

*Revista Cruz del Sur*

2021

Año X

Número 43

ISSN: 2250-4478

---

<http://www.revistacruzdelosur.com.ar>

*Estudios e  
Investigaciones*



## Uso y abuso del derecho común en la literatura jurídica

por

**Alberto David Leiva**

Como creación doctrinaria, el Derecho Común fue controvertido desde su origen, y su desarrollo dio lugar por vía de alegación a la llamada común opinión de los doctores que, expresada a través de la doctrina unánime (*communísima*) o bien mayoritaria (*communis*) de los autores, dio lugar después a la aparición de obras recopilatorias como el *Alfabeto Jurídico* de Gil de Castejón, y a la exposición confrontada de opiniones discordantes, como en el caso de las *Comunes contra comunes*, de Jerónimo de Cevallos.

Ante el aumento sostenido de remisiones a la opinión de los autores, la ascendente monarquía comenzó a proteger el Derecho Real. En Castilla la Real Pragmática de Juan II del 28 de febrero de 1427, ordenaba que no se juzgara por doctrina de legistas y canonistas posteriores a Bártolo y a Juan Andrés; y la Ordenanza de los Reyes Católicos de 1499, dispuso que en defecto de ley se podría reconocer únicamente la autoridad de Juan Andrés y del Abad Panormitano en materias canónicas y de Bártolo y Baldo en materia civil.

Así las cosas, al juez de la Edad Moderna se le hizo cada vez más difícil apartarse de la *communis opinio*. En 1505, considerando que “*la muchedumbre de los doctores trajo más males que bienes*”, las Leyes de Toro ordenaron guardar el orden de prelación jurídica establecido por el Ordenamiento de Alcalá de 1348. Este no mencionaba la doctrina, pero como desde los inicios de ésta época la enseñanza universitaria había formado la mentalidad de los autores, de los jueces y de los letrados practicantes, en el respeto por el legado del pasado y el menosprecio del Derecho Real, la consecuencia inmediata fue que los juristas consideraron derogadas las antiguas

leyes de citas, aumentando indiscriminadamente el número de éstas y las referencias a los autores de Derecho Común.

Las citas y notas llegaron a ser tantas, que fueron tímidamente criticadas por lo menos desde mediados del siglo XVI. Así, el polifacético Rabelais, en su conocida obra *La inestimable vida del gran Gargantúa, padre de Pantagruel*, se burla del uso indiscriminado del argumento de autoridad científica.

Al exponer el origen del personaje dice: “Pantagruelistas antiguos y prestigiosos han confirmado lo que digo, declarando no solamente posible, sino también legítimo, el hijo nacido de mujer en el oncenno mes después de la muerte del marido”, y cita a Hipócrates, Plinio, Plauto, Marco Varrón, Censorino, Aristóteles, Gelio, Servio “Y mil otros locos, el número de los cuales ha sido aumentado por los legistas, ff. *De suis et legit, l. Intestato fin, y In Authent. De restitut. Et ea quoe parirt in XI mense*. Además han embrollado también su estafalaria ley, Galo, ff. *De lib. Et ppsthum, et L. Septimo ff. De Start, homin.*, y algunos más que por el presente no oso mencionar”.<sup>1</sup>

En otro pasaje, para probar que la luz es blanca dice: “ Para probar esto os podría remitir a un libro de Lorenzo Valla contra Bártolo”<sup>2</sup>, y agrega en otras páginas para completar la sátira que “un hombre de bien, un hombre sensato, debe creer siempre lo que le dicen y lo que ve escrito”<sup>3</sup>.

Ayudados por las nacientes técnicas bibliográficas, desde principios del siglo XVII, los legistas de la época moderna adornaron sus escritos con abundancia creciente de citas y notas del *Ius Commune*.

Lo primero que se ofrece a la vista del lector de este tipo de libros, es un discurso acompañado por un torrente de notas, muchas veces secundarias, en apoyo de una prosa que en aquel siglo XVII se creyó florida y que luego se consideró macarrónica y poco convincente.

---

<sup>1</sup> François Rabelais. *De la inestimable vida del gran Gargantua padre de Pantagruel*. Pág. 26. edición Hyspamérica, Buenos Aires, 1984.

