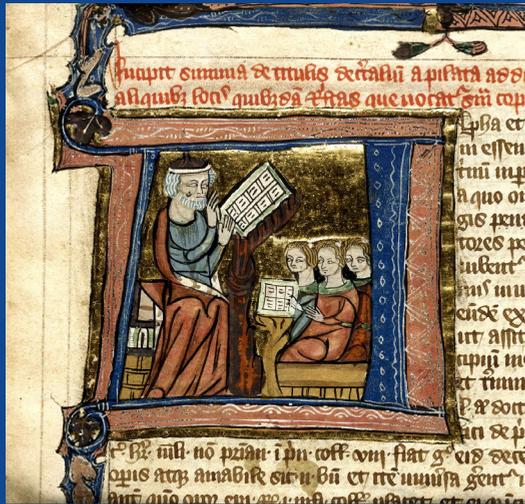


EMANUELE CONTE

LA FUERZA DEL TEXTO

Casuística y categorías del derecho medieval



Edición de Marta Madero

La fuerza del texto

The Figuerola Institute
Programme: Legal History

The Programme "Legal History" of the Figuerola Institute of Social Science History –a part of the Carlos III University of Madrid– is devoted to improve the overall knowledge on the history of law from different points of view –academically, culturally, socially, and institutionally– covering both ancient and modern eras. A number of experts from several countries have participated in the Programme, bringing in their specialized knowledge and dedication to the subject of their expertise.

To give a better visibility of its activities, the Programme has published in its Book Series a number of monographs on the different aspects of its academic discipline.

Publisher:
Carlos III University of Madrid

Book Series:
Legal History

Editorial Committee:
Manuel Ángel Bermejo Castrillo, *Universidad Carlos III de Madrid*
Catherine Fillon, *Université Jean Moulin Lyon 3*
Manuel Martínez Neira, *Universidad Carlos III de Madrid*
Carlos Petit, *Universidad de Huelva*
Cristina Vano, *Università degli studi di Napoli Federico II*

More information at www.uc3m.es/legal_history

La fuerza del texto
Casuística y categorías del derecho medieval

Emanuele Conte

Edición de Marta Madero

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

2016

Historia del derecho, 41

© 2016 Emanuele Conte

© 2016 Marta Madero, para la edición y traducción

Motivo de cubierta Royal 10 D IV, f. 1, British Library

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-89315-93-8

ISSN: 2255-5137

Versión electrónica disponible en e-Archivo

<http://hdl.handle.net/10016/22261>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

ÍNDICE

Introducción: <i>Marta Madero</i>	9
Noticia de la edición	12
1. Para una historia del derecho medieval en el siglo XXI	13
2. La institución del texto jurídico entre el siglo XI y el XII	43
3. El re-descubrimiento de la posesión y la renovación del proceso civil	86
4. El nacimiento de una ciencia medieval: el ejemplo de la naturaleza jurídica de la relación feudal	112
5. Dinámicas del derecho común: transformaciones de la servidumbre entre teoría y práctica	133
6. Los bienes de los entes eclesiásticos y la creación de la personalidad jurídica abstracta	154
7. Reparación moderna de formas jurídicas medievales	179

INTRODUCCIÓN

Este libro, escrito por uno de los más brillantes especialistas de la escolástica jurídica, constituye un aporte esencial y esperado a la bibliografía de la historia del derecho en lengua hispana. Emanuele Conte combina en él la más rigurosa filología jurídica con la interrogación histórica y un gran conocimiento de la historiografía decimonónica, *gran siècle* de la historia del derecho.

No se trata de un manual, y en esto reside en buena medida su intensidad. Emanuele Conte habla, a la vez, de un mundo que es el nuestro y ejerce al mismo tiempo “la fascinación de lo lejano y diverso” –un mundo creado en amplia medida por el renacimiento jurídico, que a partir del siglo XII dará forma a las instituciones fundamentales de la cultura europea– y revela la genealogía ignorada de la casuística contemporánea.

Lo que el lector tiene ante sus ojos combina así un análisis de los rasgos esenciales de la cultura jurídica de la Edad Media escolástica –la servidumbre, el lazo feudal, las formas de demandar justicia, los bienes de los entes eclesiásticos y la personalidad jurídica abstracta– con una metodología que, dejando de lado, como decía su amigo y colega Yan Thomas, “el aburrimiento mortal de los rasgos generales”, permite ver el funcionamiento infinitamente concreto de las normas y de la dogmática jurídica.

Emanuele Conte nos lleva, desde los Uffizi iluminados en la noche de Navidad de 1952 para recibir a los grandes profesores de derechos antiguos que intentan, luego de una guerra atroz que los había dividido, refundar un proyecto europeo de historia del derecho, a las escuelas medievales en donde se “edita” ese monumento que es el derecho romano bizantino. Punto de partida obligado: es necesario entender como se instituye el texto, con que criterios se selecciona y se ordena el canon, para percibir la parte de fragmentación que las ediciones borran. Sobre esa superficie se construirá la dogmática romano-canónica. Un corpus extraordinario, de inverosímil riqueza, cuyas relaciones con la escolástica teológica, filosófica y médica le confieren una densidad a la que la investigación de los últimos decenios ha consagrado esfuerzos considerables, pero que sigue siendo una *terra incognita* que, por su naturaleza misma, casuística, cifrada, concreta, requiere una atención de entomólogo

para poder percibir categorías esenciales cuyos restos se leen en las lógicas consideradas como “naturales” de la normatividad contemporánea.

Gran defensor del diálogo entre historia y derecho, Emanuele Conte demuestra hasta que punto es curiosa en verdad la idea, demasiado aceptada por los historiadores, según la cual los juristas que se dedican a la construcción de una doctrina en la que se fundan los “derechos propios” europeos no hablan de un mundo de realidades y prácticas. Tan curiosa, dicho sea de paso, como la no infrecuente postura de los juristas de formación, que defienden la opacidad absoluta de la verdad del derecho para los historiadores.

Uno de los descubrimientos más esenciales de su obra, que ilumina la experiencia medieval y abre un dominio de exploración esencial para la elucidación de las relaciones sociales, es el modo en que las formas de dominación y subordinación son pensadas a través de una estrategia de reificación, como si lo que se estableciese fuese la posibilidad dada a los señores de poseer el trabajo de los siervos y la fidelidad de los vasallos del mismo modo que un fundo tiene un derecho de servidumbre sobre un fundo vecino que le permite llegar a un camino público, o al río en busca de agua.

Esta estrategia recurrente –y cuya importancia y sistematicidad en diversos planos de la experiencia medieval renueva el estudio de las relaciones de poder y de las formas de apropiación de las cosas– se construye sobre dos rasgos esenciales: poca intensidad conferida a la técnica de las obligaciones –relaciones entre sujetos que se comprometen a hacer o no hacer tal o cual cosa– y extensión de la posesión –que normalmente exige que su objeto sean cosas materiales, tangibles– a las cosas privadas de substancia sensible. Se construye así una figura esencial, la de la posesión de los derechos, los *iura*, con la consecuencia que se puede poseer un derecho de elección, de obediencia, de patronato, una servidumbre rústica o urbana, del mismo modo que se posee una casa, una copa, una tierra o un esclavo.

El análisis de los textos del *ius commune* es para Emanuele Conte una forma de pensar el lugar de la historia del derecho en el siglo XXI, y el tratamiento de los bienes eclesiásticos y de la creación de la personalidad jurídica abstracta conduce en efecto a una temática urgente –dada la desigualdad creciente del mundo actual, en el que porcentajes ínfimos de la población se apropian de las riquezas de un planeta exangüe y repleto de miseria–: la de los bienes comunes.

Si las decisiones legislativas no necesitan fundarse en antecedentes históricos para legitimarse, entender las raíces de la tradición jurídica europea

permite elucidar el sentido de normas que innovan menos escandalosamente de lo que los comentaristas suponen a veces con cierta liviandad. El libro de Emanuele Conte posee tres virtudes mayores: una erudición que trasmite, con claridad, lo esencial a la comprensión de los textos; una interrogación nueva de las instituciones más fundamentales de la historia medieval (servidumbre, lazo feudal, bienes eclesiásticos, justicia); un proyecto futuro.

Marta Madero

Universidad Nacional de General Sarmiento
Buenos Aires, Argentina

Centre d'études des normes juridiques Yan Thomas, EHESS
París, Francia

NOTICIA DE LA EDICIÓN

El volumen traduce, con importantes modificaciones y añadidos, los capítulos 1, 2, 3, 5 y 6 de E. Conte, *Diritto Comune. Storia e storiografia di un sistema dinamico*, Bologna 2009, en acceso abierto <<http://dspace-roma3.caspur.it/handle/2307/3204>>.

El capítulo 4 ha sido traducido del original inglés “Framing the Feudal Bond”, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 80 (2012), 481-495, tr. española de Marta Madero “Cómo entender el lazo feudal: un capítulo en la historia del Ius Commune de la Europa medieval”, en *Glossae*, 11 (2014), *Casuística y ficción: homenaje a Yan Thomas*, 85-103 <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4913875>>.

Para una historia del derecho medieval en el siglo XXI

Florenxia 1952: entre renovación y conservación

La noche del 24 de diciembre de 1952 el Museo degli Uffizi fue iluminado espléndidamente para recibir a huéspedes especiales. Se trataba de los profesores de derecho romano y de otros derechos antiguos provenientes de muchos países de Europa y recibidos por el alcalde de Florenxia –Giorgio La Pira, también profesor de derecho romano, además de una figura eminente de la cultura y la política italiana–, que había querido ofrecerles una visita extraordinaria luego de haberlos recibido oficialmente en el Palazzo Vecchio. Los profesores eran miembros de una sociedad científica que se había formado en Bélgica en el durísimo invierno de 1941-42, durante la ocupación alemana y que, inmediatamente después de la guerra, se había transformado en el principal organismo internacional que reunía a juristas europeos especialistas de derechos de la Antigüedad. La *Société internationale pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité* (SIHDA) existe aún hoy y continúa a realizar las reuniones anuales que había inaugurado en 1945¹. Pero en ese día de septiembre de 1952, la reunión florentina debía tener un sabor particular: pesaba sobre ella la exigencia de retomar los gloriosos estudios de derecho romano que habían ocupado un lugar central en la cultura del siglo XIX y que habían atravesado un período de crisis precisamente en su patria alemana, en la que la política del nazismo había borrado de forma programática, en la academia y en la práctica misma, el derecho romano, remplazándolo por el “derecho comunitario germánico”². Así, los romanistas alemanes, herederos de una es-

1 Una breve crónica del nacimiento y de sus primeros desarrollos se puede ver en el prefacio del primer número de la revista creada por la SIHDA, Fernand de Visscher, *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 1 (1948), pp. 7-8.

2 Desde el programa en 25 puntos que presentó el Partido Nacionalsocialista el 24 de febrero de 1920 se había señalado al derecho romano –instrumento perverso de un orden mundial “materialista”– como una de las causas de la decadencia de Alemania, por lo tanto el punto 19 se daba como objetivo su sustitución por un “*deutsches Gemeinrecht*”.

pléndida tradición, se habían visto en dificultad y sus estudios habían sido puestos en tela de juicio por la política del partido. Algunos de ellos habían, a decir verdad, mirado con simpatía la doctrina nazi y habían intentado releer el derecho romano para adaptarlo a la contingencia política; otros promovían la relación con la experiencia de la aliada Italia, que había encontrado un incentivo para los estudios romanísticos en la retórica de la exaltación de la experiencia romana.

Alemanes e italianos, junto a colegas de otras naciones europeas, habían comenzado a encontrarse en congresos que habían tenido lugar en la inmediata posguerra, en la que la urgencia por recuperar la unidad internacional de las ciencias inducía a la colaboración entre académicos que representaban a países que se habían enfrentado duramente hasta hacía pocos años³. En las páginas de las actas del congreso, los ensayos de grandes historiadores jurídicos del derecho, como Volterra, Daube o Levy, se unían a las de colegas que habían sido abiertamente nazis o fascistas: para todos, la exigencia principal era recuperar la experiencia de investigación que por más de un siglo había hecho de la historia del derecho romano y del derecho medieval disciplinas altamente relevantes para los historiadores y los juristas.

La reunión de 1952 se inscribía plenamente en esta corriente de reconstrucción, y jugaba un rol importante, probablemente también en razón de la atmósfera cultural que se respiraba en la ciudad, que había sido un centro relevante para la cultura italiana de la posguerra, en la que la actitud frente a la cultura del fascismo se había formulado en términos de “renovación de la conservación”⁴. El mismo La Pira, figura carismática de la política y de la espiritualidad italiana de la posguerra, había sido romanista en su juventud, había estudiado con Emilio Betti y había obtenido la cátedra de derecho ro-

Véase, James Q. Whitman, “The Disease of Roman Law”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 20 (1994), pp. 227-234; Diethelm Klippel, “Subjektives Recht und germanisch-deutscher Rechtsgedanke in der Zeit des Nationalsozialismus”, en *Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit. Ihre Vorgeschichte und ihre Nachwirkungen*, J. Rückert y D. Willoweit (eds.), Tübingen 1995, pp. 31-54, 32.

³ Ya en 1948, los historiadores del derecho se reunieron en Verona para la realización de un gran congreso cuyas actas se publicaron en cuatro volúmenes, *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e Storia del Diritto*, G. Moschetti (ed.), Milán 1951-53.

⁴ Eugenio Garin, “La cultura dopo la Liberazione”, en *Storia d'Italia. Le regioni dall'Unità ad oggi. La Toscana*, G. Mori (ed.), Turín 1986, pp. 709-731, y en particular pp. 711-718.

mano. A pesar de su pasaje a la política a través de la militancia anti-fascista, La Pira había conservado hacia su maestro, convencido sostén del régimen mussoliniano, un profundo respeto. Así que no era sorprendente que en su cargo de alcalde de Florencia promoviese la recuperación de la tradición cultural italiana dejando de lado la confrontación política.

Conservar, recuperar la tradición científica, eran objetivos compartidos por los historiadores del derecho, impacientes por olvidar los horrores de la guerra y volver a orientar, a través de la investigación histórica, el camino de los juristas contemporáneos. Entre las cosas que parecía indispensable recuperar se hallaba una visión de la Edad Media que nos interesa particularmente, y que merece la pena delinear con el fin de introducir adecuadamente nuestro propósito; y en este sentido, el congreso de 1952 constituye un punto de partida de particular interés.

La *Société internationale pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité* había en efecto decidido incluir en el programa del congreso una conferencia sobre el “estado actual de los estudios y de los instrumentos de trabajo relativos al destino del derecho romano luego de la caída del Imperio”. La tarea fue encomendada a Erich Genzmer⁵, uno de los más ilustres profesores alemanes. Alumno del gran Emil Seckel, Genzmer aparecía como el heredero de su saber sobre la obra de los glosadores y como tal parecía la persona indicada para la tarea que se le había asignado. Aceptó la invitación y presentó a los congresistas un cuadro de la situación de los estudios de derecho medieval diseñado para responder a la demanda que le había sido formulada por los colegas romanistas: como especialista de la Edad Media, debía mostrar a los romanistas y a los juristas contemporáneos el estado de los estudios, con frecuencia estrictamente sectoriales y filológicos, sobre el derecho medieval. Luego de una introducción sumaria sobre los estudios que se realizaban en diversos países de Europa, Genzmer reconocía que estos estaban globalmente dispersos y en estado tan fragmentario como para desanimar a los no especialistas e incluso a quienes lo eran.

Vistas las premisas culturales que eran las suyas, no sorprende que Genzmer propusiese una solución destinada a conciliar tradición historiográfica y renovación. Su propuesta fue la de renovar, con una edición ampliada y

5 La fama de Genzmer (1893-1970) como gran conocedor de los glosadores se difundió en Italia sobre todo gracias a su importante intervención en un congreso que tuvo lugar en 1933, Emil Genzmer, “Die Justinianische Kodifikation und die Glossatoren”, en *Atti del Congresso internazionale di diritto romano*, Bolonia 1934, pp. 347-430.

revisada, el modelo indiscutido de toda la historia del derecho romano en la Edad Media: la Historia (*Geschichte*) de Friedrich Carl von Savigny⁶, que había fundado una tradición secular de estudios en la que generaciones de investigadores habían encontrado respuesta al problema de la transmisión del derecho romano a través de la Edad Media y hasta la Modernidad.

Retorno a Savigny y a los orígenes de la escuela histórica

La renovación de los estudios que Genzmer proponía a los historiadores del derecho de la posguerra era, en definitiva, un retorno a los orígenes. La *Geschichte* de Savigny parecía ofrecer a los historiadores del derecho un modelo que podía ser mejorado en muchos aspectos, pero que debía conservar sus líneas fundamentales, dado que estas constituían la razón de ser de la cultura histórico jurídica alemana en primer lugar, y luego europea. La obra monumental de Savigny jugaba un rol de primer plano en la reconstrucción del sistema de la escuela histórica alemana que desembocó rápidamente en las admirables construcciones dogmáticas de la pandectística.

En efecto, no se entiende la dependencia de la historiografía jurídica de Savigny si no se tiene presente la profunda relación que unió, en su lúcido proyecto cultural, la investigación histórica y la construcción dogmática. Esta importancia de la historia estaba en consonancia con la tradición académica alemana, que desde el siglo XVII había introducido la historia nacional en el discurso jurídico. Sin embargo, los juristas de los primeros decenios del siglo XIX no podían limitarse a continuar la tradición del viejo *gemeines Recht*, el derecho del siglo XVIII que integraba fuentes normativas, doctrinales y jurisprudenciales de origen romano, canónico y local. Los tiempos imponían la creación de un sistema de derecho privado en grado de favorecer el desarrollo económico y político de los estados en los que estaba dividida Alemania. Rechazando el modelo de codificación francés a favor de una apelación a la

6 Es bien sabido que la renovación de la doctrina inaugurada en Alemania por Savigny se basó en el doble perfil de la dogmática y la historia, a la que dedicó decenios de su vida. La composición y luego la edición de su *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* ocupó a Savigny durante casi medio siglo, primero en la fase de investigación y trabajos preparatorios, luego en la incesante producción de libros. La edición en seis volúmenes apareció entre 1815 y 1831, y la segunda, en siete volúmenes, entre 1834 y 1851. Una orientación en la inmensa literatura sobre Savigny ofrece ahora Dieter Nörr, "Savigny", en *Neue deutsche Biographie*, vol. 22, 2005, pp. 470-473.

historia como fundamento de la nueva ciencia del derecho⁷, Savigny proponía a la nación alemana un sistema de conceptos que actualizaba las instituciones privatísticas romanas para hacerlas funcionales a la sociedad liberal del siglo XIX⁸.

Conciliar este recurso al derecho romano con la reivindicación de la ciencia jurídica como interprete del *Volkgeist* alemán no era una tarea sencilla: la enseñanza del derecho alemán en las universidades alemanas estaba separada de la del derecho romano desde el fin del siglo XVIII, y no parecía natural fundar una nueva ciencia jurídica sobre el *Digesto* que el emperador bizantino Justiniano había promulgado en Constantinopla trece siglos antes. Por lo tanto el esfuerzo de medio siglo en la realización de la *Geschichte* podía interpretarse como la tentativa lúcida de integrar la dogmática basada en el *Digesto* en la metodología histórica que Savigny imponía a los juristas de su tiempo.

En efecto, el pasaje a través de la Edad Media podía justificar la recepción del derecho romano por parte de Alemania. No había dudas, al inicio del siglo XIX, de que la Edad Media había sido el momento del triunfo de Alemania en toda Europa. La caída del Imperio romano y la instauración de los reinos romano-bárbaros, marcaba en la mentalidad romántica el fin del mundo antiguo y el inicio de una edad nueva dominada por los nuevos pueblos; de forma tal que aún las regiones más meridionales y mediterráneas de Europa fueron consideradas “germanizadas” puesto que dominadas por los Visigodos, los Francos, los Lombardos, los Normandos. De este modo, dado que la Edad Media marcaba románticamente el ingreso de los Germanos en la historia, una gran historia del derecho romano en la Edad Media podía ofrecer una justificación –precisamente histórica– a la operación un poco forzada con la que Savigny proponía en Alemania un derecho privado construido sobre materiales romanos. El pasaje de estos materiales a través de la Edad Media germánica habría en definitiva formado parte del patrimonio alemán, cuyo espíritu Savigny elevaba al rango de *ultima ratio* de legitimidad del ordenamiento jurídico.

7 Fue célebre el panfleto publicado por Savigny en 1814 en contra de la hipótesis de un código civil para Alemania (*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, reeditado numerosas veces y traducido en diversas lenguas), en el cuál proponía sobretodo que el derecho debía ser entendido como ciencia capaz de elaborar conceptos complejos y de responder a las exigencias de la sociedad.

8 A pesar de haber quedado inacabado, su *System des heutigen römischen Rechts*, publicado en Berlín entre 1840 y 1847, jugó un rol de primer orden como modelo de la pandectística de todo el siglo XIX.

En el proyecto cultural de Savigny, el derecho asume una imagen racional gracias a la centralidad de la ciencia jurídica y de los juristas académicos. No es por lo tanto sorprendente que su *Historia del derecho romano en la Edad Media* fuese proyectada desde el inicio como una “historia literaria”: historia de autores y de obras más que historia de instituciones jurídicas. La considerable sensibilidad filológica de Savigny lo incitó a basar su obra en investigaciones bio-bibliográficas minuciosas, realizadas en gran parte con material manuscrito y de primera mano. La parte más valiosa de la *Geschichte* de Savigny es por lo tanto la que delinea, una tras otra, la vida y obra de los juristas que dedicaron su atención a las fuentes del derecho justineano. La *Geschichte* de Savigny es así, eminentemente, una historia de la ciencia jurídica, y esto coincide con su visión, que considera que el corazón del mundo del derecho era precisamente la *Rechtswissenschaft*, la ciencia que se daba como objetivo la tarea de recuperar la tradición, de interpretarla, de adaptarla y de aplicarla a la nación⁹.

Cómo es notorio, esta dilección de la historia del derecho por parte de Savigny tenía una motivación de carácter político: proponer a la nación alemana, dividida en diversas organizaciones estatales, un derecho privado unificado aún antes de alcanzar la unificación política. El *System des heutigen römischen Rechts*, segunda gran obra de Savigny, proponía precisamente este modelo de nuevo derecho privado que manaba de la fuente de la ciencia.

La edad de oro del derecho romano

Esta poderosa construcción ideológica estaba destinada a suscitar gran entusiasmo y a enfrentar también profundas críticas tanto por parte de los juristas puros como de los historiadores del derecho. Entre los entusiastas estaban evidentemente los profesores de derecho romano, que entre el 800 y el 900 habían visto crecer su importancia en las facultades de derecho. Puesto que además el éxito de la escuela histórica y luego de la pandectística habían ampliamente superado los confines de Alemania, incluso en Francia, en España

9 Entre una abundante bibliografía sobre Savigny, cabe señalar la penetrante interpretación de Carl Schmitt, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* (1944-45), traducida en italiano por Agostino Carrino, Carl Schmitt, *La condizione della scienza giuridica*, Roma 1996, p. 69 y p. 72. Véase ahora en castellano Pio Caroni, *Escritos sobre la codificación*, Madrid 2012.

y sobre todo en Italia, los estudios y la enseñanza del derecho romano se habían transformado en fundamentales y se habían adecuado al estilo alemán, que conjugaba un poco forzosamente dos posturas a primera vista contradictorias: por una parte dedicaba a los textos antiguos y medievales precisas investigaciones filológicas y anticuarias, por otra quería dissociar de la historia las investigaciones sobre las instituciones romanas, sistematizándolas en un cuadro más bien distante de la realidad histórica de ese derecho. Este estrabismo de la disciplina romanística se reflejaba en la distinción didáctica entre los cursos de “historia del derecho romano” que se ocupaban de las fuentes y de las instituciones de derecho público, y los de “instituciones de derecho romano”, que presentaban un diseño sistemático del ordenamiento privatístico romano distante de su historia y su realidad. Un tercer curso avanzado, titulado “derecho romano”, proponía un estudio del devenir de las instituciones romanas a través de los siglos, siguiendo su prodigiosa evolución desde la Antigüedad hasta las codificaciones modernas.

La proliferación de cátedras y de libros, así como la presencia del derecho romano en el corazón de la reflexión de casi todos los juristas italianos del fin del 800, constituye una verdadera edad de oro a la que soñaba volver todo romanista (sueño que no todos han abandonado). Así, el fin de la terrible crisis europea que había atravesado el primer conflicto mundial, luego la edad de las dictaduras y finalmente de la guerra de 1939-45, había convocado a los romanistas de toda Europa en la reconstrucción de lo que habían sido los “dorados fastos del derecho romano”¹⁰.

Entre los profesores reunidos en Florencia en 1952 estaba también Salvatore Riccobono, el anciano maestro de La Sapienza de Roma que, en razón de la edad (había nacido en 1864), había vivido los triunfos de la escuela histórica y conservaba el entusiasmo de ese recuerdo. Elegido presidente honorario de la Sociedad precisamente en la reunión florentina, había sido uno de los defensores de la validez eterna del derecho romano; en su forma justiniana, según Riccobono, el derecho romano había sido transferido en efecto a la Europa medieval y moderna y había permanecido intacto para los juristas del futuro¹¹. En la imagen encendida que ofrecía el viejo maestro la Edad Media

10 Véase, Paolo Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milán 2000, pp. 39-44, que retoma eficazmente el título del libro del romanista y civilista Biagio Brugi, *I fasti aurei del diritto romano*, Pisa 1879.

11 Presentes en muchos de sus escritos, las ideas de Riccobono se expresan por ejemplo claramente en el apéndice de uno de sus estudios sobre la *stipulatio* en el derecho justineano que publicó en la *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Ro-*

jugaba el rol de simple transmisor, encargado de consignar al mundo moderno el prodigioso depósito de saber jurídico que encerraba el *Corpus iuris* del emperador bizantino¹². Esta era la manifestación más radical de fidelidad a la pandectística alemana, que había sobrevivido a la guerra y que en ciertos casos resiste aún en la historiografía romanística, que intenta proponer soluciones a las cuestiones más actuales de un mundo globalizado con un derecho que se piensa como susceptible de haber superado intacto los siglos¹³.

La reacción a Savigny: los germanistas

Como se ha dicho, el proyecto de Savigny y su rápida realización en Alemania suscitó también rápidamente fuertes críticas que expresaban en gran parte las mismas aspiraciones que habían determinado el suceso de la escuela his-

manistische Abteilung, 43 (1922) p. 395, que recoge impresiones de carácter general sobre la interpretación del *Corpus iuris* y desemboca en el derecho moderno, que no sería “producto de la interpretación evolutiva del derecho romano, efectuada por la Glosa, o de la formación medieval, con elementos mixtos, sino que en su esencia es un producto de la evolución del derecho que se verificó, en primer lugar, entre los siglos IV y V de nuestra era”. De modo tal que “podemos seguir los avatares del derecho en Occidente en el curso de veinticinco siglos, desde sus orígenes romanos hasta nuestros días, una maravillosa unidad, sin interrupciones ni influencias extrañas particularmente notables”.

12 Aún en 1942 Riccobono afirmaba sus ideas ante los colegas de la Universidad de Berlín, como cuenta Carl Schmitt, *La condizione...*, *op. cit.*, p. 45, nota 12: “Un vecchio maestro italiano del diritto romano, il prof. Salvatore Riccobono, della Regia Università di Roma, ha illustrato il 6 dicembre 1942, nell’aula dell’Università di Berlino, il proprio convincimento sull’eterna validità della produttività concettuale del diritto romano in lingua latina. Sottolineando in particolare la convinzione di volersi riferire non al diritto antico o classico, bensì al diritto del *Corpus iuris Iustiniani* e difendendo il *mos italicus* dei glossatori contro il *mos gallicus* degli umanisti”.

13 La discusión metodológica sobre el rol del derecho romano en la cultura jurídica actual es obviamente muy amplia. Los tonos de más fuerte crítica que se hayan elevado recientemente (véase Pier Giuseppe Monateri, Tomasz Giaro y Alessandro Somma, *Le radici comuni del diritto europeo*, Roma 2005) son presentados con sutileza por Aldo Schiavone, *Ius. La invención del derecho en Occidente*, Buenos Aires 2009, pp. 15-32, que recuerda la inexorable distancia de las culturas jurídicas modernas, globalizadas y decididamente marcadas por la economía, con respecto a la del jurista que partía del *Corpus iuris civilis*. Este hecho, observa Schiavone, permite que podamos observar finalmente desde una cierta distancia una herencia que nos ha condicionado por tanto tiempo, a condición, claro está, de renunciar a la nostalgia por los espacios perdidos.

tórica. La exaltación de la historia nacional como lugar de la identidad germana, la fuerte relación del derecho con la nación, que era central en la ideología de Savigny, debía inevitablemente romper el equilibrio precario que él mismo había creado entre el derecho antiguo y su vida medieval germanizada. Pesaban las fuerzas culturales del romanticismo y del historicismo, y pesaba sobre todo la tensión política hacia la construcción de un estado nacional, que en Alemania acompañó en primer lugar la identidad histórica de un pueblo y de su cultura.

Precisamente entre los alumnos de Savigny había quienes sentían más intensamente que otros este doble peso: baste pensar en Jacob Grimm, célebre por haber recogido junto a su hermano Wilhelm las fábulas populares alemanas, en las que los dos intelectuales buscaban la expresión más genuina del sentir nacional. Además de cultivar románticamente intereses literarios que requerían competencias lingüísticas, filológicas y filosóficas, Jacob Grimm era también un jurista que había sido cercano al círculo de Savigny. Él inició una importante compilación de textos jurídicos que resultaban de la observación de la práctica, utilizaban el alemán como lengua y debían reflejar el espíritu jurídico del pueblo al igual que las fábulas, que se pensaban como carentes de mediación literaria y capaces de revelar su creatividad artística¹⁴. Sus *Deutsche Rechtsaltertümer*, publicados en 1828, expresan el intento de dar testimonio del derecho nacional buscando sus principios allí donde el lenguaje técnico influenciado por el derecho romano no había podido contaminarlos.

La misma actitud romántica evidenciaba otro jurista cercano a Savigny, Georg Friedrich Puchta, al cuál se atribuye en general el nacimiento de la “jurisprudencia de los conceptos”, que tanto había influido en la escuela histórica del tardío siglo XIX¹⁵. En su clásico libro sobre la costumbre, Puchta avanza algunas consideraciones sobre la diferencia fundamental entre la historicidad de lo antiguo y la del medioevo, que para el jurista formado en la escuela histórica, debían tener dos funciones diferentes. Si Puchta consideraba posible intentar una reconstrucción articulada y sistemática para el derecho romano antiguo, que constituye un objeto cerrado y distante del presente, la

14 En vena romántica, Grimm postulaba la relación entre derecho y poesía, ambos expresión del *Volksgeist*, véase, Jacob Grimm, “Von der Poesie im Recht”, *Zeitschrift für geschichtlicher Rechtswissenschaft*, 2 (1816), pp. 25-99.

15 Véase Hans-Peter Haferkamp, *Georg Friedrich Puchta und die “Begriffjurisprudenz”*, Fráncfort del Meno 2004 (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 171). Es también extremadamente útil la optima entrada de Jan Schröder en el *Handbuch für Deutsche Rechtsgeschichte*, 4 (1990), pp. 95-99.

tarea le parecía más azarosa para el derecho medieval, dado que –para él y muchos otros– este fundaba el *neues Recht* y la Edad Media: “no es un pasado al que se pueda mirar de forma retrospectiva como si hubiese concluido”, al contrario, es un pasado vivo, “en cuyo centro estamos aún”¹⁶. Esta actitud claramente romántica y nacionalista se corresponde con la decisión de consagrar su primer estudio de madurez al derecho consuetudinario, manifestación directa de la identidad del pueblo. La actualidad de la Edad Media, que es a la vez historia y presente, confiere legitimidad a la costumbre germánica que se radica en el pueblo alemán, más allá de la frontera de los principados que aún dividían políticamente a un *Volk* único.

En este proyecto, cuyas raíces están en la escuela de Savigny y en el corazón de su enseñanza, madura una idea de Edad Media en verdad muy diferente de la que había propuesto el viejo maestro en su *Geschichte*. Lejos de constituir el período durante el cuál el derecho romano transitaba intacto hacia la modernidad, la Edad Media de Puchta es la verdadera protagonista de la historia de Europa: tiempo de la formación de los pueblos, de las naciones y de sus peculiares legislaciones. Es la Edad Media y no la Antigüedad la que el jurista del 800 habría debido observar en busca de la historia de las instituciones nacionales que veía triunfar en la política de su tiempo.

En 1828, cuando aparecía el primer volumen del libro de Georg W. Puchta, se publicaba también el de Wilhelm Albrecht sobre la *Gewere*¹⁷, que constituía el desafío más explícito a Savigny y al predominio del derecho romano en Alemania. La *Gewere*, en verdad, era considerada la alternativa genuinamente alemana a la posesión romana a la que había dedicado su primer libro el fundador de la escuela histórica¹⁸. Entrando en la difícil discusión sobre la naturaleza jurídica de la posesión y sobretodo sobre las consecuencias en materia de prescripción adquisitiva y de tutela posesoria, Savigny había propuesto a la doctrina alemana restaurar la institución de la posesión en sus lineamientos romanos, como ejercicio *de facto* de derechos que concernían a la propiedad o a otros derechos reales, y excluir así de la tutela posesoria y de la adquisición prescriptiva todo otro disfrute que derivase de una relación per-

16 Georg Friedrich Puchta, *Das Gewonheitsrecht*, I, Erlangen 1828, pp. 123-124.

17 Wilhelm Eduard Albrecht, *Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts*, Königsberg 1828 (reed. Aalen 1967).

18 Friedrich Karl von Savigny, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*, Giessen 1803, reeditado con modificaciones en 1806, 1818, 1822, 1827, 1837 y, póstumo, en 1865.

sonal con el deudor¹⁹. Su libro había tenido un enorme éxito, tanto es así que había llegado a la quinta edición cuando, en 1828, el joven Wilhelm Albrecht publicó su propio trabajo. En él defendía con énfasis la tradición germana que había substituido la rígida estructura de la posesión romana con una modulación más amplia y flexible de los efectos del hecho: la *Gewere*, contrafigura germánica de la posesión, se distinguía por el hecho de ser capaz de fundar la legitimidad de todo tipo de derecho, real o de crédito, de superioridad personal e incluso de ejercicio de un poder de naturaleza pública²⁰.

Pero en cierto modo y más allá de las intenciones del autor, el libro de Albrecht fundó una escuela: la corriente germanística de la escuela histórica. Libros de la reverencia a Savigny, los germanistas se multiplicaron rápidamente gracias a la inmediatez de su lectura de la realidad jurídica nacional y a la agresividad con la que transferían a la historia jurídica las pasiones nacionalistas del movimiento de unificación nacional. En 1843, un pequeño libro de Georg Beseler proponía una interpretación de la historia del derecho basada en la contraposición irreductible entre derecho del pueblo y derecho de los juristas, acusando a los juristas formados durante siglos en derecho romano de haber expropiado a Alemania de su derecho propio²¹. La recepción del de-

19 El más reciente estudio sobre el tratado de la posesión de Savigny, con exhaustiva bibliografía es el de Kenichi Moriya, *Savignys Gedanke im Recht des Besitzes*, Fráncfort del Meno 2003 (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 164). Pero sobre el impacto de la teoría, la mayor contribución es la de James Q. Whitman, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era. Historical Vision and Legal Change*, Princeton, NJ, 1990.

20 El tema de la posesión y la confrontación entre Savigny y Albrecht será analizado en el capítulo 4 § 1. Para ulteriores detalles, me permito remitir a Emanuele Conte, “*Gewere, vestitura, spolium: un’ipotesi di interpretazione*”, en O. Condorelli, F. Roumy, M. Schmoeckel (eds.), *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, I, *Zivil- und Zivilprozessrecht*, Colonia-Viena-Weimar 2009, pp. 169-191, retomado con ligeras modificaciones en B. d’Alteroche, F. Doumoulin-Auzary, O. Descamps, F. Roumy (eds.), *Mélanges en l’honneur d’Anne Lefebvre-Teillard*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2009, pp. 267-288.

21 Georg Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig 1843. Beseler recoge aquí algunos testimonios de la primera Edad Moderna que lamentan la excesiva injerencia de los profesores de derecho romano en la vida jurídica alemana: en los primeros decenios del siglo XVI los juristas formados en la doctrina italiana habría “expropiado” (*Entfremdung*) al pueblo alemán de su derecho tradicional, véase en particular p. 40-57. Sobre la figura de Georg Beseler, véase Bernd-Rüdiger Kern, *Georg Beseler: Leben und Werk*, Berlín 1982 y las páginas que le dedica Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2ª edición revisada, Göttingen 1967, pp. 408-410.

recho romano en Alemania, que para Savigny había dado lugar a la creación de una ciencia del derecho de fuertes rasgos nacionales, era para Beseler y para los germanistas una verdadera “desgracia nacional” (*Nationalunglück*), puesto que había impedido el libre despliegue del espíritu del pueblo y de su sentido de la justicia.

Reforzada por la ola revolucionaria de 1848 y por el énfasis nacionalista del proceso de unificación alemana, la corriente de los germanistas logró establecer su legitimidad junto a la ya asentada de los romanistas, y una suerte de división se estableció así en el seno de la escuela histórica. En 1880, la revista para la historia del derecho fundada por Savigny se dividió en dos secciones, una dedicada a la historia del derecho romano, y otra al derecho germánico. A los romanistas, que tenían entre sus filas a juristas de la envergadura de Windscheidt o de Bruns, se dejaba el vasto terreno del derecho privado, que estos cultivaron intensamente. A los germanistas, entre los que se destaca de modo absoluto la figura de Otto von Gierke, se les reservaba el derecho público y las prolongaciones de la razón pública en el derecho privado, aquellas que imponían a los individuos reglas de tutela social²². Además de publicar imponentes trabajos históricos, Gierke influyó en el proceso de codificación alemán induciendo sobre todo a moderar el rígido individualismo de los romanistas.

De la historia del derecho germánico a la historia del derecho italiano

Las dos escuelas, que desde el área alemana influenciaban progresivamente en Francia, en Italia y en la península ibérica, proponían dos imágenes muy diversas de la Edad Media. Para los romanistas, lo hemos visto a propósito de Riccobono y de la idea de “tradicción romanista”, se trataba de un período de pasaje a través del cuál el espléndido tesoro del derecho romano había llegado al mundo moderno. Para los germanistas por el contrario, era la edad del resurgimiento de los pueblos, de la creación de instituciones llenas de humanidad y capaces de detener el desenfrenado individualismo que se encarnaba en los ídolos liberales de la propiedad privada como *ius utendi et abutendi* y en la eficacia creadora de la voluntad privada en los contratos y en las obliga-

²² Karl Luig, “Römische und germanische Rechtsanschauung, individualistische und soziale Ordnung”, en *Die deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit. Ihre Vorgeschichte und ihre Nachwirkungen*, J. Rückert y D. Willoweit (eds.), Tübingen 1995, pp. 95-137.

ciones. Propiedad difusa y colectiva, normas de tutela de las partes débiles en los contratos, tutelas reales de los derechos de locación y de las relaciones de trabajo están entre los ejemplos de influencia de la doctrina de los germanistas sobre el derecho privado diseñado por los pandectistas y plasmado en el código alemán de 1900²³.

Si bien en el campo del derecho privado los germanistas se habían limitado a influenciar una trama construida por sus colegas romanistas, en el público, su influencia fue determinante, sobretudo en el plano de la interpretación histórica. Los mismos romanistas que habían considerado eterna la validez del derecho privado romano, estimaban concluida la experiencia del derecho público antiguo²⁴, dejando a la Edad Media el mérito de haber constituido la estructura que regulaba las relaciones de derecho público. En particular, la institución medieval del feudo, con todas sus transformaciones, parecía ser la clave para comprender la evolución del derecho público del fin de la Antigüedad hasta la afirmación de los reinos nacionales.

En Italia se habían sentido los ecos particularmente vigorosos de esta tendencia y en la segunda mitad del 800 las facultades de jurisprudencia comenzaron a crear cátedras dedicadas a la historia nacional durante la Edad Media que imitaban la práctica alemana. Este derecho medieval fue llamado “derecho italiano” por asonancia con las cátedras de *germanisches Recht*, y condujo a una confrontación con las cátedras de derecho romano²⁵. La división de

23 La influencia de la germanística en el derecho privado es analizada magistralmente en el libro clásico de Franz Wieacker, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Fráncfort del Meno 1974.

24 Existían dificultades políticas que impedían a los romanistas “actualizar” el derecho público romano: Alemania estaba aún dividida en principados y si bien podía aspirar a la uniformidad del derecho privado gracias a un grupo de juristas que respondían a un proyecto común, no tenía un estado unificado. Quizás por esto los estudiosos del derecho público romano debieron esperar a la unificación alemana para encontrar al gran maestro que fue Theodor Mommsen, cuya obra maestra fue publicada en 1887. Sobre este punto véase Yan Thomas, *Mommsen et l'Isolierung du droit*, introducción a la reedición francesa de Theodor Mommsen, *Droit public romain*, I, París 1984, pp. 10 y ss.

25 La primera cátedra de “Storia del Diritto” fue instituida en 1857, véase Hans Lentze, “L'insegnamento della storia del diritto nella riforma degli studi universitari promossa dal ministro von Thun e l'istituzione di una cattedra a Pavia e Padova”, *Archivio Storico Lombardo* S. 8,3 (1951-52), pp. 291-306, que observa: “[...] si credeva che il diritto naturale avesse generato dei liberali e si sperava che la storia del diritto avrebbe invece formato dei buoni giuristi conservatori”, p. 292. Véase también, Francesco Calasso, “Il centenario della prima cattedra italiana di storia del diritto” (1957), ahora en Id., *Storicità del diritto*, Milán 1966, pp. 3-24.

los estudios histórico jurídicos en Italia, con la incongruencia de la etiqueta “derecho italiano”, que parecía dejar de lado el derecho romano en la historia de Italia, expresaba bastante correctamente la función que tenía la historia en la formación de los juristas nacionales: los italianos, que durante toda la Edad Media no estuvieron jamás políticamente unidos, habrían sin embargo tenido un derecho nacional que los unía en tanto pueblo, y este derecho habría sido diverso y en ciertos aspectos incluso opuesto al derecho romano, que no habría sido un patrimonio de los italianos, sino un modelo universal capaz de atravesar intacto los avatares de la historia²⁶.

No obstante las incongruencias lógicas de esta sistematización, ella se instaló en la academia y en la producción científica. Así, mientras los romanistas se consagraban a los esquemas de las instituciones, se desplegaron imponentes esfuerzos por construir una “historia del derecho italiano” como si fuese diversa del derecho romano; del derecho público, que era considerado una creación medieval, y del privado, que según algunos era la manifestación de los más antiguos principios que los pueblos germanos compartían, incluyendo aquellos que se habían establecido en Italia²⁷.

Francesco Calasso y el problema histórico del derecho común

Esta división del campo de la historia del derecho entre romanistas e italianistas se consolidó pacíficamente en Italia entre el 800 y el 900, y tuvo influencia en la doctrina del derecho vigente, que entretanto se enfrentaba con la codificación de la unidad de Italia. En un contexto de prevalente influencia de las categorías de la romanística se insinuaban algunas interpretaciones

²⁶ Véase, Emanuele Conte, “Eine Rezeption germanischen Rechts in Italien? Römisch-wissenschaftliches Recht und vulgarrechtliche Tradition in den italienischen Städten des 12. und 13. Jahrhunderts”, *Forum Historiae Iuris* (2004), <http://forhistiur.de/zitat/0411conte.htm>.

²⁷ El académico más conocido de los años entre fin del siglo XIX y comienzos del XX, era Francesco Schupfer, que publicó un tratado sobre el derecho privado medieval en Italia bajo el significativo título de *Il diritto privato dei popoli germanici*, Città del Castelo 1907-1909 (2ª edición 1913-15). Véase Emanuele Conte, “Storia interna e storia esterna. Il diritto medievale da Francesco Calasso alla fine del XX secolo”, *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 17 (2006) (pero publicado en 2007), pp. 299-322, y 301; Emanuele Conte, “Schupfer, Francesco”, en el *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone y M.N. Miletti (eds.), Bologna 2013, t. II, pp. 1829-1831.

innovadoras, que con frecuencia se apoyaban en la historia del derecho germánico (=italiano) e introducían en el sistema algún elemento heterogéneo respecto a las concepciones individualistas dominantes. Así, por ejemplo, en materia de propiedad colectiva²⁸ o de posesión de derechos²⁹ e incluso en la organización corporativa del trabajo, que intentó inspirarse del modelo corporativo medieval³⁰.

Sin embargo, en el campo de la investigación histórico-jurídica, alguna voces se habían alzado para criticar la incongruencia que derivaba de la aplicación a Italia de esquemas que se habían consolidado en Alemania. En 1888, año de la celebración del octavo centenario de la Università di Bologna, Francesco Brandileone asumía la cátedra de Storia del diritto italiano de la Università di Parma y pronunciaba un discurso de apertura íntegramente orientado a superar la artificial separación entre una ciencia jurídica que se quería “romanística” y una experiencia vivida que era considerada “italiana” o “germánica”³¹. Las doctrinas de los juristas medievales, decía Brandileone, no fueron estériles ejercicios de interpretación de los textos antiguos, sino instrumentos eficaces para la transformación de la práctica, del proceso al derecho penal, del derecho privado a la doctrina de la soberanía.

La intuición de Brandileone sería retomada por sus alumnos, y en particular por Francesco Calasso³². Desde los inicios de su actividad académica, Ca-

28 La influencia de la historiografía jurídica en la legislación en tema de usos cívicos y bienes colectivos es delineada por Paolo Grossi, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milán 1977.

29 La teoría germánica de la *Gewere*, institución elusiva en el plano de las fuentes históricas pero muy presente en la manualística sobre el derecho privado medieval, influyó considerablemente la doctrina privatística de la *aparencia del derecho*, que justificaba el poder de actuar en el plano patrimonial y personal a sujetos dotados de una legitimación formal que no coincidía con la titularidad estricta conferida por el derecho. Se hace amplio uso de estas doctrinas en el libro clásico de Enrico Finzi, *Il possesso dei diritti*, Roma 1915 (reedición Milán 1968, con paginación diversa del original y con una introducción de Salvatore Romano). Algunas observaciones sobre el tema en Emanuele Conte, *Gewere, op. cit.*

30 El tema es amplísimo y espinoso. Véase *Korporativismus in den südeuropäischen Diktaturen. Il corporativismo nelle dittature sudeuropee*, A. Mazzacane, A. Somma y M. Stolleis (eds.), Fráncfort del Meno 2005; Irene Stolzi, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milán 2007.

31 Francesco Brandileone, *Scritti di storia del diritto privato italiano*, Bolonia 1931, pp. 1-18.

32 Indicaciones biográficas y bibliográficas en Ennio Cortese, “Calasso Francesco”, en el *Dizionario Biografico degli Italiani*, 16 (1973), pp. 465-469, ahora en Id., *Scritti*, Spoleto 1999, pp. 1389-1393.

lasso se propuso repensar la historia del derecho italiano en torno a un nuevo eje: la edad del derecho común. Ese nacimiento de la ciencia jurídica que para Savigny era el inicio de la segunda vida del derecho romano, era para Calasso un poderoso fenómeno histórico en el que confluían exigencias largamente preparadas y que había alumbrado novedades destinadas a influenciar en toda Europa durante siglos. El derecho, entendido ya como práctica ya como ciencia, debía ser visto como un elemento fundamental de la historia europea. Y el centro de la extraordinaria experiencia histórica del derecho se situaba en el derecho común³³.

Dado que el derecho común era la creación de los juristas medievales, que eran en amplia medida los glosadores y comentaristas del derecho de Justiniano, se consideraba que este era atribución de los profesores de derecho romano, mientras que Calasso enseñaba en una cátedra de Storia del diritto italiano. Tuvo por lo tanto que agregar a su propuesta historiográfica un compromiso académico que lo opuso a sus colegas romanistas y que lo llevo a reconsiderar en profundidad la tradición historiográfica con creciente actitud crítica. En sus obras maestras de la posguerra, Calasso demuestra un conocimiento profundo de la historiografía jurídica alemana, de sus exigencias culturales y de sus senderos académicos. Podía por lo tanto criticar la estructura de base de la disciplina basándose en la alteridad entre derecho romano y derecho germánico, que oponía la doctrina medieval a la práctica según el esquema decimonónico de la lucha entre *Volksrecht* y *Juristenrecht*.

