

## LA INFLUENCIA ROMANA EN EL DERECHO CANONICO COMO CUESTION METODOLOGICA

SUMARIO: I. INTRODUCCION.— II. ESTADO DE LA CUESTION. 1. Pervivencia de elementos romanos. 2. Ejemplos de instituciones canónicas.— III. INDIVIDUACION DEL PROBLEMA. 1. Dificultades. 2. La crítica de las interpolaciones. 3. El Derecho romano vulgar.— IV. FORMACION DEL DERECHO CANONICO. 1. Recapitulación: el “*ius vetus*”. 2. “*Lex canonica*” y “*lex mundana*”. 3. Los glosadores romanistas: repercusiones metodológicas inmediatas.— V. VICISITUDES POSTERIORES: CONCLUSION. 1. Decreto de Graciano. 2. *Ius Decretalium*. 3. *Codex Iuris Canonici*.

### I. INTRODUCCION

Las grandezas y las servidumbres del Derecho canónico se hallan entañadas, como es natural, en su mismo concepto, es decir, que estamos en presencia de una ciencia a un tiempo *sagrada y jurídica*. Desde el primer punto de vista, la metodología científica canónica tiene que apoyarse en la Teología, pero diferenciándose netamente de ella. A su vez, en cuanto ciencia jurídica, el Derecho canónico no constituye una de las ramas *especiales* del Derecho, según la distribución habitual de estas últimas, ya que el Derecho canónico —como es obvio— constituye un ordenamiento originario que procede de su propia fuente, la Iglesia, a la que debe servir de instrumento.

Todo ello es tan conocido que no necesitaría ser reiterado si no fuera porque, a lo largo de la historia, las dos tensiones apuntadas —ciencia sagrada, ciencia jurídica— han estado presentes tanto en la formación del Derecho canónico como en el método con que ha sido estudiado.

Así, comenzando por el “magister” Graciano, que intuyó la necesidad de separar el Derecho canónico de la Teología, el Derecho de la Iglesia inició sus avatares técnicos específicos superando la multitud de datos doctrinales dispersos y hasta contradictorios en la variadísima legislación general y provincial de la Iglesia. Con razón Dante situó en el Paraíso al fundador de la ciencia canónica, pues no fue pequeña conquista comenzar a separar “l’uno e l’altro foro” —el fuero *interno* del *externo*— en el estudio de la legislación eclesiástica<sup>1</sup>.

Se iniciaba así, al mismo tiempo, la “concordantia discordantium canonum”, que habría de servir de pauta a la ciencia canónica posterior. Pero se iniciaba conforme a unos métodos y unos esquemas que no eran otros sino los que los glosadores venían aplicando al estudio del Derecho romano, brillantemente renacido sobre todo en Bolonia.

Es decir, que desde sus mismos orígenes como ciencia, el Derecho canónico ha sentido la necesidad de vertebrar técnicamente los datos doctrinales —distinguirse de la Teología—, y para ello ha tenido que apoyarse en unos conceptos técnicos —los propios del Derecho— que tomaba de la única ciencia jurídica legada por el mundo antiguo: el Derecho romano. Ambas necesidades han contribuído, ciertamente, a fijar el que pudiéramos llamar método *tradicional* de tratar el Derecho canónico. A su vez, las concomitancias con el Derecho romano constituyen el primer y gran ejemplo de las relaciones entre Derecho canónico y Derecho secular, a cuya luz es más fácil valorar el método *moderno* de aplicar al Derecho canónico las conquistas de la teoría general del Derecho.

Cuáles hayan sido los logros de ambas actitudes es cosa en que no vamos a entrar ahora. Importa señalar, en cambio, que algo debía quedar todavía incompleto cuando el propio Concilio Vaticano II, haciéndose eco de lo que tienen de positivo algunas críticas actuales acerca de la ciencia canónica, se ha creído en la obligación de exhortar a que “en la exposición del Derecho canónico... se atienda al misterio de la Iglesia, según la Constitución dogmática *De Ecclesia*”<sup>2</sup>. Y aquí, de nuevo, se impone valorar la frecuente acusación, que en el fondo constituye un corolario

1. Sea permitido, de la innumerable bibliografía sobre el Decreto, señalar dos hitos generales, donde se encontrará la información bibliográfica que omitimos aquí: F. CALASSO, *Medio Evo del Diritto*, Milano 1954, p. 391 ss. y G. LE BRAS - Ch. LE FEBVRE - J. RAMBAUD. *L'Age Classique* (1140-1375), Paris 1965, p. 52 ss.

2. Decreto “*Optatam totius*”, n. 16.

del “antijuridicismo”, hecha al Derecho canónico como excesivamente vasallo del Derecho romano, pagano al fin.

En otras palabras: las presentes páginas se proponen estudiar, como una “quaestio selecta” verdaderamente fundamental para el problema metodológico actual, la influencia romana en el Derecho canónico, tema tantas veces aludido pero raramente abordado con el suficiente reposo en relación con el método de nuestra disciplina.

## II. ESTADO DE LA CUESTION

### 1. *Pervivencia de elementos romanos.*

La pervivencia de elementos romanos en la legislación canónica, si se plantea en el estricto plano de la historia del Derecho canónico, constituye sin duda uno de esos problemas, siempre pendientes de una solución más acabada, que con frecuencia ocupan a los historiadores del Derecho. No tendría, pues, que ser tratado a propósito del método, sino más bien en el apartado dedicado a las fuentes, y más precisamente cuando se intentara reconstruir el proceso originario de formación del Derecho canónico.

Pero dada la naturaleza eclesiológica del Derecho canónico, el concepto de “factores históricos” no interesa sólo desde un punto de vista meramente evolutivo, sino que hace referencia a algo preexistente, no eclesial; que ha contribuido a la formación del Derecho de la Iglesia y ha podido contribuir a desvirtuarlo.

Si además tenemos presente que, históricamente, el Derecho de la Iglesia tuvo su matriz jurídica en el máximo centro de irradiación del Derecho romano, dentro de la revivida tradición romana, y vive su época más intensamente creadora precisamente en aquellos siglos —del XII al XIV— que siguieron a la recepción del Derecho romano, entonces no sólo nos encontramos ante un problema histórico (el de las interferencias mutuas) insoluble en muchos aspectos, sino que además —y es lo que aquí importa— ello mismo puede dar lugar a engrosar un estado de opinión receloso para el Derecho canónico, por cuanto se pueda entender que sus orígenes e influencias romanas lo incapacitan para cumplir su misión en la Iglesia.

Indudablemente, tal acusación, en lo que tiene de radical, se ha hecho muchas veces desde postulados protestantes, y no hay que decir que constituye un corolario más de la dialéctica Iglesia-Derecho, uno de cuyos más notorios sostenedores, Sohm, era precisamente un romanista. Como es sabido, la “romanización” del Derecho canónico constituye también hoy un tópico, no sólo en las filas protestantes, que se reconduce a cuanto se pueda decir en otra sede acerca de la naturaleza del Derecho de la Iglesia.

Pero sería cerrar los ojos a la realidad si creyéramos que se agota aquí la cuestión. En la actualidad, y al margen de la polémica aludida, el tema de las influencias romanas plantea al canonista un problema que, por ir íntimamente unido al concepto del Derecho canónico, tiene unas consecuencias metodológicas indudables. Es decir, dadas las interferencias mutuas y el momento renovador en que nos encontramos, se trata no solamente de individuar, en el estudio de cada institución canónica, los elementos romanos —también podían ser los germanos, etc.—, sino sobre todo valorar dichos elementos en función de la naturaleza del Derecho de la Iglesia, desechando aquellos aspectos dudosamente aplicables en la actualidad.

Personalmente, en la labor investigadora, el tema ha aparecido frecuentemente con una acuciante intensidad, que obligaba a una toma de posición metodológica frente a él. Se permitirá que recordemos aquí dichas ocasiones, pues ellas pueden evidenciar el problema que intentamos abordar aquí en su conjunto. De todas formas, para no alargar demasiado esta reseña, nos limitaremos a los siguientes problemas: orden y jurisdicción, beneficio eclesiástico y matrimonio canónico.

## 2. *Ejemplos de instituciones canónicas.*

En primer lugar —decimos—, cuantas veces hemos tenido ocasión de referirnos, en anteriores trabajos, a las relaciones entre el orden y la jurisdicción, otras tantas ha aparecido la influencia romana como determinante de una excesiva separación entre ambas. Ya en un primer momento, cuando prestamos atención a la sintomática postura de Klein, pudimos advertir que, para él, el “punctum dolens” para explicarse la excesiva separación entre la potestad de orden y la de jurisdicción venía

representado por la concepción romana de la “missio canonica”. En su opinión, efectivamente, el papel del obispo —“ordo”— ha experimentado una considerable merma en favor de la jurisdicción —“munus”—, de forma que la “cura animarum”, que antiguamente se confiaba a través de la sola consagración, hoy está supeditada a la entronización, que en principio sólo tuvo una justificación de carácter temporal<sup>3</sup>.

A su vez, desde supuestos nada sospechosos, el estudio de Kerckhove sobre la noción de jurisdicción en los Decretistas y primeros Decretalistas, muestra que el término “iurisdictio” no fue empleado en un sentido específico hasta el s. XIII, a partir de cuyo momento la distinción entre orden y jurisdicción es ya común<sup>4</sup>. Bertrams, recogiendo la investigación anterior, habla de la influencia que el Derecho romano tuvo sobre la noción de oficio eclesiástico<sup>5</sup>, tema que hubimos de soslayar en su planteamiento básico cuando tuvimos ocasión de referir ambas posturas<sup>6</sup>.

El problema, como se ve, afecta a las mismas raíces de lo jurídico en la Iglesia, o si se prefiere, de la Iglesia como fuente de normas jurídicas, problema que Calasso calificaba como “uno dei piú complessi problemi storici della nostra civiltá occidentale”<sup>7</sup>.

Expresión nada exagerada, si tenemos en cuenta que al Derecho romano se acude —aunque en diferente sentido— para explicar las nociones más fundamentales de la constitución divina de la Iglesia. Así, mientras Afanassieff, con olvido del origen divino de la Iglesia, sostiene que fué San Cipriano quien introdujo el concepto de “iglesia universal” tomado de la idea de “imperio romano”<sup>8</sup>, d’Ors pretendía resolver el problema de la colegialidad episcopal explicando cómo, en el Derecho romano, el “collegium” no es jamás un órgano de potestad y presupone

3. Cfr. V. DE REINA, *Eclesiología y Derecho Canónico. Notas metodológicas*, “Revista española de derecho canónico”, XIX (1964), p. 353.

4. Cfr. M. VAN DE KERCKHOVE, *De notione iurisdictionis apud Decretistas et priores Decretalistas*, “Ius Pontificium”, XVIII (1938), p. 12 ss.

5. Cfr. W. BERTRAMS, *De quaestione circa originem potestatis episcoporum in Concilio Tridentino non resoluta*, “Periodica de re morali canonica liturgica”, LII (1963), p. 466, ss.

6. Vid. V. DE REINA, *Poder y sociedad en la Iglesia*, “Iglesia y Derecho”, Salamanca, 1965, p. 649.

7. F. CALASSO, *Medio Evo...*, p. 161.

8. Cfr. N. AFANASSIEFF, *L’Eglise qui préside dans l’Amour*, “La primauté de Pierre dans l’Eglise orthodoxe”, Neuchatel 1960, p. 12 ss.

siempre una instancia personal que ejecute sus “decreta”, trasladando finalmente dicho esquema al Papa y a los obispos<sup>9</sup>.

Y, como también tuvimos ocasión de observar, aunque en la Iglesia la estructura de la “potestas” fuera como dice el autor, no sería ciertamente porque tales hubieran sido las relaciones entre “collegium” y órgano de potestad en Derecho romano. El problema, en definitiva, siempre deberá ser resuelto a nivel teológico, aún cuando sea interesante conocer los datos históricos que pudieran parecer, en el mejor de los casos, adecuados para encauzar lo que pertenece a la constitución divina de la Iglesia<sup>10</sup>.

Si dejamos a un lado estos problemas constitutivos para fijarnos en instituciones concretas, de nuevo aparece la influencia del Derecho romano en muchas de ellas. Siguiendo los ejemplos propuestos, hemos tenido ocasión de estudiar dichas reminiscencias en el beneficio eclesiástico<sup>11</sup>. Ciertamente, también se advierten en él elementos germánicos —como en toda manifestación feudal—, pero incluso en éstos —aquí la “iglesia propia”—, el fundamento jurídico se apoya en un principio romano: “superficies solo cedit”.

