

NOCION DE LEY EN EL DECRETO DE GRACIANO: ¿LEGALIDAD O ABSOLUTISMO?*

SUMARIO: 1. Introducción. Planteamiento de los problemas. — 2. La ley ante las costumbres. — 3. La *potestas plena* del Pontífice. — 4. Jerarquía de fuentes y criterio de la competencia. *Potestas y voluntas*. — 5. La *lex mundana* y la ley canónica. — 6. La ley humana ante el Derecho divino. 7. La soberanía de la ley en el ámbito de las fuentes del Derecho. La ley canónica y el Pontífice. Los privilegios concedidos por él. *Auctoritas observandi*. Dialéctica entre legalidad y absolutismo. — 8. La *auctoritas* del Pontífice y la *potestas* del *princeps* en cuanto *officia*. Relaciones entre *lex* y *iustitia*. — 9. Las normas sobre la normación. El legislador como *conditor legis* y como intérprete de la auténtica ley de Cristo. — 10. La noción de ley en el pensamiento de Graciano. Forma y contenido. *Officium legis*. Función de la *causa legis*. Síntesis de las exigencias legalistas y absolutistas.

1. No cabe duda de que, además de indicar el estado de la elaboración doctrinal del conjunto de normas que regulan la vida de la Iglesia, la obra de Graciano pretendió elaborar un “sistema”.

En efecto, no hay que olvidar, como se ha dicho con frecuencia, que la obra de Graciano fue elaborada pocos años después de la victoria de la Iglesia en una de sus luchas más difíciles con el Imperio.

Durante aquel período habían abundado las afirmaciones polémicas que tendían a deformar el primitivo significado de la fórmula gelasiana, y habían ejercido su influencia no sólo en el aspecto político de las relaciones entre la Iglesia y el Imperio, sino también (y hubiera sido extraño que esto no sucediera), decisivamente, sobre la teoría de las fuentes del Derecho.

Después del concordato de Worms, en el momento en el que la Iglesia había conquistado definitivamente su posición de universalidad y de independencia del Imperio, es muy lógico que se haya visto obligada también a puntualizar su posición en el ámbito de la

* Ponencia presentada al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Uppsala, agosto de 1966. Traducción de Emilio Valiño.

teoría de las fuentes del derecho y que, en particular, se tratase de establecer la jerarquía y la esfera de competencia de tales fuentes.

Aspiraciones que, para Graciano, no podían pasar inadvertidas, precisamente cuando, con método dialéctico, trataba de ordenar la legislación vigente en la Iglesia; tanto es así que él, a diferencia de Burchardo y de Ivo, comienza su obra con los textos relativos a las fuentes del Derecho ¹.

No tendría sentido el pretender opinar acerca del significado de la ley en el pensamiento de Graciano ni sobre su postura respecto al debate entre la aspiración a la legalidad, por un lado, y al absolutismo por otro, utilizando únicamente criterios elaborados por la moderna ciencia del Derecho, puesto que esto respondería "más bien a las exigencias de una hipercrítica, conducida con criterios de técnica moderna, que a una valoración histórica de la obra de Graciano" ^{1 bis}.

El aspecto más interesante del problema me parece, en cambio, el análisis de la forma en que Graciano reaccionó frente a la realidad del mundo en que vivía, de la sociedad a la que pertenecía, de las fuerzas de la historia que sobre él —particularmente sensible a ellas— gravitaban desde varios puntos ².

Y esto no sólo en un plano prevalentemente político —que ha sido el aspecto que mayormente ha tenido en consideración la historiografía más reciente— sino también en un plano más propiamente técnico-jurídico.

En verdad eran muchos los problemas que, desde este punto de vista, exigían una toma de posición. Y, en particular:

- a) El de la posibilidad de abrogar la ley o derogarla por obra

1. Cfr. J. GAUDEMET, *La doctrine des sources du droit dans le Décret de Gratien* en *Revue de droit canonique* 1 (1951) p. 10.

1 bis. CALASSO, *Medio Evo del diritto*, I. *Le fonti*, (Milano 1954) p. 395.

2. Véanse, por ej., las exactas consideraciones de S. KUTTNER, *Problemi metodologici nella storia del diritto canonico*, traducción italiana en *Annali di Storia del diritto* 1 (1957) 147 s., acerca del «cambio del peso específico de cada categoría de fuentes» en la historia del Derecho canónico y las finas observaciones de LE BRAS (recordadas también por Kuttner), *Les problèmes du temps dans l'histoire du droit canon.*, en *Revue historique de dr. franc. et étranger*, S. IV, XXX (1952) 487 ss.

de personas distintas del legislador y, sobre todo, por efecto de la costumbre;

b) El de las relaciones entre leyes canónicas y *leges civiles*.

c) El de las relaciones entre leyes y *ius divinum* (natural y positivo).

Del análisis de la postura de Graciano, en relación con tales cuestiones fundamentales, podrá deducirse cuál haya sido la noción de ley sustentada por él y la posición que adoptó frente a las exigencias contradictorias, ambas ciertamente sentidas, de la legalidad y del absolutismo.

2. En lo que respecta a la cuestión de la situación de la *lex* frente a la *consuetudo*, Graciano no podía ignorar:

(i) De un lado, el valor enorme que la Iglesia había reconocido siempre a la tradición y a la costumbre;

(ii) Ni —como hemos tenido ocasión de examinar en otro lugar— podía olvidar que la vigencia de muchas leyes era debida, en la práctica, a la *comprobatio moribus utentium*, es decir que, en una línea de prácticas realizaciones, como constatación histórica, la vigencia práctica de las leyes coincide, para expresarnos en términos usuales actualmente, con su efectividad³;

(iii) De otra parte, Graciano no podía ignorar el planteamiento en *términos jurídicos* que la escuela de Bolonia, en sus primeros años de vida⁴, había realizado del problema político del contraste entre *populus* y *princeps* y en particular no podía ignorar que el propio Irnerio negaba a la costumbre la fuerza (*vigor*) de abrogar la ley.

El argumento aducido para superar el conocido texto de Juliano (D. I, 3, 32, 1) estaba basado, como es sabido, en la llamada *lex regia de imperio*, la cual “*loquitur... secundum sua tempora, quibus populus habebat potestatem condendi leges, ideo tacito consensu om-*

3. L. DE LUCA, *L'accettazione popolare della legge canonica nel pensiero di Graziano e dei suoi interpreti* en *Studia Gratiana*, 3 (1955) págs. 193-276.

4. Efectivamente, muy pronto cambiaría la postura de la escuela de manera sustancial. Cfr. F. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità*, 3.ª ed., (Milano 1957), pp. 90 s.

nium per consuetudinem abrogabantur. Sed quia hodie potestas translata est in imperatorem, nihil faceret desuetudo populi"⁵; y, en el fundamento de tal argumentación, había indudablemente un sentimiento de desprecio por las innumerables y diferentes costumbres locales, que otra glosa irneriana tendía precisamente a eliminar del ámbito del *ius* ⁶.

No puede sorprender por ello que Graciano haya negado a la costumbre el valor de abrogar la ley.

A los fines de individualizar la noción graciana de la ley interesa sin embargo subrayar que él no parece desconocer la *consuetudo contra legem* por respeto al absolutismo del legislador.

Efectivamente Graciano no ha incluido en su obra el texto de Ulpiano que dice *quod principi placuit legis habet vigorem*.

En el fondo de su planteamiento de la teoría de las fuentes queda siempre el argumento de que *nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est* (D. 50, 17, 35).

La ley y la costumbre en cambio no pertenecen al mismo *genus*, es decir son dos fuentes distintas del Derecho.

Esto no quiere decir que la costumbre no tenga valor para Graciano; él no rechaza nunca la relación, contemplada generalmente por la doctrina medieval, entre ley y *mores*, que siempre consideró como el sustrato tanto de la ley como de la costumbre.

La enseñanza de Isidoro de Sevilla —sobre quien se basa Gra-

5. Tal glosa parece atribuible a Irnerio, no sólo por las siglas del manuscrito, publicado por SAVIGNY (*Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 2.^a ed., Berlin 1834-1851, vol. IV, p. 459) y especialmente por las de los códices (VATICANO, Vat. lat. 2512 fo. 7 r.; París, lat. 4461, fo. 5 v.) recordadas por E. CORTESE (*La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, vol. II, Milano 1964, p. 127, nota 56) sino también porque suelen atribuírsela los mismos glosadores (cfr. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità*: cit. p. 90, nota 26, que recuerda las referencias hechas por Besta y por Savigny).

El componente irracional aludido en el texto, que debe haber influido en el pensamiento de Irnerio, se refuta por el error de su remisión a la *lex regia*, en todo caso anterior, y no posterior, al texto de Juliano.

