

«RAZON ESCRITA»

ALEJANDRO GUZMÁN B.

Universidad Católica de Valparaíso
Universidad de Chile (Santiago)

I. INTRODUCCIÓN *

El tema que me propongo exponer ante Uds. se refiere a la historia de un término jurídico, lo cual, en todo caso, no significa que intentaremos hacer filología sino precisamente historia del derecho. A menudo la historia jurídica es historia de palabras, es decir, del uso semántico que las épocas y los espacios han hecho de una cierta locución para designar una determinada realidad circundante.

La expresión a que me refiero es *ratio scripta*. Veremos que a lo largo del período comprendido entre los siglos XIII y XVIII ella ha sufrido importantes mutaciones en su significado y la exposición de la historia de los mismos nos revelará cómo a través del aparentemente estrecho boquete que viene a ser nuestro término, se contempla un ancho prado, que es nada menos que buena parte de la historia del derecho romano, al menos en Francia. Esta historia se refiere al modo de considerar ese derecho, a la manera de entenderlo como elemento integrante de una cierta cultura.

La expresión *ratio scripta* es célebre. Se diría que ella ejerce un cierto atractivo misterioso y parece tan clara, tan insinuante a la vez, que a mi conocimiento nadie se ha dado el trabajo de indagar

* El presente trabajo corresponde al texto de una conferencia pronunciada por el autor en febrero de 1979 en el Seminario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid por invitación de su Director, el profesor José L. de los Mozos. En él, a su vez, se sintetizan los resultados de una investigación sobre el tema, llevada a cabo durante parte de 1978 en el Max Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte (Frankfurt a. M.) dirigido por el profesor Helmut Coing, con el concurso de una beca otorgada por la Fundación Alexander v. Humboldt. El autor expresa aquí sus agradecimientos a ambas instituciones.

sus orígenes y su significado exactos. A lo más nos contentamos con dar por sentado que ella alude al derecho romano. Pero, ¿por qué?, ¿cuándo y cómo surgió?, ¿qué indica estrictamente? Eso no ha sido objeto de ninguna investigación. Pese a que difícilmente en los manuales y en las monografías y artículos dedicados al tema de la historia del derecho romano en la época moderna se podrá echar de menos una referencia a nuestra expresión, lo cierto es que un esclarecimiento de sus orígenes y de su sentido sí que faltará. Excepción la constituye un estudio de 1961 del profesor Alvaro d'Ors¹, en el que, a propósito de las relaciones entre derecho romano y filología, se ha planteado él el problema que presenta la locución y aunque no lo ha resuelto de modo definitivo, lo cual, por otra parte, no era su intención, ya que se trataba nada más que de una especie de *excursus* insinuante dentro de otro tema, ha ofrecido interesantes observaciones y presentado intuiciones importantes, alguna de las cuales he podido corroborar en el curso de mi personal estudio. Tal es, entre otros, el motivo por el cual el libro que contiene tal estudio esté precisamente dedicado a quien cuyo magisterio doctoral yo me honro en haber recibido.

II. RAZÓN ESCRITA, DERECHO ROMANO Y DERECHO ESCRITO

I. La primera vez que nos encontramos con la expresión correspondiente a un texto de entre 1216 y 1222: se trata de la *Coûtume d'Alais*, pequeña localidad del sureste de Francia, el Art. 18 de la cual carta de costumbres municipales dispone en síntesis, que los convenios que realizan las doncellas casadas valgan, aun cuando sean menores de 25 años, pero que en todos los demás casos —es decir en el de las solteras y en el de los varones— “*etat de XXV ans sia esgardada, aisi con razons escricha manda*”².

¹ A. d'Ors, *Filología y derecho romano*, en *Actas del Segundo Congreso Español de Estudios Clásicos* (Madrid 1961), pp. 201-204. Nosotros mismos hemos intentado diseñar una explicación relativa a esta materia en nuestra obra *La fijación del derecho* (Valparaíso 1977), pp. 71-76, que aquí rectificamos en varios puntos.

² “*Que les conventions et les acquits que les demoiselles passent avec leurs père et mère ou avec l'un d'eux seulement, pour leurs biens ou pour les biens de leur parents, au moment ou elles se marient, soient valables après la mort du père, pourvu qu'elles les furent, bien qu'elles soient mineures de vingt-cinq ans. En tous autres cas, que l'âge de vingt-cinq ans soit considéré pour les hommes comme pour les femmes, ainsi que la raison écrite le commande.* El texto citado (que en parte hemos reproducido arriba), acompañado de una traducción al francés moderno, que es la que aquí hemos transcrito, se encuentra en

Es evidente —y es esto lo que nos interesa del texto— que *razons escricha* alude ahí al derecho romano: ese texto ordena estar en determinados casos a la edad de 25 años, límite que viene atribuido a a un comando de la "razón escrita"; pero, como es sabido, tal edad era precisamente la que establecía el derecho romano como límite máximo dentro del cual un menor podía impetrar la *restitutio in integrum ob aetatem*³.

De este modo, el problema inicial que plantea el estudio de nuestra expresión no es el de determinar su significado inmediato, que claramente alude al derecho romano, sino más bien el de comprobar su significado mediato, es decir, el de por qué en un momento determinado aquel derecho fue denominado "razón escrita".

Preliminarmente, sin embargo, es preciso ocuparse del tema concerniente al ámbito geográfico en que esa expresión ha surgido. A nuestro modo de ver, él corresponde a Francia, por el hecho de que el término no se presenta tempranamente —ya a principios del siglo XIII, como se ve en la *Coutume d'Alais*— en fuentes que no son francesas. Con escasísimas excepciones⁴, esto vale hasta el siglo XVII y dichas excepciones podemos atribuirles a recepciones del vocablo a partir de Francia. Además de ello, tenemos un testimonio de Leibniz, en que expresamente al recordar la expresión, dice él que se trata de un modo de hablar de los "Galli"⁵.

2. Con esto queda desvanecido el frecuente tópico de que ya los glosadores y luego los comentaristas habrían usado la expresión,

BEUGNOT, *Les olim ou registre des arrêts rendus par la cour du roi* (Paris 1858), t. 3.2, pp. 1493-1495.

³ CTh. 2.9; Paul. Sent. 1.9; D. 4.4.

⁴ Una de ellas (me parece que la primera) corresponde a M. del Molino, *Repertorium fororum et observantiarum regni Aragonum* (1513), s.v. *Fori Aragonum: Fori Aragonum ubi deficiunt, recurrendum est ad naturalem sensum, id est, ad rationem scriptam...* (ed. Zaragoza 1585, fol. 155). [Cuando los Fueros de Aragón presentan una laguna, entonces se debe recurrir al sentido natural, esto es, a la razón escrita].

