; C. S. N. “Fallos”, 211-228. La Cám. 2ª Apel. de Mercedes dictó en el año 1963 un importante fallo por los considerandos que involucra. “En principio, la cláusula penal es inmutable. En consecuencia, sólo permite restricciones cuando, por ejemplo, se advierte una desproporción grosera entre las prestaciones, que conlleva la lesión subjetiva o cuando se encubra, una operación de usura o un supuesto de dolo o de enriquecimiento sin causa.

”Es válida la cláusula penal convenida si el ejecutado no ha acreditado que haya sido fruto del engaño o que hubiera sido impuesto sin la debida discusión o que se encontrara al contraer la obligación en el supuesto del débil o del necesitado en situación de apremio que lo compeliere a suscribir un contrato base de la acción o que se dieran hechos sobrevinientes imprevisibles”. LL, 115-818.

“Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto.

“El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda”.

El antecedente inmediato se halla en la Recomendación aprobada en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil de 1961. Los antecedentes mediatos son el Código Civil alemán (art. 138) y el Código Civil italiano de 1942. (arts. 1448 a 1451).

La naturaleza de la lesión

1. Para responder acerca de la naturaleza de la lesión subjetiva, se debe necesariamente recurrir al derecho positivo que la reglamenta. Sólo así la conclusión a que se llegue podrá ser válida.

En el estudio de la naturaleza que realizamos, la consideraremos con la forma que se ha incorporado al art. 954 del Código Civil, en virtud de la Reforma del año 1968.

Pasaremos revista —y en su caso, haremos la crítica— de las principales posiciones que se han adoptado al respecto:

a) La lesión subjetiva, acto ilícito

1) Sostiene Moisset de Espanés, que la lesión subjetiva es un acto ilícito que atenta contra el principio de la buena fe que debe existir en los actos jurídicos.

Según este autor, se dan los tres requisitos del acto ilícito: antijuridicidad, imputabilidad y daño.

El primer requisito, resulta de que el Código Civil “combate” la lesión, esto es, el aprovechamiento ilegítimo de las necesidades del prójimo; el segundo, consiste en el “aprovechamiento” o “explotación” de parte del autor, que por tratarse de un proceder doloso, constituye un delito civil; y el tercero, se configura con la enorme desproporción de las prestaciones, que causa un gravamen irreparable a la víctima.

La persona que así procede, obra contra las normas de la buena fe. Agrega, que “por esta vía se encuentra un punto de contacto entre la lesión y los llamados vicios propios de los actos jurídicos, es decir, la simulación y el fraude”. El parentesco existente —según el autor— se revela también en las acciones destinadas a remediarlos. Tanto la acción revocatoria, como la acción que surge del acto lesivo no son realmente acciones de nulidad, sino acciones rescisorias, y ello debido a que estos actos no están afectados de “invalidéz”

por falta de voluntariedad, sino que la ley los priva de eficacia porque atentan contra la buena fe.²⁰

II) Dejando para, en el lugar correspondiente (ver Capítulo III, tema octavo), examinar la naturaleza de las acciones que corresponden a la lesión subjetiva, debemos, desde ya, decir que no es propiamente un acto ilícito, sino un acto abusivo que afecta la buena fe —creencia en la formación del acto jurídico.²¹ Aunque esto no sea suficiente para caracterizarla (ver Capítulo III, tomo cuarto, letra "F"). En él procuraremos demostrar que la lesión subjetiva es un vicio de la voluntad que impide la formación normal del consentimiento en el acto jurídico bilateral oneroso.

b) *La lesión subjetiva como acción amplia del error, dolo y violencia.*

I) Comentando la jurisprudencia francesa, Mazeaud y Mazeaud dicen que se ha valido de un último procedimiento para llevar a la lesión fuera del ámbito fijado por el legislador: extendiendo las acciones de violencia y de dolo.

Así, el estado de necesidad ha sido asimilado a la violencia, siempre que, como consecuencia de circunstancia imperiosa, un contratante haya debido aceptar condiciones claramente desfavorables. Por otra parte, se admite el dolo por simple reticencia, incluso cuando recae sobre el valor del objeto vendido solamente, siempre que la víctima haya depositado en el otro contratante, una confianza particular.

Para estos autores, en la tesis subjetiva, la lesión implica un vicio del consentimiento, en todos los casos en que no se han llenado los requisitos exigidos para que el error, el dolo o la violencia entrañen nulidad.²²

c) *La lesión subjetiva, vicio de la causa final*

I) Carranza sostiene que la lesión subjetiva es un vicio de la causa final del acto jurídico bilateral, conmutativo y oneroso. Al no producirse la equivalencia de las prestaciones, queda sin causa eficiente una prestación.

Agrega, que no es el objeto el afectado, porque en la lesión, el precio, cosa o servicio, son siempre determinados o determinables, posibles, idóneos y lícitos. El vicio está en la relación que existe entre una y otra prestación.²³

II) Llambías dice que Vélez Sársfield, siguiendo en el art. 953 la orientación de Freitas, ha considerado que la causa final no es un elemento independiente sino que está comprendido dentro del objeto del acto como causa impul-

²⁰ MOISSET DE ESPANÉS, LUIS. *La lesión en los actos jurídicos*. Córdoba, 1979, pp. 239-242.

²¹ SPOTA, ALBERTO G. *Tratado de Derecho Civil*, t. I, vol. 3 (8), p. 68. Distingue con toda claridad el acto ilícito, del acto abusivo y del acto excesivo. Acto lícito es el que se ejecuta de acuerdo al derecho objetivo; acto ilícito, es el que revela en sí su antijuridicidad; el acto abusivo está constituido por el ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad jurídica o del simple uso de la libertad, pero antifuncionalmente, o sea, fuera del plano de la institución.

²² MAZEAUD, HENRY LEÓN y JEAN, ob. cit., pp. 230, 236, 249.

²³ CARRANZA, JORGE A. *El vicio de la lesión en la Reforma del Código*. ED, 26-840.

siva o motivo determinante que permite calificar la intención de las partes. El objeto es no solo la materia del acto considerado, sino el fin al cual ella sirve.²⁴

III) Venini acota que tanto en la noción de causa como en la de objeto, se tiene en cuenta en definitiva, el fin que el acto jurídico ha de cumplir.²⁵

A esta teoría, cabe hacerle los mismos reparos que a la primera (ver Capítulo III, letra "a").

d) *La lesión subjetiva, vicio de la voluntad*

I) López Olaciregui, teniendo en cuenta cómo ha sido incorporada la lesión al art. 954, interpreta que se trata de un vicio de la voluntad. La lesión es el resultado pero no la motivación del vicio, de igual modo que en materia de dolo, sigue siendo la maniobra engañosa, aunque para atribuirle efectos se exija que haya causado un daño importante.

La objeción que puede hacerse a esta teoría, es que no explica los factores que configuran el vicio de la voluntad y, en consecuencia, del consentimiento.²⁶

e) *La lesión, acto antifuncional.*

I) Spota expresa que nos hallamos ante una aplicación del principio que inspira todo el ordenamiento jurídico, que no acepta el acto antifuncional, el ejercicio desviado de las prerrogativas jurídicas, que desconozca el funcionalismo social y económico que lo inspira. No respeta el objeto-fin social que todo negocio jurídico debe satisfacer para merecer la tutela del ordenamiento legislativo.

Añade el autor, que la libertad de contratar, la convención-ley (art. 1197, C. C.), la autonomía de la voluntad y la observancia de los pactos concertados (el *pacta sunt servanda*), no pueden desconocer la regla moral, o sea, que debe fustigarse el ejercicio abusivo de esta libertad, ya que conviene insistir en que el acto jurídico, no sólo debe satisfacer un objeto-fin individual, sino también un objeto-fin social.²⁷

II) Es innegable que la lesión subjetiva constituye un ataque a las buenas costumbres, ofende la regla moral y no tiene en cuenta la solidaridad.

Pero con sólo esto —pensamos— no se explica convenientemente su naturaleza, ya que no se da la diferencia específica.

²⁴ LLAMBÍAS, JORGE J. *Tratado de Derecho Civil. Parte Gral.*, t. II, pp. 244-46.

²⁵ VENINI, JUAN C. *Recapitulando sobre la lesión*. JA, 1977-I-780.

²⁶ LÓPEZ OLACIREGUI, EN: *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, Julio-diciembre 1968.

²⁷ SPOTA, ALBERTO G., ob. cit., p. 363.

f) *La lesión subjetiva, vicio del consentimiento*

I) La lesión subjetiva, en primer lugar, es un acto abusivo, porque el titular del derecho lo ejerce apartándose de la justicia conmutativa que regula las relaciones de las personas entre sí y del sentido social que es la manifestación de la solidaridad social y la consiguiente responsabilidad.

En segundo término, la lesión subjetiva se hace posible porque el autor abusa del estado de inferioridad en que se encuentra el otro sujeto; de manera que el consentimiento no se forma regularmente toda vez que la voluntad de la víctima está disminuida.

El acto humano de uno de los sujetos, no resulta voluntario, ya que está afectado el discernimiento o la intención, en los supuestos de "inexperiencia" o "ligereza", y la libertad en la hipótesis de "necesidad".

La desproporción notable y manifiesta que existe entre las prestaciones (daño económico o patrimonial, que también se denomina "lesión") es el resultado que se origina y que no puede aceptarse por su iniquidad.

II) Llevado a cabo el análisis de los elementos que la configuran, cabe preguntarse cómo se la debe caracterizar. La respuesta, sin duda, es que se la puede tipificar como un vicio del consentimiento junto al error, el dolo y la violencia.

Claro que se trata de un vicio diverso, porque a diferencia de los otros, el discernimiento, la intención y la libertad, no se ven impedidos sino únicamente (tan solo) disminuidos.

La contestación es que debe considerarse un vicio de la voluntad que incide sobre la formación normal del consentimiento (consenso) pues por este motivo se hace posible el ejercicio abusivo del derecho y se produce el resultado disvalioso.

Los elementos de la lesión subjetiva

1. Según Petra Recabarren, para que exista lesión subjetiva, se deben reunir dos requisitos: a) Una acentuada desproporción entre las prestaciones; y b) La explotación del estado de inferioridad de la otra parte.²⁸

Raffo Benegas y Sassot dicen que son dos los requisitos: a) Uno subjetivo, que consiste en que una de las partes se encuentra en situación de necesidad o actúa con inexperiencia o ligereza y la otra parte "explota" ese estado; b) Uno objetivo que requiere que esa explotación se traduzca en una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.²⁹

²⁸ PETRA RECABARREN, GUILLERMO M. *El instituto de la lesión civil en la historia*. En: JA, Doctrina, 1971, p. 603.

²⁹ RAFFO BENEGAS, PATRICIO y SASSOT, RAFAEL A. *La lesión*. En: JA, Doctrina, 1971, p. 801.

2. Moisset de Espanés critica los primeros comentarios, diciendo que no han tenido en cuenta un tercer elemento. Por su parte, distingue: a) Uno de carácter objetivo: la desproporción, medida no en topes matemáticos fijos, sino que se califica de evidente, chocante o considerable (según los distintos códigos), es decir, la que hiere la sensibilidad del juez o la sensibilidad media de la gente, o sea, atenta contra el sentimiento de justicia, porque se está frente a algo que objetivamente resulta inicuo; b) A ese elemento objetivo, se suman dos elementos subjetivos, a saber: 1) *el primero* de ellos, se aprecia en la víctima del acto lesivo, que debe encontrarse en situación de inferioridad, provocado por estados que se limitan de manera taxativa en cada código; por ejemplo el código alemán, al igual que nuestro art. 954, habla de necesidad, inexperiencia o ligereza; 2) *el segundo*, se refiere al lesionado, y es el conocimiento y conciencia de que está realizando un acto contra derecho, al aprovecharse de la situación de inferioridad de la otra parte. En resumen, de acuerdo a este autor, puede decirse que hay tres elementos: a') desproporción; b') inferioridad de la víctima; c') aprovechamiento del lesionado.³⁰

Pizarro asevera que los elementos son tres y no dos: a) Elemento objetivo: desproporción entre las prestaciones; b) Primer elemento subjetivo: aprovechamiento; c) Segundo elemento subjetivo: situación de inferioridad de la víctima.³¹

Para Venini asimismo son tres, aunque dos son objetivos: la inequivalencia de las prestaciones y la situación de la víctima; y el tercero subjetivo: el dolo del autor de la lesión.³²

3. De acuerdo al art. 954, consideramos que los elementos de la lesión subjetiva son en realidad tres, esto es: a) Elemento objetivo, la desproporción notable de las prestaciones, al punto de constituir una iniquidad; b) Elemento subjetivo, el propósito de aprovecharse del autor de la lesión; y c) Elemento subjetivo-objetivo, la situación de la víctima.

Calificamos como subjetivo, la "inexperiencia" y la "ligereza"; en cambio, consideramos que la "necesidad" es en buena medida objetiva, pues depende de la relación de la persona con los bienes económicos. Esto último hace decir a Venini que el elemento "exhibe connotaciones objetivas que lo singularizan de esta manera".³³

³⁰ MOISSET DE ESPANÉS, LUIS. *La lesión y el nuevo art. 954 del Código Civil*. U. N. Córdoba, 1976, pp. 79-99. Los elementos de la lesión subjetiva y la presunción de aprovechamiento. En: JA, Doctrina, 1974, p. 720.

³¹ PIZARRO, RAMÓN D. *La lesión y la presunción de aprovechamiento consagrada por el art. 954 del Código Civil*. En: JA, 1977-I-785.

³² VENINI, JUAN C., ob. cit., p. 77.

³³ VENINI, JUAN C., ob. cit., p. 720.

