

JOSÉ MARÍA PÉREZ COLLADOS
TOMÀS DE MONTAGUT I ESTRAGUÉS
(Dirs.)

LOS JURISTAS CATALANES Y EL ESTADO ESPAÑOL

CÁTEDRA DE CULTURA JURÍDICA

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

ÍNDICE

Pág.

I. INTRODUCCIÓN

HACIA UNA TEORÍA DE LA RELACIÓN HISTÓRICA ENTRE LOS JURISTAS Y EL ESTADO, José María Pérez Collados	11
---	----

II. ANTIGUO RÉGIMEN

EL JURISTA Y EL PODER PÚBLICO EN LA CATALUÑA MEDIEVAL, Albert Estrada-Rius	39
LOS JURISTAS CATALANES DURANTE LA MONARQUÍA HISPÁNICA, Josep Capdeferro	79
JURISTAS CATALANES DEL SIGLO XVIII, Sebastià Solé i Cot.....	103
RAMÓN LÁZARO DE DOU Y DE BASSOLS. UNA APROXIMACIÓN HISTORIOGRÁFICA A SUS <i>INSTITUCIONES DE DERECHO PÚBLICO GENERAL DE ESPAÑA, CON NOTICIA DEL PARTICULAR DE CATALUÑA</i> , Remedios Morán Martín	165

III. ÉPOCA CONTEMPORÁNEA

IGNASI SANTPONÇ (1785-1846) Y EL DERECHO PÚBLICO ESPAÑOL, Tomàs de Montagut i Estragués	179
LOS ABOGADOS CATALANES, LA REVOLUCIÓN LIBERAL Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL, Stephen Jacobson.....	193

	<u>Pág.</u>
ENRIC PRAT DE LA RIBA Y LA MANCOMUNIDAD DE CATALUÑA, Albert Balcells	215
AUTONOMÍA Y LEGISLACIÓN DURANTE LA SEGUNDA REPÚBLICA EN CATALUÑA, Jaume Ribalta i Haro	237
LOS JURISTAS CATALANES EN LA REDACCIÓN DEL <i>ESTATUT</i> DE 1932, Antoni Jordà Fernández	291
LA ADAPTACIÓN AL ITINERARIO CAMBIANTE: JOSÉ MARÍA PI SUN- YER, Joaquim Ferret Jacas	321
UN PROYECTO JURÍDICO DEL FRANQUISMO: LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL Y SUS JURISTAS, Alfons Aragoneses	337
LOS JURISTAS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y DE LA AUTONOMÍA POLÍTICA DE CATALUÑA, Marc Carrillo.....	369

I. INTRODUCCIÓN

HACIA UNA TEORÍA DE LA RELACIÓN HISTÓRICA ENTRE LOS JURISTAS Y EL ESTADO

José María PÉREZ COLLADOS

Universitat de Girona

SUMARIO: 1. RECUERDO Y RECONSTRUCCIÓN.—2. RECUERDO Y *IUS COMMUNE*: 2.1. Recuerdo de lo que no fue. 2.2. *Ius commune*.—3. EL DERECHO MEDIEVAL Y LA FIGURA DEL JURISTA.—4. EL JURISTA Y EL ESTADO.—5. TÓPICA, SISTEMÁTICA Y ESTADO MODERNO.—6. LOS ELEMENTOS DEL ESTADO MODERNO.—7. CONCLUSIONES DE FIN DE ÉPOCA: LA CATEGORÍA DEL JURISTA EN LA CRISIS DEL ANTIGUO RÉGIMEN.—8. BIBLIOGRAFÍA.—9. LITERATURA JURÍDICA DEL ANTIGUO RÉGIMEN.

1. RECUERDO Y RECONSTRUCCIÓN

En un libro más que recomendable, *Tras la virtud* de Alasdair MacIntyre, el conocido filósofo propone al lector la siguiente hipótesis¹. Imaginemos que la sociedad culpura a los científicos de un conjunto de desastres naturales y que se produjeran brotes revolucionarios, protestas y motines. Perdido el control político de la revuelta, muchos laboratorios serían incendiados, los físicos, químicos y matemáticos se ocultarían, algunos serían descubiertos en sus escondrijos y linchados, otros serían juzgados sumariamente y ejecutados; los libros e instrumentos científicos serían destruidos.

El movimiento político que lideraría las protestas, autodenominado «Ningún-Saber» tomaría el poder y procedería a la abolición de la ciencia que hasta aquel momento se había enseñado en colegios y universidades, apresando y ejecutando a los científicos que hubieran quedado vivos.

¹ A. MACINTYRE, 2013: 13-18.

Años más tarde se produciría una reacción contra el régimen de «Ningún Saber» y los grupos sociales más ilustrados intentarían resucitar la ciencia arrasada. Pero el problema que tendrían sería el siguiente: habían olvidado una buena parte de lo que la ciencia fue.

