



Revista de estudios histórico-jurídicos
ISSN 0716-5455 *versión impresa*

Rev. estud. hist.-juríd. n.26 Valparaíso 2004



Estudios Histórico-Jurídicos 26, 301-335

HISTORIA DEL DERECHO EUROPEO

Derechos subjetivos y sistema en la primera modernidad*

Manuel Jesús Rodríguez Puerto

Universidad de Cádiz

RESUMEN

La pretensión de ordenar el Derecho a partir de un principio único _o sea, en un sistema_ tiene una de sus fuentes en la especulación metodológica de una corriente del Humanismo jurídico del XVI. Sus representantes pretendieron exponer el *ius commune* de manera metódica, lo que suponía establecer principios o nociones fundamentales desde las que derivar los contenidos más particulares. No fue casualidad que quienes obtuvieron más éxitos en tal tarea fueran los juristas que, como Hughes Doneau, hicieron uso de la noción de derecho entendida como facultad. El derecho como facultad equivale a un poder sobre cosas o personas, de manera que es más fácil describir su contenido como una jerarquía de poderes desde un concepto superior de facultad. En cambio, si el derecho es entendido como la regulación justa del problema concreto, al modo en que pensaban Tomás de Aquino u otros juristas humanistas como François Connan o Pierre de la Grégoire, la diversidad propia de la cotidianidad impide el sistema. Pero autores como Doneau aún establecieron causas variadas para las diferentes facultades, y, en consecuencia, sus sistemas no resultaron completamente rigurosos. Pero sus avances fueron completados por los representantes del iusnaturalismo moderno, que erigieron un sistema completo basado en el derecho subjetivo de raíz individualista.

Palabras clave: humanismo jurídico, facultad, método, sistema, derecho subjetivo, iusnaturalismo moderno.

ABSTRACT

The claim to structure laws from a single principle _that is, a system_ finds one of its

sources in the methodological speculation of a movement in XVI-century juridical humanism. Its advocates attempted to expose the *ius commune* in a methodical fashion, which assumed the establishment of fundamental principles or notions from which the most particular contents should be derived. It was no chance that those who succeeded in that task the most were the jurists who, as Hughes Doneau, made use of the notion of law understood as faculty. Instead, if law is understood as the just regulation of the concrete problem, the way Thomas Aquinas and other humanist jurists such as François Connan or Pierre de la Grégoire thought, the diversity inherent in wontedness hampers the system. But authors like Doneau even established varied causes for the different faculties and, therefore, their systems were not fully rigorous. Their advances, however, were completed by modern iusnaturalism representatives, who built a whole system based on subjective law of an individualistic origin.

Keywords: juridical humanism, faculty, method, system, subjective law, modern iusnaturalism.

I. EL PAPEL DE LOS HUMANISTAS

A partir del siglo XV, los defensores de los *studia humanitatis* propugnaron una reforma del estudio del Derecho romano, tal y como era desarrollado en las universidades por los representantes del *ius commune*¹. Los Humanistas rechazaban el mal Latín y el desconocimiento de la cultura antigua, pero también estaban preocupados por el desorden y prolijidad presentes en las obras jurídicas. Me interesa destacar ahora esta última queja, porque está relacionada con lo que nuestra mentalidad entiende por sistema jurídico.

Los juristas del *ius commune* siempre tuvieron un interés fundamentalmente práctico por el Derecho recogido en la Compilación de Justiniano. La consideraron una fuente preciosa de soluciones para los problemas jurídicos de su época; por ese motivo, no sólo se preocuparon por analizar palabras y textos con la finalidad de entender su significado, un tanto oscurecido por el paso del tiempo, sino que también se dedicaron a conectar los textos romanos con problemas nuevos no recogidos en las fuentes romanas, pero con las que tuvieran alguna relación. Durante varios siglos, muchos juristas llevaron a cabo esa tarea y en los momentos de florecimiento de la cultura Humanista habían logrado reunir una masa casuística considerablemente extensa. Además, habían desarrollado un derecho en buena medida jurisprudencial en el que la opinión de las autoridades (Accursio, Bartolo, Baldo, etc.) tenía peso para zanjar una disputa. A fines del siglo XV y principios del XVI, las obras de muchos romanistas se habían convertido en repertorios de citas sin exponer razonamientos novedosos. Su preocupación casuística y su querencia por la acumulación de autoridades provocaba cierta sensación de desorden y caos en el lector de estas obras². Los Humanistas, especialmente preocupados por el orden y el método, percibieron literalmente la forma de proceder de los juristas como un acto de barbarie. Partiendo de las enseñanzas de la Antigüedad griega, entendían que el método debía consistir en un conjunto de reglas claras y sencillas que permitieran exponer de manera fácil una materia concreta; en esa línea, produjeron un número considerable de tratados destinados a tales cuestiones durante el siglo XVI³. En consecuencia, también quisieron superar el desorden de los juristas mediante la adopción de un método o *ars* adecuado. Una de esas exigencias metódicas era la elaboración de obras unitarias en las que se ordenase la totalidad del Derecho, de acuerdo con los criterios de claridad y sencillez⁴.

Cabe preguntarse, sin embargo, si lo que influyó en esa postura fue el supuesto caos de los romanistas, o una adhesión previa al ideal de un método claro. Tengamos en cuenta

que el nacimiento del Humanismo es contemporáneo al florecimiento del *ius commune*: Baldo muere en 1400 y a lo largo del siglo XV desarrollan su obra juristas destacados, como Jason de Mayno, que no son el producto de un saber jurídico aberrante. A veces parece que la actitud de los Humanistas no está provocada sólo por el deseo de reformar una jurisprudencia decadente, sino por cierto horror estético ante la complejidad propia de todos los estudios jurídicos. Efectivamente, las obras de los romanistas estaban dedicadas a tratar con minuciosidad la enorme variedad de facetas que puede plantear un problema jurídico. Tras la aparente sensación de caos, el lector percibe que su farragosidad _no muy diferente de la de un repertorio de Jurisprudencia actual- es producto de su preocupación por la práctica. Pienso que muchos de los Humanistas carecían de la sensibilidad jurídica suficiente para comprender esa realidad, y, movidos por un sentido más estético que jurídico, pretendieron sustituir el saber jurídico tradicional por un método simple que redujera la prolijidad propia de los juristas.

Significativamente, uno de los iniciadores del Humanismo jurídico, Andrea Alciato que aunaba la formación específicamente jurídica con el aprecio por los *studia humanitatis*, no elaboró ninguna tentativa sistemática. Sí redactó unos Comentarios al Digesto, siguiendo su orden de materias, aunque con un estilo más refinado acorde con las exigencias cultas del momento. Otro de los integrantes iniciales de este movimiento, Francois Le Douaren (Duarenus) (m. 1559), sí explicitó las nuevas directrices metódicas. En su "Epistola a André Gillart" insiste en la exigencias de claridad y en la necesidad de partir de lo más general para ir a lo particular⁵. Sigue esa consigna en algunos de sus tratados, como el dedicado al estudio metódico de la adquisición del dominio según el Digesto. Douaren comienza con la ocupación a la que considera la primera causa de adquisición del dominio y sigue con la captura, la *inventio*, la edificación, etc. El método empleado consiste en una clasificación clara y no en una cadena deductiva⁶. Por otra parte, cuando comenta el Digesto sigue escrupulosamente el orden justiniano, sin ocuparse de añadidos bajomedievales. No muestra rechazo por la obra de Justiniano y escribe que el Digesto es el receptáculo de toda la justicia, la equidad, la erudición y la doctrina del derecho, y debe ser considerado como un tesoro⁷. Su nombre se debe a que en él está ordenada y dispuesta en unos libros determinados la multitud confusa de las viejas obras jurídicas.

Duarenus recuerda que ésa no era una pretensión novedosa, porque ya Julio César y Cicerón habían intentado algo parecido. El intento ciceroniano, perdido, es referido por Aulo Gelio quien explica cómo lo llevó a cabo: primero ordenó el derecho en ciertos géneros, después dividió esos géneros en especies, y después explicó la definición de cada cosa. Duarenus piensa que Justiniano no lo hizo mal al tratar los géneros, pero careció de arte al ocuparse de los títulos particulares de la obra. En todo caso, rechaza la opinión de los que niegan que el derecho civil sea un *ars*; de hecho, el mismo autor del Digesto lo llama *ius enucleatum* en la primera constitución, indicando que en él está recogido todo lo que en los escritos antiguos había útil y fructífero⁸. Al empezar el título *de iustitia et iure*, destaca que su contenido es claramente filosófico y en él están las causas y fuentes que deben ser conocidas necesariamente para el que quiera ser jurista. "Cuestiones como qué sea el derecho, qué el derecho natural, el de gentes, el civil, el pretorio, tal vez puedan parecer poco importantes a algunos, pero son los elementos del derecho y los fundamentos de las mayores y más importantes disputaciones: representan el papel del punto, la línea y la superficie en Geometría"⁹. Duarenus no expone el Derecho romano mediante razonamientos geométricos, pero es significativo que la utilice como ejemplo.

II. LOS TOPICOS

Uno de los instrumentos que emplearon los juristas humanistas para conseguir sus ideales metódicos fue la nueva dialéctica de inspiración retórica y ciceroniana. Estaba basada en la clasificación de argumentos llamados "tópicos" o "lugares" que ofrecen los diferentes puntos de vista existentes acerca de una materia. A partir de esa influencia, aparecieron numerosas obras en las que el Derecho Romano (y los añadidos

medievales) era organizado según esos diferentes tópicos. H. E. Troje precisa que la función de esos tratados sobre tópicos fue doble. Por un lado, organizar los diferentes argumentos que un jurista podía emplear en una disputa; por otro, ofrecer una visión general del contenido de todo el derecho¹⁰. Es preciso recordar que los juristas del Derecho común medieval también emplearon los tópicos dialécticos _género, especie, todo, etc. La diferencia estriba en que no los emplearon para organizar con carácter general el saber jurídico¹¹.

Algunos juristas humanistas no confiaban demasiado en esos tópicos, como Andrea Alciato cuando escribía sobre el empleo de las nociones de género o especie que "los jurisconsultos dejaron esas sutilezas a los dialécticos y se conformaron con describir la sustancia de la cosa según la regla común"¹². A pesar de su ánimo renovador Alciato participaba en parte de la actitud tradicional ante el Derecho. En cambio, muchos Humanistas y juristas imbuidos del espíritu de los nuevos tiempos llevaron a cabo la tarea de clasificar los principios e instintos jurídicos de acuerdo con esos *loci*. Ejemplos particularmente interesantes son los de Claudio Cantiuncula (finales del s. XV - 1560), Johann Apel (1486 - 1536) y Johann Oldendorp (1480 - 1567)¹³. En estas obras no encontramos tendencias hacia una organización unitaria del Derecho, sino tan sólo un reagrupamiento de argumentos para facilitar la tarea del jurista¹⁴. Sin embargo, Johann Apel sí muestra mayor tendencia hacia el sistema cuando define el derecho como una "relación" y ofrece un esquema en el que divide la *relatio* en dos grupos; uno está compuesto por las nociones de igualdad y desigualdad; el otro, por las de acción y padecimiento; de la acción derivan dos tipos de actuación, *ius* y *non ius*. El *ius* se manifiesta mediante el dominio y la obligación¹⁵. En otro momento escribe que el dominio y la obligación son como las dos cabezas del derecho civil a las que se refieren todas las demás materias que recogen las leyes¹⁶. Esta afirmación le lleva a diseñar otro esquema en el que la *iurisprudencia* se desdobra en *ius in re* y *ius ad rem*. El *ius in re* contiene el *dominium*, el *quasi dominium* y el *ius in re specificum*. El dominio tiene dos partes: el usufructo y la propiedad y, además dos *species*, el directo y el útil. A su vez, el *ius ad rem* es identificado con la obligación, dividida en dos especies, la natural y la civil¹⁷.

Significativamente, Apel cita como fuentes de esa clasificación a Baldo y Mayno. Efectivamente, Jason de Mayno (1435 - 1519) se había referido al *ius in re* y al *ius ad rem* en un tratado sobre las acciones y al hilo del tratamiento de las acciones reales y personales. Utiliza también las expresiones derechos reales y personales, citando a Baldo; explica que los derechos personales se caracterizan por la existencia de una obligación¹⁸. Esas nociones no eran nuevas, ya que habían sido elaboradas por los romanistas medievales bastante tiempo antes¹⁹. Además, Mayno no las emplea para ordenar el *ius civile*. La presencia de nociones típicamente bartolistas en un tratado metódico del XVI indica que la pretensión de los juristas humanistas era, en buena medida, ordenar un material heredado. Por otra parte, es llamativo que Apel escoja las ideas de dominio y obligación que sugieren la imagen de un derecho civil basado en la presencia de poderes sobre cosas y personas. De hecho, el *dominium*, las servidumbres, el usufructo y otras formas de organizar jurídicamente la relación de un sujeto con las cosas habían sido objeto de reflexiones amplias por parte de los juristas del *ius commune* medieval. Sin embargo, eran conscientes de que el dominio directo, el dominio útil, la servidumbre, usufructo, etc., aún siendo poderes _denominados a veces como *iura*_ , obedecían a causas y funciones diferentes en el seno de la ordenación jurídica²⁰. Así, por ejemplo, la mentalidad romanista medieval entendía que el usufructo era una realidad diferente al dominio²¹. Apel, en cambio, incluye al usufructo bajo el dominio; de esa forma, comienza a deslizar en el saber jurídico de la Modernidad naciente una relativa homogeneización de los poderes regulados por el *ius civile*; esa homogeneización será relevante a la hora de sistematizar el derecho.