Por lo demás, por cuanto se refiere a las influencias claramente romanas, se advierten en cuanto se intenta bucear la institución beneficiar en el intrincado problema histórico del feudalismo, pues enseguida aparece una terminología —“beneficium”, “stipendium”, “precarium”—, que nos sitúan ante figuras ancladas en la tradición jurídica romana. Y no sólo eso, sino que en todos estos fenómenos feudales no es ya el Derecho romano clásico el que primero aparece, sino precisamente el Derecho romano *vulgar*, con lo que el problema se complica doblemente.

Finalmente, por cuanto se refiere al matrimonio canónico, no es ya que la misma noción de contrato haya sido tomada del Derecho romano, sino que los que trasladaron los principios romanos al matrimonio cristiano —y aquí interviene indudablemente el fenómeno de la *receptión*— no tuvieron en cuenta que, precisamente en el Derecho romano.

9. Cfr. A. d'ORS, *Le origine romane della collegialità*, “Studi Cattolici”, 43 (VII-VIII, 1964), p. 31. Vid. el mismo trabajo en el volumen *El Colegio Episcopal*, Madrid 1964.

10. Cfr. V. DE REINA, *Poder y sociedad...*, p. 649.

11. Cfr. V. DE REINA, *El sistema benefical*, Pamplona, 1965, p. 106 ss.

el matrimonio no es un contrato, sino una pura situación de hecho. Lo cual ha tenido y tiene sus consecuencias, algunas de las cuales hemos analizado recientemente a propósito de la "forma iuris" del matrimonio canónico<sup>12</sup>.

En resumen, pues, se trata de saber no sólo las indudables influencias del Derecho romano sobre el canónico —cómo influyó en la formación de éste—, sino las consecuencias lógicas que ello ha comportado en el método científico tradicional, y las que debe comportar en la actualidad.

### III. INDIVIDUACION DEL PROBLEMA

#### 1. *Dificultades.*

La primera dificultad sería que presentan las relaciones entre el Derecho romano y el canónico es precisamente la de individuar el problema. Es decir, por un lado, puesto que el Derecho romano en un estrato de su historia fue permeándose de elementos cristianos, el problema presenta ya una vertiente que no suelen tener en cuenta los que acusan al Derecho canónico de "romanización", ni tampoco los canonistas que acuden al Derecho romano en busca de soluciones jurídicas. Me refiero, naturalmente, al hecho de que, en todo caso, las interferencias han sido mutuas. Y lo que se entiende en ocasiones como típico del Derecho romano, ha sido precisamente elaborado con suficientes elementos cristianos como para que no sea sospechosa la utilización que de dichas instituciones cristianizadas han hecho los canonistas de todos los tiempos.

Pero hay más. Ocurre, como es sabido, que es el mismo concepto de Derecho romano —del cual queremos conocer su alcance en el canónico— el que resulta controvertido, y el que puede referirse a períodos y elaboraciones tan distintas entre sí —clásico, justiniano, vulgar—, que forzosamente se debe intentar averiguar *qué* Derecho romano, es decir, en *cuál* de sus estratos evolutivos ha podido influir en el Derecho canónico.

12. Cfr. V. DE REINA, *Forma canónica del matrimonio y autonomía sacramental*, "Ius Canonicum" VI (1966), p. 267-309.

La respuesta corresponde, como es natural, a los romanistas, que son quienes nos pueden decir en qué estado de evolución se hallaba el Derecho romano cuando comenzó a ser utilizado por la Iglesia. Y aquí, como es sabido, tropezamos con dos cuestiones principales: la crítica de las interpolaciones y el problema del Derecho romano vulgar. Nos referiremos a ellas por separado.

## 2. *La crítica de las interpolaciones.*

A partir del método histórico crítico con que viene siendo estudiado el Derecho romano<sup>13</sup>, el problema crucial que, durante tiempo, ha preocupado a la romanística, no ha sido otro que el de la crítica de las interpolaciones. No, por supuesto, en el sentido de discutir la existencia o no de tales interpolaciones, sino de valorar el alcance y el número de éstas.

En ese punto, el mundo romanístico se ha hallado dividido en dos grandes bandos, con las consiguientes tendencias conciliadoras que, en la actualidad, han conseguido centrar el problema de una manera que, con las salvedades que impone campo tan vidrioso, pueden considerarse pacíficas.

Como es sabido, en un principio las posiciones contrapuestas pueden ser representadas por dos grandes romanistas italianos: Salvador Riccobono y Emilio Albertario<sup>14</sup>.

Siguiendo el resumen que hace d'Ors de la polémica<sup>15</sup>, digamos

13. Sobre las críticas a los métodos comparativos, naturalístico y dogmático, así como para las características del método histórico dogmático en el estudio del Derecho romano, vid. A. D'ORS, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano*, Salamanca 1943, p. 27-41. Seguimos también de cerca este trabajo para lo que se refiere a la crítica de las interpolaciones.

14. Vid. S. RICCOBONO, *Punti di vista critici e ricostruttivi, a propósito della dissertazione di L. Mitteis "Storia del diritto canonico e studio del Diritto Romano"*, en "Annali della Università di Palermo", XII (1920), p. 500, ss.; A. ALBERTARIO, *La cosiddeta crisi del metodo interpolazionistico*, en "Studi in onore di P. Bonfante", I, Milano 1930, p. 609 ss. Abundante bibliografía sobre esta cuestión en U. ALVAREZ, *Horizonte actual del Derecho romano*, Madrid, p. 283 ss.

15. Cfr. A. D'ORS, *Presupuestos...*, p. 41-42.

que ambos son en cierto modo críticos, pero mientras Albertario considera que entre el Derecho clásico romano y el Derecho justinianeo alterado por las interpolaciones se abre una brecha sólo explicable si se atiende al influjo de las nuevas circunstancias políticas, de la elaboración de las escuelas post-clásicas, de la presión de los institutos orientales y de las doctrinas de la filosofía griega, así como también del Cristianismo, en cambio Riccobono sostiene que las innegables alteraciones bizantinas son de carácter puramente formal, simples cambios terminológicos, meras redacciones nuevas que no significan innovaciones bruscas en la sustancia, de suerte que no resulta lícito, según él, el suponer una interrupción en el curso natural de una evolución bastante libre de influencias extrañas.

Esta discrepancia redundante, naturalmente, en la crítica concreta de cada caso, es decir, en la importancia de cada interpolación aisladamente considerada, pero también en la visión de conjunto de la historia del Derecho romano y por ello de los períodos que dentro de ella se deban distinguir. Mientras para Albertario, tras un período de Derecho civil estricto que llega hasta fines de la República, se extiende otro de Derecho clásico hasta Diocleciano y después un tercero post-clásico que se cierra con la codificación justiniana, para Riccobono el Derecho romano se desarrolla a partir del s. I a.C. sin solución de continuidad hasta Justiniano.

En realidad —concluye d'Ors—, si queremos ver esquemáticamente esta discrepancia, observaremos que la diferencia entre las dos posiciones estriba en que mientras Albertario mantiene la pureza y aislamiento de la elaboración jurídica hasta fines del s. III d.C. y concentra en los tres últimos siglos del Bajo-Imperio la efectividad de los influjos externos, Riccobono diluye estos influjos desde el s. I a.C. Así, por ejemplo, la retórica griega no influye en el Derecho romano hasta la época post-clásica, mientras que para Riccobono ya está presente en los estudios y discusiones jurídicas de la época ciceroniana.

No es cosa de repetir aquí los diversos intentos de profundizar en un problema tan capital para el método de estudio del Derecho romano. Digamos, simplemente, que el propio d'Ors, en la línea de Albertario, constituye un ejemplo del camino metodológico que se ha ido afianzando: la palingenesia crítica de todas las fuentes. Las consecuencias han

sido que la nueva sistematización de los estudios romanísticos ha tenido por objeto, no el Derecho bizantino, sino el Derecho clásico, y por lo mismo, el elemento aglutinador ha dejado de ser el derecho subjetivo, sino la acción. En una palabra, todo el Derecho civil romano ha sido reducido a un *sistema de acciones*, y lo que no pueda ser encajado dentro de tal cuadro de acciones es "Historia"<sup>16</sup>.

Ahora bien, ello comporta, para nuestro tema, que los propios romanistas desplazan su atención del Derecho bizantino, que venía siendo al que se acudía para afirmar la influencia en el Derecho canónico. Y además, que pertenece a los romanistas, como un capítulo más de la crítica de las interpolaciones, mostrar cuáles han sido las que tienen un origen cristiano, pues precisamente, junto a una técnica jurídica que no fue la clásica, muy frecuentemente los canonistas acuden al Derecho romano previamente cristianizado. En cualquier caso, el problema es mucho más complejo de lo que suponen cuantos acusan de romanización al Derecho de la Iglesia.

### 3. *El Derecho romano vulgar.*

La preocupación por el Derecho romano vulgar<sup>17</sup> es un asunto reciente, que data apenas del tercio de siglo, y posiblemente sea hoy la gran cuestión de esta ciencia, así como en la generación de Albertario y Riccobono lo fué el tema de las interpolaciones. Por lo mismo que supone la reconstrucción de un período hasta ahora oscuro y difuso, situado en-

16. *Ibid.*, p. 58

17. Para este epígrafe hemos consultado las siguientes obras: V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del Diritto Romano*, Napoli 1957; B. BIONDI, *Diritto Romano Cristiano*, vols. Milano 1952-54; DE DOMINICIS, *Riflessi di Costituzione Imperiali del Basso Impero nelle opere della giurisprudenza post-clasica*, Trieste 1952; M. GARCIA GARRIDO, *Vulgarismo y Derecho Romano vulgar*, "Revista de Derecho Notarial", 39-42 (1963), p. 21 ss.; J. GAUDEMET, *L'Eglise dans l'Empire Romain (IVe Ve siècles*, París 1957; E. LEVY, *West Romain Vulgar Law*, Philadelphia 1951; A. D'ORS *El Código de Eurico*, "Estudios visigóticos", II (1960); *Reseña a Wicker*, "Studia et Documenta Historiae et Iuris", XXVI (1960), p. 366 ss.; M. KASER, *El Derecho Romano Vulgar Tardío*, "Anuario de Historia del Derecho Español" XXX (1960), p. 617 ss.; A. VISMARA, *Storia dei patti successori*, Milano 1941; F. CALASSO, *Medio Evo...*, p. 57-80.

tre el Derecho clásico y Justiniano, y que se proyectó sobre la historia jurídico-medieval pre-irneriana, su estudio es del más alto interés para el historiador del Derecho canónico y su período de formación, en el que indudablemente estuvo presente el elemento romano.

La literatura científica en torno al Derecho vulgar ha sido, pues, abundante en los últimos años, pero se ha centrado mucho más en la fijación del concepto mismo de vulgarismo que en el estudio de sus fuentes o su contenido. Lo que no deja de ser lógico, habida cuenta que es necesario operar sobre bases relativamente ciertas.

Sin ánimo, naturalmente, de adentrarnos en una investigación personal sobre el tema, de los escritos citados creemos que se deduce que el Derecho vulgar es posible delimitarlo desde tres puntos de vista: según un estilo, según una época y según un ámbito territorial.

Según un estilo —y en este punto es muy atendible la postura de Wieacker— que es la caracterización fundamental, o mejor dicho, según una carencia de estilo, debida a que en el Derecho vulgar falta la presencia creadora del juriconsulto. El fenómeno de la “auctoritas” de los juriconsultos, producto exclusivo del Derecho clásico, ya no existe en el Derecho vulgar, y la tensión creadora de la jurisprudencia, capaz de imprimir forma jurídica a los materiales sociales o económicos, al desaparecer, hace que dichos materiales queden en estado de naturaleza.

De ahí la “contigüidad visual”, que avecina tanto el Derecho vulgar al arcaico, porque en el fondo constituye un primitivismo jurídico. Ello hace posible el error de confundir la apariencia jurídica con el derecho, como por ejemplo la posesión con la propiedad, o el derecho con su prueba o con el documento que la contiene.