A pesar de ello poseerían fragmentos, restos de lo que un día fue un conjunto armónico de sabiduría: conservarían algún conocimiento de los antiguos experimentos (si bien, descontextualizado del contexto teórico que les daba significado); habrían recuperado partes o extractos de teorías e, incluso, instrumentos cuyo uso habría sido olvidado; cuadernillos de algunos libros y páginas sueltas de artículos, no siempre del todo legibles porque estarían deterioradas, parcialmente quemadas.

La ciencia restaurada podría volver a utilizar muchos de los términos del pasado, pero dado que «muchas de las creencias implícitas en el uso de esas expresiones se habrían perdido [...] se revelaría un elemento de arbitrariedad y también de elección fortuita en su aplicación que sin duda nos parecería sorprendente».

La tesis de MacIntyre en el libro al que nos referimos afirma que el lenguaje de la moral se encuentra en el mismo grave estado de desorden que el lenguaje de las ciencias naturales en el mundo imaginario que había descrito.

Al leer yo aquellas páginas no pude menos que concebir una tesis paralela. Y es que constituye una evidencia que, en la Europa medieval, el Derecho pasó por circunstancias parecidas a las descritas en la hipótesis imaginaria de MacIntyre: me estoy refiriendo a la denominada «destrucción, pérdida y olvido del Derecho romano» tras la caída del Imperio occidental.

Por ello, la percepción de la figura del jurista que nosotros pretendemos esbozar en estas páginas se enmarca en esta situación previamente descrita: el jurista, en su formulación medieval, es un hombre que pretende reconstruir una ciencia perdida, y lo hace sobre restos calcinados, sobre manuscritos perdidos y reencontrados, sobre libros incompletos, sobre términos cuyo significado hace referencia a valores olvidados.

La historiografía jurídica en Europa durante la segunda mitad del siglo xx ha dedicado muchos esfuerzos a describir el proceso de esta reconstrucción; la Historia de lo que se convino en llamar el *ius commune* europeo y su *recepción*.

Ciertamente, esta ha sido una historiografía informada por unos profundos prejuicios valorativos, dado que, por definición, se ha venido organizando en tres etapas: la etapa del Derecho romano; la de su declive y destrucción; y la de su reconstrucción y difusión. Y constituye una evidencia que este esquema está imbuido de un sentido que se inscribe tácitamente en palabras como «destrucción» o «reconstrucción», y que dota al esquema histórico de cierto sentido evolutivo, casi teleológico².

² Un texto de la influencia en España durante todo el franquismo, como fue *El origen y la evolución del Derecho*, de Alfonso GARCÍA-GALLO, afirmaba, por ejemplo, que en el siglo VIII y tras la invasión musulmana de la Península Ibérica «el sistema cultural de la Antigüedad se

En nuestra opinión, este prejuicio interpretativo no se origina tanto en el ámbito historiográfico (que también), sino en la misma estructura social. Y es que la propia sociedad genera determinadas percepciones históricas en torno al sentimiento colectivo de nostalgia, cuando se producen tragedias o desastres colectivos³.

Etimológicamente⁴, el término *nostalgia* procede de las grafías griegas «dolor» y «recuerdo». Hace referencia a un tipo de recuerdo que invade la sensibilidad cuando el ser humano siente dolor. Un recuerdo que sirve como paliativo de ese dolor.

Desde un punto de vista individual, la nostalgia se concibe como un sentimiento que suele ser regresivo puesto que en un contexto de dolor el pasado se mitifica para que el recuerdo pueda desempeñar mejor su función paliativa del sufrimiento. Y el individuo que sufre sueña con regresar a un lugar y tiempo mejores⁵, un lugar y un tiempo que nunca fueron tal y como se recuerdan, puesto que se trata de un pasado mitificado (falsificado), precisamente para que pueda servir como paliativo del dolor. Si bien, ello tiende a generar en la persona un proceso paralizante de abulia e inacción, de ensimismamiento en un recuerdo tan falso como feliz, que dificulta que ese individuo asuma iniciativas y proyectos orientados a hacer su situación en el futuro.

Pero no solo recuerdan los hombres, también recuerdan los pueblos, y en ellos el proceso de la nostalgia genera muy distintas consecuencias.

Ello es así porque, sociológicamente, en momentos de zozobra colectiva la idealización del pasado, al proyectarse hacia el futuro, se convierte paradójicamente en un programa político de cambio y transformación. Un programa político que tiene, además, una gran credibilidad social, dado que se trataría de un proyecto *ya acreditado en el pasado*, en tanto que *recordado*.

De este modo es como el recuerdo nostálgico del pasado (mitificado, reelaborado y reconstruido), no produce en el ámbito social la parálisis o abulia que genera en el ámbito psicológico o individual. Todo lo contrario, socialmente considerado el sentimiento de nostalgia genera un proyecto social de futuro que, enormemente reforzado por el sentimiento esencial del regreso, conduce a las sociedades hacia delante (y no hacia atrás, dado que eso que se recuerda no es una realidad sucedida, sino una reelaboración producto de la mitificación).