⁵ Leibniz, recensión a Vigelius, *Methodus universi juris civilis*: "...nam non omnia naturali iure constituta ab omnibus agnoscuntur aut in confesso habentur, praesertim cum commodis nonnullorum adversantur; et saepe lex nihil aliud est quam ratio scripta, quo sensu Galli a se jus Romanum in provinciis consuetudinum recipi ajunt (en G. GRUA, G. W. Leibniz. *Textes inédits* (Paris 1948, t. 2, p. 645). [... pues no todas las cosas instituidas por el derecho natural son reconocidas por todos o se tienen como manifiestas, en especial, cuando entraban la ventaja de algunos; y a menudo la ley no es otra cosa que la razón escrita, sentido en el cual los franceses dicen haber recibido el Derecho Romano en las tierras de derecho consuetudinario].

para referirse al derecho romano⁶, queriendo con ella significar una cierta superioridad valorativa de ese derecho escrito en los libros justinianeos. Lo cierto es que la expresión en cuanto conectada con el mencionado derecho no figura en escritos de los juristas de Bologna, amén de que la idea misma que el término implicaría, ora la vigencia del derecho romano no como ley sino como pura doctrina, ora un valor superior expresado por escrito, fue extraña a esos juristas. Sabido es que para los medievales el *Corpus Iuris Civilis* es la ley vigente del sacro imperio romano-germánico como sucesor del antiguo imperio y sabido es que a ellos no escapaba ni la posibilidad ni la realidad de un distanciamiento entre el derecho escrito (o sea el derecho de aquel cuerpo) y los ideales superiores de justicia y razón. La importante terminología que hallamos en sus escritos de *aequitas scripta*, *aequitas constituta*, *aequitas non scripta*⁷, nada tiene que ver con el problema que presenta la expresión *ratio scripta*.

Cierto es que en la *Magna Glossa* de Acursio encontramos giros como *ratio in scriptis redactis*⁸ y en Baldo⁹ incluso la expresión *ratio scripta*. Pero se trata de algo muy diferente. *Ratio* en los mencionados juristas significa la causa final que el legislador ha tenido en vista para promulgar una ley; se trata de la *ratio legis*. Esta puede servir como elemento interpretativo de la norma oscura; pero, dice

⁶ Por todos, F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*² (Göttingen 1967), pp. 53 y 82. Ya D'Ors (n. 1) había observado lo que afirmamos en el texto.

⁷ Sobre los conceptos envueltos por dicha terminología, LEFEBVRE, CH., *Les pouvoirs du juge en droit canonique* (Paris 1938), pp. 170-178; MEIJERS, E. M., *Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs*, en *TR.* 17 (1941), pp. 117-135; ROTA, A., *La concezione irneriana dell'aequitas*, en *Riv. Internaz. Filos.* Dir. 26 (1949), pp. 241-257; BOULET-SAUTEL, M., *Equité, justice et droit chez les Glossateurs du XIIIe. siècle*, en *Recueil de Mémoires et Travaux publiés par la Société d'Histoire du Droit et des Institutions des Anciens Pays de Droit Ecrit* 2 (1951), pp. 1-11; LANCE, N., *Ius aequum und ius strictum bei den Glossatoren*, en *ZSS. rom. Abt.* 71 (1954), pp. 319-347.

⁸ Gl. ad CI. 1.14.5. pr., *amplexus: Sed an verba legis tantum liceat offendere, licet mens vel aequitas sit in contrarium? P. (lacentinus) dixit quod non... Sed Io. (hannes Bassianus) contra... Tu dic, si patet alia mens et est redacta in scriptis, tunc sententia Io. (hannis) tenet. Si non, tunc Place. (ntini)*. [¿Pero es acaso lícito transgredir sólo el texto de la ley, aunque su mente o equidad resulta contraria (al texto)? Placentino dijo que no... Pero Juan Basiano lo inverso. Nosotros digamos: si es ostensible una mente (espíritu) diversa, puesta de algún modo por escrito, entonces estaremos a la opinión de Juan. De lo contrario, a la de Placentino].

⁹ BALDO, *In codicis libros commentaria*, ad lib. 1.1. *non dubium* (CI. 1.14.5. pr.): ... *quaero... quando dicatur constare de mente? Respon. glo. quando mens, id est ratio, est scripta* (ed. Venecia 1577, libs. 1-3, fol. 66 v.). [Pregunta... ¿cuándo se dirá que la mente (espíritu) consta? La glosa (de Acursio) responde que cuando la mente, esto es, la razón, está escrita].

Acursio, únicamente cuando ella consta expresamente, cuando de algún modo el legislador ha dejado rastros del fin que se propuso al dictar la norma, lo que nuestro jurista señala acudiendo al verbo *scribere*. *Ratio in scriptis redactis* o *ratio scripta* significan así "causa final de la ley expresada por escrito", por ejemplo, en el preámbulo de la ley. Estamos, pues en presencia de un concepto técnico que nada tiene que ver con el derecho romano como tal, como un todo, como ordenamiento y que, por lo tanto, aparte de las diferencias cronológicas entre la "razón escrita" de la costumbre de Alais y la *ratio scripta* de Baldo, en nada se relacionan entre sí.

3. A nuestro modo de ver, el origen de la expresión y su significado hay que buscarlos en el interior mismo del antiguo derecho francés, en sus conceptos, sus realidades, su terminología.

En tal expresión confluyen claramente dos elementos: por un lado, el concepto de "razón"; por otro, la idea de "derecho escriturado". Esta última se refiere al derecho romano y se entiende perfectamente en el ambiente francés medieval, en que paralelamente existe otro ordenamiento no-escrito, que es el de la *coûtume*. Derecho escrito, *droit écrit*, no es así cualquier derecho ni un concepto teórico o de escuela, sino una realidad vivida cotidianamente por los habitantes de aquellas regiones que luego serán llamadas por antonomasia *pays de droit écrit*. De esta manera, sabiendo que, p. ej., en la *Coûtume d'Alais*, *razons escricha* alude al derecho romano, podemos saber al mismo tiempo que *escricha* se refiere al carácter escrito de ese derecho. Si esto es claro, nuestro problema quedará reconducido a la determinación del concepto de "razón".

Esta palabra ya en la antigua Roma poseía una multitud de significados¹⁰ y naturalmente tal variedad se mantuvo y se enriqueció en las épocas posteriores¹¹. A nosotros, sin embargo, nos interesa aislar uno de esos significados que en el transcurso del tiempo llegó a tener, el cual tendría que acercarse lo más posible al sentido general que "razón" tiene en la expresión "razón escrita", ya en la *Coûtume d'Alais*, a saber, al sentido que con terminología moderna llamaríamos normativo y objetivo, pues sabemos que en dicha *coûtume*, la expresión sirve para reenviar a un ordenamiento jurídico considerado de aquel modo.

¹⁰ YON, A., *Ratio et les mots de la famille de reor* (Paris 1933), pp. 109-150.

¹¹ FLASCHE, H., *Die begriffliche Entwicklung des Wortes ratio und seiner Ableitungen im französischen bis 1500* (Leipzig 1936).