La explotación de la necesidad, ligereza o inexperiencia

1. La explotación de la necesidad, ligereza o inexperiencia, constituye el elemento subjetivo o uno de los elementos subjetivos o un elemento subjetivo y otro objetivo o, finalmente, un elemento subjetivo y otro que en parte resulta objetivo, de la lesión subjetiva. Todo depende de la posición que adopta cada autor a los requisitos que la configuran.³⁴

2. Siguiendo la distinción que antes propusimos (ver *supra* N° 3), hemos de considerar en primer lugar, el elemento subjetivo que según la ley consiste en abusar de la situación de inferioridad en que se halla una persona.

En el dolo-vicio de la voluntad, el autor persigue el propósito de que la víctima se vea impulsada a celebrar el acto jurídico. El dolo resulta así anterior al acto.

En la lesión subjetiva, en cambio, el dolo es coetáneo al acto y el autor no siempre exterioriza el designio de que el sujeto pasivo realice el acto. Por eso en la lesión subjetiva basta con que el autor tenga conciencia del estado de inferioridad en que se encuentra el otro sujeto.³⁵

Venini, en el mismo sentido, dice que el dolo de la lesión es el de conciencia de que se causa al contratante un perjuicio, porque se encuentra en una situación de inferioridad y las prestaciones son desproporcionadas. Y añade, por más que el aprovechamiento no se despliegue mediante actos a captar, existe de todas maneras dolo, pues media la voluntad de usufructuar una situación con perjuicio evidente para el otro.³⁶

La lesión subjetiva es un corolario del principio que consagra el art. 1071 sobre el abuso del derecho, en el campo de los actos jurídicos bilaterales.

Los elementos del acto ilícito (delito), se dan también en el acto abusivo, esto es, el dolo a la intención de dañar y una parte del elemento objetivo, o sea, el daño causado. En cambio, no aparece el otro elemento objetivo porque no se viola una prohibición de la ley sino que se desvía de la finalidad social y económica implicada al celebrar el acto jurídico.

El abuso del derecho origina, en consecuencia, una responsabilidad que tiene naturaleza jurídica propia, diversa de la contractual y de la aquiliana. Lo que explica tal vez las características del dolo.³⁷

3. La Reforma de 1968, para caracterizar la situación de inferioridad de la víctima de la lesión, emplea la expresión: "necesidad, ligereza o inexperiencia".

³⁴ SPOTA, ALBERTO G., *ibidem*, p. 577.

³⁵ En el sentido de "conciencia moral" que, en su acepción estricta, es la capacidad del espíritu humano para aplicar al obrar propio inmediato, los valores, preceptos y leyes morales. Manifiesta al hombre de manera enteramente personal y forzosamente perceptible, lo que debe hacer o dejar de hacer. Walter Bruggen. *Diccionario de Filosofía*, pp. 111-112.

³⁶ VENINI, JUAN C., *ibidem*, JA, p. 779.

³⁷ SPOTA, ALBERTO G., *idem*, pp. 203-204, 206-218.

De igual forma lo hace el Proyecto de Reformas de 1936, el Código Civil alemán (art. 138) y el Código Civil griego (art. 179).

En el anteproyecto de 1954 se utiliza la fórmula: desgracia, ligereza o inexperiencia. Y en la Recomendación Nº 14 del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, "necesidad, penuria o inexperiencia extremas".

Esas locuciones u otras parecidas, como la del Código Civil de las Obligaciones suizo: "penuria, ligereza o inexperiencia"; o la del Código Civil soviético: "extrema necesidad"; o la del Código Civil libanés de las Obligaciones: "necesidades apremiantes, ligereza o inexperiencia"; o la del Código Civil mexicano: "suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria", tienen una idea básica que revela un estado de inferioridad y únicamente se diferencian por la mayor o menor estrictez con que anuncian la exigencia legal.

4. Conforme a la tercera acepción que da al vocablo el Diccionario de la Real Academia Española, necesidad "es la falta de las cosas que son menester para la conservación de la vida".

Pensamos que la necesidad es un requisito objetivo, pues resulta de la relación de la persona con los bienes económicos. Bien económico, es todo medio capaz de satisfacer una necesidad.

Desde que la disposición legal no exige que la necesidad sea "extrema", no es menester que el sujeto esté sumido en la miseria, para que pueda invocar la protección de la ley. Basta con que sea una situación que no le permita atender las necesidades primarias o de supervivencia. Todo depende, sin embargo, de la posición personal y social, estado, actividad que realiza, etc. Quedan excluidas, en principio, las necesidades postergables.

Se ha entendido que también comprende los casos de angustia moral o de peligro.³⁸

5. "Ligereza" resulta la más controvertida de las situaciones que contempla la ley. Al punto que algunos han proyectado la supresión y otros el reemplazo por "deficiencia psíquica", "debilidad mental" o "estado psíquico de inferioridad mental".

Advierte Moisset de Espanés, que para interpretar debidamente este vocablo, hay que recurrir a las doctrinas alemana y suiza. Allí se protege al débil mental y otros estados intermedios o fronterizos, de carácter patológico, que producen una enfermedad en el sujeto.³⁹

De acuerdo a la interpretación que hace Brebbia, el estado de "ligereza" comprende los casos en que el sujeto pasivo está habitualmente disminuido (personas mencionadas en el art. 152 bis del Código Civil, cuya inhabilidad no se ha declarado) y también los supuestos de enfermedad mental transitoria, como ser la ebriedad accidental, etc.⁴⁰

³⁸ MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, ob. cit., p. 90.

³⁹ MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, ibídem, p.92.

⁴⁰ MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, ídem, p. 95.

6. Cuando se obra con "ligereza" es evidente que no se reflexiona acerca de lo que se hace; falta una meditación comparativa contrapuesta a los juicios primeros y espontáneos. La reflexión denota un volver-atrás, un repliegue de la atención de los objetos exteriores.

La situación de "ligereza", entonces, significa actuar, decidir, sin evaluar convenientemente lo que se hace y sobre todo las consecuencias, existiendo un estado de inhabilidad o de trastorno mental transitorio sin base patológica.

No ampara, finalmente, al sujeto normal que actúa en forma imprudente.

7. La situación de "inexperiencia" es un concepto relativo que depende del individuo y que habrá de aquilatarse en cada caso considerando también el objeto del acto jurídico. Sólo así se estará en condiciones de saber cómo actúa el sujeto.

"Experiencia", en el lenguaje corriente, designa el conocimiento obtenido con el trato reiterado de hombres y cosas, en oposición al adquirido exclusivamente en los libros.

Pero en la hipótesis de la ley, la comprensión del término debe ser más amplia. Por lo general —dice Moisset de Espanés— suele presentarse en personas de escasa cultura o que por sus pocos años no tienen suficientes conocimientos profesionales o técnicos especializados o de las costumbres sociales o comerciales de un lugar determinado.⁴¹

Consideramos, no obstante, que no deben descartarse otras situaciones que plantea al hombre del interior, la ciudad moderna, la misma tecnología y, en general, las operaciones comerciales y financieras. Muy lejos están a veces de la preparación y comprensión de muchos.

En todas las hipótesis analizadas, la situación de inferioridad, por ser una cuestión de hecho, queda librada a la apreciación del magistrado quien deberá proceder en la materia con exquisita prudencia, valorando con equidad los diversos casos, sin olvidar que también está en juego otro valor no menos importante: la seguridad.

La presunción de la ley

1. El art. 954, en su tercer párrafo, establece que "se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones".

La disposición legal consagra así una presunción legal *iuris tantum*, o sea, aquella que protege mientras no se demuestra lo contrario. Esta presunción significa, en consecuencia, una inversión de la carga de la prueba.

2. La carga de la prueba, en este caso, es considerada en su función refleja o indirecta, pues indica cuál de las partes (actor o demandado) es, a juicio

⁴¹ MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, *idem*, p. 91.

de la ley, la más idónea para rendir la prueba necesaria para la solución del litigio. Por esta razón las presunciones legales se relacionan con la carga de la prueba.

3. Sostiene Moisset de Espanés que la ley presume "la explotación" en el sentido de la voluntad en el obrar ilícito del beneficiario, pero no la situación de inferioridad, por lo que la víctima habrá de acreditar la "necesidad", "inexperiencia" o "ligereza", aparte del elemento objetivo, esto es, el desequilibrio notable de las prestaciones.

La presunción que instituye la ley se justifica —según este autor— por la dificultad que existe en indagar la intimidad del agente para establecer si ha tenido o no el propósito deliberado de aprovecharse. Pero no alcanza a la situación de inferioridad que, en cualquier caso, deberá probar la víctima.⁴²

Pizarro asimismo considera que demostrada la desproporción, solamente se presume el aprovechamiento. No sucede lo propio con la situación de inferioridad de la víctima que deberá ser acreditada por el presunto lesionado.⁴³

El tema fue objeto de estudio en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil que tuvieron lugar en Rosario (Provincia de Santa Fe) en 1971. El miembro informante, Dr. Jorge Mosset Iturraspe, remarcó que la presunción sólo se aplica, en casos excepcionales (aquellos en los que hay notable desproporción entre las prestaciones) y que el matiz subjetivo queda a salvo en razón de que la víctima es quien siempre debe aportar la prueba de su situación de inferioridad. Este criterio termina por prevalecer en la Recomendación aprobada en dicha Jornada.⁴⁴

En las IV Jornadas Sanrafaelinas de Derecho celebradas en 1977, en San Rafael (Provincia de Mendoza), se sostuvo igualmente que la presunción consagrada por el art. 954 se limitaba únicamente al elemento subjetivo, quedando siempre a cargo de la presunta víctima la prueba de su estado de inferioridad.⁴⁵

La jurisprudencia, por su parte, ha seguido las dos orientaciones.⁴⁶

4. Mientras tanto, Spota afirma que la sola y notable desproporción de las prestaciones recíprocas, hace presumir la lesión subjetiva, sin tener que demostrarse el estado de inferioridad. Es decir, la lesión objetiva hace presumir, salvo prueba en contrario, la lesión subjetiva.⁴⁷

Es del mismo criterio Borda, quien expresa que al que invoca el beneficio de la lesión, le basta con probar que la otra parte ha logrado, como

⁴² MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, ídem, pp. 99-105.

⁴³ PIZARRO, RAMÓN D., ob. cit pp. 476-477.

⁴⁴ PIZARRO, RAMÓN D., ob. cit., p. 476.

⁴⁵ PIZARRO, RAMÓN D., íbidem, p. 477.

⁴⁶ MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, ídem, p. 100.

⁴⁷ SPOTA, ALBERTO G. "La lesión subjetiva". En: Revista LL, 68-420. "La lesión subjetiva: una doctrina argentina", LL, 122-201.

consecuencia, una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada. En suma —dice el autor— al que demanda por lesión, le basta la prueba de notable desproporción de las prestaciones; pero es indudable que si a ello agrega la prueba de la situación de inferioridad en que se ha encontrado, el juez estará mejor dispuesto a admitir la acción, cuando resulte dudosa si la desproporción es de tal magnitud como para tener por configurada la lesión.⁴⁸

Carranza, que sostiene lo mismo, aclara que la presunción no se encuentra en ninguno de los precedentes proyectados, ni en la legislación comparada y constituye, a no dudarlo, una valiosa adquisición de la práctica jurisprudencial argentina.⁴⁹ Agregamos, que esto fue mucho antes de la reforma de 1968, mereciendo así el calificativo de una verdadera doctrina argentina formada a través del “derecho vivo”.

Astvena, lo dice gráficamente: “Ante la dificultad que existe, la ley corre aquí en auxilio del lesionado”.

Y Di Cio puntaliza que una vez acreditado que las prestaciones resultan evidentemente desproporcionadas, tocará al presunto lesionado probar su inocencia.⁵⁰

5. Spota, que juntamente con Borda participó en la Reforma de 1968, explica que el antecedente mediato de la presunción debe buscarse en la aplicación que han hecho los jueces alemanes al art. 138 del Código Civil alemán.

Los jueces alemanes aplican el precepto en la parte que se refiere al negocio jurídico inmoral, pues de esa manera, para establecer si hubo lesión, les basta considerar las circunstancias del negocio y no tienen necesidad de averiguar si hubo o no abuso, exigencia necesaria si recurren a la parte del artículo que se refiere a la lesión subjetiva.

He ahí —continúa diciendo— la razón de ser de la previsión que establece el texto argentino: toda grosera desproporción de prestaciones hace presumir la explotación. Porque la prueba de este extremo es difícil, con frecuencia “una prueba diabólica”.⁵¹

6. La expresión que utiliza el artículo “existe tal explotación” significa indudablemente más que propósito o designio.

“Explotación”, de acuerdo al Diccionario de la Lengua, denota “acción y efecto de explotar”. Y “explotar” es aplicar algo en provecho propio, de modo abusivo.

Pero la locución misma determina el sentido, con el término “tal”.

⁴⁸ BORDA, GUILLERMO A., ob. cit., p. 730.

⁴⁹ CARRANZA, JORGE A., ob. cit., ED, 26-846.

⁵⁰ ASTUENA, NORMAN J. *La lesión como causa de nulidad o reajuste de los actos jurídicos bilaterales*. ED, 45-988. DI CIO, ALBERTO A. *La lesión subjetiva en el art. 954 del Código Civil*. ED, 40-708.

⁵¹ SPOTA, ALBERTO G., ídem, p. 173.

En efecto, "tal explotación" que, según la disposición legal "existe", no puede ser otra que la situación de inferioridad en que está la víctima.

La interpretación lógica-gramatical, los antecedentes extranormativos y sobre todo la finalidad que se propone la ley, corroboran el alcance que en buen criterio se le atribuye o asigna.