Para Calasso, esta imagen del derecho medieval no podía seguir siendo aceptable. Su principal adversario era el dogmatismo pandectístico que, desnaturalizando el trabajo del historiador, reconstruía instituciones desaparecidas ya con la metodología del jurista puro. La historia de los dogmas jurídicos era para él un *monstrum*³⁴, en tanto se practicaba como reconstrucción de instituciones íntegramente desligadas del contexto social y económico en el que se habían forjado la norma y la interpretación. Indicaba la innatural di-

33 Las enseñanzas de Francesco Calasso se recuerdan de modo explícito en Manlio Bello-mo, "La 'Carta de Logu' di Arborea nel sistema del diritto comune del tardo Trecento", *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 5 (1994), pp. 7-21, y ahora en Id., *Medioevo edito e inedito*, II: *Scienza del diritto e società medievale*, Roma 1997, pp. 149-164. En el mismo volumen, el segundo de los escritos de Bellomo, hay también otras contribuciones importantes que, entre 1980 y el fin de los años 90, desarrollaron la intuición interpretativa de Calasso y su idea del derecho común como punto de observación privilegiado de la historia jurídica europea.

34 Francesco Calasso, "Pensieri sul problema della 'continuità' con particolare riguardo alla storiografia italiana" (1955), hoy en Id., *Storicità del diritto*, Milán 1966, pp. 261-286.

visión alemana entre romanistas y germanistas como una de las causas principales de la falta de historicidad que se observaba en la historia jurídica³⁵, y remontaba hasta la fundación decimonónica de la historiografía jurídica para hallar los orígenes de una metodología que rechazaba, la de los “factores históricos” que habrían constituido nuestra historia del derecho: el elemento romano, el germano, el canónico³⁶. Observaba asimismo que la consecuencia más grave que derivaba de esta situación era la infravaloración absoluta del fenómeno jurídico más importante de la Edad Media: la existencia del derecho común que la historiografía ignoraba como hecho histórico porque estaba tensionada entre la dogmática ahistórica de los pandectistas y el nacionalismo romántico de los germanistas.

La propuesta conservadora de Genzmer y el llamado a la historicidad en Calasso

Aquel día de 1952, cuando Erich Genzmer, último descendiente de la gloriosa escuela de los romanistas alemanes³⁷, exponía frente a los congresistas su propuesta de relance de los estudios de derecho romano en la Edad Media, frente a él se hallaba Francesco Calasso.

Calasso escuchó al colega alemán que, luego de haber descrito las investigaciones sobre el derecho romano en la Edad Media que se habían desarrollado en el precedente siglo, concluía su intervención proponiendo convocar las energías de los estudiosos de Europa para redactar un “nuevo Savigny”, una obra capaz de orientar a los especialistas y a los no especialistas a través de la literatura jurídica medieval, del mismo modo que lo había hecho la gran *Geschichte*. Genzmer no proponía estudiar la vida del derecho en la Edad Media, el uso que la sociedad medieval había hecho de los textos justinianeos, la formación de nuevas legislaciones y de nuevas doctrinas nutridas por los principios que se formulaban en base a los textos romanos. Él quería dar un cuadro “externo” a las obras de la Edad Media que se habían ocupado de derecho romano³⁸.

35 *Ibidem*.

36 *Ibid.*, pp. 532-33.

37 Reinhard Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, Oxford 2001, pp. 33-35.

38 Genzmer lo afirma explícitamente (pp. 437-438 del texto citado): “Las propuestas que lo delineaban no se alejan demasiado del ámbito de la así llamada historia externa del derecho...”.

El uso del término “externo” no es casual. La distinción de la historia jurídica en dos grandes filones, la historia interna del derecho y su historia externa, era una premisa importante del método histórico de Savigny, que había sido formulada por su maestro, Gustav Hugo³⁹, quien la había a su vez retomado de la terminología propuesta por Leibniz en el siglo XVII, pero cambiando sustancialmente el sentido. Así, en 1799, Hugo proponía ocuparse de la historia jurídica, separando la historia externa de la interna: la primera aludía a la tradición literaria de las leyes y de las obras interpretativas, la segunda al desarrollo de los “principios” del derecho⁴⁰. Para Leibniz por el contrario, el derecho era un fenómeno complejo, hecho de una trama de fuentes, interpretaciones, instituciones o “principios”, y la historia externa era la historia política, social, económica, en la que el derecho se movía con su propia gramática⁴¹. La idea histórica del derecho estaba, en definitiva, para Leibniz, caracterizada por el fuerte dinamismo del derecho y por la necesidad de conocer las relaciones del derecho con la sociedad, y no autorizaba a separar la historia de las fuentes de la historia de las instituciones jurídicas⁴².

Gustav Hugo reelaboró la vieja distinción, probablemente de modo plena-

39 El valor metodológico de la distinción ha sido estudiado por Luigi Raggi, “Storia esterna e storia interna del diritto nella letteratura romanistica”, *Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano*, 62 (1959), pp. 199-222, ahora en Id., *Scritti*, Milán 1975, pp. 73-101. Raggi no parece conocer el artículo fundamental de Taranowsky, “Leibniz und die sogenannte äußere Rechtsgeschichte”, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, 27 (1906), pp. 190-233, que reconstruye con precisión la formación histórica de la distinción y su fortuna en Alemania. Ambos trabajos son en verdad complementarios.

40 Gustav Hugo, *Lehrbuch eines zivilistischen Kursus*, 2ª edición, III:, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, Berlín 1799, §§ 4-5, pp. 2-3, en donde define la historia externa, la “äußere Rechtsgeschichte” en el sentido precisado por Hugo. Para una cronología de las obras de Hugo y ulteriores reflexiones sobre este punto, véase Cristina Vano, “Il nostro autentico Gaio”. *Strategie della scuola storica alle origini della romanistica moderna*, Nápoles 2000, pp. 11-12.

41 Gottfried Wilhelm Leibniz, *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*, en G.Th.G. Leibnitii..., *Opera omnia*, Genevae, apud Fratres de Tournes 1768, t. IV, pars tertia, pp. 159-252. La epístola dedicatoria es de 1668. En p. 191-198, Leibniz prevé entre otras cosas redactar una suerte de historia comparada de las fuentes y de las instituciones jurídicas que ven la luz después de la compilación justiniana.

42 La distinción de Leibniz, observaba Taranowsky, “Leibniz...”, *op. cit.*, pp. 193-94, no identificaba una historia de las fuentes como ámbito de estudio independiente, sino que por el contrario incitaba al historiador del derecho a ampliar el propio horizonte de investigación hasta el ambiente externo de los cambios jurídicos.

mente consciente, para adaptarla a una idea totalmente diversa de historia jurídica. Proponiendo a los historiadores del derecho tratar separadamente la historia de los textos, les sugería afinar la propia competencia filológica, que en verdad alcanzó rápidamente un altísimo nivel, pero al mismo tiempo se daba como objetivo consentir a la naciente escuela histórica aislar un objeto abstracto: un derecho puro, que podía estudiarse aún separadamente de los avatares históricos en los cuales este era pensado, promulgado, utilizado. Genzmer reformulaba este tipo de “historia externa” como una tarea de los medievalistas, y pensaba evidentemente dejar a los romanistas el análisis “interno” de las instituciones jurídicas romanas, libres del fastidio de deber lidiar con las condiciones históricas que solicitaron su aplicación.

Las premisas culturales y los motivos académicos que incitaron a Genzmer a formular su propuesta eran claros para Calasso, que había pasado veinte años combatiéndolos y había cosechado los frutos de su trabajo en un voluminoso libro publicado un año antes del encuentro florentino⁴³. Su respuesta fue por lo tanto clara, y contiene todos los principales elementos sobre los que había fundado su propuesta historiográfica⁴⁴.

Calasso consideraba inaceptable la idea según la cuál el problema histórico del derecho común pudiese ser reducido al “destino del derecho romano después de la caída del Imperio”. Esta limitación artificial era la que había condenado a los historiadores del derecho al progresivo alejamiento entre cultura histórica y cultura jurídica: “Sería una tarea vana y de pura academia si nos limitásemos a hacer proyectos de estudio, de bibliografía, de edición, a crear de este modo instrumentos de trabajo, lo que sería sin duda de gran mérito, pero estéril, y que nos dejaría encerrados en el *hortus conclusus* de cuyos confines nos lamentamos, si no nos entendiésemos en primer lugar sobre el objetivo de nuestro trabajo, es decir, en beneficio de qué construcción estos instrumentos serán usados”⁴⁵.

El rol histórico del derecho común no podía por lo tanto reducirse al que habían delineado en primer lugar Vinogradoff, luego Riccobono y finalmente Koschaker, que había auspiciado el retorno a una especie de *usus modernus pandectarum* que permitiese, una vez adaptado a las nuevas ins-

43 Francesco Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Milán 1951.

44 Su intervención fue dada a la imprenta en el mismo volumen de la *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, 1 (1948), pp. 441-463, con el título “Il problema storico del diritto comune e i suoi riflessi metodologici nella storiografia giuridica europea”, ahora en Francesco Calasso, *Storicità del diritto*, Milán 1966.

45 *Ibid.*, p. 442.

tancias, reinsertar el derecho romano en la corriente viva de la ciencia jurídica moderna”⁴⁶.

El conocimiento histórico del derecho común, concluía Calasso, significaba algo completamente diferente: implicaba estudiar la función que tuvo en la sociedad medieval, la trama que se tejía con las fuentes del *ius proprium*, la adaptación a las exigencias de una economía cambiante. La tarea del historiador no es por lo tanto la de la descripción de la evolución abstracta de las instituciones jurídicas, sino el estudio de las mil relaciones que ligán el derecho a la sociedad, es decir, a la vida concreta de los hombres que lo formulan, lo interpretan, lo practican y lo padecen.

Calasso repetía estas cosas desde hacía decenios, sin ser siempre escuchado. En Florencia por ejemplo, su ataque a la propuesta de Genzmer no impidió a sus colegas dar vida al proyecto del “nuevo Savigny”. Con el título de *Ius Romanum Medii Aevi* este fue publicado por el editor milanés Giuffrè en pequeños fascículos redactados por diversos autores. Calasso no participó en la empresa, pero los pequeños volúmenes fueron editados durante veinte años, entre 1961 y 1981, y no se puede en verdad decir que se hayan alcanzado los objetivos propuestos en 1952, ni que estos textos hayan remplazado al viejo y glorioso Savigny.

Fortuna e infortunio de la propuesta de Calasso

La propuesta historiográfica de Calasso no había sin embargo pasado desapercibida y acabó siendo determinante en los destinos de la historiografía jurídica. No todos supieron cambiar sus viejos reflejos, pero muchos, entre los alumnos de Calasso y entre sus colegas, comenzaron a leer las fuentes del derecho común con otros ojos. La glosa, los comentarios, los tratados, ya no eran considerados puramente “derecho culto”, “gelehrtes Recht”, es decir, un derecho alejado de la realidad⁴⁷, sino un instrumento fundamental para la comprensión de la complejidad de un momento en el que la cultura jurídica traducía las estructuras más importantes de la sociedad europea. Así, duran-

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 449-450.

⁴⁷ Kenneth Pennington, “Learned law, droit savant, gelehrtes Recht: The Tyranny of a Concept”, *Syracuse Journal of International and Commerce Law*, 20 (1994), pp. 205-215 y *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 5 (1994), pp. 197-209, disponible en <http://faculty.cua.edu/pennington/learned.htm>.

te algunos decenios, la actividad de los mejores historiadores del derecho, en Italia y en otros países europeos, se dirigió a elucidar las doctrinas de los juristas medievales, fuesen estos civilistas, canonistas, feudistas o, como sucedía con cierta frecuencia, las tres cosas a la vez⁴⁸.

No obstante esto, los viejos defectos de la historiografía jurídica siguen siendo difíciles de superar. Después de la prédica de Calasso se siguen aún publicando estudios exclusivamente exegéticos de juristas medievales como si sus doctrinas no hubiesen tenido ningún contacto con las tensiones de la historia. Se siguen intentando formular diseños de pura “historia literaria” de los glosadores y comentadores, como si la producción y la difusión manuscrita e impresa de obras jurídicas no tuviese nada que ver con el contenido técnico de estas obras. Se propone incluso, aunque con una terminología cautivante, una visión del orden jurídico medieval en la que los motivos de la unidad se subrayan a punto de cancelar la dinámica histórica que induce al derecho a responder a la sollicitación de la sociedad. De este modo, en un libro de fausto destino, Paolo Grossi presenta un diseño de singular estabilidad de mil años de historia del derecho medieval, en el cual una civilización unitaria se afirmaría en Europa, en primer término a través del valor normativo del hecho consuetudinario, y luego con la contribución de los juristas solo formalmente respetuosos de las normas de Justiniano y de los papas legisladores, pero en realidad dispuestos a revestir de “validez” los componentes de la “fundación estable de la sociedad toda”⁴⁹.

Pero las sociedades que han vivido en la historia estaban hechas de hombres y mujeres que se aliaron y se combatieron, que enfrentaron situaciones difíciles y aprovecharon oportunidades, que usaron las reglas del derecho para alcanzar los propios objetivos de conservación o de cambio. La división de un “orden” estable que expresa la “mentalidad” profunda de una sociedad entera no hace justicia a esta dinámica íntima de la historia: revela más bien la sobrevivencia de los esquemas tradicionales de la historiografía jurídica, que resisten aún a pesar del magisterio de Calasso⁵⁰. En particular, la imagen

48 Un rápido esquema de la historiografía, de Calasso en adelante, se puede encontrar en Emanuele Conte, “Storia interna...”, *op. cit.* Para mayores detalles, véase Ennio Cortese, “Esperienza scientifica. Storia del diritto italiano”, en *Cinquant’anni di esperienza giuridica in Italia*, Milán 1982, pp. 785-858, ahora en Id., *Scritti, op. cit.*, pp. 619-690.

49 Paolo Grossi, *L’ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1995, p. 115 (traducción española con prólogo de Francisco Tomás y Valiente, Madrid 1996).

50 Para un comentario crítico del libro de Paolo Grossi, véase Emanuele Conte, “Droit médiéval. Un débat historiographique italien”, *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 57

de una Edad Media “sapiencial”, que procuraba dar una vestidura doctrinal a las creaciones de la costumbre, postula nuevamente la existencia de ese derecho profundo, radicado en los pueblos, que los germanistas contraponían al derecho culto y racional de los juristas. Esta visión, en definitiva, no ayuda a interpretar las relaciones varias, complejas y contradictorias entre la doctrina de los juristas, las intervenciones de los legisladores y las exigencias de la práctica durante los siglos del “derecho común clásico”, aquellos que van desde la mitad del siglo XII a la mitad del siglo XIII.

Doctrinas jurídicas y dinámicas sociales: el ejemplo del proceso

La doctrina jurídica elaborada por los maestros de la Edad Media en base a los textos normativos que ellos mismos habían ordenado y fijado fue en verdad protagonista esencial de una dialéctica social compleja y tensa que, precisamente en los años del derecho común clásico, mostraba una sociedad en fuerte mutación. Las doctrinas de los juristas participaron con tanta intensidad en la dinámica de los siglos XII y XIII que sería difícil comprender plenamente los profundos contrastes que caracterizaron a los siglos de la baja Edad Media prescindiendo del conocimiento técnico de las argumentaciones ofrecidas por los juristas, que fueron teóricos en las aulas universitarias y prácticos en los tribunales.

En los capítulos de este libro se ofrecerán ejemplos de la intensa participación de la doctrina en la historia política, económica y social, y en primer lugar sobre el cambio que se produjo en el rito procesal, que en la primera mitad del siglo XII vio converger las aspiraciones de la Iglesia gregoriana, de los primeros expertos en derecho romano y de las primeras comunas italianas. Según el relato célebre del teólogo inglés Radulfus Niger, la necesidad de superar los procedimientos irracionales basados en el juramento puro, en el duelo y en otras pruebas ordálicas, habría incitado a buscar los textos de Justiniano, que proponían un proceso racional y conforme a la *veritas*⁵¹. Es probable que la indicación de Radulfus sea fundada, puesto que en efecto entre

(2002), pp. 1593-1613, traducido con modificaciones en Id., “Storicità del diritto. Nuovo e vecchio nella storiografia giuridica attuale”, *Storica*, 22 (2002), pp. 135-162, <http://www.viella.it/toc/133>.

⁵¹ El pasaje de los *Moralia Regum* del teólogo inglés fue editado por Hermann Kantorowicz, “An English Theologian’s View of Roman Law: Pepo, Irnerius, Ralph Niger” (1943), ahora en Id., *Rechtshistorische Schriften*, Friburgo 1970, p. 242.

las primeras glosas redactadas a las *Institutas* y al *Codex* muchas conciernen el título *de actionibus* del primero y el *de edendo* del segundo, ambos dedicados a la introducción ritual del juicio. Las doctrinas que se construían comentando estos textos impactaban inmediatamente en la práctica: en Roma, en donde se afirma la doctrina gregoriana del primado de la sede apostólica incluso en materia judicial, la renovación del proceso fue evidente y precoz⁵². Pero los antiguos principios codificados por Justiniano renovaron el proceso incluso en el ámbito laico: en Roma, durante el prodigioso *revival* ligado a la refundación del Senado en 1143⁵³, en la Milán del siglo XII estudiada por Antonio Padoa-Schioppa⁵⁴, en Pisa, a la que dedicaron estudios ya clásicos Gioacchino Volpe y Amerigo d'Amia⁵⁵ y a la que Claudia Storti-Storchi⁵⁶ ha consagrado un trabajo sobre el texto del *constitutum* y Chris Wickham una discusión de conjunto⁵⁷.

En Pisa, en Roma, en otros centros de Italia, se incrementaba la atención por el sistema judicial, dando nueva vida al sistema antiguo de las *actiones*, que Justiniano había insertado en las *Institutas* con intenciones más didácticas que prácticas dado que en su tiempo, el proceso no requería en verdad un formalismo rígido como el previsto por las acciones clásicas. Así, las *Institu-*

52 Este punto será desarrollado con más detalles en el capítulo 3.

53 Luego de Johannes Fried, "Die römische Kurie und die Anfänge der Prozeßliteratur", *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung*, 59 (1973), pp. 151-174, véase Giovanni Chiodi, "Roma e il diritto romano: consulenze di giudici e strategie di avvocati dal X al XII secolo", en *Roma fra Oriente et Occidente, Settimane di studio del Centro Italiano di studi sull'alto Medioevo*, Spoleto, 49 (2002), pp. 1141-1245. Ahora también Emanuele Conte, "Il Digesto fuori dal Digesto", en *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, A. Padoa Schioppa y D. Mantovani (eds.), Pavia 2014, pp. 277-298.

54 Antonio Padoa-Schioppa, "Aspetti della giustizia milanese dal X al XII secolo", en *Atti dell'XI Congresso internazionale di Studi sull'alto Medioevo*, Spoleto 1989, I, pp. 459-549; Id., "Note sulla giustizia milanese del secolo XII", ahora en A. García y García y P. Weimar (eds.), *Miscellanea Domenico Maffei dicata: Historia-ius-studium*, Goldbach 1995, vol. 4, pp. 219-230; Id., "La giustizia milanese nella prima età viscontea", en *Ius Mediolani. Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milán 1996, pp. 1-46.

55 Amerigo D'Amia, *Diritto e sentenze in Pisa ai primordi del rinascimento giuridico*, Pisa 1960; y los estudios recogidos en Amerigo D'Amia, *Rinascenza pisana del diritto e di cultura e d'arte. Rivelazioni storiche romanistiche sull'ordinamento giuridico e giudiziario, da sentenze del sec. XIII*, Pisa 1975.

56 Claudia Storti Storchi, *Intorno ai Costituti pisani della legge e dell'uso (secolo XII)*, Nápoles 1998.

57 Chris Wickham, *Legge, pratiche e conflitti. Tribunali e risoluzione delle dispute nella Toscana del XII secolo*, Roma 2000, pp. 185-278.

tas contenían un largo título dedicado a pensar un catálogo riquísimo de fórmulas con las cuales en la edad clásica el actor podía dirigirse al magistrado para reclamar justicia. Ignorado por la práctica de su tiempo, este clasicismo justineano fue aplicado seis siglos después en las cortes laicas y eclesiásticas del siglo XII con resultados relevantes para la formación de grupos de juristas técnicos⁵⁸. Pero el esquema de las acciones ofreció existencia jurídica solamente a las aspiraciones subjetivas que el ordenamiento justineano había dotado de una acción típica. Puesto que la acción no es otra cosa que el derecho a demandar en justicia los propios derechos –tal y como enseñaban los primeros glosadores siguiendo un célebre pasaje de las *Institutas*⁵⁹–, el acceso a la justicia estaba condicionado por la *causa petendi*, es decir, por la justificación sustancial del derecho subjetivo que había sido perturbado y que se pedía restaurar. Era por lo tanto indispensable interpretar la realidad económica y social a la luz de las instituciones jurídicas romanas, porque sólo una correcta lectura jurídica del hecho permitía recurrir a la acción apropiada que se había de presentar ante el juez.

Se puede tomar como ejemplo un tema de gran difusión en la Italia medieval a partir del siglo XII: el recurso a los interdictos posesorios que, en el cuadro riguroso del proceso romano, consentían una solución de los conflictos –al menos interlocutoria– sobre la base de medios de prueba simplificados. Los interdictos posesorios sólo incumben a quien pueda demostrar la posesión de buena fe de una cosa material –una *res habilis*, es decir, apta para ser poseída– y esté en grado de invocar un título que justifique al menos subjetivamente esta posición. En ausencia de alguno de estos elementos, el demandado podrá objetar que la acción había sido intentada de modo incorrecto, e inducir al juez a la interrupción del proceso. O bien, aún cuando la situación del actor pueda calificarse como posesión verdadera según las categorías romanas, el demandado podrá interponer una excepción según la cuál el interdicto solo puede ser concedido en caso de espolio violento o de consistente amenaza al goce pacífico de un bien. Razonamientos análogos podrían formularse para decenas de acciones propuestas por las *Institutas* y por las numerosas obritas compuestas sobre el tema por los juristas del siglo XII y destinadas a la práctica.

⁵⁸ Véase, sobre la formación de los juristas profesionales, James A. Brundage, *The Medieval Origins of the Legal Profession. Canonists, Civilians, and Courts*, Chicago-Londres 2008.

⁵⁹ I.4.6 pr.

Se trata de un sistema en profundo contraste con los principios elaborados en la alta Edad Media, cuando la racionalidad había conservado un rol limitado en el proceso, y este tendía sobre todo a evitar las enemistades y a promover la *pax* entre las partes, casi siempre de forma independiente de un cuadro de derechos sustanciales y de los ritos correspondientes⁶⁰.

Nuevos textos y nuevas doctrinas para una sociedad que cambia

Un éxito práctico de esta envergadura hubiese sido imposible sin otra novedad de las escuelas jurídicas del siglo XII: la estabilización del texto normativo. Atraída sobre todo por la reaparición del inmenso *Digestum* de Justiniano, la historiografía jurídica no ha evaluado con suficiente atención el profundo cambio de actitud frente al texto normativo que marcaba el proceso de re-descubrimiento y reconstrucción de los textos de derecho romano. Luego de siglos durante los cuales las normas escritas circularon de manera fluida y desigual, con interpolaciones, adaptaciones, omisiones; después de que los textos normativos hubiesen puesto juntos fragmentos bíblicos y patrísticos, cánones conciliares, normas de soberanos laicos, textos extraídos del *Corpus iuris* de Justiniano, componiéndolos en ordenes diversos y con las presencias y ausencias que caracterizan a cada manuscrito singular, la *renovatio* de los libros justinianeos vuelve a un texto uniforme, que se transmite de copia en copia. Los escribas de los libros de derecho romano se limitaron a reproducir el texto como era, no introdujeron normas que le eran ajenas, como siempre se había hecho, no omitieron normas incomprendibles o contradictorias entre si, no soslayaron lo que no entendían; se limitaron en definitiva a reproducirlo para que fuese la escuela la que resolviese las antinomias.

Esta estabilización del texto es en efecto la premisa indispensable para que se pueda desarrollar una *scientia* del derecho en el sentido medieval: es decir una ciencia que se aplica ante todo a esclarecer el sentido del texto y a conciliarlo con otros textos de similar autoridad, pero aparentemente contrarios. Esta es la principal tarea de los glosadores, y de este trabajo comienzan a emerger reglas generales que constituyen el núcleo de la nueva ciencia.

⁶⁰ Véase, François Bougard, "Rationalité et irrationalité des procédures autor de l'an mil: le duel judiciaire en Italie", en *La justice en l'an mil. Actes du Colloque de Paris, 12 mai 2000*, París 2003, pp. 93-122.

El éxito de esta ciencia fue tal que, luego de pocos años, se produce un texto estable también para el derecho canónico, identificándolo de modo un poco fortuito con el *Decretum* de Graciano. Así, tanto el derecho laico como el eclesiástico nacen como ciencia estabilizando y delimitando los propios textos de trabajo. Las normas jurídicas pueden encontrarse solo *en el interior* del texto, y en él, el jurista sabrá hallar las soluciones a todos los problemas planteados por la práctica, hasta proclamar orgullosamente como Accursio que “*omnia in corpore iuris inveniuntur*”.

El derecho común se edifica sobre la base sólida de dos compilaciones prestigiosas y estables, a las que sólo durante el siglo XIII se agregan nuevos conjuntos normativos. Y estos textos que recogen las nuevas normas de los papas o las constituciones de los soberanos también se promulgan y reproducen en forma estable y a ellos se agrega inmediatamente el comentario de los juristas de escuela, que redactan *glossae*, *summae* y *distinctiones*.

Estas obras que reclamarán para sí la altísima autoridad de la norma no permanecen encerradas en el ámbito escolástico, ofrecen por el contrario *argumenta* a una práctica ya encuadrada en el sistema procesal romano-canónico, fundado en la confrontación de las razones de las partes en litigio. Así, el derecho romano renovado está muy lejos de evocar simplemente el ordenamiento de Roma, se trata de un depósito inagotable de argumentaciones elaboradas en teoría y experimentadas en la práctica, que tuvieron con frecuencia la fuerza de cambiar eficazmente situaciones de poder consolidadas desde hacía siglos.

Tomemos un ejemplo que anticipa un tema que se tratará más ampliamente en un capítulo ulterior. Por algunos decenios, entre el fin del siglo XII y la primera mitad del XIII, los civilistas criticaron en sus obras algunos aspectos de la disciplina vigente de la así llamada “servidumbre de la gleba”. En particular, coincidieron en desaprobación una regla consuetudinaria comúnmente aceptada y codificada en el derecho lombardo y en muchos estatutos urbanos según la cuál al campesino que hubiese permanecido en estado de semi-libertad por más de treinta años se le negaba la facultad de dejar la tierra y el servicio del señor. Una norma que los glosadores interpretaron como la adquisición de un *status* subordinado y por lo tanto deteriorado con respecto a una posición anterior, que le imponía el solo paso del tiempo.

A pesar de estar legitimada por la costumbre, la regla chocaba con un principio general que los glosadores habían deducido de un pasaje –en verdad no muy explícito– del *Codex* del emperador bizantino. Por lo tanto, los juristas

sostuvieron que para perjudicar la libertad de un individuo libre no bastaba el transcurrir del tiempo; era necesaria una explícita declaración de voluntad del interesado, a la cuál se agregaba luego el tiempo transcurrido como confirmación. Esto era así, decían, porque la libertad es demasiado preciosa para ponerla a riesgo, es *res favorabilis* y debe en consecuencia ser tutelada por todos los medios posibles. La crítica dio sus frutos y algunos corrigieron la disciplina de la servidumbre *ex tempore* haciendo que en ciertos casos los procesos se resolviesen a favor de los campesinos porque sus señores no fueron capaces de probar la declaración de voluntad de adquirir la condición semi-servil⁶¹.

Los civilistas y canonistas modificarán también otras prácticas profundamente arraigadas. El consenso crítico de los civilistas frente a la atribución de derechos a las cosas inanimadas hizo que la regla general vigente en la alta Edad Media se transformase en una rareza que debía ser recordada como hecho curioso en la historia del derecho. La teoría de Mosè, obispo de Ravena, que en la mitad del siglo XII sostuvo que los bienes de un monasterio eran propiedad de sus muros y no de las personas que allí se congregaban fue descrita como estrafalaria. Fueron los glosadores civilistas los que cubrieron de insultos la lectura propuesta por el antiguo prelado, que en realidad expresaba sencillamente la forma de la propiedad eclesiástica practicada en la alta Edad Media y aceptada por Justiniano, que durante siglos había conferido bienes eclesiásticos a las iglesias, a los altares, a las reliquias de un santo. Pero los civilistas, auténticos intérpretes de una sensibilidad nueva, no podían aceptar que se atribuyesen derechos a seres privados de *animus* y de voluntad, porque todo el derecho había sido hecho para el hombre, como por otra parte la entera creación que le había sido entregada por Dios. Se trata de una de las manifestaciones del “humanismo medieval” que hacen de la cultura urbana italiana de los siglos XII y XIII el precedente más relevante de la renovación humanista que en estas mismas ciudades florecería durante el siglo XV, fundando sobre la recuperación de lo antiguo una cultura nueva.

En todos estos casos por lo tanto, los juristas ciudadanos de la Edad Media italiana no fueron notarios pasivos de la mentalidad jurídica medieval ni se limitaron a conferir “validez” a instituciones ajenas del derecho común que se habían impuesto en razón de su “efectividad”. Fueron por el contrario intelectuales lúcidos de un mundo que quería romper con la tradición, y

61 Véanse algunas fuentes en Emanuele Conte, *Servi medievali. Dinamiche del diritto comune*, Roma 1996, pp. 96-116 y el capítulo 5 de este libro.

que en ciertos aspectos lo logró. Fueron también, por oportunidad y obligación profesional, defensores de los viejos poderes consolidados que, luego de un primer desconcierto y parcial derrota, se reorganizaron y reconquistaron muchos espacios perdidos. Y lograron esto con la ayuda de los juristas, que elaboraron para ellos *argumenta* con los que defenderse y atacar en juicio.

Por una historia del derecho medieval en el siglo XXI

Nacida con Savigny como historia literaria del derecho romano en la Edad Media, enriquecida por los germanistas con el recurso a los actos de la práctica y al derecho público y feudal, renovada por Calasso para integrar en un único proyecto histórico la ciencia y la práctica, el derecho público y el privado, la historia del derecho se ha centrado por dos siglos en la Edad Media. Hoy, sin embargo, los historiadores del derecho que enseñan en las universidades tienden a dejar de lado este periodo para concentrarse en siglos más cercanos. Por una parte, consideran que los juristas se interesan instintivamente más por la historia moderna y contemporánea, por otra rechazan abrazar las competencias técnicas que las fuentes medievales requieren para su comprensión en razón de una tradición compleja y difícil, de su conservación manuscrita o de imprenta de antiguo régimen tipográfico.

Por cierto, si la historia del derecho se entiende como dogmática ordenada históricamente como preludeo al derecho vigente, como habían querido los romanistas reunidos en Florencia en 1952, entonces no valdría la pena entrar fatigosamente en el lenguaje del derecho medieval, ni indagar en sus fuentes con la exigencia de una formación filológica, ni reconstruir razonamientos escolásticos lejanos en el tiempo y ajenos a nuestra mentalidad. Para una historia del derecho hecha a medida de las breves e inútiles “premisas históricas” que se anteponen en los tratados de derecho, la Edad Media puede en efecto ser dejada de lado en beneficio de los siglos XIX y XX que, en efecto es necesario conocer para trabajar técnicamente con las normas vigentes hoy, mientras que el mundo del derecho medieval podría ser abandonado útilmente a los historiadores no juristas de la sociedad y de la cultura medieval, que en ciertos casos se ocupan correctamente de interpretar fuentes e instituciones jurídicas.

Era precisamente esta absorción de la historia del derecho en la historia general que proponía Arnaldo Momigliano cuando tomó la palabra en el gran encuentro de 1966 dedicado a la “historia del derecho en el cuadro de

las ciencias históricas”. Frente a una platea constituida por historiadores del derecho, el gran filólogo e historiador de la literatura debió sentir un considerable placer al iniciar con estas palabras: “Imagino –quiero imaginar– que estamos aquí para celebrar un hecho histórico de considerable importancia, el fin de la historia del derecho como rama autónoma de la investigación histórica”⁶².

Momigliano tenía razón, incluso si los historiadores del derecho no desaparecieron en 1966. Tenía razón en lo que respecta a la integración necesaria del fenómeno jurídico en las dinámicas de la sociedad, de la economía, del poder y de la cultura. No se puede hacer la historia de un derecho aislado y auto-suficiente porque la historia existe sólo como sistema de relaciones dinámicas entre los hombres y la sociedad que constituyen. En este sentido, como quería Momigliano, sería auspicioso proclamar el fin de una “historia del derecho medieval” para remplazarla, como hacen hoy algunos títulos de importantes manuales italianos por “el derecho en la historia medieval”⁶³. Por otra parte sin embargo, precisamente porque el derecho no es una técnica fría y aislada, sino un protagonista de primer orden de la dinámica de la historia, no es posible comprenderla sin el manejo de una gramática fundamental, de una articulación específica interna que se aplica luego al mundo económico y social en el momento de la legislación y de la práctica de la justicia. El historiador debe por lo tanto hacerse jurista para entrar en los complejos razonamientos técnicos que tenían tanta relevancia concreta, es decir, histórica, en la vida de las personas y de la comunidad. Y deberá ser filólogo, porque los textos en los cuales se hallan estos razonamientos deben ser investigados, criticados, enmendados, editados, si se quiere que el razonamiento del historiador sea correcto y satisfactorio.

62 Arnaldo Momigliano, “Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi”, en *La scienza del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Florencia 1966, pp. 21-37. Momigliano insiste: “Di fatto la eliminazione della storia del diritto come storia indipendente mi sembra sia ormai scontata [...] Si può oggi pensare che la storia della letteratura, la storia dell’arte, la storia della scienza e la storia della religione possano conservare una qualche autonomia, in quanto radicate in diverse attività degli individui. Non si può pensare a una autonomia della storia del diritto che è per sua natura formulazione di rapporti sociali radicati in molteplici attività umane”, p. 23.

63 Me refiero a los manuales de Ennio Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, Roma 1995 y Antonio Padoa-Schioppa, *Il diritto nella storia europea*, Bolonia 2007. En la misma línea, véase también el nuevo manual de Manlio Bellomo, *Società e diritto nell’Italia medievale e moderna*, Roma 2002.

Necesitamos, en otras palabras, más historia y más derecho para hacer una historia del derecho. Quizás entonces no sólo los historiadores sino también los juristas –de profesión y de formación– se interesarían más por la historia jurídica medieval, que está en el centro de su cultura desde los tiempos de Savigny y que hoy presenta un modelo importante de relación entre derecho y sociedad porque trata los sistemas jurídicos vigentes antes de la nacionalización de los ordenamientos y de la concentración del poder en los Estados nacionales. Se ocupa de la gran cultura europea, de un horizonte ideal compartido del Atlántico a los Urales y del Mediterráneo al Mar del Norte, de una miríada de derechos locales y de un sistema de conceptos unitario, de la integración de pueblos ya instalados y de movimientos de migración, de una economía en desarrollo impetuoso, de tensiones sociales fuertes y de poderosas resistencias conservadoras. Trata en efecto de un mundo que es el nuestro y ejerce a la vez la fascinación de lo lejano y diverso. Vale la pena mirar con atención ese mundo, todavía, y quizás hoy aún más que antes.

La institución del texto jurídico entre el siglo XI y el XII

Hemos visto en el primer capítulo que la historia del derecho medieval ha estado marcada de forma intensa por las ideologías jurídicas y políticas de los siglos XIX y XX. Por motivos diversos, este condicionamiento ideológico ha inducido a hacer del *Corpus iuris civilis* de Justiniano el protagonista indiscutido de esta historia. El conocimiento y el estudio de la compilación bizantina, que recogía para el futuro gran parte de los textos a través de los cuales conocemos el derecho romano, fue considerado como la premisa indispensable de la existencia de una ciencia del derecho que no podía más que fundarse en aquel texto prodigiosamente transmitido a la Edad Media y luego al mundo moderno.

Pero la historia de ese texto se puede también mirar con otros ojos. Su reaparición en las manos de maestros, abogados y jueces del siglo XII no fue sólo un hecho afortunado, sino el resultado de una fatigosa reconstrucción que respondía a la necesidad de fundar un derecho adaptado al nuevo milenio que se acababa de inaugurar. Este derecho nuevo exigía un texto estable y no susceptible de ser modificado, fijado para siempre por una autoridad indiscutible, y la compilación justiniana, no obstante sus defectos y sus carencias, podía responder a esta exigencia.

Se trató por lo tanto de un cambio sustancial con respecto a los siglos precedentes, a tal punto que se puede decir que constituye uno de los fundamentos de la idea de derecho que sentimos aún hoy como nuestra.

Historia del derecho e historia del texto justiniano

La historiografía jurídica no ha dejado de interrogarse durante dos siglos por el problema que se suele llamar “de la continuidad”¹: es decir, las vías que

¹ Además de las referencias bibliográficas ya citadas, véase Francesco Calasso, “Pensieri sul problema della *continuità*”..., *op. cit.* p. 525-526, nota I. Para una orientación

atravesó el derecho de la edad clásica, en sus diversas expresiones –legislación, doctrina, manuales de instituciones– y se transmitió a la Edad Media hasta constituir el fundamento del derecho medieval, luego moderno y finalmente contemporáneo.

La sobrevivencia del derecho romano por más de quince siglos luego de la muerte del organismo público que lo había producido era presentada, hace casi un siglo, por Paul Vinogradoff, como el problema más importante y enigmático de toda la historia². Lo que puede parecer, en efecto, una exageración de jurista. No desprovista sin embargo de una cierta verdad sugestiva: el mismo Vinogradoff en su célebre texto de introducción al estudio del derecho romano en la Edad Media calificaba al derecho romano medieval de fantasma que sobrevivió a la “desaparición del cuerpo en el cuál vio por primera vez la luz”.

Un fantasma quizás, pero muy activo y presente en la civilización europea. Un fantasma que se resiste a aceptar la propia naturaleza de espíritu, ya que no cesa de intervenir y orientar a juristas y legisladores, condicionar jueces y asustar a generaciones de estudiantes de derecho que continúan preguntándose porqué un jurista del siglo XXI debe formarse aprendiendo las instituciones de un Estado que existió hace dos milenios.

Por otra parte, las modas románticas de los siglos XIX y XX habían incitado a grandes juristas a convocar espíritus: el del pueblo, el *Volkgeist*, que anima las instituciones jurídicas nacionales; el del derecho romano, que Rudolph von Jhering evocó en las páginas de un libro célebre³. Los dos siglos que vieron la más alta afirmación y la más profunda crisis de la estructura nacional de los estados, representaron el derecho, la lengua, la literatura y el

general, véase Peter Weimar, “Die legistische Literatur der Glossatorenzeit”, en *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Rechtsgeschichte*, H. Coing (ed.), I, 1973, pp. 129-260, pp. 132-136, con bibliografía; Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit...*, op. cit., 2ª edición, Göttingen 1967, pp. 43-45; y Hans Thieme, “Kontinuität-Diskontinuität in der Sicht der Rechtsgeschichte”, en Id., *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte. Gesammelte Schriften*, Colonia-Viena 1986, pp. 63-79. Útil sobretodo en razón de la bibliografía exhaustiva, Giovanni Cassandro, “Eclissi e rinascita del diritto romano”, en *La Storia*, I, *Il Medioevo*, I, Turín 1988, ahora en Id., *Lex cum moribus. Saggi di metodo e di storia giuridica meridionale*, Bari 1994, I, pp. 223-256.

² El pequeño volumen de Paul Vinogradoff, *Roman Law in Medieval Europe*, Londres 1909, fue traducido por Salvatore Riccobono con el título *Il diritto romano nella Europa medievale*, Palermo 1914, 2ª edición, Milán 1950.

³ Rudolph von Jhering, *Geist des römischen Rechts* (1852-54), 4 vols. reimpr. anast. de la última edición (Leipzig 1894-1907) Aalen 1993.

arte como las manifestaciones de la identidad nacional, inspiradas sin embargo por ese derecho romano que las naciones habían en cierto modo hecho propio.

Pero los siglos XIX y XX fueron también los siglos del positivismo científico y de la fundación filológica de los estudios históricos, que vieron emerger, en las grandes naciones europeas, las instituciones destinadas a la investigación y a la publicación de las fuentes de la historia nacional. De modo tal que, mientras el alma romántica inducía a la invocación de los espíritus nacionales e internacionales, la razón filológica –que criticaba las fuentes en aras de una reconstrucción científica de los textos– llamaba a la investigación a asentar las fundaciones concretas y sólidas de una historiografía científicamente ordenada.

Uno de los temas centrales de la investigación filológico-jurídica de este período fue la cuestión de la continuidad entre el derecho de la Antigüedad y el derecho burgués que se codificaba en los diversos países de Europa. Se trataba en definitiva de construir históricamente la identidad de los pueblos europeos y de transferir a la óptica nacional el patrimonio cultural del derecho romano, que los juristas habían utilizado para delinear el derecho común y los derechos nacionales. Pero más allá de este aspecto de inclinaciones románticas que podríamos calificar de “ideológico”, la cuestión de la continuidad tenía también un aspecto positivista-filológico, que se encarnaba en la investigación, la edición y la crítica histórica de documentos sobre los cuales debía ser construida la historia de los derechos europeos⁴. Las compilaciones tardo-antiguas y el derecho romano medieval, que contenían la herencia de la gran civilización jurídica de la Antigüedad, constituyeron por lo tanto el objeto privilegiado de los estudios filológicos y el teatro de discusiones eruditas que dividían a los estudiosos de la historia del derecho, especialmente a los alemanes. Por una parte, los que afirmaban la discontinuidad y el escaso interés que los primeros siglos de la Edad Media habían mostrado por el derecho romano; por otra, los estudiosos que, siguiendo a Roderich Stintzing y Hermann Fitting, insistían en la sobrevivencia de las escuelas romanísticas durante toda la Edad Media⁵.

4 Sobre la relación entre estudio histórico-filológico del derecho romano y construcción del derecho nacional en Alemania es fundamental Cristina Vano, *Il nostro autentico...*, *op. cit.*

5 Roderich Stintzing, *Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland*, Leipzig 1867 (reimp. anast. Aalen 1959), p. 90, formula en primer lugar una crítica a la reconstrucción ya clásica de Savigny. ¿Cómo era posible pensar, ob-

La discontinuidad o la continuidad arrojaban luz diversa sobre la edad central del “renacimiento jurídico” que, entre los siglos XI y XII, había visto nacer la gran escuela de los glosadores, esta sí ampliamente documentada y con gran número de obras localizables y susceptibles de datación; obras que asumieron un significado diverso según se las considerase como el resultado de una tradición secular o de la extraordinaria explosión de la vida jurídica e intelectual de la segunda mitad de la Edad Media.

No obstante la recurrencia de la duda y el incesante trabajo de reconstrucción, fue esta segunda imagen la más ampliamente aceptada. Más aún, impulsado por la gran crisis europea de los años 30 y 40, Francesco Calasso volvió a proponer la idea –que había sido la de Savigny– de la función central de la ciencia jurídica en la reconstrucción de un sistema de derecho común que, atravesando las fronteras político-estatales, unificaba a la Europa medieval en un sistema único, inmenso y articulado. En la primera mitad del siglo XX, mientras la larga historia de los Estados nacionales europeos vivía su crisis más devastadora, la historiografía jurídica se concentraba con intensidad creciente en las obras de la escuela medieval, en las manifestaciones de aquel *ius commune* que Calasso en Italia y tantos otros en el resto de la Europa transalpina consideraban como el corazón verdadero de la historia del derecho.

Más de medio siglo ha transcurrido desde esos años. Los historiadores del derecho los han empleado en conocer mejor la literatura jurídica medieval, dejando quizás excesivamente de lado la historia de las instituciones jurídicas y de las funciones del derecho en la sociedad. La fascinación romántica de los siglos misteriosos de la Edad Media ha ejercido una atracción menor sobre las generaciones desencantadas de la segunda mitad del siglo XX, que se han sentido atraídas por períodos más cercanos y, en particular, han dejado de lado casi por completo la Alta Edad Media (siglos V al X).

Hoy las cosas están cambiando. Se sabe que la investigación histórica está orientada por la curiosidad del presente, y que la historia del derecho y de las

servaba Stintzing, que la extraordinaria capacidad de la escuela de Bolonia emergiese de la nada, sin una preparación adecuada ni precedentes relevantes? Más tarde, Hermann Fitting dedicó también una parte importante de su producción científica a la búsqueda de la efectiva continuidad de la reflexión jurídica y de la producción “literaria” (para usar la expresión de Savigny) sobre el derecho romano antes del renacimiento boloñés. La tesis de Fitting fue expuesta con claridad en el pequeño libro *Die Anfänge der Rechtsschule zu Bologna*, que publicó en el año de la celebración del octavo centenario de la fundación de la universidad de Bolonia, fijado convencionalmente en 1888.

instituciones responde con frecuencia a las exigencias del presente político. No es entonces casual que en los últimos años se haya vuelto a despertar el interés por viejos temas que habían apasionado a los estudiosos europeos en los decenios de apogeo del Estado nacional. En efecto, la perspectiva política de la unificación de Europa y los problemas que plantea la diversidad de su regímenes de derecho privado ha relanzado el viejo tema de la identidad histórica de las instituciones jurídicas. Por una parte, los orígenes romanísticos se han vuelto a proponer como una posible base común sobre la cual elaborar una unificación del derecho privado vigente en los Estados de la Unión⁶. Por otra parte, los siglos vitales y enigmáticos de la Alta Edad Media durante los cuales nace Europa han suscitado nueva curiosidad y nuevos estudios que llevaron incluso a componer una imagen de los orígenes de la tradición jurídica europea fundada más en el “caleidoscopio” de los derechos altomedievales que en la límpida tradición clásica⁷.

En definitiva, la inevitable exigencia de recurrir a la historia para conocer la identidad de nuestras instituciones se ve influenciada aún por la vieja alternativa entre continuidad y discontinuidad, entre preponderancia absoluta de la herencia clásica e imagen evolucionista de un derecho hecho de fragmentos antiguos re-elaborados por la práctica y la mentalidad medievales. Tanto es así que, a distancia de casi un siglo, parece que la discusión entre los historiadores por una parte y entre juristas y legisladores por otra, recorren caminos paralelos a los recorridos hace un siglo, cuando Alemania planificaba su propia codificación civil y, al mismo tiempo, buscaba en archivos y bibliotecas las fuentes que demostrasen la continuidad o la discontinuidad de la conciencia científica de los juristas.

Hoy, sin embargo, la curiosidad de los historiadores se ve influenciada también por otro nuevo elemento que caracteriza nuestra sociedad: el hecho de que no nos queda del todo claro cuál, y por lo tanto qué es la ley. No sabemos cuales y cuantas sean las leyes en vigencia en Italia porque los intentos de crear un archivo único, controlado por el Estado y fácilmente accesible, no han todavía logrado su objetivo⁸. Tampoco tenemos un claro conocimiento

6 Véase, *supra*, Capítulo 1, nota 13.

7 El resurgimiento del interés por la Alta Edad Media se puede constatar –limitándonos a la historiografía italiana– en los manuales de historia del derecho de Mario Ascheri, Ennio Cortese, Mario Caravale, Antonio Padoa-Schioppa, y en el volumen de Paolo Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, *op. cit.*, pero también en un comparatista como Maurizio Lupoi, *Alle radici del mondo giuridico europeo. Saggio storico-comparativo*, Roma 1994.

8 El mejor modo de informarse sobre este curioso hecho es leer la bella novela de un

de las leyes y reglamentos de diverso nivel promulgados por las autoridades comunales y regionales y por las asociaciones profesionales, a las que se agregan las de la Unión Europea y de los organismos internacionales. Sociólogos, economistas, filósofos, psicólogos y teólogos nos enseñan por cierto que nuestra vida no sólo esta regulada por la ley, más aún, la gran mayoría de las reglas que obedecemos no son por cierto de naturaleza legislativa, sino que derivan de convenciones sociales, convicciones religiosa o políticas, persuasiones de naturaleza comercial, exigencias de organización laboral o familiar.