En las páginas que siguen se tendrán en cuenta los principios metodológicos que venimos describiendo y que aplicaremos a la sociedad europea altomedieval para poder comprender, por un lado, el papel desempeñado por la figura del jurista (como un reconstructor de una ciencia olvidada) y, por otro lado, el inicio del proceso de creación del Estado (como proceso

perdió y en su lugar solo quedó el conocimiento práctico y directo de la propia realidad, sin profundidad ni pretensión de síntesis». GARCÍA-GALLO, 1982: 71.

³ PÉREZ COLLADOS, 1993: 84-89.

⁴ COROMINAS I PASCUAL, 1980-1991: voz «nostalgia».

⁵ Nostalgia alude a *nostos*, que viene de *nesthai* (regreso, volver a casa), y de *algos* (sufrimiento).

de reconstrucción de un imaginario del pasado fruto de la dinámica social de la nostalgia).

Trataremos también de describir el tipo de relación que se genera entre los juristas y el Estado, un tipo de relación que dará lugar a un oxímoron, el cual tendrá como consecuencia, paradójicamente, la extinción de la figura del jurista, tal y como se había concebido hasta la llegada de la Modernidad.

2. RECUERDO Y *IUS COMMUNE*

2.1. Recuerdo de lo que no fue

Tras la caída del Imperio Romano de Occidente «el poder público no dispone más que de agentes poco numerosos e inseguros; su estructura es embrionaria; no está en condiciones de defender la seguridad de los habitantes»⁶. El miedo se irá haciendo más grande conforme avance la Edad Media y a la altura de los siglos VIII y IX vertebrará toda Europa. Un miedo que, además, hace dudar a los hombres de sus certidumbres más básicas, porque Roma era una ciudad eterna, Virgilio había predicho que se extendería hasta regiones «fuera de los caminos del año y del sol». Y, sin embargo, había sido destruida. Donde se había levantado un imperio de seguridad y orden, ahora no quedaba nada.

La guerra, el saqueo impune, los ataques del Islam, o la peste hacen sentir a los hombres pánico, indefensión, sufrimiento. Y en ese contexto se desarrolla en Europa un sentimiento de nostalgia tanto hacia el Imperio Romano perdido, como hacia la unidad perdida en la fe. Y esa doble idea de unidad recibirá «un fuerte impulso de los reyes mismos»⁷.

De esta manera, pretendiendo regresar, se emprendería un camino a un lugar muy distinto del pasado. Sobre el recuerdo de Roma y las ciudades de la antigüedad y de aquel Derecho que era esencialmente municipal, se terminan erigiendo en Europa unas estructuras territoriales (los Reinos) que, construidas teóricamente a imagen y semejanza de lo que había sido el Imperio de Roma, darán lugar a estructuras políticas y jurídicas del todo diferentes a aquel.

Conforme el Sacro Imperio Romano Germánico (primera manifestación de la *nostalgia* europea) fracasa en su proyecto de reunificación, se fortalecerían las nuevas realidades políticas de carácter territorial que fueron los Reinos. Y, finalmente, los Reinos serán el camino mediante el cual la nostalgia por el pasado se rehace y reconstruye, comenzando a mitificarse otros recuerdos que, en el caso de los reinos que comienzan a formarse en la Península Ibérica, tienen que ver con la *reconquista* de territorios a los musulmanes, misión esta que será apoyada por Dios (de lo que quedarán numerosas pruebas irrefutables).

⁶ GANSHOF, 1963: 26.

⁷ MOUSNIER, 1986: 29 y ss.

Los juristas medievales europeos servirán a esta memoria. Una memoria que en la Península Ibérica tendrá dos raíces. Por un lado, recuerdo de ciertas hazañas en el comienzo de la *Reconquista* que habrían dado lugar a un Reino bendecido por Dios y, en ese sentido, recuerdo de ciertas normas y derechos fundacionales y particulares de ese Reino en concreto (*iura propria*). Y, por otro lado, memoria del Derecho romano (*ius commune*).

El recuerdo de Castilla⁸ (o, más específicamente, del Reino de León durante la alta Edad Media), se cimentaba sobre una mitificación del proceso de conquista a los musulmanes de los territorios del antiguo Reino Visigodo de Toledo y, precisamente por ello, inspiraría en Castilla un afán unificador del conjunto de la Península Ibérica. Por ello, el rey de León, Alfonso VI, usaba en sus diplomas el título: *Ego Adefonsus imperator totius Hispaniae*.

Este afán unificador castellano se asienta sobre diversos factores, como la existencia de una sociedad mozárabe por toda la Península⁹, o su texto jurídico representativo¹⁰, y se destaca enormemente por una historiografía hispanista que no duda en afirmar que «por su parte, los otros reinos de la península hubieron de reconocer, como de antiguo lo hacían, esta supremacía jerárquica del rey de León»¹¹.

