

CONTRIBUCION AL ESTUDIO DE LA LEY EN LA DOCTRINA CANONICA DEL SIGLO XII*

El clérigo que en los primeros años del siglo XII hubiese deseado saber qué era la ley, cuáles eran su fin y su autoridad, en qué se distinguía de la costumbre, y cómo se conciliaban la legislación secular y la eclesiástica, no habría encontrado en la más amplia y reciente compilación canónica, la de Ivo de Chartres, otra cosa que nociones confusas, dispersas en una masa de textos muy poco ordenados. Medio siglo más tarde, el Decreto de Graciano, tanto por sus *auctoritates* como por los *dicta* que las glosan y relacionan entre sí, habría podido satisfacer su curiosidad con mayor prontitud y amplitud.

Querriamos analizar aquí tanto este progreso como sus límites, refiriéndonos sucesivamente al lugar concedido a la noción de ley en algunas colecciones mayores del siglo XI, al que le concedió Graciano y a la suerte que tal noción tuvo entre los primeros decretistas.

I

LA LEY EN LAS COLECCIONES CANONICAS DEL SIGLO XI

En los comienzos del siglo XI, la gran compilación del Obispo de Worms, Burchardo (1008-1012)¹ no parece conceder sino muy poca atención a las fuentes del Derecho, y en especial a la noción de ley. De entre sus 1785 textos, son muy raros los que tratan de la ley. Los capítulos relativos a las Escrituras canónicas (III, 217-222), que en

* Ponencia presentada al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Uppsala, agosto de 1966. Traducción de Alberto de la Hera.

1. P. L. 140.

otras colecciones ofrecieron un pretexto para introducir algunos textos sobre las fuentes del Derecho, no suscitaron la misma curiosidad en el Obispo de Worms. Si la ley se encuentra ausente del L. III, no está presente sino en muy escasa medida en el L. XV, donde el autor reúne los textos concernientes al poder secular. No se pueden señalar sino algunos capítulos relativos a la obligación que tienen los laicos y los clérigos de observar los cánones (c. 6 y 7), a la ineficacia de todo acto de los príncipes que fuese contrario a las leyes divinas o eclesiásticas (c. 8) y a la nulidad de las leyes imperiales que violasen los cánones (c. 9). La conclusión nos la proporciona un decreto del "Papa Pío" ² que gozó de amplia resonancia ³: "la ley de los emperadores no se encuentra por encima, sino por debajo de la ley de Dios" (c. 10). A Burchardo sólo le preocupaba la jerarquía de los órdenes, y naturalmente afirmaba la superioridad de las leyes eclesiásticas sobre las seculares. Observación que se inserta más bien en una doctrina de las relaciones del sacerdocio y el imperio que en una reflexión sobre las fuentes del Derecho.

La teoría de las fuentes, y en particular la de la ley, no merecieron mayor atención en las colecciones de importancia y de diferentes tendencias que jalonan el siglo XI, trátase de la *Collectio XII Partium* ⁴ o de las principales "Colecciones gregorianas": la Colección en dos Libros ⁵, en 74 Títulos, el *Capitular* de Atton, las Colecciones de Anselmo de Luca o de Deusdedit, o el *Liber de vita christiana* de Bonizo de Sutri ⁶.

Las colecciones chartreses marcan a este respecto un notable progreso. Pueden señalarse como ejemplo el Decreto (poco después de 1093) y la Panormia (poco después de 1095) ⁷.

2. El texto se encuentra en los Capitularios, App. III, 18 (BALUZE, *Capitularia*, t. I, col. 1160); Burchardo lo toma de Régino.

3. IVO DE CHARTRES, *Decreto* IV, 86 y XVI, 11; *Panormia* II, 139; *Decreto* de GRACIANO, D. 10, c. 1, pr.

4. P. FOURNIER y G. LE BRAS, *Hist. des Collections canoniques en Occident*, I, (París 1931) 436-437.

5. Edit. J. BERNHARD, Strasbourg, 1962.

6. P. FOURNIER y G. LE BRAS, *op. cit.*, II, 17; 23; 28-29; 41; 142.

7. El estudio fundamental continúa siendo el de P. FOURNIER, *Les Collections canoniques attribuées à Yves de Chartres*, «B. Ec. Chartres», t. 57 y 58 (1896, 1897), y, después, el capítulo que les ha consagrado en la *Hist. des Coll. canoniques en Occident*, II, 55-114.

El primero ⁸, dos veces más abundante que el Decreto de Burchardo, con sus 3.760 capítulos, ofrece los elementos de un tratado de la ley. Los textos relativos a las fuentes del Derecho se insertan en la *Pars IV*, entre el tratado de las fiestas y de los ayunos (c. 1-60) y el de la celebración de los concilios (c. 239-257). Aparecen cerca de 180 textos que conciernen a las fuentes del Derecho. Entre diversas cuestiones ("Escrituras" canónicas, fuente del Derecho de la Iglesia, autoridad de las Escrituras), se puede distinguir un *de legibus* (c. 168-193) y un *de consuetudine* (c. 194-213). Pero la homogeneidad de las dos masas es muy relativa, porque se encuentran allí a veces textos que no tienen nada que ver con la ley o la costumbre ⁹, y, a la inversa, la ley ¹⁰ o la costumbre ¹¹ reaparecen en otros pasajes.

Para atenernos a los textos sobre la ley, únicos a los que se refiere nuestro estudio, se advierte ya de entrada una diversidad de origen, en la que se trasparenta la amplitud de la información del autor del Decreto ¹². Las Letras pontificias (de Gelasio, de Nicolás I, etc.), la legislación de los emperadores romanos o de sus sucesores carolingios, textos patrísticos (Agustín, Isidoro) o fragmentos de autores eclesiásticos (Beda, Hincmaro), todos estos elementos son utilizados en confusa mezcla.

Pero, si bien se encuentra allí un pasaje de Isidoro de Sevilla acerca de las cualidades de la ley (c. 168) ¹³, el propósito de Ivo de Chartres, tal como se refleja en el tenor de estas *auctoritates*, fue ante todo el de afirmar la obligación de observar la ley (c. 169, 179, 180, 181, 182, 184, 185, 186) y más aún el subrayar, como lo había hecho Burchardo, la superioridad de las leyes divinas y de las simplemente eclesiásticas sobre las leyes seculares (c. 86, 187, 190). Sin embargo, Ivo recuerda repetidas veces que la Iglesia no se abstiene de invocar las leyes seculares (c. 177, 183). Nociones esenciales, pero simples, que traicionan el deseo de eficacia propio del prelado más bien que el gusto por la especulación propio del doctor.