III. UNAS OBRAS AMBICIOSAS

Al lado de estos libros sobre tónica, aparecieron otros en los que los preceptos y *regulae* del *ius commune* eran presentados en un orden diferente al empleado por los juristas medievales. Los modelos y formas que adoptaron fueron variados, ya que los juristas no permanecieron ajenos a la pluralidad de métodos que pululaban en su cultura y los aplicaron en las obras jurídicas. Ellos conocían los métodos resolutivo y compositivo (o analítico y sintético) junto con el definitorio, que había desarrollado Galeno²². A veces escogieron los esquemas presentes en otras ordenaciones anteriores. Las diferentes partes del *Corpus Iuris Civilis* fueron modelos muy utilizados, especialmente las *Institutiones*, que formaban precisamente la parte más sistemática relativamente de la obra justiniana. En otras ocasiones, adoptaron los ejemplos de diferentes obras de la *iurisprudencia* romana antigua, como el edicto del pretor. Finalmente, algunos autores decidieron ser más originales y plantearon una ordenación basada en criterios novedosos²³.

Matthaeus Wesembeck (1531 - 1580) expuso de manera metódica las Pandectas y las *Institutiones* justinianas. Nada más comenzar, declara expresamente la necesidad de un método o vía para conseguir un conocimiento adecuado. Precisamente los compositores del Digesto usaron el método compositivo o definitivo, partiendo de los principios supremos del arte, avanzaron siguiendo el orden natural de las cosas según una serie adecuada, y extrayendo lo complejo de lo más simple y las consecuencias de los antecedentes llegaron al fin propuesto inicialmente. Y, como de la mano, transmitieron a los estudiosos el camino correcto para llegar a la meta de este arte²⁴. El fin de la jurisprudencia es conservar la justicia en la vida civil; el medio para obtenerlo es el conocimiento del derecho y la investigación, con razón y estudio, de qué es lo justo y lo injusto, lo igual y lo desigual en cualquier asunto. Una vez conocido y expuesto científicamente (*scienter*), es preciso hacerlo público en la práctica forense y acomodarlo recta y equitativamente a todas las acciones propias de los asuntos humanos. Wesembeck indica que los juristas disputan tanto sobre la causa y el fin de la jurisprudencia, como sobre los principios, partes y especies del derecho. Éstas son las vías principales para llegar a la justicia, y son también los primeros elementos y fundamentos a partir de los que, mediante la síntesis paulatina, surge el arte del derecho. Para ello no es necesario emplear el método analítico, sino el compositivo y definitivo, porque es el más adecuado para la enseñanza. Precisamente, los compositores de nuestro derecho partieron del fin de la jurisprudencia la justicia, se volvieron hacia los principios y siguieron la naturaleza de las cosas. Avanzando desde los primeros elementos y los principios universales, compusieron el arte del derecho. Y elaboraron las Pandectas mediante la conexión de definiciones y divisiones, a partir de la pluralidad de elementos singulares que están interrelacionados entre sí²⁵.

Festschrift für Sten Gagner zum 3. März 1996 (Ebelbach, 1996), pp. 111 - 113. señala que la novedosa presentación del material jurídico obedeció a uno u otro de los dos modelos siguientes: 1) Continuación del orden de libros y títulos del *Corpus*, pero con un contenido que responde a las nuevas tendencias. 2) Obra totalmente independientes del *Corpus*, también en lo referente a la organización de libros, partes, etc. Según Schröder, el tipo primero es una continuación de las *Summae* del *ius commune* medieval.

En un plano más concreto, al estudiar las *Institutiones*, concretamente la materia correspondiente a las "cosas", Wesembeck declara que éstas tienen una causa doble, de la cual suele tratar el derecho: dominios y obligaciones, ya que de los dominios nacen las obligaciones y las acciones como el efecto de la causa²⁶.

Algunas de las ordenaciones generales más importantes nacieron en Francia. "Los Diez libros de los comentarios de Derecho civil", que dejó inacabados François Connan (1508 - 1551), forman un ejemplo particularmente interesante. Dedicó el libro I a una serie de cuestiones generales sobre el derecho. Entre ellas está su concepto: lo ve como un precepto o regla de justicia²⁷. En los nueve restantes trata de la que llama materia del *ius civile*. La divide en tres, ya que cualquiera que sea la discusión que surja sobre el derecho, versará sobre la persona de alguien, sobre sus cosas, o sobre sus hechos y

actos²⁸. Aunque no se refiera expresamente a ella, Connan no acepta la división básica en *dominium* y *obligatio*, ya que todo derecho supone la existencia de obligaciones para los demás y de acciones que los protejan, incluido el dominio²⁹.

Comienza su exposición con lo que afecta más directamente a las personas y llama la atención sobre la variedad de situaciones personales. Siguiendo al derecho romano, comienza por la división de las personas en esclavos y libres. Los libres son libertinos e ingenuos; éstos, a su vez, son *patresfamilias* o *filiusfamilias*. A partir de ahí, se dedica al estudio de la patria potestad y la tutela. Tras las personas trata de las cosas; en primer lugar su división y seguidamente las formas en que el derecho regula nuestra relación con ellas. El dominio, la posesión, la servidumbre, etc., son poderes que el sujeto tiene sobre las cosas, pero dependen de las normas que las regulan y de la realidad específica sobre la que actúan esas facultades; por eso Connan no empieza por el dominio y figuras similares, sino por las cosas, es decir, por las diferentes realidades humanas que, en cierto modo, imponen algunas directrices al derecho. A diferencia de Apel, no parece preocupado por exponer el Derecho romano como un conjunto de poderes, sino más bien como una clasificación de regulaciones que afectan tanto a la propia persona como a sus cosas.

Algo parecido ocurre cuando explica la parte del Derecho referida a las acciones humanas. De su enorme variedad, sólo tratará las que tienen relación con la justicia. Siguiendo a Aristóteles, considera que es la única virtud que siempre se refiere a otro: si un acto no afecta a una persona diferente de su autor, no puede tener nada que ver con la justicia³⁰. Ésta tiene dos vertientes: la primera, justicia distributiva, se ocupa de la atribución de honores y bienes entre los miembros de la comunidad; la otra es la justicia conmutativa, y trata de los pactos y contratos y de la consecución de la igualdad en ellos. En ambos es preciso hallar un medio que indique lo debido; la justicia distributiva lo basa en la dignidad de las personas, y la conmutativa en la existencia de una proporción de igualdad entre los intervinientes en el sinalagma. Connan rechaza que el "pacto nudo" _una mera manifestación de voluntad_ genere obligación por sí misma. Para eso es necesario que exista un sinalagma, es decir, una relación interpersonal; si la obligación depende de una relación o situación típica que puede ser muy diferente, no parece posible reducir esta materia a una idea o principio único. Por lo demás, Connan permanece bastante fiel al Derecho romano al exponer los contenidos de esta parte de sus *Comentarios*. Tras la exposición de los contratos, que son las acciones propias del comercio entre los hombres y sin los cuales la vida no puede discurrir cómodamente, aparece el matrimonio³¹. Finalmente, el derecho sucesorio aparece en los libros IX y X. Cada una de estas partes obedece a diferentes principios y necesidades y no hay una conexión unificadora entre ellas.

Una actitud parecida es la de Pierre de la Grégoire (1540 - 1599) en su *Syntagma iuris universi*³². La obra está dividida en tres partes, las cosas, las personas y las acciones entendidas no al modo procesal, sino como actos humanos (convenciones, delitos, etc.) relevantes para el Derecho. Comienza la parte primera con la consideración de las cosas en general, su división y comportamiento. Después pasa a la determinación de las cosas de Derecho divino, de Derecho humano, feudal, etc. Parece prestar más atención a los objetos del Derecho que a los poderes (o derechos subjetivos) que poseen los sujetos. Su actitud, como la de Connan, no es deductiva sino clasificatoria³³. También de modo parecido a Connan ve al derecho como un precepto de lo justo y equitativo³⁴.

De los juristas humanistas el que ha gozado de más predicamento como sistemático es otro francés, Hughes Doneau (latinizado Donellus, 1527 - 1590). Dedicó unos extensos comentarios al Derecho Civil y, como era habitual, los empezó haciendo referencia a la necesidad de exponer el derecho de manera metódica y ordenada. Entiende que la finalidad del *ius civile* es dar a cada uno su derecho y por eso las dos partes de que consta consiste en el conocimiento de lo que es de cada uno y en la forma de obtenerlo una vez conocido. Doneau afirma que no hay nada en las Pandectas que no esté

pervertido, tanto en cuanto a la colocación y orden de esas materias, como en cuanto a su explicación. Si el derecho de cada uno está en parte en la persona misma, parte en las cosas externas, y la forma de obtenerlo consiste en los juicios, los compositores del Digesto escogieron una vía contraria a la naturaleza y al conocimiento correcto, tratando en lugares secundarios lo más importante³⁵. Concretamente, el fallo consiste en que los compiladores empezaron exponiendo algunos datos sobre los diferentes estatus personales (libres, esclavos, etc.) y la división de las cosas, para pasar inmediatamente a problemas referentes a los juicios, sin haber explicado suficientemente la materia de la que esos juicios se ocupan³⁶. Por otra parte, no se ocupan expresamente de lo que sea nuestro derecho, y sólo a partir de fragmentos dispersos es posible colegirlo³⁷. Frente a este desorden, Doneau sostiene que, para que todo sea tratado con orden, el estudio de las cosas privadas debe empezar con el conocimiento de lo que sea privado y de qué forma algo se hace privado de cada cual, es decir, de qué forma se adquiere el dominio de una cosa. Pues conviene investigar primero la cosa y después el derecho sobre la cosa³⁸. El método escogido consiste en ir de lo general a lo más particular. Primero el género, después las especies en él contenidas para saber si en una definición del género están incluidas todas. Si no es así, habrá que explicar en qué consiste esa singularidad³⁹. En ese sentido, afirma que lo más contrario al arte es la perversión del orden producida cuando las cosas que deben ser conocidas en primer lugar, porque sin ellas no son entendidas las demás, aparecen al final, y las que debían ser estudiadas al final están colocadas al principio⁴⁰. Doneau mantiene que no sirve de nada tratar con orden y economía los aspectos más fundamentales (*partes summas*) si el estudio de las cuestiones más particulares se hace de manera confusa y desordenada⁴¹. Con su propuesta, Doneau espera acabar con la confusión y conseguir que el estudioso del derecho siga la directriz del arte y vea la vía por la cual sepa qué es lo primero en cualquier asunto, qué lo segundo, lo tercero y lo que está en último lugar. Así, llegará al fin de manera correcta y sin error⁴². Las críticas que lanza contra el Digesto se limitan al método, porque Donellus acepta su contenido. Pero considera que al bosque de conocimientos comprendido en la obra de Justiniano debe ser aplicado un arte de enseñanza en el que con el orden y la colocación correctos cada cosa sea tratada en su lugar sin confusión alguna, y así sea entendida rectamente, y se llegue por esa vía fácilmente al fin propuesto⁴³.

Al aplicar el *ars iuris* a la descripción del derecho civil, Doneau comienza con las que considera dos cuestiones principales. La primera es el estudio de lo que sea el derecho, su fuerza y potestad, lo que hoy llamamos el concepto de derecho. En segundo lugar, la investigación del derecho mismo, es decir, su contenido⁴⁴. Doneau menciona el problema de la ambigüedad de la palabra derecho, pero él tiene clara cuál es la verdadera acepción: llamamos propiamente derecho a toda constitución que en los asuntos públicos, manda o permite las cosas que son rectas y prohíbe las contrarias. Y en esas conductas impone una obediencia necesaria⁴⁵. Hay otras acepciones "menos propias" divididas en dos grupos⁴⁶. El primero se refiere a las cosas pertenecientes al derecho y contiene acepciones como la identificación de *ius* y *ars boni et aequi*, y las que nombran lo que atribuye el derecho, bien en sentido genérico, bien denominando facultades y poderes específicos, como el usufructo o el derecho de paso⁴⁷. El segundo grupo se refiere al lugar donde se dice el derecho, una acepción típica en el *ius commune*⁴⁸.

Esas definiciones son importantes para comprender el orden jurídico que diseña Doneau. Afirma que el derecho en sentido estricto es la ley emanada del poder político. Sin embargo, dedica la mayor parte de sus *Commentaria* a exponer las facultades o poderes que confieren esas leyes. Doneau entiende esas facultades como lo que pertenece a cada uno. Para explicarlas, parte del fin del derecho, que, según él, es vivir justamente, es decir, dar a cada uno su derecho⁴⁹. Para cumplirlo son necesarias dos cosas: primero conocer lo que es propio de cada uno, pues no es posible dar a cada uno su derecho sin saber cuál es. En segundo lugar, es preciso que existan procedimientos adecuados para

conseguir el derecho, si éste no es concedido voluntariamente⁵⁰. Doneau tiene presente la complejidad propia del derecho cuando reconoce que tanto lo que es de cada uno, como la forma de obtenerlo, no son siempre iguales sino que dependen del género de las cosas a las que afecte el derecho. El jurista francés parece decir que la vida humana se desenvuelve en realidades diferentes y que esa diferencia conduce a distintas regulaciones jurídicas. Las "cosas", en cuanto interesan al Derecho, son de tres clases: en primer lugar lo que se atribuye a Dios; en segundo lugar lo que se atribuye a los hombres; éstas, a su vez, se dividen en lo que pertenece a la república y lo propio de los hombres individuales y privados⁵¹.

El derecho divino es el que trata de las cosas pertenecientes a Dios. Este derecho no procede de la opinión de los hombres, ni depende de las constituciones o decretos de los príncipes, sino que procede totalmente de la palabra de Dios⁵². El protestante Doneau no hace referencia aquí al Derecho canónico, sino a las Sagradas Escrituras.

El Derecho público, por su parte, tiene dos acepciones. La primera nombra a un derecho común, es decir, un derecho a usar algo que pertenezca a todos. La otra hace referencia al derecho orientado por la misma utilidad pública, no por el interés privado⁵³. Pertenecen al ámbito del derecho público, en el segundo sentido, aquellas realidades (*res*, según Doneau) que afectan de manera directa a la misma existencia de la república. Son de dos géneros: las que son de la comunidad por su propia naturaleza, y las que no lo son en sí mismas consideradas, sino respecto a algo. Entre las primeras están la procreación y los lugares públicos necesarios para la vida pública de los ciudadanos⁵⁴. Lo correspondiente al matrimonio y a la procreación no está configurado como una serie de facultades propias de un sujeto. El uso de lugares públicos sí, aunque las facultades que tienen los ciudadanos sobre ellos están limitadas por la utilidad pública. También forman parte del derecho público la defensa de la república, de sus dirigentes y los asuntos militares⁵⁵.