Los intereses del historiador del derecho se transforman por lo tanto, y la atención se vuelve a los siglos medievales como el momento en el que las sociedades europeas experimentaban una extraordinaria fluidez de los sistemas normativos. Estos parecían estar como en estado líquido en el interior de un poder de naturaleza pastoral, que no prescribía ni juzgaba en el sentido contemporáneo del término, sino que cuidaba y corregía de modos que excedían al ámbito de la *lex*. Y este poder determinaba, modificaba y adaptaba los textos para hacer siempre prevalecer la lógica de la salvación sobre la de la legalidad.

Más aún, en esta sociedad tan radicalmente diversa respecto de la experiencia romana permanecía vivo el modelo antiguo con todo su extraordinario prestigio. Así, no solo los juristas fascinados por el derecho romano sino también los historiadores no juristas, solicitados por la exigencia de aprehender la identidad de Europa, retoman el tema decimonónico de la memoria y del mito de Roma en la cultura medieval. Evocan nuevamente los vestigios imponentes de la Antigüedad que impresionaron a los peregrinos durante toda la Edad Media, el *revival* del mundo clásico propio al período carolingio (siglos IX-X) y a los años en torno al milenio, los espléndidos testimonios románicos que revelan en toda Europa la presencia espiritual del modelo de la Antigüedad⁹. Y del mismo modo que en la historia del arte los monumentos

notable constitucionalista, Alfonso Celotto, *Il dott. Ciro Amendola direttore della Gazzetta Ufficiale*, Milán 2014.

9 Véase, como ejemplo de un gran número de estudios sobre el tema, Salvatore Settis, "Continuità, distanza, conoscenza. Tre usi dell'antico", en *Memoria dell'antico nell'arte italiana*, S. Settis (ed.), III: *Dalla tradizione all'archeologia*, Turín 1986, pp. 373-486; Arnold Esch, "Reimpiego", en *Enc. dell'arte medievale*, 9, Roma 1998, pp. 876-883; Id., "L'uso dell'antico nell'ideologia papale, imperiale e comunale", en *Roma antica nel Medioevo. Mito, rappresentazioni, sopravvivenze nella 'respublica christiana' dei secoli IX-XIII*, *Atti della quattordicesima settimana internazionale di studio della Mendola*, 24-28 agosto 1998, Milán 2001.

de piedra –aquellos pertenecientes a la Antigüedad o inspirados en ella– hacen evidente el lazo con el pasado romano, en la historia del derecho son las fuentes legislativas, a las que la erudición decimonónica recurría con insistencia, las que revelan la tradición romana.

Hoy podemos reconsiderar algunas de estas fuentes desde nuestro punto de vista y con el apoyo de los conocimientos desarrollados en los últimos decenios. La reconstrucción histórica es siempre también análisis técnico de las fuentes, precisamente porque cuando la historia del derecho propone interpretaciones del pasado que responden a las curiosidades del presente, debe mantener su rigor de ciencia histórica. Debe por lo tanto marcar la propia especificidad de método para poder realizar una contribución original e indispensable a las ciencias jurídicas, proponiendo el análisis filológico de los textos sobre el que deben rigurosamente apoyarse las lecturas interpretativas.

Las grandes compilaciones tardo-antiguas

Se sabe que la herencia del mundo romano fue confiada, a fines de la edad clásica, a compilaciones de materiales legislativos y doctrinales. El Bajo Imperio da incluso la impresión de una época consciente de la crisis que la amenaza y que está empeñada en preservar el material producido durante siglos de jurisprudencia y de legislación imperial. Los signos de la crisis, evidentes en la economía, en la política, en las vicisitudes bélicas, se manifestaban también en la cultura jurídica, induciendo en primer lugar a algunos individuos no investidos de autoridad pública a preparar colecciones normativas (el código Gregoriano y el Hermogeniano), luego a emperadores a controlar el uso de obras de jurisprudencia con la célebre Ley de Citas de 426¹⁰, con la cual el Emperador Valentiniano III establecía que sólo podían citarse las obras de cinco juristas, pero solamente cuando los textos, que se sabían inciertos, pudiesen ser controlados con los manuscritos. Finalmente, esta incertidumbre sobre el contenido de los textos llevó a los Emperadores a lanzar grandes obras de codificación como el Código de Teodosio II en el siglo V y la compilación de Justiniano en el siglo VI¹¹.

¹⁰ C. Th, 1.4.43.

¹¹ Sobre el Código Teodosiano véase Boudewijn Sirks, *The Theodosian Code: A Study*, Friedrichsdorf 2007. En los dos volúmenes de Gian Gualberto Archi, *Teodosio II e la sua*

Las dos grandes codificaciones tuvieron el mérito de consentir la conservación de los textos romanos; pero prepararon también un profundo cambio en el modo de concebir la experiencia jurídica. La tradición jurisprudencial, mutable y articulada, sostenida por una gran cultura profesional, dejaba paso a un derecho contenido en un libro, primero el gran Código Teodosiano, luego la monumental compilación justiniana. Agregando a la colección de constituciones imperiales del *Codex* el texto escolástico de las *Institutiones* y la monumental compilación de los *Digesta*, Justiniano daba un paso de gigante respecto a su predecesor, encerrando en las páginas de libros promulgados por el legislador, la formación de los juristas y la jurisprudencia. Con la reducción de la sutilísima reflexión de la jurisprudencia clásica en un único texto (el *Digesto*), la extraordinaria libertad del intérprete, dúctilmente adaptada a los hechos, se ve contenida por la rígida disposición del legislador que pretende prever *a priori* cada suceso de la vida y disciplinarlo antes aún de que advenga. Pero el *Digesto* deja también ver la riqueza de la secular doctrina clásica. La redacción de las *Novellae* por parte de Justiniano no contradice esta certeza fundamental ya que, al menos formalmente, el soberano promete retomar la actividad legislativa solamente cuando se presenten hechos absolutamente nuevos. Solo entonces será necesaria una nueva intervención legislativa, mientras para todas las cuestiones ordinarias será suficiente aplicar las normas contenidas en la compilación¹².

El derecho vigente, por lo tanto, se hallaba en el texto, mientras la interpretación y la eventual nueva legislación debían provenir del Emperador. Giovanna Nicolaj ha subrayado el modo en el que la conciencia viva de la novedad introducida por Teodosio y Justiniano en el cuadro de las fuentes del derecho, se revelaba en el programa mismo de publicación de los nuevos códigos. Ya para el Teodosiano se hace explícita la voluntad de elaborar un texto oficial, de difundirlo en las provincias del Imperio en su forma completa, de protegerlo contra todo tipo de intervenciones externas como interpolaciones y abreviaciones. Incluso la forma exterior de los libros que debían producirse en la cancillería es singularmente solemne, tanto en el tipo de escritura utilizada, como en la prohibición de evitar rigurosamente

codificazione, Nápoles 1976, y *Giustiniano legislatore*, Bolonia 1970, se puede encontrar una buena introducción a las legislaciones de Teodosio y de Justiniano. Sobre las compilaciones legislativas en general, es sumamente útil Giorgio Barone Adesi, *Ricerche sui corpora normativi dell'Impero romano. 1: I «corpora» degli «iura» tardoimperiali*, Turín 1998.

¹² Véase en particular Giuliana Lanata, *Legislazione e natura nelle Novelle giustiniane*, Nápoles 1984.

las abreviaturas de palabras que en el proceso de copia podían provocar errores de transcripción¹³.

Este modelo de legislación, claramente expresado en el Código Teodosiano y retomado tal cuál por Justiniano¹⁴, constituye un modelo que la Alta Edad Media nunca olvidará del todo. Los manuscritos oficiales de la *Lex Wisigothorum* y del Edicto de Rotario se presentan en la hierática escritura uncial que, al fin de la Antigüedad, se usaba para los libros sagrados, recuperando en modos diversos –y esporádicamente– el patrimonio ideal de las grandes codificaciones tardo-antiguas¹⁵.

La Antigüedad Tardía había propuesto por lo tanto una explícita equiparación del Príncipe y la ley. Si nuestra conciencia impregnada de legalidad rechaza las proclamaciones de absolutismo que marcan los textos de Justiniano, que se proclama *legibus solutus*, instituido directamente por Dios y *lex animata in terris*, es en verdad igualmente impresionante la paralela operación con la cuál Teodosio y luego Justiniano confieren a los libros mismos que contienen la ley una autoridad no inferior a la del Emperador en persona. Así como la voluntad del Emperador tiene valor de ley, así la ley codificada y promulgada no tolera modificaciones ni interpretaciones por parte de autoridades inferiores a la imperial.

Se trataba sin embargo de una tendencia fuertemente contradictoria con el devenir de la sociedad y del derecho en los durísimos siglos que marcaron el pasaje de la Antigüedad a la Edad Media. Siglos durante los cuales la cultura jurídica no podía ya controlar y utilizar sistemas normativos tan complejos

13 C.Th., *Gesta Senatus de Theodosiano publicando* (ed. Mommsen en *Codex Theodosianus*, Berolini 1905, 1-4). Véase ahora Lorena Atzeri, *Gesta senatus romani de Theodosiano publicando. Il codice Teodosiano e la sua diffusione ufficiale in occidente*, 2008, y Id., “Volterra e la ‘costituzione’ introduttiva del Codice Teodosiano. Un riesame”, *Initium. Revista catalana d’història del dret*, 13 (2008), pp. 3-46.

14 Ofrece observaciones a la vez técnicas y sugerentes Giovanna Nicolaj, “Ambiti di copia e copisti di codici giuridici in Italia (secoli V-XII in.)”, en *A Ennio Cortese*, II, Roma, 2001, pp. 478-496, 479-483.

15 Giovanna Nicolaj ha publicado diversas investigaciones sumamente relevantes de diplomática jurídica y de historia del texto legislativo. Véase en particular su reciente “Fratture e continuità nella documentazione fra tardo antico e alto Medioevo. Preliminari di diplomatica e questioni di metodo”, en *Morfologie sociali e culturali in Europa fra tarda Antichità e alto Medioevo* (Settimane di studio del Centro Italiano di studi sull’alto Medioevo, 45), Spoleto 1998, II, pp. 953-984; reeditado con modificaciones “Ambiti di copia e copisti di codici giuridici in Italia (secoli V-XII in.)”, en *A Ennio Cortese*, Roma 2001, III, pp. 478-496.

como los del Código Teodosiano –y menos aún la codificación justiniana– y los sistemas de producción y difusión de los manuscritos atravesaban una profunda crisis que no permitía garantizar una adecuada circulación de los monumentales libros a los que se había investido de la suprema voluntad del Príncipe.

El texto mayestático querido por los codificadores quedó en la cultura occidental como una semilla bajo la nieve, o como uno de esos maravillosos monumentos romanos que se erguían, majestuosos, entre las chozas de la Roma medieval, signos de una civilización digna de admiración, pero fuera del alcance de toda voluntad de imitación.

La parábola del absolutismo tardo-antiguo se realizaba, manifestando claramente la contradicción estridente entre el dispositivo jurídico, centrado teóricamente en la figura del monarca, y la situación real de la administración imperial, carente de fuerza y autoridad e incapaz de reafirmar el propio dominio sobre la parte occidental del Imperio. Si *leges* y *arma* sintetizan el programa político de Justiniano, el notable éxito de la empresa compiladora tuvo como contraparte el fracaso de la reconquista de Occidente. En la mitad del siglo VI el ejército bizantino, que estaba formado en gran parte por tropas bárbaras, logra arrancar Italia de las manos de los Godos luego de una terrible guerra que duró quince años, pero el éxito fue efímero porque la península permaneció en manos bizantinas solo por pocos años, hasta la invasión Lombarda de 569, mientras en las costas de África septentrional y en España las tentativas de Justiniano fracasaron. El retorno al dominio romano en las *partes occidentis* se reveló por lo tanto como un sueño irrealizable, un proyecto cuyo fracaso arrastró consigo la parte del proyecto justiniano que había sido realizado: el de la codificación.

La compilación justiniana tuvo en efecto una limitadísima difusión en Occidente durante los siglos de la Alta Edad Media, lo que no significa que la gran tradición jurídica romana haya cedido el paso a los derechos germánicos, como se tendía a afirmar hace algunos decenios, sino que la nostalgia de la romanidad contaminó otros textos e hizo resurgir instituciones diversas de las delineadas por Justiniano, porque la compilación era demasiado compleja y difícil, y proponía formas institucionales clásicas que eran adecuadas para la sociedad próspera de la edad de Augusto, pero que no podían funcionar en las condiciones difíciles del siglo VI. Se afirmaron así esos textos abreviados e instituciones simplificadas que se suele designar con el nombre de “derecho vulgar”, expresión que indica tanto la transformación sustancial

del derecho efectivamente practicado, que se distanciaba de algunos principios fundamentales del derecho clásico, como una serie de compilaciones que simplificaban las fuentes con el objetivo de ponerlas al alcance de una cultura drásticamente empobrecida.

Las leyes bárbaras, los capitulares carolingios y el ocaso de una idea de legislación completa e inmutable

Este doble aspecto del derecho vulgar expresa en verdad el dualismo de los ordenamientos de los así llamados reinos romano-bárbaros, resultado de la migración de los ejércitos populares de estirpe germánica hacia el Occidente romano. Los Visigodos en la península ibérica, los Burgundios en la Francia centro-meridional, e incluso en cierto modo los Ostrogodos en Italia, promulgaron legislaciones dobles: *Lex Wisigothorum* y *Lex Romana Wisigothorum*; *Lex Burgundionum* y *Lex Romana Burgundionum*; Edicto de Teodorico que, según el mismo Teodorico, no modificaba casi el derecho romano vigente desde hacia siglos¹⁶.

Hace un tiempo se creía que este desdoblamiento expresaba la necesidad de ofrecer textos legislativos diversos para las diversas etnias que convivían en un mismo territorio, siguiendo el principio de la “personalidad del derecho”, que se adaptaba perfectamente a la exaltación enfática del nexo entre nación y derecho, que era típico de la ideología romántica. Pero en realidad es evidente que las *Leges* de los Visigodos, de los Burgundios y de los Ostrogodos eran derechos territoriales fuertemente vulgarizados, que debían favorecer la integración de pueblos diversos más que conservar fantasmáticas instituciones germánicas ancestrales. Así mismo, las *Leges Romanae* no se dirigían en verdad solo a los súbditos de origen romano. Además de los testimonios evocados por Ennio Cortese se puede recordar un pasaje bastante expresivo del rey burgundio Sigismundo, hijo del legislador Gundebaldo, en el que se dirige al emperador de Oriente Anastasio reconociendo su superior soberanía: “Mi pueblo es tuyo. Y para mi es una felicidad mayor servirte que gobernar a mis súbditos. Tu administras a tus súbditos a través nuestro. Mi

16 Sobre las vicisitudes del Edicto de Teodorico, véase la bibliografía indicada por Ennio Cortese, *Il diritto*, cit., I, pp. 80-86, y Harald Siems, *Handel und Wucher im Spiegel frühmittelalterlicher Rechtsquellen*, (*Monum. Germ. Hist. Schriften* 35), Hannover 1992, pp. 277-288 y la literatura citada *infra*, nota 20.

patria es tu mundo”¹⁷. *Patria nostra est orbis vester*. La pertenencia del soberano germánico a la Europa latina se identifica con un respeto ideal hacia la autoridad, lejana, ininfluyente, pero sentida como ideal, al Imperio, que se identifica con el mundo mismo.

Esta situación política y cultural del Occidente en los siglos V y VI puede en parte explicar las características de las legislaciones romano-bárbaras. Los soberanos altomedievales fueron en efecto legisladores prolíficos. Más que normas jurídicas aisladas produjeron códigos y los corrigieron recurrentemente. Pero, a diferencia de los grandes modelos de las codificaciones teodosiana y justiniana, que por cierto tenían ante los ojos, sus compilaciones no tuvieron la pretensión de exhaustividad de las primeras, que decían colmar la exigencia normativa de una sociedad y contener en sí todo el derecho.

Por otra parte, desde hace ya varios decenios se ha puesto en duda la función desarrollada por los códigos bárbaros tardo-antiguos y proto-medievales: la escasa difusión de la escritura, el uso del latín que era solo conocido en ambiente eclesiástico, la reproducción mecánica de normas no obstante su evidente desuetud, todo induce a pensar que la relación entre ejercicio efectivo de la justicia y uso de los códigos de normas escritas era más bien lábil.

Atentos a los métodos propuestos por la antropología, muchos historiadores han comenzado a preguntarse cuales eran los instrumentos adoptados por esas sociedades para resolver conflictos. Algunos han llegado a negar toda relevancia a los textos legislativos, otros han diseñado un cuadro variado, en el cuál las leyes, más o menos orgánicamente compiladas, no pretenden regular la sociedad de modo rígido, sino que se unen a otras fuentes de regulación que son esencialmente de naturaleza religiosa¹⁸. Por su parte, la más rigurosa investigación histórico-jurídica ha revelado hace ya mucho tiempo esta transformación del rol de la norma. Las *leges* populares y las compilaciones de derecho romano tenían como objetivo *vulgari*, es decir, divulgar, publi-

17 La cita de la carta del rey Sigismundo se encuentra en la carta de Avito de Vienes: “Vester quidem est populus meus, et plus me servire vobis quam illi praeesse delectat... Cumque gentem nostram videamur regere, non aliud nos quam milites vestros credimus... Per nos administratis remotarum spatia regionum, patria nostra vester orbis est, tangit Galliam, Scythiam lumen Orientis et radius, qui illis partibus oriri creditur, hic refulgiet”, Alcimi Ecdicii Aviti Viennensis episcopi *Opera quae supersunt*, ed. R. Peiper, *Monum. Germ. Hist. Auct. Antiq.* 6.2, 1883, p. 100.

18 Peter Heather, “Law and society in the Burgundian Kingdom”, en *Law, Custom, and Justice in Late Antiquity and the Early Middle Ages: Proceedings of the 2008 Byzantine Colloquium*, Londres, Center for Hellenic Studies, 2011, p. 77-153.

car el derecho; las primeras se encargaban de dictar reglas que consintiesen la integración entre romanos y bárbaros, las segundas debían vulgarizar el magnífico conjunto del derecho del Imperio, es decir, dictar reglas claras y simples que pudiesen ser efectivamente aplicadas, y para hacer esto debían renunciar a la estabilidad, con el fin de ser progresivamente adaptadas a las necesidades, integradas, interpretadas. De este modo, la tradición manuscrita demostraba la extraordinaria variedad de formas –oficiales y oficiosas– en las que estas compilaciones se presentaban. A diferencia de las grandes compilaciones teodosiana y justiniana, que encarnaban un mito más que una realidad cotidiana, los ágiles códigos de los Visigodos y los Burgundios (que en el curso del siglo V se arraigaron en España y a lo largo del Rin) y la ley Sállica de los Francos, circularon ampliamente y se han conservado hasta hoy en decenas de manuscritos. Pero estos manuscritos no contienen textos estables. De la ley Sállica, por ejemplo, contamos hoy con más de 60 manuscritos copiados entre los siglos VII y VIII, lo que demuestra su utilización. Pero estos manuscritos contienen versiones diversas del texto, con agregados y adaptaciones que revelan una actitud considerablemente libre de los usuarios frente al texto jurídico¹⁹.

Ningún manuscrito completo, por el contrario, se ha conservado del enigmático *Edictum* del rey ostrogodo Teodorico, puesto que el que fue encontrado en el siglo XVI por el erudito francés Pierre Pithou, que realizó una edición, se perdió. Esto condujo a discusiones interminables sobre la autenticidad del texto que han sido recientemente resumidas por Ennio Cortese²⁰. Cortese ha señalado un episodio que nuevamente pone en evidencia el singular concepto de ley que caracteriza a los *regna* romano-bárbaros: para intentar detener la avanzada del general Belisario, enviado por Justiniano para arrancar Italia de las manos de los Ostrogodos, Teodorico le envió, en el 537, un embajador, para convencerlo de la lealtad del rey godo frente al Imperio de Oriente. Entre otros argumentos, el embajador decía que Teodorico no se había nunca considerado un soberano absoluto y no había en efecto nunca promulgado leyes. La contradicción que esto plantea con la ley editada por Pithou podría reducirse si se considera, observa Cortese, que el término *edictum* recuerda

19 Harald Siems, *Handel und Wucher*, op. cit., p. 17.

20 Ennio Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, op. cit., I, pp. 75-84. Simon Corcoran ha confirmado recientemente la autenticidad del edicto: art. “Theoderic, Edict of”, en *The Encyclopedia of Ancient History*, R.S. Bagnall, K. Brodersen, C.B. Champion, A. Erskine, S.R. Huebner (eds.), Blackwell 2013, pp. 6670-6671 (on line DOI: 10.1002/9781444338386.wbeah13251).

los actos de los magistrados provinciales, con los cuales se publicaban en las provincias las leyes imperiales. El texto que el soberano godo promulgaba no era por lo tanto una ley, sino una *vulgatio*, es decir una publicación o difusión (y adaptación) de los principios sancionados por el derecho²¹.

Pero el derecho no reside en el texto. Abandonando la imagen de la ley perfecta e inmutable de los códigos míticos de los grandes emperadores romanos, el texto legislativo de los *regna* bárbaros se presenta como una mediación entre el ordenamiento abstracto y la dura realidad de una sociedad en grave crisis, y permite por lo tanto ser plasmado y modificado por el uso y las circunstancias. Este texto jurídico mutable estaba destinado a caracterizar todos los siglos de la Alta Edad Media.

La perspectiva del usuario en las compilaciones medievales

No sería posible ilustrar aquí las numerosas legislaciones temporales promulgadas durante la Edad Media con el fin de constatar en ellas la labilidad e inestabilidad textual que las caracteriza. Baste recordar que la *renovatio* del Imperio romano querida sobretudo por la Iglesia y llevada adelante con gran convicción y energía por el emperador Carlo Magno no llegó a proponer la imagen tardo-antigua del texto jurídico omni-comprensivo como exclusiva fuente del derecho. Esta renuncia es tanto más notable cuanto el programa político de Carlo Magno incluía la recuperación de la soberanía romana y de las formas documentales solemnes y bizantinizantes, la conciencia del origen imperial de la norma jurídica, y enfáticos esfuerzos en pos de la uniformización de la liturgia, de la escritura, de los pesos y medidas y tantas otras cosas.

En el 802, Carlo renueva su empeño de legislador. En esto insisten tanto los anales de Lorsch²² como la biografía de Eginardo²³, que pone en relación la preocupación por la legislación con la coronación imperial de la Navidad del año 800. En efecto, es del 802 el importante *Capitulorum missorum generale*, en el cual el Emperador da instrucciones para que sus funcionarios vayan a los territorios del Imperio para administrar justicia y supervisar el correcto

21 Véase Sean Lafferty, "Law and Society in Ostrogothic Italy: evidence from the *Edictum Theoderici*", *Journal of Late Antiquity*, 3-2 (2010), pp. 337-364, que sin embargo no conoce los trabajos de Cortese.

22 *MGH Scriptores* (in folio), 1, Hannover 1876, pp. 38-39.

23 Einhard, *Vita Karoli*, ed. O. Holder-Egger, *MGH Scriptores rerum Germanicarum in usu scholarum*, 25 (1911), p. 33.

funcionamiento de las administraciones locales. Sería no obstante difícil buscar en un documento como este las huellas del modelo legislativo dejado por el Imperio romano, y en particular del monumento legislativo de Teodosio y Justiniano: los *capitula* que componen la instrucción de los *missi* tratan en gran parte cuestiones que conciernen a la Iglesia y se caracterizan por un tono más cercano a la exhortación que a la prescripción. Si Carlo da prueba de estar consciente y orgulloso de la *renovatio Imperii* que había realizado, en el terreno normativo su punto de referencia parece ser más la Biblia que los *corpora* de leyes de la Antigüedad tardía.

Por otra parte, sería un error enfatizar el elemento consuetudinario en la legislación carolingia, como lo ha hecho –y aún lo hace– una parte considerable de la historiografía. Carlo legisla de modo totalmente independiente de lo que la vieja historiografía constitucionalista alemana llamaba “el buen viejo derecho”²⁴. El Emperador no se empeña en dar voz a las reglas tácitas que se han impuesto por costumbre, al contrario, es consciente de la falibilidad de todas las cosas humanas y prepara instrumentos para que las normas injustas sean corregidas y enmendadas²⁵.

Hay algunos pasajes de los capitulares carolingios que asignan a la ley escrita la función de condicionar el arbitrio de los funcionarios imperiales, por ejemplo, un brevísimo pasaje de la mencionada *admonitio* del año 802²⁶. Pero la idea que podemos tener de este conjunto de leyes escritas debe tomar en cuenta que las únicas dos compilaciones destinadas a los *missi* imperiales mezclan leyes populares con capitulares carolingios, insertan en un caso cartas personales, en el otro fragmentos de las *Etimologías* de Isidoro de Sevilla²⁷.

24 Aludo sobretudo al clásico libro de Fritz Kern, *Recht und Verfassung im Mittelalter*, publicado en 1919 en la *Historische Zeitschrift*, y traducido luego en inglés como libro autónomo en 1939; ahora en español: *Derecho y constitución en la Edad Media*, Valencia 2013 (tr. por Faustino Martínez Martínez). Véase, Emanuele Conte y Magnus Ryan, “Codification in the Western Middle Ages”, en *Diverging Paths? The Shapes of Power and Institutions in Medieval Christendom and Islam*, J. Hudson y A. Rodríguez (eds.), Leiden 2014, pp. 75-97, pp. 76-77.

25 Matthew Innes, “Charlemagne, Justice and the Written Law”, en *Law, Custom, and Justice in Late Antiquity and the Early Middle Ages. Proceedings of the 2008 Byzantine Colloquium*, Londres, Center for Hellenic Studies, 2011, p.155-203, p. 165 y nota 32.

26 Ed. MGH *Leges. Capitularia Regum Francorum*, I, p. 96 (num. 33), cap. 26: “Ut iudices secundum scriptam legem iuste iudicent, non secundum arbitrium suum”.

27 Rosamund McKitterick, *Charlemagne. The Formation of a European Identity*, Cambridge 2008, p. 264-65.

En definitiva, es posible adherir a lo dicho por Mathew Innes²⁸, para quien no se deben contraponer normas escritas y derecho consuetudinario; es necesario por el contrario pensar en un variado conjunto de fuentes, todas ellas utilizadas para hacer regir la ley de Dios en el mundo. El sistema normativo carolingio encontraba la propia autoridad en el mandato del soberano, en el consenso de la asamblea, en las tradiciones locales y en las innovaciones impuestas en nombre de la justicia y de la necesidad de corregir abusos. Y el modo de divulgar las normas era la lectura pública en asamblea realizada por los funcionarios laicos y eclesiásticos, encargados luego de aplicarlas.

La legislación imperial carolingia se redactaba en folios de pergamino sueltos, como testimonia Ansegiso²⁹, el compilador de una colección de *capitularia*, realizada en forma privada y sin ninguna veleidad de imitar los modelos codificadores tardo-antiguos. Como tal, no se limitó a inscribir en su obra solo las normas emanadas por el Emperador, considerando útil incorporar también pasajes que pertenecían a la tradición eclesiástica o, en un caso célebre, del *Epitome Iuliani* que retomaba el contenido de las *Novellae* de Justiniano. Incluso cuando el sucesor de Carlo Magno, Ludovico, hacia el año 818, se dio cuenta de la necesidad de conservar la memoria de la actividad legislativa de la dinastía carolingia, no propuso la constitución de un texto estandarizado y controlado por una cancillería, sino más bien conservar la copia de las *cartulae* que contenían los capitulares en un archivo público³⁰. Este archivo, si alguna vez existió, no debía haber sido en verdad un éxito, ya que Ansegiso cuenta que buscó por todas partes los textos de los capitulares que corrían riesgo de perderse y que los reunió en un libro para preservarlos del olvido. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos del prestigioso prelado, su compilación solo recoge veintiséis textos sobre aproximadamente cien que habían existido³¹. Difundida sobre todo en Francia, la colección no se impuso sin embargo nunca como texto estándar, ni desanimó el hábito de recoger

28 Mathew Innes, “Charlemagne...”, *op. cit.*, p. 166.

29 La compilación de Ansegiso ha sido editada con amplia introducción, G. Schmitz (ed.), *Die Kapitulariensammlung des Ansegis*, (*Monum. Germ. Hist. Capitularia regum francorum nova series I*), Hannover 1996.

30 “Proemium generale ad capitularia tam ecclesiastica quam mundana”, ed. *Monum. Germ. Hist., Capitularia regum Francorum*, A. Boretius (ed.), t. 1, Hannover 1883, pp. 273-275, último pasaje (p. 275).

31 Hubert Mordek, “Karolingische Kapitularien”, en *Überlieferung und Geltung normativer Texte des frühen und hohen Mittelalters. Vier Vorträge, gehalten auf dem 35. Deutschen Historikertag 1984 in Berlin*, H. Mordek (ed.), Sigmaringen 1986, p. 25-50, p. 37.

textos legislativos carolingios en los modos más diversos, dando lugar a una variedad impresionante de compilaciones. Variedad que está en las antípodas de las exigencias de uniformización manifestadas por Carlo Magno y que da vida a un caleidoscopio de formas bien descritas por Boretius, el editor decimonónico del *Liber Papiensis*:

La colección de capitulares que se encuentran en los manuscritos son todas obras privadas, ninguna de ellas está dotada de *publica fides* en los reinos Franco y Lombardo [...] Por lo tanto, al confrontar los capitulares se observa una variedad entre los diversos manuscritos, ya que estos eran producidos según los diversos criterios adoptados por los redactores al compilar los códigos [...] Los capitulares se dividían por lo tanto según la fecha, o según la materia, y eran con frecuencia mutilados, se dejaban fuera los capítulos que se consideraban obsoletos o que, por otros motivos, no complacían a los compiladores. Por otra parte [...] se insertaban entre los capitulares muchos otros textos encontrados aquí y allá, en los cuales se consideraba que había algún precepto de carácter jurídico. De forma tal que hoy, en los manuscritos de los capitulares, se encuentran no pocos cánones conciliares, prescripciones de abades u otros capítulos de derecho canónico, e incluso pasajes sacados de las leyes Sállica, Ripuaria, Bavara o Lombarda, junto a constituciones de emperadores romanos, e incluso el libro de San Agustín, *De civitate Dei*, ofrece material al compilador³².

Un siglo más tarde, la imagen de conjunto de las compilaciones de capitulares ofrecida por Hubert Mordek³³, luego de cuatro decenios de estudios rigurosos y apasionados, confirma la impresión del viejo Boretius. Durante el Imperio de los Francos no hay ningún *Liber capitularium* y ni siquiera un *Liber canonum* que recoja las normas vigentes, ni la forma de las leyes populares estuvo rígidamente determinada por el poder soberano.

Podríamos entonces decir que la obra de compilación de textos jurídicos respondía al criterio –opuesto al que anima a las compilaciones tardo-antiguas– de tomar la forma jurídica que sea útil al usuario más que la que hubiese sido sancionada por el legislador soberano. Al legislador se reserva el poder de legislar, pero la forma que asume la legislación en su conjunto queda establecida, en mil formas diversas, por la necesidad de sus usuarios.

Hoy en día es difícil entender con claridad la riquísima variedad de formas de estos textos, porque disponemos de ediciones modernas que presentan textos aparentemente unitarios, que ocultan las discordancias entre los ma-

³² Traduzco la cita de Boretius de la introducción a su edición del *Liber Papiensis* (*Monum. Germ. Hist. Leges IV*), Hannover 1868, LII § 9.

³³ Hubert Mordek, “Fränkische Kapitularien und Kapitulariensammlungen”, en Id., *Studien zur fränkischen Herrschergesetzgebung. Aufsätze über Kapitularien und Kapitulariensammlungen ausgewählt zum 60. Geburtstag*, Fráncfort del Meno 2000, pp. 1-53, 34.

nuscritos que fueron utilizados por los editores. Usamos en general las ediciones del siglo XIX o de la primera mitad del siglo XX, preparadas cuando la gran ciencia filológica –sobretudo alemana– quiso poner a disposición de los historiadores una base sólida y segura sobre la que fundar sus reconstrucciones. Estas ediciones se nos han hecho indispensables, pero relegaron en las notas filológicas y en los largos, eruditos y tediosos prefacios, el recuerdo de la extraordinaria variedad que se tiene al confrontar los manuscritos utilizados, tanto es así que el texto que se presenta al lector ofrece, a una mirada superficial, un texto único y estable, mientras que la estabilidad no fue en absoluto una característica de los textos jurídicos altomedievales.

La Iglesia y la concesión instrumental de la ley: las falsificaciones

Este discurso se aplica tanto a la legislación laica como a la canónica, que también fue recogida en mil formas diversas en función de la necesidad, de las posibilidades y del gusto de los usuarios. De las numerosas colecciones canónicas que constelan la Alta Edad Media solo se han conservado en muchos casos un único manuscrito, o bien manuscritos que tienen en común un núcleo estable, pero que varían ampliamente entre ellos, como si las colecciones se hubiesen enriquecido de agregados de textos provenientes de otras fuentes y considerados útiles, o hubiesen sido despojados de los textos que no se consideraban de utilidad. Tanto es así que incluso en el tratamiento de las fuentes del derecho canónico parece triunfar la perspectiva del usuario, por lo general un monasterio que producía los libros que debían conservarse en su biblioteca y debían ser usados para tutelar las prerrogativas eclesiásticas³⁴.

Pero incluso entre los autores de las colecciones más difundidas es notable la actitud de gran libertad frente a las fuentes utilizadas. Hacia el 906, por ejemplo, Regino de Prüm compilaba una importante colección manifestando una tendencia a modificar levemente los textos de los canonistas, que recogía con el fin de adaptarlos mejor al tenor general de la propia obra. Un siglo más tarde, en los umbrales de la época gregoriana, el famoso *Decretum* de Burcar-

34 La variedad de las colecciones canónicas de la Alta Edad Media está ampliamente descrita en la obra fundamental de Paul Fournier y Gabriel Le Bras, *Histoire des collections canoniques en Occident depuis les fausses décrétales jusqu'au Décret de Gratien*, 2 vols., París 1931-32 (Aalen 1972). Véase ahora, Lotte Kéry, *Canonical Collections of the Early Middle Ages (ca. 400-1140). A Bibliographical Guide to the Manuscripts and Literature*, Washington DC 1999.

do de Worms se construye con una libertad aún mayor frente a los textos que compila: los títulos de los capítulos de la compilación (*inscripciones*), que indican el legislador eclesiástico del que provienen, se modifican sistemáticamente, y numerosos textos son directamente falsificados por Burcardo.

Se sabe, por otra parte, que la colección canónica más ampliamente difundida en la Alta Edad Media era en verdad una de las más clamorosas falsificaciones de la historia: las *Decretales pseudo isidorianas*. También aquí el autor desconocido demuestra la absoluta libertad en la manipulación e invención de textos que, atribuidos a la autoridad de antiguos papas o sacros concilios, contienen en realidad las respuestas a los problemas más urgentes que planteaba la práctica. Y es precisamente esta intimidad con el derecho “vivido” que garantizó la extraordinaria fortuna de la falsificación, la recepción de muchos de sus cánones en las colecciones posteriores, y finalmente la legitimación de las instituciones creadas con estas falsificaciones, que se transformaron con frecuencia en elementos fundamentales del derecho canónico vigente³⁵.

Incluso en el caso de las falsificaciones, por lo tanto, se revela la preeminencia de la perspectiva del usuario frente a la de la legislación soberana. En el caso de la legislación canónica, incluso ciertas operaciones que nos parecen hoy espurias se ven justificadas a la luz de una antigua tradición que había dividido en dos el poder de la norma jurídica: por una parte, su fuerza coercitiva estaba determinada por la autoridad normativa del legislador, fuese este el Emperador, el Papa, un concilio; por otra, sin embargo, la coercitividad de la norma estaba condicionada por las características de su contenido, que dependía del hecho de que era la expresión de una *veritas* que, siendo íntimamente justa, estaba de por sí dotada de fuerza normativa³⁶. Así, la redacción

35 La referencia obligada es la obra Horst Fuhrmann, *Einfluss und Verbreitung der pseudoisidorischen Fälschungen. Von Ihrem Auftauchen bis in die neuere Zeit (Monum. Germ. Hist. Schriften, 24.1-3)*, Stuttgart 1972.

36 Según la sugestiva reconstrucción de Yves Congar, la Iglesia ha realizado una evolución que la condujo a estructurarse en sentido fuertemente piramidal, y a hacer prevalecer la fuerza dispositiva de la *auctoritas* de la jerarquía sobre el contenido intrínsecamente justo de la proposición normativa. Mientras en las primeras declaraciones conciliares de la Antigüedad Tardía y de la primera Edad Media la autoridad de los cánones reside en su conformidad con las enseñanzas de los apóstoles, a partir de la Reforma Gregoriana la fuerza normativa es una consecuencia del poder dispositivo: “no es necesario prestar atención a lo que se dice, sino quién lo dice” (“non quid dicatur, sed quis loquetur... attendendum est”). Véase, Yves Congar, “La ‘réception’ comme réalité ecclésiologique” (1972), ahora en *Id., Droit ancien et structures ecclésiales*, Londres (Variorum) 1982, XI, p. 392.

de textos falsos atribuidos a prestigiosos legisladores podía justificarse por la exigencia de ofrecer una fuerza “externa” a principios que estaban dotados de *veritas*, y debían por lo tanto ser observados. El falsificador se limitaba, en el fondo, a reforzar un poco los textos que eran verdaderos por cuenta propia, porque expresaban una *veritas* profunda³⁷.

Esta actitud de la Iglesia no hace más que llevar a sus extremas consecuencias lo que habíamos ya observado en algunos textos del derecho vulgar laico: el Derecho no coincide con el texto jurídico. Como el texto de las legislaciones romano-bárbaras era un instrumento para la vulgarización de los preceptos del gran derecho imperial mitificado, así el texto canónico no era más que un medio para alcanzar esa *veritas* que se hallaba fuera de él, y que podía ser solo débilmente percibida gracias a los textos que las colecciones canónicas ordenaban con el único objetivo de acercarse lo más posible a ella. La Iglesia carolingia insiste en esta distancia entre el derecho y el texto a tal punto que utiliza sin reparos las falsificaciones.

*La reforma gregoriana: el retorno a la majestad de la norma
y la variedad de las compilaciones*

Con la edad gregoriana, esta actitud frente al texto se modifica considerablemente. Gregorio VII (1073-1085) impulsa y reforma las instituciones eclesiásticas, en primer lugar la del mismo pontífice, exaltado como poder supremo sobre la tierra, con tonos totalmente inauditos en la historia de la Iglesia y de la cultura occidental. En la ideología gregoriana, la soberanía del Pontífice copia en muchos aspectos la *maiestas* imperial laica de la Antigüedad Tardía, y es con frecuencia en el círculo de la curia romana que se propone la estrecha relación formal entre el texto normativo y la autoridad legislativa que lo ha promulgado. De improviso, entre la primera y la segunda mitad del siglo XI –en los pocos decenios que separan a Burcardo de Pedro Damián– se consolida una seguridad que parece hoy obvia, pero que no había sido afirmada en los siglos anteriores al año 1000: la consonancia de un texto con la *veritas* no es suficiente para dotarlo de juridicidad, es necesario que el texto haya sido

³⁷ Véase, Gilles Constable, “Forgery and Plagiarism in the Middle Ages”, en *Archiv für Diplomatik*, 19 (1983), pp. 1-41, y la crítica de Elizabeth A.R. Brown, “Falsitas pia sive reprehensibilis. Medieval Forgeries and their Intentions”, en *Fälschungen im Mittelalter*, I, Hannover 1988 (*Monum. Germ. Hist. Schriften*, 33.1), p. 101-119.

promulgado por una autoridad dotada de poder legislativo para que sea considerado una fuente de derecho.

Esta actitud de reverencia ante la autoridad induce a muchos doctos preladados que constituyen el partido gregoriano a ocuparse en modo habitual de la atribución correcta y de la fidelidad a los contenidos de los textos que circulan. Los compiladores de las colecciones gregorianas han subrayado reiteradamente esta nueva preocupación: tomemos como ejemplo un pasaje explícito de Pedro Damiano, que era uno de los más aguerridos e intransigentes partidarios de la reforma:

Puesto que sucede que se encuentren mezcladas con los sagrados cánones algunas futilidades, en las que confían con vana presunción los hombres perdidos, insertaremos aquí algunas, con el objetivo de demostrar abiertamente que no solo estas, sino incluso todas las cosas escritas que se asemejan, donde quiera que estén, son falsas y totalmente apócrifas... Es evidente que todos los cánones auténticos, o han sido formulados por venerables concilios sinodales, o bien fueron promulgados por los santos padres pontífices de la Sede Apostólica: y no es lícito a cualquier hombre simple publicar cánones, sino que este privilegio compete solamente a quien ocupa la sede de San Pedro.

La proliferación de cánones espurios de la que estamos hablando, excluidos, como es sabido, de los sagrados concilios y probadamente extraños a los decretos de los santos padres no provienen de los sagrados concilios y no deben considerarse parte de los cánones... Si se busca el nombre de su autor, no se logra definirlo, porque no se encuentra uniformemente en los diversos libros. Uno escribe “Dice Teodoro”, otro “Dice el Penitencial Romano”, otro “Cánones de los Apóstoles”, aquí se intitula en un modo, allá en otro. Y lo que no merece un único autor, pierde sin duda toda su autoridad. Y las cosas que están bajo el nombre de demasiados autores inciertos no pueden ser confirmados con cierta autoridad por ninguno de ellos³⁸.

38 Pier Damiani, *Liber Gomorrhanus* (ed. Migne, PL 145, pp. 169-172): “Sed quoniam quaedam neniae sacris canonibus reperiuntur admistae, in quibus perditii homines vana praesumptione confidunt, ex ipsis aliquas hic apponimus, ut non solum eas, sed et omnes alias sibi similes scriptas, ubicumque repertae fuerint, falsas et omnino apocryphas liquido demonstramus [...] (172 caput 12) Constat nimirum quod omnes authentici canones aut in venerandis synodalibus conciliis sunt inventi, aut a sanctis patribus sedis apostolicae pontificibus promulgati: nec cuiquam soli homini licet canones edere, sed illi tantummodo hoc competit privilegium, qui in beati Petri cathedra cernitur praesidere. – Haec autem, de quibus loquimur, spuria canonum vitulamina, et a sacris conciliis noscuntur exclusa, et a decretis Patrum omnino probantur extranea: sequitur ergo ut nequaquam inter canones habeantur, quae nec decretalibus patrum edictis, nec a sacris videantur prodire conciliis. Quidquid enim inter species non annumerantur, a genere procul dubio alienum esse decernitur. Quod si nomen auctoris inquiritur, certum non valet dici, quia nec poterat in variis codicibus uniformiter inveniri. Alibi enim scribitur: “Theodorus dicit”; alibi “Poeni-

Entre las colecciones que el culto exponente gregoriano podía consultar se hallaban demasiadas atribuciones que obedecían a una lógica superada, que terminaba por arrojar una sombra de incertidumbre sobre cada fuente canónica que no pudiese ser atribuida con seguridad a la autoridad de un legislador indudable. Tanto es así que el partido de Gregorio se encontró ante la tarea fundamental de revisar críticamente la tradición canonística, pasándola por un tamiz de carácter filológico (se me consienta el anacronismo) que podía aplicarse volviendo a las fuentes originales, conservadas en los archivos pontificios y en otros venerables entes eclesiásticos.

Pedro Damián es explícito sobre este punto: es necesario retomar y corregir las *intitulationes* que unen cada norma canónica a la autoridad que la produjo. Sólo de este modo se podrá estar seguro de la fuerza legislativa de cada texto. Esta atención hacia las *intitulationes* –o *inscripciones* para los textos laicos– se manifiesta tímidamente también en el ámbito secular. Luego de muchos siglos de silencio, en 1047, reaparece por vez primera una cita precisa del *Codex* de Justiniano en un documento imperial de Enrique III, a quién se había interrogado sobre un tema puntual, a la vez “filológico” y jurídico: se interrogaba al Emperador sobre un error que había atribuido a una ley del *Codex* (C.1.3.25.1b) una *inscriptio* que parecía limitar su alcance al clero de Constantinopla. La *inscriptio*, que contiene el nombre del Emperador que promulga la ley y el de la autoridad a la que está destinada, daba como destinatario al clero de Constantinopla. La norma preveía que los eclesiásticos estuviesen exceptuados de prestar el juramento de calumnia, que el demandante debía necesariamente prestar en el juicio. Así, algunos *legis periti* se habían dirigido a Enrique para saber si la excepción concedida por el Emperador Teodosio era un privilegio del clero constantinopolitano, o se debía extender a todo el clero de forma indistinta. Comportándose romaneamente como legislador e intérprete, el soberano extiende lo dispuesto por la norma a todos los clérigos, como lo quería el derecho canónico³⁹. El fragmento en cuestión es identificado en el documento solamente a través de los datos contenidos en la errónea inscripción: “illud constitutionis edictum [...] a Theodosio augusto Tauro prefecto pretorio [...] promulgatum”, lo que impide

tentialis Romanus dicit”; alibi “Canones apostolorum”; aliter hic, aliter intitulantur illic: et dum unum habere non merentur auctorem omnem perdunt sine dubio auctoritatem. Quae enim sub tot incertis auctoribus nutant, nullum certa auctoritate confirmant”.

39 El diploma de Enrique III de 1047 ha sido editado en *Monum. Germ. Hist. Constitutiones*, I, p. 96, n. 50. Véase, Ennio Cortese, *Il diritto...*, op. cit., I, p. 386 y nota 97.

saber si aquellos antiguos juristas tenían ante los ojos el *Codex* de Justiniano original o algún centón. Pero revela no obstante el despertar del interés por la corrección formal del texto jurídico que –quizás por precisa sugerencia de algún miembro de la Iglesia– va más allá del círculo de reformadores gregorianos e involucra también a una parte del ámbito imperial.

Por lo tanto, se constata un respeto nuevo por el texto y un rechazo consciente de las aproximaciones altomedievales. Lo que no significa, sin embargo, que el período gregoriano haya determinado sin más el renacimiento del modelo tardo-antiguo de la codificación. Si los eruditos gregorianos volvieron luego de siglos a los archivos eclesiásticos para controlar la atribución de textos que ya circulaban o para encontrar otros que habían sido olvidados y pudiesen servir a la defensa de la causa de la reforma, no tuvieron la ambición de proponer antiguas codificaciones en su forma completa y original. Por el contrario, los años de fervor reformador son años de producción de colecciones canónicas que procuraban responder a las exigencias de regulación que naturalmente plantea cualquier revolución. Y sin embargo, fuera de tres o cuatro grandes textos que tuvieron amplia influencia, se trata de colecciones de las que se conservan poquísimos manuscritos. Muchos de ellos se han conservado incluso en un ejemplar único, otros presentan versiones ampliamente divergentes, todos tienen un cierto parentesco, pero demuestran una gran libertad en la elección de sus componentes, en los agregados y en las supresiones de pasajes considerados útiles o inútiles para la situación particular en la que vivía el compilador. La constelación de las colecciones canónicas gregorianas es, en definitiva, una trama de la que se ignora el centro: cada uno de los textos que la componen han sido controlados y provienen de la autoridad de papas o concilios, pero el conjunto que producen sigue siendo un espejo de los gustos y de las necesidades de los usuarios.

El estilo de trabajo de los compiladores gregorianos se revela en el ignoto autor de la *Collectio Britannica*, célebre porque contiene, junto a textos canónicos, una selección de fragmentos del *Digesto*, que era el libro más importante y más complejo de la compilación justiniana y no había sido utilizado en Occidente desde hacía cinco siglos. Si bien este personaje trabajaba en un archivo que contenía nada menos que la antigua colección de *iura* del Emperador bizantino, el misterioso prelado autor de la *Collectio* no tenía ninguna intención de producir una transcripción completa de la antigua fuente. Se limitaba por el contrario a recurrir a la misma técnica que había adoptado transcribiendo decretales papales olvidadas sacadas de los registros pontifi-

cios: elegía pasajes, los transcribía y los atribuía correctamente, pero se desinteresaba del contexto general del cual los sacaba⁴⁰. Si por lo tanto la renovación gregoriana había llevado a abandonar la vieja costumbre de falsificar textos y atribuciones para manifestar respeto hacia la autoridad legislativa, eso no llevaba a la eliminación de la mediación del usuario en la composición del cuadro general de las normas en vigor. Recuperada la clara conciencia de la necesidad de una promulgación formal, que caracteriza a la norma jurídica, no se dio sin embargo el paso siguiente, que habría conducido a atribuir a una autoridad legislativa la compilación misma y la organización de las normas que proponía. Quedaba por lo tanto en manos de la erudición y la pericia de los estudiosos y abogados la tarea de identificar y coordinar entre ellas las normas auténticas de la Iglesia.