<sup>2</sup> *Ibm.* Pág 46.

<sup>3</sup> *Ibm.* pág. 36.

Los ejemplos, que son siempre numerosísimos, se incluyen mas para demostrar conocimientos que para reforzar las ideas. Durante el desarrollo del escrito, un tema daba pié al autor para abordar otro, y este, otro a su vez, y así podía seguirse de modo indefinido, hasta enfocar nuevamente el asunto principal. Los temas allí desarrollados se presentan uno dentro de otro, siguiendo la misma técnica en las notas; que reproducen la complicada estructura de los libros citados por el comentarista. Doctrinariamente esta manera de exponer representa el triunfo absoluto del argumento de autoridad científica.

Llama la atención del lector en este tipo de obras, tanto el modo de escribir como el de citar. Las citas reconocen en algunos casos una deuda intelectual; en otros buscan elaborar un cuerpo de datos al que puedan recurrir con provecho sucesivos estudiosos. Se dan así a conocer a los eventuales lectores todos los libros disponibles sobre un tema, aunque de hecho no se hayan podido consultar personalmente. En muchas ocasiones, por su exagerada amplitud parece que las referencias sólo intentaran seguir la marcha hacia adelante de la inteligencia humana.

Generalmente el estilo predominante es poco propicio a la claridad, y muchas veces las notas al pie interrumpen la fluidez del texto pero, en general, da la impresión de que se pretende practicar una densidad verdaderamente sinfónica, en la que el aparato de erudición se integra perfectamente con el texto hasta el punto de convertir al libro en un sucedáneo de la mejor librería.<sup>4</sup> Los textos están escoltados por una ancha banda de citas y notas y su lectura, que nunca puede ser rápida, obliga a idéntico trajín. Desde el punto de vista estético, parece como si una caja de imprenta estuviera contenida dentro de otra.

Hay que tener presente que este despliegue erudito no fue construido sin esfuerzo, y también resulta conveniente destacar que ocasionalmente se citaron de memoria libros que no se tenían a la vista o apuntes que no se podía confrontar. Por otra parte, más de una vez al formular las citas aquellos escritores, abreviaban sin

---

<sup>4</sup> Hoy nos tienta pensar que estos autores daban por seguro que nadie podría jamás seguir el hilo de las citas con que abrumaban al lector.

discreción muchos títulos de obras y ocasionalmente modificaban algunos nombres de autores. Pero era imprescindible ponerlos, ya que las citas y notas contribuían a obtener un alto grado de credibilidad, y la pericia del jurista podía diagnosticarse por la cantidad de citas y notas que incluía en sus escritos. Cabe destacar, sin justificar la crítica indiscriminada que se hizo a los autores del *Ius Commune* en el siglo de las luces, que el aumento de notas y citas se vio a la larga acompañado por un descenso en la calidad de los textos.

Los letrados por su parte, conociendo la enorme importancia de que gozaba el argumento de autoridad científica, buscaron reproducir en sus escritos el aparato erudito que se desplegaba con gran éxito en las obras de doctrina.

La naturaleza casuista del Derecho, determinaba que el tejido con el cual trabajaba el jurista estuviera formado por leyes y opiniones en pugna; con cierto desdén o indiferencia hacia la construcción de principios o el despliegue de esquemas abarcadores.

**Durante el siglo XVII**, la sabiduría jurídica tocaba estrechamente a cada paso lo teológico, y aún se profesaba un saber jurídico vinculado a la aceptación de la noción de justicia como valor, no sólo exterior a cualquier orden normativo, sino muchas veces superior a él; en este caso a la misma ley que se solía comentar.

Por aquella época, los juristas estaban entrenados para concordar el orden divino eterno e inmutable, comprendido por el saber teológico, con el orden humano reflejado en el derecho positivo, y buscaban demostrar su armonía por medio de constantes remisiones a los dos ordenamientos. Este saber conjunto y combinado, fue una realidad cotidiana en la medida en que -después de recorrer un camino conjunto durante siglos- en la primera mitad del siglo XVII estaba todavía en sus inicios el proceso de separación y especialización de la materia que en la actualidad se suele llamar jurídica. En los años previos a la Enciclopedia los juristas todavía solían insistir en exigirle al juez que imitase por sobre todas las cosas y en todos los casos posibles, la decisión de Dios.