La intervención de criterios extra-jurídicos, como ideas afectivas o morales, para resolver cuestiones jurídicas es otra de las notas fundamentales de esta pérdida de estilo. Un ejemplo clarísimo de esta actitud ha sido señalado a propósito de los pactos sucesorios. Mientras los clásicos prohibían el pacto sucesorio dispositivo —es decir, aquel en que dos personas disponen de la sucesión de un tercero todavía vivo—, debido a que, estando todavía vivo el presunto causante, no había sucesión y por tanto el pacto carecía de objeto, Justiniano<sup>18</sup> no atiende a ninguna razón

18. C. 2, 3, 30.

jurídica y para nada se refiere a la falta de objeto, sino que rechaza el pacto por cuanto puede significar un "votum mortis". Respecto a los pactos renunciativos se advierte la misma política: mientras para los juristas clásicos dichos pactos son nulos porque implican la renuncia a la condición de "suus" del renunciante, Justiniano los declara nulos por prevención al papel que el temor reverencial pueda jugar en ellos<sup>19</sup>.

Pero dado que el estilo —o su carencia— es una cuestión de creación humana, que admite sus más y sus menos, los límites del Derecho vulgar son imprecisos y no siempre determinables fácilmente, e incluso a veces hasta indeterminables por un sólo criterio. No es un género nítido, como el "ius honorarium", o el "ius civile", o el derecho imperial, sino que es más bien una característica, un modo de ser, que puede afectar en mayor o menor grado a una institución, a una ley, a una obra, a una época.

De ahí que no parezca un criterio apropiado aquel que lo contraponen —como Derecho "popular"— al Derecho legislado o imperial. Porque, ciertamente, la tendencia a perder la forma se advierte incluso más claramente en los emperadores, menos conservadores que la sociedad o los prácticos del Derecho, y por tanto menos ligados aún que éstos a los restos de la jurisprudencia clásica. Así, se ha observado a menudo en obras postclásicas no imperiales, como el Epitome Ulpiano, o las Sentencias de Paulo, o incluso el Epitome de Gayo, la tendencia sostenida a seguir tratando instituciones muertas, por puro respeto a la tradición y dando en sus párrafos la impresión engañosa de que se mantienen aún "lozanas" ciertas formas clásicas; o en los documentos tardíos, en que se habla de la "stipulatio", o de la "mancipatio", o del derecho civil y derecho pretorio como dualidad. Los emperadores, en cambio, en sus constituciones, tienden a arrojar por la borda este peso muerto, en una actitud, más que de irreverencia al pasado, de realismo ante el presente y de seguridad en su propio poder.

Hemos dicho que el Derecho vulgar, además de por un estilo, está caracterizado por una época y un área geográfica. Naturalmente que tales caracterizaciones tienen que ser tan imprecisas como la del estilo, ya que en relación a él se han de juzgar. Dicho así, podemos adelantar que

19. C. 3, 28, 35, 1-2.

el Derecho vulgar es aquel que prevalece en una época y en un territorio en los que no hay jurisconsultos.

Es verdad que en toda época puede haber —y de hecho ha habido— *vulgarismos*, pues aun en el tiempo de la alta jurisprudencia cabían manifestaciones jurídicas no condicionadas por la ciencia de los prudentes: valga como ejemplo la “querella in officiosi testamenti”, tan influida por aquella retórica teatral de los abogados a la que no era insensible el tribunal de los *C. viri*. Como también puede haber derecho de estilo relativamente alto en épocas en que la jurisprudencia, como ciencia de creación, ha cerrado su ciclo, porque la autoridad de los muertos puede seguir dando forma a una realidad. Pero la cuestión hay que plantearla en términos de predominio, o de estilo dominante.

La época en que desaparece la figura del jurisconsulto se puede fijar en el año 228, con el asesinato de Ulpiano, es decir, que prácticamente coincide con el fin de los Severos (año 235) y el comienzo de la gran crisis político-militar del Imperio y de sus últimos estertores persecutorios contra el Cristianismo.

En este período se advierte una depresión en el tono de los modelos clásicos, caracterizada por el deseo de simplificar el sentido de la utilización de los textos para los fines de la enseñanza elemental. Son sobre todo los maestros desconocidos de Occidente los que realizan esta labor, y tienen, como advierte Kaser, la buena voluntad de procurar conservar y amoldar el Derecho clásico a sus alumnos. Sólo que, por sus dotes intelectuales más bien escasas, desfiguran a menudo el significado original por falta de comprensión.

Este período coincide con la revolución editorial que significa el paso del volumen (rollo) al codex (libro) y que produjo la reedición y consiguiente reelaboración de los textos jurídicos (Estrato “A” de Levy; “primer momento” de Wieacker). A esta época pertenecen obras como Sentencias de Paulo, el libro de las Reglas de Ulpiano, el Código Gregoriano. Para muchos autores, este período a que aludimos, y que va aproximadamente hasta el advenimiento de Constantino, representa una época de transición entre el Derecho clásico y el post-clásico por cuanto se advierte el afán de ceñirse a la terminología y al estilo anteriores, aún cuando los resultados en este orden sean modestos. Levy lo llama período *cuasiclásico*; Wieacker, *epiclásico*; y Kaser, *postclásico inicial*.

A partir de Constantino se inicia una política consciente de crear un orden nuevo: los funcionarios de la Cancillería Imperial son reemplazados por hombres distintos en formación y mentalidad. La preocupación por la "veritas" penetra también en el campo de lo jurídico, y la nueva situación político-religiosa comienza a producir sus nuevos frutos. Es a partir de esta época de complejidades estructurales y mentales tan grandes, ya que está dominada por figuras que no desean la continuidad con el pasado, pero que tampoco pueden prescindir de su legado, cuando comienza propiamente el Derecho vulgar.

Después de la muerte de Constantino, el Imperio permanece administrativamente dividido en dos partes, la Oriental y la Occidental, salvo en los años que van del 350 al 364. En esta época existen dos cancillerías, y de cada una de ellas emanan distintas constituciones, dirigidas muchas veces sólo a una parte determinada del Imperio. Todo ello, por cierto, sin perjuicio de que tales constituciones lleven el nombre tanto de los emperadores orientales como de los occidentales, y de que las cancillerías se comuniquen mutuamente los actos legislativos.

El Código Teodosiano —de tanta importancia para el tema de las interferencias mutuas romano-cristianas— es la última gran fuente jurídica común para Oriente y Occidente. Después de su fecha (año 438), puede decirse que la vida jurídica de las dos partes del Imperio queda escindida, con la única salvedad de que algunas constituciones de Teodosio II y de Marciano, emperadores ambos de Oriente, fueron recogidas en el brevario de Alarico. Ya desde Mayoriano (año 457) cesa toda relación y los campos jurídicos se separan definitivamente.

El proceso del "estilo" también se hace diverso en Oriente y Occidente, pues en esta parte no existieron academias de la altura de las de Berito y Constantinopla, las cuales gracias a un trabajo más de erudición que de creación pudieron, en parte, contener la pérdida de estilo. Así, mientras Oriente vuelve a vivir un clima jurídico si no ya clásico, al menos clasicista, que culmina con el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, el Occidente sigue adelante el camino de la vulgarización, cuya línea empalmará sin solución de continuidad con el Derecho medieval. Productos típicos de esta evolución son el Código de Eurico, el Breviario de Alarico y las leyes romano-bárbaras.

Desde el punto de vista, pues, del resultado final del proceso, el

Derecho vulgar es el Derecho romano-tardío de Occidente. Verdad es que en Justiniano también hay rasgos vulgares, como los que vimos a propósito de los pactos sucesorios, pero, repetimos, la vulgarización es cuestión de predominio, y no de uniformidad. La verdad es que, al llegar al siglo V, se observa que es Occidente quien carece de jurisconsultos, pues en Oriente siguen existiendo las escuelas, las cuales logran restaurar relativamente las formas clásicas, aún cuando fuera sólo como un movimiento academi-cista y arcaizante.

#### IV. FORMACION DEL DERECHO CANONICO

##### 1. *Recapitulación: el "ius vetus"*

De cuanto llevamos dicho se deducen una serie de datos, que conviene valorar antes de entrar en el estudio del momento de máxima influencia del Derecho romano sobre el canónico, momento que, como es sabido, se suele situar con motivo del refloreCIMIENTO de los estudios románicos que tuvieron lugar sobre todo en Bolonia. Pero hasta ese momento —cabe preguntar—, ¿qué datos poseemos para individuar la influencia romana?

Esquemáticamente entresacados de lo que llevamos dicho, se pueden sentar los siguientes puntos de partida:

1) El Derecho romano clásico no es precisamente el que puede haber influído en la legislación eclesiástica de los primeros diez siglos;

2) A partir de Constantino hay una evidente interferencia mutua, que culmina en el Código Teodosiano y que, afectando singularmente a lo que hoy llamaríamos relaciones Iglesia-Estado, tuvo sin embargo su importancia para la formación del Derecho canónico. No obstante, quien haya tenido ocasión de estudiar despacio las fuentes canónicas de los primeros siglos, habrá podido advertir que fué mayor la influencia cristiana en la legislación imperial que viceversa.

3) A partir de aquí, el Derecho romano bizantino —fuertemente apoyado en el cesarapapismo de los emperadores—, al tiempo que se permeaba de influencias cristianas, fue constituyendo una legislación que frecuentemente resulta apta para los propósitos de la misma Iglesia. Este proce-

so culmina, en Oriente, con la obra legislativa de Justiniano, en la que conviene distinguir el Digesto —conservación de escritos de juristas clásicos, no del todo depurados de elementos anticuados— de las restantes obras del “Corpus Iuris”, aunque tanto de uno como de otras se sirviera la Iglesia, como tendremos ocasión de ver a propósito de la recepción<sup>20</sup>.

4) Finalmente, en lo que se refiere a Occidente —que es donde más se aglutinan los argumentos en pro de la tesis de la desvirtuación del Derecho canónico por obra del romano—, el tema va íntimamente unido al problema de la vulgarización y a su influencia en las incipientes fuentes canónicas.

Si el anterior esquema es válido, al menos como punto de partida, sólo resta que veamos la influencia del Derecho romano en el “ius vetus”, es decir, en aquellas incipientes colecciones canónicas de Occidente. Cuestión que puede, a su vez, aportar algún dato de interés para la decadencia del Derecho romano en Occidente y para ilustrar el gran enigma que, no sin cierto énfasis, denunciaba Vinogradoff: “In tutta la storia non vi è problema piú importantè ad enigmatico di quello concernente il destino del Diritto Romano dopo la ruina del lo Stato Romano”<sup>21</sup>.

Y aquí sale al paso una distinción que ya advirtió Van Hove. Es ésta: a la historia del Derecho corresponde exponer el influjo del Derecho romano en la formación de la legislación eclesiástica y en la elaboración de las instituciones canónicas; en cambio, a la historia de las fuentes pertenece únicamente determinar qué disposiciones legales ha invocado la Iglesia para establecer su disciplina<sup>22</sup>. Según eso, parecía que la investigación que estamos llevando a cabo, a lo sumo se referiría a la historia de las fuentes canónicas, si no únicamente a la historia del Derecho canónico.

Apresurémonos a decir, en cambio, que partiendo de una frecuente acusación polémica, aquí nos interesa saber la influencia metodológica

20. Sobre los propósitos de Justiniano, vid. la opinión de S. RICCOBONO en el *Prólogo* a la edición italiana de la obra de P. VINOGRADOFF, *Diritto Romano nell' Europa Medievale*, Milano 1950, p. 4. Vid. también F. CALASSO, *Medio Evo...*, p. 81 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Storia...* p. 120 ss.

21. P. VINOGRADOFF, *Diritto Romano...*, p. 15.

22. Cfr. A. VAN HOVE, *Prolegomena*, Mechlíniae-Romae 1945, p. 220.

que ha podido tener el Derecho romano en el estudio del canónico. Y, para ello, es imprescindible —si queremos huír del lugar común— referirnos precisamente al período de formación del Derecho canónico, y a cómo pudo integrarse el elemento romano en las primeras fuentes canónicas. Pero, bien entendido, que no se trata propiamente de un estudio de las fuentes, sino de partir de ellas para la valoración de un problema metodológico de viva actualidad.

