

DECISION DE CONTROVERSIAS JURISPRUDENCIALES Y CODIFICACION DEL DERECHO EN LA EPOCA MODERNA*

I. Es bien conocido que los fundamentos del Derecho privado europeo provienen de la edad media y que ellos han sido emplazados por los glosadores primero, por los comentaristas después, quienes dieron en definitiva origen al sistema del derecho común. Núcleo de este derecho en su vertiente secular era el *Corpus Iuris Civilis* justiniano, una obra ésta muy lejos de parecerse siquiera a aquel tipo de códigos al cual estamos hoy acostumbrados: en primer lugar, está el compuesto de cuatro libros diferentes: las *Iustiniani Institutiones*, los *Digesta*, el *Codex Iustinianus* y las *Novellae*. Dejando a un lado las *Institutiones*, cuyo carácter es especial, los otros tres, a su vez, están compuestos de segmentos ordenados en un sistema que para los autores de dichos libros era perfectamente inteligible¹, pero que en la edad media ya no lo era más. Dichos segmentos están constituidos por fragmentos de obras de la jurisprudencia clásica, especialmente de aquella de los siglos II y III d. C., en el caso de los *Digesta*; y por constituciones imperiales, especialmente de los príncipes de a partir del s. II d. C., tratándose del *Codex* y de constituciones del propio Justiniano, en el caso de las *Novellae*. En suma, se trata de recopilaciones, de

* Dedico este trabajo al gran maestro de la historia del Derecho español e indiano, profesor Dr. Alfonso García-Gallo. Al mismo tiempo, me hago un deber dejar constancia aquí que parte de las fuentes y de la bibliografía con que aquél ha sido ahora elaborado la he recogido durante mi permanencia en el Max Planck-Institut f. europäische Rechtsgeschichte (Frankfurt a.M.) en 1978, permanencia que fue posible gracias a una beca recibida de la Alexander von Humboldt-Stiftung y, naturalmente, a la hospitalidad de los por entonces director del Instituto, profesor Dr. H. Coing, y subdirector del mismo, profesor Dr. W. Wilhelm.

1. Para su descripción: WIEACKER, F., *Corpus iuris*, en *Vom römischen Recht* * (Stuttgart 1961), p. 242 ss.

agregados de textos provenientes de diferentes autores y épocas y pensados para situaciones distintas; a lo cual se une que, en el caso de los *Digesta* y en el de la mayoría de las constituciones del *Codex*, los textos ahí recogidos contienen un derecho casuístico y empírico, caracteres éstos propios del derecho romano clásico; y no uno formulado como reglas generales lógicamente trabadas entre sí. Aun cuando Justiniano, al componer estos libros que integran el *Corpus Iuris*, intentó una cierta labor racionalizadora y generalizadora, para lo cual recurrió al método de las interpolaciones en los textos que compilaba, esta labor no siempre fue perfecta, y dejó en ocasiones subsistente la diversidad, mientras que en otras la agravó o la creó artificialmente. Como consecuencia de todo esto, se encuentran en el *Corpus Iuris* muchas repeticiones, contradicciones y vacíos. Cada uno de estos problemas tiene una explicación histórica, dada la proveniencia de los materiales que integran el *Corpus Iuris* y dado la concepción y el método con que esta obra fue compuesta; mas para los medievales ella no era una fuente de conocimiento del derecho de la antigua Roma, objeto de crítica histórica; sino una ley vigente en el (nuevo) imperio romano (germánico), objeto, en consecuencia, de exégesis y de dogmática. Un estudio de este último tipo y sus resultados, esto es, los escritos de los juristas medievales, han hecho posible la aplicación del *Corpus Iuris* a partir del s. XII y sin dicho estudio lo más posible es que aquél jamás hubiera llegado a reconvertirse en derecho vigente en la sociedad medieval, dadas las inmensas dificultades que esa obra encierra para un objetivo así. La ley imperial necesitaba, pues, un intermediario para llegar a ser derecho aplicable y esos intermediarios han sido precisamente glosadores y comentaristas². Por tal razón es que, si bien resulta cierto haber sido el *Corpus Iuris* el núcleo del derecho común y haber sido considerado aquél como una ley (promulgada como tal por un antecesor de los actuales-medievales-emperadores romanos,

2. LOMBARDI, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (Milano 1967), p. 97: «L'imperatore medievale non ha assolutamente alcun merito nella rinascita del perfezionatissimo diritto di cui viene ad essere, quasi a propria insaputa, erede e fonte. Questo diritto glielo regalano i giuristi di Bologna».

esto es, por Justiniano), el derecho común no ha sido propiamente un derecho legal sino un derecho de juristas³.

II. Ahora bien, es característica de todo derecho de juristas el ser un derecho de controversias; ya lo había sido en la Roma clásica; también lo será en el medievo; todo ello, por la naturaleza misma de un tal derecho, cuyas fuentes de producción no son ni centralizadas ni potestativas, sino dispersas y sólo autoritativas.

Pero en el caso del derecho común el carácter controvertible de todo derecho de juristas se acentuaba, debido a que el texto de que aquél partía, el *Corpus Iuris*, fomentaba, por así decir, artificialmente la controversia que además de ser conceptual, derivaba también en textual o exegética en atención a los vacíos, repeticiones y antinomias que presentan los libros justinianos⁴, según antes se ha recordado.

3. Sobre este carácter del Derecho común: KOSCHAKER, P., *Europa y el Derecho romano* (trad. Santa Cruz, Madrid 1955), p. 247 ss.; LOMBARDI (n. 2), p. 79 ss.; CAVANNA, A., *Il ruolo del giurista nell'età del diritto comune (Un'occasione di riflessione sull'identità del giurista d'oggi)*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 44 (1978), p. 95 ss.

4. Ya así en el sentir de los críticos del Derecho romano común de la época moderna: p. ej., CANTIUNCULA, C., *De ratione studii legali*, analizando las causas del «*immensum duditationum mare*», también señala: «*Tertius opinionum fluctus hinc surgit, quod non uno in loco iuris textus mutili, trunci et imperfecti visuntur, quod quidem nimis diligens Tribonianus praestitit, qui nihil, nisi repurgatum exhibere volens, mancas, ieunas et aridas leges non raro tribuit*» (en GOBLER, J., *Iuris utriusque traditio methodica*, Frankfurt a. M., s. d., p. 609).

KOHL, A., *Exercitationes legales*, Epist. dedic., hablando de los defectos presentes en el *Corpus Iuris*, dice: «*Hinc opiniones emerserunt multitudine innumerabiles, mirifice sibi invicem repugnantes, autorum numero potius, quam rationum pondere subnixae, ut in illarum tam vasto pelago discentium animi perpetua fluctuatione turbentur et obrantur*» (ed. Magdeburgi 1601, p. 2 vta.).

Card. DE LUCA, G. B., *Dello stile legale*, cap. 15, núm. 9: «*Ma perchè i medesimi primi Interpreti e maestri, per la solita diversità degli umani intelletti, così sopra l'interpretazione d'alcune leggi dubbie, come ancora sopra la conciliazione di quelle, le quali fossero contrarie, ovvero in quelle cose, nelle quali le leggi non avessero espressamente provisto, furono di varii pareri. Quindi seguì, che avendo ciascuna opinione i suoi seguaci... insorgessero infinite questioni molto dubbie e intricate, pretendendo delle fazioni, che la sua opinione fosse la più comunemente ricevuta, ovvero la più fondata*

Mas no por ser de juristas un derecho deja él de estar destinado, como todo derecho, a servir a las necesidades del tráfico jurídico que, en suma, exigen soluciones precisas, ciertas y definitivas a los conflictos que se producen con ocasión del mismo. Tal necesidad social también fue intentada ser satisfecha por el derecho común de juristas mediante el mecanismo de la *communis opinio doctorum*; a través de él la pluralidad, heterogeneidad y descentralización de principios y soluciones propias de las fuentes de ese derecho era reconducida, por así decir, a la unidad, de modo que con los criterios que suministraba el mecanismo de la *communis opinio*, el juez pudiera encontrar la solución uniforme que aplicar al caso litigioso, de entre la pluralidad y heterogeneidad de pareceres ofrecidos por el conjunto de juristas.

No me extiendo aquí acerca del tema de la *communis opinio doctorum*⁵ por escapar en sí a nuestro tema; me basta con reconocer en él al criterio de discernimiento dado al juez por el derecho común, para guiarle en la localización de soluciones; y al mecanismo ideado por ese derecho para dar certeza a un derecho naturalmente incierto.

III. El criterio de la *communis opinio doctorum* pudo funcionar adecuadamente mientras se dieron determinados presupuestos.

nelle leggi o nella ragione» (en *Theatrum veritatis et justitiae*, Napoli 1758, t. 15, p. 522).

5. Sobre ella: BRUGGI, B., *Sentenza di giudici antichi e opinione comuni dei dottori*, en *Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane. Nuovi saggi* (Milano y otras 1921), p. 81 ss.; LEFEBVRE, C., *Les pouvoirs du juge en droit canonique* (Paris 1938), p. 161 ss.; ENGELMAN, W., *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre* (Leipzig 1938), p. 204 ss.; PIANO-MORTARI, V., *L'argomento ab autoritate nel pensiero dei giuristi medievale*, ahora, en *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali* (Napoli 1976), p. 77 ss.; LOMBARDI, L. (n. 2), p. 164 ss.; NICOLINI, U., *I giuristi postaccursiani e la fortuna della glossa in Italia*, en *Atti del Convegno Internazionale di Studi Accursiani* (Milano 1968) 3, p. 937 ss.; SBRICCOLI, M., *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale* (Napoli), p. 384 ss.; CAVANNA, A., *Storia del diritto moderno in Europa, I, le fonti e il pensiero giuridico* (Milano 1979), p. 152 ss. El libro de MOSSINI, L., *Le citazioni dei giuristi* (Milano 1975), abigarrado, difuso y a-histórico, es inservible. Una teoría general: SCHNUR, R., *Der Begriff der «herrschenden Meinung» in der Rechtsdogmatik*, en *Festgabe f. E. Forsthoft* (München 1967), p. 43 ss.

Por un lado, si bien es cierto que el derecho común de juristas, por definición, suponía pluralidad de intérpretes, en el hecho, hasta mediados de la baja edad media el centro geográfico de la actividad creadora permaneció en Italia y, más aún, en determinadas ciudades como Bolonia o Pavia, que concentraban a los talentos en número relativamente asible.

Por otro lado, los juristas medievales, precisamente por la consideración en que tenían a la *auctoritas* de sus colegas, habían sabido mantener una suerte de automoderación y autodisciplina en la formulación de opiniones, que impedían el florecimiento exagerado de las mismas. En cierto modo, pues, se había repetido en la edad media un fenómeno ya dado en la Roma clásica, si bien, por cierto, asentado sobre otros fundamentos históricos: él consistía en que la producción del derecho quedaba entregada a un círculo selecto y relativamente reducido de profesionales, que entre sí se reconocían como pares y que, en consecuencia, estaban dispuestos a respetar la autoridad ajena⁶. A ello se agrega que a principios del s. XIII las glosas habían sido fijadas por Accursio, cuya obra, la *Magna glossa*, por sí misma había llegado a adquirir valor de opinión común⁷; y que en los siglos XIV y XV surgieron talentos extraordinarios como Baldo y Bartolo, cuya autoridad fue reconocida como superior⁸.

IV. Estas realidades sustentantes del sistema de la *communis opinio* entraron en crisis a fines del s. XV.

La ciencia de los comentaristas italianos y extranjeros asentados en Italia se había expandido por los principales países de Europa y llegó a transformarse en una ciencia de uso europeo; pero, finalmente, a ello se unió su transformación en ciencia de cultivo europeo⁹, esto es, comenzó a cultivarse en dichos países

6. SCHULZ, F., *Storia della giurisprudenza romana* (trad. Nocera, Firenze, 1968), p. 222 ss., sobre la jurisprudencia de *honorarios*. Para el derecho común de juristas, líneas generales en LOMBARDI (n. 2), p. 85 ss.

7. GENZMER, E., *Die Verbreitung der accursischen Glosse in den einzelnen Gebieten Europas*, en *Atti. St. Accursiani* (n. 5), p. 781 ss.; NICOLINI (n. 5), p. 802 ss.