Catalunya, como el resto de las nacionalidades peninsulares, construirá su propia mitología¹² en la que aparecerán, sucesivamente, los nombres de Wifredo el Velloso, El Duque Otger de Catalón y los Nueve Barones de la Fama, el Conde Borrell II y muchos otros personajes e historias que tienen, como he dicho, una base sociológica producto de la conducta colectiva en torno a la nostalgia, lo que da lugar a un movimiento social en pos de una unidad perdida (en lo político y en lo religioso), que a su vez permitirá en el futuro la reelaboración historiográfica de estas historias para, una y otra vez, reconducir procesos sociológicos hacia nuevos destinos, con la justificación, entre otras, de una pretendida base histórica.

En este contexto, insistimos en que el jurista sirve a una doble tarea: es reconstructor de un pasado jurídico, el Derecho romano, pero también debe ser fiel a tradiciones propias que se recrean en estos mitos *nacionales* que la nostalgia propone.

Esta doble tarea del jurista medieval es la que la historiografía jurídica ha estudiado mediante la referencia a la relación dialéctica que se establece entre el *ius commune* y los *iura propria*, cuya complementación, distinta y particular en cada territorio de Europa, dará lugar a los distintos ordenamientos jurídicos europeos¹³.

⁸ PÉREZ COLLADOS, 1993: 95-116.

⁹ MARAVALL, 1954: 200.

¹⁰ El factor mozárabe en el campo del Derecho se concretaría en la pervivencia del *Liber Iudiciorum*. A este respecto, cfr. OTERO VARELA, 1959: 557-574; o IGLESIA FERREIRÓS, 1977: 99-424.

¹¹ MENÉNDEZ PIDAL, 1957: 234-235.

¹² Cfr. SUNYER, 2006. VILLANUEVA, 1994: 75-87.

¹³ En Cataluña esta relación entre *ius commune* y *ius proprium* es bien conocida y se materializa en la glosa y comentario de textos como el *Liber iudicum popularis*, los *Usatges de Barce-*

2.2. *Ius commune*

Como en aquella novelesca hipótesis que proponía MacIntyre y que transcribíamos al comienzo de estas páginas, en torno a los siglos VIII y IX se produce en la Europa occidental un esfuerzo de reconstrucción de una ciencia que se había perdido, la ciencia del Derecho. Esta reconstrucción estaba motivada por la necesidad de restaurar un pasado que se recordaba como glorioso, próspero y justo.

Pero por el camino de aquel recuerdo mitificado y de aquella reconstrucción de una ciencia conservada tan solo parcialmente, se llegaría a un lugar conceptualmente bien distinto al que iluminaba en el recuerdo el comienzo de aquel viaje.

Las leyes que se pretendía recuperar estaban perdidas y desperdigadas, su literatura se había olvidado, sus principios y cultura habían sido pasto de la estulticia, de la guerra y del tiempo.

Se conservaban páginas sueltas, algunas parcialmente quemadas, se conservaban algunos libros, a menudo cercenados, desgualdrados; en algunos monasterios había bibliotecas en donde podrían, quizás, conservarse textos más completos. Allí se escondería la noticia de aquellos tiempos pasados a los que había que regresar. Se trataba de volver. De restaurar.

Pero volver no es nunca un camino sencillo. Paradójicamente, volver es un camino que lleva allá a donde nunca antes se había vivido.

3. EL DERECHO MEDIEVAL Y LA FIGURA DEL JURISTA

Durante la alta Edad Media y con anterioridad al proceso jurídico de construcción del *ius commune* la concepción del Derecho que atraviesa Europa es una concepción que se ha venido en llamar *subjetiva*. El proceso de reconstrucción, de *regreso* a un pasado mejor, suponía desde el punto de vista jurídico la transición de una concepción subjetiva a una objetiva del Derecho¹⁴.

Tras la caída del Imperio y derrocada la enorme maquinaria del poder secular, el silencio absoluto y la atmósfera de polvo y ruina se fue ocupando, poco a poco, por Dios. De esta forma, todo el orden social existente se fundamentaría en un Dios que habla a los hombres a través de la conciencia. En el interior de cada hombre se hacía *sentir* la voz de Dios.

Este sentimiento *subjetivo* de justicia debía ser hecho valer por cada ser humano, como una misión. Porque Dios impone su justicia a través de los

lona, las *Commemoracions de Pere Albert* o las *Constitucions de Catalunya*. Cfr., respectivamente: ALTURO, 2003: 256-270; C. AMORÓS (Imp.), 1544; J. DE SOCARRATS, 1551; T. MIERES, 1621. Es ilustrativo, el listado de juristas catalanes medievales y su obra en G. M. DE BROCA, 1985: 253 y 386-401.

¹⁴ ORESTANO, 1987: 323 y ss. y 235-280. MONTAGUT, 2003: 273.

hombres. Es por ello que la posición de cada cual en el mundo es fruto de su voluntad y debe servir para materializar la justicia divina.