8. P. L. 161.

9. Así, entre otros, el c. 124 que exige que la enseñanza de las artes liberales se confíe a maestros.

10. Por ejemplo, los c. 86, 230.

11. Por ejemplo, los c. 68, 234, 235.

12. Pero ¿no tuvo colaboradores en los medios eruditos o en los servicios episcopales de Chartres?

13. Cf. *infra* II, 3 c).

De entre los 25 textos, más o menos, en los que el Decreto expone su concepción de la ley, solamente unos 15 vuelven a aparecer en la Panormia. Esta¹⁴ ha reunido los textos sobre las fuentes del Derecho en el L. II. Como todos los libros en la Panormia, éste trata de cuestiones muy diferentes y sin gran relación entre ellas. Pero, más breve y mejor compuesta, la Panormia agrupa con mayor rigor que el Decreto los textos que se refieren a un mismo tema. El *de legibus* viene a continuación de un elenco de Escritos canónicos y del elenco de los concilios recibidos como auténticos. De hecho, se compone de un tratado sobre la ley (c. 138-154) y de un tratado sobre la costumbre (c. 155-168).

El cuadro siguiente (donde se señalan los textos que se volverán a encontrar en el Decreto de Graciano) permite hacerse cargo tanto de los textos tomados al Decreto de Ivo, como también de los que la Panormia no ha incluido.

<i>Panormia</i>	<i>Decreto de Ivo</i>	<i>Decreto de Graciano</i>
L. II c. 138	Pars IV. c. 86	D. 10 c. 1. pr.
139	<i>id.</i>	<i>id.</i>
140	c. 187	D. 10 c. 1. pr. i. f. + § 2
141	231	D. 10 c. 2
142	168	D. 4 c. 2
143	169	D. 4 c. 3
144	170	D. 7 c. 2
145	171	
146	172	
147	173	
148	174 ¹⁵	
149	176	D. 10 c. 9
	178	D. 8 c. 2
150	179	D. 10 11
151	180	" 12
152	181	" 13
153	182	" 7
154	183	D. 9 c. 1 § 1

14. P. L. 161.

15. Se advertirá que de los cuatro textos dejados de lado por Graciano, los tres primeros conciernen al derecho romano, nueva prueba del antirromanismo, al menos formal, de Graciano.

Así todos los textos de este tratado de la ley figuraban ya en el Decreto, y la mayoría de ellos aparecían allí agrupados en el mismo orden. Solamente los c. 138-141 han sido tomados de otros pasajes. Pero, sobre todo, la Panormia, al incluirlos, da a su exposición una mayor homogeneidad. Ello aparece con toda evidencia si se comparan las dos colecciones, no solamente en sus dos pasajes consagrados al tratado de la ley, sino también en lo que se refiere al conjunto de la cuestión de las fuentes del Derecho, porque, de 180 textos en el Decreto, se pasa a 30 en la Panormia.

Pero, puesto que el Decreto fue en nuestra materia la sola fuente de la Panormia, ésta no procedió a ir más adelante en el análisis doctrinal. Los temas sin embargo están mejor presentados. El primero, tanto por su lugar como por la autoridad de los cánones que lo afirman, es el de la superioridad de la ley de la Iglesia sobre las de los emperadores (c. 138-141); siguen a continuación las cualidades de la ley (c. 142), la obligación para el juez de atenerse a sus prescripciones (c. 143), una especie de intercalación histórica (definición de los cánones de la legislación teodosiana y justiniana, c. 144-146), un texto tomado del Digesto y de las Instituciones acerca de las constituciones imperiales (c. 147), una evocación de la legislación carolingia (c. 148) y finalmente algunos textos que insisten sobre la obligación de obedecer la ley (c. 149-154).

Así, las colecciones chartrenses significan un progreso cierto, pero limitado. A diferencia de sus predecesores, Ivo de Chartres había sentido la necesidad de reunir en sus dos grandes colecciones textos relativos a las fuentes del Derecho. Pero procedió con cierta torpeza a la hora de asignarles un lugar tanto en el Decreto como en la Panormia. No vio todavía que la teoría de las fuentes predeterminaba necesariamente todo el Derecho de la Iglesia, y que por ella debía abrirse una colección canónica construída con lógica.

Una tal deficiencia en uno de los más ilustres canonistas puede realmente sorprendernos, y parece oportuno el intentar desvelar sus causas. Una es evidente: la carencia de todo modelo en una época y en un género en que la tradición atraía y condicionaba. Cada colección canónica se inspiraba en las anteriores, tomando de ellas sus textos y a veces su orden interno. Al no encontrar nada entre sus predecesores, a Ivo le habría sido muy difícil innovar, si no se hubiese

visto fuertemente incitado a hacerlo. El estímulo debería proceder de un hecho nuevo, un cambio en el equilibrio tradicional de las fuentes del Derecho, o una revolución doctrinal. Desde el primer punto de vista, el fin del siglo XI no marcó ninguna época nueva. Desde hacía siglos predominaba en la sociedad civil la costumbre sobre la ley. Las jóvenes monarquías de Francia, Inglaterra y España apenas si legislaban. En la Iglesia, es preciso esperar a la segunda mitad del siglo XII, y sobre todo al siglo XIII, para que la legislación conciliar y las Decretales pontificias reciban un impulso notable.

¿Y la revolución doctrinal? Habría podido ser suscitada por el renacimiento del Derecho romano. Las tres colecciones justinianas, Código, Digesto e Instituciones, se abren prácticamente por Títulos consagrados al Derecho y a sus fuentes¹⁶. Ivo de Chartres marca una etapa en el conocimiento y la utilización de los textos romanos por los hombres de Iglesia. Hay unos 250 fragmentos del Digesto en el Decreto, y su correspondencia atestigua una gran oportunidad en la citación de los textos romanos. Ivo se había visto, por tanto, profundamente influenciado por el “descubrimiento” de las compilaciones justinianas. Pero, si el Digesto y el Código le han proporcionado los textos, no han influido en el plan de sus Colecciones, y, por lo demás, entre los textos tomados por Ivo al Derecho justiniano, son raros los que conciernen a las fuentes del Derecho¹⁷.

II

LA LEY EN EL DECRETO DE GRACIANO

El tratado de las fuentes del Derecho en que consisten las 20 primeras Distinciones del Decreto es sin duda uno de los aspectos originales más evidentes de esta nueva Colección canónica¹⁸.

16. C. J. I, 14-22; D. I., 1-4; IJ. I, 1-2.

17. Solamente el del Decreto, IV, 173 = Pan. II, 147 (cf. D. I, 4, 1 § 1-2 y IJ. I, 2, § 6); a propósito de la costumbre, se puede añadir Decreto IV, 192, 193, 194 (= Pan. II, 160) tomados de IJ. I, 2, § 9 y Pan. II, 162 y 163 (cf. C. J. 8, 52, 1 y 2).

18. La *Caesar augustana* (v. 1110-1120) había igualmente consagrado sus dos primeros libros a las fuentes del derecho (FOURNIER y LE BRAS, *op. cit.*, II, 271). Menos innovadoras, otras colecciones de la misma época tratan, como la *Pars 4* del Decreto de Ivo, de la costumbre después de haber hablado del ayuno (cf. las dos Colecciones

1. Su estructura general no necesita ser expuesta¹⁹. Su propósito no es simple. Se trata a la vez de un cuadro de fuentes del Derecho de la Iglesia, divinas, eclesiásticas y seculares, la determinación de su jerarquía, la afirmación de la eminente superioridad de un Derecho natural, mal distinguido, por otra parte, del Derecho divino. De este complejo conjunto emergen algunos cánones concernientes a la ley en general. Solamente éstos nos interesan ahora, y aún no nos ocuparemos sino de aquéllos que resultan útiles para la construcción de una teoría del Derecho²⁰. Reducida a sus elementos esenciales, esta teoría se refiere, en el Decreto de Graciano, a los puntos siguientes: definición (D. I. c. 3; D. II. c. 1), fin (D. 3, c. 4), cualidades de la ley (D. 4, c. 2; D. 1, c. 5 § 2); noción del privilegio (D. 3, c. 3); obligación para el juez de respetar la ley, *desuetudo* de las leyes (*dictum post c. 4 y dictum final D. 4*).