8. ENGELMANN (n. 5), p. 233 ss., 236 ss.

9. Difusión del Derecho romano: HORN, N., *Die legistische Literatur der Kommentatoren und der Ausbreitung des gelehrten Rechts*, en *Handbuch der*

por juristas nacionales una ciencia con los métodos italianos y por doquier, en consecuencia, surgieron juristas, que aplicando el método dialéctico o escolástico al *Corpus Iuris*, producían obras propias y, por tanto, opiniones. Pero, siendo el derecho romano un derecho de uso precisamente europeo y no nacional, tenía que resultar inevitable que esas obras y esas opiniones fueran llamadas a circular por todo el continente y a intervenir en la formación de opiniones comunes; de este modo, los mismos juristas nacionales y los jueces de cada país se veían en su trabajo ante obras y opiniones provenientes de toda Europa, que debían consultar y tener en cuenta porque se referían al mismo derecho que ellos debían estudiar y aplicar. Con ello necesariamente tuvo que aumentar el volumen de opiniones concurrentes ¹⁰.

Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte (Coing, H. Hrgn., München 1973) 1, p. 261 s., con lit.

10. Así, p. ej., EICHEL, J., prefacio a HANN, *Observata theorico-practica ad Matthaei Wesenbecii in L. libros Digestorum commentarios*: «Ingens illa librorum moles, qua olim Justinianini Imperatoris aetate, jus civile laborabat, videtur et hodie non minus negotii facessere discentibus, quam olim peperit difficultatis. Si enim a primo illo Irmerii tempore, quando primus in Italia latens jus civile e tenebris protulit, monumentorum illorum, quae vel in Instit. Imperialis, vel Pandectas, vel Codicem, vel Novellas, vel Feudorum libros, vel universim, vel in partes saltem, titulos, puta, leges et paragraphos earundem a diversis Jctis. edita sunt, numerum ineamus; illique eos addiderimus, qui consiliorum, responsorum, definitionum, decisionum, observatorum, conclusionum, recitationum, repetitionum, summarum, regularum, conciliationum, disputationum, controversiarum, commentariorum, practicarum, processuum, disputationum, vasta condidere volumina; et illos denique junxerimus, qui de singulis materiis particulariter integros et justos confecerunt Codices, ut a...et ab aliis plurimis in aliis innumeris propemodum illustribus argumentis, deprehendemus tantam illorum multitudinem, cui perlegendae nullius hominis vita ne quidem longissima ulla ratione sufficere possit» (ed. Francofurti et Lipsiae 1706).

WINTHER, G. V., *Pathenius Litigiosus sive discursus politico-iridicus*, lib. 2, cap. 5, párr. 20, hablando de las sutilezas y de las instituciones abrogadas del Derecho romano, escribe: «Huc accedunt infinitas glossae, lecturae, fallentiae regularum, practicae, gemmae, sylvae, summae, notae, formulae, clausulae, cautelae, methodi, commentarii, loci communes, institutiones, analyses, varias lectiones illustres quaestiones, decisiones, resolutiones, disputationes, lucubrationes, annotationes, interpretationes, repetitiones, enucleationes, conciliationes, refutationes, opiniones communes, communiores, communissimae,

Enseguida se presenta el factor consistente en la decadencia de la escuela de los comentaristas, por entonces ya llamada del *mos italicus*, uno de cuyos signos y causas fue la exageración del método dialéctico ¹¹, que mediante sutilezas, distinciones y subdistinciones podía conducir a formar sobre una cuestión una multiplicidad de puntos de vista ¹² y, en definitiva, casi tantos pareceres sobre la misma, como juristas hubiera ¹³.

observationes, conclusiones, paratitla, synopses, lexica, repertoria, exercitio, semestria, miscellanea, collectanea, singularia, consilia, responsa, syntagmata, apotelesmata, singulares intellectus, processus, tractatus tractatum et infinita eiusdem ferinae scripta, quae infinitas nobis lites reliquerunt et iurisprudentiam, utpote litium genitricem suspectam, disputabilem, dubiam, intricatam rediderunt, secundum illum ververbium, quod nimium altercando veritas amittatur, nec ulla lis tam scabiosa, quae non utranque in partem disputari possit, adeo sunt evulgata juris civilis mysteria, tanta librorum mole, ut hoc studium videatur prope abiectum atque contemptum» (ed. Veronae 1628, p. 322 ss.).

BECKMANN, TH. M., *Schädliche Missbräuche und Anordnungen bei den heutigen... Processen*, Theil 1, kap. 2: «Si crescit numerus scribentium, crescit numerus discentium doctorum» (ed. Dortmund 1697, p. 39).

11. Sobre esto: STINTZING, R., *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* (München-Leipzig 1880) 1, p. 110 ss.

12. CANTIUNCULA, C., *De ratione studii legalis* (n. 4): «Inmensum vero dubitationum mare, tribus potissimum e fontibus promanat. Primum ex abusu eorum locorum, quos iam dixi, dum quisque pro sua libidine aut etiam pro eorum necessitate, a quibus vultur aliquis praedam acceperit, verba sententiasque legum torquet ac retorquet, quod non raro in consiliis (quae vocant) accidit.

GIPHAN, H., *De divitionibus iuris*, Epis. dedic.: «Cum autem in jure ipso divisiones multae extant, tum in commentariis interpretum, maxime glossographorum et pragmaticorum, infinita fere est novarum cum divisionum tum aliarum distinctionum silva et varietas» (ed. Altdorphii 1586, p. 2).

LONGOVALLIS, J., *Declaratio in 1. Imperium sub titulo De iurisd. om. iudi. in Pandectis*, Epist. dedic.: «Non pauci etenim atque hi frequentiores glossemata commentariosque antiquorum ad legum vicem observantes, auctoribus eos informant rapsodiis et declarationibus, verbosque centones evulgunt, in quibus novas modo ratione moliuntur, modo ex aliis locis ad id quod adest multa transferentes, nihil nisi usitatum, atque aliubi disputatum proferunt, ita ex vepretis sylvas et ex fonticulis rivos ac praegrandia flumina saepe numero conficientes. Alii vero non contenti, per antiquorum tramites ambulare, legum mendosas plerunque interpretationes repurgant, vitiosasque veterum opiniones in melius reponunt, modo corruptis et male habentibus legibus medicas manus adhibentes, modo perverse et obscure intellectis varie-

Esto se vio aún más agravado con el aparecimiento de la nueva metodología del humanismo, el llamado *mos gallicus*, que, precisamente por consistir en un nuevo método aplicado al mismo viejo objeto, el *Corpus Iuris*, necesariamente traía aparejado el florecimiento de puntos de vista de cariz y contenido diverso y novedoso en relación con aquellos que generaba el *mos italicus*¹⁴.

Debe finalmente mencionarse el traslado de la metodología del *mos italicus* al estudio de los derechos nacionales, de las *coûtumes*

tatem et lumen maximum afferentes, illorum labor etsi mea sententia haud aspernandus usquequaque videtur, eo tamen omnium iudicio iam pervenit, ut freno potius reprimi debeat, quam lexis habenis amplius evagari permittatur» (ed. Paris 1539, p. a II).

13. BECKMANN, TH. M., *Schäld. Missbräuche* (n. 10), hablando de que los doctores han sustituido al emperador en la tarea de interpretar el Derecho, dice que de ahí proviene: «quot capita, tot sensus et interpretationes, tot novae ampliaciones, limitationes» (p. 245).

MYSINGER, J., *Singularium observationum iudicis imperialis camerae centuriae V*, praef.: «ut tantum sit in omni parte iuris opinionum, tam varii, nec sibi constantes circumferantur intellectus, ut quot pene sunt autores tot modo videamus legum interpretandarum extare sententias» (ed. Basilea 1565, fol. 2).

14. HOTMAN, F., *Antitribonien ou discours sur le loix*, cap. 15: «C'est que les bonnes lettres et sciences estans par une singuliere faveur de Dieu restablies, elles ont tellemnt aguisé l'entendement des Docteurs exercez en icelles, qu'en partie par leur esprit et subtilité, en parti par le moyen des vieux exemplaires ils decouvrent tous les iours une infinité de fautes et erreurs qu'ils appellent playes et ulceres, lesquels ils disent estre en l'edition des livres vulgaires... si l'on continue encore quelques annecs a faire ces applications d'emplastres, qu'ils appellent observations, emendations, transpositions, ratures et changemens, le corps des Pandectes se trouvera plus couvert d'emplastres, que nu fut oncques pauvre corps verolé, tellement que Iustinian mesmes auroit peine de les reconnoistre, ie dy mesme s'il ne les desaduouoit du tout. Et toustesfois il y a encores un autre mal, c'est que de cent corrections et changemens, il ne s'en trouve pas quatre, dont ces gens doctes soient bien d'accord, ains en disputent et debattent tellement les unes contre les autres, que la pauvre ieunesse en demeure estonne...» (en *Opuscules françoises des Hotmans*, Paris 1616, p. 87 ss.).

COCCERJ, S., *Jus civile controversum*, praef.: «Sed missas jam facio controversias, quae inter jurisconsultos antiquiores obtinerunt, et ad eas pergo, quibus omni aetate distentos esse constant recentiores jurisconsultos. Duplex eorum est genus, prout disceptarunt vel de lectione legis cujusdam genuina, vel de quaestione quadam juris. Si rescipimus primum ad controversias criticas, earum sunt innumerae» (ed. Lipsiae 1791, p. XXI).

en Francia, de los cuerpos de derecho real en España, el surgimiento del *usus modernus pandectarum* en Alemania. Esto, naturalmente, sólo tenía validez en cada ámbito nacional, pero se repetía en cada país, en donde, a la pluralidad de opiniones concernientes al derecho romano, por así decir, puro, se unía la pluralidad de opiniones sobre el derecho nacional romanísticamente interpretado, aumentando en cada país el volumen de cuestiones y opiniones controvertidas.

Todos estos factores han producido, en consecuencia, la crisis de la *communis opinio doctorum*, porque han impedido su funcionamiento de hecho, esto es, su virtud de llegar al real discernimiento de una opinión realmente sustentada por la real mayoría de los juristas realmente más autorizados¹⁵. Ninguna de estas realidades podía ser discernida en la práctica, habiendo tantos juristas en todos los países, que habían escrito tantos libros, dado tantos dictámenes (*consilia*) y producido tantas opiniones; es decir, nunca nadie podía estar seguro de que en una determinada cuestión, para la cual se había acumulado una cierta cantidad de juristas concordes en una opinión, no se opusiera una cantidad igual o superior de otros juristas acordes en una opinión contraria¹⁶. De ahí que surgiera la práctica tanto en la literatura jurídica como en las piezas forenses de acumular ingentes cantidades de citas de juristas en apoyo de una opinión, en desmedro, por cierto, del razonamiento jurídico autónomo e independiente¹⁷; de la distinción

15. FABER, A., *Rationalia in primam et secundam partem pandectarum*, Epist. dedic.: «Hinc nimirum tot iurgia non inter litigatores tantum, quod esset levius, sed inter ipsos etiam doctores, quos invicem conciliare multo difficilium fuerit, quam lites omnes quotquot Rempublicam Christianam misere lacerent, componere, ut in tanta opinionum dissensione parum sit scire quanam sit communis opinio, si quae communior sit ignoretur, adeoque nec quae communior, si quae communissima evasserit nesciatur» (ed. Coloniae Allobrogum 1631, p. 2 vta.).

16. MYNSINGER, J., *Sing. observat* (n. 13), praef.: «Attament, si quis eas (ac. las colecciones de opiniones comunes, de las que venía hablando) legendo percurrat, haud raro quod hic pro communi asseverat, alius contrariam, velut magis communem, asserere non dubitat» (p. a vta.). Véase también el texto de Cevallos cit. infra n. 20.

17. VERMÚDEZ DE PEDRAZA, F., *Arte legal para el estudio de la jurisprudencia*, cap. 16: «Ha se llegado a tiempo tan caduco, que si interpretamos una

de opiniones en *communes, magis communes, communissimae*; de las compilaciones de *opinionum communes*¹⁸; y de las colecciones de *opinionum communes contra communes*¹⁹.