CORTESE ha recordado que ya los glosadores advirtieron tal inexactitud histórica y cita una observación significativa de UGOLINO (loc. cit., II, p. 127, nota 56).

6. *Ius enim non scriptum singule civitatis proprie non est* (gl. *consuetudine* en D. 1, 3, 32 ed. por BESTA, *L'opera di Irnerio*, I, Torino 1896, p. 7 y recientemente recordada por CORTESE, op. cit., II, p. 127, nota 57).

ciano predominantemente al formular su teoría de las fuentes del Derecho— y las decisiones de algunas fuentes romanas⁷ no podían dejar de encamilarle en esta dirección.

Por su parte, en todo caso, el concepto de *mores* estaba demasiado ligado al de la “tradicición” como para que Graciano hubiera podido dejarlo a un lado.

Por el contrario, esta vinculación a las *traditiones, quas antiquitus a patribus suscepimus* (c. 5, D. XII) es la que, a mi modo de ver, debe tenerse presente para entender la teoría graciana de las fuentes del Derecho, en particular bajo el prisma de las relaciones entre ley y costumbre.

Graciano trata de aclarar la tradición isidoriana, que será, sin embargo, tarea de la decretística el profundizar ulteriormente.

Graciano repite que también las leyes humanas *moribus constant* (c. 1, D. I).

Frente al texto isidoriano, que fue durante siglos fuente de trabajo de la doctrina, no sólo canonística, según el cual *mos autem longa consuetudo est, de moribus tracta tantummodo. Consuetudo autem est ius quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur cum deficit lex*, y frente a la precisión isidoriana de que a la *consuetudo* se le llama así... *quia in communi est usu*, Graciano explica que cuando la *consuetudo in scriptis redacta est, constitutio sive ius*⁸ *vocatur* (*Dictum*, post c. 5, D. I).

Si se advierte que, poco antes, Graciano había admitido la otra definición isidoriana, es decir que *lex est constitutio scripta*, no puede mantenerse ninguna duda acerca de la equiparación graciana entre *consuetudo scripta* y *lex*, y menos acerca de la reducción de la *lex*

7. Para el análisis del material utilizado por Graciano en las primeras *distinctiones* de su obra, dedicada a las fuentes del derecho, cfr. J. GAUDEMET, *La doctrine des sources du droit*, cit., loc., cit., pp. 5-31; cfr. también S. KUTTNER, *New Studies on the Roman Law in Gratian's Decretum* en *Seminar XI* (1953) p. 20.

En esta monografía y en la del año siguiente: *Additional notes on the Roman Law in Gratian*, en *Seminar XII* (1954) pp. 68 ss., Kuttner completa y precisa las precedentes investigaciones de A. VETULANI, *Gratien et le droit romain* en *Revue historique droit français et étranger*, S. IV, XXIV-XXV (1946-47) 11 ss.; Idem, *Encore un mot sur le droit romain dans le Décret de Gratien* en *Apollinaris* 21 (1948) pp. 129 ss.

8. Parece sentirse aquí el eco del pensamiento de Irnerio que tendía a reservar sólo a la *lex* el derecho de asilo en la categoría del *ius* (cfr. *supra* nota 5).

humana a una consuetudo scripta: nomine vero legis humanae mores iure conscripti et traditi intelligantur.

En el *ius humanum* no existe, para Graciano —si bien él recuerda inmediatamente después la otra afirmación isidoriana según la cual *omne autem ius legibus et moribus constat* (c. 2, D. I)—, una contraposición entre *lex* y *mores*: éstas no constituyen una fuente autónoma y formal de Derecho, sino que son el fundamento, el substracto, de todo el *ius humanum*, sea escrito o no lo sea.

Todos sabemos el esfuerzo que ha supuesto, para la doctrina del siglo XII y de los sucesivos, la comprensión del texto isidoriano antes citado —“*mos est longa consuetudo, de moribus tracta tantundem* (o *tantummodo*)”— y que parecerá “reprehensibilis” al autor de la *Summa Parisiensis* y se verá definido como “*dupliciter inconveniens*” en la *Glossa ordinaria* al Decreto “*et quia idem ponitur in descriptione quod in descripto, et quia idem ponitur pro specie et genere*”⁹; nos parece, sin embargo, que la doctrina no ha comprendido exactamente hasta qué punto se ha esforzado Graciano para aclarar las relaciones entre *lex*, *mores*, *consuetudo* y *mos*.

Y, en efecto, habiendo reducido Graciano tanto la ley como la costumbre a los *mores*, es evidente que no identifica el término *mores* con el término *consuetudo*.

Parece cierto que Graciano tenía la idea clara de que las *mores*, aunque constituyan la base del derecho, no son todavía derecho, salvo que hubieran sido —*iure*— introducidas en el texto de una *lex* y hubieran sido “*traditi*”.

Nomine vero legis humanae mores iure conscripti et traditi intelligantur.

También la *consuetudo* es *tracta de moribus*; en efecto, se llama *consuetudo* —“*generali nomine*” (*Dictum* post c. 5, D. I)— aquélla que *moribus tantum utentium est reservata* y que *in scriptis redacta non est*.

Sin embargo, no puede derivarse de esto que la diferencia entre

9. Vid. L. PROSDOCIMI, *Esquisse historique sur l'origine d'une doctrine de l'usage en droit canonique en Ephemerides iuris canonici* XV (1959) 32 s.

lex y *consuetudo* consista, para Graciano, sólo en el elemento exterior y material de la escritura separado de la “promulgación” de la ley.

No debe infravalorarse la circunstancia de que él no haya insertado en su obra las palabras isidorianas que habrían avalado tal tesis, es decir, aquéllas que explican la etimología de la *lex* vinculándola al verbo *legere* (“*Nam lex a legendo vocata est, quia scripta est*”).

Lo cual puede considerarse como un síntoma ulterior de la tendencia de Graciano a disminuir la equiparación entre *lex* y *consuetudo*, que Isidoro había definido como *lex non scripta*.

Graciano, de otra parte, refuerza el valor puramente supletorio de la costumbre, que *pro lege suscipitur, cum deficit lex* (c. 5, D. I).

Precisamente porque la ley y la costumbre no son del mismo *genus*, como ya se ha puesto de relieve, la ley no puede ser abrogada por la costumbre.

En cambio, cuando la ley calla, la *consuetudine* o el *mos* (es decir, la *longa consuetudo*) tiene el mismo valor de la *lex* o *constitutio*¹⁰.

Efectivamente, también la primera —a pesar de la letra de la última parte del *Dictum* post c. 5, D. I, donde, como se ha visto, Graciano parece querer reservar el valor de *ius* sólo a la ley— es fuente de derecho, tanto que el propio Graciano habla explícitamente de un *ius consuetudinis*¹¹:

Differt etiam ius naturae a consuetudine et constitutione. Nam iure naturae sunt omnia communia omnibus... Iure vero consuetudinis vel constitutionis hoc meum est, illud vero alterius (Dictum, ad c. 1, D. VIII).

Graciano, en otros términos, no ha negado que la costumbre sea una fuente autónoma del derecho, aunque solamente supletoria y subordinada, reconociendo su fundamento en los *diuturni mores* y

10. Graciano, sin embargo, limita tal valor a la costumbre que *vel universalis ecclesiae usu, vel temporis prolixitate roboratur (Dictum ad c. 12, D. XII).*

11. No parece entonces que el pensamiento de UGUCCIO denote sobre este punto una particular originalidad, como, en cambio, subraya PROSDOCIMI (*op. cit. loc. cit.*, p. 32 s.).

en el *consensus utentium*; el legislador es libre de prohibirla o de privarla de eficacia; pero el "populus" es libre, sin embargo, de crear el derecho "*cum deficit auctoritas*".

Únicamente la doctrina sucesiva, movida por la consideración de que la costumbre puede operar sólo en cuanto el legislador no se oponga a ella —es decir desarrollando las implicaciones ya contenidas *in nuce* en el sistema de Graciano— será la que llegará a reconocer el fundamento de la obligatoriedad de la costumbre en el consentimiento del legislador, y, salvado así, desde un punto de vista formal, el principio de autoridad, podrá llegar —justificándola con el recurso al consentimiento del legislador— a admitir, contrariamente a cuanto había estimado Graciano¹², la *consuetudo contra legem*¹³.

Non est resistendum consuetudini, cui canonica non obsistit auctoritas (c. 3, D. XII).

Ubi auctoritas deficit, mos populi et maiorum instituta pro lege servantur (c. 7, D. XI).