2. Sobre todos estos puntos—salvo los dos últimos—Graciano es tributario de Isidoro de Sevilla. Por intermedio del doctor español fue como se introdujo una teoría de la ley en la doctrina canónica.

Se sabe en efecto que las cuatro primeras Distinciones del Decreto no son sino la reproducción de los primeros capítulos del Libro V de las Etimologías de Isidoro. Los doce cánones de la Distinción I reproducen²¹ los capítulos II²² a IX § 1 de este Libro; los ocho cánones de la D. II recogen los capítulos IX § 2 a XVII; la D. III, después de haber ido a buscar sus dos primeros cánones en el Libro VI, cap. XVI § 1 de las Etimologías, toma los restantes del Libro V, cap. XVIII y XIX. En fin, la D. IV c. 1 y 2 de los cap. XX-XXI. No es sino con el c. 3 de la Distinción IV cuando aparece un texto eclesiástico (de Agustín) y los siguientes cánones de las 20 primeras Distinciones incluyen

de Châlons ms. 47 y 75, señaladas por P. FOURNIER, BEC Ch. LVIII, 525 y 641). Pero estas Colecciones carecen de la importancia de la de Graciano.

19. La hemos estudiado en un artículo sobre *La doctrine des sources du Droit dans le Décret de Gratien*, «R. D. C.», I (1950) 5-31.

20. Por tanto, no nos ocuparemos aquí del recurso de la Iglesia a las leyes seculares (D. 10, c. 7), de la subordinación de la ley secular a la ley divina o natural (D. 9, c. 1; D. 10, c. 1-6), de la obligación para el legislador de respetar su propia ley (D. 9, c. 2), es decir, de cuestiones que habían sido las que principalmente, y a veces exclusivamente, atrajeron la atención de Burchardo o de Ivo de Chartres.

21. Salvo la omisión de Isidoro, *Etym. V, III, 2: Mos est vetustae probata consuetudo, sive lex non scripta. Nam lex a legendo vocata, quia scripta est.*

22. El capítulo I (que es una historia de las fuentes del derecho en la antigüedad, en veinte líneas) proporciona los dos cánones de la D. VII.

desde entonces *auctoritates* diversas. La innovación de Graciano en este empleo masivo de los capítulos jurídicos de las *Etimologías*²³ es evidente. Sin duda, los autores de las Colecciones canónicas anteriores no desconocían tales textos, que habían encontrado en las *Etimologías* mismas, o en los *Florilegios* jurídicos que habían extraído de aquella *Summa* de conocimientos antiguos los pasajes consagrados al Derecho. Ivo se había inspirado en ella en su Tratado de la ley en el Decreto (IV, 108, 170, 200), e igualmente en la *Panormia* (II, 142, 144, 161). Pero estos préstamos tomados a las *Etimologías* eran limitados y dispersos. Graciano en cambio procedió masivamente. Su copia servil no carecía por otra parte de inconvenientes. Por causa de ella, figuraban en los primeros cánones del Decreto definiciones sin interés para los canonistas del siglo XII, tales como la del *Ius Quiritium*, la de *Senatus Consultus*, la de leyes “tribunicias” o “consulares”, e incluso la de “derecho militar” y la de las *leges Rhodiae*.

La compensación de tales datos inútiles reside en la amplitud y en la consiguiente riqueza del Tratado. Nada similar se había realizado hasta entonces. Lo que puede sorprender es que Graciano haya tomado este Tratado de Isidoro de Sevilla, más bien que de los textos romanos recientemente descubiertos y que no le eran desconocidos²⁴. Pero debe subrayarse la voluntad, reflejada en estas primeras *Distinciones*, de no utilizar demasiado la compilación justiniana. Nueva prueba, al lado de muchas otras, de la reticencia de Graciano frente al derecho romano²⁵.

Si la composición del *de Legibus* muestra la desconfianza de Graciano ante los textos seculares recientemente descubiertos, atestigua *a contrario* su fidelidad a una lejana tradición medieval. Isidoro de Sevilla había gozado durante la alta Edad Media del favor que una semi-cultura concedía a las obras amplias y simples. Era eclesiástico, un santo prelado que representaba el papel de último Padre de la Iglesia en Occidente. Al inspirarse en su obra, Graciano permanecía

23. Solamente el comienzo del L. V (cap. I a XXVII) está consagrado al derecho.

24. Por ejemplo D. XI c. 4 (= CJ. 8, 59, 2).

25. Literatura abundante sobre este punto en los últimos años y conclusiones al respecto vid. en el reciente estudio de J. RAMBAUD-BUHOT, en *Hist. du Droit et des Inst. de l'Eglise en Occident*, t. VII (1965), 119-128, con bibliografía, a la que se puede añadir nuestro trabajo *Das röm Recht in Gratians Dekret*, «Oster. Archiv f. Kirchenrecht» XII (1961) 177-191.

en la línea tradicional. Por otra parte, y paradójicamente, se relacionaba así con la Roma antigua, de la que rechazaba los testimonios directos, los jurisconsultos clásicos o las constituciones imperiales, puesto que era de una doctrina romana de la que Graciano se hacía eco:

3. a) En primer lugar, en su *definición de la ley: constitutio scripta* (D. I, c. 3). Es pues un criterio formal el que Graciano sigue: la redacción por escrito de los textos de la ley. Tal definición isidoriana (*Etym.* V, 3, 2) no se encuentra en Ivo. Este la había descartado voluntariamente, puesto que no había podido escapar a su atención cuando tomó de Isidoro las definiciones de *mos* y de *consuetudo*, que venían inmediatamente después de la de ley (*ibid.*, V, 3, 2 y 3). Pero en la *Distinctio* II (c. 1), una vez más con Isidoro (V, 10), Graciano da una nueva definición de la ley: *lex est constitutio populi, qua maiores natu simul cum plebibus aliquid sanxerunt*²⁶.

Este dualismo sorprende, pues reúne los dos sentidos sucesivos que tuvo en Roma la palabra *lex* para designar una fuente legislativa del Derecho: ley popular votada en las asambleas bajo la República; Constitución Imperial dictada en nombre del Príncipe por la Cancillería bajo el Imperio. Detrás de estas dos definiciones, se afirman dos tipos de poder político y dos concepciones de la legislación. En una, la ley reposa sobre la voluntad popular; en la otra sobre la potestad omnimoda del Príncipe. Deseoso de conservar las riquezas de la herencia antigua, Isidoro no parece haber caído en la cuenta de la contradicción que entrañaban ambas definiciones puestas en relación, y puesto que él las copia pasivamente, tampoco Graciano supo detenerse ante esta dificultad.