Quizá, pero es solo una hipótesis, Gregorio VII había percibido la necesidad de que el mismo legislador orientase la actividad de compilación: si fuese verdad que sus *Dictatus papae* representan una serie de títulos destinados a ordenar una colección canónica que no se llegó a realizar⁴¹, se podría pensar que el gran reformador tenía en claro que el hecho de postularse como monarca absoluto de la Iglesia debía incluir el proyecto de una propia y verdadera codificación.

Pero los tiempos no estaban maduros. La reforma gregoriana produjo una codificación dispersa y la centralización administrativa de la Iglesia favoreció la centralización de la producción de la norma, pero no llegó a proyectar una codificación de normas que formase un texto oficial. En un libro famoso, Harold Berman ha identificado en la “Revolución papal” de Gregorio el nacimiento de la verdadera mentalidad jurídica moderna⁴². Esto es cierto en lo que concierne a la centralización de las fuentes de producción y a la conciencia de la autoridad legislativa, pero no lo es en cuanto a la reconstrucción del *corpus* de normas universalmente reconocidas como jurídicas, todas igualmente válidas y conocidas. El primer siglo del segundo milenio fue determinante en la creación de una conciencia de la norma, pero no llegó a precisar

40 El procedimiento de redacción de la *Collectio Britannica* ha sido reconstruido por Antonia Fiori, “La ‘Collectio Britannica’ e la riemersione del Digesto”, *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 9 (1998), pp. 81-121.

41 La hipótesis, propuesta en los años 40 del siglo XIX por Giovanni B. Borino y Karl Hoffmann, ha sido retomada por Ennio Cortese, *Il diritto...*, op. cit., I, p. 370.

42 Harold J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass.-Londres 1983, pp. 85-119; trad. esp. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México 1996.

la idea de un ordenamiento jurídico en el cual se conozcan *todas* las normas vigentes y no se admita el agregado de nuevas normas por parte de individuos no dotados de poder legislativo. Este objetivo sería alcanzado por la Iglesia solo un siglo después del pontificado de Gregorio VII.

El Decretum de Graciano: de la fluidez inicial a la estabilización escolástica

Observemos rápidamente ese momento conclusivo de la larga historia de las colecciones canónicas –el siglo XII– en el que se produce, con el *Decretum* de Graciano, una consolidación “codificatoria”. Este texto es considerado tradicionalmente como el inicio de la codificación eclesiástica. Una vieja tradición historiográfica postulaba que este representaba el momento de separación entre el derecho canónico y la teología. Y en efecto se verá cómo la afirmación del *Decretum* como texto de base de la escuela jurídica determinó la adopción de un método interpretativo propiamente jurídico y el nacimiento del derecho canónico propiamente dicho. Pero no creo que Graciano imaginase que su libro estaba destinado a jugar ese rol. Fue su escuela, algunos años después de su muerte, la que transformó su obra en forma y en espíritu e hizo de ella una “codificación” estable, lo que no había sido originalmente.

La historia del *Decretum* ha sido en parte esclarecida por descubrimientos de los últimos años. Hacia 1995 un joven estudioso sueco, Anders Winroth, trabajaba en su tesis de doctorado controlando una serie de manuscritos que habían sido señalados hacía más de cincuenta años por Stephan Kuttner, sin duda el mayor historiador del derecho canónico del siglo XX, que en ese entonces aún vivía. En su *Repertorium der Kanonistik* del año 1938, Kuttner había indexado los manuscritos del *Decretum*, observando que algunos de ellos contenían una versión abreviada, que Kuttner consideraba como compilada luego del *Decretum*, con el fin de alivianarlo y hacerlo más accesible a ambientes modestos y periféricos. Pero Winroth se dio cuenta de que lo que Kuttner consideraba como una versión abreviada era en verdad una primera versión de la obra, realizada por el mismo Graciano⁴³.

El descubrimiento suscitó una importante serie de estudios⁴⁴ que han to-

43 Anders Winroth, *The Making of Gratian's Decretum*, Cambridge 2000, con citas de los precedentes trabajos del autor y de otros historiadores del derecho canónico que retomaron su descubrimiento de la primera versión del *Decretum*.

44 Entre los cuales, véase en particular, Peter Landau, “Patristische Texte in den beiden

mado en consideración muchos manuscritos del *Decretum* identificando los diversos estadios de su composición, que trazan una lenta evolución que se inicia al menos diez años antes de la estabilización de la versión Vulgata, que comenzó a ser utilizada como texto de referencia de la escuela canonística y que se sitúa *circa* 1140⁴⁵. Siempre se supo que cerca de diez años más tarde, hacia 1150, al *Decretum* se integraron numerosos pasajes, en gran parte de origen romanístico, que fueron probablemente insertados por Paucapalea, alumno de Graciano. En definitiva, ese texto que parecía la estabilísima base textual de la ciencia canonística, se ve hoy como un texto que nació y creció con la fluidez típica de su tiempo.

El cuadro de la evolución del texto revela por lo tanto que Graciano no tuvo ninguna intención de realizar una “codificación” del derecho canónico. Al contrario, seguía sencillamente la tradición de los compiladores gregorianos, ordenando el texto según la necesidad que sentía, integrándolo en un segundo momento, dejándolo abierto a ulteriores intervenciones de otros. No tiene por lo tanto nada que ver con la rígida definición del texto que habíamos visto ya madura en Teodosio y en Justiniano, nada que pudiese hacer pensar que en pocos decenios, ese texto fluido y tradicional se transformaría en un código estable, y como tal habría constituido la base de una renovación extraordinaria y el inicio de la tecnificación del derecho canónico.

¿Qué determinó esta transformación? Creo que se respondió a una circunstancia de orden práctico: el hecho de que Graciano y su escuela se instalaron en Bolonia, la ciudad en la que florecería el fenómeno –que sí era nuevo y revolucionario– del estudio de los libros justinianeos, basado, como

Rezensionen des *Decretum Gratiani*”, *Bulletin of Medieval Canon Law*, n.s. 23 (1999), pp. 77-84; Mary E. Sommar, “Gratians Causa VII and the Multiple Recension Theories”, *Bulletin of Medieval Canon Law*, n.s. 24 (1999), pp. 78-96; Carlos Larrainzar, “El borrador de la ‘concordia’ de Graciano: Sankt Gallen, Stiftsbibliothek MS 673 (= Sg)”, *Ius ecclesiae*, 11 (1999), pp. 593-666; Id., “La formación del Decreto de Graciano por etapas”, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung*, 118 (2001), pp. 67-83; José M. Viejo-Ximénez, “La composición del decreto de Graciano”, *Ius canonicum*, 90 (2005), pp. 431-485. Para una puesta a punto de la discusión, véase, Anders Winroth, “Recent Work on the Making of Gratian’s Decretum”, *Bulletin of Medieval Canon Law*, 26 (2004-06), pp. 1-29. En el mismo número hay otras contribuciones sobre el tema.

45 Recientemente, Kenneth Pennington, “The ‘Big Bang’: Roman Law in the Early Twelfth Century”, *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 18 (2007) [2008], pp. 43-70. Véase también, sobre el *Decretum* y la canonística del siglo XII, los ensayos reunidos en *La cultura giuridico-canonica medioevale. Premesse per un dialogo ecumenico*, E. De León y N. Álvarez de la Asturias (eds.), Milán 2003.

se verá, precisamente en la absoluta estabilidad de los textos del Emperador bizantino. La tradicional compilación de Graciano fue así transformada por fuerza en una suerte de codificación que, a imagen de la justiniana, tenía un semblante estable y no admitía modificaciones. Esta transformación se debe así a una escuela de juristas, que en verdad floreció en Bolonia en la segunda mitad del siglo, fundando una nueva disciplina de estudios y concretizando esa “elección por el derecho” que es una de las características principales de la Iglesia del siglo XIII.

La edición “irneriana” del “Corpus Iuris” y el retorno a la estabilidad del texto

Es por lo tanto el decisivo evento del nacimiento de la escuela de Bolonia y la edición medieval del *Corpus iuris civilis* que se deben observar para poder entender el gran cambio que cierra una fase secular y abre una nueva, lo que por cierto no es una novedad. Los historiadores del derecho han siempre centrado sus reconstrucciones en torno al eje fundamental del “renacimiento jurídico”, que tiene como acto fundacional la creación de una base textual indispensable para el ejercicio de la actividad de exégesis e interpretación: es decir, la actividad específica de los juristas no solo medievales, sino también modernos. Hace algunos años se dijo que había que redimensionar el impacto histórico del evento que había sido ya celebrado ampliamente por los romanistas primero, por la escuela de historiadores del derecho de Brandileone después⁴⁶. Hay quien sostuvo que el nacimiento de la enseñanza superior de derecho romano en Bolonia habría estado precedida por el florecimiento de la precedente escuela de derecho lombardo que se suele llamar de Pavía⁴⁷, otros afirmaron que el resurgimiento de las compilaciones justinianas y el nacimiento de la escuela no rompieron la continuidad con los siglos de la Alta Edad Media, ya que la ciencia no habría hecho otra cosa que ungir de “validez” un derecho que ya se había plasmado por obra de “mil burdos artificios” durante la Alta Edad Media⁴⁸.

46 Véase, *supra*, capítulo 1, par. 6.

47 Charles Radding, *The Origins of Medieval Jurisprudence. Pavia and Bologna 850-1150*, New Haven-Londres 1988; y recientemente, Charles Radding y Antonio Ciarralli, *The Corpus iuris civilis in the Middle Ages. Manuscript and Transmission from the Sixth Century to the Juristic Revival*, Leiden-Boston 2007, en particular pp. 211-212.

48 Paolo Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, *op. cit.*

No obstante, si tenemos en cuenta la evolución rápidamente descrita, la extrema fluidez de los textos legislativos que circulaban y la virtual ausencia de una tradición manuscrita de las grandes codificaciones tardo-antiguas, podemos percibir la importancia extraordinaria que tuvo la recuperación de los textos de Justiniano que, aún habiéndose conservado en algunos lugares, representaban para la cultura medieval un mito que hacia siglos que no tenía nada que ver con la realidad jurídica. Un mito que, de un golpe, adquiriría una forma tangible, entraba en escena con su inigualable autoridad.

La reaparición de los textos justinianeos en la escena del derecho constituye en definitiva una novedad radical, que fue percibida como tal incluso por sus contemporáneos. Se podría incluso decir que en las fuentes más antiguas sobre los orígenes de la universidad, los verdaderos fundadores de la nueva escuela de civilistas que se afirmó en pocos decenios, atrayendo a estudiantes de toda Europa, cuentan más los libros que los hombres. La renovación de los libros, con el descubrimiento de su extraordinario prestigio y autoridad, constituye el principal hecho histórico que las fuentes atribuyen a la figura más o menos mítica del fundador, Irnerio. Figura elusiva, situada entre la historia y la leyenda, que no deja de ser objeto de investigaciones históricas que intentan demostrar su concreta existencia y se aplican a reconstruir su pensamiento, o bien sugieren que su rol debe ser reducido, e incluso dejado de lado⁴⁹.

Estas disputas historiográficas pueden ser apasionantes y son por cierto ocasión de nuevas búsquedas en las fuentes y de interpretaciones frecuentemente interesantes. Pero la economía de nuestro discurso no es tanto la biografía, la formación o la existencia misma de Irnerio, sino los cambios históricos que las fuentes han atribuido a su figura, mítica o real. Antes aún que por su enseñanza o su actividad de intérprete de las fuentes romanas, el fundador de la escuela de Bolonia es recordado por su trabajo fundamental de recuperación y sistematización de las fuentes: lo que podemos designar como la “edición medieval” del *Corpus iuris civilis*. Por más mítica que sea su figura, la memoria de los juristas y las fuentes de las que disponemos concentran en Irnerio una función histórica, la de haber inaugurado una nueva ciencia laica que se ejerce en las páginas del texto justiniano y es a esta función histórica que se alude cuando se menciona su nombre.

La célebre crónica de Burcardo de Ursperg es conocida por los historia-

49 Véase, por último, el juicio neto de Anders Winroth, *Origins of Legal Education in Medieval Europe*, disponible en <http://law.usc.edu/academics/assets/docs/winroth.pdf>.

dores del derecho como uno de los más antiguos testimonios del origen de la escuela de Bolonia. En ella la figura de Irnerio se pone junto a la de Graciano y a ambos se atribuye el mérito de haber elaborado los libros normativos en torno a los cuales se había constituido la escuela. A Irnerio en particular, se le reconoce el haber “renovado” los libros de la compilación justiniana, restituyéndoles su semblante original, “secundum quod olim a dive recordationis imperatore Iustiniano compilati fuerant”. Es decir, incluyendo por primera vez después de muchos siglos, todos los fragmentos de difícil comprensión o de limitada utilidad para la práctica, aún aquellos que se contradecían entre ellos o se oponían a preceptos teológicos. El mito de la legislación completa y perfecta, que se había revelado utópico en tiempos de Justiniano y no había sido incorporado en Occidente, tomaba forma de imprevisto en la ciudad de Irnerio. Como dice el civilista Odofredo hacia la mitad del siglo XIII, fue el primero que inició el estudio “in libris nostris”, y estudiando, comenzó a enseñar.

Irnerio era el primero en abandonar el punto de vista del usuario, que se sentía con derecho a elegir los textos que se debían tener en cuenta y los que se debían dejar de lado, para proponer la predominancia del texto sobre su intérprete, llamado a tener en cuenta todos los elementos, con el fin de conciliarlos entre ellos, de integrarlos indicando las relaciones entre normas lejanas entre ellas, pero puestas en relación por un tema en común. Ahora bien, que todos estos méritos se deban atribuir específicamente a Wernerius Bononiensis, juez en Bolonia y partidario del emperador Enrique V, es decir a una figura histórica precisa, es discutible y en efecto discutido⁵⁰. Probablemente fueron numerosos los estudiosos involucrados en el proceso que en algunos años transformó los textos jurídicos y fundó el estudio científico del derecho. Pero la tradición académica le ha atribuido la fundación de la escuela y ha concentrado en la figura de Irnerio los méritos de muchos, instituyéndolo

⁵⁰ Luego de siglos de estudios la figura histórica de Irnerio sigue convocando el interés de los estudiosos. Las más recientes contribuciones subrayan los lazos con el ambiente teológico, innegables más allá de las dudas que algunas hipótesis puedan haber suscitado, véase Giuseppe Mazzanti, “Irnerio: contributo a una biografia”, *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 11 (2000), pp. 117-182, y Enrico Spagnesi, “Irnerio teologo, una riscoperta necessaria”, *Studi medievali*, 3ª serie, 42 (2001), pp. 325-379. Por último, con amplias citas de precedentes estudios, Andrea Padovani, “Roberto di Torigni, Lanfranco, Irnerio e la scienza giuridica anglo-normanna nell’età di Vacario”, *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 18, 2007 [2008]; Ennio Cortese, art. *Irnerio*, en el *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, op. cit., t. I, pp. 1109-1113, con bibliografía completa.

como el artífice de un difícil y complejo trabajo de reconstrucción. El hecho de que este cuadro no se corresponda con la realidad objetiva es en definitiva secundario cuando, como en nuestro caso, se intenta ofrecer una interpretación general de un momento histórico en términos de lo que significó en las conciencias de los contemporáneos y de la inmediata posteridad, para quienes en verdad fue Irnerio quien asumió el rol de representante heroico de una revolución metodológica.

La reconstrucción del texto justiniano: el caso de Codex

La operación de *renovatio* cuyo mérito principal la Edad Media atribuyó a Irnerio, fue llevada adelante con consciente determinación: no fue el resultado de un golpe de fortuna ni un hallazgo casual de viejos libros. Si en efecto la versión boloñesa del *Digesto* podría estar basada en un antiguo manuscrito encontrado de modo más o menos azaroso⁵¹, los otros textos que componen la compilación de Justiniano fueron por el contrario el fruto de una laboriosa reconstrucción. En particular, las vicisitudes de la edición del *Codex* ponen en evidencia que la presentación del texto justiniano “como había sido promulgado por el Emperador Justiniano” –en palabras de Burcardo–, no era el resultado de un evento casual, sino un objetivo consciente y tenazmente buscado por Irnerio.

Del *Codex* no se encontró nunca un manuscrito completo, como si había sucedido probablemente para el *Digesto*. Los manuscritos del *Codex* que Irnerio (o quien lleve este nombre) logró ubicar, no debían ser demasiado diversos de los cuatro que aún hoy conservan lo que se solía llamar *Epitome Codicis*, es decir, una versión considerablemente abreviada del texto justiniano en el que, conformemente a la lógica del usuario que hemos descrito, se recogían una serie de constituciones sacadas del *Codex*, en las que, por otra parte, las omisiones superaban a las inclusiones. Los manuscritos más antiguos que contienen el *Codex* utilizado por los primeros glosadores revelan claramente que la obra de reconstrucción del texto se desarrolla a partir de

⁵¹ Sobre este tema, ver la reciente contribución de Annalisa Belloni, “Un’ipotesi per le Pandette fiorentine” y Antonio Ciaralli, “Materiali per una storia del diritto in Italia Meridionale: ‘Kleine Ergänzungen’ alla storia del Codex Florentinus”, ambos en V. Colli y E. Conte (eds.), *Iuris Historia. Liber amicorum Gero Dolezalek*, Berkeley 2008, pp. 1-16 y 17-36.

estas versiones epitomadas, a las que se agrega un trabajo de *auctio*, es decir de agregado de las partes faltantes siguiendo el esquema ofrecido por las partes ya conocidas. Se encuentran por lo tanto constituciones agregadas en los márgenes, espacios vacíos dejados con la intención de incorporar el texto de la constitución correspondiente. Estos libros se presentan, en definitiva, como testimonios de un trabajo de investigación aún en proceso mientras, como dice Odofredo, Irnerio, “studendo cepit docere”, y se iba desarrollando la escuela.

La crítica filológica decimonónica que produjo la edición del *Codex* que se utiliza aún hoy, consideraba que estos agregados, visibles en los manuscritos más antiguos, se debían al hallazgo de un antiguo *Codex* completo, designado con la sigla X, en el cual Irnerio habría encontrado todas las constituciones faltantes en las versiones epitomadas⁵². Pero la tesis no satisface. ¿Por qué Irnerio habría adoptado un procedimiento diverso para el *Codex* y para el *Digesto*? ¿Y porqué los más antiguos manuscritos boloñeses revelan agregados realizados en momentos diversos, como si el descubrimiento de los textos hubiese sido largo y fastidioso, cuando se disponía de un manuscrito completo? ¿Por qué este manuscrito no ha dejado huella alguna, mientras el de las Pandectas Florentinas fue venerado y celosamente conservado de modo que ha llegado hasta nosotros, y fue citado y conocido por los glosadores, sirviendo de base a las traducciones de pasajes en griego insertadas luego en los libros usados por la escuela? ¿Dónde habrían acabado las constituciones griegas del *Codex* si fuese verdad que los glosadores encontraron un antiguo manuscrito? Finalmente, ¿por qué los fragmentos griegos del *Digesto* fueron traducidos por Burgundio, pero nadie pensó en una traducción latina de las constituciones imperiales griegas conservadas en el *Codex*?

Hay demasiadas incongruencias⁵³. Es más fácil que la moderna recons-

52 Paul Krueger, *Kritik des Justinianischen Codex*, Berlín 1867, p. 35, allí se ve claramente el proceso de reconstrucción del *Codex* a través de la *auctio* de los manuscritos epitomados. Krüger reconoce la extrañeza del procedimiento, puesto que habría sido más sencillo dejar de lado las versiones abreviadas y transcribir el texto integral descubierto, pero no por esto renuncia a postular el hallazgo del manuscrito más antiguo y completo, el llamado X (p. 36).

53 Charles Radding y Antonio Ciaralli, *The Corpus iuris civilis in the Middle Ages*, op. cit., p. 133-168, a pesar de realizar una severa crítica de la filología jurídica alemana del siglo XIX, reproponen la teoría de la existencia de un arquetipo completo del cual habrían sido sacados los textos que faltaban en el *Epitome*. Observan, en particular, que no sería

trucción del *Codex* propuesta por la edición de Paul Krüger haya estado influenciada por el “mito del arquetipo” que caracteriza a la filología del siglo XIX⁵⁴, mientras que en verdad, la versión boloñesa del *Codex* no sea otra cosa que el fruto de un trabajo paciente de reconstrucción llevado adelante por los primeros glosadores, que integraron entre sí diversas versiones epitomadas e incompletas, con el fin de llegar a una forma final lo más cercana posible al original, pero no necesariamente coincidente con este. El antiguo *Codex* de Justiniano no es por lo tanto un monumento unitario largamente ocultado que ve súbitamente la luz ante la admiración de todos; es por el contrario un monumento reconstruido por los glosadores con las antiguas piedras justinianeas en una forma que probablemente no era del todo idéntica al original.

De la edición boloñesa del *Codex* fueron de hecho excluidos los tres últimos libros, del décimo al decimosegundo, que fueron reconstruidos más tarde e incluidos en un quinto volumen del *Corpus iuris*, llamado *Volumen parvum*, junto con las *Institutas* y las *Novellae* en la traducción latina del *Authenticum*. Esta exclusión, aparentemente, y quizás, sustancialmente contraria al programa irneriano de reconstrucción del semblante original de los textos, puede ser explicada por el fulgurante éxito de la enseñanza boloñesa, puesto que sin esperar a que fuese completado el trabajo de edición se formó una especie de industria del libro escolástico, que reprodujo textos de estudio que permitiesen la difusión de la exégesis de los maestros. Rápidamente se afirmaron las tradiciones didácticas y fueron producidas obras de comentario (aparatos de glosas y *summae*) que se basaban en el texto reconstruido en nueve libros. Cuando la incesante búsqueda condujo a los primeros glosadores a ocuparse de los últimos tres libros era ya tarde para detener la má-

sorprendente que el códice hubiese desaparecido, dado que la pérdida de los antiguos manuscritos que habían servido de modelo fue la regla en el proceso de copia de los clásicos durante la Edad Media, y el caso de la Florentina es una excepción a la regla. Sin embargo, creo que la reconstrucción que realizan no responde a todos los interrogantes que suscita la existencia de un hipotético manuscrito X.

54 Es interesante observar que la idea del hallazgo de un antiguo manuscrito completo del *Codex* por parte de los glosadores había sido excluida por Friedrich A. Biener, *Beiträge zur Revision des Justinianischen Codex*, Berlín 1833, p. 9. Biener observaba la fluidez del texto en los más antiguos manuscritos y la lenta afirmación de la versión de Bolonia, divulgada luego en las *stationes librorum*, explicándola por la ausencia, para el *Codex*, de un modelo comparable al de la *Littera Florentina*. Krüger no parece haber tomado en consideración el precedente estudio de Biener.

quina de la producción libresca y la tradición didáctica. No obstante algunos intentos de restablecer el rostro original del *Codex* en doce libros, se prefirió finalmente derogar al respeto sagrado hacia Justiniano y aceptar la división en dos Códices⁵⁵.

Los últimos florilegios del siglo XII

Este episodio nos permite avanzar en la caracterización de la “institución del texto jurídico”, que es el primer resultado de la gran mutación del renacimiento jurídico. La filología irneriana no es una pasión anticuaria con fin en sí misma. Forma parte de un recorrido que tuvo como resultado rapidísimo y evidente la creación de una nueva cultura laica, en un mundo que hacía siglos había olvidado la existencia de estudiosos que no fuesen clérigos y la creación de un grupo social, el de los juristas, protagonistas de la vida política de las comunas italianas e intérpretes de un derecho que se proponía regular la vida de la sociedad en la que vivían.

Si este era el objetivo del descubrimiento de los textos, se podía sacrificar algo del rigor “filológico” en pos de una mayor firmeza y funcionalidad. Y en efecto, más allá de la división del *Codex* hubo otras concesiones hechas en detrimento del rigor del proyecto de reconstrucción de los textos originales. Retomaremos el argumento más adelante, pero por ahora es necesario subrayar que si bien hubo concesiones, lo que la cultura boloñesa no toleraba era el retorno a la vieja mentalidad, que había conducido a la composición de *florilegia* y *zibaldoni* de fuentes sacadas de aquí y de allá, o a esas obras que abundaban aún en el siglo XII, que integraban pasajes textuales con consideraciones interpretativas y que terminaban por confundir el nivel del texto normativo intangible con el de la interpretación, subjetiva y opinable.

No nos detendremos aquí en esos productos de la cultura *retro* que son las *Exceptiones Petri*, los libros de Tubinga y Ashburnam o el *Brachylogus*⁵⁶.

55 Emanuele Conte, *Tres Libri Codicis. La ricomparsa del testo e l'esegesi scolastica prima di Accursio*, Fráncfort del Meno 1990, pp. 33-38.

56 André Gouron, “L’auteur du ‘Brachylogus’: un compagnon de Thomas Becket en exil ?”, en *A Ennio Cortese*, Roma 2001, vol. II, pp. 163-173, propone la atribución del manualito al entorno de Thomas Beckett, compuesto por teólogos curiosos de derecho. Más allá de la certeza de la atribución, que puede ser discutida y no termina de convencer, los estudios subrayan los innegables contactos entre estas obras y el mundo de los teólogos. Un poco menos refinadas, las *Exceptiones legum romanarum Petri* y las precedentes

Cargados de una mentalidad pre-boloñesa, ofrecen a ambientes periféricos colecciones de fuentes justinianas, paráfrasis o citas *in extenso*, destinadas a un público que no tiene familiaridad con los libros de Justiniano reconstruidos por la escuela. Tomemos por el contrario más bien el ejemplo de un producto tardío y sin duda original como el *Liber Pauperum* de Vacario⁵⁷. Compuesto hacia 1170 por el maestro italiano emigrado desde hacía decenios en Inglaterra, el sugestivo libro se da como objetivo presentar a los jóvenes ingleses lo esencial del derecho romano, evitando a los numerosos estudiantes, y en particular a los pobres, la compra costosísima de la compilación justiniana. Vacario realiza así una elección difícil puesto que vuelve al sistema de los *florilegia*, optando por una estructura usada más en el mundo de las artes y de la teología que en el de las escuelas romanísticas. A la elección de pasajes del *Codex* y del *Digesto*, yuxtapone una cadena de glosas redactadas por él mismo, previendo el agregado de un ulterior estrato de glosas que se desarrollarían durante la actividad exegética y didáctica.

Ahora bien, al introducir este producto original, Vacario siente la necesidad de buscar una justificación a una operación que sentía evidentemente como susceptible de crítica por parte de sus antiguos colegas boloñeses. Y puesto que la mejor defensa es el ataque, recuerda que incluso los glosadores “ortodoxos” se permitieron dejar de lado los preceptos de Justiniano, que había formalmente prohibido la composición de glosas e interpretaciones a las leyes.

Esta autodefensa de Vacario revela un hecho fundamental: en la segunda mitad del siglo XII, el respeto por el texto integral era compartido de forma tal que incluso en la lejana Inglaterra no se podía retornar a las viejas costumbres de resúmenes y epítomes sin sentir la necesidad de justificarse frente al mundo de los juristas, que se había definido ya como el de los únicos intelectuales capaces de coordinar e interpretar la estructura compleja del texto que ellos mismos habían reconstruido.

compilaciones que lo componen parecen también destinadas a un público de clérigos para quienes el derecho romano es solo el complemento de una formación esencialmente teológica y canónica, véase Ennio Cortese, *Il diritto...*, *op. cit.*, t. II, pp. 45-52.

⁵⁷ Para un estado de la cuestión de las investigaciones sobre Vacario y su obra, ver Francis De Zulueta y Peter Stein, *The Teaching of Roman Law in England around 1200*, Londres 1990, pp. xxii-xxxvii.

El nuevo sistema de citas y la autoridad del texto

Un elemento característico que distingue la cultura nueva que se afirmó con la escuela jurídica, es el estilo de citas de los textos normativos. Ya en las primeras obras de los glosadores se observa la adopción de un nuevo sistema que no tiene precedentes en la literatura teológico-jurídica que había circulado hasta entonces: los pasajes contenidos en la compilación justiniana son citados con la parte (*Codex, Digesto, Institutas, Novellae*), el título, y las primeras palabras del texto. Para citar la constitución de Justiniano de 531, incluida en el séptimo libro del *Codex*, título 37, como ley tercera (sistema moderno de citas: C.7.37.3), se indicaba: *C.de quadriennii praescriptione, l(ex) Bene a Zenone*.

Este sistema puede parecer menos preciso que el moderno, basado en la sucesión numérica; es sin embargo extraordinariamente más preciso que todos los métodos de citación utilizados en los siglos precedentes: los raros fragmentos justinianos que se encuentran en la literatura pre-boloñesa se citan con el nombre del Emperador o del jurista que figura en la *inscriptio* del fragmento (por ejemplo: “ait Iustinianus”), o bien, en muchos casos, transcribiendo el texto *in extenso*. Lo que es comprensible si se piensa en la limitada circulación de los libros justinianos y en la imposibilidad, por parte del lector, de confrontar el texto citado en un ejemplar de la compilación.

El nuevo sistema de citas cuenta por el contrario con el hecho absolutamente nuevo de la disponibilidad de muchos libros tendencialmente iguales, en los cuales el lector estaba seguro de encontrar todos los pasajes citados, siempre reproducidos bajo el mismo título e introducidos por las mismas palabras. El sistema boloñés de citas de los textos justinianos revela por lo tanto una fuerte estabilización del texto.

Manifiesta asimismo la creciente capacidad para la argumentación dialéctica que se apoya en textos y en argumentos con referencia textual, porque se preocupa en primer lugar de indicar con precisión y rapidez los lugares del *Corpus* que pueden ser puestos en relación unos con otros. Un sistema de citas preciso como el de la escuela de Bolonia consiente el recurso a numerosas citas, permite ordenar los pasajes contrastantes en cadenas de fragmentos contrapuestos (*brocarda*), relacionar pasajes distantes entre ellos dentro del *Corpus iuris* y delinear así los contornos de las instituciones jurídicas. Permite, en definitiva, la fundación de una nueva ciencia jurídica en base a la autoridad indiscutida del texto.

Autoridad del texto, no de los legisladores singulares que promulgaron las normas que este contiene. En esto, la sensibilidad de los civilistas se distingue del respeto por la *auctoritas* del legislador que hemos observado en Pedro Damían, quién prestaba gran atención a la correcta tradición de las *inscripciones* que conservaban el nombre original del autor del fragmento. Es interesante observar, con respecto a esto, que en Bolonia las *inscripciones* que introducen los fragmentos citados indicando la proveniencia, fueron primero fatigosamente reconstruidos y luego dejados de lado en el sistema de citas.

Los manuscritos más antiguos del *Codex*, aquellos aún involucrados en el proceso de reconstrucción del texto a través de la *auctio* de los textos realizada a través de la comparación de diversas tradiciones textuales, muestran claramente la preocupación por la conservación o la reconstrucción de las *inscripciones*, que se revela eventualmente en la inserción de una *inscriptio* faltante en un texto antiguo corregido con el criterio de *auctio* que, como se ha visto, condujo de los viejos epítomes al texto completo.

No obstante, con el paso de los años y con la definitiva estabilización de los textos, la técnica de la exégesis se fundó siempre más firmemente en la confrontación dialéctica entre diversos pasajes de la compilación, y desarrolló rápidamente un sistema de citas basado en las indicaciones de título e *incipit* del fragmento. Preocupado por alinear el mayor número posible de fragmentos de la compilación que sirviesen de base para la discusión de los problemas institucionales, el jurista medieval comenzó a dejar de lado la mención de la fuente, de quién había en su momento promulgado la norma, dado que la autoridad del texto se apoyaba en la norma que contenía, independientemente de su origen. En estas condiciones, la presencia del pasaje inicial, que contenía el nombre del emperador legislador y el del destinatario (o, en el caso del *Digesto*, la indicación de la obra de la que había sido tomado el fragmento) no era más que un obstáculo en la identificación del *incipit* de la norma. Tanto es así que la integridad de las inscripciones fue rápidamente sacrificada a la posibilidad de ubicar los pasajes en el *corpus*, y ya en la segunda mitad del siglo XII vemos aparecer ejemplares del *Codex* con inscripciones amputadas del nombre del destinatario. En el siglo XIII, finalmente, se llega a la estandarización completa del texto y a la reducción drástica de las *inscripciones* en un simple “Imp.” que no tiene otra función más que la de indicar el inicio de la norma y facilitar la individuación del *incipit*⁵⁸.

58 Sobre la disposición del texto en Bolonia, ver Emanuele Conte, “Archeologia giu-

En conclusión: luego del primer apasionado trabajo de recuperación de los textos, la escuela apuntó a dar un aspecto estable al derecho justiniano, más que a preservar los testimonios genuinos del mundo romano. Exigencias prácticas imponían a los maestros dedicarse a una reconstrucción sistemática y coherente de relaciones internas en la codificación que estudiaban, más que a detenerse en la reconstrucción del momento genético.

El caso de las Novellae y el contraste entre la autoridad del texto y la intervención del legislador

La relación entre la escuela, con sus textos cargados de autoridad, y la autoridad imperial, que afirmaba su poder precisamente en el siglo XII, con Federico Barbarroja, el soberano germano que domina la escena italiana durante toda la segunda mitad del siglo, era en verdad más bien compleja. Si los glosadores consideraban al Imperio como una institución vigente, y veían con buen ojo la relación entre el derecho justiniano y el Emperador vivo que debía hacerlo propio, tuvieron sin embargo tendencia a considerar también al Emperador como una institución jurídica⁵⁹. El conjunto legislativo perfecto e intangible que Irnerio y otros habían reconstruido no podía correr el riesgo de ser perturbado por nueva legislación. Se diría por lo tanto que el resurgir del mito justiniano de la legislación completa y perfecta servía para limitar el recurso a nuevas normas introducidas por el legislador, y sobre todo para excluir la intervención de los soberanos sucesivos en el delicadísimo ámbito del derecho privado. El inmenso prestigio de la antigua compilación de Justiniano es tal que toda modificación es vista por los glosadores como un sacrilegio.

Más aún, inicialmente Irnerio no quería siquiera admitir que el mismo Justiniano, luego de haber promulgado su *Codex*, pudiese haber retornado sobre sus pasos emanando nuevas (*novellae*) constituciones, posteriores al

ridica medievale. *Spolia monumentali e reperti istituzionali nel XII secolo*”, *Rechtsgeschichte*, 4 (2004), pp. 118-136, 131-132.

59 Laurent Mayali, “*Lex animata*. Rationalisation du pouvoir politique et science juridique (XII^{ème}-XIV^{ème} siècles)”, en A. Gouron y A. Rigaudière (eds.), *Renaissance du pouvoir législatif et g n se de l’ tat*, Montpellier 1988, pp. 155-164; Emanuele Conte, “*De iure fisci*. Il modello statutale giustiniano come programma dell’Impero svevo nell’opera di Rolando da Lucca (1191-1217)”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 69 (2001), pp. 221-244.

cierre del *Codex*, y con las cuales modificaba disciplinas que acababa de establecer. El episodio es conocido: una glosa que llegó hasta nosotros en un par de versiones, atribuida por la sigla a Irnerio y confirmada por pasajes de glosadores posteriores, revela las dudas del maestro en lo que concierne a la autenticidad de la traducción latina de las colecciones de *Novellae* que están reunidas en el *Authenticum*⁶⁰. La versión más breve de la glosa parece justificar las dudas de Irnerio con motivos estilísticos: la refinada sensibilidad gramatical del maestro capta fácilmente la diferencia de estilo que distingue las largas y ampulosas *novellae* de las secas constituciones que en el *Codex* son atribuidas al mismo Justiniano. ¿Cómo podían provenir del mismo legislador esas normas escritas tan diversas? E incluso la estructura gramatical de la compilación de *Novellae* es diferente de la del *Codex*, ordenado por materia, mientras las primeras se ordenaban simplemente por orden cronológico.

Estas observaciones estilísticas de Irnerio demostraron su extraordinaria pericia gramatical y su sensibilidad hacia esos textos que habían guiado la reconstrucción del *Corpus iuris*⁶¹. Pero no se ha subrayado suficientemente el hecho de que en la glosa irneriana las consideraciones “filológicas” son funcionales para sostener una posición de fondo a favor de la imagen “estática” de la legislación que Justiniano había proyectado, promulgando el *Codex* en su segunda edición de 534. Y sobre este punto Irnerio llega a afirmar la falsedad del *Authenticum*: no es verosímil, dice, que Justiniano, que había compilado el *Codex* a costo de tanta fatiga y con tanta perfección, se haya puesto de repente a promulgar leyes contrarias a lo que había prescripto. De hecho, él mismo había expresado su voluntad de promulgar nuevas constituciones solo en materias no disciplinadas por el *Codex*, mientras que las *Novellae* retornaban sobre las mismas instituciones tratadas por el *Codex*.

Las constituciones nuevas (*novellae*), de las que se habla aquí [es decir de la constitución *Cordi*, que ordena la compilación de la segunda edición del *Codex*], se prometen sólo en lo que concierne a cuestiones nuevas, que no estén ya atadas por los lazos de la ley. Pero estas leyes [las que están recogidas en el *Authenticum*], si acaso se deban llamar “leyes”, se ocupan sólo de cuestiones que ya están reguladas por el *Codex*, e incluso lo contradi-

60 La posición de Irnerio es recordada al menos por Juan Bassiano, Azon, Accursio, Roffredo Beneventano, Odofredo. Una pequeña recolección de fuentes ha sido editada ya en Friedrich A. Biener, *Geschichte der Novellen*, Berlín 1824, pp. 607-610

61 Ennio Cortese, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma 2000, pp. 254-255.

cen en muchos aspectos. Y por lo tanto no es verosímil que Justiniano, una vez que hubo terminado su trabajo a precio de tanta fatiga y de tanta atención, haya inmediatamente comenzado a promulgar leyes contrarias, consintiendo que se encontrasen entre las leyes, normas opuestas a su voluntad...⁶².

Por lo tanto, concluía Irnerio, el *Authenticum* debe ser un falso, compilado quizás por uno de esos monjes que habían distribuido numerosos textos espurios en las bibliotecas. La posición era, por cierto, extrema, e Irnerio mismo renunció a ella rápidamente, no pudiendo negar el origen justiniano del *Authenticum*⁶³. Pero revela, precisamente por su extremismo, que la “filología” irneriana no se agotaba en una pasión puramente cultural, sino que tenía un programa práctico claro: establecer un texto cierto, estable e inatacable. La compilación de *Novellae*, que constituía la parte de la compilación abierta a nuevas intervenciones del legislador, representaba una insidia puesta por el mismo Justiniano al postulado de la exhaustividad del *Corpus iuris*, y ponía por lo tanto en peligro el presupuesto sobre el cual se habría basado la escuela jurídica: el del cierre de un texto en el cual, como diría un siglo más tarde Accursio, “omnia inveniuntur”.

Debiendo renunciar a la idea de expurgar las *novellae* del cuerpo del derecho justiniano, Irnerio encontró la solución que debía, al menos por algún tiempo, cerrar la puerta que Justiniano había dejado abierta para la corrección del propio edificio legislativo. Hizo en efecto resúmenes de las *Novellae* y los puso en los márgenes del *Codex*, en correspondencia con las materias

62 La segunda versión ha sido editada por diversos autores: véase entre ellos Biener, *Geschichte der Novellen*, op. cit., p. 607; Gustav E. Heimbach, en los *Prolegomena* a la edición del *Authenticum*, op. cit., p. cccxlix; Gustav Pescatore, *Die Glossen des Irnerius*, Greifswald 1888, p. 44, n. 2; Enrico Besta, *L'opera d'Irnerio*, Turín 1896, p. 123, n. 3; Gero Dolezalek, *Repertorium manuscriptorum veterum Codicis Iustiniani*, Fráncfort del Meno 1985, p. 132: «Novelle quippe constitutiones de quibus hic loquitur nonnisi de novis negotiis et que nondum sunt laqueis legum innodata promittuntur. At leges ille (si modo “leges” dicende sunt) de his dumtaxat negotiis loquuntur de quibus et Codex, cui et in pluribus adversantur. Non est autem verisimile Iustinianum, huic operi toties tanto labore tantaque diligentia confecto mox adversa constituisse, scilicet ut contra suum propositum reperiatur aliquid in legum articulis contrarium...».

63 Con una cierta malicia, Odofredo cuenta que Irnerio habría defendido la falsedad del *Authenticum* porque no había aún estudiado y se habría visto forzado a rechazar una argumentación basándose en este argumento. Pero luego, continúa el glosador, Irnerio cambió de opinión, “quia sapientis est mutare consilium in melius”, véase Odofredi *Lectura in primam Codicis partem*, Lugduni 1552 (reimpr. anast. Bolonia 1968 = *Opera Iuridica Rariora*, 6), fol. 4 vb.

que se veían modificadas por la legislación nueva. Una operación que no era de esperarse de un maestro tan respetuoso de las fuentes que había reconstruido con pericia y exactitud, preocupándose precisamente por repudiar la versiones epitomadas que circulaban en la Alta Edad Media. Pero mostraba asimismo que el objetivo último de la operación de reconstrucción no se detenía en el deseo “filológico” de renovación de lo antiguo, sino que perseguía el fin de ofrecer a la escuela un texto de gran autoridad, omni-compreensivo y cerrado a eventuales intervenciones legislativas.

*Las pretensiones de Federico Barbarroja
y las resistencias de los civilistas*

Recogiendo el grandioso patrimonio de la legislación justiniana, el Imperio medieval se había puesto en situación de no poder incidir fácilmente en la disciplina del derecho privado. Demasiado alta era la autoridad indiscutible del antiguo y mítico legislador de Constantinopla, aquel Justiniano que había sobrevivido en Occidente –retornando a la imagen con la que hemos iniciado– transformado en un fantasma, y como tal erigido en el mito del legislador perfecto. Un legislador que no podía ni siquiera ser paragonado con los toscos soberanos de la estirpe germánica que, no obstante su esfuerzo por presentarse como sucesores de los emperadores romanos, eran demasiado ineptos como para tolerar que interviniesen, modificando o completando un sistema que ni siquiera entendían. Es por eso que la refinada obrita del siglo XII intitulada *Quaestiones de iuris subtilitatibus* puede posicionarse contra “qui nunc imperant”, incapaces de elevarse a la altura de quienes se proclamaban imitadores⁶⁴. Lo que para el desconocido autor podría marcar la adecuación de los nuevos soberanos a los antiguos, sería la abrogación de la autoridad de las leyes alto-medievales lombardas y francas, lo que despejaría finalmente el campo para la adopción incondicional del derecho justiniano como único ordenamiento en vigencia.

Al mismo tiempo, en los mismos años, los legistas boloñeses se mostraron intratables frente a una famosa tentativa de Barbarroja de erigirse en legis-

64 Sobre las *Quaestiones de iuris subtilitatibus* véase la edición y la bibliografía en Ennio Cortese, *Il diritto*, op. cit., t. II, p. 111-116. Reciente atribución a un maestro parisino por parte de André Gouron, “Les *Quaestiones de iuris subtilitatibus*: une oeuvre du maître parisien Albéric”, *Revue Historique*, 303 (2001), pp. 343-362.

lador supremo e interprete del derecho romano. El episodio es célebre: el Emperador había promulgado una constitución para resolver el problema privatístico que surgía de una ambigüedad presente en el *Codex*. Se leía allí un rescripto de Septimio Severo (C.2.27[28].1), en el que el monarca se negaba a pronunciarse a propósito de una cuestión delicada que se le había planteado, a saber, si era lícito conceder la *restitutio in integrum* a los menores que hubiesen contraído obligaciones por medio de juramento. Si en efecto, el tradicional privilegio de los menores se justificaba con la exigencia de tutelar el patrimonio frente al riesgo de los contratos concluidos con la ligereza característica de los jóvenes, el no respeto de un compromiso solemne y jurado comportaba el riesgo espiritual del perjurio.

Frente a este dilema, el antiguo emperador no se había pronunciado, y los glosadores se habían dividido en dos soluciones opuestas, formuladas por los dos más importantes discípulos de Irnerio: los seguidores de Martino consideraban irrevocable la promesa jurada, y negaban la *restitutio in integrum* en el caso de juramento; la escuela de Búlgaro, al contrario, consideraba nulo *in radice* el negocio obligatorio concluido por el menor, y declaraba por lo tanto ineficaz incluso el juramento confirmatorio, que no tenía una sustancia obligatoria que confirmar y actuaba por lo tanto sobre el vacío.

Considerada demasiado sutil la posición refinada de Bulgaro, Barbarroja promulgó la constitución *Sacramenta puberum* para confirmar legislativamente la solución prudente de Martín, y ordenó que la nueva norma fuese introducida en el *Codex* en margen al rescripto de Septimio Severo, como Irnerio había hecho con el *Authenticum* justiniano que corregía leyes del *Codex*. Pero frente a esta exigencia –en definitiva razonable– del Emperador, la reacción de la escuela de los glosadores fue, por una parte, de explícito rechazo, y por otra, de desobediencia a la orden de corrección del *Codex*. Es impactante constatar que en los manuscritos del *Codex* no se introduce casi nunca la auténtica federiciana, y que esta aparece en rarísimos casos, y siempre en un agregado de folio suelto o insertado por una mano diversa de la del copista principal⁶⁵.

65 Emanuele Conte, “Federico I Barbarossa e il diritto pubblico giustiniano”, *Bullettino dell’Istituto Storico Italiano per il Medio Evo*, 96 (1990), pp. 237-259: esencial es la bibliografía del episodio de la *Sacramenta puberum* en p. 257, a completar con las indicaciones ofrecidas por Ennio Cortese, *Il diritto*, op. cit., t. II, pp. 82-84.

La dialéctica escolástica y el sistema del derecho común

Se confirma, en definitiva, aquello que decía hace medio siglo Francesco Calasso sobre los primeros años de la escuela de los glosadores, que él consideraba como la “edad del *ius commune* absoluto”, aludiendo a la desconfianza de los nuevos juristas hacia todo derecho que no fuese el romano codificado por Justiniano⁶⁶. Los legistas se consideraban a sí mismos como los únicos juristas dignos de ese nombre, y derivaban esta autoridad superior de aquella inalcanzable de la que estaban cargados los textos que solo ellos sabían leer e interpretar. Solo esos textos contenían normas dignas de ser llamadas “leyes”, y como tales debían resolver todo tipo de problema que la práctica plantease, e incluso orientar la interpretación de otros conjuntos normativos, como el derecho canónico, el feudal, los derechos territoriales de los *regna* y aquellos –numerosísimos– de las comunas urbanas y de las corporaciones.

Derechos que las primeras generaciones de glosadores ignoraban con altivez, evitando citarlos en sus obras exegéticas, que permanecían cerradas al diálogo entre fuentes concurrentes, para limitar el propio campo visual exclusivamente al derecho justiniano. Esto condujo a muchos historiadores, especialmente del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, a considerar a los glosadores como teóricos “puros”, como filósofos del derecho que no tenían ningún interés por la realidad del derecho práctico. Se planteaba así una vez más la fractura entre el derecho del pueblo y el de los juristas, que había constituido ya la clave de lectura de la interpretación de los historiadores del derecho medieval, que separaban el derecho “pensado” del “vivido”, creando así una dicotomía en el interior de la experiencia jurídica.

Esta dicotomía, en realidad, no existió nunca. Es verdad que las obras de escuela se dedicaban al derecho justiniano, y pueden por lo tanto dar una idea de distancia de la realidad social medieval. Pero esta distancia no hacía más que reforzar la imagen de un texto perfecto que había sido construida por Irnerio desde los orígenes de la escuela, y que había hecho la fortuna de una cultura y de un grupo de profesionales. Si por lo tanto los glosadores se dignaban solo rara vez citar fuentes canónicas, las feudales y las territoriales dejaron una fuerte impronta en los textos de la escolástica jurídica.