V. Esta crisis produjo en el espíritu de juristas y políticos un sentimiento de inseguridad e incerteza jurídicas²⁰, que dio lugar

ley, y no la adornamos del aparato de opiniones y autoridades, nos parece que no se ha cumplido con nuestro instituto; siendo cierto que, en las cuestiones y entendimientos de leyes opinativas, no está la resolución dellas en el mayor o menor número de doctores, sino en los más sólidos motivos. De otra manera la iurisprudencia no tendría estabilidad, sino sería deambulatoria hasta el fin del siglo; porque la que oi es más común opinion, mañana es menos común, segun la variedad de los libros que cada día salen; que los modernos no investigan las razones sino que imitan las aves, dice Decio, que en volando una, azia alla vuelan todas, aunque se precipiten» (ed. Madrid, 1633, p. 125).

ZIEGLER, G., *Disceptationes selectae*, thema 3, cap. 22, párr. 5: «Dum vero illi (sc. los causidici) ita doctorum autoritatibus suffarcinati incendunt, vim potius, quam fidem asserti, quod dubium est, nec probatione indiget, facere velle videntur, ita scilicet ex libris suis edocti, qui et ipsi allegaturum numero turgent, et doctorum nomina in inmensum accumulunt. Et valde sane ridiculi sunt, qui putant, magnam eruditionis partem in hac autoritatum et testimoniorum collectione consistere, ac si numerari, non ponderati deberent dicta Doctorum» (ed. Lipsae 1712, p. 194).

18. Vid. SÖLLNER, A., *Die Literatur zum gemeinen und partikularen Recht in Deutschland, Oesterreich, den Niederlanden und der Schweiz*, en *Handbuch* (n. 9), 2.1, p. 581 ss.; HOLTJOFER, E., *Die Literatur zum gemeinen und partikularen Recht in Italien, Frankreich und Portugal*, en *Handbuch* (n. 9) 2.1, p. 418 ss.

19. El más famoso de todos fue Jerónimo de Cevallos, autor de un *Speculum practicarum et variarum quaestionum communium contra communes* (Toleti 1599-1600), reeditado al menos seis veces bajo el título de *Speculum aureum opinionum communium contra communes*.

20. CEVALLOS, J., *Speculum aureum opinionum communium contra communes*, Oratio ad lectorem: ahí narra el autor haber escrito su obra «ut quilibet miretur, in quante caligine et obscuritate totum jus versetur, cum nulla sit opinio certa et verissima, quae non possit pluribus contrariis opinionibus et fundamentis contrariari et sic omnia negotia magis ex iudicum arbitrio, quam ex certa juris dispositione terminantur et modo in uno eodemque negotio, nunc pro actore, nunc pro reo, sententia fertur, sine variatione iuris neque facti, sed solum ex eo, quis his iudicibus placet haec opinio et aliis displicet et contraria directa satisfacit, cum sine certa lege omnino in tot opinionum varietate Respublica gubernetur» (ed. Ursellis 1602, s. fol.).

Este texto fue muy célebre y lo citan, p. ej.: CONRING, *De origine juris*

a un género de literatura crítica que cubre íntegramente los tres siglos que van desde el rompimiento de los tiempos nuevos hasta el momento en que en cada país se ha producido la codificación. Ese género de literatura no se ha limitado a poner el acento en el carácter estérilmente controvertido y heterogéneo a que había llegado el derecho común, porque —es este el momento de advertirlo— la crisis de la *communis opinio*, motivada por los factores que antes hemos descrito, fue sólo una de las facetas de la crisis del íntegro sistema del derecho común, que se manifiesta también, por ejemplo, en el desprestigio del *Corpus Iuris* y en la pérdida de su visión integrada, como consecuencia de la metodología humanista²¹; en la desconsideración del derecho romano como derecho vigente y su consideración como simple *ratio*²²; en la proliferación de la legislación real y principesca²³, etc. Si nosotros, en cambio, nos hemos fijado en solo la crisis de la *communis opinio*, ello es en atención a nuestro tema, circunscrito a la decisión legislativa de las controversias, ya que tal tema no se entiende sin un análisis previo de aquella crisis.

Momentos célebres de ese género crítico a que aludimos son, por ejemplo, el *Antitribonien ou discours sur les loix* (1567), de François Hotman, en Francia; el *De origine juris germanici* (1643) de Hermann Conring o la *Ratio corporis iuris reconcinandi* (1668),

germanici, cap. 34 (ed. Helmstad 1695, p. 224 s.); KESTNER, *De defectibus iuris communis in republica germanica*, probl. 1, párr. 10 (ed. Rinthelli 1708, p. 9 s.). Otros textos anteriores y posteriores al transcrito, pertenecientes a la misma epístola y en igual sentido al de aquél, son citados, p. ej., por BURCHARD, PH., *Discursus de hodiernae jurisprudentiae naevis et remediis* (ed. Rinthelli 1708, p. 133); MURATORI, L. A., *Dei difetti della giurisprudenza*, cap. 11 (ed. Venezia 1743, p. 107).

Es, por lo demás, sabido que la necesidad de decidir llegó a tal extremo, que se formó la doctrina del *casus pro amico*, según la cual el juez, ante la imposibilidad de fallar según derecho, quedaba autorizado a fallar en favor de aquella parte que más le simpatizara.

21. MAFFEI, D., *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*³ (Milano 1972).

22. Sobre esto, al menos para el caso de Francia, mi libro *Ratio scripta* (en prensa), del cual un resumen en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 4 (Valparaíso de Chile 1979), p. 135 ss.

23. MOHNHAUPT, H., *Potestas legislativa und Gesetzbegriff im Ancien Régime*, en *Ius commune* 4 (1972), p. 188 ss.

de Gottlieb W. Leibniz, en Alemania; el *Dei difetti della giurisprudenza* (1742), de Ludovico A. Muratori, en Italia; el *Tratado crítico sobre los errores del derecho civil y abusos de los jurisperitos* (1748) de Pablo de Mora y Jaraba o los *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes* (1765) de Juan F. de Castro, en España; el *Verdadeiro metodo de estudar para ser util à republica e à igreja* (1746) de Luis A. Verney (el Barbadinho), en Portugal. Pero la mayoría de estas obras son obras de síntesis, las cuales se han nutrido, en parte, de las innumerables quejas y críticas que un inmenso número de juristas ha desparramado en sus obras, generalmente en los prefacios y epístolas dedicatorias, a los cuales también es menester atender para darse cabal cuenta del volumen e intensidad de la crítica de que ha sido objeto el derecho común en los tiempos modernos.

VI. Esta crítica ha sido aparejada con las soluciones; de ellas, en un intento quizá no exhaustivo, podemos reconocer una triple tipología: la decisión legislativa de las controversias; las leyes de citas; la codificación. La primera constituye el tema de este trabajo; la segunda ha sido objeto de algunos artículos interesantes²⁴; y la tercera, como es natural, está en el centro de la historiografía jurídica de nuestros días, haciendo, sin embargo, presente que un momento muy importante de la historia de la codificación, esto es, el concerniente a los planes codificadores (fijadores preferido decir, con terminología más amplia, pues reservo la voz «co-

24. Sobre el género «leyes de cita»: TEIPEL, G., *Zitiertgesetze in der romanistische Tradition*, en *Zeitschr. der Savigny-Stiftung rom. Abt.* 72 (1955), p. 245 ss. Con algunas consideraciones generales, pero centrado en ejemplos italianos: MARONGIU, A., *L'ultimo duca di Urbino e la sua Legge delle citazioni*, en *Studi Urbinati* 11 (1937) 34 (que no he podido ver); EL MISMO, *Legislatori e giuridi di fronte all'autorità dei giuristi. Dalla legge delle citazioni all'art. 265 CPV. Reg. gen. giud.*, en *Studi di Storia e Diritto in onore di Enrico Besta* (Milano 1939) 3, p. 443 ss.; EL MISMO, *Una legge delle citazioni e un nuovo Giustiniano nel Seicento*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Processo* 15 (1961), p. 952 ss.; EL MISMO, *L'ultima legge delle citazioni e la sua diretta ispirazione*, en *Studi in memoria di Tullio Ascarelli* (Milano 1969) 3, p. 1203 ss. Para las leyes españolas: PÉREZ DE LA CANAL, M. R., *La pragmática de Juan II, de 8 de febrero de 1472*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 26 (1956), p. 659 ss. En general: CAVANNA (n. 5), p. 247 ss.

dificación» para los códigos productos del yusnaturalismo racionalista²⁵) del humanismo jurídico, no ha sido estudiado.

El presente trabajo está dedicado al análisis de la segunda de las soluciones indicadas. Esta consistía en confiar al legislador la promulgación de normas decisorias de las controversias agitadas entre juristas, de modo que la pluralidad de opiniones en torno a una cuestión, dotadas de sólo *auctoritas*, quedase reemplazada por la norma, dotada de potestad, continente de un criterio único, preciso y fijo de solución²⁶.

Históricamente podemos reconocer dos vertientes a través de las cuales dicha solución se ha insinuado: la primera fue práctica, porque consistió en poner efectivamente en acto el remedio, a través de leyes decisorias, de las que podemos citar tres ejemplos; la segunda, teórica, porque ha consistido en el alegato y proposición de los autores dirigidos al legislador, de superar la controversia mediante decisiones suyas.

VII. Los ejemplos históricos de leyes decisorias que deseo citar aquí son los siguientes: las *Leyes de Toro* españolas de 1505; la constitución del emperador Carlos V en materia de herencia del año 1529; y las constituciones del príncipe elector Augusto de Sajonia de 1572.

a) Las *Leyes de Toro*²⁷, promulgadas en la ciudad de este nombre, en cortes celebradas ahí en 1505 para la jura de la reina

25. Vid. GUZMÁN, A., *La fijación del derecho* (Valparaíso de Chile 1977), p. 21 ss.; cfr. las recensiones de D'ORS, X., en *Anuario de Historia del Derecho Español* 48 (1978), p. 639 ss.; de DRAVASA, en *Revue Hist. de Droit Français et Etranger* 56 (1978), p. 667 s. y de BARBERENA, en *Revista Española de Derecho Canónico* 35 (1979), p. 629 s.

26. Hago notar que esta cuestión es diferente de aquella otra concerniente al llamado «référé legislative», esto es, a la remisión al legislador de una contienda judicial concreta para resolver la cual no hay ley; o bien la remisión al mismo de un problema de interpretación de ley existente. La historia de esta institución (que remonta, con algunos precedentes anteriores, a Justiniano: vid. c. Tanta 21, incluso para la denominación moderna: *ad imperiale culmen per iudices referatur*) está por estudiarse; vid., sin embargo, para Francia: HUFTEAU, Y. L., *La référé legislative et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi* (París 1965).

27. Sobre ellas: GIBERT, R., *Leyes de Toro*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica* (Barcelona 1974) 15, p. 247 ss.

doña Juana apodada la Loca, hija de los reyes católicos y madre del emperador Carlos V, lo fueron atendiendo a una petición anterior formulada a sus padres por el reino en las cortes de Toledo en 1502. La pragmática de promulgación de las leyes de Toro²⁸ recuerda que entonces los estamentos se habían quejado «*del gran daño y gasto que recibían mis súbditos y naturales a causa de la gran diferencia y variedad que había en el entendimiento de algunas leyes de estos mis reinos, así de Fuero como de las Partidas y de los Ordenamientos, y otros casos donde había menester declaración, aunque no había leyes sobre ellos...*». Como consecuencia de lo anterior, prosigue la pragmática: «*...acaecía que en algunas partes de estos mis reinos, y aun en las mis audiencias, se determinaba y sentenciaba en un caso mismo, unas veces de una manera, y otras veces de otra; lo cual causaba la mucha variedad y diferencia que había en el entendimiento de las dichas leyes entre los letrados de estos mis reinos...*». A poner fin a este estado de cosas y atendiendo a la petición de las cortes, los reyes católicos dispusieron la formación de una comisión especial, cuyos miembros «*en los casos que más continuamente suelen ocurrir y haber las dichas dudas, viesen y declarasen lo que por ley en las dichas dudas se debía de allí adelante guardar*». El conjunto de soluciones a casos dudosos establecido por la comisión constituye precisamente las 83 *Leyes de Toro*, promulgadas en el año antes indicado.

b) El segundo ejemplo, el de la constitución de Carlos V del año 1529²⁹, es más específico, pues concierne a sólo un caso muy puntual. En el «Reichstag» celebrado en Worms el año 1521, los «Stände» pidieron dar solución a la vieja cuestión, debatida ya entre glosadores y comentaristas, acerca del modo de suceder, si *per stirpes* o bien *per capita*, en la herencia legítima entre primos: el «Reichstag» celebrado en Spira en 1529 decidió el problema de acuerdo con el segundo criterio, en lo cual parece haber tenido

28. La pragmática se puede ver también en LLAMAS Y MOLINA, S., *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de Toro* (Madrid 1853) 1, p. 17 s.

