

VI

DERECHO ROMANO Y EQUIDAD EN F. LE DUAREN

I. Las tres grandes escuelas de pensamiento jurídico que han cimentado el derecho de la época moderna, esto es, la neoescolástica española, el humanismo, especialmente el francés y el yusnaturalismo racionalista centroeuropeo, al mismo tiempo que han fundado sus respectivos sistemas en un concepto central, han cuidado de establecer una estrecha vinculación, propiamente, una cierta identificación, entre dichos conceptos y el derecho romano.

Para la neoescolástica vale como concepto central la *lex naturalis*; para el humanismo, la *aequitas*; para el yusracionalismo, el *ius naturae*.

La vinculación de la *aequitas* y el *ius naturae* con el derecho romano es en el humanismo y en el yusnaturalismo, no sólo una actitud constructiva, en el sentido de que sus representantes al momento de edificar sus respectivos sistemas acuden a los materiales extraídos del derecho romano, sino que también teórica, en cuanto en sus escritos hallamos claramente expresada la idea de tal vinculación. En la neoescolástica, esta última es preponderantemente sólo constructiva¹; pero aun así no deja de encontrarse en alguna obra abiertamente declarada una relación estrecha entre *lex naturalis* y derecho romano.

Tal es el caso, p. ej., de F. Suárez en su *De legibus ac Deo legislatore* III, 8, 4. Después de afirmar como manifiesto que las leyes civiles, esto es, el derecho romano, carecen en España de *vis legum* en la medida en que *leges positivae sunt*, reconoce, sin embargo, que en cuanto dichas leyes *in multis continent et declarant ipsam legem naturalem*, han de ser observadas en el reino *in vi legis naturalis*, no —recalca— *in vi legis humanae*².

Dentro de la escuela yusnaturalista, quien más lejos ha llevado

1. Ejemplo perfecto de esta actitud constructiva es L. DE MOLINA, cuyo tratado *De iustitia et iure* aprovecha largamente materiales románicos.

2. En su parte pertinente, el texto citado reza así: *Ex quibus legibus manifestum est leges civiles in Hispania non habere vim legum quatenus lex positivae sunt... Quatenus vero illae leges in multis continent et declarant ipsam naturalem legem, servandae erunt in vi legis naturalis, non in vi legis humanae...* (ed. Pereña-Abril, en *Corpus Hispanorum de Pace*, vol. XV, p. 103).

esta identificación es G. G. Leibniz. En múltiples escritos suyos se encuentra repetido este concepto: ...*Quando exploratum est prope dimidiam partem Digestorum juris naturalis esse, atque plerasque propositiones ab Jurisconsultis Romanis tanta subtilitate demonstratas, ut cum Euclide certare possint...*³.

Por lo que respecta, finalmente, a la identificación entre la *aequitas* humanista⁴ y el derecho romano podría citarse a Alciato⁵, Baron⁶ o Donellus⁷. Pero nos detendremos en F. Le Duaren —tal es el objeto de esta breve nota— porque ha sido él quien dentro de la escuela ha expuesto esta teoría del modo más acabado.

II. El concepto inicial de Duaren⁸ (1509-1559) es el *bonum et aequum*, que define como *benignior et humanior legis interpretatio*⁹ y que identifica con la *aequitas*¹⁰, a través de la cual establece una conexión con la *epieikeia* aristotélica¹¹. *Bonum et aequum*, *aequitas* y *epieikeia* son para este jurista, lo mismo y su función es la que Aristóteles había señalado para su *epieikeia*, a saber, suplir, rectificar, moderar e interpretar la ley general con ocasión de haberse presentado un caso concreto, en razón de que aquélla no siempre puede preverlo todo¹².

3. Carta a Lambert (1670), en *Samtliche Schriften u. Briefe* (ed. Deutsch. Akad. d. Wiss. Berlin, Darmstadt 1926), t. II, 1, p. 40. Vid. STURM, F., *Das romische Recht in der Sicht von G. W. Leibniz* (Tübingen 1968).

4. Sobre el papel de la equidad en el pensamiento humanista: KISCH, G., *Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit* (Basel 1960).

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

6. BARON, E., *Instit. seu element. Iustin. libri IIII*, ad tit. 9, comm. partic. post (en *Opera omnia*, Paris 1562, t. 2, p. 24); *De beneficiis*, tit. 2 (en *Opera*, t. 3, p. 325).