**El siglo XVIII** trajo consigo, en el campo jurídico, una desvalorización del Derecho Romano en beneficio de la aplicación

del Derecho Real; cambio que se reflejó primero en la doctrina y también a su turno en la forma de redactar los escritos forenses. Esto cuando las citas de autores y leyes romanas, perdieron también importancia frente a las de leyes reales, no sin antes vencer una difusa resistencia.

Aprovechando el nacionalismo fomentado por las monarquías absolutas, se criticó al Derecho Romano como extranjero. En España insistían los autores ilustrados en que su estudio ocupaba mucho tiempo a los estudiantes en detrimento del Derecho Real, único de verdadera aplicación en el reino.

Así por ejemplo, el prestigioso jurista español don Pablo de Mora y Jaraba, escribía en 1748 criticando el uso práctico del Derecho Romano, y poniendo de relieve los verdaderos tormentos a que debía someterse el intelecto para armonizar preceptos tan lejanos en el tiempo con la realidad cotidiana.<sup>5</sup> En cambio, Juan Francisco de Castro, que deseaba también terminar con las invocaciones de autores y leyes romanas, reconocía con pesar en 1765 que éstas resultaban aún muy útiles en su tiempo, y que seguirían todavía siéndolo por muchos años.<sup>6</sup>

La misma enseñanza seguía dirigida a adiestrar al estudiante en el conocimiento de textos legales y obras jurisprudenciales, sobre el entendimiento de que el derecho era el arte problemático de decidir los casos suscitados."<sup>7</sup> La crítica habrá de extenderse entonces a la universidad que, por los estudios que ofrecía, se dice que preparaba a los estudiantes más para ser pretores que para ser jueces. Y es lógico pensar que, en la vida profesional frente a los casos concretos, éstos se inclinaron a las soluciones de los romanos y no al Derecho Real.

Desde 1713 un Auto Acordado del Consejo de Castilla insistía en que tanto el Derecho Romano como el Derecho Canónico no eran leyes, sino "*sentencias de sabios*", y como tales debían ser

---

<sup>5</sup> Pablo de Mora y Jaraba. *Los errores del Derecho Civil y abusos de los jurisperitos*. Madrid, 1748.

<sup>6</sup> Juan Francisco de Castro. *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*. Madrid, 1765.

<sup>7</sup> Víctor Tau Anzoátegui. *Casuismo y sistema*. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Buenos Aires, 1992. Pág. 242.

seguidas sólo en caso de defecto de ley. La solución impuesta por la Corona, consistente en la concordancia de ambos derechos, se vio facilitada por la aparición del *"Digesto teórico práctico o recopilación de los Derechos Común, Real y Canónico, por los libros y títulos del Digesto"*, obra del Licenciado Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca. Este reunía en 18 tomos aquellas concordancias y su fundamento, "para evitar de este modo la confusión que resulta de la mezcla de lo inútil con lo útil y practicable".<sup>8</sup>

El público de letrados que recibió estas obras, tuvo también a su alcance por aquellos años un pequeño libro titulado *"El Abogado penitente y el pleito más importante"*, publicado en Valencia por primera vez en 1747. Obra del conocido abogado catalán José Berní y Catalá, el trabajo rehuía deliberadamente la forma doctrinaria, adoptando en cambio la simpática modalidad de diálogo entre un abogado y su confesor, y también entre éste y un escribano.

El estilo ameno de la obra, nos permite formarnos una idea de algunos abusos corrientes en la época cuando el referido penitente confiesa de qué modo confecciona habitualmente sus escritos: "no puede haber punto fijo, pero a causa de asegurar mi conciencia diré: Antes de entrar en el hecho, noto algunas autoridades de Cicerón, Virgilio, Aristóteles, etc. en alabanza de la Justicia; y por vía de exordio, otras doctrinas a favor de la autoridad del juez, y en cuando en cuando , algunos versitos latinos."