Todos estos derechos llegaron finalmente a conformar un modelo impuesto por la escuela de los legistas: se condensaron en un texto estable y fue-

66 Francesco Calasso, “Il problema storico del diritto comune” (1939), ahora en Id., *Introduzione al diritto comune*, Milán 1951, pp. 77-136, 125-126

ron objeto de exégesis por parte de los juristas que utilizaron en general el método de la glosa. Más aún, la glosa se transformó en el acompañamiento indispensable para la utilización del texto legislativo: baste pensar en la promulgación de las colecciones canónicas de los papas Inocencio III, Honorio III y Gregorio IX, que entraron en vigor a través de su envío a la escuela de Bolonia, con el fin de que fueran glosados para hacerlos utilizables. Se debe pensar también en las numerosas compilaciones del *ius proprium* que, por muchos siglos luego del fin de la llamada “edad de la glosa”, fueron dotadas de aparatos de glosas.

Durante el primer siglo de la escuela, entre el siglo XII y el XIII, las glosas eran ante todo una red de relaciones que unía diversos pasajes del *Corpus iuris civilis*: una tela de araña de citas que contenía pasajes, incluso muy distantes entre ellos, que encerraban principios en cierto modo relacionados. Más tarde, cuando los aparatos de glosas fueron redactados para comentar el derecho feudal o el local, las glosas fueron el instrumento para relacionar las normas particulares al conjunto del *ius commune*. Los lazos contruidos por las citas ponían al *ius proprium* en el interior de las categorías del *ius commune*, creando las premisas para la construcción de ese sistema del *ius commune* que se puede entender solamente si se lo piensa como sistema dinámico. Un sistema hecho de *argumenta* concordantes o contrapuestos, funcionales a la sistematización de la práctica, que respetaba a su vez el pluralismo de las fuentes de producción de la norma, pero integraba todas las fuentes legislativas en el interior del cuadro representado por la ciencia. Una ciencia que fue, sin duda, la gran protagonista de la creación del sistema de *ius commune* y de muchos elementos del derecho del segundo milenio.

CAPÍTULO 3*

El re-descubrimiento de la posesión y la renovación del proceso civil

Le possessoire est comme une forêt obscure au travers de laquelle quelques voies se laissent à peine reconnaître, encombrées et presque entièrement couvertes de vieux troncs morts et de pousses nouvelles.

P. VIOLLET, *Histoire du droit civil français...*,
3^a ed., París, 1905, p. 632.

Un proceso antiguo para una sociedad nueva: interpretaciones historiográficas del proceso y de la posesión medieval

No se debe pensar que la aparición de una nueva cultura jurídica haya sido un fenómeno encerrado entre los muros de la escuela, casi deslumbrado por el esplendor de esos textos romanos que se había reconstruido y consolidado fatigosamente. Por el contrario, el éxito de la escuela y de los juristas estuvo determinado por la rapidísima recepción de las nuevas doctrinas en tantos tribunales que, en esos años, estaban precisamente cambiando sus esquemas procesales. El abandono de los viejos procedimientos altomedievales fue en efecto uno de los síntomas más precoces de la renovación de las estructuras de poder que se inicia en el siglo XI. En primer lugar la Iglesia, que incorporaba la metamorfosis gregoriana, reorganizó su sistema judicial adecuándolo a la arquitectura fuertemente piramidal introducida por dicha reforma. Poco después, también las comunas italianas, que combatían contra el Imperio para conservar la autonomía de jurisdicción conquistada en los años de debilidad imperial, hicieron del proceso el lugar de afirmación de una mentalidad nueva, orgullosamente fundada en la evocación de la Antigüedad, que se manifiesta en mil formas de justificar con la propia autoridad el pasaje a una nueva época.

Nuevo es, en efecto, el antiguo proceso justineano, y nuevo el derecho privado romano que atribuye al *civis* el poder de llevar ante el magistrado las instancias de justicia. Los poderes renovados, como la Iglesia romana, y los nuevos, como las comunas de Italia y Provenza, recurrieron al modelo anti-

* Traducción de Alejandro Morin y Marta Madero.

guo para fundar, por una parte, un inédito poder de jurisdicción, por otra, una renovada autonomía, que los sujetos privados habían perdido durante los siglos de la Alta Edad Media, cuando el reconocimiento de cada derecho dependía de la garantía del poder público y la dialéctica público-privado se había transformado en una confusión completa de esta distinción invalidada en tanto tal.

Un indicio de esta transformación puede detectarse concentrando la atención en un procedimiento específico, que la Alta Edad Media había dejado de lado: el procedimiento posesorio. No es fácil aproximar el tema del proceso medieval a aquel de la posesión, aunque más no sea por el peso de la tradición historiográfica de la posesión de los últimos dos siglos, y sobre el tema del proceso desde hace poco menos. Como hemos visto, la historiografía jurídica del 800 condiciona tan profundamente nuestro modo de interpretar las instituciones medievales que cualquier investigación sobre el tema debe tomarla en cuenta. Será por lo tanto necesario retomar aquí algunos de los puntos presentados en forma esquemática en el primer capítulo con el fin de precisarlos, concentrándonos en las cuestiones técnicas de la posesión y del procedimiento. En efecto, tanto los estudios sobre la posesión como los que conciernen al proceso judicial realizados durante el siglo XIX fueron realizados con el método consolidado de los factores históricos, que reconstruye las instituciones jurídicas analizando sus componentes romanos, germánicos y canónicos. Este método ha marcado profundamente tanto los estudios sobre la posesión, como aquellos sobre el proceso, dando sin embargo resultados curiosamente divergentes. Por una parte, de hecho, el proceso civil de la Edad Media central y baja fue presentado como un sistema nuevo, nacido del afortunado encuentro entre los acostumbrados tres componentes romano, germánico y canónico, tanto es así que el más grande procesalista italiano del siglo XX, Giuseppe Chiovenda, podía recapitular las interminables polémicas de los juristas alemanes observando que “nuestro código de procedimiento civil es el producto de una larga historia, que en grandísima medida se resume en aquella de las relaciones entre el romanismo y el germanismo en el campo del proceso civil”¹.

Pero si en el proceso civil se reconoce la fusión de los diversos sistemas, y

1 Giuseppe Chiovenda, “Romanesimo e germanesimo nel processo civile” (prelusión leída en la Universidad de Parma el 5 de diciembre de 1901, ed. *Rivista Italiana di Scienze Giuridiche*, 1902), ahora en Id., *Saggi di diritto processuale civile*, Bolonia 1904, pp. 131-188, p. 132.

la consecuente función creadora de la doctrina y de la práctica medieval, la historia de la posesión fue en cambio descrita como un choque insanable entre concepciones diversas, e incluso algunas incongruencias sistemáticas de los derechos privados hoy vigentes fueron explicadas a partir del entrelazado de concepciones irremediabilmente conflictivas, obligadas a convivir en la historia². De esta manera, es precisamente en torno a la noción de posesión que nació en Alemania la escuela histórica y su articulación en romanistas y germanistas: en primer lugar, en torno del afortunadísimo ensayo de Savigny de 1803³, y 25 años más tarde en torno del estudio de Wilhelm Albrecht⁴ que a la posesión romana de Savigny oponía su contra-altar germánico, la *Gewere* que, con sus contrafiguras francesas e inglesas, la *saisine* y la *vestidura*, estaba destinada a constituir el corazón del así denominado derecho germánico. Desde entonces, y durante todo el siglo XIX, la confrontación entre la *possessio* y la *Gewere* fue puesta en el centro de discusiones profundas en torno a las relaciones entre las familias de derechos que la historiografía romántica veía confrontarse ásperamente por el predominio sobre la sociedad medieval⁵.

Sobre la posesión, que era el terreno originario de la confrontación, no se llegó nunca a conferir al derecho medieval una autonomía análoga a aquella que había sido delineada para el proceso: la posesión continuaba siendo descrita como romana o germánica, y en cada fuente se buscaban las manifestaciones de esta o de aquella idea, como si en este campo la teoría de los factores históricos – entonces asaz seguida por una historiografía jurídica que atendía al evolucionismo científico– no pudiese producir criaturas nuevas (productos de los factores), sino sólo monstruos, en los cuales se mezclaban elementos incompatibles entre sí⁶.

2 Véase, por ejemplo, Rodolfo Sacco y Raffaele Caterina, *Il possesso*, 2º ed., Milán 2000 (*Trattato di diritto civile e commerciale*, A. Cicu y F. Messineo [dir.], vol. 7), p. 61: “La coabitazione di modelli romani e germanistici nell’Europa del diritto comune ha prodotto situazioni normative cui l’analisi giuridica ha dedicato concettualizzazioni e apprezzamenti votati all’inutilità perché tentano di cogliere il razionale là dove c’è soltanto la storia con i suoi capricci”.

3 Friedrich Karl von Savigny, *Das Recht des Besitzes...*, *op. cit.*

4 Wilhelm Eduard Albrecht, *Die Gewere...*, *op. cit.*

5 Una lectura de algunas obras de civilistas medievales se puede ver en el reciente aporte de Raffaele Volante, “Fatto normativo e interpretatio iuris. La definizione del possesso nel diritto comune”, en *Ordo iuris. Storia e forme dell’esperienza giuridica*, Milán 2003, pp. 1-39. Es singular la decisión de no tomar en consideración algunos de los muchísimos aportes histórico-jurídicos que se han acumulado sobre el tema desde hace más de dos siglos.

6 Sobre la teoría de los factores históricos séanos permitido reenviar a Emanuele Conte, “Droit Médiéval...”, *op. cit.*

Incluso cuando hablar de un derecho germánico ha quedado fuera de moda para los historiadores del derecho no alemanes, la idea de la oposición de modelos no ha sido del todo superada. Para reemplazar “el elemento germánico” intervinieron los reclamos a una “mentalidad posesoria” que habría caracterizado al mundo de la Alta Edad Media. Recelosa de las abstracciones romanísticas que distinguían un hecho tutelado del ordenamiento de un derecho profundamente radicado en el sujeto, esta mentalidad medieval habría privilegiado la factualidad sobre la definición soberana de los derechos subjetivos; y una vez rota la armonía entre el sentido común y las normas que se limitaban a reconocer aquello que la sociedad había creado, esta mentalidad estaba destinada a confrontarse vivamente con el naciente Estado moderno, que presionaba por hegemonizar el derecho privado y hacer de él, por cuanto atañe a su fuente de producción, un derecho público dirigido a los privados⁷.

Pero estas reconstrucciones, aun confeccionadas con términos cautivantes y modernos, no hacen sino reproponer las líneas de la reconstrucción decimonónica que, más allá de todo, aplica artificialmente a la Edad Media la distinción moderna entre derecho sustancial y derecho procesal. La predilección –típica del siglo XIX– por la construcción como sistema de los ordenamientos jurídicos, inducía de hecho a concebir también el derecho medieval (que se usaba calificar de “germánico”) como un sistema de “droit de fond” a la espera de ser aplicado en el momento procesal, pero perfectamente formado ya en abstracto, al interior de una “mentalidad” que “percibe” los derechos incluso cuando éstos, no siendo contrariados, no tienen necesidad alguna de ser definidos analíticamente.

El proceso posesorio clásico y sus formas vulgares y medievales

Ahora bien, precisamente en torno al problema clásico de la posesión puede ser útil poner a prueba un punto de observación distinto, que se libere sobre todo de la pregunta que ha ocupado a legiones de pandectistas a partir de Savigny, a saber “¿cuál es la naturaleza jurídica de la posesión?”⁸, para preguntarse en

7 Una síntesis rapidísima de esta interpretación en Paolo Grossi, “Proprietà e contratto”, en Maurizio Fioravanti (dir.) *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari 2002, pp. 128-138, con bibliografía en p. 233.

8 Se sabe que uno de los mejores resúmenes de las discusiones alemanas sobre la posesión es aquel compuesto por Rudolph von Jhering en su *Ueber den Grund des Besitzschutzes. Eine Revision der Lehre vom Besitz*, 2ª ed., Jena 1869.

cambio “¿en cuáles situaciones históricas se recurre a la noción de posesión? ¿Cuándo y por qué motivos se distingue la posesión de la propiedad? ¿Qué instrumentos legislativos y culturales hacen posible este desarrollo?”.

En este sentido, el examen de algunos documentos procesales del siglo XII –incluso si todos son ya conocidos por la historiografía– puede proveer indicaciones interesantes para captar las dinámicas de cambio impuestas por la historia más que la mentalidad “subterránea” de una sociedad. Esta transformación, que es de cultura jurídica y de práctica contractual y judicial, puede captarse, como es ahora bien sabido, entre la segunda mitad del siglo XI y el inicio del XII, cuando al nacimiento de una doctrina del derecho le corresponde una renovación consistente de la documentación privada y procesal. Puede subrayarse que en estos documentos, que atestan las primeras apariciones de una cultura jurídica nueva, y junto a nuevas preocupaciones de procedimiento, aparece casi siempre la referencia a la posesión, sobre la cual en algunas ocasiones el redactor del documento se demora en observaciones teóricas dirigidas a precisar el contenido jurídico de aquella expresión y sus efectos sobre el proceso que se documenta. En los testimonios más precoces del recurso a la cultura jurídica en la práctica procesal, quien invoca la posesión, para atribuírsela o bien negársela al adversario, siente a menudo la necesidad de ilustrar el sentido jurídico del término que usa, como si el mismo no estuviese bien claro para su interlocutor.

Esta voluntad de clarificación puede sorprender, porque la referencia a la posesión nunca faltó en la documentación medieval. El término *possessio-possessions*, de hecho, se encuentra repetido un número extraordinariamente alto de veces en la documentación privada y en las noticias de juicios públicos, ya que con el mismo se calificaban los bienes detentados a cualquier título. Actos de transferencia de bienes *inter vivos* o *mortis causa* califican el objeto de la disposición como *possessions*, y así también las numerosísimas confirmaciones de bienes producidas por la cancillería pontificia y por aquella imperial reaseguran a los entes eclesiásticos sobre las propias *possessions*, detentadas a cualquier título.

Sobre este uso extendido de la palabra debe haber influido la terminología del Bajo Imperio, que había ampliado el recurso al término posesión hasta invadir los campos que el derecho clásico había reservado a la propiedad, a la relación obligatoria, hasta llegar incluso al ejercicio de poderes públicos. Muchas fuentes imperiales ofrecen una estabilización al disfrute de cosas por parte de privados no calificando el derecho como *dominium*, sino como *firma*

possessio: una situación más bien difuminada, pero devenida segura por la tutela de la ley⁹. En el mismo sentido, el derecho fiscal había calificado de *possessores* a aquellos que, detentando un bien a cualquier título y gozando sus frutos, eran obligados al pago del impuesto fundiario. *Possessores* eran, para el feroz fisco del Imperio tardío, bien los propietarios, bien los titulares de derechos reales de amplio disfrute, como la superficie o la enfiteusis, bien aquellos que detentaban un terreno en virtud de una relación obligatoria consolidada por largo tiempo¹⁰.

De crucial importancia para la subsistencia del Imperio, el problema fiscal había inducido transformaciones profundas aún en las instituciones jurídicas privatísticas, no dudando algunas veces en modificar los principios generales del ordenamiento frente a las exigencias contingentes de las arcas imperiales. Por otro lado, las reglas procesales del derecho vulgar tardoantiguo, privilegiaban la tutela de la posesión sobre aquella de la propiedad, preocupadas sobre todo en reprimir la violencia privada: de modo que la célebre constitución *Si quis in tantam* de Valentiniano II (389 d.C.), recogida en el *Codex* de Justiniano pero ya presente en el Teodosiano y en el Breviario de Alarico, retomada por Casiodoro y evocada por Isidoro de Sevilla, había devenido el modelo de la tutela de los derechos usufructuados a cualquier título y defendidos por la autoridad pública contra cualquier intento de invasión¹¹.

Así, ya antes del fin del Imperio, el procedimiento de recuperación de bienes y derechos tendía a olvidar la distinción entre titularidad de un derecho

9 En este sentido ya Arnaldo Biscardi, “Studi sulla legislazione del basso Impero. III. La nuova proprietà”, *Studi senesi*, 56 (1942), pp. 275 y ss, que reconoce en el legislador tar-doimperial una tendencia “a fissare una nuova nozione di signoria sulla cosa, abbastanza ampia da comprendere tutti i rapporti economicamente analoghi alla proprietà in senso classico [...] Difatti, quando la proprietà venga concepita come un diritto di possedere la cosa in nome proprio, senza che l’altro possa disturbarne il godimento, è manifesto che non vi ha più difficoltà alcuna per applicare il medesimo linguaggio al *ius perpetuum*, al *ius emphyteuticarium*, alla superficie e così via. L’equiparazione di tutte codeste figure determina anzi la formazione del nuovo concetto di [...] *firma* o *inconcussa possessio*...”

10 Véase Carlo A. Cannata, ‘*Possessio*’ ‘*possessor*’ ‘*possidere*’ nelle fonti giuridiche del basso Impero romano. Contributo allo studio del sistema dei rapporti reali nell’età postclassica, Milán 1962, pp. 9-28.

11 Giovanni Diurni, *Le situazioni possessorie nel Medioevo. Età longobardo-franca*, Milán 1988 (*Quaderni di Studi Senesi*, 64), p. 18 y nota 26. El *incipit* justiniano (C. 8.4.7) es fruto de una recomposición de la redacción, por lo demás bastante profunda, y no se encuentra en la redacción recogida por el Teodosiano (C.Th. 4.22.3 = Brev. Alaric. 4.20.3).

real y posesión de un bien, para concentrarse sobre el objetivo de tutelar cualquier detentación y castigar cualquier apropiación violenta o ilegítima. En su clásico estudio sobre los derechos reales en el proceso de vulgarización, Ernst Levy podía, por esta razón, concluir que “neglect of the cause of action, and emphasis upon its object, are truly the distinctive features of a popular point of view which asks in the first instance: ‘what can I demand?’ and not: ‘why can I demand it?’”¹².

Se perdía por lo tanto, en el intento de poner una barrera al desorden de la sociedad tardoimperial, la distinción cualitativa entre acciones reales directas e interdictos posesorios, que en la Roma clásica habían distinguido netamente el fundamento, del derecho a actuar (el “why can I demand” de Levy): por una parte el derecho de propiedad que fundaba la *rei vindicatio*, por otra el hecho de la posesión, que el magistrado consideraba digno de una protección (*interdictum*) que no alcanzaba su legitimidad por el derecho del sujeto, sino por la autoridad pública del magistrado. Es verdad que al menos el recuerdo de los procedimientos interdictales se mantiene en la literatura escolástica¹³, pero no hay rastros de una utilización de ella en la práctica ni de su vulgarización en las *leges* romano-bárbaras.

Si por lo tanto la posesión se extiende en la Alta Edad Media como sustituto de las diversas formas de pertenencia, y los documentos privados rebosan de *possessores* y *possessiones*, la posesión técnicamente entendida desaparece de la escena con una cierta rapidez: no hay menciones de las cualificaciones jurídicas necesarias para que una situación de hecho pueda ser calificada como *possessio*; la disposición de ánimo del poseedor no presenta relevancia alguna, ni nadie se plantea el problema de la idoneidad de una cosa o de un derecho a ser poseído.

El “vestmentum” y la acción de spolium

Este retroceso de la posesión clásica, que fue un fenómeno vulgar¹⁴, ha sido

12 Ernst Levy, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Filadelfia 1951, p. 227.

13 Por ejemplo en las difundidísimas *Etimologiae* de Isidoro de Sevilla, 5.25.33, cuya definición del *interdictum* pasa luego a otros diccionarios medievales, como el *Elementarium* de Papias: véase Giovanni Diurni, *Le situazioni possessorie*, *op. cit.*, p. 36 y nota 82.

14 Al derecho vulgar lo liga explícitamente Ernst Levy, *West Roman*, *op. cit.*, p. 67-68: “What the sources present us, however, is only the raw material. They fail to show any indication that the coexistence of several *dominia* was grasped and elaborated. It was to

entendido por los historiadores del derecho germánico como el efecto del triunfal ingreso a Occidente de los pueblos germánicos, que una visión fuertemente ideológica pintaba como portadores de un derecho propio, que se pretendía incluso organizado en sistema.

Se ha repetido muchas veces, por ello, que propiedad y posesión habían dejado el lugar a la *Gewere*, instituto central y casi quintaesencia del derecho de los pueblos germánicos. Esta *Gewere*, se repite, habría constituido una alternativa germánica, bien a la propiedad, bien a la posesión romanas, puesto que garantizaba tutela a la apariencia de un derecho, a la manifestación exterior de un disfrute. He buscado en investigaciones anteriores¹⁵ desenredar la maraña de historiografía, historia e ideología que complica extraordinariamente el tema de la *Gewere* medieval, y con ella el secreto de la *vestitura*, que una tradición ya no creíble había considerado traducción latina de la germánica *Gewere*, mientras es bastante más probable lo contrario. Y creo entender que el *vestmentum* que tantos documentos atribuyen a sujetos laicos y eclesiásticos represente sobre todo el reconocimiento formal de un derecho a ser tutelados por la autoridad pública en caso de obstáculos al disfrute pacífico. La *vestitura* es, en suma, lo contrario del expolio, y la premisa del ejercicio de una acción de expolio. La cual, precisamente, puede ser ejercida para la tutela de cada tipo de derecho, bien de naturaleza personal, bien de naturaleza real, e incluso para obtener la reintegración en un *officium* laico o eclesiástico, o en el *status* conyugal¹⁶. La *vestitura-Gewere*, en suma, es la garantía de tutela procesal que se recibe en el acto de entrar en posesión de una cosa, o de un

take many hundreds of years before learned jurists came to tackle the theoretical problem by keeping apart a *dominium directum* (*eminens*) and a *dominium utile*. This doctrine has frequently been traced to Germanic point of view and contrasted with Roman concepts. But the approach of the vulgar law opens up an entirely new vista. In any event, so far as tangible evidence goes, it was the legislation of the fourth and fifth centuries and passages of Digest rather than Germanic sources which served the Glossators and Bartolus as the point of departure”.

15 Emanuele Conte, “Gewere, vestitura...”, *op. cit.*; Id. “*Vetustas*. Prescrizione acquisitiva e possesso dei diritti nel Medioevo”, en E. Conte, V. Mannino, P.M. Vecchi, *Uso, tempo, possesso dei diritti. Una ricerca storica e di diritto positivo*, Turín 1999, pp. 49-128, pp. 69-85.

16 Fuentes y literatura sobre la *actio spoli* y obervaciones sobre la dupla *spoliare-vestire* en Emanuele Conte, “Gewere”, *op. cit.*, y Id., “*Vetustas...*”, *op. cit.*, pp. 75-83. Los referentes principales son de todos modos dos estudios excelentes, ambos del siglo XIX: Georg Bruns, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, Tübingen 1848, y Francesco Ruffini, *L’actio spoli*, Turín 1899.

crédito, o bien cuando se es –precisamente– investido de un *status* vasallático, eclesiástico o conyugal.

Nos aproximamos al secreto de la *Gewere*, por tanto, sólo si lo encuadramos en el *continuum* que une el momento en el cual una posición jurídica se constituye o se confirma con aquel en el cual la misma es tutelada en juicio. La tutela procesal estaba así estrechamente ligada a la definición de los derechos y cada derecho existía sólo porque la autoridad política prometía su protección con el acto solemne de la investidura¹⁷. Para renovar esta promesa de protección servían, creo, las frecuentísimas confirmaciones que los entes eclesiásticos obtenían de pontífices y emperadores en reconocimiento de sus propiedades, con las familias de campesinos que residían en las tierras que cultivaban y los censos a percibir. Derechos que, como las propiedades, estaban garantizados por aquel que, ejerciendo la jurisdicción, tenía el poder de restablecerlos en el caso de que fuesen contrariados.

La “vestitura” en juicio en la Alta Edad Media

En definitiva, por lo tanto, es bastante obvio que, en su sentido técnico, la posesión –que el *Digesto* califica como una situación de hecho caracterizada por el *animus* del poseedor, por una buena fe fundada sobre un título de adquisición, y por la idoneidad de la cosa en cuestión a ser poseída– ha salido de la escena. Las funciones operativas principales de las cuales aquella posesión constituía la premisa –esto es, la adquisición por usucapión y la tutela interdical en juicio– eran asumidas entonces por diversos mecanismos jurídicos. En cuanto a la tutela procesal, una corte feudal, o imperial, o bien eclesiástica, no tenían necesidad de calificar como posesión el disfrute que se les demandaba restablecer. Bastaba que quien se declaraba expoliado pudiese demostrar haber sido *vestitus* de un disfrute: cosa no demasiado difícil, también porque a veces la misma autoridad que era llamada a juzgar había conferido

17 Más allá de todo, las mismas descripciones germanísticas subrayan que la raíz gótica de la cual deriva la palabra *Gewere* tiene el significado de *garantizar* (actual *Gewahren*) más que y más claramente que aquel de *vestir*. En las lenguas romances y germánicas, por lo demás, el término ha dado vida a palabras como *garantizar*, *guarantee*, *guarentigie*. Si por lo tanto, como sugiere el no desmentido Gerhard Köbler, “Die Herkunft der *Gewere*”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 43 (1975), pp. 195-211, *Gewere* traduce al alemán *vestitura*, entonces en la vestidura se recoge precisamente el significado de garantía más que aquel de posesión.

la investidura en los bienes o en los cargos disfrutados, o había reconocido su existencia con un acto formal. Por otro lado, tampoco la usucapión parece sobrevivir en su significado clásico como modo de adquisición de la propiedad, que ya se había modificado por la fusión tardoimperial con la prescripción que, en el origen, no atribuía el dominio sino sólo paralizaba la reivindicación por parte de terceros de un terreno provincial poseído por largo tiempo. En el Código de Justiniano los dos institutos han sido ya fundidos en uno solo, la *prescriptio longi temporis*; lo que revela que entonces la preocupación principal ya no era la adquisición de un derecho real, sino la consolidación de un disfrute que las fuentes llaman *firma possessio* o *possessio sine inquietudine*¹⁸.

Cuando un mecanismo análogo fue recogido en la legislación lombarda por obra de Grimoaldo¹⁹, el mismo no prevé la condición de una verdadera y propia posesión, ya que tenía sólo la finalidad de abreviar y simplificar los procesos. Grimoaldo estableció de hecho que si el demandado en juicio demostraba haber usufructuado pacíficamente un bien o el *status* de libertad por al menos treinta años, no pudiese ser aceptado el reclamo del actor de regular una cuestión de propiedad a través del duelo (*per pugnam*)²⁰. También aquí, sin embargo, no se puede hablar técnicamente de una posesión que da lugar a la prescripción extintiva de las acciones, sobre todo porque el acceso a la justicia lombarda no está en absoluto mediado por la acción en sentido clásico. El lombardo, aunque se dirige al juez armado de su *munimen* (vestido de su vestidura, se diría) que le garantiza el ser escuchado, no se funda sobre un derecho ni sobre un hecho jurídicamente relevante como es la posesión, sino sólo sobre elementos que dan visibilidad exterior al propio disfrute, como son en primer lugar las escrituras, pero incluso los testimonios de transferencias acaecidas, las sentencias emitidas en juicios precedentes y, obviamente, el largo tiempo transcurrido en el disfrute pacífico de un bien o de un derecho.

Si incluso el disfrute pacífico prolongado en el tiempo podía bien disponerse como un *munimen*, con todo, ni el edicto de Grimoaldo ni los documentos privados se habían preocupado de calificar técnicamente aquel disfrute como

18 Como relevaba ya Arnaldo Biscardi, “Studi sulla legislazione...”, *op. cit.*, pp. 275 y ss.

19 Grim. 1 y 2, F. Bluhme (ed.), MGH *Leges* IV, Hannover, 1868, p. 92; Claudio Azza-ra, Stefano Gasparri (ed.), *Le leggi dei Longobardi. Storia, memoria e diritto di un popolo germanico*, Milán 1922, p. 122.

20 Emanuele Conte, “*Vetustas...*”, *op. cit.*, pp. 56-58; Giovanni Diurni, *Le situazioni...*, *op. cit.*, pp. 148-150.

una *possessio*. No presuponen su buena fe ni el *animus possidendi* y no hacen sutilezas sobre la idoneidad del bien a ser objeto de posesión: entienden en suma la detentación prolongada y no contrariada como una forma de *vestitura* ordenada –como toda otra *vestitura*– a obtener protección en juicio²¹.

Aimerico: la renovación del siglo XI y la recuperación de la posesión romana

El siglo XI estaba destinado a conmover profundamente este ordenamiento, porque primero la revolución gregoriana, luego el ascenso de las jurisdicciones ciudadanas, transformaron profundamente el cuadro del poder y como consecuencia la jurisdicción y el procedimiento.

Se sabe que las transformaciones políticas del siglo gregoriano fueron justificadas con un recurso nuevo a la autoridad de textos antiguos: no solo los libelos polémicos en defensa del Papa y del Emperador, como la historiografía ha señalado desde siempre, hicieron uso del derecho justiniano para sostener sus propias opuestas razones, sino incluso los nuevos poderes ciudadanos se volvían hacia lo antiguo para justificar la propia independencia y el propio derecho al ejercicio de poderes públicos²². Las nuevas jurisdicciones y aquellas antiguas, renovadas por la reforma, indujeron inevitablemente a una renovación del proceso, dispuesto éste incluso al recuerdo de una justicia pública y soberana propuesta por los textos de Justiniano, que precisamente en aquellos decenios emergían en modos y formas diversas en las manos de doctores eclesiásticos, abogados y jueces ciudadanos. De modo que las tutelas judiciales garantizadas por la vestitura comenzaron a revelarse insuficientes de frente a la avanzada de nuevos poderes y al afirmarse equilibrios económicos diversos.

El retorno a un ordenamiento en el cual el magistrado ofrece a la propiedad una tutela distinta de aquella reservada a la posesión –y considera la investidura una suerte de pasaje procedimental independiente de ambas

21 Giovanni Chiodi, “Roma e il diritto romano...”, *op. cit.*, pp. 1162 y ss. Análisis minucioso de plácitos de 998 y 1009. En ambos hay un recurso no técnico a la posesión. En el de 998, más bien el monasterio de Farfa demanda de regularse según el derecho lombardo y la posesión es equiparada sin problemas con una detentación no calificada.

22 El ejemplo más significativo es el de Pisa, sobre el cual, véase la bibliografía citada en Emanuele Conte, “Archeologia giuridica...”, *op. cit.*, en particular p. 126-131. Véase ahora también Mario Ascheri, *Le città stato*, Bologna 2006, pp. 23-29.

cuestiones— se ve por tanto ciertamente favorecido por la influencia del texto autorizadísimo de Justiniano. Pero responde también a una transformación del concepto mismo de jurisdicción que se encuentra en el centro de la Reforma gregoriana y de las políticas de los papas del siglo XII: la justicia de la Iglesia gregoriana se aleja del modelo conciliatorio de la Alta Edad Media para imponer un sistema fuertemente jerárquico fundado sobre la soberanía absoluta de la Santa Sede²³. Revestida de un carácter fuertemente publicístico, la autoridad juzgante se desvincula de las garantías de disfrute como la vestidura, para consagrarse a atribuir *unicuique suum*.

Primero en forma indefinida, luego con siempre mayor conciencia, el poder de jurisdicción va así separándose del poder de garantía del disfrute que confiere la *vestitura*, y el juicio comienza a concentrarse en la definición de un título de disfrute que se radica en el derecho legítimamente adquirido o en el hecho jurídicamente calificado. Es en este contexto que resurge la distinción entre propiedad y posesión que, observada desde el punto de vista del proceso, es una distinción de pruebas y de remedios procedimentales.

En efecto, una de las primeras atestaciones de una conciencia de la diferencia entre posesión y propiedad aparece en el contexto de la justicia eclesiástica, en un momento de particular determinación del papado a favor de una transformación del procedimiento civil. Estamos en 1125, durante el pontificado de Honorio II y el canciller Aimerico, que en este proceso orienta el procedimiento y firma la sentencia de propia mano²⁴. Aimerico era entonces

23 La concentración del poder jurisdiccional en la figura del pontífice repercute sobre el proceso canónico en cada nivel: en particular, la prohibición de acusación por parte del inferior en confrontación con el superior, establecido en las Decretales pseudo-isidorianas, cae frente al derecho generalizado de recurrir a la Santa Sede. Se afirma así un modelo nuevo y “público” de la justicia eclesiástica. Véase Peter Landau, “Die kirchliche Justizgewährung im Zeitalter der Reform in den Rechtssammlungen”, en *La giustizia nell’alto medio evo (sec. IX-XI)*, *Settimana di Studio sull’Alto Medioevo*, 42, Spoleto 1995, pp. 427-450.

24 El documento es bien conocido, fue editado por Julius von Pflugk-Harttung, *Acta pontificum Romanorum inedita*, II, Stuttgart 1884, pp. 252-255 núm. 295 y por Ubaldo Pasqui, *Documenti per la storia della città di Arezzo nel Medio Evo*, I, Florencia 1899 (Documenti di storia Italiana, 11), pp. 438-442, núm. 322, y comentado ya por Johannes Merkel, autor de uno de los apéndices a Friedrich Karl von Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, vol. 7 (1851), repr. anast. Darmstadt 1956, pp. 66-69, después por Enrico Besta, “Il diritto romano nella contesa tra i vescovi di Siena e d’Arezzo”, *Archivio Storico Italiano*, V serie, 37 (1906), pp. 61-92. Véase por último, Giovanni Chiodi, *Roma*, *op. cit.*, pp. 1217-1222.

canciller de la Santa Iglesia Romana desde hacía un par de años, y estaba destinado a permanecer en el cargo también durante el pontificado de Inocencio II, hasta 1141²⁵. Son los años en los cuales las orientaciones de la Iglesia gregoriana se precisan, dando vida al ordenamiento jurídico canónico del nuevo milenio. Mientras Graciano compila su *Decretum*, el proceso se ritualiza siempre más, y los préstamos del derecho romano se hacen más numerosos.

En un artículo que ha generado discusión²⁶, Johannes Fried ha ligado al ambiente pontificio de estos años el nacimiento de la literatura procesal medieval, y ha subrayado cómo el fin de la lucha por las investiduras había impulsado un fuerte reclamo de justicia ante la curia romana. Roma, por su parte, favorecía ampliamente el recurso a la sede papal, que Gregorio VII había puesto en el centro de la propia reforma de la justicia²⁷. De modo que el tecnicismo procesal que se difundía en Roma estaba destinado a influenciar la entera justicia eclesiástica medieval. Aimerico contribuyó en el modo más explícito a esta renovación con el célebre pedido a Búlgaro de redactar un breve tratado sobre las acciones romanas, que es una obra sin duda singular en el panorama de la producción escolástica boloñesa²⁸, pero que demuestra

25 La de Aimerico es una personalidad clave para la historia de la curia romana, y en particular de la justicia pontificia en el siglo XII. Según Franz Joseph Schmale, “Studien zum Schisma des Jahres 1130”, Colonia-Graz 1961, pp. 91-191 (donde hay otras indicaciones bibliográficas), Aimerico habría sostenido por todos los medios las ideas de la Reforma: en particular habría buscado favorecer a los canónigos regulares y a los templarios con una serie de privilegios. Werner Maleczek, “Das Kardinalskollegium unter Innocenz II. und Anaklet II.”, *Archivum Historiae Pontificiae*, 19 (1981), pp. 27-78 (especialmente p. 29 nota 4 y pp. 33 y ss.), que prefiere explicar el rol que desarrolló en aquellos años con las características de su personalidad, insiste sobre la cultura jurídica de Aimerico y sobre los efectos que su paso por la cancillería tuvo sobre la administración de la justicia pontificia.

26 Johannes Fried, “Die römische Kurie und die Anfänge der Prozeßliteratur”, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung*, 59 (1973), pp. 151-174.

27 Vease Emanuele Conte, “*Ordo iudicii et regula iuris*: Bulgarus et les origines de la culture juridique (XII^{ème} siècle)”, en J. Chandelier y A. Robert (éds), *Frontières des savoirs en Italie à l'époque des premières universités (XII^e-XV^e s.)*, Rome (École Française de Rome) 2015, pp. 157-176, 166.

28 Antes bien, si no fuese seguro que su autor es el principal de los discípulos de Irnerio, el principal maestro de *nostris doctores*, la corriente más integralmente boloñesa y civilística, se podría dudar de que la obra haya sido escrita en el ambiente de la *mater legum*. Privados de citas en el estilo boloñés y distantes del andamio dialéctico típico de la literatura escolástica, los *excerpta legum* de Búlgaro se demoran en re-evocar el sistema judicial romano y la autoridad del magistrado, concentrándose sólo al final sobre los

la fuerte tendencia de la curia hacia una renovación revestida de antigüedad. Antes de entrar en la vía de la legislación soberana y de la codificación, que caracterizará los pontificados de la segunda mitad del siglo XII y los del siglo XIII hasta Bonifacio VIII, la Iglesia busca y explota la autoridad de lo antiguo, como habrán de hacer poco más tarde las comunas italianas para enfrentarse al Imperio.

En este sentido, el recuerdo de algunos principios del proceso romano, extraídos de la compilación de Justiniano, pero más cercanos al proceso clásico que a la experiencia real del procedimiento justiniano, servía para proponer una justicia bien distinta de aquella que en los siglos medievales había buscado la *amicabilis compositio* antes que el restablecimiento de derechos violados. Una justicia administrada por una autoridad pública, emanación directa del poder soberano, y jugada en la confrontación fuertemente ritualizada entre tres sujetos: el actor, el demandado y un juez tercero y público²⁹. Este nuevo juez, que a lo largo del siglo XI se había desvinculado de la colegialidad

aspectos técnicos que son típicos del gusto boloñés. También la circulación atestada por los manuscritos es extra-boloñesa: la obra se halla en un caso ligada a textos lombardísticos, en otro al *Epitome exactis regibus* y al libro de Tübingen; en un manuscrito Vaticano está en compañía de un falso epistolario entre Séneca y San Pablo y de un florilegio de los *Diálogos* de Gregorio Magno; en el manuscrito parisino (proveniente de la biblioteca de San Víctor) señalado por Gunnar Teske, “Ein neuer Text des Bulgarus-Briefes an den römischen Kanzler Haimerich. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Saint-Victor in Paris zur Curie”, en *Vinculum Societatis. FS Joachim Wollasch*, Sigmaringendorf 1991, pp. 302-313, el tratado conserva por entero su forma original de epístola a Aimerico, y se halla junto a textos eclesiásticos de gusto francés. La obra de aquél, que es considerado a menudo el principal maestro de una corriente intransigente y opuesta a la *aequitas canonica* defendida por Martín Gosia, se encuentra entonces con comodidad en compañía de textos caros a la Iglesia y preocupados por trazar un lazo entre la antigüedad romana y la doctrina eclesiástica. Para una orientación bibliográfica sobre el texto de Búlgaro, véase Linda Fowler, *Ordo iudiciorum vel ordo iudiciarius. Begriff und Literaturgattung*, Fráncfort del Meno 1984 (Ius commune, Sonderhefte, 19), pp. 35-40; y Id., *Ordines iudicarii and libelli de ordine iudiciorum*, Turnhout 1994, pp. 24-28.

²⁹ Fundamental el ya clásico estudio de Knut W. Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, Múnich 1967, en especial pp. 7-16; también Id., “Prozesszweck und Prozesstypus: der kirchliche Prozess des Mittelalters im Spannungsfeld zwischen objektiver Ordnung und subjektiven Interessen”, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung*, 59 (1992), pp. 183-209, ahora en Id., *Iudicium est actus trium personarum. Beiträge zur Geschichte des Zivilprozeßrecht in Europa*, Goldbach 1993, pp. 87 y ss.

de las decisiones³⁰, admite las instancias formuladas por sujetos que, más que apelar al respeto de garantías en su tiempo concedidas, reclaman que sean reconocidos los derechos de los que se consideran titulares. Es en suma una justicia *unicuique suum tribuens*, según la definición ciceroniana que resuena en las *Institutas* y en el *Digesto*³¹ y aparece a la cabeza de la sentencia de 1125³² pronunciada por Honorio II y redactada por un Aimerico ansioso de demostrar la coincidencia de los principios romanos con la voluntad divina:

La unidad de la fe y el amor de la justicia siempre elevaron hasta el Cielo a la Iglesia de Dios, y la custodiaron continuamente en la serenidad a Él grata. Y así como es oportuno que aquellos que observan los preceptos del derecho vivan honestamente, así es necesario atribuir a cada uno su derecho³³.

La cuestión era en efecto de difícil solución, por lo menos porque se deriva de una disputa antiquísima que había opuesto por siglos al obispo de Arezzo con aquel de Siena en torno de la pertenencia de algunas iglesias parroquiales disputadas entre las dos diócesis. En esta fase de la interminable controversia, Honorio había reasumido un juicio que se había abierto ante su predecesor Calixto II, prodigándose sobre las primeras para favorecer un acuerdo entre las partes: componer las partes *ad pacem et concordia* habría sido el primer deseo del pontífice, animado primeramente por una preocupación pastoral que evita atribuir a uno la razón y el error al otro³⁴. Pero los desacuerdos eran

30 Ya desde Julius von Ficker, *Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens*, vol. III, Innsbruck 1872, pp. 288-305, había puesto de relieve la tendencia italiana a confiar al juez el poder de pronunciar la sentencia. Los ambientes en los cuales este cambio de la posición del juez se cumple son a menudo los mismos en los cuales aparecen los signos de penetración de la cultura jurídica en la práctica: así por ejemplo el célebre plácito de Marturi, véase en part. p. 294.

31 Una sugestiva reconstrucción de la historia de la fórmula ahora en Leo Peppe, “Jedem das Seine, (uni)cuique suum, a ciascuno il suo”, en L. Labruna, M.P. Baccari, C. Cascione (eds.), *Tradizione romanistica e costituzione*, Nápoles, 2006, pp. 1707 y ss. Peppe descubre las más antiguas atestaciones de la versión eclesiástica de la fórmula, que sustituye el *cuique* ciceroniano con *unicuique*, precisamente en Gregorio VII.

32 Cit. *supra*, nota 24.

33 “Religionis unitas et amor iustitiae consuevit Ecclesiam Dei in sublime provehere et in sibi grata tranquillitate iugiter custodire. Sicut autem iuris precepta servantibus convenit honeste vivere, ita expedit unicuique ius suum tribuere”.

34 Documento citado.: “Cumque protraheretur inter vos per dies aliquot altercatio, et nos una cum fratribus nostris episcopis et cardinalibus ad pacem inter vos et concordiam componendam summopere studium preberemus, interveniente ipsius domni nostri

demasiado fuertes, y entonces el pontífice había asignado un término dentro del cual las partes debían llegar a un acuerdo, transcurrido el cual el pastor se transformaba en juez soberano y el concilio en tribunal.

Es en este punto que el tono del documento cambia: las partes apelan a abogados y legisperitos³⁵, que oponen dos líneas de argumentación muy distintas entre sí; por una parte, los aretinos se apoyan sobre precedentes juzgados, afirmando ser propietarios de las parroquias disputadas; por otra, los sieneses insisten sobre el expolio violento consumado en su contra por los adversarios. Ambos, de cualquier modo, alegan una cantidad de pasajes justinianos, siempre citados según el estilo “eclesiástico” de la mención de la *inscriptio* y no según aquel boloñés por título e *incipit*. Más sensibles a las reglas del procedimiento parecen los sieneses, que invocan una inmediata restitución de los bienes disputados combinando dos normas romanas sabiamente elegidas: por un lado, la conocidísima constitución *Si quis in tantam*, y por el otro, un pasaje más rebuscado, extraído del *Digestum novum* (D. 48.7.7, Calistrato), que en 1125 no podía ser todavía muy conocido. Ambos textos son citados con variantes significativas respecto de la Vulgata: la constitución de Valentiniano es atribuida erróneamente a un Valerius, mientras que el texto del *Digesto* es arbitrariamente abreviado³⁶: lo que hace pensar en la tradicional libertad con que las fuentes gregorianas remodelan textos clásicos y medievales, cosa que habría generado horror en Irnerio (quien probablemente murió justo en aquel año) y en sus discípulos ocupados en proyectar el éxito europeo de la escuela de Bolonia.

En las manos de los abogados y jurisconsultos de Siena, los dos pasajes de Justiniano combinados describían la posesión como disposición interior del poseedor, calificaban de violencia cualquier apropiación de cosas no autorizada por el magistrado, configurando el caso en discusión como merecedor

obitu et me in curam et administrationem sedis apostolice, disponente divina gratia, evocato maiori ut in talibus fieri assolet, sollicitudine occupati, negotium hoc usque ad mediam quadragesimam subsequentem distulimus”.

35 Documento citado: “Termino itaque prestito, cum utraque pars, adductis legisperitis et advocatis suis, ante nostram presentiam convenisset”.

36 El documento dice: “Pretor ait: Exstat enim decretum divi marci in hec verba: optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris. Cum Martianus diceret: vim nullam feci, Cesar dixit: tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per iudices reposcit”, que retoma sólo la parte final de D. 48.7.7. Observaciones sobre el texto también en Enrico Besta, *Il diritto romano...*, op. cit., pp. 71-76.

de una inmediata reintegración de la posesión, con la pérdida de la cosa por parte del poseedor violento.

La línea defensiva de Siena debe haber golpeado al colegio juzgante, que se muestra sensible al punto de demandar a las partes de concentrarse sobre la cuestión posesoria aplazando la disputa sobre la propiedad³⁷. La causa deviene por tanto un juicio posesorio que deja a salvo la cuestión petitoria sobre la propiedad. Y es la primera vez, si no me equivoco, que la documentación conservada y conocida permite observar esta separación en la historia del procedimiento medieval³⁸.

No se puede decir, sin embargo, que la pasión anticuaria de jueces y abogados imponga un retorno integral a Justiniano. La investidura medieval está bien presente en las argumentaciones de los abogados, y con todo no excluye en absoluto el recurso a la categoría de la posesión. Es en suma engañoso describir la investidura como un instituto alternativo a la posesión: es en cambio otra cosa, que puede inducir una posesión material (*corpore*) pero no interrumpir una detentada *solo animo*.

Citando el pasaje de Calistrato sobre la desposesión violenta (D. 48.7.7), el documento de 1125 menciona un pasaje que debía haber tenido su importancia en la renovación del proceso: “optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris”. Y aun si el documento de 1125 no contiene una verdadera y propia *editio actionis*, es evidente que en la cultura romana circulaba un fuerte impulso a la recuperación del formalismo en el acceso a la justicia. Un testimonio que impresiona por la precocidad y la claridad lo provee el documento romano de 1107³⁹ que parece hasta hoy la más antigua

37 Documento citado: “Ceterum advocatis alternatim nunc de possessione ad proprietatem, nunc de proprietate ad possessionem confusum transitum facientibus, ab assessoribus impetratum est ut de possessione inter se disceptarent”.

38 A menos que no se quiera considerar una forma de juicio posesorio la *investitura salva querela*, que fue considerada como tal por la historiografía. El discurso nos alejaría y es mejor reenviarlo a otra sede, limitándonos a observar que en el documento de 1125 la investidura efectuada en favor de una de las partes no impide a la otra la prosecución del procedimiento posesorio.

39 Conocido por haber sido objeto de análisis por parte de Antonio Padoa Schioppa, “Le rôle du droit savant dans quelques actes judiciaires italiens des XI^e et XII^e siècles”, en *Confluence des droits savants et des pratiques juridiques, Actes du colloque de Montpellier 1977*, Milán, 1979, pp. 343-371 [traducción italiana “Il ruolo della cultura giuridica in alcuni atti giudiziari italiani dei secoli XI e XII”, *Nuova Rivista Storica*, 64 (1980), pp. 265-289], pp. 355-358, y después por Giovanni Chiodi, *op. cit.*, pp. 1208 y ss., el documento es editado por Julius von Ficker, *Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte*

atestación de la eficaz aceptación de elementos de cultura jurídica en la práctica romana:

Y es cierto que no es debido aquello que no puede ser requerido en juicio con una acción, a partir del momento en que la acción es el derecho de perseguir en juicio aquello que nos es debido (como se lee en las *Institutas* y en el *Digesto*); se sigue que allí donde no es posible intentar una acción, no hay deuda⁴⁰

Parece en suma que el ideal de un proceso que da a cada uno lo suyo debía recurrir a la acción para identificar los derechos de los sujetos, partiendo de la hipótesis de que no existen prerrogativas dignas de tutela que no fueran defendidas por una acción. En definitiva, la acción revela el derecho, y solo el derecho da lugar a la acción: la renovación del proceso civil que se realiza en el siglo XII podría estar condensada en esta fórmula.