Pero la segunda definición de la ley que recoge, aquélla que procede de la tradición republicana, no parece haber retenido su atención. Figura además tal definición en aquella *Distinción* II en la que, copiando a Isidoro, Graciano acumula definiciones de nociones privadas de todo interés práctico (plebiscito, *Senatus Consultus*, respuestas de jurisconsultos, leyes "consulares" o "tribunicias", *lex Rhodia*).

26. Este texto de Isidoro proviene de una fuente jurídica que formulaba una definición pareja de aquélla que se encuentra en *IJ.* I, 2, 4.

En lugar de sacar ninguna conclusión de este aspecto “popular” de la ley —que por otra parte no respondía ni a la mentalidad de su tiempo ni a las tendencias eclesiásticas en materia de legislación— Graciano no concede atención sino a la definición formal. A la misma se refiere en el *dictum* de la D. I. *post* c. 5, para distinguir la ley de la costumbre: *quae in scriptis redacta est, constitutio sive ius vocatur; quae vero in scriptis redacta non est, generali nomine, consuetudo videlicet appellatur.*

La opción entre las dos concepciones de la ley no carecía de importancia. Veremos que la misma ha inspirado la idea que de ella se harán los primeros decretistas.

b) *El fin* de la ley aparece precisado por dos cánones. Uno de ellos (D. III, c. 4) indica la naturaleza de sus disposiciones; el otro (D. IV, c. 1) las razones que impulsan a legislar.

El *officium legis* (D. III, c. 4)²⁷ es “permitir, prohibir, castigar, prescribir”. Así lo había explicado Isidoro (V, 19). En el *Dictum* que precede a este canon, Graciano se inspira en tal texto, precisándolo pero también modificándolo algo. Asigna por función (*officium*) a la ley el prescribir lo que es necesario hacer, prohibir el mal, permitir lo que es lícito, y a veces incluso algo ilícito (*ut dare libellum repudii*) para evitar un mal mayor.

El moralista reaparece así bajo el jurista; pero el jurista mismo se mostraba superior a su modelo. Porque, al omitir en el *Dictum* el cuarto término citado por Isidoro, castigar, Graciano demostraba no considerar la pena como un fin de la ley, sino como el medio de garantizar la eficacia de sus disposiciones.

Habiendo fijado así las funciones de la ley, Graciano expone las razones que inspiran al legislador (D. IV, *dict.* inicial y c. 1). Isidoro le proporciona una vez más la *auctoritas* (V, 20): las leyes se hacen para refrenar la audacia humana mediante el temor; para proteger a las gentes de bien²⁸; para paralizar la voluntad de dañar de los malvados mediante la amenaza de un suplicio. Con mayor brevedad,

27. Así se expresa el sumario del Decreto, mientras que Isidoro (V, 19) escribía: *quid possit lex.*

28. Cf. Cicerón, *de Legibus* II, 4, 11: *Constat profecto ad salutem civium civitatumque incolumitatem vitamque hominum quietam et beatam inventas esse leges.*

el *Dictum* toma ciertos términos de Isidoro y ofrece como sola razón de la ley: *humanam cohercere audaciam et nocendi facultatem refrenare*. Concepción un poco corta que no contemplaba sino el aspecto represivo de la legislación.

Pero estos dos cánones no figuraban en las Colecciones anteriores, y los *Dicta* que les preceden prueban que Graciano no se limitaba aquí a copiarlos, sino que formulaba ya una doctrina de la misión del legislador, la cual, por imperfecta que fuese, representaba un progreso de la reflexión canónica.

c) Siguiendo fielmente el orden de las Etimologías (V, 21), Graciano indica entonces cuáles son las *cualidades* de la ley (D. IV *dictum date* c. 2 y c. 2): *Erit autem lex honesta, iusta, possibilis, secundum naturam, secundum consuetudinem patriae, loco temporisque conveniens, necessaria, utilis, manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem inconueniens contineat, nullo privato commodo, sed pro communi utilitate civium conscripta*. Esta serie de calificativos testimonia la riqueza de una reflexión donde se reúnen el moralista, el jurista y el sociólogo.

La conformidad a lo *honestum*, a la justicia, y a la utilidad común son exigencias fundamentales de la legislación, sobre las que la filosofía antigua había insistido frecuentemente²⁹. El jurista desea que la ley sea efectivamente aplicable (*possibilis*) y que esta aplicación se vea facilitada por la claridad de los textos (*manifesta*). Mas sutil es la doble conformidad de la ley por una parte a la naturaleza, por otra a los usos de un lugar y de un tiempo determinados (*secundum consuetudinem patriae, loco temporisque conveniens*). Pero también esta doble exigencia había sido ya formulada por el pensamiento antiguo. Cicerón deseaba que la ley fuese *naturae congruens*³⁰, *insita in natura*³¹, y deseaba también que se adaptase a las diversidades de países y épocas.

Graciano, por tanto, por intermedio de Isidoro³², tomaba su doc-

29. Sobre la importancia de la noción de utilidad común en Cicerón, cf. nuestro estudio *Utilitas communis*; «R. H. D.», 1951, 467-471.

30. *De Republ.*, III, 22, 33.

31. *De Leg.*, I, 6, 18, cf. 1, 15, 43; 16, 45.

32. Y más inmediatamente de Ivo de Chartres, que había tomado este pasaje de Isidoro (Decreto IV, 168; Panormia II, 142).

trina sobre los méritos de la ley más bien de la reflexión filosófica que de los análisis de los juristas. Siempre reproduciendo a Isidoro, consideraba que la ley se confunde con la razón: ... *legem ratio commendat...*, *ratione lex constat* (D. I, c. 5, § 1 y 2). Se trata entonces de otra noción de la ley. En efecto, Isidoro (V, 3 y 4), y Graciano siguiéndole (D. I, c. 5, § 2), concluyen: *Porro si ratione lex constat, lex erit omne iam quod ratione constiterit, dumtaxat quod religioni congruat, quod disciplinae conveniat, quod saluti proficiat*. La ley se confunde por tanto con una razón superior, que para el cristiano no puede sino conformarse a la religión, mantener la disciplina y orientarse a la salvación. Fórmula que introducía una nueva noción de la ley, la tercera propuesta por Graciano, al lado de la ley formal, escrita, y de la ley decidida por el pueblo. Se trataba en realidad de la recuperación de una vieja concepción pagana, corregida por el pensamiento cristiano y de la que Isidoro había encontrado la expresión en Tertuliano ³³.

La doctrina pagana, de la que Cicerón había sido con frecuencia el eco, consideraba a la ley como la expresión de una razón universal. No se distinguía con nitidez de la ley jurídica positiva esta ley universal, expresión de la razón divina que presidía tanto los movimientos de los astros como las acciones humanas; o, cuando se distinguía, era para considerar que la primera era la única que merecía verdaderamente el nombre de ley, mientras que las disposiciones contingentes de los legisladores efímeros no eran con frecuencia sino el fruto de la arbitrariedad y de sus abusos ³⁴. La sola ley verdadera era la *recta ratio imperandi atque prohibendi* ³⁵.