Las acciones que nacen de la lesión

1. Los antecedentes históricos permiten establecer la relación que existió entre la rescisión y la anulabilidad del negocio jurídico.

En el derecho romano, la vinculación resulta de la distinción que se hace entre actos nulos de pleno derecho y actos anulables, cuya ineficacia dependía de que el perjudicado opusiese la excepción que demostraba la existencia del vicio que afectaba la declaración de voluntad y del *predicium rescissorium* que el juez decidía.

Con el correr del tiempo, la rescisión es considerada como la invalidez jurídica que depende de una decisión judicial, distinguiéndose así de la nulidad de pleno derecho.

Este precedente histórico que proviene del derecho romano, se mantiene durante el derecho intermedio y es recibido por el Código Civil chileno, carece de significación para nosotros. En materia de invalidez de los negocios jurídicos, el derecho positivo argentino no admite el término "rescisión" cuando hace la distinción entre nulo y anulable o entre nulidad absoluta y nulidad relativa.

En nuestro derecho positivo (civil y comercial) la rescisión es una causa de extinción del negocio jurídico que no proviene de un vicio de éste sino del incumplimiento.⁵²

2. Mazeaud y Mazeaud expresan que los redactores del Código Civil francés vician el acto lesivo con una nulidad relativa, que tiene el nombre de rescisión, señalando así que, en gran medida, la consideraban un vicio del consentimiento.

La acción rescisiva obedece, en principio, a las normas de la nulidad relativa.⁵³

3. Messineo ubica a la rescisión en el grupo de "vicisitudes del contrato" que suponen un contrato no susceptible de producir efectos, por razones coetáneas a su nacimiento. Dice que el contrato, con prestaciones recíprocas, puede ser privado de su normal efecto, a causa de su rescindibilidad, la cual da lugar a una acción especial.⁵⁴

⁵² SPOTA, ALBERTO G., *ídem*, pp. 688-692.

⁵³ MAZEAUD, HENRY LEÓN y JEAN, *ob. cit.*, p. 250.

⁵⁴ MESSINEO, FRANCISCO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. IV, pp. 516, 519-551.

4. Lafaille sostiene que la rescisión se produce cuando las partes de común acuerdo dan por extinguida su primera declaración de voluntad (distracto) o en las numerosas hipótesis en que la ley autoriza requerirlo de los jueces en base a normas especiales.⁵⁵

Salvat dice que en el Código y en la práctica, especialmente en el caso de contratos de ejecución sucesiva, se emplea la palabra rescisión para denotar la idea de extinción del contrato o del vínculo contractual, realizado de común acuerdo de parte.⁵⁶

Llambías expresa que la rescisión es un modo de extinción de los actos jurídicos de tracto sucesivo, por el cual quedan sin efecto para el futuro, en razón del acuerdo de las partes, o de la voluntad de una sola de ellas autorizada por la ley o por la propia convención.⁵⁷

5. Enseña Lafaille que el legislador ha procurado reunir en una disposición (art. 1200) todos los casos en que los acuerdos de voluntad terminan. Pero no se ha logrado su intento ni su terminología es recomendable. Por mucho que la nota de ese artículo, tomada de Marcadé, contenga crítica aserva contra el art. 1134 del Código Civil francés, no podrá sostenerse que la redacción de Vélez la haya mejorado sensiblemente.⁵⁸

Queda en pie, de consiguiente, la afirmación que hace Spota de que en el derecho positivo argentino no se puede sostener que la rescisión no es causa de nulidad sino de extinción del negocio jurídico.

Por otra parte, de acuerdo a la opinión que prevalece en la doctrina argentina, la rescisión se relaciona más bien a la extinción del acto jurídico por mutuo consentimiento de las partes en los casos que lo permite la ley.

La posición que adopta al respecto la doctrina extranjera se explica, sin mayor esfuerzo, si se tiene presente la evolución histórica del instituto reseñado al comienzo.

6. No trataremos el punto de la clasificación de las nulidades porque su consideración nos alejaría del tema propuesto y además porque es relativa su importancia con respecto a la lesión subjetiva. En cambio, en forma sintética, recordaremos algunos aspectos fundamentales de la teoría de la nulidad.

Según Llambías, la nulidad es una sanción legal que priva al acto jurídico de sus efectos propios, en virtud de una causa existente en el momento de su celebración.⁵⁹

En otros términos, la nulidad es la ineficacia de un acto jurídico producida por la falta de un requisito esencial. El requisito se considera esencial porque es necesario para que el acto alcance su finalidad.

⁵⁵ LAFAILLE, HÉCTOR. *Derecho Civil*, t. 8. Contratos, vol. I, pp. 575-77.

⁵⁶ SALVAT, RAYMUNDO; ACUÑA ANZORENA. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuente de las obligaciones*, t. I, p. 206.

⁵⁷ LLAMBÍAS, JORGE J., ob. cit., p. 679.

⁵⁸ LAFAILLE, HÉCTOR, ob. cit., p. 571.

⁵⁹ LLAMBÍAS, JORGE J., *ibídem*, p. 577.

El Código Civil argentino, sigue el criterio de la conminación legal de las nulidades en el sentido de que es una sanción que siempre deriva de la ley y no de la voluntad de las partes (art. 1037).

El acto, no obstante su irregularidad, puede lograr la finalidad a la que está destinado.

Cuando se declara una nulidad se ocasionan perjuicios y otros inconvenientes. Por este motivo se busca que el vicio desaparezca, corrigiendo la parte del acto que afecta: es la rectificación del acto.

Además, para la ley, el acto en ciertas circunstancias, a pesar de la existencia del vicio puede alcanzar su fin. Es el caso en que la parte a quien afecta el vicio demuestra con su actitud que está dispuesto a sufrir las consecuencias de la nulidad (convalidación). La actitud puede ser expresa (confirmación) o resultar tácita (aquiescencia).⁶⁰

Entre tanto, el acto anulable sigue produciendo sus efectos del acto normal hasta el momento en que la parte cuestione su validez (invalidación).

7. El art. 954, última parte, concede a la víctima de la lesión una alternativa: peticionar la anulación del acto lesivo (invalidación) o solicitar un reajuste de acuerdo a la equidad (rectificación). Y además la posibilidad de que la acción de invalidación intentada por la víctima, se transforme en acción de complemento (reajuste) si éste se ofrece al contestar la demanda.

8. Interpreta Moisset de Espanés que la denominación que emplea la ley es errónea, pues los efectos que la ley determina no son propios de una acción de nulidad sino de lo que técnicamente debe llamarse "rescisión" que es el remedio reservado para negocios jurídicos no afectados de "invalidez" sino de "ineficacia".

La nulidad, según este autor, es la consecuencia de vicios congénitos del acto, que afectan elementos esenciales y provocan su invalidez; el vicio, según los casos, puede o no ser subsanado, pero si se admite su convalidación, el acto sobrevive íntegramente; si se anula debe caer en su totalidad.

En cambio, la característica de la rescisión es que puede solicitar la ineficacia total o parcial del acto, y esta última alternativa es la que brinda particular utilidad a los actos lesivos, pues permite mantener la validez del negocio, subsanando la grosera inequivalencia entre las prestaciones que lo hacen inícuo.⁶¹

No hay error de la ley en calificarla como acción de nulidad, ya que deriva de un vicio de los actos jurídicos.⁶²

Sin desconocer que la "ineficacia" es más extensa que la "invalidación" pues todo acto nulo o anulado es ineficaz, pero no todo acto ineficaz cons-

⁶⁰ CARNELUTTI, FRANCESCO. *Lecciones sobre el proceso penal*, t. II. Traducción Santiago Sentís Melendo. EJEA-Bosch, Buenos Aires, 1950, pp. 194-95.

⁶¹ MOISSET DE ESPANÉS, *idem*, pp. 181-182.

⁶² BORDA, GUILLERMO A., *ibidem*, p. 734.

tituye un acto nulo, debemos decir que la rescisión no es remedio jurídico para el acto afectado de ineficacia.⁶³

En el segundo argumento, Moisset de Espanés incurre en confusión evidente. Se ha visto que la nulidad, aparte de la convalidación, admite la rectificación que hace desaparecer el vicio sin necesidad de que la nulidad se declare, porque actúa antes de que se produzca, con lo cual se evitan las consecuencias.

Es lo que ocurre con el ofrecimiento o la acción de complemento mediante la cual se restablece el equilibrio de las prestaciones. Con ella no se busca obtener la "ineficacia parcial del acto" sino prevenir su nulidad.

9. Consecuente Spota con el fundamento último que asigna a la lesión subjetiva —acto antifuncional, contrario a la regla moral—, entendemos que es un negocio nulo, como si no tuviera objeto. A pesar de lo cual considera que la nulidad es parcial dado que el nuevo art. 954 permite que el negocio jurídico subsista, pero a costa de un equitativo reajuste de las prestaciones que eliminen la ofensa a la regla moral.⁶⁴

En las Quintas Jornadas de Derecho Civil, Spota insiste acerca de que el fundamento final de la lesión subjetiva "es la lucha contra la inmoralidad", por lo cual está en juego el orden jurídico. Sin afirmar de manera categórica que la nulidad es absoluta, solicita que la recomendación se abstenga de calificar como relativa la nulidad.⁶⁵

Los principales comentaristas de la Reforma de 1968, opinan que se trata de una nulidad relativa y parcial. Lo mismo se expresa en la Recomendación colada en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil: "El vicio de la lesión en los negocios jurídicos acarrea una nulidad relativa".⁶⁶

La nulidad, sin duda, es relativa toda vez que puede convalidarse y está sujeta a la prescripción. Pensamos en cambio, que no puede aceptarse que sea parcial, si se tiene presente que la lesión subjetiva incide sobre el consentimiento debido a que la voluntad de una de las partes está disminuida, siendo la desproporción de las prestaciones una consecuencia que no acaecería si la voluntad de la víctima no mereciese ese reparo.

El vicio del consentimiento no es "separable" del negocio jurídico considerado en su unidad (art. 1039, 1ª parte) pues no se trata de una cláusula o de parte de una misma disposición que lo permita (v. gr. el interés pactado en el mutuo). El art. 1039, 2ª parte, contempla los dos supuestos en que esto es factible, si nos atenemos a su fuente inmediata, el art. 803 del Esbozo de Freitas.⁶⁷

⁶³ SPOTA, ALBERTO G., *idem*, p. 695.

⁶⁴ SPOTA, ALBERTO G., *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, vol. II, p. 365.

⁶⁵ SPOTA, ALBERTO G., *idem*, p. 690.

⁶⁶ Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil (versión inédita).

⁶⁷ SPOTA, ALBERTO G., *idem*, pp. 746-753.

10. La rectificación, en cambio, hace recuperar el equilibrio de las prestaciones, aproximarse al menos, a lo que se considera el "justo precio".

Pero la rectificación no convalida el acto, sino que impide que la nulidad suceda.

De consiguiente, las soluciones que brinda la disposición legal, pueden sintetizarse así:

- a) Rectificación del acto jurídico por medio de la acción de complemento;
- b) Convalidación del acto jurídico en dos formas: a') Confirmación, mediante la renuncia expresa de la víctima, desaparecida la situación de inferioridad; b') Aquiescencia, dejando transcurrir el plazo de prescripción, sin cuestionar el acto.
- c) Nulidad relativa (anulación) del acto jurídico.

La doctrina suiza sólo acepta dos medios para regularizar el acto lesivo: a') que la víctima después de que haya desaparecido su situación de inferioridad, manifieste su voluntad de convalidar el acto en forma expresa, exteriorizando así un propósito de liberalidad; y b') que la víctima deje transcurrir el plazo de prescripción, sin interponer la demanda de nulidad, confirmando tácitamente el acto.⁶⁸

11. Estatuye el art. 954, en su última parte, que "la primera de estas acciones (acción de nulidad) se transformará en acción de reajuste si éste fuese ofrecido por el demandado al contestar la demanda".

Faculta, entonces, la ley al demandado a rectificar el acto jurídico, ofreciendo un "reajuste", lo que causa una transformación de la acción de nulidad que por ese motivo se convierte en acción de complemento (reajuste).

El problema que aquí se suscita es el de saber hasta qué momento puede el demandado hacer la opción que la ley le concede y si es posible hacerlo en forma subsidiaria.

Borda interpreta que el ofrecimiento es una "solución anómala", por lo que no puede hacerse "en forma subsidiaria". El demandado —dice— debe asumir de entrada una "posición franca, admitiendo la lesión y ofreciendo repararla", porque no es razonable "mantener en la incertidumbre los derechos del actor a lo largo de todo el pleito".

La mayoría de los que integraban la Comisión encargada de estudiar el tema, en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, estuvo de acuerdo con la opinión de Borda. Mosset Iturraspe, que la defendió en el plenario, sostuvo por su parte, que la ley veda el ofrecimiento del reajuste en forma condicionada, pues "una aplicación razonable de la buena fe que debe presidir el proceso", así lo exige; además —dijo— "la norma prevé que la acción se transformará; y no la eventualidad de dos acciones contradictorias, tramitadas a la vez, y a pedido del aprovechador, convertido en árbitro de la situación".

⁶⁸ MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, *idem*, p. 191.

Mientras, la minoría, compuesta entre otros por Spota y Moisset de Espanés, admitió que el reajuste podría hacerse en forma subsidiaria, por considerar que el texto de la ley no lo impedía y que la finalidad de ésta es la de mantener, dentro de lo posible, la validez del acto.

La Recomendación aprobada por las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil fue en el sentido de admitir la posibilidad de ofrecer el reajuste en forma subsidiaria.