29. KÜHN, O., *Die kaiserliche Konstitution von 1529 über die Erbfolge der Geschwisterkinder und Ulrich Zazius*, en *Zeitschr. Sav.—Stf. rom. Abt.* 78 (1961), p. 310 ss.

influjo la doctrina de Ulrich Zasius; y con base en esta decisión de la dieta imperial, el emperador Carlos V en ese mismo año dictó la correspondiente constitución decisoria.

c) También las constituciones sajonas del año 1572³⁰ recibieron su impulso inicial de una queja de los estamentos reunidos en el «Landstag» de 1565, de que los tribunales del principado fallaban unas mismas causas de modo diferente, por lo cual se solicitó al príncipe elector poner remedio a tal situación; éste prometió formar una comisión especial destinada, entre otros fines, a proponer decisiones para las controversias del derecho; pero en la práctica fueron las facultades de derecho de Leipzig y Wittemberg las que, a instancia del príncipe, estudiaron los casos controvertidos y sugirieron las soluciones; con base en estos trabajos y después de algunas reuniones conjuntas de representantes de dichas facultades y consejeros del príncipe, se llegó a una compilación de *277 streitigen, zweifelhaften und disputirlichen Felle*³¹ con sus respectivas soluciones, que finalmente fue promulgada por el príncipe elector en 1572 como *Verordnungen und Constituionen des Rechtlichen Proces*.

VIII. Pero también ha habido una vertiente teórica portadora de la solución decisoria de controversias, que nosotros podemos verificar en los escritos de los autores. Ellos, junto con denunciar la crisis, han echado mano a ese remedio para conjurarla.

Este remedio ha sido formalmente propuesto por autores que personalmente he logrado registrar en número de trece, pertenecientes a diferentes épocas y a distintas tendencias e incluso profesiones, si bien, por cierto, la mayoría son juristas. Cabe así citar entre los humanistas no-juristas al latinista alemán Henrich Bebel, en 1506; al teólogo católico también alemán Johannes Cochlaeus en 1521; y al filólogo y gramático español Pedro Simón Abril en 1589.

30. MUTHER, TH., *Kleiner Beitrag zur Geschichte der Sachsischen Konstitutionen und des Sachsenspiegels*, en *Zur Geschichte der Rechtswissenschaft und der Universitäten in Deutschland* (Amsterdam 1961), p. 352 ss. También KUNKEL, W., *Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands* (Weimar 1938) 1.1, p. XXXV ss.

31. Ley promulgatoria de las constituciones: en KUNKEL, *Quellen* (n. 30) 1.2, p. 257.

Los yusnaturalistas están representados por los alemanes Johannes Oldendorp en 1543; Gottlieb Wilhelm Leibniz en 1667; y Heinrich Ernst Kesner en 1708.

El italiano Ludovico Antonio Muratori en 1742 y el español Gregorio Mayáns y Siscar en 1754, ambos doctores en derecho, en cierta medida epígonos del humanismo jurídico, pero también influidos por el yusnaturalismo, a lo cual se une la extensión de sus intereses intelectuales a campos distintos del derecho y su alejamiento del derecho usual, deben ser considerados por todo ello, en conjunto.

Se presenta finalmente un grupo de juristas que denominaré prácticos, quienes, sin perjuicio de haber recibido influencias diversas, por lo cual también podrían ser clasificados entre los humanistas o en el *mos italicus* o en el *usus modernus pandectarum*, tienen de común entre sí y se diferencian de todos los anteriores en que a su licencia o doctorado en derecho han unido el ejercicio práctico de su profesión y han escrito obras de derecho usual; ellos son: el italiano Giovanni Nevizzano, un jurista de transición entre el *mos italicus* y el *mos gallicus* en 1522; el alemán Joachim Mynsenger, un cameralista, en 1555; el francés Pierre Rebuffe, un representante del *mos italicus*, también en 1555; el italiano Tiberio Deciano un adepto del *mos italicus* pero muy influido por el humanismo, en 1579; y el español Jerónimo de Cevallos, un abogado, en 1599.

a) En 1506 escribía H. Bebel (1472-1518) al célebre jurista alemán Ulrich Zasius, quejándose, naturalmente, de la actividad interpretativa de los juristas medievales y recordando los preceptos justinianeos que prohibían hacer comentarios a sus libros, reservando su interpretación al propio emperador, lo siguiente: *Creverunt glossatorum commentaria super omnes constitutiones, et contra diram principis interminationem, nec ullus finis est sperandus, nisi sacratissimus et Christianissimus Caesar et imperator noster Augustus Maximilianus sua incredibili prudentia divinisque oraculis tot commentaris supprimat, verbositatemque obscurissimam atque nodosissimam in compendium, et declarationem reducat*³².

32. EN UDALRICI ZASII... *Epistolae ad viros aetatis suae doctissimos* (ed. Reigger, Ulmae 1774), p. 404. Sobre Bebel: *Allgemeine Deutsche Biographie* (Leipzig 1875) 2, p. 195 ss.

b) Más explícito es J. Cochlaeus (1479-1552) en una carta de 1521 dirigida al mismo Zasius, cuando escribe: *Adde necessitatem mutandarum legum propter mutationem totius status imperii et reipublicae. Optimum foret, si opinionum sylva in breves et certas leges decideretur: id quod gloriosum foret novo nostro Principi, utile discentibus, salutare reipublicae in foro, et in omnibus paene negotiis* ³³.

c) En un escrito de 1589, aconsejando al rey de España la confección de un «nuevo cuerpo de derechos» en sustitución del *Corpus Iuris Civilis*, escribía Pedro Simón Abril (1540-post 1594) que, entre otras, misión de los compiladores de ese cuerpo habría de ser: *...lo que en cada especie de negocio ya está estatuydo por ley, determinallo legalmente; y lo que no está determinado, sino que anda en opiniones de Doctores, si fuere negocio de momento, tomar de las dos partes de la contradición la que les pareciere mas conforme a la buena razón, y aquella determinalla por ley, poniendo perpetuo silencio a la parte contraria; y sino fuere de momento, dexallo como cosa inutil...* ³⁴.

Entre los yusnaturalistas habíamos citado d) en primer lugar a J. Oldendorp (1480-1576), cuyo pensamiento al respecto se encuentra en la epístola dedicatoria al emperador, de su obra *Actionum forensium progymnasmata*, fechada dicha epístola en 1543; después de lamentarse acerca de la multitud de opiniones reinante entre los doctores, declara nada ser más digno de la majestad imperial: *si civilem disciplinam ab otiosis opinionum rixis aliquando repurgandi esse constituas* ³⁵.

e) Como es sabido, en su *Nova methodus* G. G. Leibniz (1646-1716) ha sugerido la formación de un «*novum corpus iuris*»; en el

33. EN ZASII, U., *Epistolae* (n. 32), p. 501. Sobre Cochlaeus: ADB. 4, p. 381 ss.

34. SIMÓN ABRIL, P., *Apuntamientos de como se deven reformar las doctrinas y la manera de enseñallas para reducillas a su antigua entereza y perficion, de que con la malicia del tiempo y con el demasiado deseo de llegar los hombres presto a tomar las insignias dellas, han caydo* (Madrid 1589), p. 19. Sobre este autor: MORREALE DE CASTRO, M., *Pedro Simón Abril* (Madrid 1949).

35. OLDENDORP, J., *Actionum forensium progymnasmata*, Epit. dedíc. (ed. Frankfurt 1667, fol 3). Sobre este jurista: WOLF, E., *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte* ¹ (Tübingen 1963), p. 138 ss. con lit.

párr. 21 de la 2.^a parte de la edición de 1667, tratando de ese tema, había él escrito: *Si extantiores controversiae, publica autoritate decidantur, formeturque novum juris corpus accurate dispositum*³⁶. En la revisión que hizo Leibniz de esta obra hacia el final de su vida, el citado párrafo está redactado de la siguiente manera: *Si extantiores controversiae, publica auctoritate deciderentur, formareturque novum corpus vel certe novissimus codex, qui ut paucis dicam, conscribendus esset plene, breviter, ordinate; ita incertitudo (adeoque obscuritas et contradictio) et superfluus labor (adeoque repetitio et multitudo) abforent. Interea controversiae frequentiores publica autoritate decidi utcumque possem per partes*³⁷.

f) En su obra con insinuante título *De defectibus juris communis in republica Germanica*, publicada en 1708, H. E. Kestner (1671-1723) aconseja lo siguiente para reformar la jurisprudencia: ... *quid impediret, si Princeps aliquid uni alterique cordato et perito Jcto demandaret, ut codicem patrium summa cum cura et lucubratione ex optimis quibusvis autoribus construeret, atque omnes, quotquot inveniri possunt, quaestiones controversas et utiles, practicas tamen brevissime sine ulla disputatione, auctoritatisque aut rationis allegatione decideret, quae exinde a Consiliariis revideantur, et, si*

36. LEIBNIZ, G. W., *Nova methodus docendae dicendae jurisprudentiae*, pars 2, párr. 21 (en *Sämtliche Schriften und Briefe*, Akad. Verlag, Berlin 1971, t. 6.1, p. 306 s.). Sobre Leibniz, de la extensa bibliografía que le concierne selección ésta, tocante a su pensamiento reformador de lo jurídico: HINRICHS, H. F. W., *Ueber die Bemühungen Leibnizens um die Rechtserkenntnisse überhaupt*, en *Magazin f. Rechts und Staatswiss.* 3 (Prag 1851) 1, p. 253 ss.; 4 (1851), p. 137 ss.; TRENDELENBURG, A., *Leibnizens Anregungen zu einer Justizreform*, en *Kleine Schiften* (Leipzig 1871) 1, p. 241 ss.; ISAACSOHN, S., *Leibniz als Förderer der preussischen Justizreformbestrebungen von 1698*, en *Zeitschr. f. Preussische Geschichte und Landeskunde* 14 (Berlin 1877), p. 413 ss.; HARTMANN, G., *Leibniz als Jurist und Rechtsphilosoph*, en *Festgabe Herrn Dr. Rudolph von Ihering z. Doctorjubiläum* (Tübingen 1892), p. 3 ss.; DICKERHOF, K., *Leibniz's Bedeutung für die Gesetzgebung seiner Zeit* (diss. Freiburg i. Br. 1941 inédita); MOLITOR, E., *Der Versuch einer Neukodifikation der Römischen Rechts durch den Philosophen Leibniz*, en *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di P. Koschaker* (Milano 1954), p. 359 ss.; STURM, F., *Das römische Recht in der Sicht von Gottfried Wilhelm Leibniz* (Tübingen 1968).

37. *Ibid.*, p. 306 s.

*quae mutanda esse putent, sine multa disputatione solo votorum pluralitate colligantur, posteaque principali autoritate confirmentur, et subditis inviolabiliter observandae praecipiantur; quid impediret, si Princeps ex systemate quodam celebriori controversias quotidianam utilitatem spirantes extrahi, iisque vim legis tribui curaret, caeteris omnibus quaestionibus rejectis, penitusque abrogatis*³⁸.

g) El cap. 11 del célebre *Dei difetti della giurisprudenza* (1742) de L. A. Muratori (1672-1750) está dedicado al tema: *Che qualche riforma veramente si potrebbe dare alla giurisprudenza col decidere i principali punti in essa controversi*; resumiendo ahí el mal que aqueja al derecho de su tiempo, escribe: *Provviene, como già s'è avvertito di sopra, il malano maggiore della scienza Legale dalla sterminata copia delle opinioni de'Dottori, e dalla contrarietà d'esse, madre perciò dell'incertezza in voler determinare il torto e diritto nelle cause forensi*». En seguida apunta Muratori la siguiente solución: *«Migliore rimedio a queste piaghe non so io suggerire, se non aquello, che possono con facilità, se vogliono, somministrare i Principi amatori del loro popolo, Cioè di decidere col maturo consiglio de'più dotti e saggi le conclusioni controverse fra i Legisti, determinando quel che debbono seguitare in tali occasioni i lor Tribunali e Giudici*³⁹.