También Graciano había reconocido —y no podía ser de otra

12. Esto es particularmente evidente en la D. XI —en la que Graciano, además de reforzar la enseñanza de S. Isidoro de Sevilla, traslaticamente conservada en casi todas las colecciones precedentes, recuerda el conocido texto de Constantino (c. 4, D. XI)— y en la D. XII, cuyo c. 6 refiere el conocido texto de las Instituciones de Justiniano (lib. I, tit. II, § 9): *Diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur* interpolado en la fórmula: *Diuturni mores nisi legi sunt adversi consensu utentium approbati legem imitantur*.

Se debe tener en cuenta, sin embargo, que el fragmento de las Instituciones provenía o bien del *Decretum* de Ivo de Chartres o bien de la *Panormia* (cfr. RAMBAUD-BUHOT, *Les legs de l'ancien droit: Gratien*, en LE BRAS-LEFEBVRE-RAMBAUD, *L'âge classique* (1140-1378). *Sources et théorie du droit*, tomo VII de la *Histoire du Droit et des Institutions de l'Église en Occident*, publicada bajo la dirección de G. LE BRAS (París 1965), p. 119).

KUTTNER, *New Studies on the Roman Law*, cit., loc. cit., p. 43, a propósito del Dict. post. c. 3, D. VI, parágrafo 1, había ya considerado: «Gratian's definition (del Derecho natural) may of course be based on an intermediary source, especially since no direct use by him of the Institutes is otherwise known».

13. Para una exposición rápida del procedimiento por medio del cual la doctrina civilística y canónica llegó siempre a recurrir progresivamente a la *voluntas legislatoris* para explicar el fenómeno de las derogaciones al derecho anterior o al *ius commune*, cfr. recientemente CORTESE, *La norma giuridica*, cit., vol. II, especialmente p. 39 ss. (a propósito de lo que Cortese escribe sobre el valor de la *confirmatio apostolica*, pp. 92 ss., reenvió sin embargo a las conclusiones que alcanzaba en mi monografía: *Confirmatio apostolica accidentalis*, separata de *Studi economico-giuridici pubblicati per cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari*, Roma 1948).

manera— el valor de las fuerzas vivas de la historia, contra las que el legislador no intervenía abiertamente (o no tenía la fuerza de intervenir).

Por lo tanto, se puede concluir que, para Graciano, el *consensus populi* —del que, aún citando de segunda mano el texto justiniano de las Instituciones (lib. I, tit. 2, par. 9), percibe quizás la función creadora o por lo menos conformadora de las *mores*, que las transforma en *costumbre* (c. 6, D. XII)— sólo podrá alcanzar la categoría de fuente del derecho, cuando *auctoritas deficit*. De otro modo, *usus auctoritati cedit* (c. 1, D. XI).

Auctoritas legis y *auctoritas politica* son, por lo tanto, para Graciano conceptos convergentes.

Se trata de una interpretación que corresponde plenamente a la conciencia política y religiosa de su época.

Y, efectivamente, sólo a partir de Ugolino comenzó la doctrina a configurar limitaciones al traslado de los poderes del *populus* al *imperator*, operado en virtud de la llamada *lex regia de imperio*¹⁴.

Graciano, en cambio, encontraba, en las conclusiones de los le-
gistas contemporáneos, un aval a la afirmación de la postura, jerár-
quicamente superior, que corresponde a la ley respecto a las demás
fuentes del derecho y, correlativamente —dada la convergencia entre
el concepto de *auctoritas legis* y de *auctoritas politica*— respecto a
la *auctoritas* del Pontífice; posición que las sucesivas interpretacio-
nes dadas por los glosadores a la *lex regia de imperio* no llegaron a
modificar, puesto que el pontífice —ni siquiera por vía inmediata—
deriva su *auctoritas* del *populus*¹⁵.

14. CALASSO, *I glossatori*, cit., p. 91; CORTESE, *op. cit.*, II, pp. 176 ss. No puede inducir a engaño la afirmación contenida en c. 1, D. II (*Lex est constitutio populi, qua maiores natu simul cum plebibus aliquid sanxerunt*), puesto que, inmediatamente después, el mismo Graciano —que en c. 3, D. I había declarado: *lex est constitutio scripta*— insiste: *Constitutio vel edictum est, quod rex vel imperator constituit vel edidit* (c. 4, D. II).

Sobre la orientación de la doctrina canónica posterior a Graciano sobre la revocabilidad de la *translatio imperii* del pueblo al Emperador, cfr. W. ULLMANN, *Medieval Papalism. The political Theories of the Medieval Canonist*, London 1949, pp. 165 ss.

15. Cfr. sin embargo la glosa de HUGUCCIO a c. 3, D. IV (cit. por B. TIERNEY, *Foundations of the Conciliar Theory*, Cambridge 1955, p. 55 y recordada también por L. BUISSON, *Potestas und Caritas. Die päpstliche Gewalt im Spätmittelalter*, Köln Graz

3. De la individualización de la ley como fuente preeminente respecto a las otras fuentes de derecho se deriva, lógicamente, en el sistema armónico que se desprende del *Decretum*, que ningún otro acto de una *auctoritas* diversa puede abrogar la ley establecida por la *auctoritas* superior, ni derogarla.

“*Legis auctoritate dissolvitur quod contra eam fit*” (c. 10, D. X). Y la *auctoritas* es la de la *Ecclesia catholica* (c. 9, D. XI), de los *instituta apostolica* (c. 10, D. XI), puesto que *ab omnibus servari debet quod Romana servat Ecclesia* (c. 11, D. XI), o lo que *auctoritate apostolica recipitur* (c. 14, D. XVI).

Deriva de este principio que los *concilia episcoporum* “*sunt invalida ad diffiniendum et constituendum, non autem ad corrigendum. Sunt enim necessaria episcoporum concilia ad exortationem et correctionem, que etsi non habent vim constituendi, habent tamen auctoritatem imponendi et indicendi quod alias statutum est et generaliter seu specialiter observari preceptum*” (D. XVIII, I Pars).

En efecto, el principio general afirmado por Graciano es que *oboedientiam autem inferiores ex ordine superioribus debent* (D. XCIII, I Pars; cfr. también c. 5, D. XCIII).

Por lo tanto, puesto que *ministri...sacrorum canonum et decretorum Pontificum sunt summi Pontifices*, y ya que Jesucristo dio a Pedro y a sus sucesores *pre omnibus et pro omnibus claves regni celorum* (D. XXI, I Pars), y puesto que incluso *quanto celsior gradus, tanto maior auctoritas invenitur* (*Dictum* ante, c. 4, D. XXI), deriva como lógico corolario, por una parte, que los *canones* (comprendidas las *decretales* pontificias, *etiamsi non sint codici canonum compaginatae*: c. 1, D. XIX) no pueden ser abrogados por quien está investido por una *minor auctoritas* y, por otra parte —si bien en el plano de la *honestas* “*decreta vero sanctorum canonum neminem magis quam apostolicum servare oportet*” (*Dictum* al c. 1, C. XXV, q. 1)— que pueden, excepcionalmente, ser modificados o ser objeto de dispensa por el Pontífice en cuanto que éste goza no sólo

1958, p. 58, nota 147): *Omne enim ius condendi leges vel canones populus contulit in imperatorem et ecclesia in apostolum.*

de la *potestas ordinaria* u *ordinata* sino también de la *potestas plena* poseyendo las *claves coelorum*¹⁶.

4. La jerarquía de las fuentes del derecho es configurada por Graciano sobre la base del criterio que hoy llamaríamos “de la competencia”, puesto que *negotiis deffiniendis* —escribe Graciano— *non solum est necessaria scientia, sed etiam potestas* (D. XX, II Pars).

La Decretística y la Decretalística aclararán cómo la *potestas* constituye el elemento formal del acto normativo en tanto que la *scientia* y la *voluntas* constituyen sus elementos sustanciales, acentuando el relieve del elemento subjetivo, hasta llegar a decir enfáticamente que *in his quae vult ei est pro ratione voluntas*¹⁷, o que el Pontífice *potest mutare quadrata rotundis excepta violatione fidei*¹⁸: pero indudablemente Graciano había ya vinculado con claridad el valor formal del acto a la *potestas* de su autor.

De modo que, bajo este punto de vista, la afirmación de la *Summa Trecensis* por la cual *is quidem auctoritatem legis condende habet qui potestatem precipiendi habet*¹⁹ constituye sólo un ulterior desarrollo de la misma línea de pensamiento del propio Graciano y una acentuación, por un lado, del aspecto político del problema y del elemento subjetivo propio del acto normativo.