El Derecho privado está compuesto por "lo propio" desde un punto de vista privado. Doneau lo divide en dos: en primer lugar lo que verdadera y propiamente es nuestro en su totalidad, sin necesidad de actuación o transmisión de otros sujetos; es el caso del dominio. En segundo lugar, lo que se nos debe y a cuya prestación está obligado un tercero. Antes de que el deudor cumpla la prestación, la cosa debida no es del todo nuestra, sino del deudor⁵⁶. Lo propio en su sentido estricto comprende la propia persona y el conjunto de cosas externas a esa misma persona. Los medios para conseguirlos son las acciones, o los juicios en los cuales conseguimos lo nuestro⁵⁷. Al sostener que lo nuestro abarca lo propiamente nuestro y lo que reclamamos como tal mediante una obligación, Doneau recalca que "no he dicho dominio y obligación, como han hecho algunos que, de hecho, no escribieron sobre aquello que es nuestro, sino que consideraron el dominio y la obligación como las dos cimas del derecho civil. Estos descuidaron los juicios, parte importantísima del derecho y única forma de obtener lo nuestro. Además llamaron dominio a aquello que es nuestro, lo que es un gran error, porque hay muchas partes de lo nuestro que no son dominios, y que, sin embargo, deben estar incluidos en esta parte del derecho". En primer lugar aparecen los derechos (*iura*) que son de la propia persona y están atribuidos a su estatus. También es nuestro el uso de cosas sagradas, religiosas, comunes y públicas, y en ellas no hay dominio privado alguno. En las cosas privadas, incluso ajenas, hay mucho que puede ser incluido en lo nuestro aunque no sea dominio; es lo que ocurre con la posesión de buena fe, el derecho de prenda, el derecho enfitéutico, el derecho de superficie, el uso, el usufructo, los derechos de los predios tanto urbanos como rústicos. Por esta razón, prefiere utilizar la división que ha establecido antes⁵⁸.

La parte de lo nuestro perteneciente a la persona, está integrada por lo atribuido a la persona en sí misma con independencia de que falten las cosas externas. Son cuatro los atributos que por naturaleza posee la persona: vida, integridad corporal, libertad y estimación⁵⁹. Estos derechos, sin embargo, no los poseen todos por igual, ya que

dependen del estatus de la persona⁶⁰. Citando a Florentino, escribe que la libertad es la facultad de hacer lo que se desee, si no está prohibido por la fuerza o por la ley. Aclara que estas prohibiciones no disminuyen la libertad. Por ejemplo, si alguien me prohíbe sin motivo el uso de mi edificio, no soy menos libre por ello, porque al causarme injuria mi condición jurídica permanece inmutable. Las prohibiciones del homicidio o del robo, que afectan a todos, no nos hacen menos libres. Además, en los asuntos que no son inhonestos en sí mismos, hay muchas prohibiciones para los hombres libres: por ejemplo, el marido no puede enajenar un predio dotal, y el menor y el pródigo tampoco pueden enajenar sus bienes. Debemos entender, sostiene Doneau, que la libertad no consiste en hacer todo lo que queramos sin excepción, sino todo lo que queramos exceptuando lo que se nos impide por la fuerza o por el derecho; aunque estén presentes esos impedimentos, seguimos siendo libres⁶¹. Tras las referencias a la libertad Doneau pasa a estudiar los diferentes estatus y condiciones de los hombres según el Derecho romano: libres y esclavos. La condición de los libres le conduce a la tutela y la curatela.

Después de ver "nuestro derecho sobre la persona", Doneau pasa al derecho de cada uno en las cosas externas. Estos derechos son diferentes según sean las cosas acerca de las que preguntamos el derecho. "Pues al igual que ocurre con las personas, las cosas externas no son de la misma condición ni se tienen por el mismo derecho". En este género de cosas hay una división fundamental. Unas son de derecho divino, otras de derecho humano; éstas últimas pueden ser públicas o privadas; las privadas, nuestras o ajenas⁶². Incidentalmente quiero indicar que Doneau recuerda que seguirá aquí la *ratio docendi* para aclarar este asunto⁶³; es decir, que esa ordenación tiene una intención docente o expositiva.

El carácter de las cosas resulta clave a la hora de determinar su estatus jurídico. Las "cosas privadas" se caracterizan fundamentalmente por ser susceptibles de la apropiación particular. Aclara que son las cosas que pueden formar parte de nuestro patrimonio; comprenden no sólo las corporales, sino también las incorporales, como las servidumbres, ya que son perseguibles mediante una acción⁶⁴. A partir de los textos romanos, Doneau parece ver aquí las servidumbres como cosas y no como derechos subjetivos. Efectivamente, parece preocupado en aclarar que las cosas incorporales existen como tales gracias al derecho (*in iure consistint*) ya que son ficciones jurídicas, pero no son derechos⁶⁵. Es una actitud bastante tradicional, que muestra también al utilizar en toda esta parte como hilo conductor el criterio de la cosa y no el de facultad o poder. Además, antes de entrar en el estudio de los poderes jurídicos sobre las cosas, Doneau se ocupa de su adquisición, según el derecho al que pertenezca la forma de adquisición (de gentes o civil)⁶⁶.

Tras conocer las cosas privadas que pueden formar parte del tráfico jurídico, y las formas diversas de adquirirlas, Doneau pasa al derecho por el cual esas cosas pertenecen a alguien. Afirma que sobre ellas tienen derecho dos clases de personas: el dueño (*dominus*) de la cosa y el que tiene algún poder sobre ella concedido a partir del derecho dominical⁶⁷. Concede una posición destacada al *dominium*, concebido como una suma de poderes sobre una cosa, tanto corporal como incorporal⁶⁸. Aunque parece considerarlo un poder _empieza definiendo la noción de dueño y no la de dominio_, no duda en considerarlo un *ius*⁶⁹. Entre las limitaciones al poder del dueño están no sólo la enfiteusis o las limitaciones de vender que tienen algunos sujetos, sino también los derechos en cosa ajena, que consisten en servidumbres. En este momento, Doneau sí contempla a esas limitaciones como *iura*, es decir, como facultades sobre un bien englobadas, en principio, bajo el dominio, pero que pueden estar en manos de otro sujeto⁷⁰. Las servidumbres comprenden las personales y las reales; las primeras son el usufructo y el uso, las reales las servidumbres prediales y las urbanas⁷¹. La identificación del usufructo con una servidumbre era un asunto muy discutido por el *ius commune* desde la Edad Media. Lo que me interesa destacar ahora es que todos estos derechos son concebidos como un haz de facultades sobre las cosas, clasificados según

su diferente alcance. Además, a lo largo de toda la descripción Doneau está muy preocupado por el rigor de su exposición. Nada más comenzar los modos de adquirir según el Derecho de gentes afirma que esa cuestión será posible evitar la incertidumbre provocada por la multiplicidad de cuestiones, si la razón natural reduce toda esa variedad a unos pocos géneros ciertos y coloca a cada especie dentro de su género⁷². Es el modelo de la Dialéctica humanista, aunque Doneau no lo mencione expresamente.

Tras exponer la noción de "lo nuestro" en su sentido más estricto, pasa al otro sector: aquello que se le debe a cada uno o, expresado de forma más actual, el derecho a la prestación de otro. Esta exigencia respecto a un tercero también forma parte de lo nuestro. Recordemos que, según Doneau, el precepto supremo del derecho es dar a cada uno lo suyo; este precepto sería incumplido si un deudor no entrega a su acreedor lo que le debe, porque quien persigue lo que se le debe, persigue lo suyo. Al respecto, este jurista señala que es frecuente encontrar en el Derecho romano expresiones como "conseguir lo suyo" o "recibir lo suyo". Como en esta parte nos preguntamos por aquello que se nos debe, recibe el nombre de "derecho de obligaciones" (*ius obligationis*). La obligación la define, siguiendo los textos romanos, como el vínculo jurídico por el que estamos vinculados al pago de alguna cosa, según el derecho de nuestra ciudad⁷³.

Tras el concepto y clasificación de las obligaciones en general, trata las formas en que nacen, que, en el ámbito privado, son las transmitidas por el Derecho romano: contrato, cuasi contrato, maleficio y cuasi maleficio. Sin embargo, explica que hay obligaciones con la república _como el pago de tributos_ que no nacen del contrato entre dos ciudadanos o de un acto ilícito, sino del hecho mismo de ser ciudadanos de una república que exige esos comportamientos. ¿Por qué? Por la piedad, que vincula a todos a la república, y está sancionada en las leyes y el derecho público⁷⁴. Otras obligaciones proceden de la misma condición personal sin necesidad de acto, contrato o ilícito por parte del obligado. Es el caso de la obligación surgida de la naturaleza y constituida por el derecho civil entre padre e hijo, o la existente entre patrono y libertos. En cambio, las que existen entre esposo y esposa sí tiene origen en un contrato⁷⁵. La referencia al origen de las obligaciones lleva a los diferentes contratos y a las formas de actos lícitos de los que nacen obligaciones.

Al lado de "lo nuestro", la otra gran parte de la que debe ocuparse el *ars iuris* es la forma judicial de obtenerlo, es decir, la acción. A explicarla dedica Doneau los últimos libros de sus *Commentaria*, explicando pormenorizadamente las clases de acciones, las personas implicadas en los juicios y la forma en que éstos se desarrollan, siempre desde el punto de vista del Derecho romano.

Gracias a esta obra monumental, Doneau ha sido considerado el autor de uno de los primeros sistemas jurídicos basados en la figura del derecho subjetivo⁷⁶. Sin embargo, tal vez no aspirara a revolucionar la noción de derecho existente. En ese sentido, A. P. Th. Eysell escribió en su biografía de Doneau que éste no se propuso componer un sistema filosófico de derecho, sino tan sólo ordenar el Derecho romano de manera más lógica que la Compilación de Justiniano, utilizando para ello el derecho subjetivo⁷⁷. Desde luego, consiguió ese propósito, porque clasificó el Derecho romano desde el punto de vista de los diferentes poderes que ese Derecho confiere, tanto directamente sobre cosas como sobre otras personas. Describió un sistema de facultades o derechos subjetivos _expresión ésta aún desconocida por entonces_. También es cierto que, como señala el mismo Doneau, cada una de esas facultades recae sobre realidades diferentes y tiene un carácter distinto. Es posible afirmar, en consecuencia, que esos poderes obedecen a razones diferentes; recordemos que la libertad individual no es la fuente de los demás derechos o que las obligaciones nacen de causas diferentes. No hay, por tanto, una causa o principio único que dé razón de todo el orden jurídico. Por otra parte, la forma de razonar de Doneau no era particularmente novedosa cuando se enfrentaba a problemas concretos. Sus comentarios a algunos títulos del Digesto están en la línea purificada del Humanismo jurídico, pero sin muestras de procedimientos deductivos⁷⁸.

Además, él entiende que la acepción verdadera de Derecho es la que lo identifica con la ley emanada del poder político. Doneau quiere reflejar, probablemente, el papel creciente que las monarquías quieren desempeñar en la elaboración del Derecho⁷⁹

Otro sistema notorio del Humanismo jurídico, aunque en una fase tardía, es el elaborado por el alemán Johann Althusius (Althusius, 1527 - 1638) en su *Dicaeologicae libri tres*. Althusius utiliza un método clasificatorio en el que divide el derecho en dos especies: dominio y obligación, que corresponden con el *ius in re* y el *ius ad rem*⁸⁰. El dominio es un derecho constituido sobre una cosa, por el cual las ventajas y cargas de esa cosa pertenecen a alguien⁸¹. En el ámbito del dominio, Althusius incluye al dominio útil y al directo, las servidumbres, la libertad personal o la potestad dominica ejercida sobre hijos, esclavos, personas bajo tutela⁸². En la obligación, entendida como un derecho constituido sobre una persona y por el cual el acreedor constriñe al deudor a cumplir con su prestación⁸³. Tras la descripción de estas especies, Althusius describe las que llama *Dicaeodotica* y *Dicaeocritica*; la primera se ocupa de la adquisición y pérdida de los derechos, la segunda de los procedimientos judiciales.

Es innegable el talante sistematizador de Althusius cuando concibe el contenido del derecho como un conjunto de poderes ejercidos sobre personas y cosas, descritos a partir de las nociones básicas de dominio y obligación. Continúa la tendencia de Johann Apel, uno de los autores citados por Althusius en su *Dicaeologica*. Ese talante, sin embargo, no le lleva a pensar que la ordenación escalonada de todo el derecho solucione todos los problemas. Cuando estudia la interpretación, la considera una más entre las formas de constituir el "derecho"; es decir, que la interpretación no se limita a aplicar sin más las leyes, sino que añade algo nuevo no contenido en la norma. La causa está en la imposibilidad de recoger en una norma la variedad de asuntos propios de la vida jurídica⁸⁴. Divide la interpretación en natural y civil. La natural comprende la equidad, la extensión y restricción del contenido de la ley; la interpretación civil del derecho consiste en la explicación de leyes ambiguas y oscuras y en las llamadas ficciones jurídicas. En general, Althusius ve la interpretación como una modulación del derecho según el juego de razones de diferente importancia⁸⁵. Si la interpretación es una forma más de constituir el derecho, eso supone que el *ius* variará _entre otras cosas_ según las diferentes circunstancias que configuren los asuntos que requieren solución. Althusius no parece encontrar contradicción entre esa explicación y una descripción metodológicamente rigurosa del contenido del derecho, que parte siempre de lo más general para descender a lo más específico.