Así las cosas, si adoptamos los períodos clasificatorios de las fuentes canónicas hasta el siglo XI que propone Calasso<sup>23</sup> —por lo demás basados en la misma historia de la Iglesia—, el cuadro queda de la siguiente manera. En primer lugar, desde la fundación al Edicto de Milán, que señala el período embrionario de la formación del “ius divinae constitutionis”. Completando esta fuente principal, se halla la “traditio”, es decir, el complejo de enseñanzas cristianas no incluídas expresamente en la Sagrada Escritura, en la cual hay que distinguir la “traditio divina”, formada por los preceptos directamente transmitidos por Jesús a los Apóstoles, y la “traditio humana”, en su doble vertiente: *apostólica* (que se remonta a las enseñanzas de los mismos Apóstoles) y *eclesiástica* (que resulta sobre todo de los escritos de los Santos Padres). Jurídicamente, la “traditio”, por contraposición con la Sagrada Escritura en cuanto “ius scriptum” (de constitución diversa), se configura como “consuetudo”, bien sea oral, bien bajo la fórmula “statuta patrum”<sup>24</sup>.

No hay que decir que, en este período, y en las fuentes correspondientes que se remontan a él aunque sea indirectamente, no hay cuestión respecto a la influencia del Derecho romano<sup>25</sup>, que es también el Derecho por excelencia de los súbditos cristianos del Imperio<sup>26</sup>.

23. Cfr. F. CALASSO, *Medio Evo...*, p. 170-171.

24. Sobre esta cuestión, que afecta a las raíces mismas de la *costumbre* y a su formación como una norma jurídica canónica, vid. últimamente G. LE BRAS - CH. LEFEBVRE - J. RAMBAUD, *L'Age Classique* (1140-1378), p. 205 ss.

25. Podría pensarse que cabe plantear ya aquí el tema del “animus comunitatis” para la validez de la *costumbre* canónica, y la posible influencia del Derecho romano en este problema. En cambio, como veremos más adelante, ello no sólo sería un anacronismo histórico, sino que tiene su puesto en el momento de elaboración propiamente técnica del Derecho canónico, a todas luces posterior.

26. Ello no quiere decir que el Derecho romano no condicionara algunas decisiones de la autoridad eclesiástica, dentro del cuadro general de las relaciones “lex christiana-lex saeculi”, como p. e. tuvimos ocasión de estudiar a propósito del “error conditionis servilis” en *Error y dolo en el matrimonio canónico*, Pamplona 1967.

El segundo período va desde Constantino hasta el final del siglo VIII. Ya vimos también en otro lugar la importancia de este período, lleno de enseñanzas para las relaciones Iglesia-Estado. Digamos ahora simplemente que, durante estos siglos, la Iglesia ha de atravesar desde su consideración de “collegium licitum” hasta la conquista de su propia independencia dentro de la “romanitas”; y que, después del 476, corresponde a ella la salvaguarda de la civilización romana, con lo que ello comportó de reconstitución de un poder secular que crecía apoyado a un tiempo en el antiguo ideal romano y en nuevo cristiano-católico.

Consecuencia de todo ello —en lo que ahora nos importa— es que durante este período ya es posible rastrear la influencia romana en la propia legislación canónica. Y, en efecto, el mismo Van Hove, que entiende que hasta el siglo XI “non adeo frequens est usus iuris romani per hanc aetatem”, no deja de reconocer que ello tuvo lugar “praesertim in Italia, in Hispania et in Gallia, in actis pontificis, in collectionibus canonicis et in decretis conciliorum”<sup>27</sup>.

Cierto que, en su opinión, la influencia de las leyes romanas en esta época debe encuadrarse en el siguiente esquema: “*Respectus ad leges romanas* durante hac epocha ita determinari potest. Ecclesia ad ius romanum provocat ut ius Status vigens in territorio, non ut ad legem quam suam facit, ut canonicam. Interdum sunt privilegia per Statum concessa aut confirmationes per eum dispositionum ecclesiarum, quae sic vim legis Status obtinent. Interdum invocatur ad firmadas leges ecclesiasticas, quae maiorem vim obtinent, quia vigent in utroque foro, ecclesiastico et civili. Denique, in specie in Hispania, leges latae in materia profana extenduntur ad res ecclesiasticas”<sup>28</sup>. Con todo, es evidente que las fuentes hablan ya de esta influencia del Derecho romano, por lo demás inevitable.

Los principales pasos que se deben completar para rastrear dicha influencia son, también esquemáticamente apuntados, los siguientes: 1) San Isidoro de Sevilla, que en su intento de salvar la antigüedad, recogió múltiples elementos del Derecho romano<sup>29</sup>; 2) Las dos colecciones llamadas “Dionysiana” e “Isidoriana” o “Hispana”, que como se sabe junto a

27. A. VAN HOVE, *Prolegomena*, p. 225.

28. *Ibid.*, p. 228.

29. Vid. P. VINOGRADOFF, *Diritto Romano.*, p. 33.

cánones conciliares incluyen ya una “collectio” de decretales pontificias, y en las cuales se puede ver ya la influencia de instituciones romanas<sup>30</sup>; 3) Finalmente, cabe señalar —aparte del valor singular que tienen las Decretales *pseudo-Isidorianas*, en el que no entramos ahora— el “Liber diurnus pontificalis”, especie de formulario de la Curia romana, formado poco a poco con material variadísimo, que va desde los tiempos de Gregorio Magno hasta el siglo VIII, y que intenta presentar los modelos de toda suerte de actos que salían de la Cancillería pontificia, desde los más importantes hasta los más modestos<sup>31</sup>. No hay que decir que ofrece un interés histórico vivísimo no sólo para reconstruir la organización administrativa, central y periférica, de la Iglesia, sino además para saber hasta qué extremo se servía ya del Derecho romano para dicha organización.

Por fín, el tercer período va desde la “renovatio Imperii” hasta el Concordato de Worms, que señaló la victoria del Papado sobre el Imperio. Es aquel en que la influencia romana se hace más patente en las correspondientes colecciones, y también el período que se ha prestado a más posturas polémicas —recogidas ya por nosotros, a propósito de las relaciones Sacerdocio-Imperio—, de las cuales aquí sólo nos interesan las que se refieren a la influencia del Derecho romano.

Por de pronto, asistimos a los primeros intentos de sistematización de la legislación canónica, en los cuales la influencia romana es patente<sup>32</sup>. Así la “lex romana cononice compta”, compilación de leyes romanas llevada a cabo en el siglo XI y en la cual la elección de materia estuvo determinada por el deseo de proporcionar a los clérigos extractos de derecho romano, de modo que les pudieran ser útiles en el ejercicio de su misión<sup>33</sup>. Así la “Collectio Anselmo dicata” —dedicada a Anselmo, Arzobispo de Milán y compuesta verosímilmente en los últimos decenios del siglo IX—, que sistemáticamente se divide en doce libros, a imitación del

30. Sobre ambas colecciones, vid. P. FOURNIER-G. LE BRAS, *Histoire des collections canoniques en Occident depuis les fausses décrétales jusqu'au Décret de Gratien*, I-II, Paris 1931-2. A.M. STICKLER, *Historia iuris canonici latini. Historia fontium*, Taurini 1950.

31. Cfr. F. CALASSO, *Medio Evo...*, p. 175.

32. Para todas estas fuentes es fundamental la obra de P. FOURNIER-G. LE BRAS *Histoire des collections canoniques en Occident depuis les fausses décrétales jusqu'au Décret de Gratien*, Paris, 1931-2.

33. Además de FOURNIER-LE BRAS, vid. A. VINOGRADOFF, *Diritto romano...*, p. 34; F. CALASSO, *Medio Evo...*, p. 319

Código de Justiniano<sup>34</sup>. Así, en fin, el “*liber Decretorum*”, conocido más comúnmente como “*Decretum*” de Burcardo, obispo de Worms, y compuesto en los primeros años del siglo XI<sup>35</sup>; digamos simplemente que de él van a tomar nombre más tarde los “*brocarda*” o “*regulae iuris*”, que constituyen una suma del espíritu jurídico romano.

La influencia, pues, del Derecho romano es innegable en este período, y constituye la base sobre la que se plantearán más adelante los problemas de relaciones entre la “*lex canonica*” y la “*lex mundana*”. Antes de entrar en ello, importa sin embargo valorar tanto la común razón que se viene dando para explicar porqué fue la Iglesia la que hizo posible la pervivencia del Derecho romano en Occidente, así como del Código Teodosiano, cuerpo legal este último que no hemos tenido en cuenta al enumerar las posibles vías legales de influencia ya que, obviamente, no se trata de una compilación canónica.

En cuanto a lo primero, puede valer como patrón la explicación de Calasso<sup>36</sup>. En su opinión, la Iglesia contribuyó mucho, y constantemente, a mantener viva en la conciencia la idea de la naturaleza legislativa del Derecho romano. Ello ayudaría a comprender una de las vías a través de la cual la tradición jurídica latina de estos siglos se impuso al poder de los bárbaros, elevándose de ley personal de los vencidos a *lex generalis omnium*, ya que fue precisamente en esta época cuando *romano* se hizo sinónimo de *católico*. Ejemplos de ello serían el propio Gregorio Magno, el hecho de que Justiniano promulgara en Italia su compilación a petición del Papa Virgilio, etc.

La explicación sería ésta: los bárbaros pugnaban contra la civilización de Roma y contra la Iglesia a un tiempo. Era natural que la Iglesia, para defenderse a sí misma, sintiese la necesidad de exaltar la ley de Roma, que en aquellos años trágicos aparecía como la ley por excelencia, la única ley, frente a la fuerza material de los conquistadores.

Es evidente que la Iglesia contribuyó a que no se perdiera en estos siglos la tradición jurídica romana. Sólo que la explicación propuesta por Calasso peca de excesivamente general e hipotética. Ni tiene en cuenta el proceso de vulgarización del derecho romano —que es intrínseco a él

34. Cfr. F. CALASSO; *Medio Evo...*, p. 320.

35. *Ibid.*, p. 320.

36. *Ibid.*, p. 218-129.

mismo—, ni la comprobada territorialidad de la “lex romana” respetada e incluso asimilada por los mismos bárbaros. Por lo demás, la defensa de la tradición jurídica romana, en aquellos tiempos, ¿qué otra cosa era sino defensa de la civilización misma?

Respecto al segundo punto que señalábamos —la preferencia de la Iglesia por el Código Teodosiano—, entiende nuestro autor, siguiendo en ello a Savigny y a Calisse<sup>37</sup>, que la Iglesia constituyó una de las fuerzas que contribuyeron a mantener la autoridad del Derecho teodosiano después de la compilación justiniana. La Iglesia, aún acogiendo el justiniano y sirviéndose de él, permaneció todavía tenazmente ligada al teodosiano, por todo lo que de ahí se derivaba: privilegios, normas que la tenían en cuenta, etc. Incluso prefería el teodosiano hasta cuando las mismas normas hubieran sido acogidas por Justiniano.

Sin necesidad de extendernos mucho en este punto —desde luego interesante por lo que después veremos—, sea permitido observar algo que no tiene en cuenta Calasso. Y es que su afirmación podría tener mucho interés en Oriente, si fuera verificada, pero no lo tiene tanto en Occidente, por la sencilla razón que hasta mucho más tarde no se conoció, ni se podía por tanto utilizar, la compilación justiniana. En cualquier caso, el tema debe ser matizado con la relación entre la *lex canonica* y la *lex mundana*.

Finalmente, digamos brevemente que debe ser rechazada rotundamente la tesis de Solmi, para quien el Derecho canónico nació como consecuencia de la “renovatio Imperii”, es decir, precisamente en este tercer período que estamos analizando, y como consecuencia de la “politicización” de la Iglesia. He aquí sus palabras: “Le regole canoniche non erano norme giuridiche, e il riconoscimento che per esse sanciva la coscienza rispettosa dei fedeli, non poteva ad esse attribuire l’elemento della coazione, essenziale nel diritto. Le deliberazioni ecclesiastiche erano difese con mezzi puramente spirituali, e mancavano loro il braccio secolare e la sentenza esecutiva a fissarle come diritto nel senso politico. Da questo momento (Sacrum Imperium) il diritto eclessiastico, che non era ancor stato diritto propriamente temporale, consegue valore positivo”<sup>38</sup>.

37. Ibid., p. 86.

38. SOLMI, *Stato e Chiesa secondo gli scritti politici da Carlomagno fino al Concordato di Worms (800-1122)*, Modena 1901, p. 17.

Es decir, no sólo se malentienden las relaciones Sacerdocio-Imperio, sino que se incurre en el conocido error de confundir coacción y coactividad por la sencilla razón de que no se es capaz de concebir un Derecho en que la coactividad sea espiritual. Y esto último, como es bien sabido, es una constante de la legislación canónica antes y después de la “renovatio Imperii”, sin perjuicio del tema del “brazo secular”.