5. Habiendo Graciano advertido indudablemente la relación mutua entre *auctoritas legis* y *auctoritas politica*, es claro que el problema de la ley no podía limitarse a la consideración de la ley canónica

16. Véanse algunas inteligentes observaciones sobre la *plenitudo potestatis* y acerca de las relaciones entre *potestas plena* y *potestas ordinaria* en NICOLINI, *La proprietà, il Principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, Milano 1952, pp. 135 s. y, por último, CORTESE, *La norma giuridica*, cit. vol. II, pp. 89 ss., 203 ss., 210 ss., 228 ss. y la bibliografía allí citada. Véase la explicación de la *plenitudo potestatis* del Pontífice sobre la base de la derivación divina de su autoridad en cuanto que sucesor de Pedro en MACCARRONE, *Chiesa e Stato nella dottrina di Papa Innocenzo III*, Roma 1940, pp. 5 s.; W. ULLMANN, *Law and the Medieval Historian* en *Rapports XIe Congrès international des sciences historiques* (Stockholm 1960), III, *Moyen Age*, Göteborg-Stockholm-Uppsala, 1960, pp. 37 ss.; Id., *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, Londres 1961, p. 39. Cfr. además B. LADNER, *The concepts of Ecclesia and Christianitas and their relation to the Idea of Papal plenitudo potestatis from Gregory VII to Boniface VIII*, en *Sacerdozio e Regno da Gregorio VII a Bonifacio VIII*, Roma 1954, pp. 49 ss.

17. GLOSSA, *Veri Dei vicem*, ad c. 3, X, I, 7.

18. ANTONIUS A BUTRIO, Comm. in c. 12, X, II, *de iudiciis*, 1 (*Cum venissent*).

19. *Summa Trecensis*, 1, 14 *de legibus et const.*, paráf. 3, ed. FITTING, *Summa Codicis des Irnerius*, Berlin 1894, p. 16 (cit. por CORTESE, ob. citada, II, p. 173).

exclusivamente en el ámbito del ordenamiento canónico propiamente dicho, sino que debía extenderse fatalmente a la consideración de sus relaciones con la ley civil.

En efecto, en el mundo en que vivía, Graciano no podía dejar de advertir que el problema de las relaciones entre la ley canónica y civil no era más que la traducción en términos jurídicos del problema político de las relaciones entre Iglesia y poder civil, problema que el propio Irnerio tenía presente cuando reconocía la esencia de la ley en el *aliquantum auctoritate subiecti* ²⁰.

A tal respecto, la más moderna historiografía ha llegado a estimar que no sólo Graciano, sino también la Decretística permaneció adherida sustancialmente a la concepción dualística de Gelasio ²¹.

Una confirmación de tal conclusión parecería suministrada por la configuración de las relaciones entre ley canónica y *lex mundana* que se desprende del *Decretum*.

En verdad, del examen de los pasajes del *Decretum* dedicados al problema del valor de la *lex mundana* en sus relaciones con la *lex canonica* se deriva claramente que Graciano no es contrario a la primera, de la que, por el contrario, reconoce la plena validez como fuente de normas que, junto al *ius canonicum* (ambos sometidos, como veremos, al *ius divinum*), regula la vida de la *societas christiana* ²².

Antes bien, Graciano utiliza incluso expresiones que afirman la obligación de obediencia que se debe a la ley civil por la propia autoridad eclesiástica *quia ipsa iura humana per imperatores et reges seculi Deus distribuit generi humano* ²³.

20. Cfr. CORTESE, ob. cit., II, p. 174, nota 6.

21. Véase especialmente TIERNEY, *Foundations of the Conciliar Theory*, cit., pp. 143 ss., pero ya anteriormente LECLER, *L'argument des deux glaives dans les controverses politiques du Moyen-âge* en *Recherches de Science Religieuse*, 1931, especialmente p. 131; STICKLER, (especialmente) *Magistri Gratiani sententia de potestate Ecclesiae in Statum* en *Apollinaris XXI* (1948) 36 ss.

22. Véanse, al respecto, especialmente: LADNER, *The concepts of Ecclesia and Christianitas and their relation to the Idea of Papal Plenitudo Potestatis from Gregory VII to Boniface VIII*, cit.; WILLKS, *The idea of the Church as «Unus homo perfectus» and its Rearing on the Medieval Theory of Sovereignty*, Louvain 1961.

23. c. 1, D. VIII.

Un sólo límite se pone a la utilización de la *lex imperatorum*, cuando éstas *inveniantur evangelicae ac canonicae sanctioni aliquotiens obviare*.

Esto, sin embargo, entiéndase bien, constituye un límite sólo *in ecclesiasticis controversiis* ²⁴.

Y todavía recordaba Graciano: *Non quod imperatorum leges (quibus sepe ecclesia utitur contra hereticos, sepe contra tyrannos atque contra pravos quosque defenditur) dicamus penitus rennuendas, sed quod ex evangelicis, apostolicis atque canonicis decretis (quibus postponendae sunt) non posse inferre preiudicium asseramus* ²⁵.

Donde, sin embargo, las leyes civiles *evangelicis atque canonicis decretis non obviaverint, omni reverentia dignae habeantur* ²⁶.

Para Graciano —sin que vayamos a repetir aquí lo que ha sido ya objeto de anteriores investigaciones doctrinales o a repetir textos ya recordados por otros— no existe duda de que la ley canónica y la civil tienen la misma naturaleza formal.

Sin embargo, cada una tiene un propio ámbito de competencia *ratione materiae*.

La ineficacia eventual de la ley civil depende de haber pretendido trascender el ámbito que le correspondía ²⁷.

24. C. I, D. X: *Lege imperatorum non in omnibus ecclesiasticis controversiis utendum est, praesertim cum inveniantur evangelicae ac canonicae sanctioni aliquotiens obviare*.

25. C. I, paraf. 2, D. X.

26. *Dict. post c. 6, D. X.* Sobre el respeto del Medioevo por la obra de Justiniano, cfr. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, 2.^a ed., Torino 1961, pp. 125 s.

Graciano acentúa el concepto de que la *reverentia* en relación con las *leges Romanorum* está también vinculada al hecho de que la Iglesia de Roma ha sancionado su observancia recordando la carta de Gelasio al rey Teodorico: *Certum est magnificentiam vestram leges Romanorum principum, quas in negotiis hominum custodiendas esse precepit, multo magis circa reverentiam beati Petri apostoli pro suae felicitatis argumento velle servari* (c. 12, D. X).

Se trata, una vez más, como es sabido, de principios ya sostenidos en las colecciones anteriores al Decreto de Graciano. Para una visión rápida, cfr. CALASSO, *Medio Evo del diritto*, cit., pp. 225 ss., 318 ss., 355, 363 s.

27. A pesar de la enfática afirmación que se lee al comienzo de la D. X (*Constitutiones vero principum ecclesiasticis constitutionibus non preminent, sed obsecuntur*) —incluso dejando a un lado la cuestión de la efectiva paternidad graciana (véase, recientemente, para una exposición del problema, J. RAMBAUD, en LE BRAS-LEFEBVRE¹ RAMBAUD, op. cit., pp. 9 ss.)— es claro que Graciano limita la ineficacia de la ley

Incluso la propia *lex saecularis* es expresión de una *potestas* que tiene su origen, por lo menos mediato, en Dios ²⁸.

6. La *lex saecularis*, por ello, lo mismo que la *lex canonica* y la *consuetudo*, encuentra límites lógicos, en el Derecho divino, natural y positivo:

Dignitate vero ius naturale simpliciter praevallet consuetudini et constitutioni. Quaecumque enim vel moribus recepta sunt, vel scriptis comprehensa si naturali iuri fuerint adversa, vana et irrita sunt habenda (Dict. ad c. 2, D. VIII).

No interesa volver a examinar aquí la polémica sobre el significado y el valor del *ius naturale* en el pensamiento de Graciano ²⁹. No puede tenerse en efecto ninguna duda de que Graciano utilice tal expresión como equivalente de *ius divinum*, del mismo modo que se refería al Derecho divino cuando había afirmado que *ius naturae est, quod in lege et evangelio continetur* (Dict. ad c. 1, D. I) ³⁰.

Y no puede existir duda acerca del valor que Graciano reconoce al Derecho divino sobre el plano propiamente jurídico y no sólo sobre un plano ético ³¹.

civil a los casos en los que ésta haya traspasado los límites de su competencia (como, p. ej., en materia de división de las sedes metropolitanas o del matrimonio: cfr. c. 1, D. X), siempre que se trate de *ecclesiasticae controversiae* (c. 1, D. X) o de *causa Dei* (c. 3, D. X) o de *usurpatio* de materias *quae sacerdotum sunt* (c. 5, D. X), etc. Sólo dentro de estos límites es cierta la afirmación de que *decretis Romanorum Pontificum constitutiones contraire non possunt* (Rubr. ad c. 4, D. X).