Esta aparente tensión puede ser explicada si atendemos a algunas explicaciones ofrecidas por integrantes del Humanismo jurídico. Uno de los primeros juristas pertenecientes a esa corriente, Hyeronimus Cagnolus (1492 - 1551), sostenía que en el derecho es sobre todo admirable el orden, basado en la conexión y la concatenación. Saber lo que se hace, sin saber en qué orden, no es pensar bien, de ahí la necesidad de lo que los dialécticos llaman orden compositivo. Más adelante, discutiendo acerca de la noción de *regula iuris* en la Compilación justiniana añade que en la ciencia natural el orden consiste en comenzar por lo más general y universal y por el conocimiento de los principios, tal y como el filósofo hizo en muchos lugares. Lo mismo ocurre comúnmente en las acciones humanas, como hicieron multitud de veces los jurisconsultos y los compiladores. Sin embargo, algunas veces, por una razón especial, como también hizo el filósofo, conviene tratar el problema partiendo de lo más particular y menos universal. Y eso es lo que tuvo en cuenta el jurisconsulto al tratar los problemas de la *regula iuris* en una parte aparentemente poco adecuada. Así mismo, en la primera parte de las Pandectas, por otra razón especial, el tratado primero fue el del oficio y jurisdicción de los magistrados en particular, antes de tratarlos en general, porque aquí el legislador no intentaba tratar de la ciencia del derecho y las leyes en general desde los primeros principios. Si hubiera pretendido tal cosa, debería haber empezado por lo más universal y común, pero sólo quiso tratar del Derecho civil de los romanos⁸⁶. Lo que pretende indicar Cagnolus es que el método y orden de la reflexión jurídica dependen de la

materia; a veces debe prevalecer una razón más particular sobre la general.

Debemos tener en cuenta que los juristas humanistas no propugnaron un saber jurídico de corte deductivo⁸⁷. Hermann Vulteius (1555 - 1634) escribe que normalmente llamamos arte y ciencia a la jurisprudencia, dejando de lado las distinciones más precisas a los filósofos. Pero lo más adecuado es llamarla prudencia, porque se ocupa de las cosas singulares y su finalidad no está en sí misma, sino en el uso destinado a la utilidad común de la sociedad humana. Es un arte que se ocupa de las cosas singulares⁸⁸. Añade que este arte de lo equitativo en que consiste la actividad de los juristas es jurisprudencia, porque trata de la acomodación de lo general a lo especial o caso incidental⁸⁹.

Por otra parte, mientras los Humanistas lanzaban sus críticas y presentaban sus alternativas, los juristas adheridos al bartolismo o *mos italicus*, habían seguido trabajando y produciendo obras dirigidas a la práctica muchas veces forense. Incluso los romanistas más tradicionales, abandonaron paulatinamente el orden del *Corpus Iuris* y prefirieron la redacción de tratados monográficos sobre materias concretas, en la que intentaron un tratamiento relativamente sistemático, aunque no de carácter deductivo⁹⁰. Los juristas humanistas más ortodoxos tampoco perdieron de vista la importancia de la práctica⁹¹. Significativamente, incluso los más proclives a la ordenación del derecho distinguieron entre la descripción metódica del contenido del derecho y la resolución del caso concreto. En ese sentido, Jean Coras (1513 - 1572) afirma que el método adecuado para ordenar el derecho de forma "artística" consiste en partir siempre de lo más general para llegar a lo particular. Sigue ese método al exponer cuáles son los principios que componen el derecho y en qué consiste la ley. Pero cuando expone los criterios para la solución de un problema jurídico, a la que llama *interpretatio iuris*, se dedica a exponer la interpretación gramatical, la *ratio legis*, la extensión de dicha *ratio* a supuestos parecidos, el argumento *a similibus*, etc. En este asunto sustituye el método por la prudencia que atiende a las circunstancias del caso⁹². Una actitud similar es la de Joachim Hopper (1523 - 1576). Al explicitar todos los fundamentos de la ciencia jurídica en su *Seduardus sive De vera Iurisprudentia*, parte desde los principios de justicia que debe tener en cuenta el legislador hasta llegar a la determinación del derecho en el caso concreto; en esa etapa, su descripción de la labor jurídica está más influida por la actitud prudencial tradicional del *ius commune* que por una mentalidad sistematizadora⁹³.

Giulio Pace (o Pacius) (1550 - 1635) también capta con agudeza el alcance de un sistema jurídico cuando señala que, debido a la complejidad de derecho, es necesario elaborar unas "Instituciones" sencillas para que los estudiosos jóvenes sean introducidos a los libros más difíciles y prolijos del derecho civil⁹⁴. La razón es que en éste hay dos partes: una teórica formada por distinciones, definiciones, etimologías y divisiones. La otra es la práctica integrada por especies, cuestiones y decisiones. Obras como las *Institutiones* de Justiniano, las *Summae* de Placentino y Azo o las *Paratitla* de M. Wesembeck, sólo contienen la primera⁹⁵. Pace parece opinar que las ordenaciones generales tienen, en consecuencia, un carácter introductorio y simplificador que sirve al estudiante para conocer mejor la complejidad propia del derecho. En otro momento, este autor escribe que hay una cantidad tan enorme de libros, comentarios, *repetitiones*, tratados, decisiones, sumas y recopilaciones de dictámenes, que no sólo es útil, sino necesario, si queremos tener una jurisprudencia perfecta, elaborar una nueva obra jurídica en la que estén comprendidas todas las definiciones legítimas mediante un método correcto⁹⁶. Según este autor, los intentos protagonizados por Connan, Douaren o Doneau están muy lejos de conseguirlo. Concretamente, Connan no abarcó todas las partes del derecho, no expuso correctamente las que sí estudió, ni aportó gran cosa a la práctica (praxis) "que es el certísimo fin del derecho"⁹⁷.

A partir de estas reflexiones, la actitud de los juristas humanistas ante el problema de la ordenación del derecho resulta un tanto ambigua. Resulta innegable que descripciones

como la de Doneau permiten explicar la totalidad del Derecho civil desde el punto de partida de la facultad jurídica. Aunque Doneau defina el derecho como ley política, es la noción de facultad la que desempeña el papel central en sus *Commentaria*. Y describe el contenido del *ius civile* como un conjunto de poderes ejercidos sobre la propia persona, los bienes y otras personas. Pienso que no es casualidad que la facultad ocupe un papel tan destacado en la ordenación de Doneau. Autores como Connan y Grégoire entienden el Derecho como una regla de lo justo y equitativo extraída a partir de la pluralidad de principios y exigencias de la realidad jurídica. Desarrollan además una explicación prudencial del Derecho, de forma que éste siempre debe determinarse según las exigencias variables de los casos concretos. Esa atención a la complejidad propia de la cotidianidad, les lleva a unos "sistemas" basados en los diferentes tipos de materias o problemas que componen la realidad del Derecho; las diferencias entre esos bloques provocan la imposibilidad de un sistema totalmente unitario⁹⁸.

Doneau, al conceder a la facultad una posición central, sí proporciona cierta coherencia interna a su sistematización. Tengamos en cuenta que identificar el derecho con una facultad supone entenderlo como un conjunto de poderes pertenecientes a su titular. El poder tiene un carácter homogéneo, es susceptible de divisiones, delegaciones, es decir, es más fácilmente sistematizable que la diversidad de causas que fundaba el Derecho para la mentalidad romanista tradicional. Por eso la obra de Doneau o la de Althusius parecen tener una ordenación más unitaria que las de otros integrantes del Humanismo jurídico. No obstante, no alcanzan una sistematización plenamente coherente, ya que esas facultades obedecen a la existencia de reglas previas orientadas a fines diferentes. Las facultades de las que hablan esos dos autores aún están predeterminadas por las diferentes razones o causas, dependientes de la pluralidad de situaciones vitales en las que interviene el derecho, por eso el sistema tiene incoherencias. No obstante, la tendencia sistemática es más clara en Doneau y Althusius que en otros autores del Humanismo. Todos participaron de la misma atmósfera metodológica, por lo que cabe pensar que la elección de una noción u otra de derecho _no controlada por el método_ ejerció una influencia poderosa en la organización de la materia jurídica.

Esta interrelación entre las facultades jurídicas y una relativa sistematización del Derecho la encontramos también en algunas manifestaciones de la Segunda Escolástica española. Un ejemplo interesante lo ofrece Domingo de Soto, aún bastante apegado a las doctrinas de Tomás de Aquino. En sus "Diez Libros sobre el Derecho y la Justicia" utiliza aún el método de la disputación medieval, pero cuando en el libro IV comienza a hablar de la justicia distributiva y de la conmutativa, afirma que para estudiarlas correctamente es preciso conocer previamente el *dominium* sobre las cosas y su restitución, puesto que el dominio y su división son la base y el fundamento de todos los contratos, convenciones y pactos de los que trata la justicia conmutativa⁹⁹. La justicia conmutativa trata de los asuntos que podríamos considerar de Derecho privado, así que, en consecuencia, el *dominium* ocuparía la posición originaria para comprender ese sector del Derecho.

En una fase más tardía de la Segunda Escolástica, Luis de Molina parece compartir esa opinión. Estructura su obra sobre la justicia en seis tratados. En el primero estudia la justicia en general y sus partes; en el segundo, la justicia conmutativa acerca de los bienes externos y los contratos; en el tercero, los mayorazgos y tributos; el cuarto, los delitos y cuasidelitos; el quinto, la justicia conmutativa acerca del honor, la fama y los bienes espirituales; el sexto, por último, está dedicado a los juicios. Es significativo que comience ese estudio de la justicia conmutativa con el dominio y el sector del derecho que se ocupa de la adquisición y protección de los bienes materiales. De ese modo, la propiedad se convierte en el modelo de análisis para el resto del derecho. Molina admite que si seguimos el orden de la naturaleza sería más razonable empezar el estudio de los bienes externos por los bienes espirituales. Sin embargo, el orden reclamado por la doctrina recomienda empezar por los bienes externos¹⁰⁰. Sostiene que la acepción de derecho más adecuada a su planteamiento es la de facultad¹⁰¹, sigue la exposición dividiendo el *ius* en *ius in re* e *ius ad rem* y pasa a examinar el *dominium*, el usufructo,

las servidumbres, etc. El modelo civilista es patente, porque Molina cita con abundancia a juristas como Bartolo, Antonio Gómez y Diego de Covarrubias, de quien obtiene su noción de *dominium*¹⁰². El teólogo jesuita parece concebir el derecho como un conjunto de poderes contemplados según la imagen del *dominium*. Al fin y al cabo, la definición de derecho que prefiere es la de facultad personal. Molina reclama la presencia de una causa legítima para establecer o limitar las facultades¹⁰³, pero también reconoce la existencia de facultades que parecen dimanar directamente de la propia persona¹⁰⁴.

En estas especulaciones escolásticas no hay una influencia aparente de las nuevas tendencias metódicas aparecidas en el Humanismo. Los teólogos del XVI no desconocieron esas tendencias; al contrario, aparecieron obras _como la de Melchor Cano_ en las que los problemas teológicos eran tratados según el esquema de los *loci dialécticos*¹⁰⁵. Sin embargo, la relevancia del *dominium* y de las facultades jurídicas en la descripción de la realidad jurídica no proceden del uso de métodos dialécticos, sintéticos, definitorios, etc., tan queridos por los Humanistas. El elemento auténticamente decisivo es la noción de derecho como facultad o potestad, desarrollada por la escolástica bajomedieval de estirpe franciscana, y que de la mano de autores como Jean de Gerson influye en españoles como Molina¹⁰⁶. Es difícil afirmar que esta tendencia influyera en Doneau porque los Humanistas como él no sentían mucha simpatía por esa Teología. Por otra parte, no sería extraño que, de forma un tanto inconsciente, se viera influido por una idea que ya dominante en los ambientes cultos europeos. Y en el caso de Althusius, sí hay referencias a teólogos escolásticos _españoles incluidos_ en su obra.

IV. APRECIACIONES FINALES

A pesar de todas esas tendencias hacia una organización del derecho como un conjunto de poderes escalonados desde la idea general de facultad, faltó una epistemología auténticamente deductivista. De todas formas, el que estos autores del XVI no hicieran las proclamas encendidamente sistemáticas típicas de la Modernidad plena, no debe ocultar el alcance de sus obras. Ellos presentaron y clasificaron el contenido del derecho de una manera que no tiene mucho que envidiar a sistematizaciones posteriores; los Pandectistas, por ejemplo, no avanzaron gran cosa en ese sentido. La diferencia estriba en que éstos sí afirmaron expresamente la pretensión de elaborar un sistema jurídico riguroso. De hecho, no lo consiguieron, porque las peculiaridades inevitables de lo jurídico lo impidieron y al final sus resultados no fueron diferentes de los conseguidos en el XVI¹⁰⁷. La diferencia entre ambas culturas jurídicas estriba en que muchos juristas humanistas sí parecieron captar la insuficiencia del planteamiento sistemático ante el derecho, mientras que los juristas más específicamente "modernos" no parecieron darse cuenta de tales limitaciones¹⁰⁸.

El caso de los iusnaturalistas que siguieron la vía de Hobbes y Pufendorf fue diferente. Ellos sí elaboraron una descripción de la realidad jurídica eficazmente sistemática. Pero para ello cambiaron radicalmente la concepción de la realidad jurídica. Los juristas humanistas más favorables a la ordenación metódica, como Doneau, aún habían tenido en cuenta las diferentes causas justificadoras de los poderes o derechos, y esas causas también están presentes en la obra de Escolásticos como Molina. F. Carpintero ha mostrado que los iusnaturalistas modernos no afirmaron otra causa jurídica que la libertad _o poder_ que todo individuo posee en el "estado de naturaleza". Debido a la inseguridad de esa situación, los individuos ceden ese poder _todo o parte_ a una entidad que desde ese momento era el único legitimado para regularlo, distribuirlo o limitarlo. Cualquier manifestación de ese poder será jurídico, debido a la cesión llevada a cabo por todos los individuos¹⁰⁹. Esa cesión actúa como punto de partida sistemático, ya que la juridicidad de un mandato se basa en ella.