## 2. “*Lex canonica et lex mundana*”

Hasta aquí hemos visto que, efectivamente, el Derecho romano, como no podía ser menos, influyó en el nacimiento y primera formación del Derecho canónico, y a tal fin hemos señalado las fuentes canónicas donde principalmente se pueden rastrear esas primeras influencias. Pero el cuadro quedaría sustancialmente amputado si no matizáramos más la naturaleza de esa influencia: por ello, como se recordará, hemos aludido en un par de ocasiones a la dialéctica “*lex canonica-lex mundana*”, que es justamente el tema que señala el nivel a que llegó la influencia del Derecho romano.

Ciertamente, la historia de las fuentes en el período anterior a los glosadores de Bolonia demuestra que, para la Iglesia, en la confluencia entre la ley espiritual y la ley temporal, esta última no podía ser otra que la *lex romana*. En consecuencia, de la ley romana, además de la canónica, podía y debía extraerse la norma de vida: “*a sanctis canonibus quam a venerandis romanis legibus*”, según la expresión del Papa Nicolás I en una célebre controversia del año 867<sup>39</sup>.

Pero, al mismo tiempo, consciente la Iglesia de la supremacía del “*ius divinum*”, no se limita sólo a ejercer una acción duradera sobre los Derechos seculares, sino que además es fácil comprobar las correcciones llevadas a cabo sobre el propio Derecho romano del que se servía. Incluso, como es bien notorio, surge toda una literatura que tiene por objeto clasificar las “*Differentiae*”. Estas diferencias (u oposiciones) son frecuentemente entre el Derecho romano clásico y el Derecho romano-cristiano;

39. Cfr. MOR, *La recezione del diritto romano nelle collezioni canoniche dei secoli IX-XI in Italia e oltrealpe*, “*Acta congressus iuridici internationalis*”, II, p. 295.

y no hay que decir que tienen un interés científico enorme, aunque es menor que su interés práctico, ya que sobre casi todos los puntos contravertidos fué reconocida la competencia de la Iglesia, y los mismos romanos se plegaron a ella<sup>40</sup>.

Naturalmente, esto se encuentra ya anclado en la concepción gelasiana de las dos potestades universales *distinctae*, espiritual y secular, pero coordinadas en cuanto que miran a un sólo fin y tuvo su complemento histórico —como ya tuvimos ocasión de señalar— en la “superior dignitas” de la Iglesia frente al Imperio. En consecuencia, en plena controversia Sacerdocio-Imperio, el principio canónico en que se traducía la “superior dignitas” no ofrecía duda: el Derecho secular no podía disponer nada contra el Derecho de la Iglesia, y si lo hacía, no debía ser observado. El Cardenal Deusdedit (final del siglo XI) lo proclamó así: “Saeculi leges, in quantum ecclesiasticis non obviant, sequendae et amplectendae sunt... in quibus aperte dissentire videntur, penitus respuendae sunt”<sup>41</sup>.

Pero mucho antes de que comenzase la reforma gregoriana para salvar a la Iglesia de la ingerencia de los laicos —contexto necesario del texto últimamente citado—, estaba ya presente la preocupación de la Iglesia por señalar el máximo nivel a que podía llegar la influencia del Derecho romano. Así, en estas nuevas colecciones canónicas que hemos enumerado, la Iglesia en principio acepta del Derecho romano exclusivamente aquellas normas que están en armonía con los cánones, conforme a la preocupación por el “ius divinum”, clave para entender la teoría de las fuentes canónicas.

40. Cfr. J. PORTEMER, *Recherches sur les Differentiae iuris civilis et canonici au temps du droit classique de l'Eglise. I. L'expression des Differentiae*, Paris 1946.

41. Cit. por F. CALASSO, *Medio Evo...*, p. 179. Merece ser citado el texto completo, por su alusión clara al Derecho romano: “... Et quoniam non ignoramus quod esse tam in codice Justiniano, quam in libro Novellarum et quibusdam aliis legum libris saecularium, quae a praefatis patrum et christianorum principum sanctionibus de ministrorum Dei iudiciis dissentire videantur, dicendum est, quoniam saeculi leges, in quantum ecclesiasticis non obviant, sequendae et amplectendae sunt; quippe cum quaedam constitutiones earundem a christianis imperatoribus, episcopis deprecantibus in auxilium christianae religionis statutae legantur, in quibus aperte dissentire videntur, penitus respuendae sunt...”

Para el encuadre general de las relaciones político-religiosas medievales, las referencias que venimos haciendo se hallan ampliamente estudiadas en nuestro trabajo *Los términos de la polémica Sacerdocio-Reino*. “Ius Canonicum”, VI (1966). p.

Esta selección entre las normas tomadas de la *lex saeculi* siempre fue llevada a cabo, cualquiera que fuese su menor o mayor acierto. Incluso en los años más dolorosos de su pontificado, S. Gregorio Magno, de la misma manera que afirmó el nexo ideal y las concordancias entre la norma romana y la eclesiástica, no dudó en precisar también los contrastes: "... Et quidem terrena lex in Romana republica permittit... sed sacra lex prohibet..." , según el conocido texto del año 601<sup>42</sup>.

De cualquier modo, la "lex romana" es un punto de referencia constante, y donde no puede ser acogida totalmente por la Iglesia. Esta, mediante la *equidad*, la readapta a sus necesidades. Así, en otro conocido texto, al sugerir la fórmula a los términos precisos de las *leyes*, Gregorio I interviene: "legum rigorem sacerdotali moderatione temperans mediis sacrosanctis evangeliiis"<sup>43</sup>.

### 3. *Los glosadores romanistas: repercusiones metodológicas inmediatas.*

Todas las colecciones canónicas formadas en estos siglos, y en las cuales tanto influyeron los elementos romanos, representaron la gran función histórica de preparar el camino a una renovación de los estudios canónicos. Esta se manifestó, en efecto, en los comienzos del siglo XII, pero no fué casualidad que tuviera por cuna precisamente Bolonia —allí, en efecto, enseñó el "Magister" Graciano y nació su famoso "Discordantia"—, lugar donde ya florecía la escuela romanista de los Glosadores. Resta, pues, saber hasta qué punto los métodos de estos últimos determinaron la postura metodológica de los canonistas.

Evidentemente, el problema está íntimamente ligado al renacimiento de los estudios jurídico-romanos en Provenza, en Lombardía, en Rávena, y desde luego en Bolonia. Sería desproporcionado intentar siquiera aquí una síntesis histórica del fenómeno, por lo demás bien tratado en las obras más conocidas<sup>44</sup>. Interesa, sin embargo, subrayar la influencia de los Glosadores civiles sobre los canonistas.

42. M.G.H. *Gregorii I epist.* II, p. 335.

43. *Ibid.*, II, p. 413.

44. Vid. P. VINOGRADOFF, *Diritto Romano...*, p. 37 ss., F. CALASSO, *Medio Evo...*, p. 503 ss.; etc.

Para ello, es menester recordar el método de los Glosadores a partir del descubrimiento de los “libri legales”. De esa manera, el punto de partida de la nueva metodología no es otro que el estudio de los textos justinianeos genuinos, repudiando los epítomes y extractos que ya se utilizaban en Occidente. De ahí, la importancia de la “glossa” y su metodología particular.

Se trataba, ciertamente, de explicar la *letra* del texto (“*expositio verborum*”), pero no como un fin en sí mismo, sino como instrumento indispensable para identificar la “*mens legis*”. Ello comportó, en el siguiente estrato evolutivo, la necesidad de cotejar los textos paralelos y de conciliar los pasajes antinómicos, como punto de partida de una construcción que comenzó ya a ser científica, es decir, sistemática<sup>45</sup>.

Finalmente, será la relevancia de los textos concordantes o discordantes lo que conducirá a identificar la “*regula iuris*”, las generalidades, los “*brocarda*”. Bien entendido que los “*casos parecidos*” engloban ante todo las “*regulae iuris*” o principios generales del Derecho en terminología más actual. Su elaboración, cuando no se remonta al Derecho romano, viene de los primeros tiempos de la Escuela. Aunque algunas de ellas conciernen sólo a ciertas materias, otras abarcan el entero Derecho, y el interés que presentaban favoreció pronto su colección, tanto de “*regulae*” romanas como canónicas. A su vez, glosadores y canonistas no dejaron de emplear las condiciones necesarias para su correcta utilización, ya que, en efecto, su carácter general se prestaba a facilitar errores. Por ello será la equidad la que, muchas veces, tenga que aminorar la rigidez de la regla<sup>46</sup>.

Ahora bien, ¿cómo y por qué influyeron estos métodos romanísticos en la naciente ciencia canónica? Hay indudablemente razones *técnicas* y otras *histórico-políticas*. Nos fijaremos primero en las razones técnicas, que son las más interesantes para nosotros, para referirnos breve-

45. Sobre el método de los Glosadores, vid. F. CALASSO, *Medio Evo...*, 521 ss.; B. BRUGI, *Ei metodo dei glossatori bolognesi*, “*Studi in onore di S. Riccobono*”, I, Milano 1936, p. 21-31; St. KUTTNER, *Réflexions sur les brocards des Glossateurs*, “*Mélanges de Ghellichck*”, Paris 1951, p. 767-791; etc.

46. Sobre la formación de las “*regulae iuris*” con especial referencia al Derecho canónico, vid. CH. LEFEBVRE, *Les pouvoirs du juge en droit canonique*, Paris 1938, p. 139 ss. y 153 ss.; V. BARTOCETTI, *Le Regole canoniche del diritto*, Roma 1939, p. 13 ss. y p. 21 ss.

mente después a las segundas, desde luego más controvertidas como siempre que se trata de interpretar fenómenos históricos.

Entre las razones que afectan a la misma raíz del Derecho, cabe contar en primer término el tecnicismo que el resurgimiento del Derecho romano prestó al Derecho canónico. No hay duda que el empirismo que se advierte en las colecciones del "ius vetus" necesitaba una técnica jurídica más apropiada, si quería seguir sirviendo a las necesidades de la Iglesia tales como se habían puesto de manifiesto con motivo de la reforma gregoriana. Por ello, el Derecho canónico adoptó pronto la terminología, la división, el método del Derecho romano. Acogió sus definiciones —incluidas las muchas veces peregrinas de S. Isidoro de Sevilla<sup>47</sup>—, y distinguió con él derechos personales y derechos reales, contratos y pactos, justicia civil y criminal. En una palabra, pronto los canonistas comenzaron a interpretar como hacían los antiguos jurisconsultos y los romanistas contemporáneos. Sobre cada texto, la casuística, las analogías, los paralelismos se ejercitan como sobre un texto del Digesto<sup>48</sup>.

La necesidad de tecnificación de los datos legislativos antiguos será tanto más acuciante cuanto que, por las mismas fechas, los teólogos comenzaban a edificar el sistema moral con los datos de la Escritura y los comentarios de los Santos Padres. Al Derecho canónico, en cambio, le faltaba la técnica que permitiera a la Iglesia pasar de un empirismo milarario a un sistema propiamente jurídico. Y gracias a la técnica del Derecho romano, a la disciplina multiforme sucedió un Derecho coherente, instrumento necesario en tiempos de organización y centralización, como lo fueron sin duda los que siguieron a Gregorio VII<sup>49</sup>.

Por lo demás, nosotros mismos hemos tenido ocasión de comprobar personalmente la diferencia que va de los datos legislativos acumulados en las colecciones antiguas —cánones conciliares, datos patrísticos— a la incipiente elaboración jurídica que se advierte al comenzar este período. Y hemos llamado la atención sobre el hecho de que las nuevas fórmulas

47. Vid. algunos ejemplos, incluso más tardíos de lo que decimos en el texto, en F. CALASSO, *Medio Evo...*, p. 524-525.

48. Cfr. G. LE BRAS - CH. LEFEBVRE - J. RAMBAUD, *L'Age Classique*, p. 12.

49. Además de las obras de Vinogradoff y Calasso ya citadas, pueden verse para este problema H. KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators of the roman Law*, Cambridge 1938; B. PARADISI, *Storia del diritto italiano. Le Fonti del diritto nell'epoca bolognese. I. I civilisti fino a Rogerio*, Nápoli 1962.

jurídicas —concretamente en torno a la finalidad del patrimonio eclesiástico y al sujeto de dominio de los bienes de la Iglesia— no pretenden desvirtuar el sentido doctrinal originario, sino simplemente convertirlas en fórmulas técnicas que den más consistencia e instrumentalidad a la legislación canónica<sup>50</sup>.