En ese contexto, no cabe diferencia alguna entre moral y Derecho, pues todo es, en último término, fruto de la voluntad de un Dios que se manifiesta *sentimentalmente* en el interior de cada hombre y se impone a través de la posición de preeminencia de cada ser humano en el mundo (unas situaciones de poder y preeminencia que se justifican, a su vez, por ser el camino mediante el cual se materializa la voluntad de Dios en la Tierra).

El proyecto de restaurar el Imperio y, por consiguiente, restaurar también su ordenamiento jurídico tendría unas consecuencias enormes desde el punto de vista de la concepción del Derecho, dado que implicaba superar la concepción subjetiva del mismo y avanzar hacia una concepción objetiva: el Derecho ya no sería un sentimiento (la voz interior de Dios en la conciencia), sino una realidad *objetiva* y constatable: el conjunto del Derecho romano, el *Corpus* justiniano.

Se desarrollará la teoría de que la justicia (por definición, de carácter divino), sería la *equidad ruda* implantada por Dios en el mundo, la cual constituía el límite y la inspiración de cualquier potestad normativa¹⁵.

La concreción de esa *equidad ruda* en normas de carácter positivo, específico y afinado era perfectamente posible y se había llevado a cabo en la mítica época del Imperio Romano, plasmándose en un Derecho que pasaría a llamarse, por ello, *ratio scripta* (el Derecho romano y, con el tiempo, también el canónico), de manera que en aquellos textos sería posible colegir los principios, argumentos y criterios del orden jurídico creado por Dios¹⁶.

Todo ello explica que, en un primer momento, la labor de aquellos *juristas* no fuera otra que buscar los textos, rescatarlos, tratar de comprenderlos, ordenarlos, concordarlos, pensarlos. En definitiva: glosarlos.

La *ratio scripta* constituía una razón en sí misma. De lo que se trataba era de recuperarla.

Pero a partir del siglo XII la historia del pensamiento jurídico en la Europa occidental sufre un cambio. Se trata de una transformación que dotará a la concepción de la labor del jurista y al sentido del Derecho romano de una dimensión nueva.

Se afirma habitualmente que la glosa, como método, se agota: recuperados todos los materiales, ordenados todos los textos, coordinadas y concordadas todas las normas, el jurista pondrá su atención ya no solo en el texto jurídico, sino, y también, en la realidad social.

¹⁵ VALLEJO, 1992. La distinción entre *aequitas rudis* y *aequitas scripta* es básica en la teoría jurídica medieval. MEYERS, 1941: 118-119; CALASSO, 1967: 258; GROSSI, 1996: 180.

¹⁶ En este sentido, Alberico DE ROSATE sostendría ya en el siglo XVI que el Derecho y la Justicia difieren en cuanto a *substantia* (serían realidades esencialmente diferentes, y no especies de un mismo género de realidad), en el sentido de que la Justicia era *aequitas rudis* o, en otras palabras, una equidad no concretada en preceptos específicos. Frente a ello, el Derecho se define como una equidad concretada en una legislación específica. ROSATE, 1585, com. a 1, 1.

Se afirma habitualmente también que en el siglo XIII el jurista ya ha sido capaz de construir una nueva manera de pensar su ámbito (el Derecho), en relación con los problemas y conflictos sociales que debe solucionar.

Esta nueva manera de pensar el Derecho y su función suele explicarse sucintamente del modo siguiente: el jurista propondrá una solución a la cuestión social que se le plantea, no desde un planteamiento sistemático (tomando al conjunto del Derecho romano como un *sistema*), sino desde un planteamiento tópico.

Pero mantener que el Derecho no se interpretaba en aquella época como un sistema (un *órgano* dotado de principios, axiomas y conceptos perfectamente sistematizados que fueran capaces de generar una solución al caso concreto planteado), implica un cambio conceptual trascendental: era tanto como decir que la *ratio* no residía en el Derecho, sino en la realidad social, en el supuesto de hecho que debe resolver el jurista.

De este modo, el nuevo planteamiento que emerge a partir de la Escuela del Comentario, proponía que debía ser el caso concreto planteado (el supuesto de hecho) el que debía iluminar al jurista para que fuese capaz de hallar o bien la ley, o bien el principio, o la regla de interpretación, o bien el precepto religioso que dotara de autoridad y de sentido a la solución que se proponía¹⁷.

Ello podría tener como consecuencia (y desde el punto de vista del jurista contemporáneo), cierta apariencia de inconsistencia; porque lo que un jurista consideraba adecuado para justificar una decisión perdía valor al respecto de otra decisión que pudiera tomar, si el contexto y las circunstancias eran diferentes.

Que esto nos cause sorpresa se debe a que en ello radica una de las diferencias básicas entre nuestra cultura jurídica contemporánea occidental y la cultura jurídica del *ius commune* a partir de la etapa del Comentario: hoy en día partimos de la base de que la realidad concreta (los hechos simples) no tienen capacidad para generar criterios de *deber ser*, sino que estos criterios los debemos hallar en el universo normativo del Derecho, que está dotado de su propia lógica. Una lógica que, en materia de justicia, debe imponerse a la realidad.