Astvena opina que sea la acción de nulidad o de reajuste, el demandado tiene derecho a pedir el rechazo y ofrecer, en subsidio, el reajuste del convenio. Añade que no siempre se presentan las cosas tan claras y bien puede suceder que el demandado esté convencido de que no existen causas que invaliden el contrato. Todo juicio encierra un cierto riesgo y no es justo obligar al demandado a que se juegue en defensa de su derecho a todo o nada. Agrega, que igual criterio debe imperar respecto del actor porque está implícito en la ley.⁶⁹

Moisset de Espanés sostiene que "el preconcepto de la no subsidiariedad de la acción de modificación lleva a un punto muerto, puesto que cualquiera de los caminos que se adopte conduce a soluciones absurdas y en contradicción con la lógica más elemental. Todas las discusiones que existen al respecto —añade— no han considerado la solución que verdaderamente consagra el art. 954. El ofrecimiento de reajuste no significa tramitar simultáneamente dos acciones, la de nulidad y subsidiariamente la de reajuste, sino algo muy sencillo y que está expresado con claridad por el legislador: la acción de nulidad se transforma en acción de modificación y en adelante deberá proseguirse con las características propias de esta última".⁷⁰

La interpretación que hace Moisset de Espanés debe ser aprobada. En efecto, al optar el demandado por realizar el "reajuste" de su contraprestación, la acción de nulidad deducida por el actor se transforma, es decir, desaparece, dejándole el lugar a la acción de complemento que, en adelante, constituirá la materia de la litis.

Por tanto, el demandado no puede ofrecer el "reajuste" en forma subsidiaria porque si lo hace, la acción de nulidad *ministerio legis* se transforma en la acción de complemento. Y el actor, ¿puede promover acción de nulidad y en subsidio acción de complemento? La ley no lo dice expresamente pero tampoco lo prohíbe. Como no se configura una acumulación indebida, pensamos que ello es posible. No podrá, en cambio, accionar por complemento y subsidiariamente por nulidad, pues las acciones serían contradictorias.

La oportunidad es el momento o, mejor dicho, el plazo de que se dispone para contestar la demanda.

12. Según lo establecido en el párrafo cuarto *in fine* del art. 954, sólo el lesionado o sus herederos pueden intentar la acción. La ley legitima por

⁶⁹ ASTUENA, NORMAN J., ob. cit., p. 971.

⁷⁰ MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, ídem. p. 204.

tanto, únicamente a esas personas para ejercer la acción de nulidad o la acción de complemento que instituye.

Borda sostiene que la acción no es transmisible por actos entre vivos ni la pueden ejercer los acreedores de la víctima por medio de la acción oblicua, porque la lesión tiene un fundamento moral. Agrega, que resulta chocante a la idea de justicia que un tercero se beneficie en la explotación que el lesionado ha sufrido. Los acreedores no tienen por qué impugnar un acto que muy bien puede haber obedecido a un ánimo liberal.⁷¹

Moisset de Espanés, por el contrario, ve factible el ejercicio de la acción por los acreedores, cuando la víctima de la lesión se halla en estado de insolvencia porque puede acontecer que, conociendo el daño que se le ha causado, no tenga interés en promover la acción, pensando que los bienes "no van a quedar en sus manos, sino que pasarán a la de sus acreedores".⁷²

Por su parte, Venini opina que la acción subrogatoria sería admisible cuando resultara abusivo el comportamiento de la víctima de la lesión.⁷³

Fuera de los argumentos que hace Borda y que justifican los motivos que se tuvo para limitar la legitimación, pensamos que el vocablo utilizado en el texto de la ley "solamente" impide una interpretación extensiva.

Capítulo IV

CONCLUSIONES

1. La lesión subjetiva, vicio del consentimiento, tiene lugar porque uno de los sujetos del acto bilateral oneroso, abusa del ejercicio de un derecho, que es el de establecer el contenido, no respetando el "justo precio" que es la justicia de los cambios.

2. La necesidad, la inexperiencia, la ligereza, revelan la existencia de una situación de inferioridad en que se encuentra el otro sujeto, víctima del abuso, causada por las fuerzas sociales, la inextricable red de las relaciones, la falta de asistencia, que se derivan de los efectos negativos de la socialización.

3. El vicio de lesión, que hemos examinado, así como tantos otros, plantean la exigencia de que las partes observen la buena fe-creencia, la buena fe-lealtad en la formación del acto jurídico, con sentido social y respeto por la justicia de las relaciones recíprocas, para que no pueda sostenerse que "los negocios son los negocios".

4. La defensa del hombre debe comenzar con el restablecimiento de la justicia. Es necesario, refiriéndonos a los cambios, reflexionar seriamente sobre

⁷¹ BORDA, GUILLERMO A., *ídem*, p. 733.

⁷² MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, *ídem*, p. 214.

⁷³ VENINI, JUAN C., *ídem*, pp. 785-786.

la admonición que hace Ripert: "... y el derecho se pregunta si no se ha equivocado al desdeñar la enseñanza de la vieja moral que hacía reposar el contrato sobre la justicia y no la justicia sobre el contrato".⁷⁴

5. No se nos olvidan todos los inconvenientes y dificultades que hay en llevar esto a la práctica. En particular (especial) hallar el índice que permita determinar la existencia de la lesión subjetiva. Y que también está en juego la seguridad, otro valor no desdeñable en la vida de la sociedad política.

6. Pero, indudablemente, a ningún resultado duradero se arribará, si no cambia el hombre, si no cambiamos los hombres. No en vano hay mucha "religiosidad" en el instituto. Por algo llama la jurisprudencia inglesa *inconscienticus* a los actos afectados de lesión.⁷⁵

Por eso "la justicia pura, limpia de egoísmos, es una cosa tan rara, tan espléndida, tan divina, que cuando un átomo de ella descende sobre el mundo, los hombres se llenan de asombro...".⁷⁶

ANTONIO E. MAINEZ

⁷⁴ ARIAS, JOSÉ. *Contratos Cíviles*, t. I, p. 3. Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores S. R. L., 1939.

⁷⁵ ARIAS, JOSÉ, ob. cit., p. 146.

⁷⁶ AZORÍN, *El buen juez. Obras completas*, Madrid, Aguilar, 1947, t. II, p. 141.

Escolios

UNA CUESTION MEDIEVAL EN LA FACULTAD DE DERECHO

En una de las comisiones de la Cátedra de Filosofía del Derecho del Dr. Bernardino Montejano (h.), de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, correspondientes al año 1981 —y a raíz del estudio de la metodología empleada en la universidad medieval—, se propuso a los estudiantes sostener una *disputatio* acerca de la licitud de la pena de muerte. El tema, aunque ya ha sido profusamente debatido a lo largo de la historia, suele seguir teniendo interés para los estudiantes de derecho, máxime en nuestro país en que está muy lejos de ser una mera especulación académica. De todos modos, como les fue explicado desde un comienzo a los alumnos, el propósito principal no era tanto la solución del problema como el mostrarles un método de enseñanza que plantea continuas exigencias intelectuales a profesores y estudiantes.

Primeramente planteamos el alcance de la cuestión, aclarando que la disputa debía ceñirse al problema de la licitud de la pena de muerte, por lo que había que obviar, en la medida de lo posible, toda referencia a situaciones históricas o casos delictivos. Luego hubo un período de tiempo para la investigación y reflexión sobre el tema.

El método que seguimos a continuación puede dividirse en tres etapas: en una primera los alumnos debieron ceñirse a exponer los argumentos que justificaran su posición, sin poder refutar las razones de la contraria. La regla que presidió esta instancia fue la prohibición de dar argumentos de autoridad. Aunque los argumentos no tenían que ser originales (lo que, por otra parte, hubiera sido casi imposible en este asunto), debían consistir siempre en razones. Nuestra función se limitó a la propia del "bachiller", sintetizando y concordando opiniones.

Posteriormente resumimos los argumentos como se transcribe a continuación. En cada caso tratamos de respetar la formulación original, aunque cabría —como se verá luego que hizo el Dr. Montejano— reagruparlos en torno a unas pocas tesis centrales. Los nombres puestos en cada caso corresponden a quien expuso el argumento aunque en éste coincidieran otros.

I — ARGUMENTOS A FAVOR DE LA LICITUD

1º) Dice Soler que "la pena consiste en un mal amenazado primero e impuesto después al transgresor de la ley penal, como retribución consistente en la disminución de un bien jurídico". Es decir que la pena ejerce una doble función: a) como amenaza, b) como retribución. De éstas la principal es la

retributiva porque sin ella la otra no tendría eficacia. Por esto, en la medida en que es merecida, la pena de muerte es lícita. (Eugenia Reisenman).

2º) Por derecho natural se busca la conservación de la especie, esto es, de la sociedad. Por ello, aun cuando el fin de la pena es resocializar al delincuente y lograr un efecto ejemplificador sobre la sociedad, cuando un hombre —aun privado de su libertad— pueda poner en peligro el bien común, corresponde aplicar la pena de muerte, ya que —a veces— sacrificando a uno se permite la conservación de los demás. (Sandra Cincunegi).

3º) El derecho es un medio para la convivencia. En consecuencia, cuando alguien pone en peligro a ésta, corresponde aplicarle la pena de muerte. (Favio Galeotti y Antonio Mele).

4º) La comunidad política es como un organismo vivo. Así como cuando éste tiene un miembro gangrenado se lo amputa para conservar la salud, así puede condenarse a muerte al delincuente que pone en peligro la salud de la comunidad. (F. Galeotti y A. Mele).

5º) La pena de muerte no es sino una extensión de la legítima defensa, por lo que siendo ésta lícita, también lo es la pena de muerte. (F. Galeotti y A. Mele).

6º) La pena tiene tres fines: a) intimidatorio, b) ejemplarizador y c) de seguridad pública. La pena de muerte implica a) la mayor intimidación, b) el mayor efecto ejemplarizante, y c) resguarda del mejor modo la seguridad pública al eliminar al delincuente peligroso. (F. Galeotti y A. Mele).

7º) Dios no sólo da la vida sino también la libertad. Supuesto que a través de la pena se pueda privar a alguien de su libertad, (si no sería imposible la convivencia), también se le puede quitar la vida. El fin de la pena es principalmente retributivo —la resocialización del delincuente es secundaria—, por lo tanto, a un delito muy grave le puede corresponder lícitamente la pena de muerte. (Ana Rothfeld).

8º) La pena debe tener en cuenta no sólo el delito sino también la peligrosidad del delincuente. El hombre al delinquir subvierte el orden natural, su propio fin y el de la comunidad puesto que se transforma en un obstáculo para éste. La comunidad debe emplear el medio más idóneo para alcanzar su fin, que puede ser la pena de muerte. (Edda Peruilh).

9º) Para el análisis del tema se debe partir de tres premisas fundamentales: a) que existen hombres buenos y hombres malos, b) que el mal debe ser castigado y el bien premiado; c) que al peor de los castigos le corresponde la peor de las penas. Luego se deben resolver dos problemas: 1º) si los hombres tienen la potestad de juzgar y condenar a otros hombres y 2º) cuál es el fin de la pena. Primero: a Dios le compete juzgar y condenar a los hombres. Pero este Juicio Divino será llevado a cabo por El luego de nuestro tránsito por la vida terrenal. Mas, durante nuestro paso por este mundo, hay situaciones que deben ser apreciadas por los hombres, sobre todo las provocadas por los que hemos llamado y reconocido como "hombres malos". Estos, a través

de sus actos y omisiones, afectan la prosecución del bien común y el alcance del mismo por el resto de los hombres. En consecuencia, para evitar esa mala influencia, deben ser aislados del resto de la comunidad. Tal aislamiento sólo es posible si el hombre se atribuye la función de juzgar y de condenar. Pero no cualquier hombre puede encargarse de tales actos, solamente aquellos a quienes llamamos jueces. El Juicio Divino será llevado a cabo al fin de nuestras vidas. Entonces Dios nos premiará con el Cielo o nos condenará al infierno. Pero hasta que nuestras vidas no culminan, el hombre-juez será el encargado de cumplir aquella importante función, en resguardo del orden del bien común que prima sobre el bien particular. Sentada la potestad del hombre de juzgar y condenar debe, en segundo lugar, analizarse el problema del fin de la pena: la pena es castigo y, como tal, debe afectar a quien la padece. Dicha afectación, para que sea eficaz, debe incidir en la persona del delincuente; ya sea menoscabando su vida, su patrimonio, su libertad u otros derechos. Cuanto peor sea el delito cometido, máspreciado debe ser el bien "atacado" por la pena. Podríamos decir que el bien máspreciado de cualquier hombre es la vida de sus seres amados, pero siendo la pena algo netamente personal, dicho bien no debe ser alcanzado por el castigo. Otro bienpreciado por el hombre —siguiendo un orden decreciente— es su propia vida. Entonces, el peor castigo que se le puede imponer al delincuente es la muerte. Sindo éste el peor de los castigos, deberá atribuirse al peor de los delitos. (Marcelo Rodríguez Jordán).

II — ARGUMENTOS EN CONTRA

1º) La pena tiene tres funciones: a) retributiva, b) de prevención social a través de la amenaza, y c) reeducación del delincuente. Si la función de la pena fuera sólo la primera, sería legítima la pena de muerte, pero como tiene las tres funciones a la vez —por imposibilidad de cumplir la tercera— es ilegítima. (Marcos De Elía).

2º) La pena de muerte implica una usurpación de la potestad de Dios en cuanto a determinar el límite de nuestra vida. Por tanto es ilícita (Diana Signorotto).

3º) La pena tiene como función primordial restablecer el orden social a través del arrepentimiento del delincuente. En segundo lugar es penitencia. Porque el mal material ya no tiene remedio, pero el desorden espiritual que el delito supone en el alma del que lo comete, permanece en el tiempo y siempre es posible restaurar dicho orden. La pena de muerte quita esta posibilidad, por tanto, es ilícita. (D. Signorotto).

