

# DERECHO Y ARGUMENTACIÓN: EL MODELO DE ADJUDICACIÓN DEL DERECHO EN LA ANTIGÜEDAD Y EL MEDIEVO\*

Yezid Carrillo De la Rosa\*\*

---

\* Este artículo fue financiado con los recursos de apoyo a la Investigación profesoral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena.

\*\* Profesor de Filosofía del Derecho y Teoría de la Argumentación Jurídica de la Universidad de Cartagena, director del grupo de Filosofía del Derecho y Derecho Internacional de la misma universidad (reconocido por Colciencias) y de Teoría de Filosofía y Teoría del Derecho (categoría C de Colciencias). Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, Licenciado en Filosofía y Letras de la Universidad Santo Tomás, Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Ética y Filosofía Política de la Universidad de Cartagena, candidato a Magíster en Derecho, Universidad Nacional de Colombia.

*yezidcarrillo@hotmail.com*

---

REVISTA DE DERECHO

Nº 28, Barranquilla, 2007

ISSN: 0121-8697

## Resumen

*El propósito de este ensayo es analizar el proceso de evolución del modelo de adjudicación y de racionalidad del derecho en Roma y el medievo. Pretende mostrar que hasta antes de la modernidad, el modelo de racionalidad que dominaba el derecho era phronético o práctico, y que es con ésta que irrumpen el espíritu matemático en el derecho.*

**Palabras claves:** *Phrónesis, prudentia*, razonamiento práctico, arte dialéctico, retórica, glosas, Escuela de los glosadores y posglosadores, escolástico, análisis y síntesis.

## Abstract

The purpose of this essay is analyze the process's evolution of the model of adjudication and reason of law in Roma and the mediaeval. It pretend to show that until before of the modernize, the reason's model that dominated the law was "phronético" or practice, and with this, interrupt the mathematical' s spirit in the law.

**Key words:** *Phrónesis, prudentia*, reasoning practical, art dialectics, rhetoric, gloss, gloss's school posglossadores, scholastic, analysis y synthesis.

## I. EL MODELO DE ADJUDICACIÓN DEL DERECHO EN ROMA

Lo que hoy denominamos ciencia del derecho o jurisprudencia tienen su origen en Roma<sup>1</sup>. Ello no quiere decir que el derecho y las ideas que sobre él tenemos sean exclusivamente originarias del mundo romano, ni que no haya existido en otras culturas ciertas ideas o un saber específico sobre el Derecho. Los estudios históricos nos muestran todo lo contrario.

De hecho, todas las civilizaciones y culturas crearon formas de regulación de la vida social, pero ninguna de ellas conocieron al jurista<sup>2</sup>, ello es, la figura del profesional del derecho que se dedicaba a conocer y estudiar el derecho de la sociedad, y en ocasiones a producirlo o crearlo, como es el caso del período clásico de la jurisprudencia romana<sup>3</sup>, en donde el jurista no sólo elaboraba los conocimientos técnicos necesarios para la realización práctica del mismo sino también, a partir del análisis casuístico y como consecuencia de la autoridad que le otorgaba el príncipe, proponía fórmulas de soluciones a casos hipotéticos que luego se convertían en el derecho válido.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Véase, ATIENZA, Manuel (2000). *Introducción al derecho*, 2ª edición (p. 165). Coayacán (México). Distribuciones Fontamara.

<sup>2</sup> En Roma desde el siglo V a. C. la clase sacerdotal (pontífices) llevaba registros de varios remedios o acciones jurídicas que podían ser utilizados en los diversos casos. Con posterioridad a ellos surgió la modalidad de elegir a los pretores, quienes en un edicto anula establecían las reglas generales de derecho aplicable a las disputas privadas, registraban las quejas y las trasmitían a un juez laico. Además del pretor y juez existían los abogados laicos, que alegaban ante los jueces. Finalmente estaban los jurisconsultos o profesionales del derecho, cuya función era dar consejo legal a los pretores, jueces, abogados y clientes. Cfr. BERMAN J., Harold (1996). *La Formación de la tradición jurídica de Occidente* (pp. 145-146). México: FCE.

<sup>3</sup> En el desarrollo de la jurisprudencia romana pueden distinguirse varios períodos: el *arcaico*, caracterizado por una jurisprudencia de tipo pontifical desarrollada por sacerdotes; el *preclásico*, etapa en la cual el labor del jurista no sólo es el de estudiar e interpretar el derecho vigente (*ius honorarium*) sino también de crear y modificarlo; el *clásico*, al que hacemos referencia y en el que la ciencia del derecho romano obtiene su máximo desarrollo. En este período, el jurista se dedica al análisis casuístico de las cuestiones que los particulares planteaban, constituyendo las soluciones y opiniones dadas a esos casos el derecho válido de entonces, como consecuencia de la autoridad que concedía al príncipe a los juristas más destacados. El *posclásico*, que se identifica con la gran obra codificadora de Justiniano.