7. DONELLUS, H., *Comm. de iure civili*, lib. 1, cap. 16, párrs. 7-8 (en *Opera omnia*, Luca 1767, t. 1, cols. 137-138).

8. Sobre Duaren: HIVER, M., *L'enseignement d'Alciat et de Duaren à Bourges* (Paris, s. d.); JOBBÉ-DUVAL, E., *François le Duaren*, en *Mél. P. F. Girard* (Paris 1912), t. 1, pp. 573-621; PIANO-MORTARI, V., *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI* (Milano 1962), pp. 70-75; Id. *Razionalismo e filologia nella metodologia giuridica di Baron e di Duaren*, en *Labeo* 15 (1969) 1, pp. 7-23; VOGT, W., *Franciscus Duarenus* (Stuttgart y otras 1971). Para las citas de fuentes nos valdremos de las siguientes obras: *In primam partem pandectarum seu digestorum methodica enarratio* (en *Opera omnia*, Luca 1765, t. 1) y *Disputationum anniversariorum libri duo* (en *Opera*, t. 4).

9. *Enarr.*, lib. 1, tit. 1, cap. 2 (t. 1, p. 4); lib. 4, tit. 4, cap. 1 (t. 1, p. 150); *Disp.*, lib. 2, cap. 18 (t. 4, p. 73).

10. *Enarr.*, lib. 5, tit. 1, cap. 7 (t. 1, p. 290); *Disp.*, lib. 2, cap. 18 (t. 4, p. 73).

11. *Enarr.*, lib. 1, cap. 1, tit. 2 (t. 1, p. 4); lib. 4, tit. 4, cap. 1 (t. 1, p. 150); lib. 5, tit. 1, cap. 7 (t. 1, p. 290); *Disp.*, lib. 2, cap. 18 (t. 4, p. 73).

12. De todos los pasajes antes citados, transcribimos el siguiente tomado de *Enarr.*, lib. 5, tit. 1, cap. 7: *Quid sit autem aequitas, quam sequi debet iudex, breviter nunc explicandum est. Aequitas igitur, ut aliquando docuimus, est benignior quaedam et humanior interpretatio legis*

La *aequitas*, según nuestro autor, tiene su origen en la naturaleza: *certum est eam* (sc. la equidad) *ortum habere a natura*¹³; pero un conocimiento natural no es suficiente para realizar la *interpretatio ex aequo et bono*. De ahí que sea necesario un *ars boni et aequi*, lo mismo que para contar es necesario un *ars Arithmetica*, aunque el contar es algo ínsito a todos los hombres¹⁴.

Este *ars boni et aequi* es el *ius*. Duaren acepta así, la definición celsiana de derecho¹⁵, que parafrasea de este modo: *collectio quorundam praeceptionum ad bonum et aequum pertinentium*¹⁶.

Para Duaren, en consecuencia, el derecho es un arte de interpretación de la ley según las categorías del *bonum et aequum-aequitas-epieikeia*. Como arte que es, consiste en *studium, usus et exercitatio*¹⁷ y se realiza en la singularidad del caso, frente al cual es rectificada la generalidad de la ley y conducida a la equidad (*ad aequitatem reducere*¹⁸).

El *ars boni et aequi* está, según Duaren, contenido en las *Pandectas*: *Certum est autem hanc artem, qua nulla praestantior digniorque est, his Pandectarum libris contineri*.¹⁹ Afirmación esta que de modo más tajante aún repite en otro lugar así: *Continetur enim ipsa ars boni et aequi ac reperiuntur multa praecepta ad aequitatem ac bonum et aequum pertinentia, ad legem interpretationem*..²⁰; y todavía: *Hoc veluti iacto gradu ad Pandectarum lectionem progrediendum erit, quae, ut nomen ipsum indicat, universum boni et aequi scientiam atque doctrinam complectuntur*²¹.

Tal es la razón por la cual, concluye Duaren, el conocimiento del

scriptae, quae aequitas scripto comprehensa est. Sic definit Aristot. epieikeia lib. 5 Moral., quam nos aequitatem vel aequum et bonum vocamus. Ostendit Aristote. eo loco sicut Iurisconsulti sub tit. D. de legibus. 1. neque leges. 1. non possunt., non omnia posse defini legibus, de quibus aliquando controversia potest incidere. Non enim possunt omnia venire in mentem legislatoris cum infinita sunt negotia, quae inter homines contrahuntur: ut exprime. c. scribere et mandare literis res omnes, de quibus homines quandoque litigant, non possint. Bonis et prudentibus viris permittitur interpretatio legis, cum verba legis deficiunt, quod videtur legis sententiae et menti legislatoris maxime convenire. Interpretatio est quam Aristot. vocat epieikeias, nos aequitatem vel aequum et bonum (t. 1, p. 290).

13 *Enarr.*, lib. 5, tit. 1, cap. 7 (t. 1, p. 290).