El resultado anticipado de la indagación es éste: dentro del rico espectro de significaciones que "razón" presenta en la edad media, se observa precisamente el de norma objetiva, el de derecho objetivo, que en algunos casos se especifica en un derecho concreto, p. ej., en el romano.

Sería naturalmente excesivo presentar aquí todos los textos de que me he valido para llegar a tal conclusión, por lo cual me permitiré tan sólo exhibir un par de ejemplos. Cuando el *Livre des assises de la cour des bourgeois*, de entre fines del siglo XII y principios del XIII, en el cap. 156 habla de que la "razón comanda"¹², alude con ello al derecho romano, porque las disposiciones contenidas en ese capítulo son reproducción muy fiel de textos del Código de Justiniano. Pero cuando en el cap. 248 habla de que la "razón juzga"¹³, con tal expresión se refiere nuestra fuente al derecho franco, instituciones del cual regula en dicho capítulo. Así, que la "razón comande" o que la "razón juzgue" no significa el reconocimiento de un mandato racional, natural, superior que guíe nuestros pasos, sino, en un caso, que el derecho romano manda; en otro, que el derecho franco juzga.

El examen de aproximadamente 80¹⁴ textos en que figura la expresión *raison* (o *ratio*) corrobora para distintas épocas la conclusión de que esas expresiones también significan "derecho" (objetivo).

4. Debo advertir, sin embargo, que este sentido de la palabra razón no es exclusivo de Francia; se lo encuentra también, p. ej., en Italia. Cuando Dante, por citar una fuente no-jurídica, en el *Convivium* dice "*Tuna e l'altra ragione, canonica dico e civile*"¹⁵, alude claramente al derecho canónico y al civil romano y todavía podría citarse otros textos en que "*ragione*" significa sin más "derecho" (objetivo).

En segundo lugar, este significado de "razón" es muy persistente en el tiempo, tanto, que todavía en 1600 Schardius, bajo la voz *ratio* de su *Lexicon juridicum* registra entre otros significados de la palabra los de *mos, consuetudo, jus*¹⁶. Es finalmente curioso anotar que aun en nuestra época podemos verificar una cierta indiferen-

¹² El texto en BEUGNOT, *Recueil des historiens des Croisades. Loix: Assises de Jerusalem* (Paris 1834), t. 2, pp. 113-114, y corresponde parcialmente a CI. 5.9.1.

¹³ El texto en BEUGNOT (n. 12), p. 186. Para su relación con el Derecho Franco: vid. *ibid.*, p. 186, n.b.

¹⁴ Este análisis es presentado en nuestro libro citado en la nota introductoria.

¹⁵ Dante, *Conv.*, 4.12.9.

¹⁶ Ed. Colonia 1600, p. 795.

cia lingüística entre "derecho" y "razón", si bien en ámbitos distintos: mientras los idiomas latinos para indicar que lo afirmado por una persona es correcto, dicen "tener razón", "avere ragione", "avoir des raison", el alemán dice "Recht haben".

El interesante estudio concerniente al origen de tal significado de la palabra "razón" es algo que escapa a nuestro objeto. Nosotros podemos contentarnos con haber establecido el dato de que ese vocablo poseyó la acepción señalada, al menos ya en la Francia del siglo XIII, lo cual basta para proponer fundadamente una hipótesis en torno al sentido de la voz "razón" en "razón escrita", pues tal sentido no dependió del origen de la acepción "derecho" que "razón" tenía, sino del hecho consumado de que ella llegó a tener tal acepción.

5. Con los antecedentes hasta ahora presentados, la pregunta inicial: ¿por qué el derecho romano fue llamado razón escrita?, hay que responderla de la siguiente manera: porque en el lenguaje jurídico también francés medieval, razón significaba entre otras cosas, derecho y porque el derecho romano era por antonomasia el derecho escrito de la época. Dicha expresión, vertida en otro lenguaje, era un sinónimo perfecto y completo de *droit écrit* lo mismo que *raison* era un sinónimo de *droit*.

Y la prueba más palpable que tenemos de ello resulta de comparar el antes citado Art. 18 de la *Coûtume d'Alais* con el Art. 90 de la Costumbre de Montpellier del año 1204. La comparación demuestra que la *Coûtume d'Alais* no hizo otra cosa que traducir al vulgar el texto latino de la de Montpellier, con una diferencia: mientras este último termina diciendo: "*sed in omnibus aliis casibus circa mares et feminas, etas xxv annorum spectetur sicut jus scriptum est*"¹⁷, la costumbre de Alais dice "*en totz autres cases, les mascles e les femes, etat de xxv ans sia esgardada, aisi con razon escricha manda*". En otras palabras, ahí donde Montpellier dice "*jus scriptum*", con lo cual alude al derecho romano, Alais dice "*razon escricha*" en el mismo sentido.

6. La conclusión de este análisis, que es el de una plena identificación entre *droit* o *jus scriptum* y *raison écrite*, permite suponer que originalmente esta última expresión careció de un contenido teórico o valorativo, pues se trataba nada más que de otra forma de desig-

¹⁷ Ed. GRAUD, *Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge* (Paris 1846), t. 1, p. 66.

nar al derecho romano en sí mismo, por lo que era, es decir, un derecho escrito.

Esta suposición se ve corroborada con el examen de la apreciable cantidad de textos en que durante toda la edad media aparece *raison écrite* o *ratio scripta*: en cartas de costumbre, en libros de doctrina, en actas públicas y judiciales¹⁸, siempre y constantemente alude ella al derecho romano, pero nunca está acompañada ni de un indicio siquiera, que permita sospechar que era adoptada con un significado trascendente, distinto del de derecho escrito.

III. RAZÓN ESCRITA, DERECHO ROMANO Y EQUIDAD

1. Las cosas variarán de rumbo hacia mediados del siglo XVI. En el prefacio de su obra titulada *Les coutumes du pays et duché de Nivernois*, de 1605, el jurista Guy Coquille, a propósito del problema de si el derecho romano debía considerarse como el derecho común del reino, narra los diferentes puntos de vista sostenidos sucesivamente por dos presidentes del parlamento de París, Pierre Lizet y Christophe de Thou. Mientras el primero —dice Coquille— consideraba al derecho romano como el derecho común de Francia y acomodaba a él el derecho francés, interpretándolo de modo restringido en lo que fuera contrario al romano; de Thou —continúa Coquille— estimaba que las costumbres eran el verdadero derecho común y llamaba al derecho romano la razón escrita. Termina Coquille recordando que el mismo De Thou, además, en todos los casos en que le había tocado intervenir como comisario regio para la redacción de costumbre de diferentes provincias, había hecho insertar en los textos esa expresión, como referencia al derecho romano, cada vez que se había aceptado una remisión de la costumbre a ese derecho¹⁹.