<sup>4</sup> ATIENZA, Manuel, *op. cit.*, 164.

## 1.1. De la *phrónesis* a la *prudentia*

La palabra “jurisprudencia” surge de la unión de las expresiones *iuris* y *prudentia*. Para algunos puede interpretarse como el *arte que nos lleva a alcanzar algunas cosas y a huir de otras*.<sup>5</sup> En todo caso, es evidente que el término *prudentia* guarda relación con la *phrónesis* griega, ya que *prudentia* fue el término con el que los romanos tradujeron la noción de *phrónesis* o saber práctico: una especie de arte que se ejerce sobre un conjunto de reglas y criterios con el propósito de resolver problemas sociales y humanos.

El concepto de *phrónesis* está emparentado con el de *sophrosyne*. Generalmente se suele traducir, esta última, por medida o sensatez, ligada aun ideal de medida (*metrón*), o puede también traducirse como: moderación, templanza, temperancia, salud del espíritu, autodominio o cordura; por esta razón se opone a *la hibrys*, que equivale a desmesura o exceso<sup>6</sup> (Armengol, 1994, 44).

Ahora bien, parece ser que con Sócrates se opera la sustitución del término *sophrosyne* por *phrónesis*, este último presupone una referencia a lo intelectual o cognitivo (Rodríguez-Adrados, 1983, 348). Platón concibe la *phrónesis* como una de las cuatro virtudes cardinales. Esta hace referencia a la virtud del que es moralmente juicioso o sano, y por ello se opone a la locura. El concepto platónico de *phrónesis* implica para quien lo posee el conocimiento del bien y su imperio sobre el alma, por consiguiente, el concepto de *phrónesis* platónico puede verse también como sinónimo de *episteme* (saber racional).<sup>7</sup>

Para Aristóteles, por el contrario, no es ni conocimiento (*episteme*) ni arte (*techné*), es un estado o capacidad, es decir, un hábito verdadero y razonado; la *phrónesis* permite la deliberación sobre lo bueno y lo justo

<sup>5</sup> IGLESIAS, J. (1983). *Derecho Romano* (8ª edición, p. 102). Barcelona: Ariel.

<sup>6</sup> En la *Odisea* aparece identificada con la medida y la cordura, por boca de Penélope, quien reprende a su ama cuando ésta le anuncia la llegada de Odiseo: “Los dioses te han trastornado el juicio; que ellos pueden entorpecer al muy discreto y dar prudencia [*sophrosyne*] al simple, y ahora te dañaron a ti, de ingenio tan sesudo” [*Odisea*, XXIII, 13].

<sup>7</sup> JAEGER, Werner (1994). *Paideia* (2ª reimpression, pp. 445 y 447). México: Fondo de Cultura Económica.

no respecto de un hombre en particular sino en el marco de la *polis* (Ferrater, 2001, 29-44). Por consiguiente, la *phronesis* es en Aristóteles el instrumento de la filosofía práctica, o como lo señala Habermas, una sabia comprensión de la situación que no tiene las pretensiones cognitivas de la *episteme* apodíctica, pues su objeto es lo justo<sup>8</sup>.

La *phronesis* se opone a la *episteme*. Esta última indica la existencia de un saber crítico y reflexivo, verdadero, un conocimiento fundado racionalmente en el curso de la argumentación y que es opuesto a la mera opinión (*doxa*). La *episteme* supone que se conoce la cosa en sus aspectos más específicos o internos y que se puede explicar a partir de sus causas (formal, material, eficiente, final). Así como el espacio de la *phronesis* es la política, el derecho y la ética, la *episteme* tiene como escenarios la lógica, la física y todas aquellas actividades que tienen como objetivo primordial la construcción del conocimiento verdadero, esto es, el saber apodíctico (Mercado, 1998, 18).

## 1.2. Modelo de razonamiento romano: el arte dialéctico

El pensamiento estoico transportó la dialéctica griega a Roma (siglo II y I a. C.), y allí fue adoptada por las clases republicana y los juristas que la aplicaron al derecho. La dialéctica<sup>9</sup> griega platónica presuponía el diálogo o la conversación como el único método válido para alcanzar un conocimiento seguro de la verdad, el amor, la justicia, el bien, etc. Aristóteles, en relación con el razonamiento dialéctico, diferenció entre el razonar a partir de premisas indiscutibles y ciertas o primeras verdades (analítico-apodíctico) y a partir del cual se llega a verdades necesarias e irrefutables y el razonar a partir de premisas verosímiles y discutibles, porque gozan de una generalización aceptada, sea por la mayoría del auditorio o por los sabios o expertos o por la mayoría de éstos, y que normalmente conducen a conclusiones plausibles o

---

<sup>8</sup> HABERMAS, Jürgen (1997). *Teoría y praxis* (3ª edición, p. 50). Madrid: Tecnos.