38. KESTNER, H. E., *De defectibus juris communi in republica germanica*, probl. 1, párr. 11 (ed. Rinthelli 1708, p. 11).

39. MURATORI, L. A., *Dei difetti della giurisprudenza* (ed. Venezia 1743), p. 106. En su obra titulada *Delle riflessioni sopra il buon gusto nelle scienze e nell'arti, I, Primi designi* (Venezia 1742), p. 44-45, Muratori propone: «ridurre in un corpo solo tutte le sentenze piú fondate, che non decise chiaramente dalle Leggi, ma aprobate dal consenso o de'Leggisti piú saggi, o de'Tribunali piú famosi, sono aparse in mille differenti Libri, al quale corpo legale potrebbero dare autorità i Principi nostri» [cit. por DONATI, B., *Ludovico Antonio Muratori e la giurisprudenza del suo tempo* (Modena 1935), p. 119 n. 2]. Como podrá apreciarse, aquí Muratori muestra aún confianza en la *communis opinio*, pues se limita a sugerir como materia para el nuevo cuerpo de leyes aquellas sentencias aprobadas por los juristas más célebres (amén de aquellas recibidas en las decisiones judiciales a que él se refiere).

Sobre Muratori: DONATI, B., *Ludovico Antonio Muratori e la giurisprudenza del suo tempo* (Modena 1935); ROBERTI, M., *Ludovico Antonio Muratori e il tramonto del diritto comune*, en *Rivista di Storia del Diritto Italiano* 9

h) En una carta de 1754 dirigida por G. Mayáns a Agustín de Hordeñana, valido del marqués de la Ensenada, en la cual describe aquél su proyecto de Código legal español o Fernandino, que Hordeñana, siguiendo las ideas del marqués, le había propuesto llevar a cabo, anota en dicha carta lo siguiente: *Todo ha de ser muy sencillo, claro y metódico, dando cortes a innumerables cuestiones de que hablan las leyes, en que los escritores están encontrados y los jueces indeterminados y dispuestos a juzgar como quieran...*⁴⁰.

i) Pasemos ahora a quienes hemos denominado juristas prácticos. En primer lugar, a Giovanni Nevizzano (?-1540) quien publicó en 1522, una *Quaestio quomodo possit resecari tanta librorum multitudo*. Escribía allí: «...hoc posset Imperator et perpetuam sibi famam et orbi quietem pararet. ...Aliqua declarare ut ll. quae ad utranque partem inducuntur, exemplum in l. Si socius pro filia. ff. pro socio et super articulis dubitatilioribus unam declarationem condere exemplo Iustiniani in suis lib. decisionibus l.l.C. de emend. condic. Et audivi quod Campegius Bononiensis tales casus aggregaverat et adhuc colligi possent ex contrarietatibus Glo. Bar. et Moder. sequique in talibus sententias seu arresta senatuum seu Rottae quae solent sequi aequiorem et benigniorem partem»⁴¹.

j) El cameralista J. Mysinger (1514-1588) ha dejado testimonio de su sentir coincidente a través de un consejo dirigido al futuro emperador Maximiliano en el prefacio de su *Singularium observa-*

(1936) 1, p. 12 ss.; FALASCHI, P. L., *Il problema della certezza del diritto nel trattato dei difetti della giurisprudenza di L. A. Muratori* (Milano 1963); PECORELLA, C., *Studi sul Settecento giuridico, I, L. A. Muratori e i difetti della giurisprudenza* (Milano 1964); PATTARO, E., *Il pensiero giuridico di L. A. Muratori tra metodologia e politica* (Milano 1974).

40. Carta de Mayáns a Hordeña de 12 de enero de 1754, publicada por PESET, M., *Una propuesta de código romano-hispano inspirada en Ludovico Antonio Muratori*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro* (Valencia 1974) 1, p. 257. Sobre Mayáns: PESET, M. y J. L., *Gregorio Mayáns y la reforma universitaria* (Valencia 1975); PESET, M., *Estudio preliminar del Epistolario de Gregorio Mayáns, IV, Mayáns y Nebot (1735-1742). Un jurista teórico y práctico* (Valencia 1975), p. XI ss.

41. NEVIZZANO, G., *Quaestio quomodo possit resecari tanta librorum multitudo* (en Ziletti, G. B., *Librorum omnium juris index*, Venetiis 1599, p. 64). Sobre Neevizzano: LESSONA, C., *La Sylva nuptialis di Giovanni Nevizzano* (Torino 1886).

*tionum iudicii imperialis camerae centuriae qua'uor, fechado dicho prefacio en 1563: ... si Pater tuus Imp. Ferdinandus, eique adiuncti illustres illi Comitiorum Augustalium Septemviri... optent atque constituent, qui perspectis diligenter tam variis quaestionum opinionibus, iisque ad aequi boni libram appensis, accedente Imperatoriae Maiestatis, caeterorumque Imperii Ordinum autoritate publica tandem statuant, quid pro iure servari oporteat, quaeque sententiae in iudicando et docendo sequendae atque amplexandae; sicque explosis, aut certe repurgatis immensarum commentationum acervis, procellosisque contentionum fluctibus sedatis atque compositis, veri Iuris, germanaeque Iustitiae solidam et expresam effigiem velut postliminio te ducere moliantur*⁴².

k) También el bartolista francés P. Rebuffe (1487-1557) aconseja al canciller François d'Olivier en la epístola dedicatoria (1555) de sus *Commentaria in constitutiones seu ordinationes regias*, quitar a los demás en beneficio de los franceses la gloria de que: *ex tot quaestionibus, controversiis et contentionibus scriptorum sive transsalpinorum sive cisalpinorum haberetur verus delectus, praescriberentur certa, constituerentur ex eis, leges, ut iudices deinceps quod sequerentur haberent...*⁴³.

l) Tiberio Deciano (1509-1582) en su *Apología pro iurisprudentibus adversum Alciatum*, de 1579, después de reconocer que efectivamente la controversia caracteriza el trabajo de los juristas del *mos italicus*, declara: *Et certe nulla alia ratione possent deessidia nostra componi, quam Imperatoris decisionibus, qui controversias, quae legibus pendectarum non sunt deffinitae, ipse terminaret...*⁴⁴;

42. MYNSINGER, J., *Singularium observationum imper. Camerae centuriae IV, Epist. dedic.* (ed. Basileae 1565, fol. 4 vta.). Sobre este jurista: SCHREIBER, R., *Joachim Mynsinger* (Freiburg 1835); *ADB*, 23, p. 22 ss.

43. REBUFFE, P., *Comm. in const. seu ordin. regias*, Epist. dedic. (ed. Lugduni 1631, t. 1, p. 4). Sobre Rebuffe: CHABANNE, R., en *Dictionnaire de Droit Canonique* (Paris 1965) 7, p. 475 s.

44. DECIANO, T., *Apol.*, cap. 21, párr. 7 (en *Responsa*, Venetiis 1629, 3, p. 36). Sobre este jurista: MARONGIU, A., *Tiberio Deciani (1509-1582). Lettore di diritto, consulente, criminalista*, en *Rivista di Storia del Diritto Italiano* 7 (1934) 1, p. 135 ss.; SCHAFFSTEIN, F., *Zum rechtswissenschaftlichen Methoden Streit im 16. Jahrhundert. Die «Apología pro iurisprudentibus qui responsa sua edunt» des Tiberius Decianus*, en *Festschrift f. Hans Niedermeyer* (Göttingen 1953), p. 195 ss.

y acude al ejemplo de Carlos V y su constitución decisoria que antes hemos descrito y al de los antiguos emperadores romanos que *plura dessidia inter advocatos Caesarienses terminarunt*, con lo cual alude, en realidad a Justiniano, ya que sus citas corresponden a constituciones decisorias de este emperador.

m) El abogado toledano J. de Cevallos (1560-post 1623) fue autor de un libro célebre titulado *Speculum practicarum et variarum quaestionum opinionum communium contra communes* (1599)⁴⁵, en el que recopiló un enorme número de cuestiones disputadas en derecho romano, canónico y real de España, para cada una de las cuales se podía citar una serie de autores en apoyo de una solución y otra en sustento de la contraria, no obstante lo cual, cada serie invocaba para su opinión el carácter de común: de ahí el título de la obra: *opiniones communes contra communes*. En su *Oratio ad lectorem et de utilitate multorum librorum opiniones contrariae recitantur*, narra Ceballos haber escrito esta obra a fin de que todos se admirasen de la confusión existente en el derecho y de la ausencia de toda certeza y verdad en las opiniones, permanentemente contrariadas entre sí, de modo que los juicios quedaban terminados más en virtud del arbitrio judicial que las normas jurídicas, hasta el punto de que iguales causas eran falladas de modo distinto, únicamente debido a que la opinión que satisfacía a un juez insatisfacía a otro⁴⁶. En el párr. 142 del *Praefatio practicarum quaestionum communium contra communes*, después de analizar el origen de la diversidad de opiniones, se pregunta: *Quomodo ergo haec capitalis inimicitiae inter communes opiniones invicem contrarias ad concordiam et amicitiam reduci potest?*⁴⁷. En el párr. 148 da la siguiente respuesta: *Idcirco adhuc sum in ea sententia, ut sit valde conveniens, utile et necessarium, ut omnes communes opiniones contrariae ad leges regias reducantur, quod spero futuris temporibus (Dei miseratione) providendum...*⁴⁸. Por lo demás, ya antes, en la *Oratio* citada, había Ceballos adelantado esa

45. No conozco literatura sobre este olvidado jurista, que en su época y en la posterior fue conocido en toda Europa.

46. El texto está reproducido supra n. 20.

47. Ed. cit. en n. 20, p. 12.

48. Ibid.

solución: ... *quas omnia optime providerentur, si omnes hae contrariae opiniones, ad certam legem redigerentur...*⁴⁹; y también en el párrafo 120 del *Praefatio*: *Et sic videte in quanta dubietate iudices sint circumducti, et quam utile esset praedictas opiniones ad leges regias reducere*⁵⁰.

IX. La sola lectura de los textos que hemos presentado muestra la total coincidencia de parecer entre sus autores, en torno a la solución al problema de la multitud y diversidad de opiniones, consistente en que el legislador ponga término a tal diversidad mediante normas decisorias de las controversias. Esta solución a que habían llegado nuestros autores es similar a aquella a que una cierta práctica legislativa había llegado, según antes hemos visto, a partir de 1505, con las *Leyes de Toro* y luego en 1529 (constitución de Carlos V) y en 1572 (*Constitutiones saxonicas*). En realidad esta práctica se ha adelantado al sentir y proposición de los autores y juristas que hemos analizado, pues el primero de ellos —y aún de un modo no del todo perfilado—, esto es, H. Bebel, ha manifestado su parecer en 1506 y tanto éste como el segundo, o sea, J. Cochlaeus en 1521 (en realidad el primero en proponer de modo preciso la solución), han dejado constancia de su pensamiento en cartas privadas. El siguiente autor es G. Nevizzano en 1522; y puesto que ya en 1521 los «Stände» en la dieta imperial habían pedido solucionar legislativamente la vieja cuestión del modo de suceder entre primos, podemos decir que entre las *Leyes de Toro* y la dieta imperial de 1521 (cuya petición, cierto es, se materializó sólo en 1529) prácticamente no ha habido un pensamiento doctrinario público en tal sentido. Todavía el siguiente autor, J. Oldendorp en 1543 no muestra un diseño absolutamente afinado en torno a la idea de leyes decisorias, el que vuelve a aparecer en J. Mvnsinger y en P. Rebuffe, ambos en 1555, ya plenamente configurado, para seguir de este modo en los autores siguientes: T. Deciano en 1579, P. Simón Abril, en 1589; J. de Ceballos, en 1602; G. G. Leibniz en 1667; H. E. Kestner en 1708; L. A. Muratori, en 1742 y G. Mayáns en 1754.