Es decir que Graciano tiende, ante todo, a defender la potestad legislativa de la Iglesia de las eventuales invasiones del legislador civil en su ámbito reservado (cfr. STICKLER, *Magistri Gratiani sententia de potestate Ecclesiae in Statum*, cit., loc. cit., pp. 84 s.).

28. Graciano sostiene, por el contrario, en el terreno jurídico el principio de la coordinación gelasiana insertando por dos veces, entre las *auctoritates* recordadas por él, otro párrafo de la carta de Nicolás I al emperador Miguel: *Reges pontificibus pro eterna vita, et pontifices regibus pro temporalibus indigent* (c. 8, D. X); *Nec Imperator iura Pontificis, nec Pontifex iura regia usurpet* (c. 6, D. XCVI).

29. Cfr. en especial W. ULLMANN, *Medieval Papalism. The political Theories of the Medieval Canonists*, cit., pp. 40 s.; GAUDEMET, *La doctrine et les sources du droit dans le décret de Gratien en Revue de droit canonique* 1 (1951) 5 ss.; S. KUTTNER, *New Studies on the Roman Law in Gratian's Decretum* en *Seminar* XI (1953), pp. 12 ss.; D. COMPOSTA, *Il diritto naturale in Graziano* en *Studia Gratiana* II (1954) 151 ss.; M. VILLEY, *Le droit naturel chez Gratien* en *Studia Gratiana* II (1955) 88 ss.; G. FASSÒ, *Cristianesimo e Società* en *Studi parmensi* VI (1956) 109 ss.

30. Vid., por ej., KUTTNER, *New Studies*, cit., loc. cit., p. 43.

31. En contra: VILLEY, *Le droit naturel chez Gratien*, cit., loc. cit., especialmente pp. 96 ss.

Es cierto que refiere algunos textos que parecen tener un valor puramente preceptivo y ético, como cuando recuerda que el *rex* "*aliter... (Domino) servit, quia homo est, aliter etiam quia rex est. Quia homo est, servit vivendo fideliter; quia rex est, servat leges iusta precipientes et contraria prohibentes convenienti vigore sanctiando* (c. 42, C. XXIII, q. 4); no debe olvidarse, sin embargo, el enorme peso que tenía en la conciencia medieval el precepto moral y los reflejos que su violación podía suponer incluso en el ámbito del Derecho.

De todas formas, no hay duda de que la nulidad de la norma *contra ius divinum* deriva para Graciano de la exigencia de armonía de la concepción del Derecho que profesa, pues para él el *ius*, en tanto es tal, en cuanto es *iustum*, es decir, conforme a la *divina iustitia*:

Ius autem est dictum quia iustum est, repite Graciano una vez más, sobre las huellas de Isidoro (c. 2, D. I = ISIDOR., *Ety-mol.* V, 3).

Así que no hay que maravillarse de las afirmaciones que la doctrina sucesiva —tanto civilística como canonística— llegó a hacer en un cierto momento considerando tanto el *ius civile* como el *ius canonicum*, como si fuesen realmente subespecies del Derecho divino.

La impresión, justamente subrayada por la moderna historiografía³², es, sin embargo, particularmente significativa en cuanto que sirve para indicar lo profundo que ha penetrado en la conciencia de los juristas —incluso de los más dotados— el sentido de la armonía del sistema, la *reductio ad unum* del fenómeno del derecho, la dependencia jerárquica de las diversas normas con respecto al *ius divinum*.

En verdad, es significativo que, mientras por un lado GUIDO DE BAYSIO —repetiendo en realidad un concepto expresado ya por otros— afirmaba que *hoc nomine (sc. iure naturali) etiam comprehenditur*

32. Cfr. especialmente: KUTTNER, *Problemi metodologici nella storia del Diritto canonico*, cit., loc. cit., p. 150 s.

*ius canonicum sive ecclesiasticum*³³, de otra parte, BALDO dirá que *lex civilis est pars legis divinae*³⁴.

7. Dejando a un lado el valor enfático y polémico de tales afirmaciones, es, sin embargo, desde este punto de vista desde donde debe considerarse la teoría graciana de las fuentes del Derecho y en particular su noción de la ley.

Hemos visto anteriormente cómo Graciano parte de una concepción nomocrática, en el sentido de que la ley es la fuente del Derecho por excelencia, de tal forma que —como también Irnerio— reserva únicamente a la ley la calificación de *ius*.

La consideración de la ley que deriva del *Decretum* es tal, que el propio Graciano llega a afirmar que nadie más que el Pontífice "*decreta ... sanctorum canonum ... servare oportet*"³⁵ y puede igualmente desprenderse (tratándose de *palea* perfectamente correspondiente a otros textos gracianos) del pasaje del lib. III *Sententiarum* de Isidoro (*de summo bono*, c. 53) inserto en el c. 2, D. IX, por el cual: *Iustum est principem legibus obtemperare suis. Tunc enim iura sua ab omnibus custodienda existimet, quando et ipse illis reverentiam prebet...Iusta est enim vocis eorum auctoritas, si quod populis prohibent, sibi licere non patiantur.*

El pensamiento de Graciano sobre el valor de la ley aparece, de manera particularmente eficaz, en su *Dictum* post c. 16, C. XXV, q. 1, parágrafo 2, donde, a propósito de los *privilegia* concedidos *ab Apostolico...etsi contra generalem legem aliquid sonare videantur*, precisa cómo esto no lleva consigo una violación de la ley.

En efecto, constituyen el ejercicio legítimo de un poder que la *propia ley reserva* a la *mater omnium ecclesiarum*.

"...non tamen contra ipsam (legem) aliquid concedere intelliguntur, cum ipsius legis auctoritate privilegia singulorum penes matrem omnium ecclesiarum reserventur".

33 Cfr. ULLMANN, *Medieval Papalism*, cit., pp. 42 s.

34. Cit. por CORTESE, *La norma giuridica*, cit. I, p. 93.

35. Dict. ad c. 1, C. XXV, q. 1.

Y, de este modo, Graciano atempera el principio de legalidad con el de la *maxima auctoritas* que corresponde a la Sede Apostólica.

Graciano, aun sosteniendo que *oportet* que el Pontífice observe los *decreta sanctorum canonum*, sin embargo, afirma: *Sacrosancta Romana ecclesia ius et auctoritatem sacris canonibus impertit, sed non eis alligatur. Habet enim ius condendi canones, utpote que caput et cardo est omnium ecclesiarum, a cuius regula dissentire nemini licet* (loc. ult. cit., parágrafo 1). Y continúa: *Ita ergo canonibus auctoritatem prestat, ut se ipsam non subiciat eis* (loc. ult. cit.).

¿De dónde deriva este *ius* de la Iglesia y de la propia sede apostólica si no es de un sistema superior de normas constituido por el *ius divinum*?

Solamente en virtud de los principios superiores del *ius divinum*, de la *aequitatis ratio*, de la *iustitia* —a fin de que la Iglesia, que es *mater iusticiae*, *in nullo ab ea dissentire inveniatur*— el que tiene la facultad *condendi canones* puede *quoslibet suis privilegii munire, et extra generalia decreta quedam speciali beneficio indulgere... ob religionis, vel necessitate, vel exhibiti obsequii gratiam* (loc. ult. cit., parágrafo 4).

El absolutismo viene a quedar de esta forma ulteriormente delimitado y circunscrito: por un lado, en efecto, la derogación de la ley está ligada a la existencia de una norma jurídicamente superior y el ejercicio de tal facultad, por otra parte, se permite siempre y cuando subsista una *iusta causa* —Graciano, a modo de ejemplo, señala la *religio*, la *necessitas*³⁶, el *obsequium*— que pueda sustancialmente incluirse en el concepto de *iustitia*, es decir en la exigencia de que la *lex ecclesiae in nullo ab ea dissentire inveniatur*.

La *causa legis*³⁷, objetivada de esta forma, no podía dejar de

36. Graciano —por lo demás de acuerdo con una tradicional concepción medieval— había insistido ya sobre el elemento de la *necessitas* insertando en su obra otro texto isidoriano bien conocido: *Erit autem lex honesta iusta, possibilis, secundum naturam, secundum consuetudinem patriae, loco temporisque conveniens, necessaria, utilis, manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem inconveniens contineat, nullo privato commodo, sed pro communi utilitate civium conscripta* (c. 2, D. IV).

37. La literatura sobre la *causa legis* en relación con el *ius civile* es particularmente amplia. Además de CALASSO, *Causa legis. Motivi logici e storici del diritto*

constituir para Graciano ³⁸ —como para la conciencia religiosa de sus contemporáneos— un límite sólido y cierto a cualquier abuso de poder.