<sup>9</sup> Las técnicas dialécticas básicas de Platón eran: la *refutación de las tesis de los adversarios*, que se lograba a través de el procedimiento de preguntas y respuestas mediante el cual se hacía caer en contradicción al oponente haciendo inaceptable sus tesis; la *derivación de proposiciones ciertas* en relación con un caso particular a partir de una generalización, también por medio del procedimiento de preguntas y respuestas; y la *definición de conceptos por la técnica de la distinción del género en sus especies y de éstas en sus subespecies* y la *síntesis* (Cfr. BERMAN J., Harold, *op. cit.*, p. 143).

meramente probabilísticas, al que denominó dialéctico; este último, a diferencia del apodíctico, no parte de proposiciones generales y declarativas sino de problemas y presupone el arte de la disputa.<sup>10</sup>

En el mundo griego, el derecho no fue tratado ni siquiera como arte (*techne*), sino que quedó inmerso en la ética y la política. La adjudicación del derecho se hacía en las asambleas populares y los discursos por lo común giraban en torno a los aspectos morales y políticos, de manera que las reglas de derecho ni las decisiones jurídicas constituyeron el punto de partida para el razonamiento o fueron consideradas como razones de autoridad o criterio que debieran aceptarse porque encarnaban el sentido de justicia para una comunidad.<sup>11</sup>

Los estoicos no consideraron el razonamiento dialéctico como un método que les permitiera alcanzar los primeros principios, sino como un procedimiento válido para analizar y elaborar argumentos y definir conceptos por distinción y síntesis de género y especie; tampoco hicieron una exposición sistemática del mismo, y más bien lo consideraron como una disciplina independiente, que no se diferenciaba mucho de la lógica y ligada a la retórica y la gramática.<sup>12</sup>

No obstante lo anterior, fue en el período preclásico en que los juristas romanos intentaron por primera vez clasificar sistemáticamente el derecho romano en diversas índoles (géneros y especies) y definir con cierta rigurosidad las reglas generales aplicables a casos específicos. El ejemplo más antiguo de la aplicación sistemática de razonamiento dialéctico al derecho es el tratado sobre *ius civile* del jurista romano Quinto Mucio Escevola.<sup>13</sup>

En el período clásico y posclásico (siglos I a V d. C.) los juristas perfeccionaron y desarrollaron las técnicas dialécticas precedentes pero

---

<sup>10</sup> Cfr. BERMAN J., Harold, *op. cit.*, p. 143-144.

<sup>11</sup> *Ibíd.*

<sup>12</sup> *Ibíd.*

<sup>13</sup> En la obra de Mucio, el sistema de clasificación como el método para llegar a la formulación de reglas específicas aplicables al caso concreto era dialéctico en el sentido griego. Subdividían el material jurídico en géneros y especies, hasta llegar a decisiones específicas, luego las clasificaban y las explicaban mediante una fórmula de palabras que incluían todas las categorías pertenecientes y excluían todas las demás (Cfr. BERMAN J., Harold, *op. cit.*, p. 146).

sin modificarlas en lo esencial. A pesar de ello, la dialéctica griega dejó de ser un arte de descubrir para transformarse en un arte de juzgar. La casuística legal de este período no utilizaba los casos para generalizar o ilustrar principio, o ponerlos a prueba; reducían los casos a simples razones necesarias para el juicio<sup>14</sup>.

### 1.3. Carácter práctico de la jurisprudencia romana

Del modelo de adjudicación romana debemos resaltar fundamentalmente el carácter práctico que el jurista romano le imprimió a la actividad jurisprudencial. A diferencia del estudioso del derecho moderno, la labor del jurisprudente romano nunca tuvo como prioridad realizar grandes síntesis teóricas sino que tuvo como propósito el trato congruente y ordenado de casos individuales, tratando siempre de hallar la solución correcta.<sup>15</sup> El carácter práctico de la jurisprudencia romana también se puede inferir de lo forma como tenía lugar la preparación jurídica de los futuros jurisconsultos. Esta se realizaba en casa de un practicante de mayor edad y de manera individual e informal, y el estudiante no discutía con el jurisconsulto lo relativo a la idea de derecho o de justicia sino que entraba de lleno en la práctica a responder a la pregunta: ¿Qué debe hacerse sobre los hechos dados?<sup>16</sup>

Según Viehweg, es evidente que el método del pensamiento matemático (sistemático) no estaba presente en las actividades que desarrolla el jurista romano y que la actividad mental de éstos más bien compartía el mismo sustrato de la antigua retórica griega.<sup>17</sup> El jurista romano plantea un problema y trata de encontrar argumentos, por ello se ve forzado a hacer uso de la tópica. Lo que Cicerón reprocha a los juristas romanos es que su tópica no se ajusta a las reglas del arte dialéctico<sup>18</sup> (arte de disputar)<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> Cfr. BERMAN J., Harold, *op. cit.*, p. 147-148.