Por otro lado, ya hemos visto que tanto las *Leyes de Toro* como

49. Ed. cit. en n. 20, s. fol.

50. Ibid., p. 10.

la constitución de Carlos V (y lo mismo sucederá después con las *Constitutiones saxonicas*) han recibido su impulso inicial de parte de los estamentos reunidos en cortes y en el «Reichstag», en 1502 y en 1521, respectivamente. De este modo, la crisis de la *communis opinio* ha generado la solución decisoria mediante leyes antes que la concibieran los juristas o que, al menos, la expresaran públicamente de modo claro. Entre esta concepción de los estamentos y del legislador, por un lado y la concepción de los autores, por otro, no parece haber una relación de influencia de la primera sobre la segunda y más bien resultan independientes entre sí, porque de los textos que antes hemos expuesto, por lo general resulta claro que el modelo que los autores han tenido presente es el modelo justiniano.

X. En efecto, las ideas de Bebel están escritas en un contexto dedicado plenamente a Justiniano; la carta de aquél a Zasius recuerda que el emperador se ha reservado para sí la interpretación del derecho y prohibido a los juristas realizar comentarios al Digesto y al Código. «*Sed proh dolor haec non observantur*», exclama Bebel y en seguida escribe el párrafo que antes hemos transcrito: «*Creverunt glossatorum commentaria...*»⁵¹. Si Bebel, pues, opina que el (actual) emperador romano debiera «suprimir todos los comentarios» y «reducir a compendio y declaración la obscurísima y aburridísima verbosidad» (de dichos comentarios); no cabe duda que él ha tenido presente a Justiniano.

Algo similar ocurre con el discurso de Cochlaeus a Zasius; su carta a éste estaba destinada a acompañar unas «*In Authenticas Iustiniani lucubrationunculas*» que él había escrito, a fin de que su correspondiente le manifestase una opinión. Cochlaeus le aclara que el fin de esa obra suya ha sido mostrar que el orden de las Novelas justinianas puede ser presentado de modo más ordenado y claro que como lo presenta el mismo Justiniano; en seguida agrega el texto que antes ya hemos transcrito: «*Adde necessitatem mutandarum legum...*»⁵². Como es sabido, las Novelas de Justiniano (una de cuyas colecciones fue llamada desde la edad

51. Supra. n. 32.

52. Supra. n. 33.

media *Au:enticum*) habían sido dictadas por ese emperador con posterioridad al (segundo) *Codex*, esto es, después del 534 y habían reformado en varios extremos el derecho aceptado en el Digesto y en el Código; esta realidad histórica está presente en la «necesidad de cambiar las leyes» que reclama Cochlaeus, mediante «nuevas» novelas (si se me excusa la redundancia); lo cual lleva a nuestro teólogo de inmediato al pensamiento de que una misión de esta legislación debiera ser la de decidir las controversias.

Nevizzano acude expresamente al modelo ofrecido por Justiniano («*exemplo Iustiniani in suis lib. decisionibus*») y cita un texto preciso en que figura una constitución decisoria del emperador⁵³.

J. Oldendorp, junto con reclamar del príncipe su intervención para liberar a la jurisprudencia de las disputas que la aquejan, no deja de recordarle que una labor así cuenta con el ejemplo de príncipes anteriores *qui civilem disciplinam ab argutiis scripturientium vindicarint: quales fuerunt, Augustus, Hadranus, Antonius Pius, Justinianus*⁵⁴. Con esto se refiere, sin duda, a la institución del *ius publice respondendi* por Augusto, a la fijación del edicto perpetuo del pretor urbano, por Adriano y a la gran obra legislativa de Justiniano, cuya magnitud frente a la de sus antecesores (acerca de las cuales hay escasos datos en las fuentes) no admite comparación.

P. Rebuffe, después de sugerir al canciller D'Olivier la decisión de las controversias, le hace presente: *Habes in Gallia viros, quos dicam Scaevolae, Ulpianos et Tribonianos, qui auctoritate principis et tua, cum tu negotio et cura non vacas, id possunt, si vocaveris*⁵⁵. La mención de Triboniano deja bien en claro hacia dónde se dirige el pensamiento de Rebuffe.

El caso de Tiberio Deciano es el más luminoso, pues, luego de haber reconocido que las disputas de los juristas sólo pueden ser determinadas por el emperador, cita el ejemplo de los antiguos emperadores romanos que «*plura dessidia inter advocatos Caesarien-*

53. Supra n. 41. El ejemplo que cita Nevizzano corresponde a CI.4.37.6 (vid. infra n. 59), en donde se resuelve la cuestión de si es posible o no celebrar contrato de sociedad bajo condición. A ello se refiere el autor al hablar de la ley de *emendatione condicione*.

54. Supra n. 35.

55. Supra n. 43.

ses terminarunt» con lo cual alude en realidad a Justiniano, ya que sus citas textuales corresponden a constituciones decisorias de este emperador⁵⁶.

Según Kestner, finalmente, para la labor codificadora y decisoria que él echa de menos «*non caret hoc seculum, et si quod futurum, Tribonianis...*»⁵⁷.

XI. ¿En qué consistía y en dónde figura ese modelo justiniano que la mayoría de nuestros autores parece tener presente en sus escritos? En realidad, mucho de cuanto ellos achacaban a la jurisprudencia de su tiempo y la solución que sugerían para superar sus vicios, podían estos autores leerlo en las constituciones preparatorias y promulgatorias de las diversas partes del *Corpus Iuris*. Es allí en donde ellos han encontrado su modelo.

En efecto, entre otras, la de decidir, zanjar y superar las controversias del antiguo derecho romano clásico, tal había sido una de las motivaciones que guiaron la actividad legislativa del emperador Justiniano en torno al *Corpus Iuris*⁵⁸. Justiniano nos ha dejado testimonios precisos de esta motivación en las constituciones antes aludidas.

Naturalmente este motivo tenía como presupuesto, en primer lugar, el afirmado enorme volumen o masa de derecho antiguo; tal es un tópico que Justiniano repite muchas veces: *immensa prudentiae veteris volumina* (const. Imperiatoriam maiestatem 2); *auctorum dispersa volumina* (c. Deo auctore 2); *ex tanta legum multitudine* (c. Omnen 1); *ex tam immensa legum multitudine* (ibid. 1); *tantae sapientiae molem* (c. Tanta 11); *legum multitudinis volumina* (ibid. 12); *ab immenso librorum numero* (ibid. 13); *multitudo antiqua* (de libros, ibid. 17); *e tantis leges collectae sunt voluminibus* (ibid. 17); *substantia antiqua congregata* (ibid. 17);

56. DECIANO (n. 44) cita en efecto CI.2.3.30; 6.58.12; Inst. Iust. 2.8.2 (= CI. 5.3725); 319.12 (= CI.8.37.14).

57. Supra n. 38. También Cevallos tiene en mente al emperador, pues algunas frases suyas poseen un marcado sabor justiniano; así, p. ej., se observa si comparamos la siguiente de su *Oratio* (n. 20): *et sic omnia negotia magis ex iudicum arbitrio, quam ex certa iuris dispositione terminantur* con esta otra de la c. Tanta 17: *et voluntate iudicum magis quam legitima auctoritate lites dirimebantur*.

58. SCHINDLER, K. W., *Justinians Haltung zur Klassik* (Köln-Graz 1966).

antiqua sapientiae librorum copia (ibid. 17). En segundo lugar se presenta el tópico concerniente a la *confusión* de ese derecho: Justiniano narra haber encontrado: *omnen legum tramitem... ita esse confusum, ut in infinitum extendatur et nullius humanae naturae capacitate concludatur* (C. Deo auct. 1); señala querer que su Digesto encierra todo el *ius antiquum, per millesimum et quadrigentesimum paene annum confusum...* (ibid. 5); el nombre de «dupondios» con que se conocía a los estudiantes del primer año de la carrera de derecho es para el emperador sólo digno de la *antiqua confusio legum* (c. Ommen 2); él se admira de encontrar la *Romanam sanctionem... intestinis proeliis vacillantem* (c. Tanta pr.); describe cómo, después de haber afrontado la compilación de constituciones, volvió sus ojos hacia la *ipsa vetustatis studiossima opera, iam paene confussa et dissoluta* (ibid. 1); y declara publicar su Digesto *ut sit eis (sc. omnibus hominibus) cognitum quanta confusione et infinitate absoluti in quam moderationem et legitimam veritatem pervenerunt* (ibid. 12).

El tema de la *contradicción* interna de este derecho inmenso y confuso aparece expresado de diversa manera: así, Justiniano, contemplando su obra ya acabada, exclama: *Erat enim mirabile Romanam sanctionem... in unam reducere consonantiam, ut nihil neque contrarium... in ea inveniatur* (c. Tanta pr.); por ello había ordenado a los compiladores del Digesto: *antiquorum prudentium... libros ad ius Romanum pertinentes et legere et eliminare, ut ex his omnis materia colligatur, nulla... neque discordia derelicta...* (c. Deo auct. 4); por ello la vigilancia de Justiniano había sido cercana, pues: *Nostra quoque maiestas semper investigando et perscrutando ea quae ab his (sc. los compiladores) componebant, quidquid dubium et incertum inveniuntur... emendabat...* (c. Tanta pr.); el resultado fue que el Digesto: *confectum est... et in quinquaginta libros omne ius utilissimum erat, collectum est et omnes ambiguetates decisae nullo seditioso relicto* (c. Tanta 1); lo cual explica que la obra se haya denominado Digesto o Pandectas, *quia omnes disputationes et decisiones in se habent legitimas* (c. Tanta 1). Todo ello permitió hacer esta audaz afirmación: *Contrarium autem aliquid in hoc codice (sc. en el Digesto) positum nullum sibi locum vindicabit nec inveniatur* (c. Tanta 15). Al

mismo tiempo se aprecia que en toda esta crítica a la contradicción del derecho va incluida la solución dada a ella por el emperador, de decidir esas contradicciones.

Dicha crítica se manifiesta también en los motivos de desconfianza que siente Justiniano hacia los comentarios a su obra, que prohíbe: *Nostram autem consumationem* (sc. el Digesto) *nullis iuris peritis in posterum audentibus commentarios illi applicare et verbositate sua supra dictis codicis compendium confundere* (c. Deo auct. 12); prohibición que repite después: *mandabamus* (sc. en el texto precedente)... *ut nemo... audeat commentarios isdem legibus adnectare* (c. Tanta 21). ¿Por qué motivo? Porque el emperador tiene presente la experiencia antigua, ya que, en general: *in antiquioribus temporibus factum est, cum per contrarias interpretantium sententias totum ius paene conturbatum est...* (c. Deo auct. 12); y, en especial, porque *in antiquis edicti perpetui commentatoribus factum est, qui opus moderate confectum huc atque illuc in diversas sententias producentes in infinitum detraxerunt, ut paene omnes Romanam sanctionem esse confussam* (c. Tanta 21); de este modo la prohibición queda justificada: *ne verbositas eorum* (sc. de los comentadores) *aliquid legibus nostris adferat ex confusione dedecus* (c. Tanta 21). Como consecuencia necesaria de esta prohibición: *si quid vero... ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur et ex auctoritate Augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari* (c. Tanta 21).

Podemos apreciar, en consecuencia, la constante preocupación justiniana por superar las contradicciones de opinión propias del derecho de juristas y por evitarlas en su nueva obra. Por lo demás, es bien sabido que Justiniano había dictado una serie de cincuenta constituciones (las llamadas *Quinquaginta decisiones*) con las cuales zanjó diversas controversias del antiguo derecho⁵⁹; con esas

59. Cito el siguiente ejemplo tomado de CI.4.37.6: Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.: «De societate apud veteres dubitatum est, si sub condicione contrahi potest: puta «si ille consul fuerit» societatem esse contractam. Sed ne simili modo apud posteritatem sicut apud antiquitatem huiusmodi causa ventiletur, sancimus societatem contrahi posse non solum pure, sed etiam sub condicione: voluntates etiam legitime contrahentium omnimodo conservandae sunt».

constituciones, que había promulgado *pro emendatione iuris* (c. Tanta 11) y con las cuales *maximus antiquarum rerum articulus emendatus et coartatus est* (c. Cordi 1), preparó en cierto modo la labor compilatoria del Digesto, al facilitar la unificación de soluciones que los autores de aquél debían coleccionar. Varias de dichas constituciones decisorias se encuentran recogidas en el *Codex Iustinianus* y a algunas de ellas se hace referencia en las *Institutiones*.