Tertuliano había repetido esta misma doctrina, pero dándole un sentido cristiano. En él encontró Isidoro el modelo del pasaje que luego repite Graciano. Sin embargo, Isidoro había suprimido la peligrosa alusión de Tertuliano a una gran libertad concedida a todo cristiano para formular la ley.

33. *De corona militis*, IV. *Consuetudo etiam in civilibus rebus pro lege suscipitur, cum deficit lex, nec differt scriptura an ratione consistat, quando et legem ratio commendat. Porro si ratione lex constat, lex erit omne iam quod ratione constiterit a quocumque productum. An non putas omni fideli licere concipere et constituere, dumtaxat quod deo congruat, quod disciplinae conducatur, quod saluti proficiat.*

34. Cicerón, *de Legibus*, I, 15, 42.

35. *Ibid.*

Pero en el demasiado breve catálogo de las nociones jurídicas que pretendía conservar, había Isidoro yuxtapuesto diversas concepciones de la ley poco conciliables entre sí, sin señalar sus diferentes puntos de vista. Al copiar servilmente, Graciano no procedió de otro modo, ofreciendo así a los exégetas futuros tres definiciones de ley. Si se puede reprochar a Graciano el haber utilizado a Isidoro sin discernimiento, se le debe reconocer el mérito de haber puesto en circulación textos hasta entonces casi olvidados. Ivo no había tomado del cap. 3 de Isidoro relativo al Derecho, la ley y la costumbre, sino lo concerniente a la costumbre (Decret. IV, 200; Pan. II, 161), omitiendo la parte central sobre el carácter racional de la ley (*Etym.* V, 3, § 3, *i. f.* y § 4). No reprodujo desde luego ni la definición de ley como voluntad del pueblo, ni la que la considera como constitución imperial. Si Graciano propone tres nociones de ley difícilmente conciliables entre sí, Ivo no había recogido ninguna.

d) La noción de *privilegio*, que debía jugar un importante papel en el Derecho de la Iglesia clásica, aparece definida brevemente (D. III, c. 3) mediante la reproducción de un texto de Isidoro (V. 18) que se refería a la concepción romana clásica³⁶: los privilegios son leyes particulares (*privatae leges*) que responden a las necesidades de ciertas personas o de ciertas corporaciones. El *Dictum* que introduce este canon no hace sino parafrasearlo, precisando simplemente que existen privilegios en la legislación eclesiástica, como existen en la secular. Pero también aquí, al repetir el viejo texto de Isidoro, Graciano realizaba una innovación, puesto que este texto había sido olvidado por las Colecciones canónicas anteriores.

e) Por el contrario, la llamada hecha al juez para *proceder según la ley* no era nueva. El texto que la formula (D. IV, c. 3), es el primero en romper la serie de textos isidorianos que hasta aquí habían sido suficientes para alimentar las primeras Distinciones del Decreto. Es un texto que procede de Agustín (*de vera religione*, § 162³⁷), y que Ivo había ya recogido (Decret. IV, 169; Pan. II, 143). Magnífico ejemplo de retórica agustiniana, aparece construido sobre una oposición armoniosa: si los hombres pueden juzgar de las leyes cuando las

36. Ver por ejemplo Aulu Gelle, NA. x, 20. Sobre la concepción romana, R. ORESTANO, *Ius singulare e privilegium* (1937).

37. C. S. E. L., t. 77 (Vienne, 1961), p. 42.

hacen, una vez que están establecidas el juez no puede juzgarlas, sino juzgar según sus prescripciones.

f) En fin, el Decreto ofrece una doctrina de la *desuetudo legum*. No se apoya sobre una *auctoritas*, sino que se expresa mediante dos *dicta* (D. IV, *dictum* post c. 3 y *dictum* final).

El primero de ambos expone el principio, mientras que el segundo saca las consecuencias. Se abre mediante una explicación de los dos términos del texto de Agustín (reproducido en el c. 3) que hablaba de *leges institutae et firmatae*. Para dar a cada uno de estos calificativos un valor propio, Graciano declara: *Leges instituuntur, cum promulgantur; firmentur, cum moribus utentium approbantur*³⁸. Así la ley será *institutae* por su promulgación; pero no se verá confirmada sino mediante la aplicación que de ella harán los súbditos. Para justificar esta teoría original de la confirmación de la ley mediante su uso, Graciano recurre a la teoría, simétrica pero inversa, de la *desuetudo* de las leyes: *sicut enim moribus utentium in contrarium nonnullae leges hodie abrogatae sunt, ita moribus utentium ipsae leges confirmantur*. Al final del *dictum* se prevalece de este principio para explicar la *desuetudo* de una ley rigurosa sobre el ayuno aportada por un texto del Pseudo-Isidoro (D. IV, c. 4)³⁹. Esto permite a Graciano concluir en el *dictum* final que quienes infringen una ley *constitutae* pero *non communi usu approbatae* no pueden ser considerados como culpables.

Esta teoría de la *desuetudo* no encontraba apoyo en Isidoro de Sevilla. No obstante, resultaba conforme con una cierta corriente de la doctrina romana antigua⁴⁰, de la que por lo demás Graciano se guarda de hacer mención expresa.

Así, la teoría de la ley expuesta en las primeras Distinciones del Decreto se halla profundamente marcada por aquel pensamiento jurídico romano al que Graciano rehusaba apelar directamente. Pu-

38. Esta última fórmula habría podido apoyarse en un pasaje de la constitución de Justiniano *Deo auctore*, § 10: *leges... quae longa consuetudo comprobavit* (cf. Nov. 24, cap. 3; 535). Nos encontramos por tanto aquí en presencia de una doctrina romana. Pero ¿cómo Graciano la conocía y sabía que era romana? Los medios intelectuales de Bolonia en las primeras décadas del siglo XII favorecían sin duda algunos intercambios y recepciones a veces inconscientes.

39. P. HINSCHIUS, *Decretales pseudo-isidorianae*, (Leipzig, 1863) 109.

40. Por ejemplo, D. 1, 3, 32, 1, *i.f.*

diera ser por lo demás que él no fuese consciente de esta inconsecuencia. Utilizando a Isidoro de Sevilla, se confiaba en un Padre de la Iglesia y permanecía fiel a una larga tradición medieval. Pero cualquiera que haya sido su modo de sentir acerca de la naturaleza de las fuentes de que se servía, ofrecía a los canonistas valiosos elementos para la construcción de una doctrina sobre la ley.

¿Qué partido sacaron de ello sus primeros comentadores?

III

LOS PRIMEROS DECRETISTAS

La modesta *Summa* que compuso Paucapalea hacia 1145 no significó grandes progresos en comparación con el Decreto. No aporta ninguna idea original en nuestra materia, sino una simple paráfrasis de algunos cánones. Su principal mérito para el historiador es sin duda el de conocer los puntos que atrajeron la atención de este primer comentario.