Incluso no pudiendo dejar de reconocer que la *auctoritas legis* deriva de la *auctoritas* de su autor y no viceversa:

“*Sacrosancta Romana ecclesia ius et auctoritatem sacris canonibus impertit*”;... “*ita ergo canonibus auctoritatem prestat*”.

Graciano se sirve todavía de un argumento de carácter religioso para insistir nuevamente en que también la Sede Apostólica debe observar la ley canónica:

Sicut Christus, qui legem dedit, ipsam legem carnalem implevit... ut in se ipso eam sanctificaret, postea vero, ut se dominum legis ostenderet, contra litteram legis leprosum tangendo mundavit... id est tamquam dominus legis, addens moralibus ea, que deerant ad perfectionem, umbram figuralium in lucem spiritualis intelligentiae commutans... Sic et summae sedis Pontifices canonibus a se sive ab aliis sua auctoritate conditis reverentiam exhibent, et eis se humiliando ipsos custodiunt, ut aliis observandos exhibeant (Dictum post, c. 16, C. XXV, q. 1, parágrafo 1).

Solamente por vía excepcional los Pontífices *se decretorum dominos et conditores esse ostendunt*; y ello, sin embargo, conformándose a lo que hizo Cristo, que modificó la ley *addens... que deerant ad perfectionem*, es decir no comportándose igual que los *scribae... qui littera legis astricti non audebant aliquid addere vel commutare*, sino *umbram figuralium in lucem spiritualis intelligentiae* ³⁹ *commutans*.

La actividad del *dominus legis* debe ejercerse en esta dirección, en este ámbito y con esta finalidad, y puede manifestarse *seu iubendo, seu diffiniendo, seu decernendo, seu aliter agendo* (loc. ult. cit.).

Por lo tanto, Graciano resuelve el contraste entre legalidad y absolutismo contraponiendo la *necessitas obsequendi*, que vale para

comune en *Riv. st. dir. ital.*, 1956, p. 25 s.; Id., *Il negozio giuridico*, 2.^a ed., Milano 1959, p. 230, cfr. CORTESE, *op. cit.*, especialmente vol. 1, pp. 161 ss., 257 ss.

38. Cfr. *infra* nota 10.

39. En el Dict. post c. 4, D. VI, habla todavía de *moralis intelligentia*.

todos los *subditi canonum*, a la *auctoritas observandi* (figura que precede a la del poder-deber), *ut a se tradita observando aliis no contemptenda demonstrant*, y ello, una vez más, *exemplo Christi, qui sacramenta, que ecclesiae servanda mandavit, primum in se ipso suscepit, ut ea in se ipso sanctificaret*.

Y concluye declarando:

oportet ergo primam sedem, ut diximus, observare ea, que mandavit decernendo, non necessitate obsequendi, sed auctoritate impertiendi.

Esta es la fórmula que Graciano propone a las futuras generaciones de canonistas para la resolución del contraste entre legalidad y absolutismo ⁴⁰.

8. Queda entonces claro que, si el supremo legislador canónico *canonibus auctoritatem prestat*, esto ocurre no ya en virtud de los poderes que derivan de su *absoluta auctoritas*, sino en virtud de la atribución de poderes operada por la ley y en particular por el superior sistema normativo constituido por el Derecho divino, natural y positivo, indicado en la terminología graciana con los términos, prácticamente (por lo menos para este fin) convergentes, de *ius divinum, ius naturale, de ratio, auctoritas, veritas* ⁴¹.

40. Es muy probable que Graciano, en este extremo, haya sacado su opinión de las de los glosadores bolonios. PESCATORE (*Die Glossen des Irnerius*, Greifswald 1888, p. 93) recuerda que ya en las primeras glosas interlineales a la famosa ley *digna vox* (Cod. 1, 14, 4) —por la cual: *digna vox maiestate regnantis legibus alligatum se principem profiteri: adeo de auctoritate iuris nostra pandet auctoritas...*— a la palabra *alligatum* se lee la glosa *voluntate non necessitate, ut iustum sit hanc vicem eis ferre*. Para una exposición amplia de la interpretación por parte de la doctrina civilística medieval del contraste entre la máxima contenida en Dig. 1, 3, 31 e Inst. 2, 17, 8 in fine, por un lado, y la ley *digna vox*, por otro, y con amplísimas indicaciones bibliográficas y citas, cfr. CORTESE, *op. cit.*, especialmente I, pp. 143 ss.

41. Además de la bibliografía citada *supra*, en nota 29, cfr. P. M. QUANTIN, *La ratio chez le début du Decret* en *Studia Gratiana* III (1955) 101 ss., quien justamente observa cómo la terminología graciana correspondía perfectamente con la teológica, en especial por lo que respecta al binomio *ratio-auctoritas* y a las relaciones entre *ratio* y *veritas*. Cfr. también A. WEGNER, *Ueber positives göttliches Recht und natürliches göttliches Recht bei Gratian* en *Studia Gratiana* I (1953) pp. 503 ss.; S. GAGNER, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Stockholm-Uppsala-Göteborg, 1960, pp. 180 ss.

Para un análisis de la *ratio* bajo los diversos aspectos y, en particular, sobre el problema del valor en los glosadores civilistas, confróntese también V. PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium nel pensiero dei glossatori* en Riv. It. Sc. Giur., S. III, IX (1957-58) especialmente pp. 323 s.

Y es el propio sistema normativo el que determina los límites de competencia entre la *auctoritas* del Pontífice y la *potestas* del *princeps* ⁴²; *auctoritas* y *potestas* que Graciano concibe precisamente como *officia*, legislativamente regulados según la fuente superior a ambos, es decir, por el *mediator Dei, homo Iesus Christus*, el cual *offitia potestatis utriusque discrevit* (c. 8, D. X — c. 6, D. CVI).

Todavía más: el nexo existente entre Derecho divino y ley humana explica de qué manera ejerce el primero su influencia sobre toda la existencia de la norma jurídica, desde el mismo momento de su promulgación al de su concreta aplicación y de su eventual derogación, mediante las diversas instituciones que conoce el ordenamiento canónico, para que la ley humana *in nullo (a iustitia) dissentire inveniatur*.

9. La principal aportación de Graciano a la teoría de los hechos de producción normativa ⁴³, reside en su contribución a la elaboración doctrinal del ordenamiento como “ordenamiento cerrado”, es decir, en el que todo el fenómeno de la producción normativa se desarrolla dentro del ámbito de las normas.

Frente a la continua efervescencia de la cristiandad sobre la que la Iglesia católica extiende su *auctoritas*, en un mundo en el que si bien son raros los no bautizados, sin embargo, en todas partes “les superstitions, la magie subsistent, avec une profondeur et des formes variables selon les nations, selon les cantons” ⁴⁴, es natural que

42. Sobre la distinción entre *auctoritas sacra Pontificum* y *regalis potestas* contenida en la conocida tesis gelasiana de las relaciones entre Iglesia e Imperio, inserta en c. 10, D. XCVI, véase: CARON, *Appunti sui concetti di auctoritas e di potestas nel Decreto di Graziano e nella dottrina decretistica nella seconda metà del secolo XII*, separata de *Il Dir. Eccles.* 1956, 1. Además de la bibliografía citada por él, cfr.: TELLENBACH, *Libertas, Kirche und Weltordnung in Zeitlater des Investiturstreites*, Stuttgart 1936; GMELIN, *Auctoritas, römischer Princeps und päpstlicher Primat*, Stuttgart 1937; ENSSLIN, *Auctoritas und Potestas. Zur Zweigewalthernlehre des Papstes Gelasius I en Historisches Jahrbuch*, 1955, especialmente pp. 665 ss.; ULLMANN, *The Growth of Papal Government in the Middle Ages*, London 1955, pp. 20 ss.

En lo que se refiere a la sucesiva bibliografía, cfr. FOLZ, *La papauté médiévale vue par quelques uns de ses historiens récents* en *Revue historique* 1958, p. 37; CORTESE, *op. cit.*, especialmente, vol. II (1964) 207 ss.

43. Para lo referente a una precisión del concepto de «hecho de producción normativa» y para un fino análisis de las razones que han llevado a la doctrina a abandonar el equívoco término de «fuente de producción del derecho», reenvío a R. ORESTANO, *I fatti di produzione normativa nell'esperienza romana primitiva*, Torino s. d. (1966) pp. 2 ss. (con amplias indicaciones bibliográficas).