<sup>15</sup> Cfr. DAWSON, John P. (1968). *The Oracles of the Law* (Ann Arbor, Mich.), p. 114. Citado por BERMAN J., Harold, *op. cit.*, p. 139.

<sup>16</sup> BERMAN J., Harold, *op. cit.*, p. 146.

<sup>17</sup> VIEHWEG, Teodoro (1991). *Tópica y jurisprudencia* (p. 71-72). Barcelona: Gedisa. En su estructura, la jurisprudencia romana no se distingue de la sofística, la retórica o la aporética filosófica, y es significativo que la retórica (año 100 a. de C.) hiciera parte de la formación cultural del estrato donde surgían los juristas (VIEHWEG, Teodoro, *op. cit.*, p. 81).

<sup>18</sup> Abría que resaltar que se trata de dialéctica en sentido aristotélico, no estoico. La dialéctica

Por consiguiente, debemos resaltar que en los orígenes de la actividad jurisprudencial lo práctico primó sobre lo teórico (la *phrónesis* sobre la *episteme*) y el razonamiento dialéctico sobre el apodíctico, y a pesar de que el conjunto de opiniones, adagios, fórmulas y reglas que elaboraron serían considerados más adelante, primero por la Iglesia y luego por los glosadores y posglosadores, como la razón escrita (*ratio scripta*), la actividad de éste estuvo orientado a realizar una labor práctica o prudencial más que llevar a cabo síntesis teóricas.

## II. MODELO DE ADJUDICACIÓN DEL DERECHO EN EL MEDIOEVO

### 2.1. El estudio del derecho en la Escuela de Bolonia o glosadores

El XII es el siglo en que se forma la tradición jurídica occidental. En ello influyó la creación de las primeras universidades europeas, que propició el estudio y la enseñanza del derecho como un cuerpo sistemático de conocimiento, el uso del método escolástico que permitió analizarlos y sintetizarlos y el descubrimiento de los escritos jurídicos romanos, en especial el hallazgo del *Digesto* del *Corpus iuris*<sup>20</sup>, que fue considerado por el jurista medieval como un texto sagrado, imbuido de un principio de autoridad indiscutible.

Los juristas medievales consideraron que el derecho romano no era aplicable sólo a Bizancio sino en todo tiempo y lugar. Fue tomado como una verdad incuestionable, de la misma manera que se tomaba

---

estoica es algo distinto. Una disciplina autónoma que por primera vez se designa con la expresión lógica y que engloba a la retórica y la gramática, desarrollando una silogística lógico-proposicional muy emparentada con la matemática y alejada de la retórica de la antigüedad (Cfr. VIEHWEG, Teodoro, *op. cit.*, p. 83).

<sup>19</sup> Cicerón recomienda al jurista siempre el uso del pensamiento dialéctico o problemático en el sentido aristotélico; éste no se puede identificar con el pensamiento sistemático. En el pensamiento problemático o dialéctico no se ordena el caso dentro de un sistema previamente encontrado. Se trata más bien de “desarrollar un estilo especial de búsqueda de premisas, que, con apoyo en puntos de vista probados, sea inventivo” (Cfr. VIEHWEG, *op. cit.*, p. 73). La preeminencia del problema conduce a que los conceptos y las proposiciones que se van desarrollando no puedan ser sometidos a una sistematización (Cfr. VIEHWEG, *op. cit.*, p. 74).

<sup>20</sup> El derecho romano sobrevivió en Occidente de forma fragmentada después del siglo VI. Aunque algunas de sus reglas y conceptos fueron retomados por algunas instituciones civiles y eclesiásticas, su carácter vinculante fue limitado en Europa hasta cuando el antiguo manuscrito del *Digesto* fue descubierto en el siglo XI (Cfr. BERMAN J., Harold, *op. cit.*, p. 131).



la Biblia; era la verdadera ley, ley ideal y encarnación de la razón<sup>21</sup>, de allí el carácter dogmático que le imprimieron a su actividad<sup>22</sup> y que en general guarda relación con el modelo de conocimiento medieval, cuyo argumento principal era el de autoridad.

Modelo del estudio del derecho medieval fue la Escuela de Bolonia,<sup>23</sup> que da origen al movimiento de los glosadores, cuya actividad se materializó en glosas<sup>24</sup> que gravitaban alrededor del análisis de un texto, aclarando y explicando el significado de sus palabras o fragmentos, hasta llegar a hacer una interpretación general de éste. Con las glosas se buscaba no sólo explicar determinados pasajes (exégesis) sino también mostrar paralelismos y decisiones contradictorias en el conjunto del *corpus iuris*, proponiendo soluciones para el mismo. Los glosadores establecieron distinciones, formaron reglas generales, plantearon cuestiones y elaboraron tratados y sumas, y desarrollaron una metodología para el análisis y síntesis de los textos jurídicos.