Después manifiesto el hecho y digo: *Porque del hecho nace el derecho*, cuya proposición acompaño con *ff*, Código y Autores, *Que la verdad luce como el sol*, *ff* , Código y Autores, y últimamente, manifiesto al juez que *seré breve, porque la brevedad llama la atención de los lectores*, Código, *ff* y autores. En todo esto se pasan dos hojitas; y por remate, divido las dificultades; y al tenor de cada

---

<sup>8</sup> *Noticia de las obras que en 1 de enero de 1795 se hallan en venta en el despacho de la Imprenta Real; y en beneficio de quien la necesite por mayor, desde diez ejemplares de cada obra se baxará un cinco por ciento de sus precios en papel.* [Folleto remitido en 28 de julio de 1795 desde Madrid a don Félix de la Rosa, residente en Buenos Aires]



una, alego mis leyes, cargo los márgenes de autores, y a pocos trechos digo *ibídem*, y al pie de la letra refiero la autoridad.”<sup>9</sup>

Peor se comporta todavía el supuesto penitente en las juntas con sus colegas. Tengo una poliantea, dice “que contiene noticias generales de todas las facultades, si los litigantes son zapateros, *vg.* saco la antigüedad del oficio, y quien le inventó, con otras cositas que llaman la atención: después pondero una decisión de la Rota, un voto de Barbosa; un lugar de Farinacio, y por remate el Cardenal de Luca, o Bártolo, Baldo, o Juan Andrés; y como estos autores son muy extensos, y nadie les lee con particularidad; esto es haciendo formal estudio de ellos; los demás abogados bajan la cabeza, parándose más en mi fama que en lo sólido de las doctrinas, y en verdad es que ni ellos ni yo hemos visto tales citas en la fuente, pues en cuanto a mí las he visto en un papel en derecho antiguo”.<sup>10</sup>

Como se nota, la sátira alude por igual a legistas y canonistas. Esto se comprende, porque todavía a principios de siglo XVIII existían aún muchos “sabios universales”, que insistían en que un estudioso cosmopolita debía abarcar -hasta donde llegaran sus luces- todos los conocimientos posibles, adicionando al tema central de su trabajo un verdadero torrente de información que hoy consideramos periférica.

No era la primera vez que se criticaba el beneplácito hacia la antigua ciencia jurídica; pero a partir del Derecho Natural Racionalista, que aportó a la teoría un contenido de reforma social, la crítica y relativización del Derecho Romano debían conducir naturalmente al reclamo de una nueva legislación. Ésta suficientemente capaz de establecer las leyes positivas como protectoras de la libertad, la propiedad y la igualdad de los ciudadanos.

Durante el siglo XVIII se buscó crear un orden jurídico nuevo. La Ilustración, comprometida en la negación del pasado, adquirió características propias al confrontarse con la ciencia jurídica heredada, que encarnaba como pocas el legado de la historia.

---

<sup>9</sup> Joseph Berní y Catalá. *El abogado penitente*. Valencia, 1747. Pág. 20

<sup>10</sup> *Idem*. Pág. 25/26.

En el ambiente intelectual, ya se había abierto camino una marcada desconfianza hacia esa herencia del pasado, a la que se consideró indiscriminadamente como una sucesión ininterrumpida de errores, que habían terminado por conculcar todos los derechos de los pueblos.

Creían aquellos hombres en la autoridad basada en la razón y en que los pueblos serían felices cuando los gobernasen los filósofos, entendiéndose como tal “filósofo” al intelectual que aplicaba su inteligencia al progreso de las luces.<sup>11</sup>

Era ésta una fórmula elogiada, muy difundida por los enciclopedistas y que se basaba en la creencia optimista de que la inmensa mayoría de los problemas sociales podrían llegar a resolverse mediante discursos y reflexiones prudentes. Desde esta posición, los autores de la época sostenían la necesidad de efectuar la revisión de todas las fuentes del derecho.