Benedetto Leoni: la posesión en los procesos romanos del siglo XII

Permanezcamos en Roma y dejemos pasar los años hasta 1140, que es todavía una fecha bastante precoz para la penetración de la cultura jurídica en la práctica. Los monjes de Grottaferrata intentan una acción contra un tal Tolomeo⁴¹, quien continúa detentando posesiones del monasterio situadas en Lariano pese a que hubiera terminado el período de tiempo por el cual las había arrendado. La posición de Tolomeo es descrita como violenta, por consentir el ejercicio del interdicto *Unde vi*, y la cuestión es planteada como una perturbación de la posesión, que los monjes –romanamente– pretenden no haber perdido nunca.

También éste es un documento conocido⁴²: en el mismo impresiona la exaltación de las acciones romanas, introducidas además por voluntad de

Italiens, I-IV, Innsbruck 1868, 1869, 1872, 1874 = Aalen 1961, IV, pp. 136-138, y después también por Pio Fedele, “Carte del monastero dei SS. Cosma e Damiano”, *Archivio della Società Romana di Storia Patria*, 21 (1898), pp. 25-107.

40 “Et certum est non esse debitum quod actione peti non potest, cum actio sit ius persequendi in iudicio quod sibi debetur (I. 4.6 pr. = D. 44.7.51); undecumque igitur actio exerceri non potest, nec debetur aliqua ratione”.

41 Ed. en *Studi e documenti di storia e diritto*, 7, 1886, pp. 111-113. Comentada por Ilario Alibrandi, “Osservazioni giuridiche sopra un ricorso de’ monaci di Grottaferrata al pontefice Innocenzo II”, *Studi e documenti di storia e diritto*, 8 (1887), pp. 201-12.

42 Por último, véase Giovanni Chiodi, pp. 1223 y ss.

Dios y sostenidas por el papa Inocencio II⁴³. En efecto, como afirma Fried, el pontificado de Inocencio II habría signado un verdadero y propio giro en la renovación del procedimiento pontificio, al cual la *actio* confiere el carácter posesorio o petitorio, como ya está subrayado en el documento de 1125. El ambiente romano tiende por tanto hacia un proceso refinado, en el que el juego de la acción y de la excepción manifiesta los derechos de las partes y, naturalmente, la competencia técnica de los abogados es determinante para consentir la dialéctica procesal correcta. Es natural, entonces, que en Roma se eleve el nivel de preparación de los juristas y que esta preparación se base en un conocimiento analítico de los textos del *Corpus Iuris*. Ello no deriva, como pretendían las viejas teorías continuistas de Fitting, de la supervivencia ininterrumpida de la cultura jurídica en Roma, ni de un fantomático magisterio de Irnerio, sino de una elección de la Curia, que encontraba los fermentos de autonomía de algunos sectores ciudadanos y preparaba sin saberlo la breve y controvertida temporada de la Comuna romana⁴⁴. Los recursos al derecho romano fueron por tanto diversos de aquellos contemporáneos de Bolonia, donde estaba naciendo una nueva metodología escolástica basada en una edición estabilizada y completa de los *Libri legales*⁴⁵: aquellos romanos proseguían la tradición de la cultura gregoriana, hecha de florilegios y de mezclas entre culturas diversas, abrevan en el *corpus iuris* con libertad e integran las citas romanísticas con aquellas canonísticas, como quería la tradición de la *utraque lex*.

Fue con todo una cultura respetable aquella que floreció en Roma, primero en la Curia reformada, luego en torno al Senado renovado en 1143 y a los entusiasmos por la romanidad que aparecen a mitad de siglo. Aquí los recla-

43 “Quoniam vigor iudiciorum iurisque publici tutela ideo in medio est constituta ne quisquam sibi ipsi permittere valeat ultionem; et quoniam iura romana sanciant ut si <la-cuna> actionibus [...] experiamur. Actiones etenim sunt invente divino nutu, et quia Dei gratia iustitiae cultorem (sic) in omnibus mundo Deus revelavit honestum clementissimum nostrum papam Innocentium, cuius imperio perpetuo vi [...] abundet, pax tranquilla servetur, cui cuncta subiaceat, quem ipse Petrus voluit sibi habere vicarium, ideo sanctissime pater et universalis papa Innocenti, cum nobis litis iniusta oriatur malitia, nostras querimonias ad vos extorquemus et preces”.

44 Véase en general Laura Moscati, *Alle origini del Comune Romano. Economia società istituzioni*, s.d./s.l., Roma, 1980; más amplia la historiografía sobre la *renovatio* del Senado, que se ve re-epilogada en Massimo Miglio, “Il senato in Roma medievale”, en *Il senato nella storia*, II, *Il senato nel Medioevo e nella prima età moderna*, Roma 1997, pp. 117-172.

45 Véase el capítulo 2.

mos por la posesión devienen aún más explícitos y precisos: sigamos aquellos propuestos por un abogado que comparece en diversas ocasiones en torno a 1150, y que demuestran una cultura jurídica fuera de lo común.

Encontramos a Benedetto Leoni⁴⁶ el 29 de mayo de 1148 como abogado de la abadesa del monasterio de Santa Maria in via Lata⁴⁷, que acciona contra Grisotto de Ingizello, “ut decederet de naturali detentione seu tenimento terrarum positarum extra portam Portuensi”. Sagacísimo en el uso de las expresiones técnicas, Benedetto Leoni evita servirse del término “possessio”, que habría ofrecido alguna ventaja al demandado. Y en efecto el curioso evento que había dado origen a la cuestión justifica el rechazo a considerar posesor a Grisotto. Su abogado, de hecho, objeta que la detentación está calificada sin más por un contrato de locación, y presenta la relativa escritura otorgada por el escribano Oddone, que concede en locación las tierras disputadas por la duración de la vida de Grisotto y de su hijo⁴⁸.

Pero Benedetto Leoni rebate que el negocio de locación había sido ficticio, y que las partes habían acordado que no valiese. Estipulando el contrato con Grisotto, de hecho, la abadesa había querido defender las tierras del monasterio de la rapacidad del papa Inocencio II, que le había puesto los ojos encima para dárselas a sus sobrinos. Grisotto había aceptado la ficción, porque la sustracción de las tierras al monasterio habría puesto en peligro también la propia posición de cultivador libre obligado a la entrega de una cuota de los frutos cada año⁴⁹.

46 Difícil hallar noticias sobre él: véase no obstante Laura Moscati, *Alle origini del Comune Romano...*, *op. cit.*, p. 75.

47 Ludo M. Hartmann (ed.), *Ecclesiae S. Mariae in via lata tabularium*, (I-) III, Viena 1913, pp. 23-24.

48 El período de locación excedente a la vida del conductor consentiría configurar la relación como *locatio ad longum tempus*. Sobre el tema es ya clásico el estudio de Paolo Grossi, *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto commune*, Pompeya 1963.

49 *Ibidem*: “Advocatus vero monasterii sic respondebat dicens Grisoctum nullam defensionem per illud instrumentum habere posse quominus de predicta detentione decedere contendit, quoniam fenticio modo tam abbatissa quam ipse Grisoctus speciali conventionem, ne valeret illud, scribi fecerat, eo quod predictus domnus papa Innocentius pro nepotibus suis in predictas terras oculos ingecerat; nam conabatur de predictis terris dictis nepotibus suis abbatissa locationem facere; unde abbatissa ac timoris causa terra (*sic pro territa* ?), ne penitus monasterium sepredictis possessionibus spoliaretur, ne etiam ipse Grisoctus, qui et eas terras sub annuo reddito monasterii nomine laborabat, similiter deiceretur, mutuo consensu convenerunt ut tale instrumentum sub colore locationis scribere

Lo que nos interesa en la intrincada cuestión, es que Benedetto Leoni rehusó adaptar el instituto romano de la posesión a la situación de disfrute natural que está constituida en base a una relación de tipo señorial como aquella en la cual se hallaba Grisotto antes de la estipulación del contrato ficticio; él excluye igualmente, como enseña el más elemental derecho romano, que el arrendatario pueda considerarse en posesión de la cosa en locación. Si bien ambas situaciones podían conferir un *vestmentum* a hacer valer ante tribunales tradicionales, no pueden configurar una posesión romana, ya que falta aquel *animus possidendi*, que era la novedad más evidente de la posesión justiniana respecto de la costumbre medieval de la *vestitura*. Grisotto, que sin embargo podía exhibir un acto formalmente válido que le atribuía un disfrute de la cosa, no podía poseer de buena fe, ya que había sido probada con testimonios la existencia del pacto accesorio que excluía la validez del contrato⁵⁰: la carta que el demandado había presentado en el juicio no podía por tanto constituir un título de posesión, ni mucho menos probar la buena fe. Dando razón al monasterio, de hecho, la sentencia impone a Grisotto desistir de la *possessio corporalis*, que era de hecho la única que podía atribuírsele. Es en estos años o poco más tarde que los glosadores de Bolonia distinguen entre *possessio civilis* y *possessio naturalis*⁵¹, identificando la segunda con la misma detentación corporal privada de tutela posesoria que ya era posible ver utilizada en los documentos de la práctica romana.

Si seguimos la actividad de Benedetto Leoni por algunos años todavía, lo encontramos en 1151 patrocinante ante el papa Eugenio III y a un colegio juzgante ilustre, que comprende además a aquel *magister* Aldricus ciudadísimo por los glosadores pero huidizo en su espesor histórico⁵², que se encontraba todavía en la Curia pontificia. La causa es considerada explícitamente un juicio posesorio por el Senado Romano que, investido de la misma cuestión en

(*melius scriberent*) ut, cum necesse esset, domno apostolico posset ostendi et sic domnus apostolicus a tali preposito (*melius proposito*) citius desisteret”.

50 Los testimonios convocados por la abadesa del monasterio declaran “se conventioni interfuisse et communi voluntate tam abbatisse quam Grisocti sicuti superius dictum est finticio modo prefatum instrumentum scriptum fuisse”.

51 La distinción de los glosadores es bien conocida. Véase como punto de partida Paolo Grossi, *Locatio...*, *op. cit.*, p. 83 y ss.; Giovanni Diurni, “Possesso”, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. 34, Milán 1985, pp. 467-490, en particular p. 485-489. Para unas fuentes véase por último en Raffaele Volante, “Fatto normativo e interpretatio iuris”, *op. cit.*, pp. 8-13.

52 Noticias recogidas por Emanuele Conte, “Aldrico”, en el *Dizionario Biografico Dei Giuristi Italiani*, *op. cit.*, t. I, pp. 35-36.

1160, rehúsa juzgar en posesorio porque considera definitiva la sentencia de 1151, mientras consiente un juicio petitorio⁵³.

En el juicio de 1151 la posesión de tierras era disputada entre el propietario (el monasterio de Santa Prassede, defendido por Benedetto Leoni) y un arrendatario, la iglesia de Santa Croce, que había interrumpido por tres años la entrega de las seis liras pavianas de canon, ya que se consideraba titular de un derecho de propiedad sobre aquellas mismas tierras que había arrendado en locación desde hacía largo tiempo. La decisión de intentar un juicio posesorio dirigido a la recuperación de la cosa, más que intentar una acción contractual por el pago del canon, revela por una parte la experiencia de Benedetto Leoni, y por otra la importancia instrumental de la nueva posesión romana en la dialéctica procesal del período.

Las discusiones entre las partes son largas, y no se puede referirlas todas. Es significativa sin embargo la madurez de la argumentación decisiva de Benedetto: el pago del canon, probado por los recibos conservados por ambas partes durante cincuenta años, atesta que, incluso si mucho antes Santa Croce hubiese sido titular de las tierras, ciertamente había después empezado a poseerlas “alieno nomine”, como enseña el *Digesto* (D. 41.2.18). Y por ello la interrupción del pago del canon podía bien interpretarse como inversión de la posesión de *alieno nomine* a *proprio nomine*; y precisamente por esto era esencial obtener una sentencia favorable sobre la cuestión posesoria para hacer valer después, en sede petitoria, la posesión ininterrumpida por 30 años como título de adquisición de la propiedad. Cosa que el diabólico Benedetto Leoni obtiene.

El “nomen actionis” en Pisa

Se ve bien, por lo tanto, que la nueva posesión que se discutía en los tribunales romanos no tenía nada que ver con la vieja vestidura: es una figura refinada, sensible a las disposiciones psicológicas e independiente también de las

53 F. Bartoloni (ed.), *Codice diplomatico*, número 16, pp. 23-25. El Senado había investido de la cuestión un grupo de doctores: “Qui omnibus eorum rationibus, ut eorum sapientia titillabat, solerter perspectis, tale consilium nobis dederunt: ‘In nomine Domini. Nos iudices Petrus primicerius, Robertus primus defensor, Gregorius dativus, Philippus sacellarius, Petrus de Rubeo dativus et Landulfus dativus tale consilium domnis senatoribus damus. Ut ecclesia sancte Crucis volens agere de possessione terrarum unde fuit actum in presentia pape Eugenii, ulterius non audiatur, quia obstat <r>ei exceptio rei iudicate. Si vero de proprietate agere voluerit, audiri tantum debet apud successorem eius qui de possessione congnovit”

caracterizaciones vulgares de la Antigüedad tardía, cuando el elemento esencial había sido la violencia, y las consideraciones del *animus* habían pasado a un segundo plano hasta hacer desaparecer casi totalmente la sutil cuestión de las características de una posesión legítima. Ahora, en cambio, se califica de violencia incluso una simple omisión de pago, hace su aparición la *possessio pro alio*, se valora la buena fe y la validez de un título.

Todo esto no sucedía sólo en Roma. Sucedió, sobre todo, en Pisa, que estaba ligada a la curia romana por relaciones muy estrechas, que devinieron intensas en tiempos de Aimerico, cuando la ciudad hospedó por largo tiempo al papa Inocencio II y fue sede de un concilio en 1139⁵⁴. Y cuando la elección gibelina volvió menos estrechas las relaciones con el papa, la ligazón prosiguió con el Senado romano, también gibelino, que en 1151 concluye un pacto con el pueblo pisano⁵⁵. Pisa, que se considera una nueva Roma, procede en aquellos años a su celebre codificación, la redacción de los *Constituta usus et legis*⁵⁶, que introducen además una cierta rigidez en el procedimiento, que obliga el actor a expresar el *nomen actionis* durante la *litis contestatio*⁵⁷. Se consolida así, en el procedimiento citadino, aquella aspiración que habíamos visto manifestada explícitamente en Roma: la acción es instrumento de justicia, porque presenta en juicio los derechos de los privados. La posesión, que habíamos visto en Roma hacerse cargo de calificaciones jurídicas, es el instituto que dondequiera ofrece tutela procesal a un hecho que se desarrolla totalmente en la esfera privada, y por una cierta parte en la esfera psicológica donde actúa la buena fe. El juez acuerda la tutela cuando las pruebas aducidas son suficientes para configurar aquel hecho previsto por el ordenamiento, y alguna vez se sirve de las escrituras de investidura, que sin embargo no son en absoluto suficientes para probar una posesión verdadera y propia.

54 Véase Mauro Ronzani, “La nuova Roma’: Pisa, papato e Impero al tempo di S. Bernardo”, en O. Banti, C. Violante (eds.), *Momenti di storia medievale pisana*, Pisa 1991, pp. 61-77.

55 Franco Bartoloni, “Codice”, 11 doc. 11, 1151 marzo 12. Un segundo tratado fue concluido en 1154 (*Ibid.*, pp. 52 y ss.).

56 Ahora editados críticamente por Paola Vignoli, *I costituti della legge e dell’uso di Pisa (sec. XII). Edizione integrale del testo tràdito dal “codice Yale” (ms. Beinecke Library 415)*, Roma 2003. Véase Claudia Storti Storchi, *Intorno ai Costituti pisani dela legge e dell’uso (secolo XII)*, Nápoles 1998.

57 El célebre pasaje de la *Summa Quicumque vult* de Juan Basiano, en el cual atribuye a la “prudentissima pisana civitas” el mérito de haber establecido la obligación de “nomen actionis in libello exprimere” está probablemente referido a *Costitutum usus VIII*, ed. cit. p. 164.

Todavía en 1155, en Pisa, el recurso al derecho romano se hace al estilo gregoriano, con largas citas literales más que con los parcos reenvíos del estilo boloñés; pero aquella de los causídicos pisanos es una cultura de todo respeto, que maneja las categorías de la posesión con pericia. El *consilium* por la posesión del bosque de Tombolo, extraordinario por extensión y articulación, es el testimonio más evidente de ello⁵⁸.

La promulgación de la legislación ciudadana y la determinación del procedimiento signan en Pisa el ascenso de la comuna titular de una jurisdicción en competencia con aquella señorial. En muchos otros documentos sucesivos esta competencia se manifiesta con evidencia: la jurisdicción ciudadana sustrae cuotas de poder a los poderosos del campo, imponiéndoles juicios que no valoran los lazos feudales y las concesiones de tierras y de servicios, sino que juzgan sobre los títulos de posesión y de propiedad y sobre las relaciones obligatorias establecidas por contrato. La adopción del procedimiento justinianeo, con la obligación de declarar el *nomen actionis*, es instrumento de este nuevo equilibrio de poderes: configura un “civil hegemónico” que se precisa un poco antes del “penal” del siglo XIII descrito por Mario Sbriccoli, pero expresa las mismas dinámicas jurídico-políticas.

Juzgar “secundum leges”: la práctica padana

A las mismas dinámicas responde la gran cultura jurídica boloñesa que se filtra en la práctica de la región padana, ahora bastante conocida, sobre todo gracias a los estudios de Antonio Padoa Schioppa⁵⁹. Aquí las citas siguen el estilo boloñés, se remontan más o menos a los años 40 del siglo XI, algunos años después en la zona romano-toscana, y se difunden rápida y ampliamente.

⁵⁸ El documento es bastante amplio y articulado, y no hay espacio para examinarlo completamente. Véase *Allegationes per i canonicos del Duomo nella causa per il bosco di Tombolo*, P. Classen (ed.), *Studium und Gesellschaft im MA*, Stuttgart 1983, pp. 103 y ss.

⁵⁹ Intervenciones importantes y conocidas en la historiografía jurídica y no jurídica. Antonio Padoa Schioppa, “Le rôle du droit savant”, *op. cit.*, Antonio Padoa Schioppa, “Aspetti della giustizia Milanese dal X al XII secolo”, en *Atti dell’XI congresso internazionale di studi sull’alto medioevo*, (Milán 1987), Spoleto 1989, pp. 459-549; Id., “La giustizia Milanese nella prima età viscontea (1277-1300)”, *Ius Mediolani. Studi di storia del diritto Milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milán 1996, pp. 1-46. Véase ahora Antonio Padoa Schioppa, *Giustizia medievale italiana. Dal Regnum ai Comuni*, Spoleto 2015.

Entre los muchos casos procesales señalados por Padoa Schioppa a la atención de la historiografía, aquel del castillo de Cerea, cerca de Verona, ha sido retomado recientemente por Susan Reynolds⁶⁰ y por Massimo Vallerani⁶¹, quienes han subrayado diversos aspectos. Basta recordar aquí que incluso en aquel caso la disputa gira en torno a la posesión de la fortaleza, que era disputada por el obispo de Verona, por los canónigos de su capítulo episcopal y por los condes de Cerea⁶².

Diversos documentos de la serie atestan que el choque entre los canónigos y los condes de Cerea se basa precisamente en el conflicto de jurisdicciones, y que a diversas jurisdicciones corresponderían diversas soluciones posesorias: los condes saben que el propio control sobre la fortaleza podría ser reconocido por una corte feudal compuesta de pares, mientras bastante más difícil sería obtener una tutela posesoria “secundum legem”. *Lex* (o *ratio*) y *usus* son contrapuestos en modo más neto de cuanto sucede en los mismos años o poco más tarde en Pisa, donde las normas consuetudinarias y aquellas romanas están mezcladas en dos *constituta*. En Verona, en cambio, los condes de Cerea estiman ventajoso el procedimiento consuetudinario y desventajoso aquel “ratione et legibus”.

¿Cómo sostienen los canónigos sus pretensiones de ser juzgados según el derecho romano? Afirmando que donde no existen relaciones vasalláticas que ligan a las partes, el juicio se desarrolla “como entre personas extrañas”⁶³, y que en tal caso deben aplicarse la *ratio* y la *lex*⁶⁴.

La posesión, entendida como situación de hecho calificada por elementos objetivos y subjetivos, está por tanto enteramente radicada en el sujeto que la

60 Susan Reynolds, “The Emergence of Professional Law in the Long Twelfth Century”, *Law and History Review*, 21.2 (2003), pp. 347-366.

61 Massimo Vallerani, “Tra astrazione e prassi. Le forme del processo nelle città dell’Italia settentrionale del secolo XII”, en F.J. Arlinghaus, I. Baumgärtner, V. Colli, S. Lepsius, T. Wetzstein (eds.), *Praxis der Gerichtsbarkeit in europäischen Städten des Spätmittelalters*, Fráncfort del Meno 2005, pp. 135-153.

62 La contienda es resumida más bien claramente por Andrea Castagnetti, “Il capitolo della cattedrale: note di storia politica e sociale”, en E. Lanza (ed.), *Le carte del capitolo della cattedrale di Verona*, 1101-1151, vol. I, Roma 1998, pp. V-LIX, XXXIII-XXXVIII.

63 E. Lanza (ed.), *Le carte...*, *op. cit.*, p. 230 n. 121: “Item quod comites dicunt hanc litem et hanc controversiam debere finiri et examinari secundum usum feudi; dicit ecclesia non esse verum: non sunt vassalli huius ecclesie nec dicunt se habere hoc castrum pro feudo ab hac ecclesia; immo dicit ecclesia hoc placitum debet finiri secundum rationem et secundum leges sicut inter extraneas personas”.

64 Como subraya explícitamente Massimo Vallerani, *op. cit.*, p. 141.

usufructúa. No deriva su juridicidad de la concesión de otro ni de la garantía que se encarna en *investitura/Gewere*: es un hecho jurídico que da lugar a un derecho a intentar una acción. Y este derecho se hace valer en un juicio presidido por una autoridad carente de lazos personales con las partes. No es ya un poder que reconoce las dependencias que lo unen a los litigantes y cumple con la promesa de ser garante de los bienes de los que gozan, sino un autoridad soberana que juzga en base a la *ratio* y a las leyes y es expresión de un poder superior e independiente, inspirado en el modelo antiguo, que permite construir el del papa “soberano” que resulta de la Reforma Gregoriana y bien el de la comuna medieval, titular de jurisdicción, ambos expresión de la una potestad de naturaleza pública.

Es el contexto político que permite la recuperación del proceso justineano, o más precisamente la creación de su versión medieval, basada en el sistema de acciones descrito por las *Institutas*. Poder público como fuente de jurisdicción y poder los sujetos privados como condición de la acción son en resumidas cuentas indispensables si se quiere comprender la radical renovación del derecho y, a la larga, la afirmación en Europa de un sistema complejo en el que la doctrina es un elemento central e indispensable.

El nacimiento de una ciencia medieval:
el ejemplo de la naturaleza jurídica de la relación feudal

¿Es el derecho una ciencia?

El estatuto científico de la jurisprudencia fue un tema de debate entre los juristas alemanes de la segunda mitad del siglo XIX, momento en el cual la creencia firme de la Escuela Histórica en la científicidad del derecho comenzaba a ser puesto en tela de juicio. Pero el interrogante no era nuevo: un documento del siglo XIII –período clásico del *ius commune*– recientemente redescubierto, parece mostrar que las dudas sobre el carácter científico de los estudios legales preceden en siglos las dudas decimonónicas y dependen del hecho que los estatutos cambian y esto condena a las complicadas construcciones de los juristas a la evanescencia, asegurando que todas, algún día, desaparecerán.

Un teólogo medieval, Gentile da Cingoli, cuenta la historia de dos grandes profesores de la universidad de Bolonia, Accursio y Odofredo, que encontraron al emperador Federico II, probablemente en 1239¹. El poderoso canciller imperial, el famoso Pier della Vigna, los introdujo ante el emperador presentándolos como los mejores del mundo en su ciencia: «Et Petrus de Vinea dixit Imperatori ut faceret eis honorem, eo quod essent maiores homines de mundo in scientiam». Pero Federico les concedió poco tiempo, diciendo que él tenía el poder de destruir todo su saber con solo cambiar las leyes en las que se fundaba.

La misma crítica había sido dirigida a la jurisprudencia alemana de la mitad del siglo XIX en la célebre conferencia berlinesa de Julius von Kirchmann

¹ Editado por Gianfranco Fioravanti, “Sermones in lode della filosofia e della logica a Bologna nella prima metà del XIV secolo”, en *L'insegnamento della logica a Bologna nel XIV secolo*, D. Buzzetti, M. Ferriani y A. Tabarroni (eds.), Bolonia 1992; el texto de Gentile había pasado desapercibido a los historiadores del derecho hasta el artículo de Andrea Padovani, “Tenebo hunc ordinem. Metodo e struttura della lezione nei giuristi medievali (secoli XII-XIV)”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 79 (2011), pp. 353-389.

sobre “Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft”², en la cuál atacaba la exitosa escuela de jurisprudencia científica enfatizando la naturaleza provisional de toda tentativa de dar un marco teórico al derecho positivo. “Tres palabras rectificadoras del legislador –decía Kirchmann–, y enteras bibliotecas se transforman papel usado”.

El problema de la naturaleza científica de la jurisprudencia era planteado veinte años más tarde por el mismo Rudolf von Jhering, quien consagró a este tema la primera conferencia dada en la Universidad de Viena en 1868³. Algunos años más tarde, el mismo Jhering retomó el tema en su famosa obra satírica *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*⁴, en la que se imaginaba a sí mismo en un Paraíso de conceptos legales en el que los juristas –que se consideraban *scholars*– diseñaban una red de creaciones puramente intelectuales sin ninguna relación con la realidad. En el Paraíso de Jhering existe una máquina interpretativa, una invención de los teólogos que la utilizan de forma maravillosa. Los juristas la han adoptado para insuflar conceptos en las palabras de la ley y para purgarla de los conceptos que no se corresponden con sus propias teorías.

Jhering y Kirchmann pertenecían ambos a la más teórica de las tradiciones legales pero se sentían evidentemente incómodos con la idea de que la jurisprudencia pudiese ser considerada una ciencia. Eran conscientes de la singularidad que el razonamiento legal compartía con la teología: la creación de conceptos enteramente abstractos, es decir, no existentes para los sentidos. Lo que vale para las obligaciones, la propiedad, la responsabilidad, vale para la Trinidad, el pecado, Dios mismo: son conceptos que solo pueden ser percibidos como entidades, inexistentes en la naturaleza. Esta es la razón por

2 Editada en Berlín en 1848. Ha dado lugar a varias reimpressiones; recientemente en Dornbirn (Austria), 1999, 2003 y en Heidelberg, 2000. Sobre Kirchmann, luego de Roderich von Stintzing, Ernst Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Dritte Abteilung von Ernst Landberg*, Múnich-Berlín 1910, pp. 737-740, Rainer Bast, *Julius Hermann von Kirchmann, 1802-1884: Jurist, Politiker, Philosoph*, Hamburgo 1993.

3 Actualmente, Rudolph von Jhering, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? Jhering Wiener Antrittsvorlegung vom 16. Oktober 1868*, O. Behrends (ed.), Göttingen 1998. Tr. Esp. *¿Es el derecho una ciencia?* (Estudio preliminar y traducción del alemán de Federico Fernández-Crehuet López), Albolote (Granada) 2002.

4 La primera edición del libro se puede consultar ahora en el sitio del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte: <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/>. La obra fue objeto de varias ediciones en Alemania y había sido traducida en diversas lenguas, en español ya en 1933 con el título *Jurisprudencia en broma y en serio* (reimpresión Madrid 2015).

la cuál no se puede reclamar para la jurisprudencia el mismo estatuto científico que para las ciencias naturales, puesto que son exactamente lo opuesto. En vez de explicar lo que existe en la naturaleza a través de la observación, la jurisprudencia reduce los hechos de la vida real a conceptos abstractos que son, por definición, ajenos a la naturaleza que califican.

Esto crea un abismo entre ciencia legal y ciencia empírica, basada en el método experimental y en la abstracción matemática, que puede ser extraordinariamente sutil, pero debe poder demostrar una realidad natural y tiene que ser efectiva para explicar las leyes de la naturaleza. Se podría resumir esta diferencia mayor diciendo que la abstracción matemática debe servir a la comprensión de la realidad, mientras que la abstracción legal impone a la realidad natural la conformidad con categoría abstractas.

Pero si esta diferencia epistemológica esencial ponía en tela de juicio el estatuto mismo de la jurisprudencia en tanto ciencia en el tardío siglo XIX, era por el contrario aceptado con ecuanimidad en la edad de la escolástica. A pesar de lo dicho por Federico II, la idea de una ciencia legal había sido forjada en la escuela de Bolonia, en la que los juristas habían empezado a leer y enseñar los antiguos libros de derecho romano, extrayendo de ellos conceptos legales del mismo modo que Jhering había imaginado que juristas y teólogos lo hacían con su maravillosa maquina interpretativa. En cierto modo, era precisamente esta tendencia del derecho y de la teología a rediseñar la realidad en categorías abstractas que constituía la principal razón del extraordinario éxito de la escolástica medieval y del nacimiento de las universidades en Europa.

En este sentido, incluso si el derecho y la teología suponen una epistemología totalmente diferente de la que fundan las ciencias naturales, han jugado un rol mayor en el establecimiento de una estrategia “científica” de conocimiento. El resultado fue una ciencia muy diferente de la natural que ha sido duramente criticada por los fundadores de la ciencia moderna, pero era esa la ciencia en la que la alta cultura de la Europa medieval estaba fundada.

El derecho como ciencia en la Edad Media

Tanto en la teología como en el derecho, la idea medieval de ciencia era eminentemente dialéctica, es decir: fundada en la práctica sistemática de la contradicción y la duda. Pero el derecho tenía una peculiaridad que era una razón de peso en el éxito del derecho culto en Europa: como hemos visto en el

caso del uso procesal de la figura de la posesión desde el siglo XII, el proceso intelectual de describir en términos técnicos la vida real era una condición ineluctable para la aplicación de una técnica procesal, para la realización de un juicio público y en última instancia, para la posibilidad misma de una demanda legal en las más ricas regiones de Europa.

A partir de la experiencia italiana, en la primera mitad del siglo XII, las principales cortes europeas comenzaron a utilizar la estructura procesal romana, es decir, las reglas básicas dadas por Justiniano, en particular en sus *Institutas*⁵. El libro IV recuerda el sistema clásico de las acciones, basado en un catálogo complejo de *formulae* rituales, destinadas a dar forma legal a todo tipo de demandas.

En época de Justiniano, el proceso en uso en las cortes había evolucionado y las antiguas *formulae* por acciones y excepciones no estaban ya en práctica. Por lo tanto, la presencia misma del título *de actionibus* en las *Institutas* fue considerada como un signo del clasicismo de un emperador bizantino que soñaba con la restauración de la gloria de Roma⁶. Pero había otra razón para incluir en las *Institutas* este largo y complejo capítulo sobre una estructura procesal obsoleta. La forma de las acciones en el proceso clásico ofrecía en verdad la manera más efectiva de interpretar la realidad social y las relaciones económicas a través de la lógica jurídica. Esta fue la razón por la cuál los primeros glosadores se interesaron de modo particular en el estudio del capítulo que las *Institutas* dedicaban a las acciones y produjeron una conspicua literatura sobre acciones judiciales.

“Ciencia” legal y práctica en la edad de la escolástica

Friedrich K. von Savigny consideraba esta literatura que floreció en los siglos XII y XIII sobre los aspectos más técnicos del proceso una suerte de género menor de la verdadera ciencia legal, la *Rechtswissenschaft*, cuyo renacimiento

5 Ya Julius von Ficker, *Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens*, vol. III, Innsbruck, 1872, pp. 288-305, señalaba la importancia de la penetración de la cultura legal en la práctica judicial en Italia. Véase también los estudios clásicos de Knut Wolfgang Nörr, *Zur Stellung des Richters*, op. cit., espec. pp. 7-16; y los artículos reunidos en Id., *Iudicium est actus trium personarum*, pp. 87 y ss. Ahora también Antonio Padoa Schioppa, *Giustizia medievale italiana. Dal Regnum ai Comuni*, Spoleto, 2015.

6 Karl Heinz Schindler, *Justinians Haltung zur Klassik, Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionem*, Colonia-Graz 1966.

to se debía a las glosas y *lecturae* del *Corpus iuris* justineano. A pesar de su amplia difusión geográfica y de los numerosos manuscritos y ediciones en las que había sobrevivido, Savigny no prestó mucha atención al género de los *ordines iudiciorum* ni a las colecciones de *quaestiones* que consideraba literatura “práctica” trivial.

Pero Savigny no había reparado en el hecho de que a partir del siglo XII, los autores de colecciones de *quaestiones* y de pequeños tratados sobre acciones eran a su vez los más prominentes, “científicos” y abstractos entre los juristas que enseñaban en Bolonia o, a decir verdad, en cualquier otro lugar. Ya Bulgarus (para no hablar de Irnerio, cuya autoría de una parte considerable de lo que se le atribuye es incierta) había escrito un pequeño tratado sobre acciones y había comenzado a compilar las *quaestiones* que discutía en la enseñanza. Su alumno Juan Bassiano hizo lo mismo, y a su vez su discípulo, el gran Azón, uno de los más sutiles y coherentes juristas de todos los tiempos, publicó una colección de *quaestiones* claramente relacionada con problemas de orden práctico. Savigny se equivocaba al hacer una distinción rígida entre teoría y práctica, se equivocaba también en cuanto al carácter de “ciencia” que solo atribuía a aquellos textos de exegética jurídica.

La práctica era, por el contrario, extremadamente importante en la formación de la teoría. Esto estaba claro ya para Justiniano, que había insertado el largo capítulo sobre acciones en las *Institutas* que debían leer los alumnos en los primeros años de su formación. ¿Cuándo “lee” verdaderamente un jurista la realidad a través de las categorías del derecho? Cuándo tiene que elegir la fórmula correcta con la que solicita al juez que los derechos de su cliente sean protegidos o restaurados. Todo el trabajo teórico realizado sobre los miles de fragmentos del *corpus* de Justiniano tienen como objetivo que el jurista sea capaz de actuar en la corte del modo más efectivo posible precisamente porque encuadra la realidad en el marco abstracto de un sistema legal.

Un idioma común para Europa

Quisiera mostrar el camino andado por algunos importantes juristas del siglo XIII en su búsqueda por dar un marco abstracto a relaciones concretas en las que la sociedad feudal ubicaba a señores y vasallos en diferentes niveles. Es una historia que puede ser considerada como un capítulo importante en los logros del *ius commune* europeo.

La imagen de una Europa tardo-medieval que habría vivido en armonía bajo un mismo sistema legal, propuesta por Francesco Calasso en medio del colapso de la Europa de las Naciones⁷ y recuperada por Helmut Coing con la fundación del Max-Planck Institut dedicado a la *Europäische Rechtsgeschichte*⁸, es ciertamente demasiado ideal. Sin embargo, ni Calasso ni Coing basaron sus interpretaciones en el aire. Las fuentes medievales dan impresionantes testimonios de la amplia y rápida difusión del nuevo modo de pensar el derecho. Incluso si no se creó un sistema general que gobernase Europa, la cultura y la educación de los juristas fue, durante siglos, notablemente uniforme. No sólo la lengua (el latín) de la enseñanza, la lectura y la acción profesional era común a todo el continente, sino que los textos de referencia eran en efecto los mismos, leídos y citados en Italia, España, Francia, Borgoña, sin distinción de fronteras. Vemos así juristas franceses argumentar en un idioma común contra sus colegas italianos, y descubrimos –como en un momento veremos– que un libro catalán que se auto-define como un tratado sobre costumbres locales no es otra cosa que una adaptación a la realidad local del trabajo de un jurista de la Borgoña escrito con la marca nítida de la escuela de Bolonia. Este quizás no sea un sistema que opera a la perfección tal como lo había descrito Calasso hace ya más de sesenta años, pero es incontestablemente el síntoma de un patrimonio cultural compartido, de una gramática usada por los juristas de toda Europa.

Jean de Blanot y su tratado sobre las acciones

La historia que está en el centro de esta reflexión tiene lugar en un lapso de veinte años. Podemos empezar *in medias res*, con el trabajo de un jurista borgoñés, Jean de Blanot, escrito en Bolonia en 1256. Es un punto de partida interesante porque Jean de Blanot escribió lo que fue designado como un *tractatus de feodis*, una colección breve de *quaestiones* que tuvo gran circu-

7 Los famosos libros de Francesco Calasso, *Introduzione...*, *op. cit.*, y *Medioevo del diritto*, Milán 1954, fueron preparados por una serie de artículos escritos en los años 30, el primero de los cuales fue “Il concetto di diritto comune”, *Archivio giuridico*, vol. 11 (1934), ahora en Francesco Calasso, *Introduzione*, pp. 31-76.

8 Entre las obras de Helmut Coing, ver su artículo “Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet”, en el primer número de la revista del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, *Ius commune*, 1 (1967), pp. 1-33.

lación en Europa⁹. La historia es conocida por los especialistas: Blanot insertó sus *quaestiones* en su obra mayor, un comentario al título *De actionibus* de las *Institutas* de Justiniano. El texto fue luego transcrito, separado del resto del comentario, por un escribiente italiano desconocido, que compiló un manuscrito íntegramente compuesto de textos jurídicos, y conservado hoy en Parma. El escribiente adaptó los textos que reunía a sus necesidades prácticas. Por ejemplo, estaba interesado en los feudos italianos, pero no dudó en atribuir al francés Jacques de Révigny un tratado italiano sobre feudos. Su versión de las *quaestiones* de Blanot también fue una adaptación libre: citas de los *Libri feudorum* que están ausentes en el original fueron introducidas en el texto y su contexto original en el marco de un trabajo sobre acciones no se menciona.

Recordar el devenir del texto en su transmisión no responde a un gesto de vacua erudición, porque el manuscrito de Parma, que lo instalaba en un relato que no era el original, fue editado por Jean Acher en 1906¹⁰, y esta edición fue ampliamente usada por los historiadores del derecho por la sencilla razón de que era más fácil de manejar que el manuscrito o las viejas ediciones.

Pero si solo se lee la versión abreviada de Blanot según el manuscrito de Parma, se pierde precisamente lo que se busca mostrar: el esfuerzo de este jurista por encuadrar la realidad social y consuetudinaria de su época en las categorías abstractas ofrecidas por el derecho romano. Podemos apreciar este esfuerzo sólo teniendo en cuenta la estructura general del *Tractatus de actionibus* de Jean de Blanot, en el que el jurista borgoñés educado en Bolonia trataba de enseñar a los abogados de su patria como hacer entrar situaciones reales frecuentes en esa región de Europa en los esquemas propuestos por las instituciones romanas. Al tratar de elegir la acción apropiada para que los señores pudiesen reivindicar sus derechos feudales frente a sus vasallos recalcitrantes, Jean de Blanot debía reflexionar sobre la naturaleza legal de estas relaciones a la luz de las categorías del derecho romano.

Esta relación entre acciones y derechos sustantivos está clara desde la primera línea del tratado, pero no si leemos solamente la versión abreviada editada por Acher como si se tratase de un tratado sobre el homenaje feudal.

9 Véase Robert Feenstra, “Jean de Blanot et la formule *Rex Franciae in regno suo princeps est*”, ahora en Id., *Fata iuris romani*, Leyde, 1974, p. 139-149, y Edouard Caillemet, “Jean de Blanot”, en *Mélanges Ch. Appleton* [Annales Univ. de Lyon, n.s., II, fasc. 13], Lyon-París, 1903, pp. 53-110.

10 En Jean Acher, “Notes sur le droit savant au Moyen Âge”, *Revue historique de droit français et étranger*, 30 (1906), pp. 138-178.

Allí, Jean de Blanot enfrenta un problema clásico sobre el que habían ya disentido Placentinus y Juan Bassiano durante la segunda mitad del siglo XII. La disputa giraba en torno a un pasaje de las *Institutas* en el que Justiniano decía que una acción no es otra cosa que el derecho a demandar en corte aquello que estamos habilitados a exigir. Para Placentinus, esto significaba que la acción es lo mismo que la *causa*, el derecho subjetivo que tenemos en virtud de un derecho propietario real o de una obligación contractual. Su contemporáneo, Juan Bassiano, negaba que así fuese y distinguía acción y derecho subjetivo¹¹.

Jean de Blanot resuelve esta controversia que no cesaba a través de una metáfora: la acción es la hija de la obligación. Mientras la hija está aún en el vientre de la madre encinta, son una misma cosa, pero cuando la acción es dada a luz, se transforma en algo distinto y diferente de la obligación, es decir, de su *causa*. Es por eso que las *Institutas* describen un gran número de acciones, cada una inherente a un tipo de derecho particular. Este es un método discursivo científico, plenamente en sintonía con la idea medieval de ciencia; y es a la vez un método de análisis fuertemente orientado hacia la práctica, destinado, como el texto de Jean de Blanot, a la práctica legal de su propio país.

Debe quedar claro entonces por qué es tan importante prestar atención a la elección de la acción que Blanot considera como la más apropiada para obtener en la corte el reconocimiento de la existencia del lazo feudal: la *actio praeiudicialis in rem*¹². Al proponer esta acción, el demandante afirma que alguien es *libertus*, es decir, un esclavo liberado que está obligado a realizar algunos servicios para su antiguo propietario. Esta acción recibe el nombre de *praeiudicialis* porque es un procedimiento preliminar, y por lo tanto “prejuzga” toda otra acción, y es *in rem* porque no resulta de una obligación contractual, sino que busca el reconocimiento de un *status* personal del que derivan deberes particulares. Esta independencia con respecto a las obligaciones personales es suficiente para que se la califique de *actio in rem*, dado que el mis-

11 Horst Kaufmann, “*Causa debendi* und *causa petendi* bei Glanvill sowie im römischen und kanonischen Recht seiner Zeit”, *Traditio*, 17 (1961), pp. 107-162; y Linda Fowler-Magerl, *Ordines iudicarii and Libelli de ordine iudiciorum*, [Typologie des sources du Moyen Âge Occidental, 63-A-III.I*], Turnhout 1994, p. 38.

12 La acción está descrita en I.4.6.13: “*Praeiudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber vel an libertus sit, vel de partu agnoscendo. Ex quibus fere un ailla legitimam causam habet, per quam quaeritur, an aliquis liber sit: ceterae ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capiunt*”.

mo libro de las *Institutas* dice “actione in rem agimus cum eo qui nullo iure nobis est obligatus” (I.4.6.1): procedemos con una acción real contra alguien que no nos está sometido por una obligación.

Este es un elemento importante en mi argumentación. Nuestro jurista borgoñés afirma que el lazo feudal no es una obligación contractual. Se aproxima más a un estatuto personal que es creado por un acto legal de tipo particular: la solemne manumisión de un esclavo que crea un nuevo sujeto legal (el *liberto*), cuyo *status* conlleva ciertos deberes específicos con su antiguo *dominus*, deberes que conservan una íntima relación con la persona misma del *libertus*.

Jean de Blanot pensaba seriamente en esta problemática cuando escribió el capítulo sobre las acciones prejudiciales en el que incluyó su famosa *quaestio* sobre el feudo. Como buen graduado de Bolonia, citó las *Summae* de Azón en lo concerniente a los *liberti*, así como un breve tratado procesal de Pillius –reescrito por Bagarotus, un profesor boloñés cuyas obras procesales se basaban aparentemente en los escritos de otros¹³–. En lo que concierne específicamente a la naturaleza del deber del *libertus*, Pillius y Bagaroto son de una opinión diferente a la que acabamos de expresar, pero en la que no nos detendremos¹⁴. Solo lo menciono para marcar la amplitud de la reflexión: el punto de partida para definir de modo abstracto la concreta realidad del feudo se situaba en un antiguo trabajo de Pillius, modernizado por Bagarotus. Un jurista extranjero usó por lo tanto esta obra para construir un marco procesal para las disputas feudales en Borgoña y en él consideró de primera importancia dar una definición al lazo feudal en términos de derechos reales o personales.

13 Sobre Bagarotus, véase Hermann Lange, *Römisches Recht im Mittelalter*, I: *Die Glossatoren*, Múnich 1997, pp. 297-299. Sobre la obra de Pillius reescrita por él, ver Linda Fowler-Magerl (*supra*, n.11), p. 68. Ahora se pueden consultar los artículos del *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, *op. cit.*

14 Bagarotus, *Summa Haec arbor duos*, editada por Palmieri que la atribuye a Pillius de Medicina, *Libellus de preparatoriis litium et earum preambulis ‘Haec arbor duos’*, [BIMAE, 3]. Bolonia 1901, pp. 15-68. En lo que concierne las *praeiudiciales* Bagarotus dice que se exige al liberto la realización de sus deberes sin expresar la *causa*, es decir la obligación, porque sus deberes son inherentes a su *status*: “...Item cur in operis obsequialibus causam impositionis non denotasti, sicut in aliis fabrilibus sive artificialibus?...respondeo: quia circa petitionem operarum obsequialium non est necessaria causa, quia libertus est; nam ipsa natura, sine ulla impositione debentur a liberto...”.

Acción y derechos subjetivos: Jacques de Révigny

¿Por qué esta interrogación de Blanot sobre la naturaleza del lazo feudal es tan importante? ¿Y en qué se relaciona esta pregunta con la idea de la jurisprudencia como ciencia? Para responder a estas preguntas podemos interpe- lar la obra del gran jurista francés contemporáneo de Blanot: Jacques de Ré- vigny. Sólo nos adelantamos unos años, de 1256 a c.1270, y nos desplazamos a Orleans, una nueva universidad cercana a París en donde están teniendo lugar importantes innovaciones en el método de aprendizaje y enseñanza del derecho.

Jacques de Révigny había escrito también un tratado sobre las acciones romanas¹⁵ y conocía el tratado de Blanot, del que probablemente no tenía una opinión favorable. Jurista por excelencia, ofrece una idea admirablemente clara de la importancia de trabajar sobre las acciones. Al introducir su lectura, explica la distinción entre acciones personales y acciones reales, y muestra claramente como un cierto tipo de acción esta ligada a un tipo particular de derecho subjetivo. Acciones reales y personales están basadas en una tríada de términos. En lo que respecta a las acciones personales, tenemos un contrato, una obligación y una acción: el contrato crea la obligación y de ella nace la acción. Del mismo modo, una acción real (*rei vindicatio*) debe surgir de la propiedad, y ella a su vez de una doble base legal (*titulus et traditio*)¹⁶. Esta es la razón por la cuál la distinción de Révigny entre los dos tipos de acciones –y derechos– es tan importante: cuando se actúa en la corte, se deben recordar las bases inmediatas de la acción, la obligación en el caso de los derechos personales, y la propiedad en el caso de los reales, y esta diferencia distingue de manera radical las acciones reales de las personales.

15 Edición crítica de Liesbeth J. van Soest-Zuurdeeg, *La Lectura sur le titre de actionibus (Inst.4.6) de Jacques de Révigny*, Leiden 1989. La discusión sobre la autoría del tratado está resumida en Kees Bezemer, *What Jacques saw. Thirteenth century France through the eyes of Jacques de Révigny, Professor of Law at Orléans*, Ius commune, SH, 99, Fráncfort del Meno 1997, p. 140-141, que concluye con la afirmación de que al menos la parte que concierne las acciones puede ser atribuida a Révigny.

16 “In personalibus est ista tria reperire per ordinem: contractum, obligationem et actionem; contractus est causa remota, obligatio causa proxima. In rei vindicatione similiter tria reperiuntur: titulus, traditio et dominium; titulus et traditio sunt causa remota, dominium est causa proxima et immediata rei vindicationis. Cum ergo in reali debeat allegari in libello causa proxima et immediata, scilicet dominium, ergo et in personali oportet allegari causam proximam, scilicet obligationem”, Liesbeth J. Van Soest-Zuurdeeg (*supra*, n. 15, p. 103).