El programa escolar de la Escuela de Derecho de Bolonia contemplaba primero la lectura del texto del *Digesto* por parte del profesor, quien aprovechaba para corregir el lenguaje del texto manuscrito (*lectura*), después éste procedía a interpretarlo palabra por palabra y renglón por renglón; las glosas dictadas eran copiadas entre los reglones del texto por los estudiantes y en los márgenes.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> Cfr. BERMAN J., Harold, *op. cit.*, p. 132.

<sup>22</sup> Cfr. MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús (1994). *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica* (p. 249). Barcelona: Ariel Derecho.

<sup>23</sup> Bolonia fue el arquetipo de la institución educativa medieval de alta cultura dominada por estudiantes, en contraposición a la universidad gobernada por profesores. Los estudiantes, que conformaban una sociedad, se reunían y contrataban autónomamente un maestro para que les explicara durante un año los textos de derecho romano. De estos profesores, el más famoso fue Irnerio (Cfr. BERMAN J., Harold, *op. cit.*, p. 133-134).

<sup>24</sup> Se conocieron las glosas llamadas *notabilia*, a través de las cuales se resumía el contenido de algún pasaje; las *brocardica*, que exponían reglas jurídicas generales o máximas.

<sup>25</sup> A las primeras se les conoce como *Glosa Interlineal*, porque se realizaba entre las líneas del texto y eran más bien breves, ya que el espacio para escribir entre línea y línea era reducido. Esta por lo general se limitó a citar ejemplos, sinónimos, e incluso derivar al lector a otros pasajes del *Corpus Iuris Civilis*. La *Glosa Marginal*, en cambio, se realizaba en los márgenes de las hojas, de allí que hubiera más espacio para desarrollar las ideas, y por tanto fue mucho más extensa que la *Glosa Interlineal*.

Se conocieron las glosas llamadas *notabilia*, a través de las cuales se resumía el contenido de algún pasaje; las *brocardica*, que exponían reglas jurídicas generales o máximas. El profesor llevaba a cabo también las *distinciones*, que consistía en escoger un término o concepto general y subdividirlo, y las *quaestiones*, que tenía como finalidad proponer preguntas para poner a prueba una vasta doctrina al aplicarla a problemas particulares o cuestiones. Además de los textos y las glosas, de las distinciones y las preguntas, el programa incluía las *disputatio*, que consistía en una discusión sobre un punto específico entre estudiantes o entre profesor y estudiante<sup>26</sup>.

## 2.2. El modelo de razonamiento escolástico: análisis y síntesis

La base de todo este programa de enseñanza lo constituía el método escolástico de análisis y síntesis (dialéctico), que fue usado tanto en el análisis del derecho como en la teología<sup>27</sup> y tuvo un gran auge tanto en al Escuela de Bolonia como en otras universidades medievales. Este presupone la absoluta autoridad de ciertos libros que se consideran que tienen un cuerpo de doctrinas completo e integrado que paradójicamente podían tener lagunas o contradicciones, de allí que la principal tarea del intérprete era la de resumir el texto para colmar las lagunas y zanjar las contradicciones. Aquí hay que recordar que la dialéctica supone reconciliación de los contrarios.

El jurista medieval trató de analizar y sintetizar la masa de doctrina (no sólo la de Justiniano sino también la de las autoridades seculares), que muchas veces se encontraba en contradicción. Este interés por reconciliar las contradicciones dio al jurista medieval mucha más libertad y flexibilidad que la de sus antecesores romanos. El jurista medieval se interesaba no sólo por el trato congruente y ordenado de los casos particulares, sino también por encontrar argumentos o justificaciones razonadas congruentes con la síntesis teórica.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Cfr. BERMAN J., Harold, *op. cit.*, p. 140.

<sup>27</sup> Pedro Abelardo fue el primero en emplean el término “teología” en el sentido moderno y es el precursor de la lógica escolástica. Pretende hacer un análisis sistemático de la revelación divina; para ello apeló al método de análisis y síntesis, y a partir de allí trató de aplicar normas racionales para juzgar cuáles verdades reveladas tenían una validez universal y cuáles eran de validez relativa (BERMAN J., Harold, *op. cit.*, p. 142).

<sup>28</sup> BERMAN J., Harold, *op. cit.*, p. 142.