Esta noticia es repetida por otros autores²⁰, pero ella no deja de sorprender. Nosotros sabemos que hacia la época de De Thou, quien fue designado presidente del parlamento en 1554, la expresión "ra-

¹⁸ La presentación y discusión de estos textos puede verse en nuestro libro aludido en la nota introductoria.

¹⁹ Ed. París 1610, pp. 2-3.

²⁰ DUCK A., *De usu et auctoritate juris civilis romanorum in dominis principum christianorum libri duo*, lib. 2, cap. 5, párr. 21 (Leipzig 1653, p. 252); G. DE FERRIERE, *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*, gloss. 1, párr. 5, núm. 1 (París 1714, col. 17); BRETONNIER, *Preface a las Oeuvres de Claude Henrys*, cap. 2, núm. 3 (Dijon 1742, t. 1, p. 183); C. J. DE FERRIERE, *Histoire du droit romain*², cap. 28 (París 1734, p. 342).

zón escrita" contaba con una antigüedad de a lo menos tres siglos y medio. De este modo el texto de Coquille no podemos interpretarlo como queriendo decir que De Thou habría inventado el término. Si ese texto algún sentido tiene, éste no puede ser otro que el siguiente: De Thou habría adoptado el vocablo con un significado mediato diferente del que se le venía atribuyendo desde la edad media.

2. En efecto, así fue; pero el sentido nuevo inyectado por De Thou a la vieja expresión es muy complejo y se nutre de diversas líneas precedentes, que pasamos a revisar brevemente.

a) La primera concierne al problema de la vigencia del derecho romano en Francia.

Como es sabido, por motivos históricos Francia se hallaba dividida en dos zonas, en grandes líneas, la del norte, llamada de los países de derecho consuetudinario, en donde regían costumbres de origen germánico; y la del sur, llamada de los países de derecho escrito, en donde regían costumbres romanizadas por influjo sobre todo del *Breviario de Alarico*, cuya presencia histórica en dichos países era lo que justificaba la denominación de tierras de derecho escrito, si bien lo que propiamente se usaba ahí eran costumbres. A este derecho, por así decir propio de cada región, ya durante el siglo XII se superpuso el derecho culto de los glosadores italianos y su fundamento, esto es, el *Corpus Iuris Civilis*.

La presencia de ese derecho romano creó un problema político a los reyes de Francia. Desde muy temprano ellos venían reivindicando para el reino su independencia respecto del sacro imperio romano-germánico; pero la presencia y uso del derecho romano proporcionaba un buen argumento en contra de tal pretensión, pues para la mentalidad medieval ese derecho regía precisamente en cuanto derecho del nuevo imperio visto como sucesor directo del antiguo, así que, si se aceptaba que el derecho romano tenía vigencia en Francia, era posible suponer que Francia formaba parte del imperio.

Para desembarazarse de esta incómoda situación, ya el rey San Luis (1226-1270) había esbozado esta teoría: si el derecho romano era utilizable en los países de derecho escrito, ello se debía, no a que rigiera ahí la ley romana, sino una costumbre cuyo contenido coincidía con las disposiciones de dicha ley. En otras palabras, el derecho romano regía como consuetudinario²¹. Aunque esta

²¹ Esta tesis es expuesta por el rey en una ordenanza de julio de 1254: ... *quo casu jura scripta quibus utuntur ab antiquo, volumus observari; non quod eorum obliget nos autoritas seu adstringat, sed quia mores eorum in hac*

tesis no se alejaba de la realidad de los hechos anteriores, según antes hemos visto, ella era insuficiente para explicar la presencia del *Corpus Iuris* y de la ciencia de los glosadores en las tierras de derecho tanto escrito como consuetudinario, pues no podía decirse que el *Corpus Iuris* rigiera ahí como una costumbre.

La solución a este problema la dio el rey Felipe IV el Hermoso, mediante una ordenanza de 1312 con la cual reglamentó los estudios en la Universidad de Orleans. En dicha ordenanza, después de reafirmar la doctrina ya sentada por San Luis, en cuanto a que el reino se regía por costumbre y que en las tierras del sur no cabía hablar de vigencia del derecho escrito sino precisamente de costumbres coincidentes con aquel derecho, enfrenta el problema de lo que él llama los "*legum et iuris scripti dogmata*", con lo cual alude al *Corpus Iuris* y a la ciencia de los glosadores. Respecto de ambos, declara que no han sido admitidos en el reino como una ley, y que no ligan a los súbditos ni a los jueces sino que sólo pueden ser estudiados —precisamente de reglamentar su estudio en Orleans se trata—, porque ese estudio desarrolla la inteligencia, habilita para el recto obrar, proporciona una doctrina que permite llegar a aplicar correctamente la justicia y prepara a la inteligencia para la comprensión de las costumbres. De este modo, continúa, si en defecto de precedentes, ordenanzas regias y costumbres el juez se ve en la necesidad de fallar conforme con la equidad, para hacerlo estará bien preparado con el estudio de los dogmas de las leyes y del derecho escrito, porque ellos —insiste— lo que hacen es desarrollar una doctrina de equidad y razón²².

Con esto el rey daba un corte definitivo al problema de la vigencia del *Corpus Iuris* negando su carácter de ley en el reino, pero admitiendo su carácter de doctrina equitativa y racional, apta para formar el juicio.

Esta tesis fue reconocida por los mismos juristas de Bolonia. Butrigarius (1274-1348) dice en un pasaje de su comentario al código²³ que los franceses lo único que observan de la ley romana es

parte ad praesens non duximus inmutandas (en JOURDAN-DECRUSY-ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Paris s.d., t. 1, p. 264. [... en cuyo caso queremos que sea observado el derecho escrito usado desde antiguo; no porque alguna autoridad suya nos obligue o constriña, sino porque no queremos variar las costumbres actuales].

²² La ordenanza en *Recueil* (n. 21), t. 3, pp. 22-23.

²³ *Lectura super codice*, pars 2, lib. 7, rub. *De sent. interloc. omni. iud.*, l. *nemo* (ed. Paris s.d., fol. 47-v. Reimp. anast. *Opera iuridica rariora*, Bologna, t. 13).

su *ratio* y no porque la ley lo establezca, pues en realidad no alegan la ley, sino porque la razón así se los manda. Baldo²⁴ dice que los franceses no alegan las constituciones de los emperadores por ser de los emperadores, sino por ser naturales y buenas y en un pasaje de su comentario a los *Libri feudorum*²⁵ afirma que el derecho romano es alegado no *pro auctoritate* sino sólo *pro ratione*. Esta última expresión, que alude a la invocación del derecho romano como razón y por la razón en oposición a como ley, tendrá una fortuna extraordinaria. Ya un documento de 1480, que contiene un memorial de los abogados del parlamento de París, la emplea en el sentido de Baldo y será usual en el siglo xvi y en los siguientes, para indicar el carácter no-legal de la vigencia del derecho romano²⁶.

b) Esta es la primera línea histórica confluyente en De Thou. Pasemos ahora a la segunda que entronca con la jurisprudencia humanista.