Tal ha sido, pues, el modelo que nuestros autores muestran tener en mente; mas que también él mismo haya estado presente en la práctica legislativa decisoria de controversias de la jurisprudencia, es algo que no podemos afirmar. Pero ya hemos señalado que esa legislación recibió su impulso inicial de la opinión de los estamentos; y si en éstos los letrados han tenido participación importante, como la han tenido en la redacción de las mismas leyes, es muy probable que también ese modelo haya tenido su influencia en aquella opinión⁶⁰.

XII. Ha quedado dicho que junto al género de las «leyes de cita», han constituido tipos de solución a la crisis de la *communis opinio* la legislación decisoria y la codificación del derecho. En principio, estos dos últimos tipos son autónomos en cuanto tales, pero no deja de haber entre ellos una relación histórica en este doble sentido: en que, por un lado, en un cierto momento la idea de los autores; de exigir del legislador la decisión de las controversias va incluida en la idea misma de codificar; y en que, por otro, estaba en la naturaleza de las cosas que llegado el momento histórico en que las codificaciones secularmente reclamadas durante la edad moderna se hicieron realidad, el codificador necesariamente debió asumir la actitud de decidir las controversias propias del derecho que codificaba.

De la lista de autores con que hemos trabajado aquí, debemos

60. Cfr., sin embargo, COING, H., *Zur Vorgeschichte der Kodifikation: Die Diskussion um die Kodifikation in 17. und 18. Jahrhundert*, en *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del Terzo Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto* (Firenze 1977) 2, p. 799: «Die quinquaaginta decisiones kann man in Beziehung setzen zu den spanischen leyes de Toro und den sächsischen Konstitutionen von 1572».

retener dos que asumen valor prototípico: Pedro Simón Abril y Gottlieb Wilhelm Leibniz.

a) Simón Abril no fue jurista, pero sí un notable filólogo y gramático, plenamente imbuido de los ideales del humanismo y como tal, interesado en amplias zonas del saber, también del derecho. En sus *Apuntamientos de cómo se deven reformar las doctrinas* dedica un capítulo entero a los *Errores del Derecho civil*, en donde la mentalidad, la doctrina y los tópicos del humanismo jurídico frente al derecho romano son reconocibles a simple vista. No podemos detenernos en el análisis de este capítulo y bastará para nuestros fines verificar que Simón Abril, como tantos otros humanistas anteriores y posteriores, ha sugerido la formación de un nuevo cuerpo de leyes en sustitución del antiguo *Corpus Iuris* y que ha concebido dicho código de acuerdo con las mismas categorías metodológicas con que sus antecesores y predecesores lo concebían, a saber, las categorías de la dialéctica: «*Estos (sc. los compiladores del nuevo código) avrian de repartir las materias del Derecho, las cuales tienen cierto y determinado número, por sus géneros y especies, y estas distribuillas por su orden discreta y elegante, y por aquella misma orden en cada especie de negocio poner su número de títulos, y debaxo de cada título sus leyes, clara y llanamente escritas, quanto le fuere posible al humano entendimiento...; y esto en lengua Castellana, pues es el derecho y leyes para la nación Castellana, y no en lengua que el pueblo no sepa, que es lo que por ellas se le manda y lo que se le prohíbe. ... Para esta manera de obra no bastan personas, que sepan solamente leyes, aunque las sepan por el cabo, sino que conviene, que sean juntamente muy sabios Filósofos, y muy prudentes Iurisconsultos, para que como Iurisconsultos entiendan la justicia y materias legales, y como Filósofos las pongan por elegante orden y concierto, poniendo cada materia en su propio lugar, y no mezclando cosas ajenas de la profesión, ni tratando en diversos lugares una misma materia; lo cual no puede hacer, quien por método Lógica no sabe, cómo se a de disponer una doctrina con luz y claridad*»⁶¹.

La reminiscencia ciceroniana en el párrafo «*Estos avrian-discreta y elegante*» es evidente: baste recordar Cic., *De orat.* 1.41: Si

61. SIMÓN ABRIL, P., *Apuntamientos* (n. 34), p. 19 ss.

corriente de colegas de escuela, que, al momento de proponer por su parte planes codificadores como los de Simón Abril, también buscaban su modelo en el *ars iuris* ciceroniano.

Con esto basta y no es necesario insistir en otros tópicos humanistas presentes de Simón Abril, como el de la lengua patria en que debían ser redactados los nuevos códigos, exigencia ya presentada por F. Hotman en su *Antitribonien*⁶⁴; o el de demandar al legislador ser filósofo; o el de reclamar de su parte el conocimiento de la lógica (dialéctica) como necesario para proceder a la sistematización jurídica; tópicos estos que se revelan en la continuación del discurso de nuestro autor.

Este, pues, se inserta en una línea de humanistas como V. Zuzichemus, G. Budaeus, S. Derrer, P. Loriot, J. De Drosay, J. U. Zazius (el hijo del gran jurista), F. Hotman, N. Cisner y N. Vigelius, todos los cuales han presentado la aspiración de que el multiforme derecho de su época fuere reducido a arte (sc. sistema dialéctico), dando contenido a un cuerpo promulgable por el legislador. La diferencia, sin embargo, está en que ninguno de estos juristas ha proclamado⁶⁵, al menos expresamente, la necesidad de que, al mismo tiempo, misión fundamental del legislador debía ser la decisión de las controversias de los doctores; de esa línea de auto-

64. HOTMAN, F., *Antitribonien*, cap. 18: «...un ou deux beaux volumes en langage vulgaire...» (ed. cit. en n. 14, p. 109).

65. Incluso NEVIZZANO (n. 41), porque su proyecto propiamente no conducía a una nueva codificación, ni menos a una codificación en el sentido del humanismo; este autor sólo pretendía una revisión del Digesto para practicar en él las siguientes operaciones: *aliqua detrahere* (como había hecho Justiniano en CI.6.28.4: *Maximum vitium antiquae subtilitatis praesenti lege corrigimus...*); *aliqua declarare ut 11. quae ad utranque partem inducuntur* (como en D.17.2.81.pr.: *Si socius pro filia... quaesitum est...*); *super articulis dubitabilioribus unam declarationem condere* (como hizo Justiniano en CI.4.37.6: vid. n. 59), a lo cual se podría agregar (la declaración decisoria) de los casos presentados por la Glossa, Bartolo y los doctores modernos. Tal «*reformatio*» debería encomendarse a diez doctores, entregando a cada uno cinco libros «*iuris civilis*» (esto es, del Digesto, que, como se sabe, consta de cincuenta). La labor de estos reformadores consistiría en «*antiquas leges postillare*» con facultades para cambiar de lugar las leyes, modificarlas o abrogarlas, reuniendo las postillas en un solo volumen, de modo que pudieran ser usadas como instrumento de interpretación (del Digesto).

res quien al parecer primero ha unido la exigencia de codificar con la de decidir tales controversias ha sido precisamente P. Simón Abril. El texto en que él formula esta exigencia ya lo conocemos y él va insertado en el recientemente transcrito, en el espacio correspondiente a los primeros puntos suspensivos.

b) Gottlieb Wilhelm Leibniz representa para el yusnaturalismo lo que Simón Abril para el humanismo; esto es, aquél ha sido aparentemente el primero en unir a un programa codificador inspirado en las doctrinas y métodos —no ya del humanismo— sino precisamente del yusnaturalismo, es decir, en el *mos geometricus*, la reclamación de que las controversias jurisprudenciales sean decididas *publica autoritate*. El texto respectivo ya lo conocemos y no requerimos aquí, como lo hemos hecho con Simón Abril respecto del humanismo (dado lo desconocido de esta figura), insistir en la inserción de Leibniz dentro de la corriente racionalista ni en su enorme importancia para la historia de la codificación moderna.

Este antecedente leibniziano se repite en Kestner, en Muratori y en Mayáns. En la teoría codificadora moderna, la idea de codificar y la de, codificando, decidir las controversias de la jurisprudencia, se habían unido de modo indisoluble; resultaba así inevitable que al llegar a su culminación en el s. XVIII el movimiento codificador, los códigos resultantes de éste acogieran la idea sobre decisión de controversias.

XIII. Pero esto no sólo obedecía al impulso de una noción teórica sino que constituía una reclamación de la naturaleza misma de los códigos modernos. Si ellos realmente estaban llamados a servir al tráfico jurídico de las sociedades para las cuales se los destinaba, necesariamente tenían que recoger la tradición científico-jurídica anterior y reducirla a normas, esto es, fijarla, porque aquélla se encontraba demasiado afincada en los usuarios, estudiosos y aplicadores del derecho de esas mismas sociedades. De este modo, una ruptura radical con dicha tradición, una discontinuidad sustancial entre el derecho establecido por los códigos y el precedentemente vigente, en realidad hubiera producido códigos inútiles y desusables.

Quien mejor ha expresado esta realidad histórica fue Jean-Etienne-Marie Portalis: *Quelques personnes paraissent regretter*

de ne rencontrer aucune grande conception dans le projet du Code Civil qui a été soumis a la discussion. Elles se plaignent de n'y voir qu'une refonte du droit romain, de nos anciennes coutumes et de nos anciennes maximes⁶⁶. A esto responde el mismo Portalis: «Connaît-on un peuple qui se soit donné un Code Civil tout entier, un Code absolument nouveau, rédigé sans égard pour aucune des choses l'on pratiquait auparavant? ...Pourquoi donc aurions-nous en l'imprudence de repudier la riche héritage de nos peres?»⁶⁷. De esta manera, pues: On n'a pas cherché dans la nouvelle législation à introduire des nouveautés dangereuses. On a conservé des lois anciennes tout ce qui pouvait se concilier avec l'ordre présent des choses⁶⁸.

Esta actitud implicaba un directo rechazo del consejo que había dado Voltaire: *Voulez-vous avoir de bonnes lois; brulez les votres, et faites-en de nouvelles*⁶⁹. Y que los códigos civiles redactados durante la revolución francesa en alguna medida hayan querido seguir ese consejo, hubieran sido formados sobre la base de principios generales de carácter filosófico y se hayan inspirado en la idea tan acariciada por la ilustración, de leyes simples, breves y al alcance del pueblo⁷⁰, eso es lo que explica, al menos parcialmente, su fracaso⁷¹.

Así, pues, el éxito del movimiento codificador moderno quedaba

66. PORTALIS, J. E. M., *Exposé général du système du Code Civil*, párr. 6, en LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France* (París 1827) 1, p. 323.

67. *Ibid.*, p. 324-325.

68. PORTALIS, J. E. M., *Exposé de motifs*, párr. 5, en LOCRÉ (n. 66) 1, p. 349.

69. VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, art. *Lois*, en *Oeuvres complètes de Voltaire* (París 1826) 56 (vol. 6 del *Dict.*), p. 471.

70. Este tópico de la ilustración tiene su origen, como tantos otros, en el humanismo. Vid., p. ej.: ERASMUS, D., *Institutio principis christiani*, cap. 6: *De legibus condendis aut emendandis* (en *Opera omnia*, Ludguni Batavorum 1703, t. 4, col. 561 ss.); LIPSIVS, J., *Monita exempla politica libri duo*, cap. 10: *De legibus, eas nec multas, nec item lites, probari* (Antwerpiae 1624, p. 142); VIVES, J. L., *De causis corruptarum artium*, lib 7, cap. 2: *Ostenditur oportere leges paucas esse ac faciles auctas tamen et obscuratas fuisse per interpretes ipsos ac principes* (en *Opera omnia*, Valentiae 1785, t. 6, p. 229 ss.)

71. Vid. SOLARI, G., *Filosofía del Derecho privado, I, La idea individual* (trad. Caletti, Buenos Aires 1946), p. 183 ss.

condicionado por el grado de respeto que observara frente a la tradición jurídica anterior; y aquellos códigos, frutos de ese movimiento, que la respetaron, fueron los que pudieron lograr tal éxito.

Pero dicha tradición consistía en un derecho de juristas, esto es, en un derecho de opiniones controvertidas, el cual, ya lo hemos visto, hacía tiempo que había entrado en crisis bajo este respecto. La asunción del derecho de juristas anterior por los nuevos códigos implicaba, pues, una opción entre opiniones disidentes y ello conducía a retomar la vieja práctica legislativa y la idea de los autores, que en definitiva remontaba al mismo Justiniano, de que el legislador al codificar, debía decidir las controversias de los juristas, cuyo derecho asumía.