En suma, los canonistas aplicarán al “corpus” un método idéntico al de los romanistas y teólogos: lectura de cada fragmento, resumen, explicación de las palabras difíciles, cita de textos paralelos, cuestiones, soluciones, brocados. Naturalmente, el espíritu y las formas siguieron la curva trazada por los acontecimientos y la evolución intrínseca del propio método. Al ardor un tanto ingenuo de los primeros decretistas (Rufino), sucede en el siglo XIII la tranquila majestad de los *summistas* (Hostiense), y después la erudición de los comentaristas (Juan Andrés)<sup>51</sup>.

Los cauces concretos a través de los cuales penetra en los canonistas esta influencia metodológica romana son bien conocidos de todos. Podrían simbolizarse en tres nombres: Azo, Bartolo y Baldo. Por ser más conocida la influencia de los dos últimos —que cierran la lista de los grandes glosadores romanistas<sup>52</sup>—, digamos brevemente algo de la enorme autoridad de que gozó Azo entre los canonistas.

Es sabido que la línea de las *Summas* al Código justiniano termina con la crítica constructiva de un discípulo de Bacio: Azo. Este maestro boloñés desdeña la aglomeración de glosas que hacen insensibles los textos, oscureciendo las fuentes, creando un verdadero laberinto. De modo que su *Summa Codicis*, que llegó a tener una autoridad casi oficial, tuvo por objeto reconstruir en su pureza primitiva y en sus proporciones naturales el “Corpus legum”<sup>53</sup>. Su influencia sobrepasó a la de todos sus predecesores juntos, y la ejerció sobre toda una generación de canonistas que contribuyeron a imprimir al Derecho canónico su carácter técnico. Ningún maestro romanista —como dice muy bien Le Bras<sup>54</sup>— ha ejercido un papel tan determinante en la formación del Derecho romano-

50. Cfr. V. DE REINA, *El sistema benefical*, cap. I.

51. Cfr. G. LE BRAS-CH. LEFEBVRE-J. RAMBAUD, *L'Age Classique*, p. 25.

52. Vid. F. CALASSO, *Medio Evo...*, p. 577 ss.

53. KANTOROWICZ fecha esta *Summa* entre 1208-1210.

54. Cfr. G. LE BRAS-CH. LEFEBVRE-J. RAMBAUD, *L'Age classique*, p. 33-34.

canónico, por su enseñanza directa y el ejemplo de una síntesis armoniosa. Nadie será más citado por los canonistas como autoridad soberana<sup>55</sup>.

Entre las causas histórico-políticas que hicieron posible lo que con frecuencia se denomina *Derecho romano-canónico*<sup>56</sup>, ya se habrá adivinado que suele aducirse la serie de condiciones que rodearon a la *reforma gregoriana*. E, indudablemente, cualquier fenómeno que afecte a la vida de la Iglesia en esta época, forzosamente tendrá como centro de gravitación el pontificado de Gregorio VII. Por ello mismo —como ya vimos en otro lugar— las posturas valorativas se alinean en favor y en contra de ciertos aspectos de la obra reformadora del gran Papa.

Sin necesidad de reiterar aquí polémica alguna, en lo que se refiere a nuestro tema de ahora —la formación del Derecho romano-canónico—, el factor condicionante que supuso la reforma gregoriana puede sintetizarse en estas ponderadas palabras de Le Bras: “Pour assurer un gouvernement, une administration, une justice étatisés, centralisés, concurrencés, l’Eglise eut le fortune de recourir au droit romain. Justinien offrait á l’Eglise le systéme complet d’un droit universel et scientifique. C’est lui, surtout qui fournit l’exemple d’institutions dont la complexité n’excluait point l’harmonie”<sup>57</sup>.

Por lo demás, es perfectamente conocida la protección que los Papas prestaron a Bolonia y a la labor romanista que allí se llevaba a cabo. Es cierto que de este hecho no se puede concluir, como propende a hacerlo cierta historiografía, que el estudio del Derecho romano fuera alentado por los Papas porque quisieran hacer de él un “instrumento de dominación”. En efecto, si bien Bolonia fue partidaria de Gregorio VII en

55. Aún hoy, muchas veces llega uno a dudar, leyendo los tratados tradicionales, si Azo, en vez de romanista, no será tenido como canonista por muchos autores. Por lo demás, entre los muchos ejemplos que podrían citarse de la influencia de Azo, Bartolo y Baldo en el origen de algunas instituciones canónicas, señalamos un libro clásico para el estudio de la génesis de algunos vicios del consentimiento matrimonial: G. FRANSEN, *Le dol dans la conclusion des actes juridiques*, Gembloux 1946.

56. Vid., por ejemplo, G. LE BRAS, *La formation du droit romano-canonique*, “Actes du Congrès de Droit Canonique”, Paris 1950, p. 335-338. Recientemente, el tomo II de “Etudes d’Histoire du Droit Canonique dédiées á G. Le Bras”, Paris 1965, está dedicado precisamente al siguiente tema: *Droit Canonique et Droit Romain au Moyen Age*. En el que se encontrarán aportaciones valiosas a diversos puntos concretos, que no podemos tratar aquí.

57. G. LE BRAS - CH. LEFEBVRE - J. RAMBAUD, *L’Age Classique*, p. 10.

su lucha con el Emperador, otro centro de estudios romanísticos —Rávena— tomó partido contra Gregorio<sup>58</sup>: hasta tal punto es falsa la indicada simplificación.

Apriorismos aparte, no hay duda que Bolonia formó a grandes legisladores eclesiásticos. Inocencio III siguió las lecciones de Huguccio, en el momento más brillante de la floración del Derecho romano. Baciano; maestro de Huguccio, terminaba entonces su carrera, mientras comenzaba la suya Azo criticando a Placentino. En el primer cuarto de siglo XIII Azo y Acursio contaron entre sus discípulos al futuro Inocencio IV. Aparte del famoso Bandinelli (Alejandro III), dos profesores de Derecho, ambos expertos en uno y otro Derecho, llegaron a Papas: Inocencio VI y Urbano V. Igualmente, profesó en Bolonia el que llevó a cabo la compilación de Gregorio IX: S. Raimundo de Peñafort. Gregorio XI fué un brillante alumno de Baldo en Perugia. Y, en fin, ya vimos en otro trabajo cómo Bonifacio VIII se defendía contra ciertas acusaciones de los juristas de Felipe el Hermoso, recordando que las pretensiones que se le imputaban eran inconcebibles en un hombre —él mismo— que llevaba más de 40 años siendo “perito en Derecho”.

En suma, todo parece dar a entender que los canonistas utilizaron el Derecho romano de análoga manera a como la Escolástica utilizó a Aristóteles: como una rama del saber humano —llámese filosófico o jurídico—, y en su calidad de técnica al servicio de la legislación eclesiástica.

Por lo demás —en el puro terreno de la congruencia—, si como ha defendido recientemente d’Ors<sup>59</sup> el Derecho romano tiene una base *perso-*

58. Cfr. P. VINOGRADOFF, *Diritto Romano...*, p. 37 ss.

59. “La organización romana discrepa radicalmente de ese concepto estatal, precisamente por la eminencia de una concepción personalista y no territorialista. Propia de Roma resulta, en cambio, la idea de *imperium* como forma soberana de poder personal. El *imperium* no es un poder territorial circunscrito a una ciudad; por el contrario, es un poder que queda inhibido dentro de la ciudad —el *imperium domi*— por una serie de interferencias constitucionales y miramientos de todo orden, en tanto que se manifiesta en toda su plenitud fuera de la ciudad, donde aparece como verdadero poder militar que es: el *imperium militiae*... Esta expansividad de la ciudadanía personal y del imperio personal hizo posible que la estructura política se proyectara en proporciones a las de los reinos helenísticos, hasta el punto de que tales reinos quedasen incorporados como provincias del Impe-

*nalista*, no territorialista, nada más congruente con la función que de él esperaba la Iglesia, institución no circunscrita a un territorio, y donde la “*potestas universalis*” tenía precisamente que ordenar la libertad del “*populus christianus*”, cualquiera que fuese la agrupación política en que éste se hallaba radicado.

## V. VICISITUDES POSTERIORES: CONCLUSION

### 1. *Decreto de Graciano.*

Si la obra de Graciano —nacida al calor del resurgimiento de los estudios jurídico-romanos en Bolonia— representa el final del “*ius vetus*”, sin duda por lo que tiene de colección o recopilación de textos antiguos, no es menos cierto que abre un camino más estrictamente jurídico-canónico, tanto por el método con que fué concebida como por la obra personal del “*Magister*”: los “*dicta*”. En adelante los glosadores canonistas contaron con un material unitario y coherente, del que carecían sus colegas civilistas, que facilitó enormemente la tarea de los canonistas, así como la aplicación al Decreto de los métodos propios de los glosadores romanistas.

Ahora bien, el Decreto mismo ¿hasta qué punto está influido por el Derecho romano? Cuestión no fácil de resolver, pero que intentare-

rio Romano. *Provincia*, otra idea que refleja también la concepción personalista romana, pues significa propiamente una atribución de competencia personal, y sólo secundariamente la delimitación territorial de la competencia de los magistrados prorrogados para el gobierno fuera de Italia. Y así con todas las estructuras menores que comprende la provincia: *municipium...*; *colonia...*; *conventus...*; etc. Frecuentemente se alaba a los romanos como grandes *administradores*. Pero el mismo concepto de *administración* es estatal, y así el elogio puede resultar equívoco. En efecto, la administración perfecta parece postular una concentración racional y compacta de todas las funciones públicas en un territorio determinado. Para ello se pueden encontrar útiles modelos en el sistema helenístico; el genio romano, en cambio, tiende a la idea de un gran espacio teóricamente limitado, en el que se distribuyen núcleos de orden discontinuo y aún deliberadamente heterogéneos, es decir, a una estructura vertebrada, pero abierta. El genio genuinamente romano se manifiesta en el arte de distribuir los intervalos más que en el de concentrar masas compactas: en definitiva, el arte de ordenar la libertad” (A. d’ORS, *Sobre el no-estatismo del Imperio Romano*, “*Atlántida*”, IV (1966), p. 85-86).

mos al menos plantear, pues como es evidente ella puede prestar no poca luz sobre la cuestión metodológica que estamos persiguiendo, y que hunde sus raíces en el nacimiento mismo de la autonomía de la ciencia canónica.

Como en todo problema controvertido, quizá también aquí se hagan necesarias unas aclaraciones previas, a saber, el puesto que ocupaba la *jurisprudencia* con anterioridad a Graciano y la *originalidad* del cometido llevado a cabo por el "Magister".

Ante todo, hay que recordar que en la concepción enciclopédica del saber anterior al renacimiento del Derecho romano, la jurisprudencia no tenía ninguna posición autónoma<sup>60</sup>. Así, en cuanto norma de vida, se halla dentro de la ética, que constituye una de las *especies* de la filosofía, y contempla, según la división socrática, las virtudes del alma. Entre ellas está la justicia, gracias a la cual los hombres "recte iudicando sua cuique distribuunt"<sup>61</sup>. Esto, que en el s. VII era enseñado por el popular maestro Isidoro de Sevilla, cuatro siglos más tarde constituía el esquema del autor de la "expositio" al "liber papiensis". A su vez, en cuanto "interpretatio verborum", la jurisprudencia forma parte también de la lógica, es decir, se cuenta entre las artes del "trivium", las cuales constituyen la lógica en el múltiple sentido griego del vocablo "logos": palabra (gramática), concepto (dialéctica), discurso (retórica).

Ahora bien, mientras el sometimiento del Derecho a la Ética tuvo consecuencias meramente ideales, su concatenación a la lógica tuvo relevancias teóricas y prácticas, ya que abrió las puertas de la jurisprudencia a los procedimientos dialécticos y, además, la enseñanza del Derecho en la escuela fue considerada como parte integrante del estudio de la retórica. No fue fácil, en adelante, ni siquiera a los canonistas, sustraerse de esta influencia de la retórica, no obstante Bolonia.

Así las cosas, ya hemos apuntado al referirnos a los albores de la ciencia romanística, que su nacimiento comenzó cuando el estudio de los textos jurídicos fue separado de la enseñanza de las Artes liberales —donde carecía de autonomía—, y la "auctoritas Romanae legis" prevaleció sobre la *rethorica*.