Sabido es que para los humanistas el concepto central de su especulación jurídica es el de *aequitas*, que ellos entendían al modo aristotélico, es decir, como *epieikeia*, como corrección casuística de la ley general, la cual, por su propia naturaleza, resulta incapaz de preverlo y regularlo todo y que por su misma generalidad puede resultar injusta al caso específico. En tal sentido interpretaban los humanistas la célebre definición que proporciona Celso acerca del derecho como *ars boni et aequi*, de manera que, para nuestros juristas, el derecho venía a ser ese arte de interpretación correctiva de la ley general cumplido frente al caso concreto²⁷.

Ley en este contexto significaba para los humanistas la ley nacional y las costumbres, mientras que el *ars boni et aequi*, o sea, el derecho, significaba el derecho romano, especialmente aquel contenido en el Digesto, en el cual ellos veían un depósito riquísimo de experiencia histórica de equidad, con el cual ejercer el arte interpretativo.

Este arte de lo bueno y equitativo —dice, por ej., Duaren—, está contenido en las Pandectas; ellas contienen —expresa en otro lugar— el arte de lo bueno y equitativo mismo y acogen muchos preceptos

²⁴ BALDO, *In codicis libros comentaria*, ad lib. 7, tit. 45 *De sent.*, l. 13 *nemo* (ed. Venecia 1577, libs. 7-11, fol. 52 v.).

²⁵ *In feudorum usus commentaria*, rub. *De pace juramento firmanda et servanda*, l. *injuria punitur*, párr. 17. (ed. Venecia 1580, fol. 78 v.).

²⁶ Editado por DELACHENAL, R., *Histoire des avocats au Parlement de Paris* (París 1885), p. 205, n. 1.

²⁷ Sobre esta concepción del humanismo, vid. la importante obra de KISCH, G., *Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit* (Basel 1960).

pertinentes a la equidad²⁸. El derecho no es otra cosa —dice Alciato²⁹— que lo bueno y equitativo expresado como arte por los jurisconsultos romanos. ¿De dónde —exclama Donellus— de dónde se podrá extraer una moderación y regla de equidad sino es del derecho romano, que proporciona fuentes y casos de equidad, explicación de sentencias oscuras y moderación equitativa?³⁰

De esta manera, concluyen nuestros juristas, el estudio del derecho romano es absolutamente necesario aun en aquellos países que no lo aceptan como vigente —como era el caso de Francia—, porque es sólo por medio del derecho romano que se puede aplicar e interpretar adecuadamente la ley nacional y conducirla a la equidad.

c) La tercera línea histórica que nos habrá de servir para aclarar el pensamiento del presidente De Thou, guarda relación con el problema del derecho común.

Los juristas de Bolonia habían considerado al derecho romano como un derecho común respecto de los estatutos municipales o comunales, lo cual técnicamente venía a significar lo siguiente: el derecho romano sólo se aplica en defecto de una solución ofrecida por el estatuto; tiene él, en consecuencia, vigencia subsidiaria; sólo que se entiende que hay defecto en un estatuto no únicamente en el caso límite en que efectivamente aquél no contenga ni siquiera un principio de solución para el caso del cual se trate, sino también cuando contiene una solución contraria al derecho romano, caso en el cual se interpreta restrictivamente el estatuto de modo que las lagunas que artificialmente se crean, queden cubiertas por el derecho romano; también cuando el estatuto contiene una solución incompleta, que entonces se ve completada con la aplicación del derecho común, e incluso cuando contenga una solución armónica con este último, evento en el cual dicha solución debe interpretarse de acuerdo con el derecho romano. En síntesis, se trataba, pese a la vigencia subsidiaria de ese derecho, de asegurar al máximo posible su aplicación. Con ello, se quería reservar el uso de los estatutos tan sólo para aquellos casos de instituciones respecto de las cuales el derecho romano no contenía solución, porque eran nuevas, ajenas a su espíritu, como podía ser el caso de los feudos.

²⁸ Sobre las ideas de Duaren en torno al Derecho Romano y la equidad, vid. mi nota *Derecho Romano y equidad en F. le Duaren*, en *AHDE*. 48 (1978), pp. 615-619.

²⁹ *ALCIATO, Parerga*, lib. 1, cap. 30 (Lyon 1539, pp. 44-46).

³⁰ *DONELLO, Commentaria de iure civili*, lib. 1, cap. 16, párr. 8 (en *Opera Omnia*, Luca 1762, t. 1, col. 138).

Hasta mediados del siglo xvi la teoría de la vigencia *pro ratione* del derecho romano no fue considerada incompatible con su aplicación como derecho común. Una cosa, en efecto, era el título, por así decir, en virtud del cual aquél se usaba, a lo que se respondía que no como ley sino como doctrina; y, una vez satisfecho el escrúpulo político de independencia francesa frente a los germanos, otra la forma de aplicar ese derecho, a lo que se respondía que como común, en el sentido de los juristas italianos, frente a las costumbres que eran identificadas con los estatutos de aquéllos³¹. A este respecto no hay que olvidar que en Francia, como en casi todo el resto de los países europeos, la ciencia de glosadores y comentaristas dominaba sin contrapesos y era ella la que los juristas estudiaban en las universidades. Su formación, pues, tenía que llevarles a considerar al derecho romano en el modo en que lo consideraban los italianos, aunque, al mismo tiempo, protestaran —casi por rutina, por pura fórmula— que el derecho romano no era una ley sino sólo una razón.

Fue Dumoulin, en 1545, en otra edición de su comentario a la costumbre de París, quien por primera vez impugnó en Francia el carácter común del Derecho Romano. Para él, el verdadero derecho común del reino eran los costumbres; de este modo, en primer lugar debía aplicarse la costumbre local, en seguida, la vecina; luego la regional, y sólo en último término, el Derecho Romano; sólo que, agrega Dumoulin, en la medida en que se le encuentre conforme con la equidad y congruo con el negocio del cual se trata³².

Con esto último nuestro autor se sitúa parcialmente en la línea de los humanistas en cuanto ve en el Derecho Romano un instrumento de equidad para el caso; pero se aparta de esa línea en cuanto exige probar, por así decir, que efectivamente la equidad asiste a aquel derecho, con lo cual le niega el carácter equitativo a priori que los humanistas le reconocían.

3. Con esto ya tenemos completo el cuadro que nos permite indagar el pensamiento de De Thou.

³¹ Explícitamente consideran al Derecho Romano sin vigencia legal y utilizable sólo *pro ratione*, sin perjuicio de aplicarlo como derecho común, juristas como: B. CHASSENEUX, *Consuetudines ducatus Burgundiae*, rub. 2, art. 1, párr. 10-13 en relación con rub. *De succ.*, art. 14; DUMOULIN, F., *Consilium* 36, núm. 12; *Prima pars commentariorum in consuetudines parisienses*, tít. 1, párr. 13, gl. 1, núm. 21 (ed. 1939) en relación con *ibíd.* núm. 50; REBUFFE, P., *Commentarii in constitutiones seu ordinationes regias*, proemium, gl. 50, núm. 140.