44. G. LE BRAS, *Institutions ecclésiastiques de la Chrétienté médiévale*, vol. XII,

Graciano, en su aspiración a proponer a la *societas christiana* el *corpus* de sus leyes, hubiera sentido, como exigencia previa, la necesidad de poner orden en el sistema de las fuentes, fijando ante todo la validez universal y eterna del *ius divinum*, de la *divina iustitia*, que sólo es tal cuando responde a los principios fundamentales de la caridad evangélica.

Es la misma aspiración a la unidad del sistema que llevó naturalmente a Graciano a delimitar el valor de las costumbres existentes en muchos lugares y a reducirlas en el ámbito formal de la ley negándoles en sustancia el valor de hechos normativos autónomos, si se entiende por hechos normativos aquéllos que “más allá de una posición preventiva de normas reguladoras, valen —al realizarse y establecerse— para instaurar o modificar un ordenamiento jurídico, en su conjunto o en estructuras singulares, situándose, ellos mismos, como determinantes de la propia legitimidad y eficacia”⁴⁵.

Por esto es difícil decir hasta qué punto Graciano se ha dado cuenta de cuándo, siguiendo motivaciones por lo demás desconocidas, se sintió llevado a reconocer derecho de asilo en la categoría del *ius* a sólo la *lex*.

Por otra parte, se comprende por qué, centrando su atención sobre el hecho de producción normativa por excelencia, es decir sobre la ley canónica, Graciano había examinado sobre todo las normas tendentes a disciplinar la actividad normativa del legislador, tanto canónico como civil.

Son tales normas las que, por una parte, sancionan la independencia del legislador canónico respecto al civil, delimitando sus respectivas competencias, y son las mismas normas sobre la normación las que fijan los principios fundamentales que deben ser respetados en la actividad de normación y de aplicación de la ley.

No puede sorprender entonces que Graciano —recogiendo también aquí un motivo que tenía sus raíces en la experiencia jurídica

de la *Histoire de l'Eglise depuis les origines jusqu'à nos jours* fondée por A. FLICHE y V. MARTIN, Tournai 1959, p. 26.

45. ORESTANO, *op. ult. cit.*, p. 28. Las bellas páginas en que examina el «problema de la formación consuetudinaria del derecho» están pensadas sobre la definición dada por el prof. italiano de «hecho normativo» (pp. 131 ss.).

romana ⁴⁶— vea en el legislador el *conditor legis*, pero al propio tiempo el intérprete de la Ley.

En verdad, el legislador no es un *scriba*, que está *littera legis astrictus*; sino que es verdaderamente *dominus* y *conditor legis* cuando realiza una modificación legislativa ⁴⁷ *addens... quae deerant ad perfectionem*, es decir cuando interpreta la auténtica ley de Cristo.

Unicamente teniendo en cuenta este motivo concurrente en la canonística y en la teología medievales —para las cuales la actividad del legislador, como dirá Santo Tomás, consiste en una *conclusio ex principiis* ⁴⁸ y que consideran el *condere* y el *interpretari legem* como dos aspectos de un fenómeno unitario ⁴⁹—, puede, en mi opinión, resolverse el problema del valor de la *aequitas canonica* ⁵⁰, de la *dispensatio* y del *privilegium* ⁵¹.

46. Cfr. ORESTANO, *I fatti di produzione normativa*, cit., pp. 155 ss.; cfr. también, para la época imperial, J. GAUDEMET, *L'empereur, interprète du droit en Festschrift für Ernst Rabel*, vol. II, Tübingen 1954, pp. 169 ss., especialmente pp. 196 ss.

47. La Decretística insistirá sobre el elemento de la «novedad» como elemento característico de la ley: así, p. ej., JOHANNES FAVENTINUS ad dict. p. c. 3, D. IV (Roma, Bibl. Casanatense Cod. 207) glosaba: *Promulgare est de novo aliquid edere* y SIMONE DA BISIGNANO, ad D. VIII insistía *prelatum posse de novo aliquid statuere in ecclesia, nec debent ei subditi contrahere* (cit. por DE LUCA, *op. cit.*, loc. cit., pp. 207 y 232).

48. Cfr. BUISSON, *Potestas und Caritas*, cit., pp. 101 ss.

49. Para la opinión de los glosadores civilistas más antiguos cfr. CORTESE, *op. cit.*, vol. II, p. 369 s.

50. Esto no se ha tenido en cuenta, en cambio, en el reciente ensayo de P. FEDELE, *Nihil aliud est aequitas quam Deus* en *Etudes d'histoire du droit canonique, dédiées à G. Le Bras*, Paris 1965, t. I, pp. 73 ss., donde se limita a observar una vez más que la *aequitas canonica* tiene una doble función: la de *correctivum iuris* «en el terreno de la pura técnica hermenéutica» y la de «fuente formal de derecho» (cfr. especialmente p. 85).

Habría bastado tener presente que la doctrina canonística más antigua estima como aspectos de un mismo fenómeno y expresión de una *potestas* única no sólo el *concedere* y el *interpretari*, sino que aproxima a este último poder incluso el de dispensar (cfr. BRYN, *De dispensatione in iure canonico praesertim apud decretistas et decretalistas*, Bruges-Wetteren, 1925, p. 99, n. 3).

Sobre el valor de la *aequitas* en el pensamiento de Graciano, cfr., entre la bibliografía más reciente, J. HERING, *Die aequitas bei Gratian* en *Studia Gratiana* II (1954) 97 ss. y, por último, J. GAUDEMET, *Equité et droit chez Gratien et les premiers décrets* en *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche* (Atti del primo congresso intern. della Soc. Ital. di Storia del diritto), Firenze 1966, pp. 269 ss., donde Gaudemet —además de subrayar la rareza de la mención de *aequitas* en el Decretum, movido por el prejuicio (que me parece demasiado restrictivo, si es entendido en sentido absoluto) de que sólo los *dicta* son expresión del pensamiento de Graciano— a propósito del c. 10, D. XLV (que contiene un pasaje de S. Gregorio Magno) subraya que «l'identité *justitia-aequitas* ne pourrait être attribuée qu'à Grégoire le Grand, non à Gratien, pour qui elle resterait à établir» (p. 283).

51. Cfr. *supra*, parágrafo 7.

En todo caso, sin embargo, la fuente formal no es la *aequitas* o la *ratio*, sino la actividad del órgano investido de la potestad de gobierno y en particular de la *potestas plena*, como lo es el Pontífice ⁵².

10. De los varios textos recordados por Graciano —que son en todo caso textos Isidorianos, cuyas Etimologías y en particular la parte relativa a las leyes (*de legibus*), habían tenido una larga difusión tanto en Italia como en Francia ⁵³— y sobre todo de sus *dicta* pueden sacarse algunas conclusiones acerca de la noción de ley en general y de ley canónica en particular.

Ante todo es indudable que Graciano tiende a señalar el valor formal de la ley, en el sentido de que su fuerza jurídica está vinculada de algún modo a su forma.

Esta consiste en la *escritura* y en la *promulgación*.

Nomine vero legis humanae mores iure conscripti et traditi intelligantur (*Dict.* p. c. 1, D. I).

Lex est constitutio scripta, repite Graciano, por lo demás sobre la huella de Isidoro (c. 3, D. I).

(*Consuetudo*) observa todavía Graciano, como hemos recordado ya, *quae in scriptis redacta est, constitutio sive ius vocatur* (*Dict.*, p. c. 5, D. I).

Por otra parte, el procedimiento de formación de la ley debe estimarse agotado con la promulgación de la propia ley:

Leges instituuntur cum promulgantur (*Dict.*, p. c. 3, D. IV) ⁵⁴.

La ley adquiere su eficacia formal desde aquel momento (falta

52. Por lo que se refiere a principios muy interesantes acerca de la correspondencia entre la noción de *auctoritas* y la de *potestas ordinis* y la de *potestas* con la *potestas iurisdictionis*, cfr. HÖDL, *Das scholastische Verständnis von Kirchenamt und Kirchengewalt unter dem frühen Einfluss der aristotelischen Philosophie* («*Per actus cognoscuntur potentiae*») en *Scholastik*, XXXVI (1961) 17 ss.

Sobre la relación entre *potestas iurisdictionis* y *potestas plena*, cfr. ULLMANN, *Law and the Medieval Historian* en *Rapports XIe Congrès Intern. des sciences historiques*, III, *Moyen Age*, Stockholm 1960, pp. 48 ss.

53. GAUDEMET, *Sources*, p. 13; cfr., por lo demás, LE BRAS, *Sur la part d'Isidore de Séville et des Espagnols dans l'histoire des collections canoniques* en *Rev. des sciences relig.* X (1930) 218 ss.