60. Sobre este punto, seguimos las indicaciones de F. CALASSO, *Medio Evo...*, p. 275-6.

61. S. ISIDORO DE SEVILLA, *Etym*, II, 24, 3-6.

Pues bien, un movimiento análogo se desarrollaba, a pocos decenios de la revolución irneriana, en la vida de la Iglesia: la separación del Derecho canónico de la Teología. Aquí también, aunque no faltaron antecedentes —especialmente Yves de Chartres—, la obra fue consumada por un hombre: Graciano, y en ello radica la originalidad de su postura metodológica, pues puso el acento sobre el eterno problema del Derecho canónico: separación del fuero interno y el externo.

No hay que decir que separar el Derecho canónico de la Teología no resultaba tan fácil, ni la separación podía ser tan neta como la llevada a cabo por Irnerio entre retórica y derecho, es decir, “*ratione materiae*”. Y ello, porque mientras los civilistas, intérpretes de un sistema normativo “*in temporalibus*”, se ocupaban exclusivamente de los negocios del fuero civil, cuya competencia era bien definida, los canonistas en cambio debían ocuparse de aquel fuero externo donde eran regulados los “*negotia ecclesiastica*” mediante leyes positivas (el Derecho canónico), pero en armonía con el fuero interno, con el tribunal de la conciencia, donde el juez es Dios objeto de la ciencia teológica). Y esto fue lo que comenzaron a hacer, basados en la *concordia* de Graciano.

En cualquier caso, separar netamente estos dos fueros en los actos religiosos, no era demasiado posible. Y, en efecto, una separación neta no se encuentra tampoco en la obra de Graciano. Piénsese en la célebre *quaestio* III de la *causa* XXXIII del Decreto, que constituye un amplio tratado “de poenitentia”, y que Rolando Bandinelli juzgó inútil para el tratamiento de las causas y fuera de lugar en el Decreto; o el sintomático juicio de Sohm, que veía en Graciano, más que al primer canonista-jurista, al último de los teólogos-juristas<sup>62</sup>.

Pues bien, quizá ahora estemos en mejores condiciones para valorar el puesto del Derecho romano en el Decreto: ¿qué papel le correspondió, en el caso de que le sirviera a Graciano para llevar a cabo su concordia?

Si excluimos la influencia extrínseca y ambiental —el renacimiento del Derecho romano en Bolonia—, y nos fijamos en el Decreto mismo, la

62. Vid. estos testimonios en F. CALASSO, *Medio Evo...*, p. 558. Acerca de S. Isidoro vid. G. LE BRAS, *Sur la part d'Isidore de Séville et des Espagnols dans l'histoire des Collections canoniques*, “*Revue de Sciences religieuses*”, X (1930), p. 218 ss.

doctrina se halla dividida en este punto, aunque quizá en la actualidad se estén consiguiendo unos puntos de partida comunes<sup>63</sup>.

Por de pronto, Le Bras señalaba en cierta ocasión que ya el Decreto de Yves de Chartres contenía 250 textos romanos, y que el Derecho romano ocupaba igualmente un gran sitio en la obra de Graciano<sup>64</sup>. En la actualidad, sin embargo, sostiene una postura más matizada, pues, aunque señala que la influencia del Derecho romano se ejerce con vigor entre 1180 y 1234, es sobre todo después del 1200 cuando se puede hablar de un Derecho romano-canónico. En cuanto al Decreto, la influencia romana “est encore faible, bien que parfois inattendue”<sup>65</sup>.

Así las cosas, el primer dato que debe servir como punto de partida es que todos los textos romanos del Decreto se encuentran en colecciones canónicas anteriores, aunque sean poco conocidas: la “Anselmo dedicada”, el *Decreto* y la *Panormia* de Ives de Chartres principalmente. Lo cual, como intuye muy bien Rambaud, parece indicar como si Graciano tuviese escrúpulos de citar por su cuenta las autoridades civiles que invocan sus predecesores<sup>66</sup>.

Aparte de estos textos, se encuentran en el Decreto un cierto número de extractos del “Corpus Iuris Civilis”, ante los cuales ya Vetulani explicó que se trataba de adiciones posteriores, dado que el texto primitivo no contiene ningún fragmento del Derecho justiniano<sup>67</sup>. Opinión que corroboró la señora Rambaud, al encontrar en la biblioteca nacional francesa un ejemplar del Decreto enteramente desprovisto de estos

63. Anticipamos que, también para este aspecto del problema, será de gran utilidad la nueva historia del Derecho romano en la Edad Media —*Ius Romanum Medei Aevi*—, en curso de publicación bajo la dirección de E. GENZMER, asistido por un comité internacional. El *Index abbreviationum*, Milán 1960, contiene amplia bibliografía.

64. Cfr. G. LE BRAS, *La formation du droit romano-canonique*, p. 335-6.

65. Cfr. G. LE BRAS - CH. LEFEBVRE - J. RAMBAUD, *L'Age Classique*, p. 10.

66. Ibid. p. 120. Vid. También P. FOURNIER, *Les collections canoniques attribués á Ives de Chartres*, “Bibliothèque de l'Ecole de Chartres”, LVII (1896), p. 645 ss. y (1897), p. 26 ss.

67. Cfr. A. VETULANI, *Gratien et le droit romain*, “Revue historique de droit”, XXIV (1946-7), p. 11-48; *Encore un mot sur le droit romain dans le Décret de Gratien*, “Apollinaris”, XXXI (1948), p. 120-134.

textos romanos<sup>68</sup>. Por su parte, Kuttner da una larga lista de textos litigiosos, indicando para cada uno los problemas que plantean<sup>69</sup>.

Ultimamente, Rambaud ha vuelto sobre el problema con extensión y recogiendo la bibliografía sobre el tema. Digamos, en resumen, que después de analizar detenidamente los textos controvertidos, tanto desde el punto de vista de la crítica interna como externa, llega a la conclusión de que se trata de *adiciones* posteriores a Graciano. Y, en efecto, en el extenso estudio que dedica al Decreto, sitúa entre las *adiciones* a los textos de Derecho romano, lo mismo que las “palaea” y las colecciones de decretales<sup>70</sup>. Con todo, quien haya trabajado sobre el decreto no dejará de advertir que una cosa son los *textos* romanos propiamente dichos, y otra muy distinta y evidente la utilización de conceptos jurídicos romanos que a veces hace el propio Graciano en sus “dicta”.

## 2. *Ius decretalium*

Pero si los textos romanos del Decreto —incluso algunos que aparecen en los “dicta”— han de contarse entre las adiciones posteriores, ello justamente confirma que, con posterioridad al “Magister”, la invasión del Derecho romano fue ya una realidad incontrovertida: en ello, ciertamente, Graciano mostró una mentalidad más radicalmente teológica que sus continuadores. Y, sin embargo, el método jurídico comienza con Graciano, con los “dicta” más propiamente: expliquémonos.

Si lo característico de Graciano —desde el punto de vista del método jurídico-canónico— es la *concordia discordantium canonum* —cualesquiera fueran sus antecedentes<sup>71</sup>—, entonces resulta que él no solamente

68. Cfr. J. RAMBAUD, *Le Corpus iuris civilis dans le Décret de Gratien*, “Bibliothèque de l’Ecole de Chartres”, CXI (1953), p. 54-64.

69. Cfr. St. KUTTNER, *New studies on the roman law in Gratian Decretum*, “Seminar”, XI (1953), p. 12-50; *Additional notes on the roman law in Gratian*, “Seminar”, XII (1954), p. 68-74.

70. Cfr. G. LE BRAS - CH. LEFEBVRE - J. RAMBAUD, *L’Age Classique*, p. 100-129.

71. Sobre los antecedentes del método de Graciano, vid. *Ibid.* p. 68 y bibliografía allí citada. Acerca del método mismo, además del resumen últimamente he-

se limitó a exponer las diferentes teorías sobre un punto controvertido o una materia —que eso son frecuentemente los textos conciliares o patrísticos por él recopilados—, ni siquiera a subrayar las diferentes particularidades de las distintas posturas, sino que sobre todo formula soluciones —*concordias*— sin acudir por sistema al Derecho romano.

De esa manera, la obra de Graciano será siempre indicativa para los estudiosos del Derecho canónico que sepan utilizarla, pues muestra que las contradicciones entre los distintos datos recogidos de la tradición eclesiástica son más aparentes que reales, y que reposando frecuentemente en una interpretación diferente de los mismos textos, el canonista debe esforzarse por alcanzar una conclusión general y sistemática, sin traicionar los textos.

Sólo que en esta función, los seguidores de Graciano echaron mano del Derecho romano precisamente para proseguir esa labor de sistematización y concordia. A partir de ese momento, la influencia metodológica del Derecho romano es tan abundante y sabida, que apenas serán necesarios unos cuantos datos para recordarla presente en todo el “*ius decretalium*”.

En primer lugar, cabe señalar que la recepción del Derecho romano fue llevada a cabo por los mismos Pontífices en sus decretales, que frecuentemente se alimentan de reglas romanas, las cuales se consideran supletorias en todo lo que no es contrario a la moral y a los intereses de la Iglesia. Ello se pone de manifiesto de modo paradigmático en el conocido texto de Lucio III: “Las decisiones canónicas son reforzadas por las constituciones imperiales”<sup>72</sup>. Por lo demás, la misma compilación encomendada a Raimundo de Peñafort no solamente se llevó a cabo siguiendo el esquema fuertemente impregnado de reminiscencias romanas de Bernardo de Pavía —*iudex, iudicium, clerus, connubia, crimen*—, sino que para completar la analogía del método utilizado con el que usó Justiniano, el mismo Gregorio IX, mientras se preparaba la compilación, emanó, imitando las “Quinquaginta decisiones” del emperador, algunas decretales para facilitar las tareas del compilador<sup>73</sup>.

cho por J. RAMBAUD en la obra citada, vid. St. KUTTNER, *Harmony from dissonance*, Latrobe 1960.

72. Cit. por G. LE BRAS, *La formation...*, p. 336.

73. Vid. los datos en F. CALASSO, *Medio Evo...*, p. 400-2. Con todo, Kuttner

Pero no sólo eso, sino que la compilación gregoriana señaló un cambio evidente en la metodología canónica, ya que no solamente se distanciaba netamente de las compilaciones híbridas entre los tratados y la legislación, sino que ponía en primer plano —de una manera vedada al Decreto— el elemento estrictamente jurídico de los negocios y relaciones humanas “in spiritalibus”. Como recuerda Calasso, lo dice con decisión y claridad el mismo Gregorio IX en la bula “Rex pacificus”: “Ideoque lex ponitur (y aquí el Pontífice alude a cualquier ley terrena, eclesiástica o civil), ut appetitus noxious nula iuris regula limitetur, per quam genus humanum, ut honeste vivat, alterum non laedat, ius suum unicuique tribuat, informetur”<sup>74</sup>. Eran, ni más ni menos, los “iuris praecepta” de todo Derecho, puestos por el Papa como fundamento del ordenamiento canónico.

En cuanto a la doctrina canónica, aún a trueque de insistir en lo que ya dijimos de la influencia de los glosadores civiles, se ha señalado a Hugucio de Pisa, que termina su *Summa* hacia 1188, como uno de los que más influyeron en la acogida masiva del Derecho romano. Después a Bernardo de Pavía con su *Summa Decretalium* y a Ricardo Anglio con su *Ordo iudiciorum*. Finalmente, el más ilustre romanista del s. XIII, Azo, tiene por discípulos a Juan Teutonico, Godofredo de Trani, Tancredo y, a través de Baudoin, transcribe sus doctrinas al Hostiense<sup>75</sup>. Así se explica la identidad de métodos, la semejanza de conclusiones y el desarrollo sincrónico de los géneros literarios. Como también el hecho de que los decretalistas citen continuamente a los legistas: Azo, Accurcio, etc.

No obstante, también aquí se intentó operar una canonización de los datos romanos, ya que tanto los Papas como los doctores procuran eliminar las reglas romanas inútiles, arcaicas o inoportunas. Le Bras pone como ejemplo el principio romano “mala fides superveniens non impedit usucapionem”, a lo que Inocencio III respondió que esta *supervenien-*

ponía en guardia recientemente contra la simplificación que suponen estos paralelismos históricos entre las compilaciones justinianas y gregoriana: St. KUTTNER, *Il Codice di Diritto Canonico nella storia*, “Apollinaris”, (1968), p. 9-25.