³² En *Omnia quae extant opera* (Paris 1681, t. 1, pars 1. tit. 1, párrs. 105 y 111 (p. 23)).

La polémica entre éste y Lizet que, según antes vimos, nos narra Coquille, se entiende dentro del ambiente que circundaba la consideración del Derecho Romano en la Francia del siglo xvi, donde éste era considerado como derecho común si bien vigente *pro ratione*. Lizet pertenecía a esta corriente tradicional: estimaba —dice de él Coquille— al Derecho Romano como el derecho común y acomodaba a él el Derecho Francés, interpretando restrictivamente todo cuanto se le opusiera. De Thou, en cambio, se había alineado con Dumoulin: estimaba —prosigue Coquille— a las costumbres como nuestro derecho común. En contraposición, denominaba al Derecho Romano “razón escrita” y había hecho insertar esta denominación en varios textos de costumbres por él redactados o reformados³³.

Para entender el significado de esta expresión en el pensamiento de nuestro presidente disponemos de dos datos seguros: De Thou, por un lado, negaba al Derecho Romano su carácter de común; por otro, admitía que en ciertos casos se pudiera recurrir a él, al punto de haber dispuesto remisiones a ese derecho en los antes aludidos textos de costumbres. A estos datos podemos agregar una hipótesis verosímil: De Thou debía de considerar que ese recurso al Derecho Romano era a título de razón, pues, si incluso quienes pensaban que el Derecho Romano era el común, así lo estimaban, con mayor motivo, quienes como De Thou, que le negaban dicho carácter, debían de estimar su vigencia únicamente *pro ratione*.

Sólo nos queda un punto: ¿qué significaba para nuestro personaje que el Derecho Romano no fuera común?: nos parece que la respuesta se encuentra en el clima creado en torno al Derecho Romano por el humanismo, tendencia a la cual De Thou, como casi todos los juristas de su época, no se sustrajo: el Derecho Romano ya no era más la regla general y objetiva de los juristas de Bolonia, sino un depósito de soluciones concretas en función de *epieikeia*, de equidad reguladora del caso, cuando se demuestre una efectiva insuficiencia o una dureza de la costumbre, no más interpretada restrictivamente, sino de modo natural.

Si esto es así, en el pensamiento de De Thou el Derecho Romano ha venido a ocupar una nueva posición en el sistema de fuentes del reino, contrapuesta a la que ocupaba antiguamente cual derecho común. ¿Cómo denominar tal nueva posición? De Thou recu-

³³ P. ej., *Coutume du bailliage de Meun*, art. 262 (Ed. BOURDOT DE RICHEBOURG, *Nouveau coutumier général*, Paris 1724, t. 3, p. 415); *Coutumes des bailliages et prévôté d'Etampes*, art. 148 (BOURDOT, t. 3, p. 103); *Coutume du comté et bailliage de Montfort*, art. 104 (BOURDOT, t. 3, p. 148), etc.

rió a una vieja expresión de la práctica consuetudinaria: "razón escrita", y le insufló el significado que dicha nueva posición implicaba. "Razón escrita" pasó, así, a significar no ya un derecho, sino una solución equitativa aceptada *pro ratiōne* y apta para integrar, moderar, suplir la costumbre, el verdadero derecho, el derecho común. "Razón escrita" se cargó así de un sentido teórico que hasta entonces no poseía. A partir de De Thou, esa expresión, aun conservando su antigua vinculación inmedita con el Derecho Romano, pasó a designarlo no por lo que en sí era —un derecho puesto por escrito—, sino al contrario, como un no-derecho, una razón, una doctrina de equidad vinculante, no de la voluntad, sino de la razón.

De Thou tuvo sus seguidores, y es así como en el resto del siglo xvi y durante el xvii nos encontraremos con juristas que incorporan en su vocabulario la expresión "razón escrita" en el sentido nuevo que De Thou le había dado, implicando con ello la aceptación de su teoría acerca de la posición del Derecho Romano dentro del sistema de fuentes del reino³⁴. Naturalmente hubo quienes no aceptaron esta teoría, ora porque continuaron aferrados a la consideración de aquel derecho como común³⁵, ora porque acogieron la tesis de Demoulin, que exigía una especie de prueba especial acerca del carácter equitativo del Derecho Romano, que en la construcción de De Thou no tenía lugar³⁶. Se explica así que la expresión "razón escrita" no figura nunca en los escritos de estos últimos juristas.

IV. RAZÓN ESCRITA, DERECHO ROMANO Y DERECHO NATURAL

Llegamos así a la tercera fase de esta historia. Si la anterior es la fase del humanismo, ésta es la del racionalismo. En relación con la historia de nuestra expresión, esa fase queda representada por J. Domat.

³⁴ P. ej., MORNAC, A., *Observationes in quinquaginta libros digestorum*, lib. 1, tit. 1, l. 1 (Paris 1721, col. 3); MAUDIT, J., *Nouveau commentaire sur la coutume du pays et duché de Berry*, preface (Paris 1624), p. 10-12; BRODEAU, J., *Coutumes de la prévôté et vicomté de Paris*, gl. *coutumes*, párr. 3 (Paris 1669, p. 3); C. DE FERRIERE, *Corps et compilations* (n. 20), *coutumes*, gl. première, párr. 4, núm. 21 (Paris 1714, t. 1, col. 17-18); etc.

³⁵ P. ej., G. TERRIEN, *Commentaire du droit civil tant public que privé observé au pays et duché de Normandie*, lib. 1, cap. 3, párr. b (Paris 1574); Ch. LOISEAU, *Traité du déguerpissement*, preface. (en *Oeuvres*, Paris 1636).

³⁶ P. ej., E. PASQUIER, P. PITHOU, P. DELOMMEAU, B. AUTOMME, C. LE PESTRE.

1. Pese a la carga de ideas con que De Thou había dotado a la expresión "razón escrita", en el fondo él quería presentarla como un término técnico capaz de competir con aquel otro, también técnico, que era "derecho común". Ambos conceptos intentaban dar una solución al problema de las relaciones entre Derecho Romano y costumbres; y aunque las soluciones eran opuestas, en el modo de zanjar el problema, sin embargo, eran similares, pues en ambos casos se partía reconociendo una dualidad, una polaridad en el interior del sistema jurídico francés, polaridad que confluía en aquellas materias comunes tanto reguladas por las costumbres como por el Derecho Romano. La teoría del derecho común tendía a dar la preferencia al romano, después de practicar toda clase de operaciones interpretativas en la costumbre; la teoría de la razón escrita, en cambio, daba la primacía a ésta, también después de practicar operaciones en la costumbre, si bien en sentido inverso. En todo caso, ambas teorías reservaban al otro ordenamiento un papel, por así decir, residual.