Se trataba en primer lugar del carácter formal de la noción de ley. Para Paucapalea, como para Graciano, la ley se define por su redacción escrita. A propósito de la D. I⁴¹, Paucapalea llega a decir que se llama ley a lo que habiendo sido primeramente costumbre ha sido luego puesto por escrito. La ley no tendría pues otra característica específica que la de estar escrita. La misma oposición, y la misma doctrina la encontramos a propósito del c. 1: "*in legibus scriptis et moribus...constat*".

A propósito de la D. IV⁴², Paucapalea se pregunta *quare leges factae fuerint et quales esse quidve in se continere debeant*. No añade nada a la enumeración del c. 2, limitándose a parafrasear bastante pobremente "*honestas*", *ut nihil inhonestum praecipiat*; "*iusta*", *ut quod iustum est iubeat*; "*possibilis*", *ut ultra vires non imperet, vel possibilis secundum naturam hominum*. Pero cuando explica "*secundum consuetudinem patriae*" por *consensu utentium*

41. Ed. SCHULTE (Giessen, 1890), p. 4.

42. P. 10.

approbatam, entonces va más allá del pensamiento de Graciano (en este texto, si no en otros cánones). Porque para Isidoro y para Graciano, esta exigencia implicaba la conformidad de la ley a los usos existentes, lo cual es diferente de una confirmación de la ley por el uso que de ella hacen sus súbditos. La explicación de Paucapalea se refería a las relaciones de la ley ya hecha y de la costumbre, no a las cualidades que es preciso tener en cuenta en su elaboración.

Las explicaciones dadas sobre las otras cualidades requeridas por la ley (*loco temporique conveniens; pro communi utilitate conscripta*) no aportan ninguna idea nueva, tal como la llamada a la frase de Agustín obligando a juzgar según la ley.

Así, la reflexión de Paucapalea recae esencialmente sobre el carácter escrito de la ley y sobre las cualidades de una buena legislación. Lo cual significa olvidar una parte de la aportación del Decreto y no añadirle nada nuevo.

La *Summa* de Rufino (concluída probablemente antes de 1156⁴³) significa por el contrario un progreso sensible de la reflexión doctrinal⁴⁴.

a) Se afirma en ella de nuevo la noción formal de ley, oponiéndola a las *mores partim redacti in scripto... partim absque scriptis utentium placito (reservati)*. En el primer caso se trata del *ius constitutionum* (de donde la *constitutio* no es otra cosa que la ley); en el segundo se trata de la costumbre⁴⁵.

b) Si bien no encontramos allí nada que sea completamente nuevo, la exposición de los objetos de la ley se aparta de la vía indicada por Graciano. Este los había definido con referencia a Isidoro⁴⁶, que fijaba el *officium legis*: permitir, prohibir, castigar, prescribir. Rufino se dirige por otro camino. Utilizando los términos que se encuentran en un *libellus de verbis quibusdam legalibus*⁴⁷, el cual

43. Ed. H. SINGER, Paderborn, 1902.

44. La *Summa* de Rolando Bandinelli (ed. THANER, Innsbruck, 1874), concluída antes de 1148, no tiene interés para nuestro presente estudio, puesto que el autor se limita a ofrecer un breve sumario de las *Distinctiones* del Decreto.

45. *Op. cit.*, p. 7; cf. p. 8: *legibus scilicet scriptis*.

46. *Supra*, II, 3 b).

47. Editado según un ms. de Turín por PATETTA, GAUDENZI, en la *Bibliotheca iuris mediæ ævi* (Bonon. 1892, t. II, 129 sub A 2).

había hecho uso de los *Tituli ex corpore Ulpiani (Liber singularis Regularum)* ⁴⁸, Rufino examina las relaciones de las diversas leyes entre sí: *Lex autem rogatur, aut abrogatur, aut surrogatur, aut obrogatur, aut derogatur...* La ley ordena, abroga, añade, reemplaza, deroga. Estas variaciones sobre el verbo fundamental *rogare* habían sido frecuentes en los Manuales sumarios del fin de la época clásica o del comienzo del Bajo Imperio romano ⁴⁹. Ya el gramático Festus había definido estos diversos términos ⁵⁰.

Múltiples obras jurídicas romanas empleaban ya estas definiciones, y sería inútil el pretender determinar cuál de ellas fue utilizada por el autor del *Libellus* en el que Rufino se inspira ⁵¹. Pero lo que está claro es el género literario a que se refiere; igualmente, no hay duda del lejano origen romano de esta clasificación; e igualmente consta la escrupulosa fidelidad de Rufino a las definiciones romanas y frecuentemente incluso al vocabulario utilizado por los jurisconsultos romanos. Todo ello puede comprobarse por la comparación de los términos que ofrecemos en el siguiente cuadro:

Rufino (<i>ad D IV, dict. ante c. 4</i>) ⁵²	<i>Reg. Ulpiani</i> , § 3.	Modestino, L. 7 <i>Regul.</i>
<i>(Lex) rogatur cum profertur abrogatur cum aufertur</i>	<i>Lex aut rogatur, id est fertur aut abrogatur, id est prior lex tollitur</i>	<i>abrogatur legi, cum prorsus tollitur</i>
<i>surrogatur, cum ei aliquid adicitur</i>	<i>aut subrogatur id est adicitur aliquid primae legi.</i>	
<i>obrogatur cum una parte detracta alia edicitur</i>		
<i>derogatur, cum una pars ei detrahitur</i>	<i>aut derogatur, id est pars primae legis tollitur</i>	<i>derogatur legi: cum pars detrahitur</i>

48. F. I. R. A. II, *Auctores* (Roma, 1940) 262.

49. Aparte del texto de las *Regulae Ulpiani* (§ 2), el Digesto nos ha conservado (50, 16, 102) un fragmento del Libro de las *Regulae* de Modestino que define los términos *derogatur* y *abrogatur*: *derogatur legi, cum pars detrahitur: abrogatur legi (sic), cum prorsus tollitur.*

50. Vis. *rogat* (LINDSAY, 356, 27); *abrogare* (11, 24); *obrogare* (203, 3); *derogare* (61, 2); *exrogare* (72, 2).

51. No es cierto que este vocabulario fuese precisamente el que ha sido editado en la *Bibl. iuris mediaevi.*

52. P. 14.

Así, por medio de un vocabulario jurídico medieval, las clasificaciones romanas, olvidadas por Isidoro y desconocidas para Graciano, venían a enriquecer la teoría de la ley.

c) Pero la mayor aportación de Rufino tuvo lugar en torno a la doctrina de la *desuetudo* de las leyes. La opinión de Graciano al respecto no dejaba de entrañar cierto peligro. Admitir la derogación de una ley por un uso contrario, redundaba en instituir a la comunidad como juez de la legislación, de su eficacia y de su permanencia; así, y puede ser que sin tener de ello plena conciencia, Graciano admitía para la abrogación de la ley la autoridad de aquella voluntad popular de la que había desconfiado al definir la misma ley⁵³.