4º) Aun cuando el fin de la pena no pueda ser principalmente el arrepentimiento del delincuente, que es cosa íntima, no puede obstar a éste, como ocurre con la pena de muerte. (Marcela Gentile).

5º) El derecho positivo deriva del derecho natural, y éste tiene como principio fundamental la conservación de la vida. Entonces no es lícita la pena de muerte por contraria al derecho natural. (Carlos Alberto Beraldi).

6º) Los fines de la pena son la resocialización del delincuente y la prevención general. Con la pena de muerte obviamente se impide el primero. El segundo se logra mejor por la pena de reclusión perpetua porque, al ser continua, se la recuerda más. (C. A. Beraldi).

7º) La pena implica justicia y, por ende, cierta igualdad. Pero matar a un hombre porque mató a otro, p. ej., no iguala, sino que duplica las muertes. En consecuencia, la pena de muerte no tiene posibilidad retributiva. (C. A. Beraldi).

8º) El hombre tiene como fin su perfección. Si concebimos en la mente del Creador que el hombre fue hecho para alcanzar esa perfección, no podemos admitir que también permita la destrucción de unos por otros porque implica contradicción. De ahí la ilicitud de la pena de muerte. (C. A. Beraldi).

9º) Uno de los principios del derecho penal es aplicar la mínima pena posible compatible con el delito, lo que no ocurre con la pena de muerte. (C. A. Beraldi).

10) La pena de muerte es incompatible con el principio de la retroactividad de la ley más benigna. (C. A. Beraldi).

11) Dadas las particularidades propias de la materia sobre la que recaen los juicios humanos y la consiguiente posibilidad de error, la pena de muerte es la única que torna a los posibles errores irreparables. (C. A. Beraldi).

12) Es un principio del derecho penal que en caso de duda se debe adoptar la solución más benigna. El problema de la pena de muerte, de suyo discutible, plantea muchas dudas, por lo que —por aplicación del principio antedicho— no debe haber pena de muerte. (C. A. Beraldi).

13) Para lograr el bien común se debe alcanzar el bien de la comunidad y de cada individuo. Por ello, el fin de la pena es principalmente resocializador, y se cumple a través de dos elementos, el castigo y la educación. La pena de muerte, al ser contraria a las posibilidades de reeducación, es ilícita. (Pablo Maggio).

— 0 0 0 —

En la segunda etapa sometimos al debate cada argumento, alternando uno de cada posición. Esta parte tuvo el propósito central de ser una práctica dialéctica y, también, de que cada uno pudiera comprobar las debilidades de su pensamiento ante la crítica de los demás. El orden de la discusión exigía que —antes de replicar o contrarreplicar cualquier argumentación— debía exponerse sintéticamente las razones del contrario, (tarea que para mayor facilidad tomamos a nuestro cargo), y recién luego de que éste admitía que tal era efectivamente su pensamiento, se lo podía refutar.

Recordamos con interés la discusión que hubo en torno al segundo argumento de los opuestos a la licitud de la pena de muerte: "la pena de muerte implica una usurpación de la potestad de Dios en cuanto a determinar el límite de nuestra vida. Por tanto, es ilícita".

La refutación vino de Ana Rothfeld, con base en el séptimo argumento "a favor" y una recurrencia al absurdo: "Dios no sólo da la vida sino también la libertad. Supuesto que a través de la pena se puede privar a alguien de su libertad (si no sería imposible la convivencia), también se le puede quitar la vida".

Contrarreplicó Carlos Beraldi con esta distinción: cuando se priva a alguien de bienes exteriores o de libertad, no se le quita la posibilidad de tener otros bienes ni tampoco toda su libertad. En cambio la privación de la vida tiene, en el orden temporal, un valor absoluto. Esta diferencia lleva a concluir que de la potestad para limitar parte de la libertad, no puede seguirse la de privar de la vida.

Argumentó ahora Sandra Cincunegui que, en el orden temporal, el bien común político es un bien mayor que la vida de una persona, por lo que, existiendo justa causa, puede lícitamente privarse a alguien de su vida si su existencia afecta gravemente al bien común.

En nueva refutación agregó Favio Galeotti que —dada la naturaleza social del hombre y la necesidad que éste tiene de la vida social para su perfección— deben suponerse como delegadas por Dios todas aquellas potestades necesarias para asegurar la convivencia, esto es, la privación de cualquier bien, incluida la vida, en caso de existir justa causa.

Contra esto, Marcela Gentile aceptó la construcción de Galeotti pero llegando a una opuesta conclusión: la única "prueba" de que una potestad ha sido delegada por Dios a los hombres es la necesidad de su empleo para asegurar la convivencia. Precisamente, la existencia de otros medios seguros para apartar a un individuo de la comunidad, muestra la innecesariedad de la pena de muerte y, siguiendo el razonamiento, su ilicitud.

Por fin, sometidos los argumentos originales al titular de la cátedra, éste dio públicamente la solución magistral de la cuestión y rebatió todas las razones contrarias a su tesis. El esquema que siguió Bernardino Montejano fue el propio de cualquier artículo de la *Suma Teológica*: enunciación del problema, enumeración de los argumentos contrarios a su posición bajo la forma de "dificultades", argumento de autoridad, respuesta central al problema y solución de cada una de las dificultades.

Dificultades: parece que no es lícita la pena de muerte.

1. (Incluye los anteriores argumentos Nos. 1º, 3º, 4º, 6º, 13). La pena tiene tres funciones: a) retributiva; b) de prevención social a través de la amenaza, y c) reeducación del delincuente. Y es ilícita porque impide la reeducación del delincuente; también obsta al arrepentimiento del delincuente y a la restauración del orden espiritual en su alma; asimismo impide la resocialización del delincuente y realiza de modo menos eficiente que la reclusión perpetua la prevención general.

2. (Antes arg. Nº 2º). La pena de muerte implica una usurpación de la potestad de Dios en cuanto a determinar el límite de nuestra vida. Por lo tanto es ilícita.

3. (Antes arg. Nº 5). El derecho positivo deriva del derecho natural y éste tiene como principio fundamental la conservación de la vida. Entonces es ilícita la pena de muerte por contraria al derecho natural.

4. (Antes arg. Nº 7º). La pena implica justicia y, por ende, cierta igualdad. Pero matar a un hombre porque mató a otro, p. ej., no iguala, sino que duplica las muertes. En consecuencia la pena de muerte es ilícita porque no tiene posibilidad retributiva.

5. (Antes arg. Nº 8º). El hombre tiene como fin su perfección. Si concebimos que en la mente del Creador el hombre fue hecho para alcanzar esa perfección no podemos admitir que también permita la destrucción de unos por otros porque implica contradicción. De ahí la ilicitud de la pena de muerte.

6. (Anteriores argumentos Nos. 9º, 10 y 12). La pena de muerte es incompatible con los siguientes principios del derecho penal: a) aplicar la pena mínima compatible con el delito; b) retroactividad de la ley más benigna; c) adaptar en caso de duda la solución más benigna. Por lo tanto es ilícita.

7. (Antes arg. Nº 11). Dadas las particularidades propias de la materia sobre la que recaen los juicios humanos y la consiguiente posibilidad de error, la pena de muerte es la única que torna a los posibles errores irreparables. Por lo tanto es ilícita.

Por otra parte afirma San Agustín: "No obraron contra este precepto que dice no matarás, quienes... investidos de autoridad pública, a tenor de las leyes, es decir, a tenor del imperio de la justísima razón castigaron a los criminales con muerte" (Ciudad de Dios, I, 21).

Respuesta: La pena de muerte es una pena o sea una sanción como castigo como son todas las penas y no una sanción premial.

La función esencial de la pena es la expiación del delito. Como escribe Santo Tomás "la esencia de la pena consiste en ser contraria a la voluntad, afflictiva e impuesta por una culpa" (*Suma Teológica* 1-2, q. 46 a, 2). Por ello toda pena causa dolor, se traduce en un mal para el delincuente en el sentido de que siempre lo afecta en algún bien: la vida, la libertad, el patrimonio económico.

La pena presupone la culpa, somete por la fuerza al culpable al orden y restaura el imperio del derecho.

Para que la pena sea justa y lícita es preciso: a) que sea proporcional a la gravedad de la culpa; b) que sea aplicada por autoridad competente, la que debe ajustarse en la Argentina a los requisitos del art. 18 de la Constitución Nacional.

Es al derecho positivo a quien compete la determinación concreta de las penas. Es la autoridad quien debe mediar la proporción de la pena con los delitos y ante los delitos más graves, fundada en el bien común y utilizando como medio el poder punitivo, puede aplicar la pena de muerte, que es la mayor pena, la más vindicativa, pues afecta el mayor bien que es la vida.

Por lo tanto es lícita y conforme a la ley natural jurídica —derivada aquí la ley humana por vía de determinación— la pena de muerte.

Pero puede ser inoportuna, pues en esa determinación hay que evaluar en forma cuidadosa, por afectar un bien tan importante como es la vida, las circunstancias de tiempo y lugar.

Al solicitar la pena de muerte para dos delincuentes acusados de secuestros extorsivos reiterados y varios homicidios, el fiscal Jorge O. Casanovas, en noviembre de 1979, manifestó que “el Estado puede y debe moderar el carácter expiatorio de la pena, según las exigencias del bien común o la misma finalidad preventiva y medicinal... Otro factor moderador de esa proporción punitiva es la evolución de la comunidad general o de la opinión pública. Cuanto más el sentido humanitario se afina, más repugnan a esa conciencia popular ciertos procedimientos punitivos. Hasta esas mismas costumbres y la evolución de los pueblos pueden llegar a reclamar la abolición de la pena de muerte, pues el derecho natural no impone dicha sanción suprema como necesaria, sino sólo como lícita. Mas el elevado contenido injusto de los hechos que se les enrostran a los acusados, sus valores sintomáticos peligrosistas, me hacen aparecer como no cercanos esos tiempos de alto nivel moral, y la pena de muerte sigue siendo, por desgracia, necesaria” (La Razón, 27-11-79, p. 15).

La misma opinión, llevó a la disidencia del Dr. Luis Cabral en el Proyecto de Código Penal de la Nación respecto a ciertas hipótesis de homicidio agravado que “revelan una falta de sentimientos y un desprecio tal por la vida humana que pueden tornar imperativa en ciertos casos —por razones de estricta justicia— la retribución del mal causado con un sufrimiento de naturaleza equivalente...”.

“No se trata, desde ya, de satisfacer bajos impulsos de venganza sino de dar cumplimiento cabal al viejo y elemental precepto conforme al cual la justicia requiere que cada uno reciba lo suyo. Por esta razón no puede ser motivo de escándalo ni objeto del reproche de falta de humanidad la aplicación de la pena de muerte a quien asesina de manera fría, premeditada y alevosa para lograr así los objetivos que persigue; muy en particular, cuando se hace del asesinato un medio deliberadamente destinado a lograr la disolución del orden social” (La Ley, 1979, p. 12).

Soluciones:

1. — Como señala el teólogo protestante contemporáneo Emil Brunner, “el sentido de la pena es el restablecimiento del orden perturbado. En el castigo se manifiesta el concepto primario de justicia: la correspondencia, el equilibrio entre la culpa y la pena. Este es el sentido de los conceptos injustamente vilipendiados de retribución y expiación”. (La Justicia, p. 274).

Mediante la pena se hace patente al delincuente y a la comunidad que el orden perturbado tiene validez y eficacia. Se trata de un orden público y el Derecho Penal se ubica de lleno en el campo del Derecho Público. Excepto contados casos de los delitos de acción privada, "la víctima puede renunciar a la reparación; pero la justicia se la asegura en todos los casos", pues como señala Pío XII "se trata, ante todo, no de proteger los bienes asegurados por el derecho, sino el derecho mismo". (*Documentos Jurídicos*, B. A. C., p. 414).

Los otros fines o funciones de la pena: prevención social y reeducación o resocialización del delincuente, no son esenciales sino sólo convenientes y pueden fallar, y de hecho fallan en muchos casos: el ejemplo no cunde y los delincuentes no se corrigen. Si la pena es medio el fin se debe realizar. El fin esencial es pues la expiación que en la pena de muerte se realiza en forma de paradigma, por ser la mayor expiación.

2. — En el mismo sentido de la dificultad se expresa el insigne y admirado Carnelutti: matando a un hombre "se anticipa el término fijado por Dios para el desarrollo de un espíritu o sea para la conquista de una libertad; sólo quien no tenga en cuenta el valor de la vida del cuerpo en orden a aquel desarrollo puede ignorar que de la vida de un hombre ningún otro, cualquiera sea su autoridad y cualquiera sea su razón, puede disponer sin usurpar el poder de Dios". (*El problema de la pena*, Ejea, p. 42).

Sin embargo, debemos discrepar aquí con el viejo maestro, porque como señala San Pablo la autoridad deriva de Dios y no en vano lleva la espada. Es ministro de Dios para lograr el bien común político y un gran capítulo del mismo lo constituye el orden que debe asegurar. Para lograr el fin debe contar con los medios. Entre ellos se cuentan la ley y la coacción. Y las penas, incluso cuando sea necesaria, la pena de muerte.

Leemos en el *Génesis*: "Si alguno derramare la sangre humana, será derramada la suya" (9,6). Como comenta la Biblia de Jerusalén, "Dios le vengará y delega a este efecto al hombre mismo: la justicia del Estado" (p. 22). Y en el Evangelio: "El que usare de la espada, a espada perecerá" (Mateo, 26,52). O sea, el que comete una muerte injusta puede ser muerto por autoridad pública que determina las penas en el orden de la justicia mundanal.