2. El mérito de Domat consistirá en introducir la unidad en el sistema. Su punto de partida está en la distinción entre leyes naturales o inmutables y leyes arbitrarias. Las primeras se llaman así porque son precisamente naturales y de tal modo justas en todo tiempo y lugar, que ninguna autoridad las puede ni cambiar ni abolir. Las leyes arbitrarias, en cambio, son aquellas que una autoridad legítima establece, cambia o abuele según las necesidades³⁷.

Cada tipo de ley tiene un modo de ser distinto en su autoridad. Así, las naturales, siendo la justicia misma, tienen una autoridad natural sobre nuestra razón, mientras que las arbitrarias derivan su autoridad de la fuerza que les da el poder de aquel que tiene el derecho de hacer leyes³⁸. Dichas leyes naturales tienen su origen en Dios mismo y son conocidas por el hombre a través de la razón³⁹.

El segundo paso dado por Domat conduce a una identificación. Según él, la mayoría de las leyes naturales se encuentran en los libros justinianos y la mayoría de las leyes contenidas en dichos libros son naturales⁴⁰. Si esto es así, la autoridad del Derecho Romano será la misma autoridad que poseen las leyes naturales y, en efecto, dice Domat, esa autoridad del Derecho Romano consiste en

³⁷ DOMAT, *Tratté des loix*, cap. 11, párr. 1 (ed. Luxembourg 1702, t. 1).

³⁸ *Ibid.*, cap. 11, párr. 20.

³⁹ *Ibid.*, cap. 11, párr. 2.

⁴⁰ *Ibid.*, preface, cap. 11, párr. 16, 19 y 29; cap. 13, párr. 10; *Le droit public*, advertisement (ed. cit. n. 37, t. 2).

que se observan en todas partes aquellas reglas de la justicia y de la equidad, que se llaman el derecho escrito, porque ellas están escritas en los libros de Derecho Romano, teniendo la misma autoridad que tienen la justicia y la equidad sobre nuestra razón ⁴¹.

Por lo que se refiere a las leyes arbitrarias, según Domat, ellas se encuentran, algunas, muy pocas, en el Derecho Romano, y la mayoría en el Derecho Canónico, las Ordenanzas Regias y las costumbres ⁴².

3. La distinción entre leyes naturales y arbitrarias no implica que falte una relación recíproca entre ambas.

En efecto, según Domat, dos son las causas que han hecho indispensable la existencia de leyes arbitrarias en la sociedad. La primera es la necesidad de regular ciertas dificultades que surgen en la aplicación de las leyes naturales, como es el caso de la legítima hereditaria de los hijos, que en sí misma es una ley arbitraria, pero que ha nacido para conciliar dos leyes inmutables: la que ordena a los padres dejar bienes a sus hijos y la que permite a aquéllos disponer de sus bienes por testamento.

La segunda causa es la pura invención de ciertos usos que se han creído útiles en la sociedad, es decir, se trata nada más que de artificios humanos, de creaciones de la voluntad, como es el caso de los feudos, los censos, los retractos, las sustituciones ⁴³.

En consecuencia, las leyes arbitrarias o bien son una especie de determinación o especificación de las inmutables, que sin aquellas no podrían funcionar; o bien son autónomas, en cuanto reflejan usos e instituciones que en sí mismos no dependen de leyes naturales, pues son pura convención.

Pero no escapa a Domat que aun tratándose de leyes arbitrarias de la segunda especie, las naturales tienen alguna incidencia en ellas. Ciertamente el contenido de una ley arbitraria autónoma no depende de una natural; pero una vez establecida aquélla, muchos de sus aspectos quedan sujetos a las leyes naturales. Así, aun no siendo necesaria la institución del feudo, no por ello una vez que ha sido creado por la voluntad humana, escapan las partes a la ley natural que obliga a guardar las condiciones de todo pacto, en este caso, del pacto de enfeudamiento ⁴⁴.

⁴¹ *Traité des loix*, cap. 13, párr. 9.

⁴² *Ibid.*, cap. 11, párr. 17.

⁴³ *Ibid.*, cap. 11, párr. 6 y 12.

⁴⁴ *Ibid.*, cap. 11, párr. 13.

Entre leyes naturales y arbitrarias hay, pues, no una relación de coordinación, sino de subordinación de éstas a las primeras. Y si tal es la relación entre ambas, tal será la relación entre Derecho Romano y costumbres. Para Domat, estas últimas no son otra cosa que una especificación o determinación, un desarrollo del Derecho Romano, o bien una regulación autónoma, cuyos principios, una vez establecidas, se encuentran en ese derecho.

Con tal esquema, Domat supera la tensión tradicional entre ambos ordenamientos, tensión que, vimos, no lograba ser superada por las teorías del derecho común y de la razón escrita. El esquema domaciano implicaba un abandono del dualismo de ordenamientos y su reemplazo por la unidad del sistema. En dicho sistema unitario, Derecho Romano y costumbres rigen al mismo tiempo y sobre las mismas materias; pero no puede haber colisión entre ambos, porque rigen desde diversos puntos de vista, ya que el Derecho Romano proporciona los principios y la costumbre, la reglamentación convencional. Domat ha pretendido descubrir en el Derecho Romano un núcleo permanente, que jamás puede contradecirse con la costumbre y que tiene su fuerza propia, la de una ley natural. Sus antecesores han estado ciegos, pues hablando de Derecho Romano, lo han considerado como un bloque, sin distinguir en su interior lo natural de lo arbitrario, con lo cual resultaba posible y aun normal su contradicción con las costumbres al superponerse lo arbitrario del Derecho Romano a lo arbitrario de aquéllas. Hablando, en cambio, de leyes naturales y arbitrarias, aunque la mayoría de las primeras estén en el Derecho Romano y la mayoría de éstas en las costumbres, contradicción entre ambas no puede haber.

4. Ahora bien, puesto que Domat ha superado la contraposición *droit commun - raison écrite*, él puede identificar ambos conceptos. Así hace en el prefacio de su *Traité de droit public*, en donde dice: "las reglas del derecho natural se han conservado principalmente en los libros de Derecho Romano, los cuales se consideran el derecho común, es decir, aquello que debe ser observado en todas partes, porque contiene las reglas esenciales de la equidad, lo que hace que el Derecho Romano sea también llamado la razón escrita"⁴⁵.