Los riesgos de tal preeminencia del pueblo sobre el legislador fueron sin duda alguna advertidos por Rufino, puesto que propuso una singular exégesis del texto de Graciano⁵⁴. La Distinción IV, declara, prueba que “ciertas leyes eclesiásticas están actualmente abrogadas” por una práctica contraria. Pero añade inmediatamente: *Et hoc consensu exaudias Sancti Pontificis*. ¿Cómo podía transformar así la opinión de los súbditos en la voluntad del Soberano Pontífice? La continuación del texto explica este paso tan audaz.

Rufino comienza invocando el ejemplo secular. De la misma manera, nos dice, que las leyes no pueden hoy ser establecidas sin la *auctoritas* y el *consensus* imperiales, igualmente no pueden verse anuladas sin este asentimiento, “puesto que el pueblo romano ha otorgado a y en el Emperador todo su *imperium* y su *potestas*”. De la misma manera ocurre en la Iglesia: “del mismo modo que los cánones no pueden ser dictados sin que lo sepa y lo consienta el Papa, igualmente no pueden ser tachados de ineficacia sin su asentimiento”⁵⁵.

Así, traicionando el pensamiento del Maestro, Rufino restablecía la autoridad del Soberano Pontífice sobre la permanencia de la le-

53. Supra, II, 3 f).

54. Ed. SINGER, p. 13.

55. *Ubi demonstrat... non nullas leges ecclesiasticas esse hodie abrogatas per mores utique utentium in contrarium. Et hoc consensu exaudias Sancti Pontificis; sicut enim hodie sine auctoritate vel consensu imperatoris leges non possunt statui, sic etiam nec infirmari, quia Populus Romanus ei et in eum omne suum imperium et potestatem concessit; ita absque conscientia et assensu Summi Patriarche canones sicut non potuerunt fieri, ita nec irritari.*

gislación. Pretendía hacerlo refiriéndose al ejemplo imperial. Sería más exacto decir que se prevalecía de las doctrinas de los legistas, utilizando el Derecho romano para fortificar la autoridad del Emperador. Una vez más —pero por intermedio del ejemplo secular— el Derecho romano se veía puesto al servicio de la monarquía Pontificia⁵⁶.

Un punto permanece incierto. La teoría de la *desuetudo* de las leyes había sido formulada por Graciano a propósito de una Decretal del Papa Telesforo, que obligaba a los clérigos a abstenerse de carne durante las siete semanas que precedían a la Pascua. Graciano declaraba que quienes no observaban este ayuno riguroso no cometían falta alguna, puesto que el decreto de Telesforo *moribus utentium approbatum non est*. Nos gustaría saber si Rufino, más estricto sobre la *desuetudo* en cuanto canonista, se tenía por obligado en cuanto clérigo a la ley de observar la abstinencia durante las siete semanas.

Como en muchas otras materias⁵⁷, la *Summa* de Rufino aporta en este tema y por primera vez una contribución original. Unos quince años más tarde, la *Summa Parisiensis*⁵⁸ demostraba menos vigor de pensamiento⁵⁹.

Tal *Summa* conserva la concepción formalista de la ley, definida por la escritura, que después de Graciano parece ser la doctrina

56. G. LE BRAS, *Le droit romain au service de la domination pontificale*, «R. H. D.» 1949, 377-399.

57. Esta importancia de Rufino nos parecía ya sensible, trátase del derecho natural (cf. nuestro estudio «R. D. C.», I, 1950, 28-29) o de la equidad (J. GAUDEMET, *Equité et droit chez Gratien et les premiers Décretistes*, en «La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche», Firenze, 1966, 269-291).

58. Hacia 1770; ed. MAC LAUGHLIN (Toronto, 1952).

59. Esteban de Tournai, cuya *Summa*, escrita hacia 1160, es con frecuencia tributaria de Rufino (cf. SCHULTE, *Die Summa des Stephanus Tornacensis*, Giessen, 1891, p. XXI y XII-XIII), no aporta puntos de vista personales sobre la ley. La define (D. I, c. 3. *lex*), *scriptum asciscens honestum, prohibens contrarium*, lo que no tiene nada de nuevo; pero añade una referencia en la que descubre su conocimiento del derecho romano: *Iuris autem peritus ita: lex est commune praeceptum virorum prudentium consultatio, delictorum, quae sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio, rei publicae communis sponsio* (= D. I, 3, 1, Papiniano). *Princeps* (apunta con esta indicación a Justiniano y a sus Instituciones) *autem dicit, legem esse, quod populus Romanus, senatore magistratu interrogante, velut consule, constituebat* (= II, I, 2, 4).

Por otra parte, admite, como Graciano, la *desuetudo* de las leyes mediante el uso contrario y, a diferencia de Rufino, no somete a la autoridad pontificia el control de la *desuetudo*. Esteban permanece fiel a la concepción de una *desuetudo* «popular»; cf. D. I, c. 5, *Consuetudo: ... Sed et si iuri scripto contraria sit (consuetudo), et populus*

común de los primeros decretistas ⁶⁰. Sin embargo, nos aparece como menos conformista en el comentario de la D. IV.

Comentando el c. 1, que indicaba el fin de la ley (amenazar a los malhechores y asegurar la tranquilidad de los buenos), el autor de la *Summa* se separa totalmente del texto y no ve allí sino el pretexto para recordar que “nadie debe juzgar por su propia autoridad” ⁶¹. Esta sumisión del juez a la ley la había afirmado Graciano en el c. 3, y la observación de la *Summa* la hubiéramos esperado más bien a propósito de este texto. El comentario del c. 2 relativo a las cualidades de la ley contiene dos observaciones importantes. Mostrándose liberal, la *Summa Parisiensis* recuerda que no todas las leyes responden siempre a todas estas exigencias, y que es suficiente que cada ley presente al menos algunas de estas cualidades. Afirmación sorprendente, puesto que permitiría concluir que la ley puede ser injusta si es clara, o que puede servir a un interés privado con tal de que sea conforme a los usos locales.

Más juiciosa parece la interpretación de las palabras *secundum naturam: ut non contradicat iuri naturali, nisi scienter ... ut est de servitutibus*. Entender la conformidad de la ley a la naturaleza como la obligación impuesta al legislador de respetar el Derecho natural, era una idea que iba más allá sin duda del pensamiento de Isidoro de Sevilla. Pero tal jerarquía de las fuentes resultaba plenamente conforme con la idea que se desprende de múltiples pasajes de las veinte primeras Distinciones del Decreto ⁶². Pese a una interpretación que era una trasposición, la *Summa Parisiensis* permanecía en la línea trazada por Graciano.

El pasaje más interesante de la *Summa Parisiensis* es, como en la *Summa* de Rufino, el que trata de la *desuetudo* de las leyes. El autor de la *Summa Parisiensis* se introduce por un camino de todo

qui habeat potestatem condendi leges, sciens legem contrariam esse, contra eam consuetudine utatur, consuetudo etiam praepositur legi scriptae. Nihil enim interest, an suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis. Tanto enim consensu omnium per desuetudinem leges abrogantur. Cf. D. IV, c. 3 unde illud, quia consensu utentium in contrarium leges abrogantur.