3. — En el mismo sentido de la dificultad se expresa Carrara, el sumo maestro del derecho penal: "La ley de la naturaleza es esencialmente *conservadora*. Las condiciones actuales de los pueblos cultos (en delitos ordinarios y tiempos normales) hacen que ya no sea una necesidad material la muerte del enemigo social". (Programa del Curso de Derecho Criminal, t. II, p. 21). Por lo tanto la pena de muerte sería hoy ilícita.

Sin embargo, nos vemos obligados a disentir con Carrara. El derecho positivo tiene por fin la conservación de la vida dentro del orden. El delincuente que por una culpa gravísima se coloca fuera del orden, se despoja de su derecho a la vida. La justicia vindicativa, regida por la prudencia y su objetividad, constituye una reacción conservadora del orden querido por la ley de la naturaleza.

Es equivocada también la tesis de Carrara de aceptar la pena de muerte a través de "poderes excepcionales" y rechazarla en el Código común, que se apoya en el ejemplo romano: "Contra los traidores y contra los bandidos que no habían de ser castigados por homicidios cometidos, pero sí *temidos* por homicidios inminentes, la sabiduría romana, sin ensangrentar la toga de los magistrados, proveía por medio del poder ejecutivo y con decretos excepcionales y transitorios" (p. 27). Buena forma de "lavarse las manos" y de mantener impoluta la toga a costa de la justicia.

En cambio, consideramos verdaderas las reglas que propone Carrara en caso de mantenerse la pena de muerte: a) aplicarse únicamente para aquellos delitos que se encuentren en el último extremo de la escala criminal; b) infligirse de modo que haga sufrir menos al paciente; c) que sea notoria, pero no pública la ejecución.

4. — En esta dificultad aparece implícita la tesis de Bentham: "La pena capital no es convertible en provecho, porque nada compensa a la parte perjudicada, y aun destruye el poder de la compensación, que es el delincuente, quien por su trabajo podría reparar una parte del mal que hizo, y con su muerte nada repara. Lejos de ser convertible en provechoso, es una pérdida, porque es un gasto en lo que constituye la fuerza y la riqueza de una Nación, que es el número de los que la componen" (*Teoría de las penas y de las recompensas*, t. II, p. 19, cit., por P. David Núñez, *La pena de muerte frente a la Iglesia y al Estado*, pp. 176 y 177).

El utilitarismo altera la jerarquía de valores y desconoce el papel de la justicia dentro de la sociedad; confunde la cantidad con la cualidad.

La dificultad plantea la cuestión desde una perspectiva que pareciera ignorar la diferencia entre la violencia del asesino que en pos de su interés particular mata a un inocente y quebranta el derecho, y la violencia del Estado quien al matar a un culpable defiende al Derecho y asegura el bien común, distinción que se remonta a Solón.

Además, si incluso el Estado puede obligar, fundado en la justicia general, a morir a un inocente ejercitando un acto de fortaleza, p. ej. a un centinela defendiendo su puesto, en orden al bien común, con mayor razón puede hacerlo respecto a un culpable de gravísimos crímenes. Es un problema de justicia y no de suma de muertes.

5. — "Nadie está destinado por naturaleza o por voluntad de Dios a cumplir los fines de su vida en la cárcel" (Núñez, ob. cit. p. 153). Por lo tanto la pena de prisión también sería ilícita y también la multa, la confiscación, los trabajos forzados, porque todos esos bienes que reconocen origen divino (cosas materiales, salud) son necesarios para nuestra perfección.

Y respecto a la perfección que el Creador tendrá en cuenta en el juicio definitivo es interesante señalar lo que afirma Montezanti: "la eficacia de la pena de muerte en cuanto a la redención de los delincuentes que la sufren, suele ser frecuentemente confirmada: asesinos monstruosos, como Landrú o Jackson, han muerto con una dignidad que les envidiarían más de cuatro no-

tables». Hay casos asombrosos, como el muy reciente de Gary Gilmore en los Estados Unidos ansioso de lavar con una muerte clara una vida tortuosa, o el de aquel francés Jacques Fesh (atracador solitario de taxistas, a quienes despojaba y luego mataba de un tiro en la nuca), muerto en la guillotina en olor de santidad, tras una suerte de «metanoia» probablemente auténtica que sufrió en la cárcel”. (*La Pena de Muerte, La Ley*, 1979, p. 1020).

Aquí también cabe señalar otro argumento de Carnelutti que para nada nos convence: “para enmendar al reo es necesario conservarle la vida... el dilema es férreo: si antes de matarlo el reo se arrepiente, entonces se continúa castigando a quien no debe ya ser castigado; en el caso contrario se le impide arrepentirse” (ob. cit., p. 41).

Parece que Carnelutti se olvida de la justicia; y también de que el procedimiento de aplicación de la pena de muerte en Occidente ha sido por lo general respetuoso de la conciencia del reo, como lo expresa el Conde de Maistre: “bajo el imperio de la ley mahometana, la autoridad castiga con la muerte, al hombre que juzga acreedor a ella, en el momento y en el lugar mismo en que lo apresan; y estas bruscas ejecuciones ofrecen una de las numerosas pruebas del embrutecimiento y reprobación de esos pueblos. Entre nosotros el procedimiento es enteramente diferente: es preciso que el culpable sea aprehendido, que sea acusado y se defienda; y sobre todo es preciso que piense en su conciencia y en sus negocios” (*Las veladas de San Petersburgo*, pp. 241 y 242).

6. — Un principio superior es el de la justicia; el de la pena justa. Generalmente la pena de muerte aparece como alternativa, p. ej. con la reclusión perpetua. No se trata de aplicar la pena mínima sino la más justa.

En caso de duda no debe aplicarse la pena de muerte. El juez tiene el deber de formarse una certeza moral y deberá “consultar a especialistas sobre la capacidad y la responsabilidad del presunto reo...”, deberá “tener en cuenta los resultados de las ciencias modernas psicológicas, psiquiátricas y caracterológicas” (Pío XII, ob. cit., p. 501).

Es cierto que la pena de muerte es incompatible con el principio de la retroactividad de la ley más benigna, como lo es con la posibilidad de amnistía o indulto después de ejecutada la sentencia. También es la pena más irreparable, aunque toda pena es irreparable pues como escribe Montezanti, “el sufrimiento inferido, más aún cuando ha afectado valores muy serios de la persona, nunca podrá repararse sino de un modo imperfecto: ¿habrá reparación cabal para quien ha perdido su juventud en la cárcel, o su salud, o su belleza, o el amor o la fortuna? ¿Y qué de las deshonras morales? ¿Qué de las zozobras espirituales provocadas por los avatares de un proceso...? Nada de eso se compensa, porque los grandes valores humanos, de los que la vida es uno más, no tienen precio” (ob. cit., p. 1017).

Pero estimamos que el principio de retroactividad no puede primar sobre el de la justicia actual, aplicada aquí y ahora; jurídicamente es sólo una expectativa.

7.— Como afirma Montezanti, “no se puede legislar pensando en el error... A nadie se le puede ocurrir abolir todas las penas por la posibilidad de que, alguna vez, se yerre en la aplicación de alguna de ellas; habida cuenta de que todas tienen márgenes importantes de irreparabilidad” (ob. cit., p. 1018).

Es cierto que es la pena de muerte la más irreparable; pero si para evitar un error involuntario hubiera que suprimirla, como señala el P. Núñez también habría que dejar de practicar la medicina, pues más de uno que muere a causa de los médicos, no hubiera muerto.

— 0 0 0 —

Como parte del plan de trabajos prácticos, los estudiantes tuvieron que dar su propia solución por escrito, ciñéndose al mismo esquema.

En general, los trabajos partidarios de la licitud desarrollaron los argumentos expuestos en un primer momento o siguieron la tesis de Montejano. Aun cuando fueron muchos los buenos trabajos, consideramos interesante transcribir algunos de los argumentos contrarios a la licitud, a fin de contraponerlos a la solución del Titular.

Entre las respuestas, Carlos Alberto Beraldi fundó y desarrolló el argumento primero de los transcriptos al principio: “La comisión de un delito trae aparejada tres necesidades principales: dar un justo castigo al delincuente, prevenir futuras rupturas del orden jurídico, y arbitrar los medios necesarios y posibles para propender a la resocialización del autor del delito. Siendo tres los problemas a subsanar, la pena necesariamente deberá atender a cada uno de ellos; toda vez que, si partimos de una concepción de la justicia como cierta igualdad, siendo tres las enfermedades producidos por el entuerto, igual número de remedios deben arbitrase, o en otras palabras un remedio de efectos múltiples, que restablezca aquella igualdad violentada. Ese remedio a que me refiero es lógicamente la sanción penal, arbitrada por una autoridad competente... Asignarle más o menos funciones, reduciendo al plano de accesorias a unas, o eliminando a otras, la igualdad no será alcanzada, y por ende, tampoco la justicia... Sentado en lo antedicho esta concepción trifinalística de la pena, la licitud de la pena de muerte se desvanece a la luz del más elemental análisis, pues hace imposible la reeducación del delincuente, cumple de manera no absolutamente conveniente con la prevención general”.

Marcos De Elía introdujo otros argumentos: “La ley y la pena son medios por los cuales se trata de proteger un fin ideal, que es el bien de la comunidad. Las situaciones extremas son excepcionales. Si se producen con todos sus efectos negativos, no es por una cuestión del azar sino por negligencia de quien es víctima (la comunidad en este caso). La pena de muerte es el remedio extremo que sacrifica el bien supremo —la vida—, motivo y fundamento de la existencia del orden jurídico. Si las situaciones extremas se presentan por negligencia, ¿a quién será imputable?, ¿es que siempre el delincuente es único y exclusivo responsable de su ilícita conducta?, ¿es que su mal obrar obedece a una maldad intrínseca propia —o bien a una serie de

factores extremos— (mala educación, pobreza, etc.), que le influyen de manera grave y perjudicial? ¿Cómo determinar si el delincuente es tal por su naturaleza o por influencias externas? Si es cierto que el sujeto delinque influenciado por factores externos, ¿qué responsabilidad debe asumir la comunidad como parte involucrada?, ¿en cuánto es responsable de la incidencia negativa de ciertos factores en su personalidad? Creo que la obligación más importante de la comunidad es evitar efectivamente todos los males que favorecen el desarrollo de la delincuencia a través de medidas sanitarias, económicas, educativas, etc., que lleguen a concebir una comunidad más justa y más humana. La pena de muerte es una solución práctica ante el difícil problema de cambiar todo un sistema defectuoso que hace posible, y en algunos casos fomenta, la conducta delictiva. Volviendo a los medios, la pena de muerte puede aparecer como lícita por su efecto inmediato, ya que en estado grave o de necesidad elimina el peligro en forma absoluta. Pero, como toda medida cuenta también con efectos mediatos, veremos entonces que el vicio, aquel que genera el problema, persiste cuando tomamos estos últimos. Para que una medida sea plenamente legítima debe ser lícita en sus dos efectos—mediato e inmediato—, o sea que si uno de ellos es ilegítimo, éste acarrearía la ilicitud de la pena”.

Marcela Gentile desarrolló su anterior idea (arg. 4º): “La masa de poderío material del Estado se transforma en poder político legítimo cuando sus actos de imperio tienden al bien común temporal al que se subordina el individual de la misma calificación. Pero los ámbitos temporal y espiritual son de tal diversa entidad que no cabe hablar de subordinación entre los valores materiales de la sociedad y los fines íntimos de un solo individuo; aquí encontramos un límite infranqueable al poder del estado. Es el estado, para la consecución de tal fin, el titular de la fuerza coactiva necesaria para dictar leyes y sancionar su incumplimiento, pero para ello no necesita ni debe turbar la esfera íntima del hombre, de su conciencia, ni truncar las posibilidades que tiene de alcanzar su perfección y purificación, y reivindicarse ante sí mismo de acuerdo a sus convicciones religiosas. Un acto contrario a estos términos sería ilegítimo por definición. Las penas privativas de la libertad no restringen esta posibilidad, la pena de muerte sí, además de no ser imprescindible; por lo tanto, es ilegítima.

Luego, las soluciones de las dificultades (o sea, contra los “argumentos a favor”):

1º) “Si bien la pena es la imposición de un cierto mal, es el resguardo de la armonía social lo que la hace justa. El mal, el castigo, desligados de todo otro fin sólo son una forma sutil del sentimiento de venganza que no torna lícito ningún acto. Niego por tanto como fin principal de aquélla el retributivo” (M. Gentile). En cuanto a la función de amenaza, en general coincidieron en citar autores y estadísticas que desvirtúan la idea de que la pena de muerte cumpla eficazmente tal función.

2º) “Que un hombre, aun privado de su libertad, pueda poner en peligro la comunidad, se soluciona con un adecuado sistema carcelario” (M. Gentile).

3º) “Es la convivencia en sociedad uno de los factores determinantes de la conducta de los individuos. Son múltiples los factores explicativos de la delincuencia. Es necesario considerar dos conclusiones básicas: 1) que la delincuencia no es un atributo —no se nace delincuente—; 2) que como es una cuestión de grados —todos somos más o menos delincuentes—, la conducta delincuente debe percibirse como multidimensional, es decir que a distintos factores corresponderán distintas estrategias de control. La delincuencia no es un fenómeno aislado sino que refleja la estructura total de una sociedad. Siendo la sociedad en parte culpable del producto “delincuente”, no puede imponer a sus miembros la pena de muerte” (María Mercedes Swidzinski).