Y es en el cambio del modelo de la Glosa al del Comentario cuando se consolidaría esta tendencia inversa a lo que hoy en día consideramos natural. Y en la raíz del cambio estaría la recepción medieval del Aristotelismo en Europa occidental, influencia fundamental en la transformación que implica el paso de la Glosa al Comentario, y en la conformación de la mentalidad jurídica bajomedieval¹⁸.

¹⁷ Cfr. RODRÍGUEZ PUERTO, 2001: 363-384. En general, sobre la formación y evolución del *ius commune* en Europa las referencias son muy extensas. Sin ninguna pretensión de exhaustividad, prefiriendo los trabajos más próximos a los ya clásicos: CONTE, 2009; CONSTABLE, CRACCO, KELLER y QUAGLIONI, 2003; CORTESE, 1995; GROSSI, 1996; BERMAN, 1983.

¹⁸ En este sentido y centrandó la importancia de la recepción aristotélica en la figura de la epiqueya, cfr. RODRÍGUEZ PUERTO, 1998: 81-111.

Podría considerarse probado que los juristas de la glosa desconocieron la filosofía aristotélica¹⁹. Para algunos, la escasa influencia de la filosofía de Aristóteles debería hacerse extensiva a los juristas medievales en general²⁰.

Sin embargo, y en nuestra opinión, no puede ser casual que coincida la recepción de Aristóteles en Europa, a través de Tomás de Aquino, con la aparición y generalización de la escuela del Comentario. Muy al contrario, consideramos que esta recepción sería una de las causas de la aparición y expansión del Comentario. Y sería la doctrina aristotélica sobre la epiqueya el centro de influencia del aristotelismo en el campo del Derecho²¹.

Las concepciones de los glosadores nunca fueron más allá de la teoría de la *aequitas* romana, que en ningún caso suponía quebrantar o ir más allá del tenor literal de la ley; de hecho, la *aequitas* se definía, meramente, como *justicia*.

En Aristóteles se parte de la distinción entre ambos conceptos (justicia y epiqueya), sin llegar a afirmar que se trate de entidades del todo disímiles (dado que eso sería tanto como decir que lo equitativo no es justo), sino de distintas manifestaciones de «lo justo».

En concreto, Aristóteles afirma que «lo que ocasiona la dificultad es que lo equitativo, si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal»²², dado que, como concretara Tomás de Aquino, las normas generales solo son idóneas en los ámbitos en donde los sucesos se producen con arreglo a las leyes de la necesidad; sin embargo, en los asuntos humanos las leyes de la necesidad no operan, puesto que en ellos puede decirse que algo es cierto en general y, sin embargo, no serlo en supuestos concretos²³.

Resulta interesante, en este punto, recordar que para Aquino (como para Aristóteles), lo auténticamente real no eran las *ideas* o los *universales*, sino la realidad concreta y específica²⁴. Por ello, Aquino creía que la *lex* era una realidad incompleta que, por su propia naturaleza, no podía abarcar el ámbito de lo humano. Frente a ello, el *ius* haría referencia a la justicia que exigiría el contexto de cada realidad concreta.

Para alcanzar esa justicia (la de la epiqueya) serían necesarias, por tanto, dos realidades (y ya no solo una), y al lado del Derecho se erigiría como imprescindible una segunda realidad: la figura del jurista, aquel que fuera capaz de aplicar la norma general al caso específico.

La propuesta de Aquino parte, por tanto, de la necesidad de la ley (del Derecho), del criterio *universal*. Pero exige también la presencia del jurista como medio imprescindible para establecer la epiqueya del caso concreto.

¹⁹ OTTE, 1968: 368-393.

²⁰ Respecto de la figura de la epiqueya, es lo que afirma, por ejemplo, KISCH, 1960: 18, 31 y ss. y 173.

²¹ Al respecto de la recepción medieval de la doctrina aristotélica de la epiqueya, seguiremos a D'AGOSTINO, 1976, muy especialmente pp. 76 y ss.

²² ARISTÓTELES, 1993, lib. V, 1137 b 5-25.

²³ AQUINO, 1964, lib. V, lectio XVI, 1084.

²⁴ FOREST, 1931.

En esa labor, el jurista llevará a la ley, mediante la interpretación, *más allá de las palabras textuales del precepto legal*²⁵, con la finalidad de alcanzar la justicia de cada caso específico y concreto. Y será esa función, precisamente esa, y no tanto el conocimiento literal de los preceptos legales, la que defina la condición medieval del jurista. Con palabras de Piano Mortari:

«Come nel pensiero antico, il concetto di prudenza indicava il possesso di una formazione culturale la cui nota essenziale era il valore attribuito alla sensibilità per il concreto, alla capacità da parte del prudente di saper scegliere, al pari dell'artista, anche gli strumenti più idonei per il suo operare, di saper utilizzare un bagaglio di conoscenze tecniche speciali. La conoscenza del prudente era interamente orientata a soddisfare i bisogni dell'agire»²⁶.