60. Cf. las numerosas menciones de la *lex scripta* en el comentario de la D. I, c. 5.

61. *Factae sunt: ne quis sua auctoritate licentiam iudicandi sumat. Vigor enim iudiciarius ideo in medio est positus.*

62. Cf. especialmente las D. VIII y IX.

punto distinto del de Rufino, si bien, como éste, trata de reducir el alcance del texto de Graciano. En efecto, se opone a Graciano al observar que el *Dictum* de la D. IV, que formula ampliamente el principio de la *desuetudo*, está contradicho por la Constitución de Constantino, que reproduce D. 11, c. 4. Este texto decidía, en efecto, que la costumbre o el uso prolongado no tenían tanta autoridad como para poder “vencer a la ley escrita”⁶³. Para conciliar estas dos afirmaciones contrarias, la *Summa Parisiensis* se esfuerza por limitar el alcance del *Dictum* de Graciano, demasiado liberal en la admisión de la *desuetudo*. Sin embargo, el autor de la *Summa* duda sobre las modalidades de esta limitación. El uso contrario que abroga la ley, declara inicialmente, debe ser una “voluntad general consciente y sabia”⁶⁴. Quien procede contra la ley sin ser consciente de ello (*nesciens*) “no deroga la ley sino que la contradice”. Explicación que no convence sin duda por completo a su autor, puesto que se empeña en añadirle algunos intentos de conciliación de las dos doctrinas. En uno de ellos no reconoce fuerza de anular la ley sino a una costumbre “razonable”. La costumbre *quae est contra rationem* no podía oponerse con éxito a la ley. Precisamente para señalar esta reserva habría precisado Constantino que la costumbre no puede vencer a la *legem scriptam... aut rationem*. En fin, con una explicación un poco in extremis, la *Summa* sugiere que “el uso contrario no deroga a la ley ni a las costumbres mientras que la ley o las costumbres subsisten, porque no hay ya ley cuando se la deroga”⁶⁵. Pero esto significa eludir el problema pasando de la hipótesis de la costumbre contra *legem* a la costumbre *praeter legem*, mucho más simple que aquélla. Suponiendo así derogada la ley, la *Summa* no nos explicaba qué había motivado su desaparición.

Si se pueden hacer muchas reservas sobre el valor de estas argumentaciones, se notará sin embargo hasta qué punto preocupaba a la Escuela el grave problema de la *desuetudo* de las leyes. Los peligros del laxismo de Graciano eran evidentes. Solamente Rufino los había conjurado con firmeza, al precio de traicionar la doctrina del

63. Acerca del alcance de este texto y su lugar en la doctrina romana, cf. nuestro estudio *La coutume au Bas-Empire*, «Labeo» II (1956) 154-159.

64. *Voluntas generalis omnium et sciens et prudens*.

65. *Usus utentium in contrariis non derogat legi vel moribus remanente lege vel moribus quia iam non est lex quando ei derogatur*.

Decreto en favor de la Santa Sede. Quienes no tuvieron su misma audacia no pudieron sobrepasar el obstáculo.

Podemos detenernos aún en el examen de los diversos comentarios aparecidos en las últimas décadas del siglo XII en torno a los textos de Graciano. Nos ocuparemos solamente de la *Summa* de Huguccio, que, hacia 1188-1190, cierra la primera época de los Decretistas y marca una etapa importante en la historia de la doctrina canónica.

Sin embargo, la *Summa* no aporta en nuestra materia ninguna novedad importante. Huguccio se detuvo particularmente en la noción de promulgación, confirmación y abrogación de la ley⁶⁶. Su comentario *leges vero promulgantur...* se apoya sobre el *Dictum* de la *Distinctio IV, post c. 3*. Huguccio se muestra allí como discípulo de Rufino, del que a veces reproduce los términos. Sigue su mismo camino para descartar el papel de los súbditos en la abrogación de la ley y dejar ésta al control de la autoridad pontificia. Pero procede de manera aún más radical, puesto que ni siquiera señala la doctrina de Graciano acerca de la abrogación por el uso contrario. Huguccio precisa inmediatamente que tal abrogación no es posible sino *interveniente consensu papae vel imperatoris*, y la función del pueblo en el establecimiento o la abrogación de la ley no es evocada sino implícitamente, cuando Huguccio hace referencia a la delegación de su poder en el príncipe: *leges sine auctoritate et consensu imperatoris non possunt constitui quia populus romanus ei et in eum omne ius et potestatem concessit... Item dicendum de canonicibus quod sic sine auctoritate pape non possunt constitui ita nec irritari sed interveniente consensu istius vel illius leges vel canones potest abrogare ecclesia consuetudine, consensu dico expreso vel tacito...*

Se encuentran en este pasaje ciertas expresiones de Rufino, el argumento que él deducía de la delegación del poder del pueblo romano en el emperador. Pero, mientras que Rufino utilizaba el ejemplo imperial para justificar su teoría del control pontificio de la legislación, Huguccio sitúa al Papa y al emperador el uno junto al otro, de modo que aquello que en Rufino era una demostración

66. B. N. lat. 3891, f. 5.

por analogía se convierte en Huguccio en una doble afirmación. Este desarrollo argumental acerca de la autoridad legislativa del Papa proporciona a Huguccio la ocasión de precisar su pensamiento. Abandonando el comentario de Graciano y pasando de las relaciones entre el Papa y los fieles a las del Papa con los Cardenales, afirma: *Item potest papa praeter vel contra voluntatem suorum cardinalium aliquid statuere, vel imperator... Sed non debet si eorum consensum potest habere.*

De este modo, la doctrina de Huguccio parece firme. El Papa, como el emperador, es señor de la ley. Pero, en las últimas frases del comentario, el canonista parece más dudoso. Después de haber ignorado la doctrina de Graciano sobre la abrogación por el uso contrario, vuelve a ella, pero alegando la autoridad de las Instituciones de Justiniano que mostraban que "*quaedam leges sunt abrogatae moribus utentium in contrarium*"⁶⁷. Sin embargo, no parece adherirse a esta doctrina, y para explicar la inobservancia de la abstinencia de carne durante las siete semanas que preceden a la Pascua, Huguccio se refiere a una explicación que ya había sido esbozada en el *Dictum* final de la D. IV: *nisi forte quis dicat hec non decernendo esse statuta, sed exhortendo conscripta. Decretum vero necessitatem facit, exhortatio autem liberam voluntatem excitat.* En una forma más breve y más jurídica sugería Huguccio que estos dos cánones sobre la abstinencia se considerasen más como consejo que como precepto. Así se evitaría el irritante problema de la *desuetudo* de las leyes.

Solución prudente, pero que reflejaba poca firmeza por parte de la doctrina canónica. Sin duda que a lo largo del siglo XII habían sido realizados grandes progresos; ello se debía a la riqueza del Decreto de Graciano, y más aún, tal vez, a la agrupación de textos que solicitaban la reflexión de los comentaristas. No se pueden desconocer los méritos de estos primeros esbozos. Pero será necesario esperar al siglo XIII para encontrar las verdaderas síntesis.

JEAN GAUDEMET

67. Referencias a IJ. I, 2, 11... *Saepe mutari solent vel tacito consensu populi.*