Reparemos en que se trata de un sistema puramente formal. El triunfo del pensamiento sistemático en el derecho exigió la renuncia a la multiplicidad de causas propia de la

jurisprudencia romanista y su sustitución por una causa única. Y exigió además que esa causa tuviera unas características muy especiales. Desde el postulado de la libertad individual fue fácil sistematizar el derecho, porque los iusnaturalistas modernos entendieron la libertad como un poder arbitrario; el poder era para ellos una magnitud homogénea divisible y delegable, a diferencia de las reglas concretas, ceñidas a las necesidades sociales, en que consistía el *ius commune*. Por eso, los sistemas modernos triunfantes fueron delegaciones de poder, con el pacto social y el Estado como claves del sistema. En ese sentido, G. Struck ha escrito que el pensamiento iusprivatista sistemático clásico en Alemania entendía el mundo como un conjunto de ámbitos de libertad, y el derecho era un sistema de división de competencias, que limitaba mediante reglas esos espacios de libertad. En cambio, piensa Struck, un pensamiento tópico proporciona criterios diversos para los participantes en las situaciones de la vida cotidiana¹¹⁰. La variedad de las circunstancias vitales impide el sistema. Los intentos de diseñar un sistema material mediante el *mos geometricus* (como los protagonizados por los discípulos de Wolf) fracasaron ante la imposibilidad de controlar la inevitable diversidad del derecho¹¹¹. Un defensor actual del sistema, E. Bulygin, ha distinguido entre el sistema deductivo, basado en la derivación material y el sistema dinámico de normas propio de autores como Kelsen; sólo el segundo puede ser un auténtico sistema, ya que el primero nunca puede ser completo debido a la diversidad de los contenidos jurídicos¹¹². Curiosamente, esas particularidades eran ya palpables en los mismos inicios de la Modernidad: las ordenaciones materiales de los Humanistas carecieron de verdadero rigor deductivo; sólo cuando el Derecho fue pensado como un mero poder hacer radicado en la misma persona, y que era delegado sucesivamente, pudo elaborarse una descripción sistemática de lo jurídico.

NOTAS

¹ La obra de D. Maffei, *Gli inizi dell' Umanesimo giuridico* (Giuffré, Milano, 1972) es fundamental para entender este proceso. En cuanto al Humanismo jurídico en general sigue siendo fundamental la primera parte de *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* de R. von Stinzing y E. Lansberg (München, 1880 - 1884, reprint de Scientia, Aalen, 1978). Esa parte está redactada por R. von Stinzing.

² Una descripción de tal estado en F. Carpintero, "Mos italicus", "mos gallicus" y el Humanismo racionalista, en *Ius Commune* VI (1977), pp. 117 y ss. El apoyo en autoridades, sin embargo, no era mera comodidad, sino una consecuencia necesaria de su concepción del derecho, basada en las "opiniones probables" y no en la exactitud de las soluciones. Cfr. L. Lombardi, *Saggio sul Diritto Giurisprudenziale* (Giuffré, Milano, 1975), pp. 164 - 165.

³ Vid. N. W. Gilbert, *Renaissance Concepts of Method* (New York, Columbia University Press, 1960), p. 66.

⁴ A título de ejemplo, pueden ser citadas las opiniones de autores tan representativos del Humanismo jurídico como Guillaume Budé, *Annotationes in quatuor et viginti Pandectarum libros* (Basileae, 1534), pp. 20 - 21, François Le Douaren, *Epistola ad Andream Guillartum*, en *Opera Omnia* (Lugduni, 1554), p. 142, o Ludovico Charondas, *Praefatio de restituenda et in artem redigenda iurisprudencia* (Parisiis, 1554), (Las páginas de esta edición no están numeradas). En ese lugar Charondas escribe: "Mirari satis non possum (illustrissime praeses) quin factum sit, ut iuris scientia, quae legitima dicitur, nulla artis lege et ratione tradi potuerit: cum eius finis sit humanam societatem continere, et tranquillam vitae communitatem servare. [...] Mihi autem cogitandi et aliarum artium originem ac progressum memoria repetendi visum est non diversam esse huius scientiae in artem redigendae rationem ab ea quam primi eloquentiae caeterarumque doctrinarum artifices excogitarunt". Ha estudiado esta tendencia V.

Piano-Mortari, *Diritto, logica, metodo nel secolo XVI* (Napoli, Jovene, 1987). Por mi parte la he examinado en *La modernidad discutida. Iurisprudencia frente a iusnaturalismo en el siglo XVI* (Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1998), cap. IV, per totum.

⁵ Sobre estas ideas de Douaren, cfr. Rodríguez Puerto, M. J., *La Modernidad discutida*, cit., pp. 34 y 285.

⁶ Vid. *In titulo I de Acquirendo rerum dominio methodica tractatio*, en *Opera omnia* (Luduni, 1581), I, p 1301.

⁷ "*Quomodo exemplum non immerito hic secutus est Iustinianus: cum revera hoc syntagma, omnis aequitatis, iustitiae, doctrinae, eruditionis, receptaculum, ac veluti quidam thesaurus sit. Ac sicut Cicero in lib. de Orat. librum duodecim tabularum anteponit omnibus philosophorum bibliothecis, ita ego affirmare non dubitaverim, nullum hodie librum cuiuscunque artis ac disciplinae, sive Graecum, sive Latinum extare qui tantam rerum bonarum et utilium copia, complectantur*": *In primam partem Pandectarum, sive Digestorum, partitio et enarratio methodica*, cap. I, p. 1, en el t. I de sus *Opera omnia*, cit.

⁸ "*Ac genera quidem ipsa non male videtur notasse Iustinianus: sed sub singulis titulis rhapsodia quaedam est carens arte, quae artificis ingeniosi ac periti operam industriamque desiderat: quo in genere quosdam ex nostris aequalibus operam multam ponere accepimus. Verum propter nonnullorum impudentiam ac stultitiam odiosa iam coepit esse artis appellatio in iure civili, non minus quam methodicorum tempore Galeni. Quidam enim fanatici prorsus homines extiterunt hoc tempore, qui cum sint amethodotatoi, et adeo ignari bonarum artium, ut quid sit ars interrogati, vix habeant quod responsuri sint: tamen iuris artem magnifice nobis polliceri audent. Praeterea ius enucleatum vocatur hoc opus ab auctore, in prima constitutione ad finem, quod quemadmodum nucleus ex putamine educitur, ita quicquid utile, ac fructuosum erat in veterum scriptis, collectum, et in hos libros redactum sit*": *In primam partem Pandectarum*, cit., cap. I, p. 1.

⁹ "*In hoc initio traduntur veluti quaedam Institutiones iuris. Est que Philosophica plane haec disputatio. Nam etsi Iurisconsulti soleant to oti inquirere magis, quam to dioti: tamen hic causae et fontes aperiuntur, ac docentur et explicantur res, quarum cognitio ei, qui daturus est operam, summe necessaria est, quid sit ius: quid ius naturale, gentium, civile, praetorium. Quae fortassis levia admodum ac tenuia quibusdam videri possunt, sed revera haec sunt elementa iuris, et fundamenta maximarum, gravissimarumque disputationum: sicut in Geometria punctum, linea, superficies*": *In primam partem Pandectarum*, cit., lib. I, cap. I, p. 3.

¹⁰ Cfr. H. E. Troje, *Die europäische Literatur unter dem Einfluss des Humanismus*, en *Ius Commune* 3 (1970), p. 52. Sobre esa Dialéctica vid. C. Vasoli, *La dialettica e la retorica nell'umanesimo. Invenzione e metodo nella cultura del XV e XVI secolo* (Milano, Feltrinelli, 1968).

¹¹ Sobre ese empleo, vid. B. Paradidi, *Osservazioni sull'uso del metodo dialettico nei glossatori del secolo XII*, en *Studi sul Medioevo Giuridico* (Roma, Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, 1987), II, per totum. Paradisi recuerda que encontraron ejemplos para ello en los autores romanos recogidos en la Compilación. Cfr. también N. Horn, *Philosophie in der Jurisprudenz der Kommentatoren: Baldus philosophus*, en *Ius Commune* 1 (1967), pp. 115 y ss. y 129 y ss. Con carácter más amplio vid. el estudio de G. Otte, *Dialektik und Jurisprudenz* (Frankfurt a. M., Vittorio Klostermann, 1971), per totum. La ausencia de obras sistemáticas, en sentido moderno, dentro del ius commune bajomedieval es comprobada por N. Horn en *Die juristische Literatur der Kommentatorenzeit*, en *Ius Commune* 2 (1968), p. 96. No obstante, a veces sí había

cierta tendencia clasificatoria en los juristas medievales. P. Grossi cita la clasificación de poderes sobre los bienes que hace Baldo en unos Comentarios al *Codex* partiendo del *dominium* genérico, y pasando a poderes más concretos como el *dominium utile*, la enfiteusis, el usufructo, el *ius utendi*, etc. Cfr. Grosso, Paolo, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di Storia del Diritto* (Padova, CEDAM, 1968), p. 162. Significativamente, Baldo introduce esta clasificación al hilo de la discusión de problemas específicos atinentes a los bienes eclesiásticos, no en un estudio teórico del concepto general de derecho real. Desde el ámbito de los teólogos escolásticos bajomedievales también hay opiniones favorables a la ordenación y clarificación del conocimiento. Jean de Gerson, por ejemplo, escribe que tratará el problema de la potestad eclesiástica "*quatenus materia quae quodammodo videtur infinita, sicut tractari solet ab aliquibus per auctoritates, rationes et allegationes reduceretur, seu resolveretur ad paucos certos et claros terminos, per descriptiones et divisiones resolute procedendo, allegationum confusione dimissa, quales apud Doctores invenire non est difficile. Ceterum non usurpo nunc in hoc Opusculo, vel aliis, me dicturum aliquid quod alibi non inveniatur, sciens illud Comici: "Nihil est jam dictum, quod non dictum sit prius": Tractatus de Potestate ecclesiastica et de origine iuris et legum de sus Opera omnia (Antwerpiae, 1703), II, p. 227.*

¹² "*Sed hasce subtilitates Iurisconsulti Dialecticis reliquerunt; ipsique satis habuerunt, si substantiam rei ex communi regula describerent*": *De verborum significatione*, lib. I, 9, col. 758, vol. II de sus *Opera omnia* (Francofurti, 1604).

¹³ Sus obras interesantes en la materia son, respectivamente: *Topica legalia* (Basileae, 1545); *Methodica dialectices ratio, ad iurisprudentiam accomodata* (Norimbergae, 1535); *Topica legalia*, en *Opera* (Basel, 1559, reimp. Scientia, Aalen, 1966). Sobre estas obras cfr. F. Carpintero, "*Mos italicus*", "*mos gallicus*", cit., pp. 152 - 155.

¹⁴ H. E. Troje ha escrito que esta versión del *ordo iuris*, no fue sistemática en el sentido deductivo, sino que formó un "topische Ordnung": *Die europäische Rechtsliteratur*, cit., p. 52.

¹⁵ Cfr. el cap. I de la op. cit.

¹⁶ "*Non aiiunt atque altero tantum exemplo, nempe Dominii et Obligationis, usi sumus: nimirum quod neque sit mei instituti, neque mearum virium, omnia exempla congerer. [...] Atque haec duo sint universi iuris civilis capita ad quae reliqua omnia quae sunt in legibus referuntur*": *Methodica*, cit., cap. VII.

¹⁷ Cfr. *Methodica*, cit., cap. VII. Por estas ideas, F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, p. 157, considera que Apel fue el primer autor que desarrolló un sistema jurídico a partir de la noción de derecho subjetivo. Sobre Apel, vid. F. Merzbacher, *Johannes Apels dialektische Methode der Rechtswissenschaft*, en *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte* (Röm. Abt.) 75 (1958), per totum.

¹⁸ "*Et quomodo etiam iura realia a personalibus cognoscant, habet per Bal. in l. si certos annis, in I col. Et postea dat istam theoreticam, quod ubicunque reperitur ius sine ulla obligatione, illud est ius reale: ut hic. Ius vero quod non reperitur, nisi in ipsa obligatione est personale ut ibi p. em.*": Iasonus Maynus, *In titulum de actionibus commentaria* (Lugduni, 1546), fol. 19, com. 8.

¹⁹ Vid. E. Bussi, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune* (Padova, CEDAM, 1937), pp. 9 y ss. Bussi recuerda la procedencia canonista de estas expresiones. Estaban relacionadas estrechamente con las *actiones in rem* e *in personam* del *Digesto*.

²⁰ P. Grossi ha estudiado con detenimiento estas cuestiones y, aunque habla de sistemática en el tratamiento de estas instituciones, resalta su pluralidad. Cfr. entre otros estudios, *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali* y *Dominia e servitutes (Invenzioni sistematiche del diritto comune in terma di servitú)*, ambos en Grossi, P., *Il dominio e le cose* (Firenze, Giuffrè, s. d. [pero 1992]), pp. 21 ss. y 57 ss. Cfr. también *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico* (Trad. de A. López. Madrid, Civitas, 1992), pp. 92 y ss. El mismo Grossi había admitido anteriormente la existencia de cierta tendencia hacia un sistema omnicompreensivo de todas las situaciones jurídicas reales moldeadas según el *dominium* romano. Cfr. *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di Storia del Diritto* (Padova, CEDAM, 1968), pp. 157 y ss. Sin embargo reconocía en esa misma obra que en ningún caso el *ius commune* medieval llegó a diseñar una propiedad al modo absoluto de los modernos.

²¹ Cfr. P. Grossi, *Dominia e servitutes*, cit., p. 115. El asunto era polémico porque las fuentes romanas calificaban al usufructo de *pars dominii*.

²² Ya eran conocidos en la Edad Media y fueron ampliamente utilizados en ámbitos diferentes al Humanista, como la Escuela de Padua. Su influencia en el desarrollo de la ciencia moderna no requiere ser resaltado. Cfr. J. H. Randall, *The Development of Scientific Method in the School of Padua*, en *Journal of the History of Ideas* 1 (1940), pp. 177 y ss.

²³ Cfr. E. Holthöffer, *Die Literatur zum gemeinen und partikularen Rechts in Italien, Frankreich, Spanien und Portugal*, en H. Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Privatrechtsgeschichte* (München, C.H. Beck, 1977), II, pp. 132 - 136. J. Schröder, *Die Ersten juristischen "Systematiker": Ordnungsvorstellungen in der Philosophie und rechtswissenschaft des 16. Jahrhunderts*, en M. Kriebhann (ed.),

²⁴ *"Eandem viam insistentes nostri compositores, primo finem huius doctrinae ostendunt: tum compositiva ac definitiva methodo, a summis principiis artis, iuxta seriem et naturalem rerum ordinem progredientes, et ex simplicibus coniuncta, ex antecedentibus consequentia extruentes, ad finem, quem initio ostenderunt, perveniunt: et quasi manus dicentes, a carceribus ad metam usque huius artis, recto itinere studiosos transmitunt": In Pandectas Iuris Civilis commentarii olim Paratitla dicti* (Basileae, 1589), com. 1 a *Digesto*, I, I, I, p. 1. Esta obra contiene también comentarios de Sebastian Brandt y de Jacques Cujas.