4º) “El argumento rápidamente se desvanece si reparamos en la absoluta falsedad del simil trazado, toda vez que nunca podemos reducir a un ser humano hasta convertirlo en célula de un organismo social. Su dignidad, como creatura racional creada a imagen y semejanza de Dios trasciende los límites de la sociedad, ente simplemente accidental que no existe en sí mismo” (C. Beraldi). “Si bien todos los hombres están subordinados a la comunidad, no la totalidad del hombre está subordinada a ésta, esa esfera independiente no puede ser «amputada» lícitamente” (M. Gentile). “Creo que la analogía sólo hasta cierto punto es válida. El individuo tiene un valor propio trascendente a diferencia del miembro que sólo tiene valor en tanto y cuanto está vinculado al cuerpo. Fuera de él no tiene sentido ni existencia propia. Esta distinción, creo, desvirtúa el ejemplo. Además, cuando nos hacemos un daño en el cuerpo, la responsabilidad es de todo el cuerpo y no del órgano dañado; así también la comunidad es responsable de los individuos que se desarrollan en ella. Por eso me pregunto hasta qué punto es justo castigar a uno de los culpables con la mayor pena, cuando en realidad existen dos, delincuente y comunidad” (M. De Elía).

5º) “Tres son los requisitos de la legítima defensa: agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado, y falta de provocación por quien se defiende. Por otra parte, la acción criminal debe coincidir temporalmente con la reacción; si se mata cuando la agresión ya cesó (cuando el criminal ya está detenido) no hay legítima defensa. En cuanto a la racionalidad del medio, reitero el principio del mínimo de pena suficiente para la defensa social” (C. A. Beraldi).

6º) “Creo que la pena será ejemplar en cuanto sea intimidatoria. Existe entonces un fin ejemplificador y una cualidad del mismo: la intimidación. Con respecto a esta finalidad de la pena, es importante citar el estudio estadístico realizado por el presidente de la Asociación Nacional de Fiscales de los Estados Unidos, efectuado en el año 1966, que arrojó como conclusión que la imposición de la pena de muerte en el Estado de Nueva York no había generado bajas en los índices de delincuencia. La pena no tiene como fin la seguridad pública ya que ésta depende fundamentalmente de la vigencia del Derecho, el cual prevé un sistema de sanciones que hacen posible su existencia fáctica. Además, con el criterio expuesto en el punto c), que sería lo más práctico, reitero el error de las otras opiniones que hacen responsable al delincuente y eximen a la comunidad” (M. De Elía).

7º) “La ley natural asigna al hombre derechos innatos e inalienables. La vida es uno de ellos y su enajenación —la que sólo puede llevarse a cabo de forma absoluta— es ilícita. La libertad es también otro de esos derechos, pero en las penas de prisión esta enajenación no es absoluta sino parcial, sólo se quita una parte de ella. Siendo la libertad un derecho divisible, el detenido mantiene su libertad de conciencia, de palabra, de modificar su estado civil, etc.” (C. A. Beraldi).

8º) “Tener en cuenta también la peligrosidad es un arma sumamente crítica puesto que podría condenarse a una persona por su simple peligrosidad, sin haber delinquido. Es cierto que el hombre subvierte «su propio fin y el orden natural», pero la sociedad no estaría obrando de forma muy diferente, es decir subvertiría su propio fin y el mismo orden natural, si ante un delito responde con la muerte” (Walter Aníbal Sanyan).

9º) “Podemos formular dos objeciones capitales, que más allá de los parciales aciertos que la dificultad reviste, la priva de mayor sustento: a) la división de los hombres en buenos y malos es falsa, toda vez que, si llevamos ese presupuesto hasta sus últimas instancias, debemos concluir que existen hombres totalmente buenos o totalmente malos, lo que es abiertamente erróneo pues hasta en un santo y en el peor delincuente reside una porción de mal o de bien respectivamente. Siendo así, aplicar un absoluto mal a quien tiene algo de bueno en sí, sería transgredir los límites de la igualdad, y por ende de la justicia; b) es justo que al peor de los delitos se le aplique la peor de las penas, pero siempre que dicha pena sea lícita; aplicar una que no revista tal carácter (como la pena de muerte) de ninguna manera puede corresponder, pues de una medida ilícita no puede nacer un orden justo” (C. A. Beraldi).

— 0 0 0 —

Muchos y muy valiosos frutos pudimos extraer de esta “experiencia medieval”. No es el menor de ellos el que los estudiantes hayan redescubierto prácticamente una verdad obvia tantas veces olvidada: que hay problemas —como los jurídicos— en los que sólo puede llegarse a soluciones probables, mejorables; que siempre están abiertos a nuevos argumentos, a distintas perspectivas que enriquecen la cuestión. Luego, a partir de esto, pudieron reflexionar (y comprobamos el fuerte estímulo intelectual que implicó), que la vida jurídica está formada por una serie de problemas, que el derecho es una realidad problemática. Y que las leyes, la jurisprudencia, las obras de doctrina son soluciones (probables, mejorables) que los juristas van dando a los problemas jurídicos. Pero el nudo, el centro está en el problema. Estudiar soluciones sin conocer los problemas de los cuales lo son, lleva ínsito el riesgo de que se haga de las soluciones dogmas y se enseñe el derecho como una sucesión de artículos de fe. Vieron, por fin, que a esas soluciones se llega dialécticamente, a través de discusiones fervorosas pero respetuosas y ordenadas; en las que sólo prevalece la mejor razón y en las que el único fin es la búsqueda en común de la verdad.

SIRO M. A. DE MARTINI

Documentos

Discurso a los trabajadores y empresarios en la Exposición universal de Montjuich, domingo 7 de noviembre

EL EVANGELIO DEL TRABAJO

Queridos trabajadores y empresarios:

1. Me alegro de encontrarme hoy con vosotros en esta hermosa ciudad de Barcelona. Os saludo con particular afecto, y os agradezco vuestra cariñosa acogida, que me hace sentir tan a gusto entre vosotros, como un amigo y hermano. Os pido desde el primer momento que llevéis mi saludo a vuestros hijos y familias.

A vosotros, queridísimos *trabajadores* y *trabajadoras*, a los presentes y a los ausentes, a los nativos de esta tierra o provenientes de otras regiones, así como a los de toda España, vengo a anunciaros el "Evangelio del trabajo".

2. La Iglesia considera un deber suyo imprescindible, en el campo social, ayudar "a consolidar la comunidad humana según la ley divina" (*Gaudium et spes*, 42), recordando la dignidad y los derechos de los trabajadores, estigmatizando las situaciones en las que estos derechos son violados y favoreciendo los cambios que conducen al auténtico progreso del hombre y de la sociedad.

El trabajo responde al *designio* y a la *voluntad de Dios*. Las primeras páginas del Génesis nos presentan la Creación como obra de Dios, *el trabajo de Dios*. Por esto, Dios llama al *hombre a trabajar*, para que se asemeje a Él. El trabajo no constituye, pues,

un hecho accesorio ni menos una maldición del cielo. Es, por el contrario, una bendición primordial del Creador, una actividad que permite al individuo realizarse y ofrecer un servicio a la sociedad. Y que además tendrá un premio superior, porque "no es vano en el Señor" (1 Cor 15, 58).

Pero la proclamación más exhaustiva del "Evangelio del trabajo" la hizo Jesús, el Hijo de Dios hecho hombre —y hombre del trabajo manual— sometido al duro esfuerzo. Él dedicó gran parte de su vida terrena al trabajo de artesano e incorporó el mismo trabajo a su obra de salvación.

CENTRALIDAD DEL HOMBRE Y DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

3. Por parte mía, en estos cuatro años de pontificado, no he dejado de proclamar, en mis Encíclicas y Catequesis, la centralidad del hombre, su primado sobre las cosas y la importancia de la dimensión subjetiva del trabajo, fundada sobre la dignidad de la persona humana. En efecto, el hombre es, en cuanto persona, el centro de la Creación; porque sólo él ha sido creado a imagen y semejanza de Dios. Llamado a "dominar" la tierra (*Gén* 1, 28) con la perspicacia de su inteligencia y con la actividad de sus manos, él se convierte en artífice del trabajo —tanto manual como intelectual— comunicando a su quehacer la misma dignidad que él tiene.

El concepto cristiano del trabajo, amigos y hermanos trabajadores, ve en éste una llamada a colaborar con el poder y amor de Dios, para mantener la vida del hombre y hacerla más correspondiente a su designio. Así entendido, el trabajo no es una necesidad biológica de subsistencia, sino un deber moral; es un acto de amor y se convierte en alegría: la alegría profunda de darse, por medio del trabajo, a la propia familia y a los demás, la alegría íntima de entregarse a Dios y de servirlo en los hermanos, aunque tal donación conlleva sacrificio. Por eso, el trabajo cristiano tiene un sentido pas-cual.

La consecuencia lógica es que todos tenemos el deber de hacer bien nuestro trabajo. Si queremos realizarnos debidamente, no podemos rehuir nuestro deber ni conformarnos con trabajar mediocrementemente, sin interés, sólo por cumplir.

4. Vuestra laboriosidad tenaz y vuestro sentido de responsabilidad os hacen comprender, queridos hermanos y hermanas, qué lejos están del concepto cristiano del trabajo —y hasta de una recta visión del orden social— determinadas actitudes de desinterés, de derroche de tiempo y de recursos, que se están difundiendo en nuestros días, tanto en el sector público como en el privado. Por no hablar del fenómeno del absentismo, un mal social que no sólo toca la productividad, sino que ofende las esperanza y sufrimientos de quien busca y reclama desesperadamente una ocupación.

Dentro del esfuerzo que empuja a creyentes y hombres de buena voluntad hacia el logro de una sociedad verdaderamente humana, la Iglesia quiere estar presente por fidelidad al Evangelio —“Buena Nueva” de salvación para todos, pero especialmente

para los pobres y los oprimidos— recordando las enseñanzas que provienen de la palabra del Señor:

— El trabajo es ciertamente un bien *del* hombre y *para* el hombre. A este respecto, en la Encíclica *Laborem exercens*, he subrayado que “el trabajo *es para el hombre* y no el hombre *para el trabajo*” (n. 6). El meollo de la doctrina social cristiana sobre el trabajo se centra aquí: no se llega al recto concepto del trabajo si no se está en estrecha dependencia con el recto concepto del hombre.

— El trabajo y la laboriosidad constituyen *un deber* y *un servicio* a la *célula familiar*, a su vida, unidad, desarrollo y perfeccionamiento. Por esto, “la razón de ser de la familia —decía hace tres años a los obreros polacos— es uno de los factores fundamentales que determinan la economía y la política del trabajo”.

— La naturaleza rectamente entendida del trabajo no sólo respeta las exigencias del *bien común*, sino que dirige y transforma toda actividad laboral en cooperación eficaz al bien de todos, enriqueciendo así el patrimonio de la familia humana.

5. Lo dicho anteriormente me lleva a tocar brevemente un problema que no es exclusivo de España, pero que la afecta en buen grado: me refiero *al paro*.

La falta de trabajo va contra el “derecho al trabajo”, entendido —en el contexto global de los demás derechos fundamentales— como una necesidad primaria, y no un privilegio, de satisfacer las necesidades vitales de la existencia humana a través de la actividad laboral.

Es un problema urgente y que debe empujar a cada cristiano a asumir sus responsabilidades en nombre del

Evangelio, y de su mensaje de justicia, de solidaridad y de amor.

De un paro prolongado nace la inseguridad, la falta de iniciativa, la frustración, la irresponsabilidad, la desconfianza en la sociedad y en sí mismos; se atrofian así las capacidades de desarrollo personal; se pierde el entusiasmo, el amor al bien; surgen las crisis familiares, las situaciones personales desesperadas, y se cae entonces fácilmente —sobre todo los jóvenes— en la droga, el alcoholismo y la criminalidad.

Sería falaz y engañoso considerar este angustioso fenómeno, que se ha hecho ya endémico en el mundo, como producto de circunstancias pasajeras o como un problema meramente económico o socio-político. En realidad constituye un *problema ético*, espiritual, porque es síntoma de la presencia de un *desorden moral* existente en la sociedad, cuando se infringe la jerarquía de los valores.

ENSEÑANZAS SOCIALES QUE PROVIENEN DE LA PALABRA DE DIOS

6. La Iglesia, a través de su Magisterio social, recuerda que las vías de solución justa de este grave problema exigen hoy *una revisión del orden económico en su conjunto*. Es necesaria una planificación global y no simplemente sectorial de la producción económica: es necesaria una correcta y racional organización del trabajo, no sólo a nivel nacional, sino también internacional; es necesaria la solidaridad de todos los hombres del trabajo.

El Estado no puede resignarse a tener que soportar crónicamente un fuerte desempleo: la creación de nuevos puestos de trabajo debe constituir para él *una prioridad* tanto económica como política. Pero también los empresarios y los trabajadores deben fa-

vorecer la superación de la falta de puestos de trabajo: manteniendo unos el ritmo de producción en sus empresas, y rindiendo otros con la debida eficiencia en su trabajo, dispuestos a renunciar, por solidaridad, al “doble” empleo y al recurso sistemático al trabajo “extraordinario”, que reducen de hecho las posibilidades de admisión para los desocupados.

Hay que crear con todos los medios posibles una economía que esté al servicio del hombre. Para superar los contrastes de intereses privados y colectivos; para vencer los egoísmos en la lucha por la subsistencia, se impone en todos un verdadero *cambio de actitudes*, de estilo de vida, de valores; se impone una *auténtica conversión de corazones*, de mentes y de voluntades: la conversión al hombre, a la verdad por el hombre.

Me he detenido especialmente en este argumento tan actual. Sé que os preocupan otros muchos problemas referentes al salario, condiciones higiénico-sanitarias en el trabajo, protección contra accidentes laborales, el papel del sindicato, la participación en la gestión y beneficios de la empresa, y la adecuada protección a los trabajadores venidos de otras partes.