Por lo tanto, es fundamental decidir si el lazo feudal encarna un derecho personal o un derecho real, en la medida en que esto determina el rol que tiene en el teatro del derecho: si los hombres y las mujeres son *personae*, sus relaciones se expresan en términos de *obligationes* y aquello que los une es un *contractus*; de otro modo, lo que alguien demanda es que otro haga algo porque tiene la propiedad de ese algo o –en el caso del lazo feudal– porque tiene un derecho de naturaleza propietaria sobre ciertos servicios que el otro debe realizar en razón de su particular *status*. Para Jean de Blanot por lo tanto, el lazo feudal crea el estatus permanente de vasallo y un derecho concomitante del señor. Este derecho es una suerte de propiedad –por lo tanto real– a obtener ciertas prestaciones de parte del vasallo. Esto es lo que hace que el señor pueda demandar al vasallo en términos de una acción real.

La difusión de un marco legal a través del espacio europeo

¿Acaso podemos decir que esto es demasiado evanescente, demasiado alejado de las preocupaciones de la vida real en la Edad Media e importante sólo para un pequeño grupo de juristas? Muchos historiadores consideran que así es. Para estos, el llamado “derecho culto” tuvo una influencia muy limitada en la práctica normativa de las comunidades medievales. Esta actitud se hace en parte eco de las viejas reacciones a la *Begriffjurisprudenz* y a la pandectística del siglo XIX. Las reacciones de juristas decimonónicos como la de Julius von Kirchmann de 1847 frente a la abstracción excesiva de las doctrinas legales, o las de historiadores como Georg Beseler en su ensayo sobre el conflicto entre el derecho de la gente y el derecho de los juristas –*Volksrecht und Juristenrecht*– en 1843¹⁷. Cómo hemos visto, la crítica de Kirchmann se centraba en que el derecho positivo cambiaba tan rápido que condenaba la teoría legal a la irrelevancia. Beseler, que como historiador había reunidos testimonios de la resistencia de las instituciones locales a la penetración del derecho culto, ofrecía la imagen de un *Volksrecht* íntimamente ligado al espíritu de una nación, y duramente reprimido por el poder de los juristas, educados en derecho romano y canónico.

Entre los historiadores, esta imagen romántica era, y es aún hoy, ampliamente aceptada: incluso en Italia, hace unos cien años, los historiadores del derecho pusieron en escena la lucha del pueblo italiano contra un derecho

¹⁷ Georg Beseler, *Volksrecht...*, *op. cit.*

romano curiosamente calificado de “extranjero”. Las costumbres y los estatutos locales se consideran con frecuencia aún hoy expresiones de la verdadera creatividad popular.

Pero las cosas son más complicadas. No se puede aceptar ya este viejo esquema interpretativo de un conflicto entre derecho culto y costumbre¹⁸. Esto es particularmente evidente en nuestro caso, dado que el mismo texto se presenta a la vez como una y otra cosa. Quisiera insistir en esta extraña coincidencia que marca la fortuna tardía del capítulo que Jean de Blanot había escrito en Bolonia para sus colegas borgoñeses a propósito de la relación feudal.

Blanot es plenamente consciente de las variaciones regionales, de las diferentes costumbres que regulan de modos diversos la creación, extinción y protección de los lazos feudales. Describiendo la ceremonia que crea la relación, la *commendatio*, repite que en muchos lugares se usan símbolos diferentes: allí se intercambia el beso, aquí el vasallo pone sus manos entre las manos del señor. En tanto institución consuetudinaria la encomendación u homenaje puede diferir de lugar en lugar. Pero, dice Jean, a pesar de que no ha sido creada por el derecho, puede ser “ayudada” por el derecho, es decir, por el derecho romano.

Esto equivale a decir que a pesar de las peculiaridades locales, la ciencia legal puede dar un marco común al lazo feudal: es un estatuto particular que da al señor una suerte de derecho real sobre los cuerpos de sus vasallos. Jean dice muy claramente que el homenaje feudal no fue una creación del derecho romano, pero puede ser interpretada y jurídicamente configurada por el derecho romano.

Se trata de algo más que una declaración de principios. La interpretación del lazo feudal a la luz del derecho romano, tal y como la propone Jean de Blanot, goza de amplio éxito en Europa, y en un caso particularmente significativo, se reclamaba incluso del derecho consuetudinario catalán.

18 Sobre este tema, me permito reenviar a Emanuele Conte, “Roman law vs. Custom in a changing society: Italy in the twelfth and thirteenth century”, en *Custom. The development and use of a legal concept in the Middle Ages*, Proceedings of the fifth Carlsberg Academy Conference, 2008, P. Andersen y M. Münster-Swendsen (eds.), Copenhagen 2009, pp. 33-49.

*Pere Albert y las costumbres de Cataluña:
las ropas nuevas del derecho culto*

Es una curiosa historia. Un jurista catalán, Pere Albert, considerado por los historiadores del derecho como un compilador de la tradición consuetudinaria de su país¹⁹, fue el autor de un libro titulado *Commemoracions*, en el que decía describir las costumbres catalanas. Los historiadores de la sociedad catalana lo usaron en consecuencia como fuente para describir el derecho local. En realidad, al describir la relación feudal, Pere no hizo más que copiar más de veinte capítulos del tratado sobre *acciones praeiudiciales* escrito por Jean de Blanot²⁰, pero los adaptó en efecto a la práctica regional catalana. En primer lugar, suprimió centenares de citas que remitían al derecho romano, porque un estatuto aprobado por las Cortes de Barcelona en 1251 prohibía toda referencia al derecho romano en la corte. Esto no fue difícil, Pere no cambió los argumentos, que siguieron basándose en el derecho romano, suprimió sencillamente las citas del *Corpus Iuris* y afirmó que algunas interpretaciones se fundaban sencillamente en el sentido común y en la racionalidad. Cambió también los nombres de personas y regiones mencionados por Jean de Blanot como ejemplos: el rey de Francia se transformó en el rey de Aragón, Alemania devino Narbona, Borgoña sería Barcelona y Lotharingia Ampurias. Con este gesto transformó un tratado escrito en Bolonia para responder a los interrogantes de la práctica borgoñesa en una obra catalana para usar en las cortes. Y, más aún, un producto del derecho culto devino en un texto consuetudinario local totalmente independiente del derecho romano.

19 Sobre Pere Albert, ver Donald J. Kagay, "Pere Albert, Barcelona canon, royal advocate, feudal theorist", *Anuario de Estudios Medievales*, 32/1 (2001), pp. 39-74; Elisabeth Ferran Planas, *El jurista Pere Albert i les Commemoracions*, Barcelona 2006.

20 Las *Commemoracions* de Pere Albert fueron impresas en el siglo XVI junto a comentarios contemporáneos a la edición, *Ioannis de Socarratis iurisconsulti cathalani in tractatum Petri Alberti de consuetudinibus Cathaloniae inter dominos et vasallos...commentaria*, Lugduni, apud Antonium Vincentium 1551. Los he consultado en esta edición, confrontando el texto con un par de manuscritos: Emanuele Conte, *Servi medievali...op. cit.*, pp. 230-234, en donde se menciona la relación del tratado catalán con las *quaestiones* de Jean de Blanot. Existe hoy una traducción al inglés: *The customs of Catalonia between lords and vassals by the Barcelona Canon Pere Albert: a practical guide to castle feudalism in Medieval Spain*, traducción y comentario, Donald J. Kagay, [Medieval and Renaissance texts and studies, 243], Temple, Arizona 2002. Por lo que observo, Kagay no parece tener conocimiento del hecho que la obra de Pere Albert es en realidad una adaptación del tratado de Jean de Blanot.

Pero la fortuna de nuestro texto va más allá de este primer paradójal destino. Hacia el fin del siglo XIII fue incluido en el más importante y exitoso manual de procedimiento de la Edad Media: el *Speculum Iudiciale* de Guillaume Durand²¹. Usado en toda Europa en su fase manuscrita y luego como impreso (tuvo 16 impresiones sólo entre 1473 y 1501), este libro, escrito durante los años 70 del siglo XIII por un profesional de las cortes eclesiásticas que fue luego alto oficial de la Iglesia y finalmente obispo, fue compuesto como una suerte de patchwork de trabajos existentes. Se trata del mejor ejemplo de cómo textos nuevos y viejos, de civilistas y canonistas, de profesores y prácticos del derecho, de italianos, franceses e ingleses, podían interactuar formado una base teórica para la práctica legal. Un gran canonista del siglo XIV, Johannes Andrea, que había entendido la estructura peculiar y la importancia del *Speculum*, produjo un *apparatus* de glosas en el que identificaba a los autores originales reunidos por Durand.

El pasaje que Durand consagra a las relaciones feudales es una mezcla del tratado italiano de Martinus de Fano²², de las *quaestiones* de Jean de Blanot y de pasajes de la obra de Roffredus Beneventanus. Da la impresión de ser el resultado fortuito de una cultura asentada, en la que la abstracción no es pura especulación, sino el modo efectivo de desplegar los mismos procedimientos conceptuales en contextos locales muy diferentes creados en Europa por diversas tradiciones consuetudinarias.

Jacques de Révigny - Raoul d'Harcourt: una ciencia dialéctica

Mientras en Cataluña Pere Albert usaba las *quaestiones* de Blanot en su presentación de las costumbres catalanas y a algunos cientos de millas hacia el este, Guillaume Durand fusionaba el mismo texto con materiales italianos para crear el capítulo sobre los feudos de su *Speculum*, en Orleans, Jacques de Révigny trabajaba en el mismo tema y leía los mismos textos. Al igual que Jean de Blanot, Jacques trabajaba en un tratado sobre acciones y enfrentaba el mismo problema al tratar de encuadrar las elusivas instituciones medie-

21 Sobre la obra y la vida de Guillaume Durand, ver Franck Roumy, "Durand (Durant, Duranti) Guillaume l'ancien", en *Dictionnaire historique des juristes français*, bajo la dirección de P. Arabeyre, J.L. Halpérin, y J. Krynen, París 2007.

22 Carmelo E. Tavilla, *Homo alterius: i rapporti di dipendenza personale nella dottrina del Duecento. Il trattato de hominiciis di Martino de Fano*, Nápoles 1993.

vales del homenaje en los marcos impuestos por el derecho romano de las acciones en el que no había ninguna acción dedicada a este tipo de relaciones.

En un nivel puramente formal, si observamos la estructura de su texto, Jacques conserva el modelo de su predecesor borgoñés, que debe haber tenido en su escritorio²³ mientras componía su obra²⁴. Se ocupa por lo tanto de los feudos en el contexto de las *actiones praeiudiciales*. Pero cuando trata de las bases de la acción disiente de Jean de Blanot en lo que concierne a la naturaleza legal del lazo feudal. Incluso si trata el tema en el capítulo sobre ciertas formas particulares de acción real o *actio in rem* de las que forma parte, como hemos visto, la *praeiudicialis*, para Jacques de Révigny, los derechos del señor sobre el vasallo no tienen nada en común con las relaciones de propiedad: eran por el contrario derechos personales resultantes de obligaciones.

Révigny era un excelente abogado, argumentaba en modo claro y metódico, procediendo paso a paso en su demostración. Cuando trata las *praeiudiciales* analiza primero la acción propiamente dicha, la *praeiudicialis directa*, que concierne el estado mismo de las personas: un siervo, un liberto, un hijo. Pasa luego a las *actiones praeiudiciales utiles*, que los abogados pueden crear por medio de la interpretación *ex mente legis*, es decir, extendiendo el sentido de la ley a casos similares. Y es aquí donde se enfrenta con el discurso de Blanot sobre homenaje feudal y donde niega de plano que se pueda usar una acción *in rem* en la corte en demanda de un vasallo que no se ha comportado como debería. Cómo hemos visto, el uso de esta acción se justifica, según Jean de Blanot, en los derechos del señor –en este caso un derecho de naturaleza real–. Para Révigny, un señor no tiene ningún derecho real sobre el vasallo, porque la naturaleza del lazo feudal es puramente personal²⁵.

23 Blanot y Révigny citan el mismo pasaje de la citada obra de Pillius-Bagaroto en la misma posición, lo que no puede ser una coincidencia.

24 Sobre las relaciones entre Révigny y Blanot, véase Robert Feenstra, “*Quaestiones de materia feudorum* de Jacques de Révigny”, *Studi Senesi*, 84 (1972), pp. 379-401, ahora en Id., *Fata iuris romani*, Leiden 1974, pp. 298-320.

25 Ed. de Liesbeth J. Van Soest-Zuurdeeg (*supra* n.15), p. 328: “*Dictum est de preiudicialis directis. Quedam, dicunt ipsi, sunt utiles ex mente legis, ut in quasi servis et in quibuscumque hominibus libere condicionis; ad hoc est C. in quibus ca. bo. tra. do. accu. pos. l.i. (C.11.50.1). Istam extensionem bene approbo. [...] Est alia utilis. Tu es vasallus meus si agnoscis homagium meum. Cum sis home meus, licet sis liber, habebit locum utilis, ut dicunt. Dico quod istam extensionem non approbo, quia in persona vasalli non pono aliquid iuris realis nec actionem in rem directam uel utilem, sed personalem obligationem recipiendo feudum ad diversa genera officiorum secundum consuetudines terrarum. [...] Vnde breviter dico quod in homagio non attendo ius reale, sed tantum personalem obli-*

Detengámonos en esta afirmación. No se trata sólo de una cuestión teórica: si no existe un derecho real entre el señor y el vasallo, no hay posesión, porque solo las cosas sensibles y los derechos reales pueden ser poseídos. Pero si no hay posesión, es imposible adquirir derechos por prescripción. Esto significa que el demandante no puede probar su derecho apelando al pasaje del tiempo, porque el tiempo no crea obligaciones, sólo derechos reales. Por lo tanto, para Jacques, ubicar al lazo feudal en el marco de los derechos personales tiene implicaciones profundas en la práctica, dado que la única manera de probar la existencia de este tipo de relación es mostrar en la corte el contrato mismo.

La postura de Révigny se ve confirmada en la obra de su discípulo, Raoul d'Harcourt, que también escribe un comentario sobre las acciones de derecho romano, con similar énfasis en las *praeiudiciales*. Raoul explica muy claramente que el homenaje, el lazo feudal que une a señor y vasallo no es estrictamente hablando del orden del *status* personal²⁶. Raoul afirma que Révigny había hecho una distinción clara entre el vasallaje y la condición de los campesinos, ligados a la tierra de su señor durante la Edad Media como lo habían estado durante la Antigüedad Tardía. Para estos, Justiniano había pensado una condición personal particular, el colonato, que estaba entre el *status* de un hombre libre y el de un esclavo. La *actio praeiudicialis in rem* podía en efecto ser usada en la corte para hacer reconocer esta condición específica. Pero si un señor podía pedir a un juez que confirmase que un campesino era su *colonus*, y que por lo tanto estaba obligado a trabajar la tierra en la que debía vivir, no podía sin embargo usar el mismo argumento con un vasallo, porque el homenaje era un contrato, formalmente creado por *stipulatio* o juramento.

Mientras la construcción legal dada al lazo feudal por Jean de Blanot se difundía por toda Europa, en buena medida gracias al éxito de la obra proce-

gationem, et tempus non est modus tollende vel inducende obligationem, nisi sit tantum a quo non extat memoria”.

26 Ver las *Repetitiones* de Raoul d'Harcourt impresas bajo el nombre de Iacopo d'Arena, *Commentarii in universum ius civile...*, Lugduni 1541 [reed. Bolonia 1971] (bibliografía en Emanuele Conte, *Servi medievali, op. cit.*, pp. 200-201), fol. 294va: “...Item dicit Io.de Ble. in homine: ‘Dico contra te quod tu es homo meus ligius, unde cum tu neges hominem meum <esse>, peto te pronunciari meum’ et sicut dixi in ascriptitio. Dominus negat ius reale in homine, unde format libellum in personali: ‘Dico quod promisisti fidelitatem et servitium talem per talem stipulationem’ si sit stiplus, vel ‘per iuramentum: unde peto te condemnari ad servitium prestandum’”.

sal de Guillaume Durand, era sometida a una crítica radical por parte de los grandes maestros de la escuela de Orleans, en ese momento el centro más avanzado e innovador del estudio del derecho romano.

La práctica de las cortes, en Francia y no sólo, tenía por lo tanto que lidiar con esa ambigüedad, porque la misma realidad social se describía de modos diferentes según textos legales científicos de peso: para uno, el homenaje creaba una suerte de derecho real del señor sobre el cuerpo de su vasallo; para el otro, el mismo acto producía sólo una obligación personal. Partiendo de esta diferencia básica, se producía una cascada de consecuencias que multiplicaban las diferencias: dado que el que se reclamaba como señor debía demandar siguiendo acciones diferentes, debía también ofrecer diferentes formas de prueba que podían o no echar mano del recurso del paso del tiempo.

Ahora bien, podemos considerar esta ambigüedad como un fracaso del sistema “científico” de jurisprudencia medieval, del que se podía esperar que usase los mismos instrumentos conceptuales para pensar las instituciones locales. Pero esto sería un error, porque la estructura misma de la idea de “ciencia” en la escolástica medieval es íntegramente diferente de la idea moderna de ciencia. La oposición entre posiciones en conflicto era absolutamente fundamental para el carácter dialéctico del conocimiento típico de la época. Las disputas que se realizaban en las escuelas en forma de *quaestiones*, o en las cortes como litigios, eran formas necesarias de confrontación de diferentes posturas teóricas sobre un mismo problema, y esta familiaridad cotidiana con la duda era la esencia misma de la actitud “científica” hacia la realidad.

En nuestro caso, las dos estrategias de lectura de la relación feudal según las claves del derecho culto, cuyo origen se remontaba a la oposición entre dos escuelas francesas, se correspondían con una duradera divergencia entre canonistas y civilistas. Jean de Blanot era quizás menos sutil que Jacques de Révigny, pero compartía el espíritu de su época.

Los papas tenían una intuición similar a la de Blanot en lo que concerniente a la regulación de las relaciones entre las iglesias y otras instituciones sagradas en el continente. Desde los tiempos de Inocencio III, al menos medio siglo antes de Jean de Blanot, estas relaciones eran reguladas en las decretales como una forma particular de derecho subjetivo, una suerte de propiedad que no dependía de ninguna obligación de tipo contractual²⁷. Es por esto

²⁷ Véase por ejemplo X.2.13.17 (propiedad del *ius parochiale*), X.2.30.4 (*possessio subiectionis*), X.2.27.21 (*quasi possessio obedientiae*), X.3.36.7 (cuando un obispo reclama la propiedad de los derechos sobre una iglesia), X.5.33.14 (propiedad de privilegios

probablemente que un canonista y un práctico del derecho como Guillaume Durand adoptó en el *Speculum* las posiciones de Blanot.

Del status al contrato (y retorno)

Simplificando, podríamos decir que durante el siglo XIII, algunos influyentes juristas como Jacques de Révigny y algunos italianos antes que él, propusieron, recordando la famosa fórmula de Henry Sumner Maine²⁸, el paso del *status* al contrato. Pero durante las mismas décadas, la legislación eclesiástica y las interpretaciones de algunos juristas, más atentos a los requerimientos de la práctica, tendieron a permanecer en el surco de la tradición, considerando el *status* como la fuente principal de las obligaciones legales y las relaciones sociales.

¿Cómo acaba esta historia? Veamos brevemente el estado de la discusión un siglo después, durante el siglo XIV. En el comentario de Antonio de Butrio al *Liber Extra*, nos encontramos el mismo viejo paralelo propuesto por Jean de Blanot entre las condiciones personales del *libertus* o *colonus* –o del ciudadano, o del hijo–, y el del vasallo medieval, al que agrega las condiciones de monje y sacerdote a la lista de *status* personales que pueden ser tratadas como generadoras de una suerte de derecho real. Butrio es muy explícito: cuando una obligación de dar o exigir algo depende del estado de sujeción o servidumbre, adquiere la naturaleza de un derecho real: según su expresión, “tiene el sabor” de un derecho real²⁹.

e inmunidades), X.2.20.30 (*possessio archidiaconatus*), X.2.28.46 (*possessio prepositurae*), X.1.3.22 (*possessio corporalis abbatiae*), X.2.30.6 (*possessio prioratus*), X.1.10.6 (*possessio cantoriae*). Los derechos a recibir prebendas son considerados como un derecho real en muchos de los textos que componen el título X.3.8 *De concessione praebendae*.

28 Henry Sumner Maine, *Ancient law, its connection with the early history of society and its relations to modern ideas* (1861), Boston 1963, pp. 163-165. Traducido en Español en 1893; véase ahora Henry Sumner Maine, *El derecho antiguo: su conexión con la historia temprana de la sociedad y su relación con las ideas modernas*, traducción, introducción y notas de Ramón Cotarelo, Valencia 2014. Para un comentario desde el punto de vista histórico-jurídico, véase, Peter Stein, *Legal Evolution: The Story of an Idea*, Cambridge-New York 1980, pp. 85 y ss.

29 Antonius de Butrio, *Supra prima secundi Decretalium commentaria*, Venetiis, 1578 (reed. an. 1967), in *decr. In causa* (X.2.12.8), núm. 14, fol.112va: “Secundo dicebam quod erant quaedam iura quae dabantur in personam velut rem: et si ista habent in se dubium, vel eius partem, dabitur vera possessio, ut in iure servitutis: [...]: Ius libertinita-

En esos mismos años, el gran Baldus de Ubaldis, que era a la vez romanista y canonista, usaba las mismas palabras para ponerse del lado de esos juristas preocupados por la práctica y de los canonistas: había en efecto obligaciones que dependían de la sujeción personal; a pesar de no ser cosas materiales, tenían el sabor de los derechos reales³⁰. Baldus repite la misma afirmación en sus *additiones* al *Speculum* de Guillaume Durand, en él su conocida inclinación por las interpretaciones filosóficas del derecho se despliega en la reflexión sobre un texto íntegramente dedicado a la práctica³¹. El círculo por lo tanto se cierra: la crítica del jurista francés a Jean de Blanot ha sido superada por los juristas italianos que seguían no obstante el método creado en la escuela de Orleans, y en particular por Jacques de Révigny. Hay obligaciones, dirá Baldus, que no se basan en contratos. Él las llama *obligationes relativae*,

tis, ius ascripticiatus, ius monachus, ius clericatus, ius civilitatis, ius patriae potestatis et multa iura quae in homine <m> haberi possunt [...]. Et tunc omnium illorum iurium est dare quasi possessionem, quia et illorum lata proprietates [...]. Dico quod quaedam sunt praestaciones personales quae alteri iuri annectuntur, et huius debiti est dare quasi possessionem ut est praestatio census ratione subiectionis, ut hic et d.c. Querelam (X.1.6.24). Nam annectitur iuri reali subiectionis: illius ergo sapit naturam [...], ut est praestatio fidelitatis respectu vassallitici iuris, quod est reale, ut in li.fe.u.c.i.e et Qua olim.fe.u.po.ali.c.i. (L.F. 1.1.et 2.9)”.

30 Baldus de Ubaldis, *Lectura decretalium*, in X.2.26 rubr., § 4 (ed. Lugduni, 1551, fol. 324rb): “Vel dic quod ibi <la edición dice *ubi*> est tale ius personale quod vindicari potest, quia sapit realitatem subiectionis, arg.ff.ad muni.l.De iure (D.50.1.37).” *Id. in c. Querelam* (X.1.6.24): “Et scias quod omne quod potest praescribi possidetur vel quasi, alias praescriptio non posset procedere. Sileant ergo Iaco.de Ra.et sui sequaces, qui contra hanc decretalem somniant, ut ipsi referunt C.de pactis l.Si certis annis (C.2.3.28). Est praeterea quaedam possessio praestationis relativa, sicut possessio feudi soldata. Nam si dominus possideat vasallum, idest qualitatem eius, reciproce et vasallus feudum, argument.institutio.de actionibus § Praejudiciales (I.4.6.13)”.

31 Las *additiones* de Baldus fueron impresas en muchas de las ediciones del *Speculum* de los siglos XV y XVI. En su *additio* al título *De restitutione spoliatorum* Baldus escribe: “Reditus et servitia inter immobilia computantur, et ideo quasi possidentur, et habent locum quasi interdicta, versi. Consilium ergo G. Hic nota quod ista iura non habent proprie naturam servitutem, quae in patiendo, non in dando consistunt, ff.de servi.l. Quot (D.8.1.15.1). Nam omnis servitus aut debetur a re rei, aut a re personae, ut ususfructus, aut a persona non omnino libera, sed quasi subiecta alterius personae, ut vasallus domino, vel a colono glebae annexo [...] Quomodo ergo ius reddituum quasi possidetur? Resp.: quaedam sunt obligationes simplices absolute, quaedam respective seu connotative: in simplici obligatione non cadit quasi possessio, sed in obligatione relativa ad quasi servitutem vel subiectionem vel dominium sic”. Este argumento aparece ya en Roffredo *Libelli iuris civilis*, pars II, *de restitutione spoliatorum* (ed. Avenione, 1500, rist. Turín 1968), p. 68b.

en la medida en que expresan un deber que surge de un *status* de sujeción personal, como sucede en el caso del vasallo y del campesino. Estas obligaciones son derechos reales, y en tanto tales pueden ser poseídos y protegidos por interdictos posesorios, pueden ser adquiridos por el paso del tiempo y su vigencia puede ser probada del mismo modo que se prueban los derechos que obedecen a una misma *causa*: es decir las razones de equidad de la transacción expresadas en el contrato. Esto era exactamente lo que Pillius y Bagartus decían dos siglos antes, cuando consideraban las *operae libertorum* como una suerte de propiedad del antiguo dueño sobre el que había sido su esclavo.

En resumidas cuentas: si tratamos de penetrar la jungla de las argumentaciones escolásticas para leerlas en relación con la vida real de las cortes de justicia, debemos aceptar que la ciencia legal está en estrecha relación con la vida de las sociedades europeas. Gracias a la circulación continental de las doctrinas, el llamado derecho culto de los últimos dos siglos de la Edad Media fue capaz de ofrecer marcos conceptuales para la práctica legal de todo el continente.

Este marco no carecía de ambigüedades y estaba lejos de ser unívoco, puesto que era una creación de la “ciencia” escolástica cuyo rasgo central se hallaba en la dialéctica y el debate de cuestiones dudosas u ofrecidas a la controversia. Pero proveyó un lenguaje común, una gramática común para miles de abogados profesionales en el continente. Para esta economía en crecimiento y esta sociedad en plena evolución que fue la de la Europa del siglo XIII, el lazo feudal podía ser visto como un mero contrato personal. Pero para la sociedad señorial del tardío siglo XIV, era más bien un derecho propietario que marcaba el poder de las familias nobles y los deberes onerosos del llamado “tercer estado”. Las discusiones en torno a estas problemáticas se hicieron posibles articulando las categorías abstractas de la ciencia legal.

Conclusiones

Debemos sin duda ser cautos cuando nos entregamos al elogio entusiasta del “pasado legal común de Europa” o a alguna forma de exaltación del “orden medieval”. La Europa medieval era un mezcla confusa, probablemente mucho más confusa que la Europa actual. Pero la existencia de una cultura general basada en un sistema conceptual ofrecía bases muy diferentes a las de hoy en día. Las normas legales que proveían las costumbres y el ingente número

de legisladores eran interpretadas a la luz de esta cultura amplia, que podía metabolizar las nuevas legislaciones y las viejas costumbres, situándolas en el marco conceptual creado por la doctrina.

Fue el momento del gran triunfo de la “ciencia” sobre la legislación, justamente evocado por el más ferviente defensor de la idea de que el derecho es una “ciencia”, una *Wissenschaft*: Friedrich K. von Savigny. Él vio la importancia que tenían las bases creadas durante el siglo XII según las que la infinita variedad de las relaciones humanas podían ser enmarcadas por un cierto número de instituciones que permitían analizarlas de modo abstracto. La idea tendría un vasto futuro. Durante el siglo XIX, en el momento del triunfo pleno del poder del Estado, Savigny podía imponer esta idea medieval a la Europa continental –aunque esto le valdría vigorosas críticas–. A pesar sin embargo de esta tentativa de Savigny, a pesar también del éxito del pandectismo en las facultades de derecho, las cosas hoy en día son completamente diferentes. Los estatutos legales y las normas se aplican hoy en todos los niveles de la realidad cotidiana, de forma tal que la exigencia que enfrentó la ciencia legal de la Edad Media, que tuvo que formular las abstracciones que interpretaban la realidad particular ha quedado atrás precisamente porque ha triunfado, quizás para siempre.

CAPÍTULO 5

Dinámicas del derecho común: transformaciones de la servidumbre entre teoría y práctica

Las abstracciones jurídicas ejercen, como hemos visto, un fuerte influjo sobre la vida real. A veces se limitan a describir las reglas, pero con frecuencia modifican su estructura y producen cambios significativos en las condiciones de vida de los individuos y de la sociedad. En esto reside la fascinación que ejerce la historia del derecho.

Con el fin de entender el grado de labilidad y efectividad de la doctrina y su rol fundamental en el modo en que se aplican las reglas, analizaremos ahora una institución central: la servidumbre de la gleba. Seguiremos en detalle las discusiones de los juristas en torno a este tema de gran relevancia social, el de la dependencia personal en el ámbito rural, y esto nos permitirá demostrar la relevancia social de la norma jurídica. La ciencia del derecho, como lo hemos dicho, no permaneció encerrada en las aulas, ni se limitó a ofrecer una cultura abstracta a los jueces y abogados destinados a operar en el cuadro de las costumbres locales. Protagonista de primer plano de la historia social, económica y política, la doctrina daba nuevas energías al sistema de reglas que ordenaba las relaciones de fuerza y de poder, que reaccionaba aceptando o resistiendo a un cambio que provenía con frecuencia de los ambientes innovadores de las ciudades libres italianas y francesas, pero que podía incluso venir de la Iglesia, del Imperio, o de los Reinos nacionales.

El derecho, en otros términos, no se limitó a describir las relaciones económicas y sociales, sino que fue un poderoso instrumento para modificarlas, y no solo un instrumento legislativo, sino incluso doctrinal y judicial. Este hecho, frecuentemente, ha sido ignorado por la historia social.

Eficacia práctica de la doctrina según Christian Thomasius

La historia social ha prestado poca atención a las obras jurídicas medievales,

aún cuando, no existiendo saberes como la economía o la sociología, el derecho y la teología eran las únicas ciencias en ocuparse de las relaciones sociales y económicas desde un punto de vista teórico. Los historiadores justificaron en general su elección con la supuesta distancia de la reflexión jurídica escolástica en relación con la pulsante vitalidad del problema servil. Fundadas en la interpretación exegética de los textos justinianos, las obras de la doctrina jurídica no hubiesen podido tomar en cuenta la real situación personal de los siervos medievales, y su análisis, por lo tanto, sería aplicable solo a los colonos tardo-antiguos, cuyo estatuto estaba disciplinado por los textos justinianos.

A primera vista, este enfoque de la historia social parece justificado en el caso de la servidumbre medieval, que es un producto de la sociedad europea, mientras que el texto de Justiniano estudiado por los juristas no podía contener sino leyes que se referían a la Antigüedad tardía. En efecto, luego de tantos siglos, los colonos del tipo que describe el *Corpus iuris* ya no existían en Occidente, y por lo tanto los profesores de derecho que comentaban el *Codex* se ejercitaban sobre leyes entonces completamente obsoletas, que no tenían nada que ver con las formas relacionales que había adquirido la sociedad medieval. En consecuencia, los dos planos de la realidad y de la abstracción jurídica fueron percibidos como netamente separados, y los historiadores que se ocuparon de la servidumbre medieval han preferido casi siempre observar los testimonios de la práctica más que los de la doctrina, que consideraban irremediabilmente lejanos del objeto real.

Esta separación entre el derecho pensado y el vivido es, sin embargo, un esquema interpretativo decimonónico¹ influenciado por la ideología identitaria de los germanistas², que tendían a considerar la doctrina basada en el texto de Justiniano como completamente extraña al derecho sentido y practicado por los pueblos. Pero antes del influjo ideológico del nacionalismo, que marcó tan profundamente la ciencia histórica y jurídica, ni los historiadores ni los juristas pensaban en estos términos. La idea, en verdad curiosa, que el inmenso trabajo de la doctrina fuese un puro ejercicio de erudición desprovisto de impacto sobre la práctica, no caracteriza la reflexión de los juristas de antiguo régimen, ni siquiera la de los más sensibles a las instancias nacionales, que incluso lamentaban, precisamente, las ingerencias indebidas del derecho común en la realidad jurídica nacional.

¹ Este esquema ha sido criticado, entre otros, por Kenneth Pennington, “Learned Law...”, *op. cit.*

² Véase el capítulo 1.

Uno de ellos era el célebre Christian Thomasius³, que se ocupó del tema de la condición de los siervos en ocasión del doctorado de su alumno, Hyeronimus van der Lahr, en el año 1701. Si bien la nueva Universidad de Halle estaba destinada a inaugurar un período de renovación de la tradición académica alemana, Thomasius no se sustraía a las reglas de entonces, que exigían que la disertación doctoral fuese ampliamente inspirada, y en gran parte redactada, por el profesor. De forma tal que en la disertación se leen las posiciones del ilustre *Docktorvater*, claramente identificables, por otra parte, por el estilo decididamente filosófico del tratado. No obstante este tono aparentemente abstracto, Thomasius había elegido un tema no desprovisto de implicaciones prácticas: el de la condición personal de los campesinos alemanes.

Algunas observaciones de Thomasius sobre nuestro tema pueden en efecto ser instructivas para quien quiera percibir algunas de las razones que han dado lugar a las actuales dificultades de los historiadores en el tratamiento de las fuentes jurídicas sobre el tema, así como a las de los juristas que tampoco ponen en relación las reflexiones abstractas del derecho con la práctica.

En aquel inicio del siglo XVIII, el gran jurista y filósofo alemán partía de la observación de la realidad que le era contemporánea, e indicaba que mientras en algunos lugares de Alemania había “homines proprii”, en otros no existían. ¿Cuál era el motivo de la diferencia? Precisamente la difusión en Alemania del derecho culto, enseñado en las universidades alemanas a partir del siglo XV. En efecto, en las regiones en las cuales había universidades, “los campesinos habían sido inmediatamente promovidos a hombres libres gracias a los profesores de derecho”, (“rustici ex hominibus propriis per professores iuris in homines liberos statim promoti fuerint”) mientras que en los lugares en donde la cultura jurídica académica se había introducido más tarde, sobrevivía el *ius Germanicum*, y con él los *homines proprii*⁴.

3 Sobre el personaje, véase W. Schneiders (ed.), *Christian Thomasius (1655-1728). Interpretationen zu Werk und Wirkung, mit einer Bibliographie der neueren Thomasius-Literatur*, Hamburgo 1989, y F. Vollhardt (ed.), *Christian Thomasius (1655-1728)*, Tübingen 1997.

4 *Dissertatio inauguralis iuridica coniecturas exhibens de hominibus propriis et liberis Germanorum*, Halle, s.d., § 87: “Dantur hodie in multis locis Germaniae homines proprii, in multis ignorantur. Quenam ratio diversitatis? Videtur quod in illis provinciis et territoriis ubi primum academiae florere inceperunt, rustici ex hominibus propriis per professores iuris in homines liberos statim promoti fuerint, in iis autem locis, ubi tardissime academiae sunt introductae, ius Germanicum et cum eo homines proprios fuisse conservatos”.

El derecho germánico –entendido aquí simplemente como el derecho vigente en los territorios del Reich, y no en la acepción general de derecho de los pueblos germánicos que los germanistas de fines del siglo XIX le atribuirían– estaba efectivamente en contraposición con el derecho culto, al que Thomasius reprochaba su extrañeza con respecto a las tradiciones jurídicas autóctonas⁵, y por consiguiente la incapacidad de aplicar las propias categorías a situaciones que le eran ajenas.

Pero esta distancia, que separaría la cultura jurídica del derecho consuetudinario, está lejos de resolverse en la inutilidad de la primera y en la vigencia del segundo, al contrario, Thomasius atribuye a la difusión del *ius commune* por medio de la universidad alemana, un efecto fuertemente incisivo en la práctica. A diferencia de algunos estudios modernos sobre la servidumbre medieval, que no han revelado ningún impacto social de las teorías de los juristas, el viejo maestro de Halle atribuía a la actividad de los profesores una prodigiosa eficacia, puesto que los campesinos de algunas regiones habrían incluso sido “per profesores iuris in homines liberos statim promoti”.

Transformar los siervos de la gleba en hombres libres es un considerable resultado de los profesores universitarios dedicados al estudio de un derecho “extranjero”, viejo de más de mil años e irremediabilmente abstracto. Tanto más cuanto que en los poquísimos casos en los cuales los historiadores de hoy han reconocido la eficacia de las doctrinas jurídicas en tema de servidumbre, lo han hecho para identificar en ellas un nuevo medio de someter a los cam-

5 Esta especie de “inconmesurabilidad” entre el derecho germánico y los principios del derecho romano, representa la versión alemana del nacionalismo jurídico, que ya había sido introducido en Francia hacía un siglo. La conclusión de la disertación es positiva en ese sentido (§ 101, pp. 62-63): Thomasius introduce ya el tema de la alteridad del derecho romano al sentir alemán y propone crear cátedras de derecho germánico, con el fin de que la reforma del derecho alemán encuentre su eje en la ciencia y en la doctrina. En la disertación de este oscuro alumno de Thomasius se encuentran así ya algunos de los elementos destinados a marcar la tradición doctrinal alemana de fines del siglo XIX. El discurso concluye en efecto con un augurio explícito: “Emendationis origo ex academiis incipere debet, unde origo erroris. Si tam diligenter incipiemus commentari in iura Alemannica et Saxonica et, ut hactenus commentati sumus in ius Romanum, lux orietur ex tenebris. Facem accensit Schilterus. Sed adhuc diluculum est. Horum aliorumque paucorum virorum celeberrimorum si exempla sequamur, mox orietur dies. Tum demum, qui hactenus creavimus doctores iuris romani et canonici, creabimus doctores iuris germanici. Iam creare non possumus, quia omnes vel sumus eius ignarissimi, vel certe tyrones. Coniecturas nunc scribimus, scribemus aliquando doctrinas”.

pesinos a un estatuto que, según algunos autores⁶, los retrotraían incluso a los últimos decenios de la Antigüedad, identificándolos con los colonos, cuyo estatuto ordenaba Justiniano en el *Codex*, pero que no existían ya desde hacía siglos en el Occidente europeo.

Un consilium de Iacopo Balduini

Pero una mirada atenta a las obras de los civilistas del siglo XII y de los inicios del siglo XIII, da razón, a mi entender, a Christian Thomasius y a su imagen de un derecho romano utilizado más como instrumento de emancipación que de sometimiento. Precisamente la evocación de la legislación del colonato, cuyo re-descubrimiento por parte de la escuela ha hecho pensar a un inevitable endurecimiento de las condiciones de los campesinos, equiparados a los colonos del Bajo Imperio, es utilizada en la práctica más bien como *argumentum pro libertate*. Por otra parte, sin embargo, los juristas de escuela –en particular los canonistas y los feudistas– no tardaron en elaborar argumentos adaptados a defender los intereses opuestos de aquellos que intentaban tutelar los lazos de dependencia e incluso a ampliar su eficacia y aplicabilidad.

Las fuentes de la doctrina, por lo tanto, presentan la imagen de esta doble función de la abstracción jurídica, que puede servir a liberar o a someter a servidumbre, pero que en todo caso incide sobre la realidad social. Más aún, a veces incide tanto más profundamente cuanto más formalmente abstracta es y distante está de la realidad que modifica. Para darse cuenta, es necesario analizar de cerca algunos textos clave que muestran con evidencia el contacto

6 A pesar de la importancia de la revisión bibliográfica, se conserva en muchos autores la impresión de que el renacimiento jurídico había sugerido nuevos instrumentos que permitían la cristalización de condiciones de subordinación, véase por ejemplo el libro de Francesco Panero, *Schiavi, servi e villani nell'Italia medievale*, Turín 1999, pp. 216-222. Incluso en la historia del derecho se le atribuyó en ciertos casos al renacimiento jurídico una función retrograda en términos sociales, que recuperaba la esclavitud y el colonato, frenando el desarrollo de las instituciones medievales, véase por ejemplo Rudolf Weigand, *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*, Múnich 1967, pp. 41 y ss., y Roger Aubenas, "Inconscience de juristes ou pédantisme malfaisant? Un chapitre d'histoire juridique-sociale XI^e-XV^e siècle", *Revue historique de droit français et étranger*, 56 (1978), pp. 215-252, 224-233, criticado con garbo por André Gouron, "Liberté, servage et glosateurs" (1980), ahora en Id., *La science du droit dans le Midi de la France au Moyen Age*, Londres 1984, p. xvi.

de la doctrina con la práctica. El primero de estos textos es verdaderamente significativo⁷. Se trata del *consilium* dado por Iacopo Balduini⁸ en defensa de un siervo fugitivo que se oponía ante el tribunal a la acción de su antiguo señor, que reclamaba su restitución.

Por lo que podemos deducir del documento, el caso se había planteado porque un campesino dependiente –lo que se suele llamar un “siervo de la gleba”– se había alejado de la tierra de su señor, que estaba situada cerca de Deruta, en Umbría. El señor se había dirigido al magistrado para que obligase al campesino a volver, pero el fugitivo resistía a la acción del señor, y había logrado obtener incluso que lo defendiese el más famoso y respetado jurista de Italia, el profesor boloñés Iacopo Balduini. Quizás incluso había podido aprovechar el importante crecimiento económico de las comunas italianas para acumular el dinero necesario para pagar un gran abogado e inducirlo a redactar su opinión.

El *consilium* es una memoria en defensa de parte, y en consecuencia recoge argumentos favorables al campesino fugitivo para sostener la insubsistencia de las pretensiones del actor-señor. No he podido encontrar la sentencia, ni otros documentos sobre el caso; por lo tanto, no se puede saber si la seguridad con la que el gran profesor enumera sus razones había impactado favorablemente en el tribunal, logrando así la libertad de su cliente. Pero si el demandado había pagado la intervención de uno de los más famosos juristas del período, sus expectativas de éxito debían estar suficientemente fundadas. El análisis de las argumentaciones avanzadas por este gran jurista puede, sin embargo, ser de gran interés en el esclarecimiento de la relación entre abstracción jurídica y realidad social.

Redactado en defensa del demandado, y dependiente por lo tanto de la contextualización que le había dado la demanda del señor, el *consilium* consta de dos partes, ya que las líneas de argumentación elegidas por la acción son en efecto dos. Por un lado, el actor introducía una acción petitoria, tendente a obtener el reconocimiento definitivo de la condición personal del fugitivo y la consecuente intervención de la autoridad pública para restituir al actor su derecho. Por otro, en forma subordinada a la primera acción petitoria, intentaba

7 Se podría incluso decir que el volumen que he publicado hace algunos años, *Servi medievali* (cit., 1996), no es más que el análisis minucioso de ese documento.

8 El *Consilium* ha sido editado por Nicoletta Sarti, *Un giurista tra Azzone e Accursio. Iacopo di Balduino (1210-1235) e il suo “Libellus instructionis advocatorum”*, Milán, 1990, pp. 202-205, que contiene también noticias biográficas sobre su autor.

también una acción posesoria, destinada a obtener el reconocimiento de una situación de hecho en espera de la determinación de la demanda principal⁹.

Esta bipartición del *consilium* es particularmente instructiva, porque permite comprender con cierta precisión la doble problemática que se planteaba a los juristas cultos y a los prácticos del derecho. Existían al menos dos modos de interpretar el hecho social de la servidumbre a la luz de las normas justinianas re-introducidas en las aulas y en los tribunales: por una parte, se podía aprovechar la compleja normativa sobre la condición personal de los colonos, centrando la literatura jurídica del tema sobre el *status* de las personas, y en este caso se discutía, efectivamente, de derechos subjetivos de naturaleza real que el propietario del fondo ejercitaba sobre los colonos *glebae adscripti*, que estaban tutelados con acciones petitorias. Por otra parte, sin embargo, se podía recurrir a otras *rationes*, que buscaban mostrar al juez que el solo *factum*, constituido por la situación de sujeción del campesino a su señor, que se traducía en la entrega de alimentos y sobre todo en la realización de una cierta cantidad de trabajo, era digno de protección.

Dicho de otro modo, lo que los juristas (prácticos y teóricos) calificaba de *factum*, era en verdad un dispositivo de poder, consolidado en muchísimos casos, que sometía la familia del campesino al poder de pequeños y grandes señores que desde hacia generaciones gozaban de los *servitia* que ellos prestaban. En un juicio de carácter feudal, tal sujeción habría estado tutelada por la investidura, y el tiempo transcurrido habría sido considerado como el *munimen*, la tutela que el señor habría obtenido en juicio¹⁰. Pero en Deruta, en la primera mitad del siglo XIII, los jueces aplicaban un procedimiento nuevo, fundado en los principios del derecho romano, con abogados que podían incluso gozar de gran reputación –como en el caso de Balduini–, y estos leían las posiciones de sus clientes usando el esquema de acciones romanas.

Para obtener la tutela procesal de un hecho en cuanto tal, prescindiendo de la decisión sobre el *ius*, era por lo tanto necesario echar mano de la disci-

9 Hecho extraordinario en la literatura jurídica de la edad de la glosa, el texto contiene incluso una versión abreviada del libelo introductorio, que se presenta claramente articulado en dos partes: “Super questione conqueror ego B. de magistro Bonfidato, a quo peto ut redeat, et redire debeat ad anticum suum resedium siue consuetum super talibus domibus meis uel possessionibus siue fundis; et peto me reponi uel quasi in possessione iuris percipiendi hec seruitia, scilicet seruiendo de talibus seruitiis et cetera. Dominus Iacobus Balduini taliter adlegauit ad petitionem rei”.

10 El cambio de mentalidad que guía la modificación de la práctica judicial ha sido descrito en el Capítulo 3, en particular en el último párrafo.

plina de la posesión, y por lo tanto configurar el hecho como manifestación concreta de un derecho de naturaleza real. O bien, admitiendo que el derecho vulnerado fuese de naturaleza obligatoria, se podía considerar el hecho de las prestaciones efectuadas como prueba de la existencia de una obligación en bienes y servicios periódicos, haciendo así referencia, en primer lugar, al mecanismo de la presunción de un negocio constitutivo de obligación, que habría dado lugar al deber de corresponder a las prestaciones.

El problema del *status* personal en la acción petitoria, el de la posesión de un derecho que se recupera en instancia posesoria, el de la prueba presunta de un negocio del que se ha perdido la memoria: se trata como se ve de tres campos bien diversos del derecho privado romano, que serían tratados, en cualquier manual de instituciones, en capítulos distintos, es decir, el derecho de las personas, los derechos reales y la posesión, las obligaciones. Hasta ahora, por lo tanto, podemos constatar un dato fundamental para la comprensión del derecho medieval: la absoluta peculiaridad del razonamiento jurídico medieval, basado en cadenas de *argumenta*, diverso por lo tanto del modo en que el jurista contemporáneo trata las fuentes, que organiza en un sistema de instituciones jurídicas.

El uso de una obra de Azón y la clasificación de los colonos

Puesto que debía responder a la acción petitoria del actor, la primera parte del *consilium* se funda en la disciplina del colonato justiniano¹¹, que se encuentra en el libro 11 del *Codex*, y por lo tanto en lo que para los juristas medievales eran los *Tres libri*. Justiniano había allí reunido las leyes que obligaban a inscribir en un registro público a los campesinos que trabajaban en las tierras de los grandes propietarios. Los campesinos inscritos, denominados colonos, estaban obligados a residir en esas tierras, y transmitían esta obligación a sus descendientes. De este modo, el Imperio esperaba controlar la renta fiscal de esas tierras, y al mismo tiempo intentaba detener el abandono de los campos y el empobrecimiento de la agricultura.