14. *Ibid.*

15. *Enarr.*, lib. 1, tit. 1, cap. 2 (t. 1, p. 4); lib. 4, tit. 4, cap. 1 (t. 1, p. 150); lib. 5, tit. 1, cap. 7. El texto transcrito supra n. 12, que corresponde al último citado en esta nota, continúa en efecto así: *...nos aequitatem vel aequum et bonum. De ea intelligendum est, quod ait Ulpian. in leg. prima. de iustit. et iure., ius esse artem aequi et boni.*

16. *Enarr.*, lib. 1, tit. 1, cap. 2 (t. 1, p. 4).

17. *Enarr.*, lib. 5, tit. 1, cap. 7 (t. 1, p. 290).

18. *Ibid.*

19 *Enarr.*, lib. 1, tit. 1, cap. 2 (t. 1, p. 4).

20 *Enarr.*, lib. 5, tit. 1, cap. 7 (t. 1, p. 290).

21. *Epistola de ratione docendi discendique iuris* (t. 4, p. 368).

derecho romano es necesario aun entre aquellas naciones que no lo han recibido como propio y que se rigen, en cambio, por leyes particulares: *Itaque iis etiam, apud quos Romanum ius receptum non est, sed qui legibus patriis reguntur, necessaria est huius artis cognitio*²² El conocimiento de este arte contenido en el Digesto es necesario en dichos países *ut melius possint de legibus suis iudicare*²³ v porque él constituye *velut philosophica quaedam praecepta* con los cuales *quaevis constitutio emendatur*²⁴.

III. Duaren, partiendo del concepto mismo de derecho llega a una teoría acerca de la función del derecho romano como elemento operante en la práctica de los países. Se trata, como habrá podido apreciarse, de una operación cumplida a través de varios grados, que podemos resumir así: identificación del *bonum et aequum* con la *aequitas* y la *epietkeia*; definición de estos tres conceptos sinónimos como *benignior et humanior legis interpretatio*; definición del derecho como arte concerniente a tal forma de interpretación; identificación del material contenido en las Pandectas con dicho arte; atribución consecuencial al derecho romano de una función interpretadora en clave de equidad respecto de la ley nacional.

En suma, se trata de relacionar a esta última con la equidad y en definitiva, a través de sucesivas identificaciones, con el derecho romano. Con tal postura, Duaren —y no es el único, según antes lo hicimos notar— intenta nada menos que refundar la vigencia del derecho romano en los países europeos v particularmente, como es natural, en Francia, atribuyéndole un papel operante en el sistema jurídico total, distinto del que le atribuían los comentaristas.

Mientras para éstos, el derecho romano ocupaba ahí una posición, por así decir, inmanente, pues constituía el derecho común circundante de las costumbres, estatutos y leyes propios, que en todo caso debían ser interpretados restrictivamente para lesionar lo menos posible al derecho romano y abrirle al máximo la posibilidad de su aplicación²⁵; los humanistas le asignan un lugar trascendente, es decir, lo sitúan fuera del sistema jurídico nacional y lo consideran como una equidad operante a posteriori, en

22. *Enarr.*, lib. 1, tit. 1, cap. 2 (t. 1, p. 4). Repite el mismo concepto en *Enarr.*, lib. 5, tit. 1, cap. 7: *Itaque dubitandum non est, quin lectio horum titulorum sit utilis etiam his, qui propriis moribus reguntur, licet Romanis legibus non utuntur* (t. 1, p. 290).

23. *Enarr.*, lib. 1, tit. 1, cap. 2 (t. 1, p. 4).

24. *Enarr.*, lib. 5, tit. 1, cap. 7 (t. 1, p. 290).

25. Típico representante en Francia de esta postura es P. REBUFFE: Vid., p. ej., sus *Comm. in constitutiones seu ordinationes regias, proemium*, gl. 5, párr. 140: *Statuta, ordinationes et consuetudines nuri communi repugnant, sunt restringendae* (ed. Lyon 1554, p. 47).

función de concreta rectificación, suplencia y moderación del derecho nacional con ocasión del caso.

Tal actitud, en el fondo, era la contrapartida de la pureza metódica propugnada por los humanistas en el estudio de las fuentes romanas y su liberación de la costra de glosas e interpretaciones con que, en el sentir de estos juristas, los glosadores y comentaristas las habían maculado. Esto indica que, al menos en la intención, los humanistas aplicando el nuevo método, no entendían ni querían limitarse a cumplir un papel de estudiosos meramente eruditos desligados de la realidad, pues perseguían hacer patente la equidad del derecho romano para que como tal pudiera ser utilizado en la práctica.

ALEJANDRO GUZMÁN

Universidad Católica de Valparaíso

Universidad de Chile (Santiago)