Se trata de una problemática compleja y vital para vosotros; pero quiero repetiros una vez más: no olvidéis que el trabajo tiene como característica primordial la de *unir a los hombres*: “en esto consiste su fuerza social: la fuerza de construir una comunidad” (*Laborem exercens*, 20). Haced hincapié en ella y en los grandes valores cristianos que os animan. Llevad vuestra serenidad y confianza al lugar de trabajo. Iluminad vuestros ambientes de caridad y esperanza: así os resultará más fácil encontrar soluciones justas.

7. Permitidme ahora, queridos trabajadores y trabajadoras, que dirija mi palabra a otra clase de trabajadores de España: los *empresarios*, industriales, altos dirigentes, consejeros calificados de la vida socio-económica y promotores de complejos industriales.

Saludo y rindo honor en vosotros a los creadores de puestos de trabajo, empleo, servicios y enseñanza profesional; a todos los que en esta querida España dan trabajo y sustento a una gran muchedumbre de trabajadores y trabajadoras. El Papa os expresa su estima y gratitud por la alta función que cumplís al servicio del hombre y de la sociedad. También a vosotros anuncio el "Evangelio del trabajo".

Y al invitaros a reflexionar sobre la *concepción cristiana de la empresa*, quisiera ante todo recordaros que, por encima de sus aspectos técnicos y económicos —en lo que sois maestros— hay uno más profundo: el de su *dimensión moral*. Economía y técnica, en efecto, no tienen sentido si no son referidas al hombre, al que deben servir.

De hecho, el trabajo es para el hombre y no el hombre para el trabajo; por consiguiente, *también la empresa es para el hombre, y no el hombre para la empresa*.

Superar la innatural e ilógica *antinomía entre capital y trabajo* —exasperada a menudo artificialmente por una lucha de clases programada— es, para una sociedad que quiere ser justa, una exigencia indispensable, fundada sobre la primacía del hombre sobre las cosas. Solamente el hombre —empresario u obrero— es sujeto del trabajo y es persona; el capital no es más que "un conjunto de cosas" (*Laborem exercens* 12).

8. El mundo económico —lo sabéis bien— está sufriendo desde hace tiempo una gran *crisis*. La cuestión social, de un problema "de clases" se ha transformado en un problema "mundial". La evolución de las fuentes de energía y la incidencia de fuertes intereses políticos en este campo, han creado nuevos problemas, provocando la puesta en duda de ciertas estructuras económicas hasta ahora consideradas indispensables e intocables, haciendo cada vez más difícil su dirección.

CONCEPCIÓN CRISTIANA Y MISIÓN SOCIAL DE LA EMPRESA

Ante tales dificultades, no vaciléis; no dudéis de vosotros mismos; no caigáis en la tentación de abandonar la empresa, para dedicaros a actividades profesionales egoístamente más tranquilas y menos comprometedoras. Superad estas tentaciones de evasión y seguid valientemente en vuestro puesto, esforzándoos en dar cada vez un rostro más humano a la empresa, pensando en la gran aportación que ofrecéis al bien común cuando abríis nuevas posibilidades de trabajo.

En el desarrollo de la revolución industrial se cometieron en el pasado, también por parte de los empresarios, errores no pequeños. No por ello hay que dejar de reconocer y alabar públicamente, queridos industriales, vuestro dinamismo, espíritu de iniciativa, férrea voluntad, capacidad de creatividad y de riesgo que han hecho de vosotros una figura clave en la historia económica y frente al futuro.

9. Por su misma dinámica intrínseca *la empresa* está llamada a realizar, bajo vuestro impulso, una *función social* —que es profundamente *ética*—: la de contribuir al perfeccionamiento del hombre, de cada hombre, sin nin-

guna discriminación; creando las condiciones que hacen posible un trabajo en el que, a la vez que se desarrollan las capacidades personales, se consiga una producción eficaz y razonable de bienes y servicios, y se haga al obrero consciente de trabajar realmente "en algo propio".

La empresa es, por tanto, no solamente un organismo, una estructura de producción, sino que debe transformarse en *comunidad de vida*, en un lugar donde el hombre convive y se relaciona con sus semejantes; y donde el desarrollo personal no sólo es permitido sino fomentado. El enemigo principal de la concepción cristiana de la empresa, ¿no es quizá un *cierto funcionalismo* que hace de la eficacia el postulado único e inmediato de la producción y del trabajo?

Las relaciones de trabajo son, ante todo, *relaciones entre seres humanos* y no pueden medirse con el único método de la eficacia. Vosotros mismos, queridos empresarios presentes, si queréis que vuestra actividad profesional sea coherente con vuestra fe, no os conforméis con que "las cosas marchen", que sean eficaces, productivas y eficientes; sino buscad más bien que los frutos de la empresa redunden en beneficio de todos por medio de la promoción humana global y el perfeccionamiento personal de aquellos que trabajan a vuestro lado y colaboran con vosotros.

Sé que la realidad socio-económica es por su misma naturaleza bastante compleja, hasta el punto de parecer difícilmente gobernable en los momentos de crisis agudas, sobre todo cuando adquiere proporciones planetarias. Sin embargo, es precisamente en tales situaciones cuando conviene dejarse guiar por *un gran sentido de justicia* y por una *total confianza en Dios*. En los tiempos difíciles y duros para to-

dos —como son los de las crisis económicas— *no se puede abandonar a su suerte a los obreros*, sobre todo a los que —como los pobres, los inmigrantes— *sólo tienen sus brazos* para mantenerse. Conviene recordar siempre un principio importante de la doctrina social cristiana: "la jerarquía de valores, el sentido profundo del trabajo mismo exigen que el capital esté en función del trabajo y no el trabajo en función del capital" (*Laborem exercens*, 23).

10. Y ahora, al finalizar nuestro encuentro, quiero deciros una última palabra, queridos hermanos obreros y queridos empresarios de España:

¡Sed solidarios!

El tiempo en que vivimos exige con urgencia que en la convivencia humana, nacional e internacional, cada persona y grupo superen sus posiciones inamovibles y los puntos de vista unilaterales que tienden a hacer más difícil el diálogo e ineficaz el esfuerzo de colaboración.

La Iglesia no ignora la presencia de tensiones e incluso conflictos en el mundo del trabajo. ¡Pero no es con los antagonismos o con la violencia como se resuelven las dificultades! ¿Por qué no buscar vías de solución entre las partes? ¿Por qué rechazar el diálogo paciente y sincero? ¿Por qué no recurrir a la buena voluntad de escucha, al mutuo respeto, al esfuerzo de búsqueda leal y perseverante, aceptando acuerdos incluso parciales, pero portadores siempre de nuevas esperanzas?

El trabajo tiene en sí *una fuerza*, que *puede dar vida a una comunidad: la solidaridad*. *La solidaridad del trabajo*, que espontáneamente se desarrolla entre los que comparten el mismo tipo de actividad o profesión, para abrazar con los intereses de los indi-

viduos y de los grupos el bien común de toda la sociedad. *La solidaridad con el trabajo*, es decir, con cada hombre que trabaja, la cual —superando todo egoísmo de clase o intereses políticos unilaterales— se hace cargo del drama de quien está desocupado o se encuentra en difícil situación de trabajo. Finalmente, *la solidaridad en el trabajo*; una solidaridad sin fronteras, porque está basada en la naturaleza del trabajo humano, es decir, sobre la prioridad de la persona humana por encima de las cosas.

Tal solidaridad, abierta, dinámica, universal por naturaleza, nunca será negativa; una “solidaridad *contra*”, sino positiva y constructiva, una “solidaridad *para*”, para el trabajo, para la justicia, para la paz, para el bienestar y para la verdad en la vida social.

11. ¡Amadísimos hermanos y hermanas!

Vuestra sensibilidad de creyentes, vuestra fe de cristianos os ayude a

vivir la Buena Nueva, el “Evangelio del trabajo”. Sed conscientes de vuestra dignidad de trabajadores manuales o intelectuales. Colaborad con espíritu de solidaridad en los problemas sociales que os acosan. Sed levadura y presencia cristiana en cualquier parte de España.

La Iglesia confía en vosotros, os sigue, os apoya, os quiere: sed siempre dignos de vuestras tradiciones religiosas y familiares.

Permitidme que os recuerde, particularmente, que por causa del trabajo no descuidéis vuestra familia y vuestros hijos. Y emplead el descanso festivo para el encuentro renovado con Dios y la sana diversión.

Confío a la Madre de Montserrat vuestras personas, hijos y familias.

Estimats treballadors i empresaris:
Que Déu us ajudi a interessarvos al bé de tot home, vostre germà.

Notas bibliográficas

"HABEAS CORPUS", por Néstor P. Sagüés. Buenos Aires, La Ley, 1981, 416 pp.

Según palabras de su autor, el trabajo que aquí reseñamos pretende "...lograr un reencuadre del hábeas corpus (en el ámbito nacional), en función de los objetivos que son propios de la figura", todo con el propósito, también confesado por aquél, de "...repensar la razón de ser y la instrumentación normativa" del instituto. Por cierto que esa pretensión y tales propósitos los logra, y con creces, el doctor Sagüés en la magnífica obra con la que ha enriquecido el patrimonio jurídico-científico argentino.

El libro aparece dividido en dos partes que tratan respectivamente la dimensión institucional del hábeas corpus y su sistemática. En la primera parte se tratan los antecedentes históricos del instituto, su difusión, su problemática constitucional, su relación con el estado de sitio y su regulación en el derecho público provincial. En la segunda parte se exponen los aspectos procesales del hábeas corpus, con tratamiento específico de su naturaleza, competencia, partes, tramitación, sentencia, impugnación de ella, costas, régimen disciplinario y sancionatorio, "hábeas corpus de oficio" y otros procedimientos. Completan el libro un apéndice legislativo y una "addenda" jurisprudencial y legislativa.

Digamos inicialmente que resulta altamente ilustrativa la revista histórica que se efectúa en el libro. Las vertientes romana, española y anglosajona del instituto están prolijamente expuestas, al igual que los antecedentes vernáculos. Esta excursión histórica posee el mérito de no sólo ayudar a entender la institución —una vez más habrá que remarcar que sin la historia poco se entiende— sino también el permitir dar fundamento a aquello que quizá sea el mayor valor de la obra: mostrar que han existido y existen *diversos tipos de habeas corpus*. Dicho de otro modo,

que una misma institución presenta manifestaciones diversas y por tanto, con posibilidad de aprisionar realidades diferentes.

En tal sentido Sagüés logra aislar el "hábeas corpus reparador" que es el tipo clásico enderezado a terminar con detenciones violatorias de la cláusula constitucional inserta en el artículo 18 de la Constitución Nacional; el "hábeas corpus preventivo" que funciona ante amenazas de prisión y el "hábeas corpus restringido" que tiende a proteger contra las perturbaciones menores al derecho a la libertad física, que sin privar totalmente a esa libertad, si la restringe. Perfilan además otras formas del instituto tales como el "hábeas corpus correctivo" sobre vejámenes o tratos indebidos a personas arrestadas; el "hábeas corpus de pronto despacho" tendiente a apresurar trámites administrativos para disponer una libertad y el "hábeas corpus por mora en la traslación" dirigido a lograr la liberación del preso, cuando el magistrado de otra jurisdicción solicitante de la captura, ni la confirma ni envía la comisión de búsqueda.

Ya en la problemática constitucional del instituto nos interesa destacar algunas opiniones particulares de Sagüés. Así, sostiene que la Constitución Argentina admite implícitamente el hábeas corpus, con pleno vigor en períodos normales, y con acción menos intensa durante el estado de sitio, esto referido al tipo clásico; otros tipos, por ejemplo, el "por mora en la traslación del detenido" lo hace derivar de la legislación ordinaria y el derecho pretoriano. El autor comparte la tesis de la operatividad de la cláusula constitucional del art. 18 para los excepcionales supuestos de no existir normas reglamentarias de la misma. Respecto de la regulación del hábeas corpus, para Sagüés, como la del amparo, es asunto de derecho procesal constitucional y como tal, merece un tratamiento legislativo autónomo y especial.

La parte dedicada a la sistemática procesal del hábeas corpus sobresale por su carácter totalizador de la legislación nacional y provincial como asimismo por la pulcra distinción de los roles procesales del hábeas corpus a saber: recurso, acción, juicio especial, interdicto, auto y excepción.

Las características de la obra, básicamente expositiva, y sin perjuicio de presentar, cuando corresponde, las opiniones particulares del autor, hacen que una reseña de este tipo no pueda abarcar en detalle la riquísima materia contenida en el libro. Queremos más bien señalar aquello que nos parece más digno de ser destacado. En primer lugar, la nota agotadora de la materia, ya que en una sola obra se adunan la problemática constitucional y procesal del instituto, cosa no frecuente en nuestra literatura jurídica. En segundo lugar, el rigor técnico con el que se tratan ambas cuestiones, sobre todo la constitucional, en postura también infrecuente en nuestra literatura jurídica, que se ha detenido más en conside-

raciones político-institucionales sobre el hábeas corpus, predicando desde luego sus excelencias, pero quizá descuidando los perfiles técnicos que ayuden a su operatividad práctica. En tercer lugar, la seriedad y utilidad para el estudioso del aparato crítico manejado por el autor. En cuarto lugar, la obra, al igual que la anterior que sobre amparo produjera Sagüés, contribuye de manera decisiva a ir perfilando con sustentación propia y válida, un derecho procesal constitucional, como rama específica de la ciencia del Proceso.

Estamos ciertos de que el problema crucial —y esto es un verdadero desafío a los juristas— es la efectividad práctica del hábeas corpus. Precisamente por ello creemos y aspiramos a la vez, que la obra que hemos reseñado brevemente, contribuya a una utilización técnicamente más ajustada y axiológicamente más valiosa del instituto tratado.

PEDRO J. BERTOLINO