74. Ibid., p. 561.

75. Vid. estos datos en G. LE BRAS, *La formation...*, p. 336 y F. CALASSO, *Medio Evo...*, p. 562.

cia constituía pecado<sup>76</sup>. Tema, como se sabe, que ha llegado hasta el "Codex Iuris Canonici".<sup>77</sup>

Bien entendido que el Derecho canónico no aspiraba a regular por entero y él sólo la conducta humana, ya que compartía este cometido con el Derecho civil, limitando su propia misión a regular los actos humanos espirituales —conciencia, fe—, dejando al Derecho civil la jurisdicción sobre los negocios temporales.

Ello, sin embargo, no supuso nunca una tajante separación de materias, que habría contrastado e incluso repugnado a la concepción integral de la vida humana propia de estos siglos medievales. Así, un contrato no habría interesado nunca a la Iglesia, pero como con extraordinaria frecuencia el contrato era reforzado por un juramento, y este compromiso a la conciencia, el Derecho canónico pasó a ocuparse abundantemente de la materia contractual, introduciendo en ella principios innovadores de los que todavía vivimos. Separar el vínculo jurídico entre las partes contrayentes, contingente y terreno, de aquel otro absoluto representado por la salud de las almas que hubiera puesto en peligro un juramento falso, era algo imposible para la Iglesia, de la misma manera que no era posible, en la persona humana, separar el alma del cuerpo.

Como advierte Calasso<sup>78</sup>, a semejante conclusión no llegó la Iglesia como consecuencia de razonamientos abstractos, sino a través de una gran experiencia histórica, durante la cual se había operado la conjunción entre el Derecho romano —*lex mundana* por excelencia— y la *lex ecclesiástica*. Esta conjunción se había operado durante siglos, pero la nueva época la expresó con una frase imperecedera: "utrumque ius".

### 3. *Codex Iuris Canonici*

Si preguntamos acerca de la influencia del Derecho romano en el Código, el tema puede plantearse en tres distintos niveles: en el de las lagunas de la norma canónica, en el de los elementos romanos presentes

76. Cfr. G. LE BRAS, *ibid.*

77. Vid. can. 1512.

78. Cfr. F. CALASSO, *Medio Evo...*, p. 407.

en las diversas instituciones canónicas, y finalmente, en el de las reminiscencias metodológicas romanas que laten en la doctrina de corte tradicional.

En cuanto a lo primero —el tema de las lagunas del ordenamiento canónico<sup>79</sup>—, la necesidad y razón de la suplencia fueron ya apuntadas por Sto. Tomás: “... nulus hominis sapientia tanta est, ut possit omnes singulos casus excogitarei et ideo non potest sufficienter per verba sua exprimere ea quae conveniunt ad finem intentum. Et si posset legislator omnes casus considerare, non oporteret ut omnes exprimeret propter confusionem vitandam; sed legem ferre deberet secundum ea quae in pluribus accidunt”. Es decir, que la misma naturaleza de la norma jurídica postula unos principios de suplencia, que en el Código, como se sabe, están recogidos en el c. 20.

Ahora bien, ¿qué posible papel ocupa entre ellos el Derecho romano? . Por de pronto, es claro que en la actual legislación el Derecho romano no conserva *formalmente* el papel supletorio que tuvo en otro tiempo. Pero eso no quiere decir que no influya de ninguna manera, pues precisamente a través de las “*regulae iuris*” sigue estando presente.

Lo dice el propio Michiels, recogiendo la definición que de tales “*regulae*” dió Reiffenstuel: “*sententiae generales, plura iura seu leges et canones, hinc inde dispersos, de diversis rebus et casibus retionem habentibus agentes, brevi ac claro compendio complectentes et proponentes*”. Pues bien, a propósito del c. 20, el autor sostiene con las siguientes palabras una temática por lo demás tradicional: “tales *regulae* —tum communes seu ad quamlibet materiam canonicam sese extendentes, tum plus minusve speciales ad certam materiam tantum sese referentes— *sub iure canonico veteri exstiterunt plurimae*, nedum doctrinales seu a iurisperitis privata auctoritate confectae et, a corrupto nomine canonistae Burchardi, Brocarda comuniter dictae, sed et *authenticae* seu in authenti-

79. Vid. sobre el problema en general, aparte de los correspondientes comentarios exegéticos al can. 20, A. RAVA: *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico e della legislazione canonica*, Milano 1954; P. FEDELE, *Generalia iuris principia cum aequitate canonica servata*, “*Studi Urbinati*” (1936), p. 51. SANCHEZ, *Normas practicas sobre el “stylus” de los dicasterios romanos*, “*Revista española de Derecho Canónico*”, I (1946), p. 181; D. STAFFA, *Imperfezioni e lacune del primo libro del Codice di Diritto Canonico*, “*Apollinaris*” (1960), p. 45, ss.; J.M. GONZALEZ DEL VALLE, *La plenitud del Derecho Canónico*, Pamplona 1965; etc.

cis Decretalium collectionibus Gregorii IX et Bonifacii VIII insertae —magna ex parte ex iure romano— ac proinde ut verae *normae legales* admittendae atque per modum verae interpretationis et applicationis ad logicas consequentias specificas atque concretas trahendae”<sup>80</sup>.

Cierto que, por el mero hecho de traer su origen del Derecho romano, tales reglas no deben ser descalificadas, ya que normalmente representan unos principios generales en los que se encierra una sabiduría jurídica intemporal. Pero cierto también que, como siempre, deben ser aplicadas “cum aequitate canonica”, procurando adaptarlas a las exigencias y naturaleza del Derecho canónico, y evitando cuidadosamente aquellos razonamientos que olviden el *porqué* de la regla en un caso concreto, es decir, la aplicación de un principio del “ars boni et aequi”.

El segundo punto en que la influencia del Derecho romano se deja sentir actualmente —lo decíamos al principio y lo hemos encontrado frecuentemente en nuestra personal tarea de investigación—, se refiere a la pervivencia de elementos romanos en las distintas instituciones canónicas. El hecho es innegable y tampoco debe producir mayor extrañeza. Pero, metodológicamente, parece que es un punto que el canonista actual debe tener especialmente en cuenta. ¿Siguen siendo actuales esos elementos?, ¿se impone una revisión en muchos casos?, ¿cuál es la rectificación que necesitan en el momento actual?. Y aquí, nuevamente, se deberá huir por igual del llamado “prejuicio historicista” y de la tendencia a considerar ya acabadas las instituciones canónicas tal como cuajaron en la época de la formación del Derecho romano-canónico.

Los ejemplos podrían ser numerosos, y abarcan desde la prescripción, la legitimación, el domicilio o los contratos hasta el concepto mismo de infamia o el orden judicial. Con todo, para evitar conclusiones precipitadas —por no tener en cuenta cuanto dijimos al principio acerca de los distintos estratos históricos del Derecho canónico—, sea permitido referirnos aquí al problema del “animus communitatis” en la doctrina canónica de la costumbre, pues muestra cómo a veces se entiende como diferencia específica canónica una nota que estaba ya en la correspondiente institución romana.

80. G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici*, I, Parisiis... 1949, p. 609.

Como es sabido, hace tiempo que Fedele, partiendo de que la concentración del poder jurisdiccional es absoluta en la autoridad eclesiástica, afirmaba que el elemento más significativo de la autonomía del Derecho canónico frente al romano en tema de costumbre —en la canonización o cristianización de la doctrina de la costumbre—, consistió en la asunción del consentimiento del legislador como fundamento del derecho consuetudinario<sup>81</sup>.

Ahora bien, d'Ors ha demostrado que en la época tardía del Derecho romano “la legislación imperial se va separando más y más de la vida jurídica consuetudinaria y se va elevando a la categoría de expresión autoritaria de una voluntad teocrática.” Y que “el *tacitus consensus populi* como fuente del valor normativo de la costumbre... no es algo real dentro del sistema constitucional de la época, sino una pura idea tomada con préstamo de la filosofía griega, y que se ha introducido por vía de interpolación en el título del Digesto (Dig., n. 5., 32, 1)”<sup>82</sup>. Es decir, que también en el Derecho romano cualquier valor normativo estaba vinculado al consentimiento del legislador. Por lo demás, la interpolación pre-justiniana recogida por Justiniano, según la cual el valor normativo de la costumbre procede del *consensus populi*, está admitida y defendida por los mismos decretalistas<sup>83</sup>.

Por último, la influencia del Derecho romano late en el método mismo con que la canonística tradicional viene abordando el estudio del Derecho canónico. Método, por cierto, fundamentalmente *exegético*, que remontándose muy atrás, sin embargo ha proliferado por razones obvias a partir de la promulgación del Codex<sup>84</sup>.

Pues bien, la influencia del método romanista se manifiesta ya en el hecho de que esta canonística tradicional busca sobre todo un fin práctico, la *interpretatio*, y mediante ella la solución de los problemas

81. Cfr. P. FEDELE, *Il problema dell'animus communitatis nella dottrina canonistica della consuetudine*, Milano 1937, p. 9.

82. A. d'ORS, *Historia del derecho consuetudinario en Roma*, “Revista de legislación y jurisprudencia” (1946), p. 490 ss.

83. Sobre el problema de la formación histórica de la doctrina canónica de la costumbre, vid. últimamente el completo estudio de CH. LEFEBVRE en G. LE BRAS CH. LEFEBVRE - J. RAMBAUD, *L'Age Classique*, p. 533-588.

84. Entre estos autores, cabe destacar a Michiels, pues aunque parte de la exégesis del Código, alienta en sus obras un esfuerzo sistemático que las hace sumamente valiosas.

que plantea la vida jurídica en la Iglesia. Esta *interpretatio* se lleva a cabo fundamentalmente sobre la base de un dato que ya conocemos: la *ratio* o *mens legislatoris*, a la que en definitiva se dirige toda la técnica interpretativa. Esto entraña, indudablemente, un cierto peligro de *legalismo*, y aunque no faltan en la resolución de casos y consultas, junto al dato legal, la experiencia de la vida cotidiana, de modo que ambos datos procuran equilibrarse en los *responsa* que se ofrecen muchas veces en revistas especializadas, sin embargo es necesario decir que, desde el punto de vista científico, es casi exclusivamente el dato legal el que aparece en los libros, cuando no se desciende el casuismo.

En cualquier caso, se trata de un método más analítico que sistemático, pues aunque no falta una cierta sistemática externa, en cambio se echa en falta la construcción de un sistema interno. En tal sentido, puede afirmarse que la ciencia canónica tradicional se desenvuelve en el primer estadio científico del análisis —del que conocemos sus orígenes—, sin que haya pasado de una manera clara a la síntesis o *reductio in unitatem* en que consiste la plenitud de toda ciencia.

A pesar de ello, hay que decir que estos autores tradicionales muestran un conocimiento fundamental del espíritu del ordenamiento canónico y de sus instituciones, sin duda debido —como se ha dicho apologeticamente— a una idea ejemplarmente valiosa que no debemos perder: “su fidelidad a la norma de la Iglesia, que consideran con razón que expresa en cada momento un designio de salvación”<sup>85</sup>.

Ello ayuda a entender, en el mejor de los casos, lo que ya señalaba Lombardía<sup>86</sup>, es decir, que a pesar del método utilizado por estos autores tradicionales, hayan podido acertar en lo principal: en la aplicación

85. J. LOPEZ-ORTIZ, *Valoraciones y decisiones jurídicas en el Concilio Vaticano II*, “Ius Canonicum”, VI (1966) p. 14.

86. Cfr. P. LOMBARDIA, *Observaciones sobre el método en el estudio del matrimonio canónico*, Pamplona 1960. He aquí la explicación del autor: “¿Cómo se explica este acierto en la solución prudencial de los casos, pese a las limitaciones antes señaladas? Seguramente el secreto está en la docilidad al Magisterio de la Iglesia, característico de estos canonistas; porque, en definitiva, quien auténticamente es maestra es la Iglesia y los autores de la Escuela sacerdotal han aprendido muy bien sus enseñanzas, aunque a veces no hayan tenido en cuenta la gran lección de los Santos Doctores: que es posible y deseable rodearlas del ropaje noble de las construcciones científicas, que tanto ayudan —si son auténticas, humildes y verdaderas— a la solución prudente de los casos que al jurista presenta la sociedad” (p. 24).

VICTOR DE REINA

del Derecho a la vida de la Iglesia con la particularidad —nos permitimos apostillar— que ello es mucho más cierto donde ha existido una constante labor jurisprudencial —el caso del matrimonio—, que en otras materias, en que la carencia de la *prudentia iuris* se ha dejado sentir en una cierta disociación entre la norma y la evolución de la vida cristiana.

VICTOR DE REINA