²⁵ *"Porro medium, quo id obtinere possit, est ius nosse et quid quaque in re iustum et iniustum, aequale inaequale sit, ratione et studio exquirere: idemque exquisitum atque cognitum scienter reddere, et in usum fori publicum educere, ac omnibus rerum humanarum actionibus, cum publicis tum privatis, recte atque aequabiliter accomodare. Quocirca disputant initio nostri de iustitia, tanquam de causa et fine artis, tum in genere de principiis, partibus ac speciebus iuris: quae principes viae sunt, quibus ad iustitiam itur, primaque elementa ac fundamenta, unde per sintesin paulatim progrediendo, iuris ars estruitur. Porro velut in reliquis disciplinis quanquam in foribus finis cuiusque indicatur: non tamen analytica seire opus extrui usitatum est, sed ad compositam ac definitivam methodum, quae maxime ad discendum docendumque, est accomodata, tota plurimum explicatio instituitur: sic nostri iuris compositores, contenti initio digitum intendisse in finem Iurisprudientiae, qui est iustitia, statim ad principia redeunt et naturam rerum secuti, a primis iuris elementis ac universalibus principis progredientes, artes iuris componunt: opusque Pandectatum totum, ex partium omnium naturali serie aptarum invicem et consequentium, ac singularium partium ita iunctaru, definitionibus et divisionibus pertexunt et absolvunt: ut ex integra totius huius Operis serie ac concinnatione facile intelligi potest": M. Wesenbecius, In Pandectas Iuris Civilis, cit., com. 2 a *Digesto* I, I, I, pp. 1 - 2.*

²⁶ *"Rerum autem duplex est causa, de qua quaeri, et jus dici solet: videlicet, dominia, et obligationes. I. I de verb. dominium vel obligationem c. de rei vendic. De dominiis primo loco tractatur: cum quia natura priora sunt, I. I De acq. re dom. I. 5 De iust. et iur. tum quoniam a dominiis obligationes et actiones oriuntur, velut effectus ex causa § I infr. de action": M. Wesenbecius, Commentarius in Institutionum Juris libros quatuor (Patavii, 1687), lib. II, tit. I, p. 108.*

²⁷ Cfr. *Commentariorum iuris civilis libri decem* (Basileae, 1562), lib. II, cap. II, 3 y ss., pp. 7 y ss.

²⁸ *"Quaecunque enim esse potest iuris disceptatio et controversia, aut de persona alicuius est, aut de rebus, aut de factis eius et actis": Commentariorum iuris civilis libri decem* (Basileae, 1562), lib. II, cap. I, 1, p. 108.

²⁹ *"Quod si cui actiones cum eiusmodi sint, dignae videntur quae inter principes iuris partes numerentur, nihil causae video, cur non et obligationes, et iudicia eodem loco ponamus, illae enim praecedunt et producant actions, iudicia, iudicia sequuntur eas et ad exitum perducunt: sed haec omnia tamen unum et idem spectant, ut ius suum quisque consequatur: imo nullum ius est, cui non sit aut a natura aut a lege data quaedam obligatio tanquam comes et adiutrix: ut si opus sit, actionis ministerio iudiciorum se tueatur autoritate: velut si in vacua venerim, effectus sum possessor et dominus: et quamvis ulla certa obligatione nemo mihi teneatur, tamen omnes quodammodo mihi obligati sunt ad hoc, ut meam possessionem interpellent, quod si quis fecerit, statim obligationis beneficio, quae iam certa et nata dicitur, action parata est, quae iudicium fidem imploret. Ergo ius, obligatio, actio et iudicium, si causam, si materiam et finem spectes, non different: ratione, officio et ordine different": Commentariorum iuris civiliss, cit., lib. II, cap. I, 1, p. 109.*

³⁰ *"Ius omne dicitur Caio pertinere vel ad personas, vel ad res, vel ad actiones: cuius divisionem secuti, primo de personis, tum de rebus, earumque iure exposuimus: nunc superest ut, quod tertium erat, de actionibus disseramus. Sunt autem actiones nostrae diversae et multiplices, ac prope infinitae, sic ut earum ratio omnium vix, at ne vix quidem, explicari possit: sed de iis tantum nobis est hoc loco pertractandum, quae habent iustitiae communionem. Quia vero iustitia sola virtutum omnium refertur ad alterum, si quid ago aut dico quod alterius non intersit, sic an secus factum sit aut dictum, ibi neque iustitiae neque disputationi nostrae locus esse potest": Commentariorum, lib. V, cap. I, p. 471.*

³¹ *"Quintus, et qui deinceps conscripti sunt a nobis libri, earum actionum explicationem habent, quae in commerciis hominum consitunt, sine quibus humana vita aut nullo modo esse, aut commode esse non potest. Nunc videtur locus ut tractemus de coniungo, et iis ipsis quae coniunguntur consequuntur": Commentariorum, lib. VIII, cap. I, 1, p. 852.*

³² Ed. de Lyon, 1587.

³³ Sobre la ordenación jurídica de Grégoire, vid. M. J., Rodríguez Puertos, *La Modernidad discutida*, cit., pp. 334 y ss.

³⁴ Cfr. su *De iuris arte, methodo ac praeceptis* (Lugduni, 1580), cap. I, 3 - 4, pp. 8 - 9.

³⁵ *"Cum ius civile, qua parte de iure suo cuique tribuendo praecipit, in his duabus rebus tanquam partibus, atque hoc ordine versetur, in eius, quod cuiusque est, cognitione, et eius cognito obtinendi ratione, ut postea dicetur pluribus suo loco: nihil non in Pandectis perversum est, quod pertineat utriusque partis tum collocationem, tum explicationem. Nam cum ius nostrum cuiusque positum sit partim in persona ipsa cuiusque, partim in rebus externis: iuris autem nostri obtinendi ratio consistat in iudiciis: quaeso, quam de*

his partibus tradendis praeposteram, et naturae ac rectae cognitioni contrariam viam instituunt compositores?": lib. I, cap. 1, p. 8.

³⁶ Ibidem.

³⁷ *"In privatis quid sit iuris nostri, nusquam ex professo traditur. Fragmenta tantum quaedam huius generis varie sparsa sunt, ex quibus id colligitur, et quidem ita, ut paene id non appareat neque id minus quam maxime disiunctis locis": Op. cit., lib. I, cap. I, p. 2.*

³⁸ *"Quae ut omnia traderentur ordine, tamen hoc constabit, in rerum privatarum tractatione natura hanc cognitionem praecedere debere, ut sciamus, quid sit privatum, et quomodo quidque privatum fiat cuiusque, id est, quibus modis cuique dominium cuiusque rei acquiratur. Prius enim res esse, quam de iure rei quaeri oportet": Op. cit., lib. I, cap. I, p. 2.*

³⁹ *"Cum genus ante omnia praemitti oporteat, deinde species ei subiectas explicari, ut siatur, an una definitione generis contineantur omnes: si non continentur, tum deinde quid proprium singularium sit, o ratione explicetur": Op. cit., lib. I, cap. I, p. 3.*

⁴⁰ *"Quid contra arti magis contrarium, quam ordinis perversio, ubique priora esse oportuit, et quibus non cognitis cetera non intelligantur, ea ponere exterio loco: quae autem erant posteriora, et naturae ordine sequi oportebat, ea collocare primo?" Op. cit., lib. I, cap. I, p. 5.*

⁴¹ *"Nam etiam qui in partibus summis ordinem et oeconomiam aliquam defendunt, tamen in singulis titulis de rebus ad titulum pertinentibus hunc nullum esse, sed summam rerum confusionem agnoscere coguntur": Op. cit., lib. I, cap. I, p. 4.*

⁴² *"[...] sed ductum artis secutus, viam videat, quae, quid primum in quaque re sit, quid secundum, quid tertium, aut postremum iudicet; quam deinde insistens, recta et sine errore progrediatur ad finem": Op. cit., lib. I, cap. I, p. 5.*

⁴³ *"Quid ergo, dicit aliquis, tu ius civile a Iustiniano, vel a praestantissimo iurisconsulto Iuliano mandato compositum repudias? Minime vero ego ius civile a veteribus traditum, et un est, Iustiniani mandato compositum. Immo maxime id ipsum retinere contendo, dum id conor opera nostra explicare, et velut in lucem magis ac magis educere, ut, placeat etiam iis, qui eius vim non intelligentes tanquam res partim non necessariam Reipublicae, partim etiam perniciosam, velut litium fomitem reiiciunt. Sed silva rerum cognoscendarum ex his libris petita, etiam docendi artem esse puto, quam nos inquirimus: in qua scilicet delectu ordinis et collocationis habito, res quaeque suo loco sine ulla confusione tradantur, quo et intelligantur recte, aequae hac via sine ullo errore facile ad ipsum finem perveniatur": Op. cit., lib. I, cap. I, p. 4.*

⁴⁴ *"Ergo ad eam cognitionem, quam quarimus, duae sunt de iure civile Romanorum accomodatae quaestiones, et totidem eius iuris partes summae. Una, in qua quaeritur, quid sit ius: quae vis, et optestas, atque auctoritas iuris. Quaestio eo pertinens, ut hinc sciri possit, an et ius civile Romanorum, de quo agitur, ad eam definitionem revocatum por iure habendum sit; et an caussa sit, cur ei parere debeamus. Altera in qua ipso hoc iure proposito quaeritur, quid eo caveatur, quaeque viae ad eius constituti facilem et recta perceptionem ferant. Et vero has quaestiones, atque hunc earum ordinem ipsa natura iuris, et vera ratio intuendi statim suggerit": Op. cit., lib. I, cap. II, p. 6. Más adelante escribe "postquam ius civile Romanorum, de quo agitur, ius esse constat, ut ei parere debeamus, et id quibus in libris quibusque i partibus eorum librorum quaerendum sit, tenemus: sequitur pars altera institutae partitionis, ut quodnam id sit, quid eo contineatur, quid praecipiat, videamus: quae optima pars est, ac fere sola iuris civilis":*

Op. cit., lib. II, cap. I, p. 66.

⁴⁵ *"Ius, quod proprie vocamus, est constitutio omnis iubens in publicum, permittensve, quae recta sunt, prohibensque contraria; iis quibus posita est, parendi necessitatem imponens"*: Op. cit., lib. I, cap. V, p. 9. Ya Douaren había señalado que *"monitio proprie lex non dicitur, cum parendi necessitatem non imponat, tametsi legis sit persuadere aliquid, ut Cicero lib. 2 de legib. ait"*: *In primam partem Pandectarum*, cit. tit. III, cap. IV, p. 7. El modelo es Cicerón.

⁴⁶ *"Ab hac significatione aliae minus propriae natae sunt, quibus ius varie usurpatur, referturque impropria haec significatio et ad res ad ius pertinentes, et ad locum, in quo ius exercetur"*: Op. cit., lib. I, cap. II., p. 7.

⁴⁷ *"Uno modo ars iuris, quo ex sensu definitum ius, ars aequi et boni, in l. I D. de iust. et iur. eaque significatio est, sum dicimus iurisperitum, iurisconsultum, aliquem iuri operam dare, ibidem metonimikós, ut sit contentum por continente; ius quod arte continetur, pro arte, quae continet, est enim ars iuris, praeceptorum iuris comprehensio. Altero id, quod cuique tribuitur iure, quod in his formulis intelligimus, cum dicimus, ius suum cuique tribuere, nulli mortalium ius suum detrahi oportere, l. iustitia. D.de iust. et iur. titul. Instit. Eod. in princ. l. 2 De iis qui sunt sui vel alieni iuris. Ubi ius suum cuiusque ex adiuncto intelligitur, non ius quod cuiusque constituit, non ius publice constitutum, sed ea quae sunt cuiusque privatim, iure tamen illi tributa. Dictum ius eadem figura, qua supra, converso tamen modo, ut sit continens pro contento, ius quod tribuit, pro eo quod iure continetur, dum eo iure aliis tribuitur. Nec mihi dubium est, quin hoc modo verbum iuris accipiendum sit, cum dicimus iura sanguinis, ius agnationis, ius amicitiae, iura naturalia, et adoptionis. [...] Tertio modo significatione superiore a genere ad speciem traducta, ius dicitur non generaliter et indefinite, quod cuiusque est iure; sed specialiter facultas et potestas iure tributa, quod fieri ex adiuncto tunc intelligimus, quoties verbo faciendi ius adiungitur. Sic verbi usus est, cum dicitur ususfructus ius utendi fruendi, iter ius eundi, actio ius persequendi, et alia innumera: quorum in illis intelligitur facultas, seu potestas utendi, eundi, persequendi, sed ius adeo, quia iuris est haec potestas, id est, iure constituitur, alioqui nulla futura"*: Op. cit., lib. I, cap. II, 7.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ *"Finis iuris hic unus et summus est, iuste vivere: et hoc ipsum iuste nihil aliud, quam ius suum cuique tribuere"*: Op. cit., lib. II, cap. I, p. 66.

⁵⁰ *"Hoc constituto, finem iuris esse ius suum cuique tribuere, eundem qui et iustitiae: ea demum recta tradendi iuris ratio est, quae est ita instituta, ut eum finem commode assequatur. Ut ita assequatur, duabus in rebus positum est. Una, eaque ordine naturae et intelligentiae prima, ut norimus, quid suum cuiusque sit, nam neque suum petere quisquam potest neque quod alterius est, ei tribuere, nisi qui noverit, quid suum sit, quid alienum, id est, quid suum cuiusque. Altera, ut cum sciemus, quid nostrum sit, tum si nobis a volente non tribuetur, sit constituta ratio, qua id obtineamus etiam ab invito"*: Op. cit., lib. I, cap. II, p. 69.