El razonamiento de los juristas del siglo XII presupuso una transformación del razonamiento dialéctico griego y del derecho romano clásico y posclásico. Primeramente, por el nivel de abstracción al que llevaron la dialéctica griega, que dista mucho de lo que pudo siquiera prever el jurista romano. Como ya lo hemos señalado, el jurista medieval intentó sistematizar las reglas de derecho en un todo coherente e integrado: así, los elementos comunes en una especie particular de casos, los casos en reglas, las reglas en principios y los principios en un sistema.<sup>29</sup> Indujeron principios universales de los ejemplos particulares, lo cual era opuesto a la concepción romana de que un caso sólo operaba para casos particulares. De suerte que se consideró que el derecho en su totalidad podía inferirse por síntesis a partir de características comunes entre casos específicos.<sup>30</sup>

Además de lo anterior, el jurista escolástico usó la dialéctica aristotélica con un fin totalmente distinto del previsto por éste: para demostrar lo que es verdadero y lo que es justo. Aristóteles había negado el carácter apodíctico del razonamiento dialéctico debido a la ausencia de certeza de sus premisas; los juristas medievales, por el contrario, combinaron el razonamiento dialéctico y apodíctico y lo aplicaron conjuntamente al análisis y síntesis de normas jurídicas, supusieron que por medio de la razón podían probar la verdad y la justicia universal de los textos jurídicos. Para ellos, el derecho romano constituía la razón escrita que junto a la Biblia, los escritos patrísticos y los cánones de la Iglesia debían ser considerados sagrados. Al considerar verdades indiscutibles y justas a las normas de derecho romano, y no como premisas inciertas y falibles, el jurista medieval razonó a partir de ellas de manera apodíctica para extraer conclusiones ciertas, universales y justas. Pero como advertían que las mismas contenían lagunas, contradicciones, pasajes ambiguos u oscuros, requirieron del razonamiento dialéctico para plantear problemas, hacer clasificaciones

---

<sup>29</sup> Cfr. BERMAN J., Harold, *op. cit.*, p. 150.

<sup>30</sup> Según Berman, este procedimiento será aplicada siglos después por abogados ingleses y norteamericanos para derivar reglas generales a partir redecisiones judiciales particulares. Los lógicos contemporáneos la llamaron *generalización existencial*. Los abogados angloamericanos consideraron que toda decisión o regla general es una especie de género de ley. Los juristas escolásticos fueron más allá, utilizaron cada parte de la ley para formar el todo y al mismo tiempo usaron el todo para interpretar cada una de sus partes (Cfr. BERMAN J., Harold, *op. cit.*, p. 151).

y definiciones, declarar opiniones opuestas y sintetizar los conflictos.<sup>31</sup> Este procedimiento de análisis y síntesis también fue adoptado por los estudiosos del derecho canónico y dio lugar a la escuela de los Decretistas, que influyó en el derecho civil.

### 2.3. **Carácter creativo o normativo de la actividad de los glosadores y posglosadores**

La labor de los glosadores no fue meramente reproductiva (cognitiva y descriptiva) sino también productiva (normativa y prescriptiva), por cuanto trataron de adaptar ese derecho a la realidad existente. Al extenderse el programa a toda Europa en la segunda mitad del siglo XII e incluir materias nuevas como el recién desarrollado derecho canónico de la Iglesia, atiborrado de decretos y concilios reglamentos, o el nuevo derecho secular de las ciudades, los profesores cada vez con mayor insistencia introdujeron preguntas de aplicación práctica y analizaron casos cotidianos reales que debían ser analizados según el derecho vigente (romano y eclesiástico).<sup>32</sup>

Hay que resaltar, sin embargo, que el carácter dogmático del jurista medieval contrasta con la del romano, por lo menos con el que existió en la época clásica, que no reconoció autoridad distinta de la del propio jurista y que en todo caso se distinguió porque nunca asumió estas opiniones como absolutas e indiscutibles sino como una más a la cual se le podía oponer otra.<sup>33</sup>

A mediados del siglo XIII, como efecto de la proliferación de glosas y glosadores, se produjo cierto desconcierto por la ausencia de claridad y certeza en la aplicación del derecho, pues cada glosador en la práctica interpreta libremente el derecho y a veces de manera contradictoria, de suerte que en relación con un mismo punto podía encontrarse opiniones de diversa naturaleza. Lo que un glosador afirmaba otros u otros lo contradecían, llegando incluso al extremo de glosar las propias glosas. La *Magna Glosa* de Francesco Accursio (quien

---

<sup>31</sup> Cfr. BERMAN J., Harold, *op. cit.*, p. 151.

<sup>32</sup> *Ibíd.*, p. 141.

<sup>33</sup> *Ibíd.*

<sup>34</sup> Cfr. <http://es.wikipedia.org/wiki/glosadores>

fue considerado el último glosador), que en 1250 llegó a ser la obra autorizada del *Digesto* en conjunto, tuvo como propósito superar esta situación. *Las Glosas* de Accursio tuvieron tanta o más autoridad que el texto glosado y llegó a ser la glosa más usada en los tribunales. Sin embargo, a pesar del esfuerzo de Accursio, la glosa fue superada por la otra gran corriente del medioevo: los comentaristas<sup>34</sup>.