XIV. En realidad, esta necesidad histórica en que se encontraba el codificador moderno podía o bien ser satisfecha directamente por él, o bien encontrarla ya satisfecha en las obras jurídicas que le sirvieron de base en su labor codificadora.

Mientras el derecho común, pese a la crisis en que había caído, continuaba siendo el centro de la vida jurídica de los países europeos, se había desarrollado un nuevo estilo de concebir y tratar el derecho, a partir sobre todo de las universidades de Europa central desde donde se extendió al resto; esta nueva manera es, por cierto, el yusnaturalismo racionalista. Su influjo inmediato en la práctica fue escasísimo, pero enorme en la nueva legislación⁷². El derecho natural de la razón no es otra cosa que derecho romano abstraído, depurado, generalizado y sistematizado conforme con ciertos principios filosóficos generales y de acuerdo con el método axiomático del *mos geometricus*. El fundador de la escuela histórica, Gustav Hugo, había visto claramente esta realidad, cuando en 1790 escribía: «*Thomasius und andere klagen über die Annahme des römischen Rechts, das von jeher nicht gelangt habe, und wollen sich mit einem Naturrecht behelfen, das sie erst aus dem römischen Recht bereichern*»⁷³. Estas palabras suponen la

72. THIEME, H., *L'apport du droit naturel au droit positif*, en *Rapports généraux au VII^e Congress International du Droit Comparé* (Stockholm s.d.), p. 745 ss.

73. HUGO, G., *Lehrbuch der Rechtsgechichte bis auf unsere Zeiten* (1790), p. 242.

actitud de crítica y censura al derecho romano que los yusnaturalistas habían heredado del humanismo⁷⁴; pero, como dice Hugo, ello no había sido óbice para que su pretendido derecho extraído de la razón dejara de ser un derecho romano racionalizado. Este racionalismo condujo al abandono de la dialéctica del caso como método jurídico y a su reemplazo por la deducción axiomática; y puesto que ello implicaba el establecimiento de principios y reglas generales ligados lógicamente entre sí, que se suponían fundados en la razón, en las obras producidas por los juristas que escribían bajo el influjo del yusnaturalismo racionalista no había lugar para la discusión, sino sólo para demostración de sus axiomas⁷⁵.

En la realidad, estos juristas habían sido parcialmente educados en el *mos italicus*, aun cuando también dirigieran su atención a las obras del *mos gallicus* como de la segunda escolástica; de este modo su conocimiento de la literatura de glosadores y comentaristas, del *usus modernus pandectarum*, de los humanistas y de los grandes tratados de filosofía y teología moral de la escolástica les permitía disponer de un vasto material de derecho con el cual dar contenido a sus construcciones racionales.

Entre las obras del *mos italicus* y del *mos gallicus*, por un lado; dichas construcciones vertidas en libros de estilo caracterizado por otro; y los modernos códigos, finalmente, hay un hilo directo que aseguró la continuidad entre el viejo derecho de la práctica y el nuevo derecho de los códigos; el eslabón central está constituido precisamente por aquellos libros de estilo caracterizado del yusnaturalismo, de los cuales, en muchos casos, los códigos recibieron un derecho ya unificado y fusionado, pues sus autores se habían encargado de eliminar las controversias mediante la aplicación del método axiomático.

XV. Como ejemplo ilustrador quiero presentar aquí los puntos que interesan de la «Vorgeschichte» de la codificación prusia-

74. El mismo Thomasius fue autor de unos *Naevorum jurisprudentiae romanae antejustinianeae libri duo* (Halaë Magdiburgicae 1707), edición a la cual se agrega la *Disputatio academica de naevis jurisprudentiae romanae sub regibus ad tempora legis XII Tabb.*

75. Röb, W., *Geometrischer Geist und Naturrecht* (München 1970).

na. En el párrafo 56 de un edicto de 21 de junio de 1713, el rey Federico Guillermo I había dispuesto: «*In denen Provintzien, wo mehr als einerley Recht und theils das Römische, theils das Sächsische, theils ein Jus consuetudinarium gilt, wollen wir an richtige Verfassungen arbeiten lassen, damit alle aus einem ungewissen Recht entspringende Fehler und Gebrechen abgeschaffet werden; zu welche Ende Unsere Regierungen und andere Collegia die Casus dubios collegiren, und cum rationibus dubitandi et decidendi zur Decision einsenden sollen...*, Die Rescripta decisiva und auch Edicta, die in das Justiz Wesen einlauffen, sollen fleissig zusammengesuchet, daraus Constitutiones verfasst und im Lande publiciret werden⁷⁶. Como se aprecia, el primer impulso prusiano en pos de la reforma del derecho se limitaba a aplicar la vieja solución consistente en decidir los «casus dubios» mediante normas legislativas, las cuales, si bien debían finalmente resultar recopiladas, no constituían propiamente un código. En todo caso este plan reformador no fue llevado a cabo. El fue reemprendido por Federico II, pero sobre otras bases, propiamente, sobre la base de una codificación del derecho procesal y material. Ya en el párrafo 24 de la constitución de 31 de diciembre de 1746, señalaba Federico II: *Und weil die grösste Verzögerung der Justiz aus dem ungewissen, lateinischen Römischen Recht herrühret, welches nicht allein ohne Ordnung compilirt worden, sondern worinn singulae leges pro et contra disputiret, oder nach eines Jeden caprice limitiret oder extendiret werden, so befehlen Wir gedachtem Unserm Etats-Ministre v. Cocceji ein Teutsches Allgemeines Landrecht, welches sich so blos auf die Vernunft und Landes-Verfassungen gründet, zu verfertigen...*⁷⁷. Aunque el rey no es del todo explícito, resulta, sin embargo, claro que él tiene en mente el carácter controvertido del derecho romano común, frente a lo cual expresa su deseo de que resulte sustituido por un código basado principalmente en la razón, superadora de toda controversia.

Mientras tanto, entre 1713 y 1718, Samuel v. Cocceji había publicado en Frankfurt a.M. un *Jus civile controversum* en dos tomos,

76. En STOBBE, O., *Geschichte der deutschen Rechtsquellen* (Braunschweig 1864 - reimp. Aalen 1965) 2, p. 447.

77. *Ibid.*, p. 451.

en el cual su autor pretendía liquidar las controversias existentes en el seno del derecho romano usando como criterio el derecho natural⁷⁸.

Como es sabido, Cocceji ha sido el autor del *Project des Corporis Iuris Fridericiani* (editado entre 1749 y 1751); este proyecto era la realización del encargo dado por Federico II en la constitución de 1746 y dentro del extenso título con que él fue publicado nosotros podemos leer: *Project..., worinn... Alle zweifelhafte Jura, welche in denen römischen Gesetze vorkommen, decidiret...wird*⁷⁹.

De esta manera nosotros tenemos el ciclo completo que va desde un proyecto de reforma jurídica sólo concerniente a la decisión de las controversias, pasando por un programa codificador en que también se incluye la decisión de disputas hasta el proyecto concreto de código en que se afirma haberse decidido aquellas. Entre medio se sitúa la obra de un jurista, el mismo autor del proyecto de código, en que esta labor decisoria pretende ser realizada por la vía, no legislativa sino doctrinal, siendo claro que ella ha preparado el proyecto de código.

XVI. Esta secuencia completa, ¿podemos verla repetida en los demás casos históricos de proyectos de códigos o de códigos finalmente promulgados? No es nuestra intención entrar en el análisis de cada caso y nos basta con haber señalado una línea de análisis historiográfico que hace comprender el proceso de recepción del derecho vigente por los modernos códigos y la manera de recibirlo, bien que estos códigos hayan pretendido nada menos que una superación de aquel derecho, no tanto en el sentido formal, lo que resulta obvio que tenía que suceder, pues el derecho común debía ser derogado y reemplazado por el derecho codificado; sino propiamente en el sentido material, ya que este último derecho aparecía como racional, esto es, distinto del común. Esta ingenua pretensión, sin embargo, no puede ocultar a nuestros ojos la realidad acerca de la naturaleza del derecho de razón: derecho romano común racionalizado y libre de controversias.

Por lo demás, en cada caso histórico uno o varios puntos de

78. Sobre esta obra, LANDSBERG, E.. *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* (München-Leipzig 1898) 3.1, p. 215.

79. Ed. Halle 1750, portada.

la línea que se aprecia en la historia del *Project* de Cocceji pueden estar menos acentuadas, lo cual, a mi juicio, se debe a la mayor cercanía del código de que se trate con las obras anteriores que le hayan servido de modelo⁸⁰, en las cuales la controversia haya quedado más eliminada: tal es el caso del *Code civil des français*, en cuyos documentos explicatorios no hemos encontrado alusiones al tema de la solución de disputas; pero ello puede explicarse, como decimos, por la cercanía en que se encuentra ese código respecto de Pothier⁸¹, quien podía ofrecer al codificador materiales libres de disensión; lo propio sucede con el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austríaco de 1811, respecto del cual podría pensarse como su antecedente inmediato en el *Codex Theresianus*; éste, recuerda Solari⁸², ha facilitado la labor codificadora posterior por el volumen de material recogido y sistematizado; tal proyecto fracasado, que, según lo anterior, viene a cumplir respecto del *ABGB*. de 1811 el papel cumplido por Pothier respecto del *CCFr.* de 1804, en efecto, se había ocupado de decidir las controversias del derecho, según lo recuerda expresamente el proyecto de letras patentes de promulgación que nunca pudo ser oficialmente firmado⁸³.

Por supuesto que lo anterior debe constituir para el historiador nada más que el reconocimiento de una cierta tendencia, que en caso alguno ha de convertirse en un esquema rígido de interpretación de realidades históricas. Esto significa que, entre otras cosas, tanto en un Pothier podemos encontrar discusiones y no sólo de-

80. Ello se acentúa en los códigos que han tomado como modelo a otro ya vigente, como fue el caso de todos aquellos inspirados o basados en el de Napoleón.

81. Sobre la influencia de Pothier en el *CCFr.*, TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna, I, Assolutismo e codificazione del diritto* (Bologna 1976), p. 184 ss. con lit. En especial: el libro de ARNAUD, A. J., *Les origines doctrinales du Code Civil français* (París 1969), p. 111 ss., 163 ss., 206 ss., passim.

82. SOLARI (n. 71) 1, p. 335.

83. *Codex Theresianus*, letras patentes: «So hat zwar die Unsere landes-mütterliche Vorsehung auch die gedehiliches Wirkung gehabt, dass andurch viele Missbrauche abgeschaffet, die Dunkelheit der vorigen Gesetzen über verschiedene Gegenstände, welche eine genauere Bestimmung erfordert, aufgekläret und erlautert, mehrere darinnen unentschieden gelassene oder doch zweifelhaft gebriehen Fälle entschieden» (ed. Harraskowsky, Wien 1883, p. 27)..

mostraciones, como que en el Código de Napoleón solución directa de controversias de la antigua jurisprudencia sin pasar por las obras que le han servido de base. Lo propio cabe para el *ABGB*. austríaco y, en general, para todos los códigos modernos. Porque, si bien resulta cierto que un código legislativo tiene más asegurado su éxito cuando cuenta previamente con obras sintetizadoras, epigonales de una cierta tradición, en que basarse⁸⁴, también es cierto que la labor de un legislador es bien distinta de la de un autor privado.

XVII. De esta manera, pues, hemos intentado reconstruir una parte del clima espiritual en que han surgido las modernas codificaciones, las cuales, en parte, se explican como respuesta a la necesidad sentida por hombres representativos de la sociedad moderna, de superar la crisis en que había caído la jurisprudencia, mediante la decisión potestativa de las controversias, que ya no podían ser más zanjadas mediante el mecanismo de la *communis opinio*.

Este punto de vista de interpretación parcial del moderno movimiento codificador no sólo sirve al historiador para comprender mejor los fundamentos del mismo, sino que también tiene una especial importancia para el jurista dogmático, para mejor entender las normas de los códigos de la época que aún rigen, pues es muy normal que detrás de muchas regulaciones de esos códigos pueda descubrirse una controversia jurisprudencial, la necesidad de cuyo conocimiento, para una más cabal interpretación de dichas regulaciones y de su sentido, resultará evidente a todos.

ALEJANDRO GUZMÁN

Universidad Católica de Valparaíso
Universidad de Chile (Santiago)

84. Vid. mi *Fijación* (n. 25), p. 40 ss.