Cuando el criticismo del siglo se aplica al campo del derecho es casi siempre para censurar al Derecho Romano o a leyes y costumbres españolas muy antiguas, provenientes de “tiempos tenebrosos” fruto de una “grande ignorancia”, a las que se pretende adecuar a los tiempos ilustrados que corren.<sup>12</sup>

En tiempos de la Ilustración los letrados empiezan a sentirse abrumados por el peso de las llamadas “autoridades”, que se han ido acumulando en la literatura jurídica a lo largo de siglos de ininterrumpida labor. Aspiran a sacudirse total o parcialmente de un pasado que los agobia, a contemplar la ley con ojos nuevos, para tener con ella un contacto directo sin intermediarios y sin otra guía que la razón.<sup>13</sup>

Es tan fuerte la reacción frente a los abusos del argumento de autoridad científica, que se considera que un buen intelectual debe

---

<sup>11</sup> Se trataba de una clase de sabio combativo y progresista que -salvando los anacronismos- se acercaría a la acepción que tuvo en occidente la palabra “intelectual” durante buena parte del siglo XX..

<sup>12</sup> José M. Mariluz Urquijo, *El Derecho natural como crítica del derecho vigente en el setecientos rioplatense*. En *Revista de Historia del Derecho* n° 18 p 215.

<sup>13</sup> José M. Mariluz Urquijo *Maziel jurista del setecientos* en *Revista de Historia del Derecho* n° 16 p 188.

basar sus dichos exclusivamente en razones propias y no ajenas, evitando siempre como cosa mala la cita de otro autor.

Reflejando bien ese sentir colectivo Luis Antonio Muratori comparaba en 1743 a la jurisprudencia con un jardín que - paradójicamente- cuanto más se cultiva más se llena de abrojos y de espinas, y su traductor y anotador castellano Vicente María de Tercilla, acota que es preciso atenerse principalmente al estudio de las leyes y en lo posible dejar de lado las opiniones de los autores.<sup>14</sup>

Cuando se difundió la mentalidad ilustrada, cambió el etilo de la literatura jurídica, y las notas fueron también fuertemente rechazadas, reduciéndose considerablemente el tamaño de los libros, a punto tal que bien puede decirse que las grandes obras del siglo XVIII caben -atendiendo a su extensión- en una sola estantería. Es así como los libros más famosos - como *El contrato social* de Rousseau, o *De los delitos y de las penas* de Beccaría- resultan de una brevedad inusitada frente a los viejos volúmenes jurídicos.

La sacralización de la figura del rey, sumo legislador, y el endurecimiento del Estado absolutista, que se produjeron a lo largo del siglo XVIII, no eran factores como para estimular la crítica de la legislación vigente. La ley requería ser cumplida estrictamente, desconfiándose de la interpretación doctrinaria que sin dudas habría de deformarla alterando su sentido.

En la concepción dieciochesca los autores doctrinarios aparecen para el político como corruptores del sentido de las leyes.<sup>15</sup> Se generalizó una desconfianza hacia los comentadores de la ley, que llegó a alcanzar su máxima expresión algunos años después en la frase: “Mi código está perdido”, atribuida a Napoleón Bonaparte frente a la aparición del primer comentario a su código.

Se combatía a esos “pequeños tiranos”, como llamaba Muratori a los autores, que con sus aclaraciones ponían en peligro a la seguridad jurídica de la república de las leyes.

---

<sup>14</sup> Luis Antonio Muratori. *Defectos de la jurisprudencia*. 1743, Traducido al castellano con varias ilustraciones y notas según el derecho real de España. Madrid, 1794.

<sup>15</sup>El ministro Melchor Macanaz en 1787 decía que existían muchas leyes justas, pero que por cada una había 20 autores que las interpretan de diferente manera.

Los autores debían reducir su horizonte a los preceptos y teorías universales establecidos por el derecho legislado, y debían aplicarlos a la resolución de casos particulares mediante el empleo de la razón natural y de la equidad.

No resulta por consiguiente extraño que, ya en la primera mitad de la centuria, se haya empezado a considerar al jurista como un especialista técnico al servicio del Estado, con creciente pérdida de una independencia de juicio que en los siglos anteriores los había llevado a enfrentarse con diferentes teorías y poderes políticos, contando casi siempre con el único apoyo de aquella autoridad científica que llegó a ser después tan cuestionada.