La Escuela de los Prácticos, Comentaristas o Posglosadores se nutrió del conocimiento del derecho romano legado por lo glosadores; pero a diferencia de sus antecesores, los glosadores, éstos se dieron a la tarea de construir una metodología de aplicación del derecho que fuese válida no sólo para las fuentes romanas sino para cualquier sistema jurídico. A diferencia de los glosadores, los posglosadores tuvieron una actitud más crítica y gozaron de mucha más libertad en relación con el derecho romano, al que se propusieron reelaborar y desarrollar a fin de construir una ciencia racional.<sup>35</sup>

Los posglosadores asumieron la labor jurisprudencial como una técnica para solucionar casos prácticos, lo que demuestra su familiaridad con la tópica, como en general la tuvieron todos los juristas medievales. Ello se desprende no sólo del hecho de que los estudiosos del derecho antes de comenzar sus estudios debían conocer las siete artes liberales, sino también se revela en la particularidad de que la jurisprudencia medieval se orientó siempre hacia el problema. Y éstos remitían al *ars inveniendi* y la tópica.<sup>36</sup>

#### **2.4. Crisis del modelo de adjudicación del derecho en el medioevo**

En los comienzos de la modernidad, mientras el humanismo italiano criticó la labor de los posglosadores, que habían elaborado sus estudios a partir del derecho de Justiniano, y propuso en su lugar reconstruir el antiguo derecho romano en las formas más puras, en Francia el

---

<sup>35</sup> Cfr. ATIENZA, M., *op. cit.*, p. 169.

<sup>36</sup> Cfr. VIEHWEG, T., *op. cit.*, p. 87-88. Según Viehweg, los problemas fundamentales de la literatura científica de la Edad Media eran: ¿Qué hay que hacer cuando los textos se contradicen? y ¿cómo puede establecerse una adecuada correlación de situaciones? (VIEHWEG, T., *op. cit.*, p. 92).

humanismo le apostó a la creación de un método *mos gallicus* que pretendía desarrollar un estudio sistemático del derecho apoyado en la historia y la filología. Estos últimos, a diferencia de los primeros, se encontraban más cercanos a los posglosadores. Al tomar partido la Iglesia a favor del *mos italicus*, los partidarios del *mos gallicus* se vinculan al protestantismo y en el siglo XVI dan lugar a la escuela de los cultos o la jurisprudencia elegante, que intentaron construir una ciencia jurídica racional y sistemática cuyo punto de partida no era ya un texto aceptado dogmáticamente y cuya forma de razonar no era ya el aristotélico-escolástico sino el que les proporcionaba la naciente lógica del Renacimiento, influenciado por el espíritu matemático cartesiano-copernicano.

Influenciado por el nuevo espíritu matemático, la actividad del jurista cada vez más se va pretender asimilar a la actividad del moderno científico. En el siglo XVII empieza a relacionarse cada vez más la jurisprudencia con la ciencia en el sentido moderno. En el caso inglés con Burker y Blackstone, la jurisprudencia queda constituida en una ciencia según la mecánica. No obstante, el caso más significativo es el de Gustavo Hugo en Alemania, quien defendía la idea de que al jurista romano, por la perfección técnica y conceptual de la jurisprudencia, y por su deducir riguroso, se le colocara al mismo nivel de los matemáticos modernos.<sup>37</sup>

Ni en la mentalidad romana ni en la medieval (glosadores o posglosadores) la cuestión de la racionalidad de la interpretación y aplicación del derecho constituyó un problema por resolver. A pesar de que los estoicos aceptaron la distinción aristotélica entre *episteme*, que hacía referencia al hábito de demostrar desde las causas necesarias y últimas, y *techne* (ars - arte), hábito de crear por reflexión racional. Los juristas romanos no fueron muy rigurosos en las discusiones sobre el tipo de actividad que desarrollaban, de allí que en ocasiones calificaron su actividad como *techne* (ius est ars boni et aequi) o disciplina o *scientia* o *notitia*.<sup>38</sup> Esto demuestra la despreocupación que los mismos tenían en relación con los problemas relativos al carácter de su actividad.

---

<sup>37</sup> LEGAZ y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del derecho* (5ª edición, p. 9). Barcelona: Bosch.

<sup>38</sup> VIEHWEG, Teodoro, *op. cit.*, p. 79-80.

El asunto de si la actividad que desarrolla el jurista puede concebirse como racional es una discusión propia de siglo XIX y guarda relación con la propuesta teórica de las corrientes jurídicas positivistas de ese siglo. Como ya se ha señalado, tanto el jurista romano como el medieval presupusieron la legitimidad racional de su actividad apoyados en la autoridad de ciertos textos y en la autoridad del pensamiento de Aristóteles.