⁵¹ *"Id quod cuiusque est, eiusque obtinendi ratio non in omnibus una eademque est, sed pro genere eorum, quorum de iure agitur, distinguitur. Haec autem in eo varietas est triplex. Aliud est enim Dei, seu, quod Deo tribuitur: aliud, quod hominibus, et rursus in hominibus aliud, quod reipublicae, aliud quod privatis et singulis"*: Op. cit., lib. II, cap. III, p. 70.

⁵² *"Ius divinum est, quod est de rebus ad Deum pertinentibus; quod Deo, quae sunt Dei, tribuit. Id non ex hominum opinionibus, aut principum constitutionibus et decretis pendet, sed totum ex verbo Dei"*: Op. cit., lib. II, cap. IV, p. 72.

⁵³ *"Ius publicum dicitur bifariam. Uno modo, ut sit ius commune; ius utendi facultate publicum, id est, ita positum, omnibus, ut eo quivis e populo uti possit; et debeat, etiam si ad privatorum eo utentium utilitatem principaliter pertineat. Altero, ut sit non utendi facultate, sed utilitate ipsa publicam; id est, quod ad utilitatem publicam principaliter pertinet, non privatam [...]"*: Op. cit., lib. II, cap. V, p. 74.

⁵⁴ *"Dixi ius publicum esse, quod est de rebus ad statum reipublicae pertinentibus: ad hunc statum pertinere eas res, sine quibus respublica, vel civitas stare non possit. Quae sint eae res, quaerimus. Earum duo genera sunt, quaedam enim sunt civitatis natura sua: quaedam civitatis habentur propter aliud, non propter seipsas. Natura sua civitatis voco, sine quibus nec ab initio quidem potest constitui civitas, quibus iisdem in pacata etiam et tranquilla republica civitas carere non potest. Eae res sunt duae: sobolis procreatio, et loca civitatis usibus publicis civium necessaria"*: Op. cit., lib. II, cap. V, p. 75.

⁵⁵ Op. cit., lib. I, cap. V, pp. 78 y ss.

⁵⁶ *"Id quod nostrum cuiusque est, duplex est. Est enim, quod vere et proprie nostrum sit: est etiam, quod nobis debeatur. Proprie nostrum voco, quod ita nostrum factum est, ut nulla ex parte sit alterius, et ut nostrum amplius siat, alterius factum aut traditionem ullam non desiderat, cuiusmodi sunt exempli gratia, quae dominii nostri sunt, item iura praediorum ipsis praediis uam imposita et quaesita. Debetur nobis id, ad quod praestandum nobis alius obligatus est. Id priusquam nobis a debitore praestetur, si quidem dare oportet, nondum re vera nostrum est, sed debitor est dominus, et ut in nos transferat, petimus"*: Op. cit., lib. II, cap. VIII, p. 82.

⁵⁷ *"Quod enim nostrum est, consistit in persona cuiusque, et rebus extra personam positis: obtinendi autem eius ratio est in actionibus, id est, in iudiciis, quibus nostrum consequimur"*: Op. cit., lib. II, cap. VII, p. 81.

⁵⁸ *"Ita ius nostrum cuiusque, seu quod nostrum est, duabus rebus continetur, eo quod proprie nostrum est, et obligatioe nobis recte quaesita. Non dixi, dominio et obligatione, ut nonnulli, qui scripserunt non tantum eius quod cuiusque est, sed et iuris civilis duo haec capita summa esse, dominium, et obligationem. Hi praetermiserunt iudicia, partem optimam iuris, et unicam rationem nostri obtinend. Deinde dixerunt dominium pro eo quod nostrum est, magno errore; quia sunt infinita nostra, quae tamen dominii nostri non sunt, quibus non minus locum in hac partitione iuris tribuere oporteat. Primum omnia, quae sunt personae cuiusque, et statui tributa; qui locus pate patet. Sed et in rebus sacris, religiosis, communibus publicis, usus vere noster est, in quibus nihil est dominii privati cuiusquam. In rebus autem privatis etiam alienis, quam multa nostra, quae a dominio nostro longe recedunt? Cuiusmodi possessio bonae fidei possessoris, ius pignoris, ius emphyteuticum, ius superficarium, usus, usufructus, iura praediorum tam urbanorum quam rusticorum praediorum, Quamobrem superiore divisione utemur"*: Ibidem.

⁵⁹ *"In persona cuiusque id nostrum est, quod tribuitur personae, id est, quod cuique ita tribuitur, ut id id habeat in sese, etiamsi desint res ceterae externae. Haec a natura cuique tributa sunt quatuor: vita, incolumitas corporis, libertas, existimatio"*: Op. cit., lib. I, cap. VIII, p. 82. Más adelante se refiere a estos bienes como *"superiora illa iura quatuor vere propria cuiusque esse intelligamur"*: Loc. cit., p. 83.

⁶⁰ *"Sed haec ita sunt cuiusque, nisi si quid eorum iure in quoquam imminuatur quod saepe et varie pro consitione personae cuiusque contingit. Non omnes vero eodem statu, eodemque iure hac parte habentur. (...) Status est conditio personae cuiusque. Ius, facultas vivendi et faciendi, quae velis, quae ei conditioni tribuitur, Itaque ut dixi, status et conditio causa est"*: Op. cit., lib. II, cap. IX, p. 83

⁶¹ *"Libertas a nobis sic definitur, ut sit naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid vi, aut iure prohibetur, ibidem et l. 2 D. de stat. homin. Proinde liberi, qui hac facultate praeditidicitur facultas naturalis a primo naturae ortu, quo omnes homines liberi conditi sunt, ut iterum dicetur in definitione servitutis. Nisi si quid vi, aut iure prohibetur, exceptio est, quae non ad libertatem, sed ad facultatem faciendi referri debet. Hac exceptione significatur, quominus faciamus, quod libet, duabus rebus nos impediri, vi, et iure: neque tamen qui his rebus prohibeantur, eo minus liberos esse. Ut si quis me prohibeat aditu aut usu aedium mearum, non licet mihi in rebus meis facere, quae volo. At non minus sum liber, iure enim non prohibeor, sed iniuria, quae iuris mei conditionem non mutat. Ut, occidere, furari, fraudare prohibemur omens, neque eo minus nos liberi. Sed et in rebus non inhonestis et per se concessis, multa prohibentur liberis hominibus; ut, marito alienare praedium dotale: minoribus prodigis alienare res suas, Intit. quib. al. lic. vel non. quos nihilominus liberos manere constat. Addita igitur circumscriptio est, ut intelligamus non esse libertatis facere omnia sine exceptione, quae liberet: sed omnia iis exceptis, quae vis alterius, aut ius prohiberent: et simul cum his rebus quid prohibetur, nihilominus hominibus suam libertatem constare, ac vere dici liberos": Op. cit., lib. I, cap. IX, p. 84.*

⁶² *"Dixi, quod esset ius nostrum in persona cuiusque ubi qua quisque conditione, quo statu et iure personae esset, dictum est. Sequitur videamus, ut erat propositum, quid sit suum cuiusque in rebus externis. Externas voco extra nos positas. Id vero ius ita est, ut sunt res, in quibus id ius quearimus. Nam ut personae, sic res externae non eadem conditione, eodemque iure habentur. Rerum in hoc genere summa divisio haec est. Quaedam sunt divini iuris, quaedam humani. Et quae humani iuris sunt, earum quaedam publicae, quaedam privatae. Privatarum quaedam nostrae, quaedam alienae": Op. cit., lib. IV, cap. I, p. 223.*

⁶³ *"Et quidem in his rebus huius partis explicatio continetur, ut qui eas teneat quid sit nostrum in rebus, quid alienum, reneat, quam proinde rationem docendi in his persequendis deinceps sequi cogitamus": Op. cit., lib. IV, cap. I, p. 223.*

⁶⁴ *"Haec definitio declarat veram esse divisionem, quae traditur initio eiusdem titu. Instit. de rer. divis. ut sint res omnes vel in patrimonio nostro, vel extra patrimonium, et, quod idem valet, sint omnes in bonis nostris, vel extra bona. [...] Sic fit, ut res omnes, de quarum iure quaeritur, aut sint in patrimonio, aut extra patrimonium. Vera est haec divisio, nec minus ad servitutes, resque omnes incorporales pertinet; quae omnes vere sunt in bonis eorum, quorum sunt servitutes. Etenim in bonis cuiusque esse dicimus eas res, quarum persequendarum nomine actionem habemus l. rem in bonis. D. de acq. rer. dom. servitutes autem et ipsae res sunt in iure consistentes, Inst. de reb. cor. § ulr. et ad eas persequendas non minus quam de corporalibus reb. sunt actiones in rem proditae [...]": Op. cit., lib. IV, cap. V, p. 239.*

⁶⁵ *"Dixi iure esse intelligi, non autem intelligi ius esse": Op. cit., lib. V, cap. I, p. 324.*

⁶⁶ Vid. los libros IV al IX de los *Commentaria*.

⁶⁷ *"In rem privatam ius habent duo hominum genera; dominus rei, et si qui sunt, quibus ex iure dominico aliquid in rem tribuitur": Op. cit., lib. IX, cap. VIII, p. 424.*

⁶⁸ Cfr. op. cit., lib. IX, cap. VIII, pp. 424 y ss.

⁶⁹ Cfr. op. cit., lib. IX, cap. VIII, p. 425.

⁷⁰ *"Haec iura, quae dominorum esse diximus in re sua, ita sunt domini cuiusque et solius domini, nisi si quid in his imminuatur iure, ut in definitione dominii posuimus. Ex his vero quaedam iure imminuatur iure, ut in definitione dominii posuimus, Ex his vero quaedam*

iure imminuuntur. Imminutio genere duplex. Quaedam enim sic adimuntur domino, ut non tranferatur a alios. quaedam ideo, quia in alios conferuntur. Quae transferantur ad alios: quaedam ideo, quia in alios conferuntur. Quae transferuntur ad alios, ea sunt iura, quae dicimus cuique competere in rebus alienis, de quibus post dominorum iura suo ordine dicetur": Commentariorum, cit., lib. IX, cap. X, p. 431.

⁷¹ Vid. lib. X de los *Commentaria*.

⁷² *"Hi sic eam infinitatem et incertitudinem vitabunt, si ratione naturali cognita, quae plures coniungit, hinc genera nobis ducantur, et unaquaeque species subiiciatur suo generi. Ita enim fiet, ut res ad pauca et certa genera revocetur, quorum natural cognita minus difficile erit unicuiusque generis species agnoscere": Commentariorum, cit., lib. IV, cap. VII, p. 242.*

⁷³ La expresión *ius obligationis* estaba muy difundida en el *ius commune* medieval. No implicaba la idea de facultad del acreedor, sino que indicaba la juridicidad de los problemas referentes a las deudas.

⁷⁴ *"Reipublicae, seu civitati ut civitati debent omnes, quae pertinent ad iuvandam rempublicam rebus necessariis. Ea sunt duo; intritubio patrimonii ad sumtus necessarios reipublicae ferendos, et opera. [...] Haec obligatio erga rempublicam non nascitur civibus ex ullo eorum contractu aut maleficio: sed solum hoc ipso, quod sunt cives; et respublica est, quae ista exigit. Unde igitur? ex ea pietate, quae omnes patriae obstricti sumus, l. 2. D. de iust. et iur. quae deinde sancita est legibus, et iure publico": Op. cit., lib. XII, cap. IV, p. 14.*

⁷⁵ *"Conditione personae sine ullo facto, ac proinde sine ullo contractu aut maleficio, quarundam rerum obligatio et praestatio a natura profecta iure civili constituta est inter patrem et filium, libertum et patronum, solo pietatis iure, quod inter has personas intercedit. Non habeo in hoc humero martium et uxorem, non quod pro coniunctione, quae inter ipsos est, alter alteri egenti alimenta non debeat: sed quod si qua est hic obligatio, haec nascitur ex contractu...": Op. cit., lib. XII, cap. IV, p. 15.*

⁷⁶ Cfr. H. Coing, *Zur Geschichte der Begriffs subjektives Rechts*, en *Zur Geschichte des Privatrechtsystems* (Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1962), p. 44. Cfr. también J.-L. Thireau. *Hughes Doneau et les fondements de la codification moderne*, en *Droits* 26 (1997), passim.

⁷⁷ Cfr. *Doneau, sa vie et ses ouvrages* (Dijon, 1860, reimp. Genève, Slatkine, 1970), pp. 205 y 235.

⁷⁸ Vid. sus *Commentarii ad titulos Digestorum, qui infra scripti sunt* (Antuerpiae, 1582).

⁷⁹ V. Piano-Mortari, *Ordinamenti Politici e Diritto nel secolo XVI*, en *Itinera Iuris* (Napoli, Jovene, 1991), pp. 95 - 105, 109 estudia este problema, con carácter general.

⁸⁰ Cfr. *Dicaeologicae libri tres totu universum ius, quo utimur, methodice complectentes* (Frankfurt a.M., 1649, reimp. Aalen, Scientia, 1967), lib. I, cap. 18, 1 - 2, p. 55 y lib. I, cap. 34, 1, p. 125, nota k.

⁸¹ *"Dominium, a domo dictum, est jus constitutum in re, quo commoda et icommoda illius ad aliquem pertinent": Ibidem.*

⁸² Vid. lib. I, caps. 18 y ss, pp. 61 y ss.

⁸³ *"Hactenus de prima iuris specie, dominio scilicet, egimus: sequitur de obligatione, altera iuris specie. Obligatio est jus ob factum seu negotium praecedens constitutum in persona, quo creditori debitor ad prastantionem obstringitur, seu, quo voluntate sua debitor creditori hoc agenti obstringitur ad dandum quid, vel faciendum"*: Op. cit., lib. I, cap. 34, 1, p. 125.

⁸⁴ *"Tanta siquidem est rerum negotiorumque varietas et multitudo, ut jure definito comprehendi et constituione juris prior definiri non possit [...] et necessitas atque utilitas publica interpretationem suadet"*: Op. cit., lib. I, cap. 16, 1, p. 46.