Para Domat, que el Derecho Romano reciba la denominación de Derecho Común se debe a que en él se han conservado las reglas del Derecho Natural, y que reciba la denominación de razón escrita,

⁴⁵ *Le Droit public*, advert.

a que él contiene las reglas esenciales de la equidad. Como dentro de la variada terminología domaciana no hay diferencias entre reglas de la equidad y reglas del derecho natural, pues se trata de expresiones distintas que en último término aluden a las leyes naturales o inmutables, resulta que aquellas dos denominaciones se refieren a una misma realidad y son sinónimas. El único matiz de diferencia está en que la locución "derecho común" es apta para suscitar la idea de que el Derecho Romano debe ser observado en todas partes; pero el fundamento de esta observancia general es el mismo que apoya la designación de ese derecho como razón escrita.

Esta última denominación alude a la siguiente realidad: el Derecho Romano contiene las reglas esenciales de la equidad, o sea, las leyes naturales. Tal será el punto de partida de nuestro breve análisis del concepto domaciano de razón escrita.

5. El sentido de "escrita" es obvio: alude inmediatamente a ese carácter del Derecho Romano; pero, mediatamente, al hecho de hallarse las leyes naturales escritas en los libros justinianos. Sobre este punto antes hemos citado un pasaje suyo, en donde él habla de las reglas de la justicia y la equidad que se llaman el derecho escrito, porque ellas están escritas en el Derecho Romano.

La respuesta a la pregunta, ¿qué significa "razón"?, la encontramos en otro pasaje del *Traité des Loix*, en el cual distingue nuestro autor aquellas reglas cuya equidad se reconoce sin mayor razonamiento, de aquellas cuya equidad no se descubre sino después de algunas reflexiones. Verifica ahí Domat que el Derecho Romano contiene muchas reglas de esta segunda especie y ante la duda de si ellas son verdaderas leyes naturales o no lo son, declara que en verdad ellas deben ser consideradas no como leyes arbitrarias, sino como naturales, en las cuales la razón de la equidad ha prevalecido y formado la decisión, para terminar escribiendo: "también miramos esta clase de leyes como razón escrita, es decir, como aquello que la razón ha elegido entre opiniones contrapuestas"⁴⁶.

A propósito de la expresión "razón escrita", Domat se remonta a la facultad racionante del hombre. Ello no constituye sino una aplicación especial del principio general que antes había establecido, en orden a que las leyes naturales son conocidas a través de la razón. Algunas de tales leyes son percibidas sin razonamientos, lo que no significa que la razón no intervenga, sino sólo que ella las capta sin esfuerzo; otras se conocen previo un esfuerzo de la razón y previas

⁴⁶ *Traité des loix*, cap. 11, párr. 29.

unas reflexiones que recaen sobre opiniones y sentimientos opuestos, entre las cuales se capta la solución natural y se forma la decisión.

“Razón” en “razón escrita”, pues, alude a esta facultad racionante del hombre que conoce y capta, con o sin esfuerzo, las leyes naturales y las vierte por escrito. Pero este vertir por escrito no es repetitivo, sino un hecho consumado, pues la escritura de tales leyes corresponde a la de los libros justinianos. No se trata, por lo tanto, de volver a descubrir las leyes naturales, pues ellas ya se encuentran expresadas por escrito en aquellos libros. Razón escrita, en consecuencia, significa “la razón que ha escrito las leyes naturales en los libros de Derecho Romano” o, dicho de otro modo, “el derecho natural escrito por la razón en tales libros”. Es importante, en efecto, verificar que Domat no tiende a hacer ningún elogio de los artifices históricos del Derecho Romano o de los libros justinianos, como era usual entre sus antecesores. Para él, ese derecho y esos libros como que son independientes de sus autores históricos y constituyen una obra directa de la razón.

6. Entre la doctrina de Domat, que establecía una identificación casi plena del derecho natural con el Derecho Romano, lo que aquél resume acudiendo a la expresión “razón escrita”; y la doctrina de los humanistas, que identificaba Derecho Romano y equidad, lo que De Thou resumió del mismo modo, hay, empero, diferencias fundamentales. Estas diferencias en el fondo son las mismas que hay entre la equidad de los humanistas y el derecho natural de los racionalistas. Este último son reglas inmutables y eternas concernientes a todos los aspectos de la vida social, que incluso descienden hasta el detalle; la equidad de los humanistas no es un conjunto de principios, sino un método, un instrumento, una recta vía. Así, mientras Domat ve en el Derecho Romano la expresión de leyes inmutables, los humanistas veían en ese derecho la concreción de la justicia del caso.

No es que estos últimos desconocieran la existencia de un derecho natural; sólo que ellos, a guisa de buenos romanistas, se aferraban a las definiciones que de tal derecho encontraban en las fuentes romanas, según las cuales aquél sólo estaba constituido por principios muy generales de organización social —como el matrimonio, la edificación, la educación de los hijos, etc.⁴⁷—, no vertidos especialmente en el Derecho Romano, sin perjuicio de que también entre

⁴⁷ D. 1.1.5.

los romanos de la Antigüedad se usaba el matrimonio, se usaba educar a los hijos, se edificaba, etc.

7. También Domat tuvo sus seguidores. Durante el siglo XVIII encontraremos una línea de juristas como C. de Ferrière⁴⁸, Boutaric⁴⁹, Poullain du Parc⁵⁰ o Bourjon⁵¹, en cuyos escritos se halla incorporado el vocablo "razón escrita", en el sentido domaciano. Pero esa idea, en cuanto resumía toda una postura de análisis de las relaciones entre Derecho Romano y derecho natural, tuvo además fuerza para inspirar a los juristas de ese siglo la tarea de promover efectivamente la síntesis del sistema jurídico francés, síntesis que, en definitiva, hizo posible la codificación de principios del siglo siguiente.

V. SÍNTESIS

Si hubiera, pues, que resumir las conclusiones de esta conferencia habría que decir que la expresión "razón escrita" ha recibido a través de su historia tres significados diferentes: nació y se mantuvo hasta el siglo XVI designando al Derecho Romano en cuanto derecho escrito; a partir del siglo XVI pasó a designarle en cuanto depósito de equidad vinculante de la razón, que no rige como derecho, sino precisamente en cuanto a capaz de vincular la razón; desde fines del siglo XVII sirve para denominarle en cuanto continente de las leyes naturales que la razón ha escrito en los libros justinianos. En cada caso podemos señalar hitos muy concretos: la primera acepción queda representada por el art. 18 de la *Coutume d'Alais*; la segunda, por el presidente Chr. De Thou; la tercera, por Domat.

⁴⁸ C. DE FERRIERE, *Histoire du droit romain*², cap. 27 (Paris 1734, p. 328).

⁴⁹ F. DE BOUTARIC, *Institutes de Justinien conférés avec le droit français* (Toulouse 1740, p. xi).

⁵⁰ POUILLAIN DU PARC, *Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne*, lib. 1, cap. 1, párrs. 5-6 (Rennes 1764, pp. 4-5).

⁵¹ F. BOURJON, *Dissertation sur l'union du droit commun de la France avec la coutume de Paris*, introductoria a *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduit en principes* (Paris 1770, t. 1).