4. EL JURISTA Y EL ESTADO

Hemos visto de qué manera el jurista medieval, construido sobre el recuerdo del jurista de Roma en la época clásica, termina por constituir ya en la época del Comentario una figura muy distante de aquella que le sirve de espejo²⁷. Y este espejo del pasado, del que se aleja conforme pretende emularlo, seguirá siendo su guía en un camino inverso que, como veremos, le conducirá a la destrucción.

Es una idea generalizada la que afirma que conforme el proyecto del Sacro Imperio Romano Germánico pierde fuerza, la idea de la reconstrucción de la unidad es asumida por los diversos Reinos europeos. Para ello, se adaptará el Derecho romano mediante una fórmula que juristas franceses comienzan a generalizar a partir del siglo XIII: *rex in regno suo est imperator*²⁸.

²⁵ AQUINO, *op. cit.*, lib. V, lectio XVI, 1087: 298.

²⁶ PIANO MORTARI, 1976: 165.

²⁷ Sobre los juristas en la Roma clásica cfr., entre múltiple bibliografía, SCHIAVONE, 1991: 105-120; WATSON, 1995, especialmente pp. 206 y ss.; PARICIO, 1999.

²⁸ La unidad universal pretendida por el proyecto imperial no se perdía, sino que quedaba garantizada por la *auctoritas* de la Iglesia, que era compatible con la existencia de los diversos príncipes temporales. Mochi ONORY, 1951: 139.

La relación entre los Reinos europeos emergentes y el Imperio será compleja y se articulará de diversas formas. Juristas tan relevantes como BARTOLO nunca dejarán de afirmar la supremacía del emperador (en el índice temático que acompaña a las obras de Bartolo pueden leerse, entre otras, las siguientes afirmaciones: *imperatur est dominus totius orbis; denique imperator ab imperio universalis et totius mundi dominus est; et qui diceret imperatorem non esse dominum et monarcham totius orbis, esset forte haereticus*. Cfr. *Index in Bartholi Saxoferratei praelectiones quas in univsum iuris corpus in hunc diem...*, LUGDUNI, 1546. Pero ello se articulará con teorías como la de la *exceptio ab imperio* que daba lugar a la posibilidad de que ciertos Reinos mantuvieran una inmunidad frente a la *auctoritas* del emperador. En el caso de los Reinos ibéricos, se alegaba la circunstancia de que el Reino visigodo habría adquirido la *exceptio ab imperio* del emperador Justiniano a cambio de la franja sur de la Península que le habría entregado Atanagildo o, en todo caso, se habría logrado esa *exceptio* más tarde, cuando mediante el enfrentamiento militar el Reino visigodo se había anexionado esos mismos territorios (cfr. OTERO VARELA, 1964: 141-162. Curiosamente, en Cataluña, sería esa *exceptio ab imperio* la que alegraría Ramón Berenguer I para justificar su potestad normativa y redactar los *Usatge*s (cfr. *Usatge*, 3).

La cuestión es compleja, y se articula de diversas formas, pero tiene como consecuencia la creación paulatina a través de los siglos de una maquinaria que, llegada la contemporaneidad, sería denominada Estado.

Y en la construcción de aquel monstruo, que acabaría devorándolos, los juristas serán, paradójicamente, ingenieros y artesanos, albañiles y arquitectos. Operarios omnipresentes en la creación de aquel edificio; dando lugar, al final del proceso, a una especie de oxímoron que terminará por destruirlos.

Pero, independientemente de ese final que, sin duda, no podían intuir, su labor sería inescindible de la formación histórica del Estado en Europa. Bracton redactaría su *De Legibus et Consuetudinibus Anglia* entre 1272 y 1277. Por la misma época Philippe de Beaumanoir elaboraría en Francia una teoría del poder regio basándose en el Derecho romano y canónico; y en esos mismos tiempos los juristas de la Corte de Alfonso X construían el edificio teórico de la potestad normativa del rey²⁹.

Es evidente que la labor de los juristas fue imprescindible en este proceso de construcción, pero ¿cuáles fueron los parámetros culturales desde los que los juristas ayudaron a construir el edificio del Estado?

Con anterioridad, afirmamos que si en el siglo XII la influencia jurídica de Aristóteles había definido el itinerario futuro del Derecho, en el siglo XVI habría sido la figura de Cicerón la que cobraría protagonismo. En su obra encontramos descrito el tradicional equilibrio entre los tres poderes de la República: el *imperium* de los magistrados, la *maiestas* de los Comicios populares y la *auctoritas* del Senado. En ese contexto político el Derecho (el *ius*) era fruto de la *auctoritas*, y la Ley (la *lex*) era producto de la *potestas*³⁰.