⁸⁵ *"Interpretatio juris proprii ex ratione generali sumpta est, quae rigidum, seu summum et strciturum jus civile, longius a naturali ratione discedens, secundum rationem et jus naturale commune, pro rerum et personarum circumstantiis, ex aequitate moderatur, [...] limitat, vel ampliat"*: Op. cit., lib. I, cap. 16, 12, p. 47. Althusius cita en este fragmento a juristas humanistas como Douaren, Alciato y Coras.

⁸⁶ *"Est ergo continuatio, coniunctio, connexio, et concatenatio. Et quia in iure praesertim laudabilis est ordo, l. ii in prin. ubi Bal. not. § de orig. iur. quando quidem Ambro. teste relato per Bal. in princip. Pandectaru. Scire quid facias, sed nescire quo ordine non sit perfecte cognitionis tradanturque scientie ordine compositivo ut Dialectici dicunt, conveniens fuit et necessaria continuatio rubri. et tituloru, id est, colligantia unius capituli ad aliud. Ad propositum dicendum est, ordinem esse a generalibus et universalibus et a doctrina principiorum incipere maxime in naturalibus, ut communiter et in pluribus fecit phil. Et etiam in istis actionibus humanis communiter, et in plurimum iurisconsulti et compilatores, ut § probatum est. Aliquando tamen a particularibus et minus universalibus aliqua speciali ratione, ut etiam in prealleg. fecit philo. respiciens faciliorem modum tradendi, et unde quis facillime addiscit. Et in proposito nostro fecere hic iuriconsul. et compilatores ponendo istum generalem tractatum regulatorum in fi. per rationes glo. in d. rub. de regu. iur. in VI in superioribus relatas. Et in prima parte Pandectarum speciali ratione tractatum primo fuit specialiter de officio et iurisdictione singulorum magistratuorum ibi nominatorum postea in genere de iur. om. iudi. quia legislator non intendebat tractare de scientia iuris et legum a primis principiis. Fuisset enim tunc melius ab universalioribus et communioribus incipere, sed propositum fuit tractare de iure civili Romanorum"*: Omnium legum tituli Pandectarum De Regu. Iur. copiosa, subtiles, ac perutilis interpretatio (Lugduni, 1546), pp. 4 y 7 - 8.

⁸⁷ Cfr. A. Mazzacane, *Methode und System in der deutschen*, cit., p. 130. J. Schröder, *Die ersten juristischen „Systematiker"*, cit., pp. 141 y ss. y *Die Ordnungsvorstellungen des 16. Jahrhunderts*, en *Ius Commune* 24 (1997), p. 35.

⁸⁸ *"Ita enim artem et scientiam usurpamus promisque, accuratiorum utriusque distinctionem philosophis relinquentes. Id peculiare est huic arti nostrae, ut dicatur prudentia, quae in rebus singulis occupata est, quod illa non tam propter seipsam discatur, quam ut ad usus aliquem et communem humanae societatis utilitatem transferatur: atque si ars ulla alia, haec certe in rebus singulis occupata sit"*: H. Vultei, *In Institutiones iuris civilis a Iustiniano compositas Commentarius* (Marpurgii, 1600), lib. I, com. 1, p. 7.

⁸⁹ *"Atquin istius aequi ars est Jurisprudencia, quoniam tradit normam accomodandi generalia ad specialia vel casus incidentes"*: *In Institutionis iuris civilis*, cit., lib. I, com. 3, p. 9. Cfr. A. Mazzacane, *Methode und System in der deutschen Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts*, en *Entwicklung der Methodenlehre in Rechtswissenschaft und Philosophie von 16. bis zum 18. Jahrhundert* (Stuttgart, Franz Steiner, 1998), p. 135.

⁹⁰ Cfr. E. Holthöfer, *Literaturtypen des mos italicus in der europäischen Rechtsliteratur der frühen Neuzeit*, en *Ius Commune* 2 (1968), pp. 138 - 139. Un ejemplo es el jurista español Pedro Simón Abril. Rechaza el Derecho justiniano en favor del Derecho real;

pero, influido por el Humanismo jurídico, entiende que éste debe ser reformado en un nuevo cuerpo de leyes, según sus géneros y especies. Cfr. A. Guzmán, *Un humanista español frente al derecho de su época: Pedro Simón Abril*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 9 (1984), pp. 173 - 174 y 179 - 180.

⁹¹ J. Schröder explica que hasta el XIX los juristas _incluyendo a los Humanistas del XVI y a los iusnaturalistas del XVII y parte del XVIII_ vieron la *iurisprudentia* como un saber práctico en un sentido relativamente prudencial. Cfr. *Wissenschaftstheorie und Lehre der "praktischen Jurisprudenz" auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jarhundert* (Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1979), p. 15 entre otras.

⁹² Vid. *De iuris arte liber*, parte I, caps. VIII y IX, pp. 60 y ss., en el vol. I de los *Tractatus Universi Iuris* (Venetiis, 1578).

⁹³ Sobre esta postura de J. Hopper vid. mi estudio *La modernidad discutida*, cit., pp. 380 y ss. La obra *De vera iurisprudentia* está redactada en forma de diálogo. *Seduardus* es uno de sus personajes, el que lleva la voz cantante en la exposición de la doctrina jurídica.

⁹⁴ "*Institutiones aliquas didascalicas praeceptis refertas adhiberi, quibus studiosi adolescentes imbuti, non sine fructu in prolixioribus et difficilioribus libris Iuris versari possit*": *Isagogicorum in Institutiones Imperiales libri IV in Digesta seu Pandectas libri L, in Codicem libri XII, in Decretales libri V* (Lugduni, 1606), p. 2 de la dedicatoria. Pace cita como ejemplo de su propuesta las *Institutiones* de Justiniano.

⁹⁵ "*Cum enim Iuris civilis duae sint partes; altera theorica, qua distinctiones, definitiones, etymologiae, origines, divisiones, continentur; altera practica, qua species, quaestiones, decisiones comprheneduntur: haudquamquam haec duo coniungere ut in Iustinianicis Institutionibus, et in Placentini atque Azonis summis, necnon in Wesenbeci Paratitlas factum est, sed sola fere theorica...*": *Isagogicorum*, cit., p. 2.

⁹⁶ "*Quamobrem in tanta librorum, hoc est, commentariorum, repetitionum, tractatum, decisionum, summarum, consiliorum copia, non solum utile, sed etiam necessarium esse arbitror, si perfectam iurisprudentiam habere volumus, ut nova de iure opera conscribatur, per quae paulatim haec ars incrementum et perfectionem accipiat, ac tandem, aliquando recta methodo omnes legitimae definitiones comprehendantur*": *Methodicorum ad Iustinianeum codicem libri III. Quibus utilissimi iuris methodice expositi continentur. Eiusdem de Contractibus tractatus VI* (Lugduni, 1606), p. 2.

⁹⁷ "*Nisi forte Connanus aut Duarenus, aut Donnellum putet aliquis hoc praestitisse, quod mihi profecto numquam persuaderibitur. Connanus nec omnes iuris partes est persecutus: nec eas, quas explicandas suscepit, plene docet, nec ad praxim, quae est certissimus iuris finis, multum confert*": *Ibid.* Considera además que en Duarenus no hay "nada digno".

⁹⁸ V. Tau. *Casuismo y sistema. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho* (Buenos Aires, 1992), p. 152 ha señalado que los esfuerzos sistemáticos de estos juristas humanistas estaban limitados por su conciencia de la variabilidad inevitable de la realidad cotidiana.

⁹⁹ "[...] *duobus eius preambulis, videlicet primum de rerum dominio, mox de earum restitutione hoc quarto libro disserere. Enimvero dominium huiusmodi rerum, eorumque divisio, basis fundamentumque est omnium contractuum conventorumque, et pacticum, quae per commutativa iustitia celebrantur*": *De iustitia et iure libri decem* (Ed. bilingüe de M. González. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967 - 1968), Proemium, lib. IV, p. 278.

¹⁰⁰ *"Tres vero tractatus sequentes, ut in principio huius de iustitia operis diximus, distinguimus penes materias, circa quas iustitia commutativa versatur. Licet aiunt, si ad materiae dignitatem attendas, naturae ordo postulare, ut tractatus hic, non secundus, sed quartus esset ordine: eo quod bona externa bonis corporis, honoris, famae ac spiritualibus sint longe inferiora; quod a tunc, quae in hoc tractatu dicenda sunt, lucem dicendis in sequentibus tractatibus afferent, doctrinae ordo postulavit, ut de iustitia commutativa circa bona externa hunc secundum institueremus tractatum": De iustitia et iure opera omnia (Venetiis, 1614), II, col. 24.*

¹⁰¹ Cfr. T. II, dispositio I, cols. 24 - 25 de su *De iustitia et iure*, cit.

¹⁰² Vid. *De iustitia et iure*, tratado II, a partir de la *dispositio* II en adelante.

¹⁰³ Cfr. *De iustitia et iure*, t. I, disp. I, col. 25.

¹⁰⁴ Cfr. *ibidem*.

¹⁰⁵ Cfr. N. G. Gilbert, op. cit., pp. 110 y ss. Cfr. también, W. Ong, *Ramus, Method and the Decay of the Dialogue* (Cambridge, Mass., Harvard Univ. Press, 1958), pp. 93 - 94. A veces la preocupación dialéctica de los teólogos estaba más apegada a la lógica tradicional. Vid. las *Institutiones minoris dialecticae* de Domingo Báñez (he manejado la edición de Salamanca 1599).

¹⁰⁶ Sobre esta evolución vid. el estudio de F. Carpintero, *El desarrollo de la idea de facultad individual en la Escolástica bajomedieval*, en *El derecho subjetivo en su Historia* (Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz), en prensa, cit. *pro manuscripto*. Sobre la relación del concepto de derecho subjetivo con la idea de potencia residente en un sujeto, tal y como aparece en los Escolásticos, cfr. también A. Guzmán, *La influencia de la filosofía en el derecho con especial alusión al concepto de relación jurídica (examen crítico)*, en *Anuario de Filosofía jurídica y social* 16 (Valparaíso, 1995), pp. 152 - 153. Del mismo autor, *Los orígenes de la noción de sujeto de derecho*, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 24 (2002), p. 204, entre otras.

¹⁰⁷ R. Orestano, *Diritti soggettivi e diritto senza soggetto*, en *Azioni, Diritti soggettivi, Persone giuridiche* (Bologna, Il Mulino, 1978), pp. 132 y ss. habla de la "gran ilusión" de la Pandectística cuando quiso construir un sistema jurídico basado únicamente en la potestad del querer. Fue una traslación al ámbito jurídico-positivo de las ideas individualistas del iusnaturalismo moderno, que chocó con las exigencias del llamado Derecho objetivo, un elemento normativo que el jurista no puede dejar de lado.

¹⁰⁸ Soy consciente de que la actual discusión sobre el sistema jurídico ha superado el concepto estricto y deductivista de sistema. Autores como Josef Esser o Martin Kriele defienden sistemas abiertos, flexibles, necesariamente incompletos. Cfr., respectivamente, Cfr. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado* (Trad. de E. Valentí, Barcelona, Bosch, 1961), p. 10; *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassunsinterpretation* (Berlin, Duncker & Humblot, 1976), pp. 117 - 120, 150 y 145 - 146. Incluso Theodor Viehweg, *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*, en A. Diemer. Anton (ed.), *System und Klassifikation in Wissenschaft und Dokumentation* (Meisenhem am Glam, Hain, 1968), pp. 101 y ss. ha hablado de sistemas diferentes al deductivo; incluso ha mencionado la idea de sistema tópico. Cfr. Sin embargo, de hecho el modelo de sistema que va parejo con la Modernidad jurídica es el que postula la unidad del Derecho desde un principio supremo; en la discusión sobre los alcances metodológicos del Humanismo jurídico creo que ésa es la noción de sistema que debe ser tenida en cuenta.

¹⁰⁹ Son numerosos los estudios en los que Carpintero ha insistido en estas características

del iusnaturalismo moderno. Entre otros: *Voluntarismo y contractualismo: una visión sucinta de la Escuela de Derecho Natural Moderno*, en *Persona y Derecho* 13 (1985); *Nuestros prejuicios acerca del llamado Derecho natural*, en *Persona y Derecho* 27 (1992), esp. pp. 102 - 103, 112 y ss.; *Los tres iusnaturalismos*, en *Ars Iuris* 12 (1994), pp. 101 y s. *En su Historia breve del derecho natural* (Madrid, Colex, 2000), esp. pp. 237 - 238, en lo que respecta al asunto mencionado en el texto principal.

¹¹⁰ Cfr. *Topische Jurisprudenz* (Frankfurt a. M., Athenaüm, 1971), p. 46.

¹¹¹ Vid. *Der sogennante mos geometricus in der Jurisprudenz*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico* 9 (1979), per totum. Un ejemplo de los límites de ese proceder, ya en el siglo XVII y desde postulados diferentes a los del iusnaturalismo moderno, es el *Traité des Lois* de Jean Domat. Intenta hallar el fundamento básico de todas las demás leyes en un principio fundamental: el amor de Dios. Sin embargo, a la hora de estudiar la totalidad de las leyes encontramos una clasificación, no deducciones. Cfr. las pp. 5 - 6 del cap. I, p. 36 del cap. XI y cap. XIV (que cito por la edición del Centre de Philosophie politique et juridique, Universidad de Caen, 1989).

¹¹² Cfr. *Ze Systembegriffe in der rechtsphilosophischen Problematik*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 53 (1967), pp. 332 - 333. Desde luego, no pretendo afirmar que las tesis kelsenianas y las de los iusnaturalistas modernos sean iguales; hay muchas diferencias entre ellos: Kelsen rechazaba de plano el iusnaturalismo. La idea del Derecho como autorización de un poder está presente en todos ellos, aunque variasen las maneras de explicar ese proceso y las formas de fundamentarlo.

*Este artículo ha sido realizado dentro del Proyecto de Investigación *Los orígenes históricos de la noción de derecho subjetivo* (Ministerio de Ciencia y Tecnología).

© 2007 Ediciones Universitarias de Valparaíso
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Casilla 1415
Valparaíso-Chile

Teléfono: (56-32) 2273087

Fax: (56-32)2273429

Valparaíso, Chile

e-Mail

dirder@ucv.cl