## CONCLUSIONES PROVISIONALES

Como conclusiones provisionales de este trabajo podemos señalar lo siguiente:

1. Que desde sus orígenes la jurisprudencia tuvo un carácter práctico o pragmático que se evidenció en la actitud que los juristas tuvieron frente al derecho, al que nunca consideraron como un cuerpo sistemático de teoría sino como un instrumento que permitía resolver problemas prácticos (sociales, económicos, privados, etc.). El jurista romano planteaba un problema y trata de encontrar argumentos que permitieran proponer una solución al mismo. Este carácter también se reveló en la forma como tenía lugar la preparación jurídica de los futuros jurisconsultos, con quienes de lleno en la práctica se les cuestionaba por lo que debía hacerse sobre los hechos dados.
2. Al ser la jurisprudencia romana un técnica para resolver problemas prácticos quedaba emparentada, por una parte, con la *phrónesis* o saber práctico: una especie de arte (*techne*) que se ejerce sobre un conjunto de reglas y criterios con el propósito de resolver problemas sociales y humanos en el ámbito de la política y la ética, y por otra, con la con la tópica (retórica) y la dialéctica griega: el arte de la disputa y de la discusión, que los estoicos habían introducido en los siglos (II y I a. C) y al que consideraban como un procedimiento o técnica efectiva de análisis y construcción de argumentos.
3. Que el jurista medieval mantuvo una actitud dogmática hacia el *Digesto* del *Corpus Iuris*, que fue considerado por el jurista medieval como un texto sagrado, imbuido de un principio de autoridad indiscutible. Y que ello se explica en parte por el espíritu dogmático de la época cimentado sobre el presupuesto de verdades autoevidentes e indiscutibles.

4. Que el modelo de conocimiento válido lo constituyó el método de análisis y síntesis: éste presuponía la absoluta autoridad de ciertos libros que se consideran contenían un cuerpo de doctrinas completo e integrado, en relación con los cuales el intérprete, paradójicamente, tenía que ejercer su industria para colmar las lagunas y resolver las contradicciones.
5. El razonamiento de los juristas del siglo XII presupuso, sin embargo, una modificación del razonamiento dialéctico griego. No sólo por el nivel de abstracción al que llevaron la dialéctica griega al intentar sistematizar las reglas de derecho en un todo coherente e integrado o por intentar inferir principios universales de los ejemplos particulares, lo cual distaba mucho de la concepción romana, sino porque además el jurista escolástico usó la dialéctica aristotélica con un fin totalmente distinto del previsto por éste, ello es, para demostrar lo que es verdadero y lo que es justo. Pues a pesar de haber negado Aristóteles el carácter apodíctico del razonamiento dialéctico, los juristas medievales combinaron el razonamiento dialéctico y apodíctico y lo aplicaron conjuntamente al análisis y síntesis de normas jurídicas.
6. No obstante, a pesar de lo anterior, la labor de los glosadores y posglosadores no fue meramente reproductiva (cognitiva y descriptiva) sino también productiva (normativa y prescriptiva), por cuanto trataron de adaptar ese derecho a la realidad existente, más en el caso de los comentadores, quienes gozaron de mucha más libertad en relación con las fuentes y de una actitud más crítica en relación con el derecho estudiado.
7. Finalmente, en los comienzos de la modernidad surge una nueva actitud en relación con el estudio del derecho. Influído por el nuevo espíritu matemático, la actividad del jurista cada vez más se pretende asimilar a la actividad del científico moderno, de suerte que en el siglo XVII cada vez más empieza a relacionarse la jurisprudencia con la ciencia en el sentido moderno.

La pregunta que surgía en ese momento era: ¿Cómo operó esta transmutación? ¿Cómo se dio esta sustitución del modelo dialéctico aristotélico que tenía como dominio el saber práctico o *phronético* al espíritu matemático y apodíctico muy propio de la *episteme*? Este interrogante será objeto de análisis de un próximo trabajo.



## Referencias

- ATIENZA, Manuel (2000). *Introducción al derecho* (2ª edición). Coayacán (México): Distribuciones Fontamara.
- BERMAN J., Harold (1996). *La Formación de la tradición jurídica de Occidente*. Capítulo III: El origen de la ciencia jurídica occidental en las universidades europeas. México: Fondo de Cultura Económica.
- Cfr. <http://es.wikipedia.org/wiki/Glosadores>
- HABERMAS, Jürgen (1997). *Teoría y praxis* (3ª edición). Madrid: Tecnos.
- IGLESIAS, J. (1983). *Derecho Romano* (8ª edición). Barcelona: Ariel.
- JAEGER, Werner (1994). *Paideia* (2ª reimpresión). México: Fondo de Cultura Económica.
- MARTÍNEZ ROLDÁN & FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús (1994). *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica*. Barcelona: Ariel Derecho.
- VIEHWEG, Teodoro (1991). *Tópica y jurisprudencia*. Barcelona: Gedisa.
- LEGAZ & LACAMBRA, Luis (1979). *Filosofía del derecho* (5ª edición). Barcelona: Bosch.