Los magistrados estaban imbuidos de la *potestas* que les venía delegada por el *populus* a través de los Comicios. Era la *maiestas* del pueblo que, delegada, investía de potestad a todas las magistraturas y les permitía promulgar leyes. La potestad tenía, por ello, dos atributos: por un lado era delegable y, por otro, ámbito o circunscripción territorial (el de la *maiestas*, y de la jurisdicción del magistrado).

La *auctoritas*, por el contrario, no sería delegable, ni se ceñiría a ningún ámbito territorial concreto. Y ello porque la *auctoritas* se concebía como algo inescindiblemente vinculado a la *prudentia* de quien la poseía y, por ello, no se podía delegar, ni estaría circunscrita a ninguna frontera.

El Derecho, en su ámbito privado, emanaba de la *auctoritas* de los *iurisprudentes* que eran los que resolvían las controversias entre particulares;

²⁹ Al respecto, cfr. MAILTAND, 1908; FISHER, 1968: 54-92; ULLMANN, 1971: 174-176; MOREL, 1851; NIETO SORIA, 1989: 55-68, o GARRIDO REDONDO, 2000: 483-506; y 2012: 339-354.

³⁰ Cfr. *Las leyes*, de CICERÓN. El mismo CICERÓN nos ofrece un ejemplo de *auctoritas* ligada a la *prudentia* personal de un jurista, Quinto Mucio ESCÉVOLA (cfr., *Brutus*, 117) quien a propósito de la conocida causa Curiana habría fundado su opinión en la *auctoritas patris sui*, *qui semper id ius defenderet*. Una *auctoritas* que, según el propio CICERÓN (cfr. *De senectute*, 61) *non in sententia solum, sed etiam in nutu residebat*. Estas y otras concreciones del vínculo entre el concepto de *auctoritas* y el Derecho, en DOMINGO, 1997: 183-190 y 1999, cap. I.

del mismo modo, el Derecho, en su ámbito público, emana de la *auctoritas* del Senado.

Se podría concluir, por tanto, que el Derecho sería la obra de los juristas y del Senado, fruto de su *auctoritas*³¹.

Distinta *sustancialmente* del Derecho sería la Ley. Y es que la Ley se definiría durante la República como el producto de la *potestas* de los magistrados (Ley con o sin contenido jurídico)³². La Ley no necesitaría de la *auctoritas patrum*, propia del Senado o del *iussum Populi* que caracterizaría a los Comicios.

El *iussum* era la autorización (delegación), que necesitaba quien estaba revestido de *potestas*. Por eso, y al contrario de lo que ocurriera con la *auctoritas* que, como explicamos, era indelegable, la *potestas* era, por definición, delegable. Por lo mismo, y de nuevo al contrario que la *auctoritas*, que se presenta como universal, la *potestas* será, siempre, territorial, dado que se circunscribe al ámbito de autoridad de los magistrados que la ostentan.

Hay que tener en cuenta que la delegabilidad de la *potestas* se complementaba perfectamente con el principio político del Derecho romano que afirmaba que el *imperium* era *indivisible*³³, lo que hacía necesaria la delegabilidad de la *potestas* en un ejército de magistrados que fueran capaces de materializar el gobierno de la República. Unos magistrados que, ejerciendo la *potestas*, tendrían un claro contrapeso en la *auctoritas* del Senado, de los jueces y de los juristas.

La corrupción de la República y el surgimiento del Imperio dio lugar a una importante confusión entre estos conceptos políticos y jurídicos. Muy en resumen, la situación que se genera a partir de Octavio Augusto sería la siguiente: en la medida en que Augusto decide que las respuestas de los juristas fuesen dadas *ex auctoritate Principis* y no ya *ex auctoritate iuriconsultorum* hará depender una instancia basada en la *auctoritas* (las decisiones jurisprudenciales), de una instancia basada en la *potestas* (el príncipe). Eso, sumado a que el Senado (instancia depositaria de la *auctoritas* por antonomasia), pasara a desempeñar funciones legislativas, da lugar a una confusión entre autoridad y potestad que concluye en la aparición de un nuevo tipo de *imperium* (el del Emperador), que gobernaría con un tipo de *potestas* superior al ordinario, dado que estaba fundamentado en una nueva *auctoritas*³⁴.

La consecuencia sería evidente: las instancias basadas en la *auctoritas* que hasta ese momento habían ejercido un contrapeso frente al *imperium* de las magistraturas quedarían enormemente debilitadas frente al nuevo poder, de manera que este nuevo poder sería un poder sin contrapeso, sin límites.

³¹ La *auctoritas* podría provenir también de la *communis opinio* o residir en una *regula veterum*. Cfr. WIEACKER, 1988: 498.

³² D'ORS, 1980: 312-329.

³³ *Imperium nullum nisi unum*, dirá CICERÓN, *De re publica*, 1, 38, 60.

³⁴ Al respecto, cfr., D'ORS, *op. cit.*, p. 239.