54. Para esta cuestión, reenvío a mi *Accettazione popolare*, cit., loc. cit., *passim*.

en Graciano toda alusión a la *vacatio legis*), por lo que *cum leges institutae fuerint, non erit liberum iudicare de ipsis sed oportebit iudicare secundum ipsas* (*Dict.*, a. c. 3, D. IV).

La ley se sustrae —normalmente— a la revisión del juez o quienquiera que deba observarla y aplicarla.

En particular, por lo que se refiere a las leyes eclesiásticas promulgadas por la Sede Apostólica, Graciano observaba que: *Sic omnes apostolicae sedis sanctiones accipiendae sunt, tanquam ipsius voce divina Petri firmata* (c. 2, D. XIX), de lo que deriva que *nulli fas est vel velle posse transgredi apostolicae sedis precepta* (c. 5, D. XIX).

Por lo tanto, la ley está dotada de una “fuerza pasiva”, en el sentido de que no puede ser abrogada o modificada más que por un hecho que tenga fuerza de ley.

En particular, como se ha dicho anteriormente, no tiene tal fuerza la costumbre, en la concepción de Graciano, si bien él, reconduciendo la eficacia formal de esta última a la ley, ha dado las bases que servirán a la doctrina sucesiva para admitir la *consuetudo contra legem*⁵⁵.

Pero la ley tiene ante todo una “fuerza activa”⁵⁶, que consiste en la posibilidad de introducir innovaciones⁵⁷ en el ordenamiento jurídico.

Tal fuerza activa de la ley está sin embargo sujeta a limitaciones.

El examen de éstas es llevado en el Decreto de Graciano —continuando una vez más la tradición isidoriana— sobre la base del análisis del contenido de la ley.

Ello estaba facilitado por la concepción de la ley —a la que pa-

55. Si tal doctrina, para admitir la *consuetudo contra legem* no va a referirse a la ley, objetivamente considerada, sino al *consensus legislatoris*, esto es sólo una consecuencia, en mi opinión, de la mayor evidencia que la doctrina posterior a Graciano ha atribuido al elemento subjetivo y voluntarístico de la ley considerada como acto normativo (y, en tal procedimiento han influido, por un lado, corrientes filosóficas, especialmente el Ockamismo, y, por otro, factores de orden polémico).

56. Cfr. recientemente, A. M. SANDULLI, voz *Legge (Diritto costituzionale)*, en *Nuoviss. Dig. Ital.*, vol. IX, Torino 1963, pp. 530 ss., con amplias referencias doctrinales.

57. Cfr. *supra*, parágrafo 9.

rece adherirse el propio Graciano— prevalentemente⁵⁸ como canon de valoración. En efecto, Graciano, después de haber sentado (*Dict.*, I Pars, parágraf. 1, D. III) que *ecclesiastica constitutio nomine canonis censetur*, repite con Isidoro (*Etim.*, lib. VI, c. 16): *canon graece, latine regula nuncupatur* (c. 1, D. III): y que, como todavía enseñaba Isidoro, *regula dicta est, quod recte ducit... vel quod regit, vel normam recte vivendi praebeat, vel quod distortum pravumque est corrigat* (c. 2, D. III), de lo que deduce —como el propio Isidoro, quizás bajo la influencia ciceroniana, había enseñado⁵⁹— que el “*officium*” *secularium, sive ecclesiasticarum legum est precipere quod necesse est fieri. prohibere quod malum est fieri, permittere vel licita, ut premium petere, vel quaedam illicita, ut dare libellum repudii, ne fiant graviora* (*Dict.*, a. c. 4, D. III).

El contenido de la ley por tanto —como hemos visto anteriormente⁶⁰— no puede dejar de ser conforme a la *iustitia*, a la *ratio*, a la *aequitas*, a la *veritas*⁶¹.

Por lo tanto, *in ipsa constitutione legum maxime qualitas constituendarum est observanda, ut contineant in se honestatem, iustitiam, possibilitatem, convenientiam et cetera, qua in eod. lib. Ysidorus* (c. 21) *enumerat dicens: Erit autem lex honesta, iusta, possibilis, secundum consuetudinem patriae, loco temporisque conveniens, necessaria, utilis, manifesta quoque, ne aliud per obscuritatem inconueniens contineat, nullo privato commodo, sed pro communi utilitate civium conscripta* (*Dict.*, a. c. 2, D. IV).

Se trata de la teoría de la *causa legis*, a la que ya se ha aludido,

58. No se pretende excluir con esto que Graciano haya considerado la ley como un hecho desvinculado del elemento autoritario. Lo que se sostiene es que él —aun teniendo plena conciencia de ello (como se deriva claramente, por lo demás, de todo cuanto se ha dicho anteriormente en el texto), examina la ley sobre todo como canon de valoración.

Acerca de la imposibilidad de separar la concepción de la ley, como una formulación de juicios hipotéticos o cánones de valoración, de la concepción imperativa, cfr. S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947, voz: *Norme giuridiche* (*Destinatari delle*), p. 137.

59. ISID., *Ethimol.* V. cc. 19 y 20; Cíc., *De legibus* II, 9, 11. Cfr. también *Dict.* D. IV, I Pars, donde Graciano mantiene la función represiva de la ley.

60. Cfr. *supra* parágrafo 8.

61. Cfr. también cc. 4-9, D. VIII, donde Graciano, después de haber asumido diversas *auctoritates* para sostenimiento de la tesis de que la costumbre debe ceder ante la *ratio* y ante la *veritas*, concluye: *liquido igitur apparet, quod consuetudo naturali iuri postponitur* (*Dict.* p. c. 9, D. VIII).

y que deriva de muchos textos gracianos precisamente como elemento objetivo de la ley.

La *causa legis* —por lo demás reconocida en la *necessitas* o en la *utilitas*— es la que proporciona la mejor garantía de justicia en todo momento de la vida de la ley, desde el de su publicación (especialmente si supone derogaciones al sistema del derecho común, humano y natural) al de su interpretación y aplicación concreta, y, por último, al de su abrogación.

Es difícil decir hasta qué punto Graciano advirtió con claridad la función de la *causa* de la que habla. No creo, sin embargo, que sus afirmaciones permanezcan en un plano de mera política legislativa ⁶².

Y esto por dos razones:

a) Ante todo, porque, como hemos visto, para Graciano es particularmente claro el nexo entre ley canónica y *ius divinum*, *ratio*, *veritas* y no agota su importancia en el orden puramente ético.

b) Además, tal afirmación halla confirmación en la constatación de que Graciano no se limita a manifestar genéricas y moralizantes sugerencias al legislador, sino que hace referencias concretas al *ius conditum* y a la importancia que sobre él (*iure ecclesiae*), ejerce la consideración de la *causa legis* entendida no sólo como *causa impulsiva*, sino también como verdadera y propia *causa finalis*.

Adversus naturale ius nulla dispensatio admittitur; nisi forte duo mala ita urgeant ut alterum eorum necesse sit elegi (Dict., ad. c. 1, D. XIII).

Pro temporum necessitate apostolicae sedis decreta temperantur (c. 6, C. I, q. 7).

Necessitatis intuitu (canonum decreta... nonnumquam relaxantur) (Dict., p. c. 12, C. I, q. 7).

Necessitatis causa quedam in ecclesia tollerantur (c. 13, C. I, q. 7).

62. Cfr. CALASSO, *Causa legis. Motivi logici e storici del diritto comune en Riv. it. st. Dir.* XXIX (1956) p. 9; CORTESE, *op. cit.* I, p. 233.

Utilitatis intuitu quedam in ecclesia tollerantur (c. 17, C. I. q. 7).

Y no faltan referencias a la causa de algunas disposiciones legislativas singulares:

Causa... huius institutionis (relativa a la castidad sacerdotal) *mundicia fuit sacerdotalis, ut...* (Dict., p. c. 1, D. XXXI).

Pleraque capitula ex causa, et loco et tempore, consideranda sunt (D. XXIX pr.).

Illud autem, quod in canone apostolorum, et in Gangrensi concilio, et in VI sinodo legitur, ex causa consideratur... (D. XXX, I Pars).

Incluso el homicidio puede convertirse en legítimo *ex causa* (cfr. c. 14, C. XXIII, q. 8).

Non enim —repite efectivamente Graciano apoyándose en la autoridad de San Juan Crisóstomo (loc. últ. cit.)— *possumus aliter ad veritatem pervenire.*

Esta fórmula, mejor que cualquier otra, me parece que sintetiza la función de la *causa legis*, destinada a tener en los siglos posteriores la máxima fortuna como instrumento idóneo para temperar las exigencias legalistas con las absolutistas, o, lo que es lo mismo, a buscar la dialéctica *veritas seu falsitatis discretio* entre el principio de la *potestas plena* y la *lex iusta*.

LUIGI DE LUCA