Exhumada después de seiscientos años, la complicada disciplina del co-

11 Para un tratamiento más detallado del tema, véase Emanuele Conte, “L’utilisation de la législation Justinienne concernant le colonat aux XII^e et XIII^e siècles”, en E. Magnou-Nortier (ed.), *Aux sources de la gestion publique*, III: *Hommes de pouvoir; ressources et lieux du pouvoir: V^e-XIII^e siècles*, Lille 1997, pp. 129-142.

lonato codificada por Justiniano es soberbiamente utilizada, en el *consilium* de Balduini, no para afirmar el *status* de servidumbre del campesino fugitivo, sino por el contrario para defender su condición de hombre libre. Como lo revelaba Thomasius casi cinco siglos más tarde, la inconmesurabilidad entre la relación concretamente establecida entre señor y campesino y las reglas que la escuela había tomado de la normativa justiniana, ofrecían al profesor un óptimo instrumento para sostener que no había ninguna razón jurídica para obligar al fugitivo a volver a la tierra del señor. Si, en efecto, este no podía probar que el demandado podía ser encuadrado en un *status* que conllevaba la limitación de la libertad de movimiento, se debía presumir que era libre de vivir en donde lo deseara.

Veamos rápidamente cómo Balduini elabora esta argumentación. Excluida inmediatamente la posibilidad de que el demandado pudiese ser considerado esclavo según el derecho romano¹², Balduini puede demostrar fácilmente que ninguna de las diversas categorías en las cuales se subdivide el *genus* de los colonos puede ser atribuida a su cliente. Disponía en efecto de una obrita extremadamente clara sobre este punto, en la cuál su maestro Azón¹³ había organizado las normas justinianas en la materia, delineando categorías de colonos distintas entre ellas en función de las modalidades de constitución de la relación. Se trataba de una construcción absolutamente escolástica, que quería explicar históricamente el colonato tardo antiguo en sus reales líneas constitutivas¹⁴, y sin embargo tuvo un amplísimo éxito, en la medida en que servía egregiamente el objetivo didáctico de Azón, ejemplificado en la lectura de Iacopo.

12 “Non ergo reus potest compelli ut redeat ad aliquem locum habitandum, nisi probetur aliqua ratione adstrictus per quam cogi possit ad habitandum in loco aliquo: quod hic non oportet quia serui non probantur, nec etiam adlegatur quod serui sint”.

13 Véase la edición crítica de la *Summula de agricolis et censitis* de Azón en Emanuele Conte, *Servi medievali*, op. cit., pp. 259-278.

14 La difícil relación entre documentos y reconstrucciones historiográficas en tema de “colonato del Bajo Imperio” ha sido objeto de amplia discusión en las intervenciones de Jean Michel Carrié en *Opus* 1 (1982) y 2 (1983). El mismo Carrié ha retomado el debate suscitado por su propuesta interpretativa en “Colonato del Basso Impero”: la resistencia del mito”, en E. Lo Cascio (ed.), *Terre, proprietari e contadini dell’Impero romano. Dall’affitto agrario al colonato tardoantico*, Roma 1997, pp. 75-150, donde se encuentran las necesarias referencias bibliográficas. Se debe subrayar que las raíces medievales de la construcción escolástica sobre el colonato no han sido debidamente identificadas por la historiografía de la Antigüedad, que tradicionalmente postula, siguiendo a la filología humanista, una ruptura drástica con los precedentes medievales.

Las formalidades previstas por Azón para la constitución de los diversos tipos de colonato eran en verdad tales, que no podían ser observadas en ningún caso en la vida real del siglo XIII. Según Azón, en efecto, la gravedad de la condición personal resultante habría inducido a Justiniano a prever siempre una doble expresión de voluntad para poder adquirir la condición de colono: a veces dos escrituras, otras una escritura y una declaración solemne (hecha por lo tanto frente a testigos)¹⁵. Ahora bien, es natural que el actor no dispusiese de estas dobles escrituras, ni menos aún sus antepasados habrían pensado en hacérselas redactar a los antepasados del demandado. El demandante había iniciado la acción, como era usual, alegando algunos testimonios en base a los cuales resultaba solo que el campesino había habitado en sus tierras por muchos años¹⁶. Se trataba, por otra parte, de un procedimiento perfectamente previsto por el derecho lombardo, que excluía toda pretensión de libertad para aquel que se hubiese comportado como siervo por más de treinta años¹⁷. Y la norma lombarda había sido reproducida al pie de la letra

15 Véase el texto de Azón (Emanuele Conte, *Servi medievali, op.cit.*, pp. 272-273): “<11.> Unde uidendum est qui dicantur ascriptitii et qualiter constituentur: ascriptitius dicitur per scripturam solo ascriptus, idest adstrictus. <12.> Nunc uidendum qualiter constituitur, neque ab aliis, neque a iob. neque a bul. fuit traditum. <13.> Cum ab eis sepe foret quesitum dicebant enim quod in legibus non inuenitur qualiter constituentur, sed tantum qualiter ascripticii probentur. <14.> Probandur enim ex duobus generibus obligationum, scilicet tam scripture quam professionis uel depositionis apud acta, nec altera sola sufficit. <15.> Melius est enim ex pluribus causis ostendi conditio et non solis confessionibus neque scripturis homines forte liberos ad deteriore trahere conditionem, ut in e. Cum scimus (C. 11.48.22). <16.> Hoc ipsi prefati dicebant, sed meo iudicio qualiter in illa l. Cum scimus traditur: <17.> nam ibi dicitur: due sunt scripture necessarie, una qua promittunt domino soli se numquam a solo discedere, et ex illa ascriptitius constituitur. <18.> Set per eam solam ascriptitius non probatur, set alia etiam est scriptura necessaria, in qua confitetur se esse ascriptitium. <19.> Et sic habes quod ex istis duabus scripturis probatur set tantum ex prima constituitur”.

16 Lo revela más adelante Balduini: “... licet enim sit probatum de aliquibus per confessionem uel testes quod steterit in castro Derute...”.

17 Grimoaldus 1 (año 668): 1. De triginta annorum usocapione. Si servus aut ancilla per triginta annos qualiter rei veritas cognita fuerit per triginta annos dominis suis servisset, et per superbia aut iniusta patrocina se voluerit de domino suo proprio per pugna vindicare, nullatinus ei permittimus, sed seruiat sicut decet servus aut ancilla proprio domino suo. Similiter et si haldius fuerit inpendiat obedientia patrono suo, sicut per triginta annos fecit, et ei nova a domino suo amplius non imponatur; sed liceat eum res suas habere, quas per triginta annorum spatia iuste possedit.

en algunos estatutos ciudadanos¹⁸. A decir verdad, incluso una norma justiniana¹⁹ preveía que, transcurrido ese período, el campesino habría conservado el *status* de libre, pero habría perdido la facultad de alejarse de la tierra en la que había trabajado durante treinta años *colonaria conditione*.

Pero la sistematización propuesta por Azón había cambiado las cosas. Una vez aceptada la regla de la exigencia de dos elementos de prueba para determinar la condición subordinada, Azón consideraba los treinta años solo como uno de estos elementos, que debía estar acompañado, más aún, precedido, por una declaración explícita y documentada de la voluntad de adquirir la condición servil²⁰. En el razonamiento de Iacopo, la regla tiene una aplicación

18 En Emanuele Conte, *Servi medievali*, *op. cit.*, pp. 99-102, no había identificado la matriz lombarda de la norma estatutaria boloñesa, que establece la adquisición por prescripción treintañal de la *conditio de manens*. Si por el contrario se tiene en cuenta la identidad entre la disciplina estatutaria y la lombarda-italica, adquiere indudablemente mayor espesor la crítica de fondo planteada por Azón y tantos otros civilistas contemporáneos o pertenecientes a los años inmediatamente sucesivos. Véase también Conte, "Roman law vs. Custom in a changing society: Italy in the twelfth and thirteenth century", en *Custom. The development and use of a legal concept in the Middle Ages*, *op. cit.*, 40-44

19 C. 11.48.19: se trata de una constitución griega de Anastasio, que no era, obviamente, conocida por los glosadores, que la encontraban no obstante resumida en C. 11.48.23.1.

20 Así, el texto de Iacopo (1) y de Azón (2): 1) «Colonus non factus est quia in predio rustico alieno non stetit. Et certe nec ut inquilinus est cogendus. Verum est enim quod lex de colonis et inquilinis dicit, ut C. de agricolis et censitis, l. Definimus (C. 11.48.13) sed, sicut uidetur in eadem lege, eisdem modis constituuntur inquilini in quibus etiam coloni. Coloni etiam constituuntur ex prescrizione xxx. annorum: si quis enim xxx. annorum steterit <in> predio alieno uidetur quod in futurum manere teneatur, nec liceat ei de eo loco recedere, ut C. de agr. et cen., l. Cum satis (C. 11.48.23). Et istud non probatur quod reus steterit xxx. annorum in residuis domini B., licet enim sit probatum de aliquibus per confessionem uel testes quod steterit in castro Derute, nec ideo probatur quod steterit in residuis domini Boni f. predicti, uel quod residua sit dicti domini B». 2) «<42.> Nunc de conditionalibus colonis, de quibus est uidendum qualiter constituuntur, et quidam dicunt quod coloni constituuntur hoc solo, quod per xxx. annos in solo <alieno> sine controuersia fuerunt, arg. ut in e. Cum satis (C. 11.48.23.1), et hec consuetudo est Bononie. <43.> Hoc <ad exemplum> ceterarum rerum que si tanto tempore possideantur sine controuersia, exinde detentator securus erit. <44.> Set mihi contra uidetur hoc falsum propter generalem rationem positam in e. Cum scimus (C. 11.48.22.1), ubi dicitur quod non ex uno solo capite set ex pluribus capitibus liberi homines ad deteriorem conditionem sunt trahendi, <45.> et idcirco est necesse quod precedat promissio in scriptis uel sine scriptis quod perpetuo iure coloni se esse in fundo promittant et postea per xxx. annos in fundo permaneant».

casi grotesca al caso particular, ya que, como para ridiculizar a su adversario, el jurista sostiene que si se quiere demostrar la condición del *colonus* del padre de su cliente con el argumento del tiempo transcurrido, sería necesario entonces probar que *antes* del curso de los treinta años, este había expresado su voluntad de ser *colonus*. Si luego se quiere hacer valer la prueba en contra del demandado mismo, que sería por lo tanto colono de nacimiento, sería necesario demostrar que había nacido *después* de transcurridos los treinta años, porque solo entonces la condición del padre podía considerarse como adquirida en modo definitivo²¹. Es decir, asumiendo que la declaración hubiese sido hecha entre los diez y los veinte años de edad (incluso si en rigor se habría podido exigir la mayoría de edad, fijada por el derecho romano a los veinticinco años), la condición adquirida no intervendría sino cuando el padre tuviese entre cuarenta y cincuenta años. Y era, por cierto, improbable que un campesino de siglo XIII hubiese tenido hijos a esa edad.

*El procedimiento para la recuperación de los servitia
y la posesión de derechos*

El derecho de Justiniano, y más aún la sistematización escolástica, dan a nuestro profesor argumentos suficientes para hacerlo sentir seguro, y para rechazar con soberbia la primera parte del libelo introductorio de la acción, la que se refiere al juicio petitorio. Era en definitiva imposible hablar de condición personal *de iure* dada la ausencia absoluta de pruebas²².

21 “Sed non plenius circa istum articulum dicam: dico illud quod sentio, quia licet sit probatum quod pater alicuius steterit xxx. annorum supra solo alieno, non ideo preiudicatur filio, nisi filius natus sit postquam pater eius, colonus, iam steterat in solo xxx. annorum. Si enim filius natus sit antequam pater steterit xxx. annorum, non [pot]est filius coloni, cum ille nondum fuerat constitutus colonus, cum nondum ille stetisset anorum xxx. Unde talis filius non tenetur ibi habitare inuitus, uel quia ipse non est colonus uel inquilinus, uel quia ipse non est filius inquilini uel coloni, quia eo tempore natus fuit pater nondum erat colonus uel inquilinus quia nondum steterat annorum xxx. Unde patris conditio postea superueniens non nocet filio quare, liceat pater postea compleuerit prescriptionem ante incoatam, hoc non nocet filio antea nato, arg. C. de dignitatibus, l. Senatorum (C. 12.1.11) et C. de principibus agentium in rebus, l. Quicumque (C. 12.21.7)”

22 “Ut igitur aliqua sit probatio, oporteret aliquic esset probatum contra reum: uel quod ipse stetisset in loco xxx. annorum eo pacto hadibito (uel saltim eo animo) ut in futurum ibi habitare teneretur; uel oporteret esse probatum quod pater eius stetisset ibi xxx. annorum, et post illos xxx. annos natus esset filius... Quantum ergo ad primam

Más cauto debía ser Balduini con la segunda parte de la acción, porque allí podía quedarse a corto de argumentos. El actor había formulado una demanda subordinada y peligrosa, porque si los testimonios no servían para probar la condición jurídica de subordinación, eran por el contrario ampliamente suficientes para probar el mero hecho de la relación existente entre señor y siervo. Y puesto que la fuga perturbaba esta relación de hecho, la demanda posesoria parecía legítima para recuperar el *status quo antea*, en espera de la sentencia sobre la relación *de iure*.

Es necesario precisar que estas acciones de carácter posesorio no tenían por objeto el *status* personal del siervo y se desinteresaban en verdad de la calificación jurídica del campesino. El hecho perturbado por la fuga es el de la prestación de *servitia*, que consistían en entrega de productos (generalmente vino, grano, pan, aceite, carne) en fechas establecidas, y de algunos días de trabajo por semana. Los *servitia* son el objeto de la acción, y la pretensión del actor no versa por lo tanto sobre la definición del *status* personal de quién se ha sustraído al control del señor, sino que quiere lograr que el juez restituya un derecho subjetivo a percibir periódicamente productos y trabajo.

Aquí, el ejemplo de su maestro Azón servirá a Balduini más como advertencia, porque en un famoso proceso, que había sido el punto de partida de algunas *quaestiones*²³, el gran jurista boloñés había sostenido que no se podía recurrir a juicio petitorio en caso de posesión de cosas incorpóreas como los derechos de señorío y todo otro derecho dependiente de obligaciones. Había en definitiva enunciado una teoría moderna que ve en la posesión algo que solo puede ejercerse sobre una cosa material y no sobre los deberes producidos por las obligaciones.

partem libelli negotium renditur planum quod reus debet assolvi, quia non debet cogi ut redeat ad habitandum: non enim possunt cogi ut asscrititii uel ut coloni, non ut inquilini, ut dictum est, nec ut orrigenarii, nec ut censiti, non ut alia conditione adstricti: unde debent absolui”

23 Los documentos del proceso en el que Azón defendió al monasterio de Santo Stefano contra los canónigos de la catedral de Bolonia han salido a la luz paulatinamente, en relación con el interés de la historiografía, que se remonta nada menos que al libro de Georg Bruns, *Das Recht...*, *op. cit.*, p. 122-124, y debe mucho a las obras de Francesco Ruffini, *L'actio spoli*, *op. cit.*, y Luigi Capogrossi Colognesi, “Appunti sulla ‘quasi possessio iuris’ nell’opera dei giuristi medievali”, *Bulletino dell’istituto di diritto romano*, 19 (1977), pp. 69-127. Indicaciones bibliográficas y noticias sobre los documentos que no habían sido señaladas por la bibliografía precedente se pueden ver en Emanuele Conte, *Servi medievali*, *op. cit.*, pp. 8-14, y en E. Conte, V. Mannino y P.M. Vecchi, *Uso, tempo, possesso dei diritti...*, *op. cit.*, pp. 62-68

Como hemos dicho, el caso tuvo una cierta resonancia en la obra de los juristas, porqué manifiesta con claridad la raíz de una discusión que opuso por muchos decenios la escuela de los canonistas –inclinada a hacer extensivo el uso de la posesión a todo tipo de derecho subjetivo–, a la de los civilistas, que tendían a limitar la posesión a los derechos reales, consintiendo su aplicación solo a situaciones de hecho que pudiesen ser legitimadas como propiedad o como servidumbre real.

Ya en tiempos del proceso que da pie a la redacción de nuestro *consilium*, sin embargo, la práctica se orientaba claramente hacia la ampliación de la óptica posesoria, que el legislador pontificio había alentado, y el rigor de Azón parecía haber sido superado, tanto es así que Iacopo no intentaba siquiera esgrimir la inadmisibilidad del juicio posesorio de forma general. Se limitaba, en los párrafos finales del *consilium*, a enumerar los diversos tipos de juicio posesorio previstos por el ordenamiento romano para rechazar cada uno de ellos por inaplicabilidad²⁴.

Más allá del procedimiento de interdicto, seguía en pie el elemento sustancial del proceso que debía afrontar Balduini, a saber, ¿es admisible aplicar a las obligaciones periódicas, como los *servitia* en trabajo o producto, la lógica de la prescripción, que el ordenamiento reservaba a los derechos reales? En otros términos, ¿se puede defender que la reiteración de una prestación durante largo tiempo constituye un modo de creación de obligación a continuar con estas prestaciones? O bien, pasando del plano constitutivo al probatorio: ¿se puede afirmar que la recurrencia en el tiempo alcanza para probar la existencia de obligaciones periódicas?

Un par de pasajes justinianeos²⁵ se pronuncian por la negativa, recordando un principio fundamental del derecho clásico que exigía una intervención activa del sujeto en el negocio para reconocer que se había creado una obligación; y esta intervención coincidía con una manifestación de *voluntas* del sujeto que se obligaba. Pero en la edad post-clásica el principio se había

24 “... Preterea, si proponeretur de retinenda possessione, absolveretur reus, quia interdicto retinende possessionis is demum vincit qui tempore litis contestationis possidet, non vi, non clam, non precario et ab adversario suo, at in presenti materia non probatur de presenti possessione vel quasi. Interdictum adipiscende possessionis non habet locum certe, nec de recuperanda, quia non probatur deiectio aliqua violenta. Preterea in talibus non cadit deiectio, ut ff. de usucapionibus l. Sequitur § Di viam (D. 41.3.4.26[27])”

25 C. de pactis l. Si certis annis (C. 2.3.28). A este texto se asociaba frecuentemente el D. 38.1.31, que negaba que el trabajo prestado periódicamente por el liberto pudiese considerarse obligatorio por el solo hecho de haber sido realizado por cierto tiempo.

debilitado, y el *Digesto* había incorporado un fragmento de Papiniano en el que se mencionaba una decisión del emperador Antonino Pío, que parecía estar basada en el principio opuesto²⁶. En la conciliación de contrarios, gesto analítico sistemático de los juristas medievales, la escuela había elaborado una doctrina que parecía resolver la antinomia: si en efecto, la ley excluía que el paso del tiempo pudiese tener eficacia constitutiva de obligación, nada impedía que en base al tiempo se pudiese establecer la presunción de que el negocio había tenido lugar creando en su momento la obligación. Dicho de otro modo, del efecto se podía deducir la causa. Se salvaba así el principio general según el cual “tempus non est modus constituendi obligationem”, pero se reconocía que, de la reiteración de la prestación de productos y servicios se podía deducir la presunción de existencia de un pacto constitutivo, del que la reiterada prestación era la prueba. Un pacto que, como subraya la *distinctio* atribuida a Juan Bassiano, debía ser concretizado en la forma del contrato para tener eficacia²⁷. El efecto procesal de este mecanismo era la transferencia de la carga de la prueba del acreedor al deudor, pero para obtener esto, la acción debía introducirse haciendo explícito el origen contractual de la deuda.

Ignorando tales sutilezas, nuestro señor umbrío había dejado de lado la mención expresa del antiguo pacto, e incluso si lo hubiese mencionado, dice Balduino, habría tenido que demostrar la *causa* del contrato, es decir, la utilidad económica que de la obligación correspondía a la contraparte, porque de otro modo, el campesino podría bloquear cualquier pretensión del señor con la *exceptio doli*, que el derecho romano le otorga a quién había estipulado un contrato formalmente válido, pero desprovisto de *causa*²⁸. Esta norma,

26 D. de usuris, l. Cum de in rem verso (D. 22.1.6): “...Imp. Antoninus ideo solvendae usuras iudicavit, quod eas ipse dominus vel pater longo tempore praestitissent”.

27 Accursius, gl. *longo tempore* ad D. 22.1.6: “Tu autem breviter ad omnia contraria solv<enda> distinguas: quia aut creditor asserit aliquid sibi deberi ea sola ratione, quia in praeteritum est praestitum, sive usuram sive aliquam aliam praestationem, et tunc nullo tempore praeiudicatur solventi, ut C. e. l. Creditor (C. 4.32.7) et l. Operis (D. 38.1.31). Et est ratio, quia tempus non est modus tollendae vel inducendae obligationis, ut. Infra, de ac. et obl. l. Obligationum fere § Placet (D. 44.7.44.1 “Placet autem ad tempus obligationem constitui non posse”). Aut ex pacto quod vult probare per diuturnam solutionem, et tunc aut ex nudo, et tunc idem quod in primo, ut in d. l. C. de pact. Si certis annis (C. 2.3.28). Aut vestito, et tunc praeiudicium fit, ut hic et arg. De aqua plu. arc. l. i. in fi. (D. 39.3.1.23), nisi in casu favore alimentorum, quo casu etiam si ex tempore tantum nititur, per triennium praeiudicatur, ut C. de fidei. l. i. (C. 6.42.1). Et hanc eandem distinctio serva in decimis et quibuslibet praestationibus, secundum Ioan.

28 “Consuevimus enim dicere quod ubi pretenditur forte conventio vel promissio de

marcada por una gran cultura jurídica, en la medida en que la escuela había trabajado profundamente el concepto de *causa*²⁹, constituye una novedad extraordinariamente relevante en los contratos, tanto desde el punto de vista teórico como práctico. En efecto, una glosa atribuible probablemente a Alberico di Porta Ravennate, glosador que había sido alumno directo de Martín, casi cincuenta años mayor que Iacopo, sugería a los abogados el uso –más eficaz en la práctica– de esta construcción aparentemente abstracta en materia de contratos. Cuando el acreedor de los servicios haya enmarcado la introducción de la instancia mencionando la *promissio* que daba origen a la obligación –decía Alberico–, el abogado del demandado debía esperar el fin del debate y pedir entonces al juez que se diese la razón a su cliente porque la promesa invocada no era conforme a una causa válida³⁰.

servitiis, non possunt aliter probari consueta, quod sufficiat probare ea longissimo tempore prestita, ut ff. de usuris, l. Cum de in rem verso (D. 22.1.6). Sed in negotio isto non pretenditur hoc in libello, quod ista servitia fuerint promissa vel conventa, et ideo debet absolvi reus. Sed esto quod in libello pretenditur causa promissionis, vel forte diceret aliquis quod verba libelli, quia generalia sunt, sint intelligenda prout actor vult. Tamen absolvendum est reus quia non apparet ex qua causa promissio facta fuerit et ideo, si constaret cum factum fore, tamen doli exceptio deberet obstare, sicut alias in promissione que sit sine causa, ut ff. de doli exceptione l. ii. (D. 44.4.2.3)

29 Para una introducción a este tema, vastísimo y fundamental, véase Ennio Cortese, *Il diritto...*, op. cit., II, pp. 98-100 y 187-195, así como la parte dedicada a la Edad Media por Italo Biocchi, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna. I. Il Cinquecento*, Turín 1997

30 Albericus (?) Glossa in l. Cum de in rem verso (D. 22.1.6), ms. Vat. lat. 2511 fol. 170ra: “Set ille qui vult ab aliquo petere aliquid eo quod sibi longo tempore prestat, ponat in libello: “quod mihi promissit ipse uel eius antecessores annuatim in tali festo solvere par caponum, et mihi longo tempore aportavit secundum quod promiserat proprie, et modo cessat. Peto quod in posterum compellatur”. Et bene compellendus erit secundum sententiam Io. per legem istam. Set aduocatus aduerse partis nil dicat donec conclusum sit in causa, et in fine dicat iudici: “absoluatis me, quia ille debet in illo libello succumbere: quomodo dixit sibi fore promissum et non asseruit causam?”. Qua re reus <uti ms.> debet ab illo libello absolui, ut ff. de except. doli l. ii. § i. (D. 44.4.2 pr. Et hec sententia ualet. – Sed quid? pone quod fuit cautus et dixit in libello: “promissit mihi dare tantum annuatim pro quibusdam prediis quos a me habuit”. Et tunc aduocatus aduerse partis debet dicere quod illa specificet et demonstret, et si eius clientulus poterit ostendere se aliunde habuisse et ad istum nullo tempore pertinuisse ei proderit. Alias de facili potest succumbere per l. istam et per rationes in ea notatas, et notatas super l. C. de pact. l. Si certis an. (C. 2.3.28) et de fideicom. l. i. (C. 6.42.1) et de usur. l. Creditor (C. 4.32.7). Alb.”

*La distancia entre el derecho y la realidad
y la estructura dialéctica del derecho medieval*

También en este caso, como se ha observado analizando las dos partes del *consilium* de Balduino, las doctrinas elaboradas en la escuela inciden sobre la práctica con inesperadas consecuencias, produciendo una mutación significativa de las costumbres en vigencia. Si, en efecto, los tribunales se hacían eco de los razonamientos de un Alberico en tema de contrato, concediendo la *exceptio doli* al demandado, se producía un cambio radical en la disciplina, válida hasta entonces, que se había siempre atendido solo a la perfección formal del acuerdo, desinteresándose por completo de su contenido económico y de las implicaciones subjetivas de la obligación.

La naturaleza argumentativa del razonamiento jurídico, hacía además que una innovación como esta en materia de contratos pudiese tener un fuerte impacto en el ámbito –para nosotros totalmente distinto– de las condiciones personales; y en este caso en particular, la consecuencia era radical, dado que decidía sobre la libertad o el estatuto servil de familias enteras.

Si por lo tanto se quieren comprender los lazos que unen la experiencia jurídica a la realidad social, es necesario liberarse en primer lugar del pre-concepto positivista que entiende al ordenamiento jurídico como diseño *a priori* de la dinámica social, dentro de cuyos lineamientos se deben encauzar las relaciones económicas y las situaciones reales. Ni siquiera hoy esto es cierto, pero en la Edad Media, la distancia entre norma y realidad era, no solo reconocida, sino incluso considerada indispensable para el concreto funcionamiento del sistema. La norma, en otros términos, no podía y no debía reflejar la realidad. El mundo de las cosas reales era en verdad el dominio de la *aequitas*, mientras que el *ius*, aún formado por el legislador con la materia provista por la *aequitas*, era considerado siempre un producto de la abstracción racional, y como tal no podía –no debía– coincidir plenamente con la equidad del caso concreto que disciplinaba³¹. Era por lo tanto perfectamente natural que la norma no reflejase fielmente la materia a la que se aplicaba, y el mecanismo dialéctico de la relación entre el *ius* y el hecho real consentía que se aplicase a la sociedad medieval un derecho elaborado por el antiguo Imperio justiniano con materiales aún más antiguos.

Si se presta atención a esta estructura dialéctica del *ius commune*, el res-

31 Sobre la *aequitas*, tema al que se han dedicado numerosos trabajos, véase a modo de introducción, Ennio Cortese, *Il diritto*, op. cit., II, pp. 93-102

peto de los glosadores hacia el texto justiniano no debería suscitar comentarios irónicos sobre la total extrañeza de la escuela frente a la práctica, porque era precisamente esa distancia entre norma y realidad la que justificaba la obra de los juristas y su indispensable función de mediadores entre los dos polos del sistema. Acabamos de ver que un caso práctico aparentemente simple, en el que la fuga parecía haber vulnerado los derechos del señor, que por lo tanto reclamaba que se hiciese justicia, podía sin embargo ser considerado a la luz de *argumenta* considerablemente diversos: el colonato, la prescripción, el juicio petitorio o posesorio, la teoría de los contratos, la naturaleza de las obligaciones periódicas.

Así, el desaliento que se percibe en los trabajos de los historiadores sociales que han tomado en cuenta las fuentes de la doctrina jurídica, se debe probablemente al deseo de encontrar en esas fuentes lo que no existe, es decir, un diseño institucional de la condición personal de los campesinos dependientes. La imponente producción de la escuela jurídica medieval intenta al contrario constituir un patrimonio de *argumenta* susceptible de determinar la solución de conflictos, o al menos de dar a las partes una base de equilibrio sobre la cual apoyar una solución pactada.

La realitas de los servicios y el estatus personal

Incluso si, en su conjunto, los civilistas parecen propensos a apoyar el deseo de libertad de los campesinos dependientes, la fidelidad a este esquema dialéctico les imponía no cerrar la puerta en forma definitiva a las exigencias señoriales. Así, frente a una acción formulada correctamente y acompañada de las pruebas requeridas, ni Juan Bassiano ni Alberico, ni más tarde Odofredo, se habrían negado a fallar en favor del señor que reclamaba el siervo fugitivo. A esto se agrega que, dado que una parte importante de las tierras de labranza que usaban a campesinos dependientes pertenecían a la Iglesia, no sorprende constatar que en la obra de los canonistas, que para el siglo XIII dominaban perfectamente la técnica de los civilistas, se elaborasen recorridos dialécticos eficaces para la defensa de los viejos poderes locales.

No es necesario recorrer aquí las doctrinas de los canonistas en la materia³², baste recordar su definitivo éxito, que estaba destinado a una gran fortuna durante los siglos del *ancien régime*. Lo que se había elaborado era un dispositivo

32 Emanuele Conte, *Servi medievali*, op. cit., pp. 151-184.

que evoca el huevo de Colón, una solución que se había propuesto ya en el siglo XII, pero que había sido generalmente aceptada por los canonistas del siglo siguiente. Consistía en la extensión de la categoría de servidumbre real, de forma tal de subsumir todas las relaciones de dependencia. La materia de las servidumbres se encuadraba en la figura de los derechos reales, evitando la dificultad creada por el complejo sistema del colonato justinianeo y por el mecanismo de relación obligatorio fundado en la expresión de una voluntad articulada en una causa. La vasta y compleja categoría de las servidumbres –que el derecho civil actual, fundado en la autonomía del sujeto, ha desde luego limitado drásticamente– presentaba indudables ventajas. Permitía echar mano de la posesión, y reconocía la posibilidad de la adquisición *ex tempore*, que facilitaba el reconocimiento de las viejas situaciones consolidadas.

La Iglesia, de este modo, eludía los problemas de incompatibilidad entre el *status* y el presupuesto fundamental de la libertad del cristiano, ya que la *realitas* de la relación no involucraba, de hecho, al *homo* en su integridad, sino que era objeto de una cuota de su trabajo o de su rédito, del mismo modo que la servidumbre predial no compromete la propiedad del fundo sirviente, sino que garantiza que el fundo dominante goce de su prerrogativa. De este modo, la servidumbre del hombre no comprometía la libertad sustancial; se trataba de un *ius in homine libero*, comparable al *ius in re aliena* de los derechos reales.

Una curiosa identidad entre el lenguaje de la práctica y el de la doctrina se puede encontrar confrontando el cuidadoso proceso verbal de la causa que opuso, en 1277, la ciudad de Aurillac, en Auvernia, a la abadía que pretendía ejercer poder sobre ella³³. A la orgullosa reivindicación de la condición de libertad formulada por los habitantes de la ciudad, el procurador del señorío eclesiástico oponía la pragmática consideración de que, si bien ciertamente el *status* de los *burgenses* de Aurillac era libre, sobre sus personas pesaba no obstante un conjunto constituido por “muchas obligaciones, servicios, deberes, incumbencias y otras cosas que tienen el sabor de la servidumbre” (“*multis redeventiis, servitiis, deveris, et explectis et aliis que servitutem sapiunt et sunt contraria omnimode et plene libertati*”)³⁴.

33 El caso ha sido recordado por André Gouron, “Liberté, servage et glossateurs”, *op. cit.*, nota 5. Ver también, del mismo autor, “Liber und libertas in Südfrankreichs Praxis und Statutenrecht (XII. und XIII. Jahrhundert)”, en J. Fried, (ed.), *Die abendländische Freiheit vom 10. bis zum 14. Jahrhundert. Der Wirkunzusammenhang von Idee und Wirklichkeit im europäischen Vergleich*, Sigmaringen 1991, p. 197-203.

34 Roger Grand, *Les “paix” d’Aurillac. Étude et documents sur l’histoire des institu-*

Obligaciones que tienen el sabor de la servidumbre. La misma expresión aparece, un siglo más tarde, en la obra del gran jurista italiano Baldo de Ubaldi, que la utiliza en su lectura canonística al *Liber Extra* para aclarar la peculiaridad de la posesión en el derecho canónico: “aquí existe un derecho subjetivo tal que puede ser reivindicado en juicio, porque tiene el sabor de la realidad de la sujeción” (“ibi est tale ius personale quod vindicari potest, quia sapit realitatem subiectionis”)³⁵. La sujeción personal es, por lo tanto, de carácter real, y se manifiesta a través de las diversas prestaciones periódicas que han ya perdido carácter de obligación, para transformarse en la expresión de la *realitas* de la servidumbre.

Algunos de los grandes civilistas, como Jacques de Révigny y Cino de Pistoia³⁶, habían intentado en vano cortar, como hemos visto, el nudo de conceptos que resultaba de la difusión de la realidad feudal y de la terminología canonística. Pero ya desde la primera mitad del siglo XIII, los primeros tratados sobre el *homagium* servil o feudal se habían ocupado de elaborar argumentos para tutelar los intereses de los señores, que no querían, obviamente, consentir que los argumentos de los civilistas permitiesen liberar a sus siervos.

Servidumbre y homenaje

Los argumentos utilizados para tratar la condición jurídica de los siervos rurales convergen, por lo tanto, con aquellos que hemos visto para dar cuenta de la relación feudal. Lo que no significa que se deba pensar que los siervos de la gleba sean variaciones de una única forma jurídica que la Edad Media ha llamado “feudo”. Por el contrario, se debe incluso poner en tela de juicio que

tions municipales d'une ville à consulat (XII^e-XV^e siècle), París 1945, pp. 56-57: art. 4, y p. 59.

35 In X. 2.26 rub. § 4 (ed. Lugduni, 1551, fol. 324rb): “Quaedam est possessio canonica, quae de iure civili non est possessio nec quasi, ut supra de elec. Querelam (X. 1.6.24), et nota per Cyn. de pactis l. Si certis annis: verbi gratia iura incorporalia, quae non insunt corporalibus; vel actiones personales de iure civili non possidentur nec quasi, ut ff. quo. bo. l. fi., sed de iure canonico quasi possidentur cum universitate, ut d. c. Querelam. Vel dic quod ubi [*meglio ibi*] est tale ius personale quod vindicari [non] potest, quia sapit realitatem subiectionis, arg. ff. ad muni. l. De iure. Sane in petitione haereditatis quae est iudicium universale, personalis obligatio debitoris parit adversarium propter aptitudinem univeralis iudicii, ut ff. de pet. hae. l. Regulariter, et ibi notavi. Item petitio haereditatis est actio mixta in rem et in personam, et haec est vera ratio...”

36 Vease el capítulo 4.

sea posible considerar al feudo como una “institución jurídica”, al menos para los siglos medievales, durante los cuales la doctrina jurídica no pensó por cierto en términos de “institutos”. Los tratados sobre los feudos (*de feudis*) producidos por los juristas hasta el siglo XV recogen cuestiones en las cuales se pueden usar los mismos argumentos propuestos para otra dependencia personal: la de los siervos. Así, en contextos totalmente diversos, las mismas razones jurídicas pueden servir para tutelar a señores, siervos y vasallos. Pero esto no une servidumbre y vasallaje más de lo que soberanía y propiedad privada se vean unidas por el recurso a las mismas normas romanas y canónicas, que en efecto se encuentran citadas en contextos muy distantes del ámbito en que había sido formuladas.

En esto consiste el éxito extraordinario de la escolástica jurídica: haber sabido extraer de las normas jurídicas su fuerza dispositiva “pura”, en la medida en que se hallaba condensada en una *ratio*, una razón lógica, que podía ser luego aplicada en contextos muy alejados unos de otros. Lo hemos visto en el caso de la posesión, adaptada al derecho de hacer o de dar, o en la servidumbre predial, aplicada a las dependencias personales. Esta forma esencial recurrente nos conduce ahora, y se prolonga, en nuestro próximo capítulo, en el que analizaremos otro caso de “contaminación” de categorías jurídicas.

CAPÍTULO 6

Los bienes de los entes eclesiásticos y la creación de la personalidad jurídica abstracta

Hemos visto el modo en que el derecho nuevo, elaborado en las escuelas y aplicado por escribanos y jueces, había introducido una fuerte energía en un sistema estático, provocando –al menos durante algunos decenios– una significativa modificación en las relaciones de dependencia personal. Incluso los señores podían recurrir al consejo de los juristas cultos, que encontraron rápidamente el modo de configurar jurídicamente el derecho del señor sobre su *homo* sin contrariar los principios fundamentales de los ordenamientos civil y canónico. En el caso que ahora veremos, no se tratará por el contrario de continuidad, sino de la mutación que las críticas de los juristas impusieron al sistema que se había consolidado durante la Alta Edad Media, cancelando casi por completo de la experiencia occidental la configuración que había gobernado durante siglos el régimen de pertenencia de los bienes eclesiásticos.

Veremos en el próximo capítulo que también en este caso, como en de la configuración “real” de las relaciones de dependencia, la antigua solución de matriz eclesiástica que se había difundido y afirmado durante siglos y que había sido dejada de lado por la doctrina del siglo XII, estaba destinada a resurgir en formas diversas. Se trata de una historia complicada y fascinante, que algunos historiadores han percibido como doctrina de la propiedad eclesiástica que había sido objeto de discusión durante el siglo XII.

La doctrina de Mosè de Ravena

En el congreso internacional de derecho canónico que tuvo lugar en Salamanca en el año 1976, Ennio Cortese presentó un estudio dedicado a una teoría del arzobispo Mosè de Ravena sobre la propiedad eclesiástica¹. La historio-

¹ Ennio Cortese, “Per la storia di una teoria dell’arcivescovo Mosè di Ravenna (m.

grafía del siglo XIX conocía esta teoría, pero la menciona siempre al pasar, como una singular curiosidad. En efecto, las fuentes doctrinales recuerdan como una extrañeza la idea del antiguo prelado según el cuál los bienes de un monasterio podían ser considerados como pertenecientes a los muros del edificio. Citada por los glosadores boloñeses en el ámbito de una *quaestio*, la doctrina de Mosè podía en efecto parecer un expediente para resolver el caso concreto que se había planteado poco antes del año 1150: ¿a quién debían atribuirse los bienes de un monasterio en el caso de que toda la comunidad monástica se hubiese extinguido? La solución de Mosè era que en ese caso, sería el edificio mismo el que conservaría la propiedad de sus bienes, de forma tal que, una vez reconstruida la comunidad, se pudiese restablecer la normal vida económica de la institución².

La idea de Mosè suena hoy sin duda curiosa, pero Cortese supo reconstruir la sorprendente vitalidad de las discusiones de los civilistas en la época del *ius commune*, de la que derivan los argumentos de la doctrina meridional italiana entre el siglo XVI y el XVIII, en particular en lo que concierne a los usos cívicos, es decir a las pasturas y bosques utilizados colectivamente por los habitantes de una aldea. Este reclamo desembocó, por cierto, en una sentencia de la Corte de Casación de 1953³ en la que, con el fin de justificar la permanencia del usufructo de unas tierras de las que gozaban los habitantes de un pueblo que había permanecido inhabitado por más de un siglo, se usó la ficción jurídica que consideraba a los muros de las casas del pueblo como titulares de esas tierras que habían ofrecido sustento a sus habitantes. La nueva

1154) sulla proprietà ecclesiastica”, en *Proceedings of the Fifth International Congress of Medieval Canon Law* (Salamanca 1976), Ciudad del Vaticano 1980, pp. 117-155.

2 Sobre el caso de la comunidad extinguida, ver Yan Thomas, “L’extrême et l’ordinaire. Remarques sur les cas médiéval de la communauté disparue”, en *Penser par cas*, J.C. Passeron y J. Revel (eds.), París 2005, pp. 45-73. La agudeza deslumbrante de un amigo y maestro precozmente desaparecido se revelaba en este ensayo con su usual incisividad: “La casuistique ici nous fait saisir un aspect souvent négligé de l’histoire du droit, sinon du droit lui-même: l’irréductible factualité, non pas des occasions où se dit le droit (les faits qu’il s’agit pour lui de qualifier), mais de la signification même de ses décisions, qui assument moins la forme d’une norme abstraite que celle d’une exception déclarée comme constante.” (p. 72). Véase también Emanuele Conte, “Affectation, gestion, propriété: la construction des choses en droit médiéval”, en *Aux origines des cultures juridiques Européennes. Yan Thomas entre droit et sciences sociales*, Paolo Napoli (ed.), Roma 2013, pp. 74-87.

3 Suprema Corte di Cassazione, 2ª sez., 13 ottobre 1953, n. 3345, en *Giurisprudenza Italiana*, 106, 1954, p. 124.

comunidad repobló el lugar pudiendo recuperar el goce de sus bienes cívicos, a los que se podía aplicar un régimen de imprescriptibilidad como consecuencia de su pertenencia a las casas del pueblo.

Ejemplar por la profundidad de la investigación y la amplitud de la reconstrucción, el estudio de Cortese ha tenido en verdad una resonancia mucho menor de la que merecía⁴. Ni las reconstrucciones de la formación del concepto de persona jurídica, ni los trabajos sobre los usos cívicos y la propiedad colectiva han aceptado la sugerencia de considerar la propiedad atribuida a los edificios como una alternativa relevante para la figura de la fundación y la personalidad jurídica atribuida a los *collegia*, a los que se asignó la propiedad de los bienes de las iglesias y los monasterios.

En efecto, los estudios sobre el origen histórico del concepto de persona jurídica se han centrado en las primeras apariciones de la personalidad abstracta, considerando la transformación de los edificios en sujetos como una doctrina sin futuro. Por otra parte, los estudios sobre la propiedad colectiva y los bienes comunes, que están viviendo hoy un momento de gran fortuna, se focalizan en las comunidades humanas, consideradas como titulares de derechos incluso cuando no están constituidas como persona jurídica, y por lo tanto evitan el tema de la atribución de los bienes a los edificios en los que los grupos humanos viven y operan.

La figura del edificio propietario de bienes sugerida por Mosè consentía el reconocimiento de autonomía a un conjunto de bienes, en general dotados de un benefactor principal, y representaba una premisa importante para la figura moderna de la fundación, que la doctrina civilista ha siempre tenido dificultad en encuadrar. Excluidas del derecho civil napoleónico, las fundaciones era consideradas con desconfianza por el derecho burgués porque permitían que individuos privados se constituyesen como personas jurídicas dotadas de bienes y destinadas a realizar tareas de naturaleza pública, como educación, asistencia y sanidad.

La doctrina de Mosè sigue siendo considerada, a fin de cuentas y a pesar

4 La restringida literatura historiográfica que evoca la teoría de Mosè es recorrida analíticamente en el ensayo de Cortese (p. 144-147). Solo Robert Feenstra, el último en haber recordado la teoría de Mosè, reeditando su ensayo de los años 50, ("Histoire des fondations. À propos de quelques études récentes", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 24 (1956), pp. 381-448 ahora [con omisión de las p. 383-407] en *Id.*, *Le droit savant au moyen âge et sa vulgarisation*, Londres [Variorum] 1986, ensayo n. I – Addenda a p. 408) subrayó que, luego del estudio de Cortese, se hacía indispensable revisar la infravaloración de la historiografía hacia una idea considerada como una mera curiosidad.

de todo, como una curiosidad del pensamiento jurídico. Difícilmente habría suscitado juicios de otra naturaleza, en la medida en que la pertenencia a los muros había sido considerada solo como un hallazgo original de una mente propicia a la abstracción, y no se consideró por lo tanto útil interrogarse sobre las correspondencias eventuales entre esta teoría y las *regulae* jurídicas efectivamente practicadas en su tiempo. Sólo al pasar se señalaron sus fundamentos justinianos: en particular Feenstra y Cortese recurrieron en efecto a un estudio de Riccardo Orestano⁵ con el fin de recordar que la imputación de bienes a cosas materiales no era ajena al derecho bizantino; pero la mención de Justiniano, en la primera mitad del siglo XII a la que pertenece Mosè, no permite pensar que el arzobispo quisiese inscribir su posición en el marco del derecho vigente por ley o costumbre.

En realidad, un análisis más atento muestra que Mosè no hacía otra cosa que expresar en modo abstracto una solución que desde la Antigüedad tardía se había practicado de hecho en Occidente, y la crítica que de su doctrina hicieron los glosadores no fue solo una polémica de escuela, sino el rechazo radical y consciente del derecho altomedieval. Vale la pena, por lo tanto, recorrer rápidamente algunas fuentes altomedievales con el fin de obtener indicaciones útiles para situar la doctrina en cuestión en el mundo jurídico en el que nació.

La atribución de bienes a los edificios sagrados en el derecho justiniano

Es necesario recordar, en primer lugar, que el sistema justiniano de atribución de bienes a los *loca* que albergaban establecimientos sagrados, o a los edificios mismos, había sido descrito ya un siglo antes de Orestano por Iohann Braun en una breve monografía dedicada a los patrimonios eclesiásticos desde los orígenes del cristianismo hasta Justiniano⁶. Refiriéndose en particular a lo estipulado por C.1.2.25(26), Braun no dudaba en criticar a Savigny, según el cuál los bienes eclesiásticos pertenecían a la *kirchliche Ge-*

5 Riccardo Orestano, "Beni dei monaci e monasteri nella legislazione giustinianea", en *Studi in onore di Pietro de Francisci*, III, Milán 1956, pp. 561-593. Más generales aunque menos interesantes son las consideraciones del mismo en, *Il problema delle persone giuridiche' in diritto romano*, I, Turín 1968, pp. 101-109.

6 Johann B. Braun, *Das kirchliche Vermögen von der ältesten Zeit bis auf Justinian, mit besonderer Rücksicht auf die Verwaltung desselben gegenüber dem Staate*, Giessen 1860.

meinde (comunidad eclesiástica), subrayando que la comunidad se reunían en general en torno al lugar sagrado, el *locus venerabilis*, sobre el que se erigía la iglesia. La constitución griega del año 530 evoca en efecto la necesidad de una reconstrucción del edificio sacro (*euktérioi oíkoí*), con el fin de que se le puedan atribuir los bienes dejados en herencia por Cristo en persona. Dispone por lo tanto un procedimiento que debe ser seguido para identificar el edificio al cuál los bienes serán asignados. En Justiniano, por lo tanto, el término *ekklesia* designa precisamente el edificio material⁷; e incluso en el célebre edicto de Licinio que autorizó la existencia legítima de “*conventicula Christianorum*”, se podría, según Braun, leer el reconocimiento, no de la comunidad, sino de los edificios sagrados⁸.

El trabajo de Braun no tuvo éxito. Su posición no fue recordada ni siquiera en los estudios recientes expresamente dedicados a nuestro tema: el mencionado por Orestano y el de Giorgio Barone Adesi, que ha vuelto al argumento precisando la intuición de Orestano y confirmando sustancialmente lo dicho por Braun, si bien con alguna diferencia en lo que concierne a la evolución de la disciplina en la materia entre la edad constantiniana y la de Teodosio y Justiniano⁹. Tanto es así que hoy se considera una certeza que la atribución de los bienes a los edificios públicos había sido plenamente aceptada por el derecho tardo-antiguo dado que –aún cuando fuese con el grado de indeterminación propia del período– estaba incorporada en la práctica y en la legislación, incluyendo en el *corpus* justiniano.

La escasa relevancia que se le atribuyó antes de Orestano y Barone Adesi a la titularidad de los derechos imputada al *locus venerabilis* resulta curiosa. En las principales reconstrucciones del problema se prefería permanecer en una suerte de vaguedad, o bien reconocer en los *collegia* o *conventicula* de los cristianos una personalidad abstracta que, aún no totalmente formulada teóricamente, habría de hecho existido desde época constantiniana¹⁰.

7 *Ibid*, p. 24. Braun señala que los actos de disposición en favor de las iglesias tienen siempre como destinatario un establecimiento eclesiástico particular, ya sea iglesia o fundación piadosa. Más aún, con el término griego *ekklesia* se designa el edificio consagrado, el templo, y no la comunidad de parroquianos.

8 *Ibid*, p. 26.

9 Giorgio Barone Adesi, “Dal dibattito cristiano sulla destinazione dei beni economici alla configurazione in termini di persona delle venerabiles domus destinate piis causis”, en *Atti dell'accademia romanistica costantiniana (IX conv. intern.)*, Nápoles 1993, pp. 231-265, en particular, pp. 257-261.

10 El monumental trabajo de Emile Lesne, *Histoire de la propriété ecclésiastique*

*Altars y santos como titulares de los bienes
en las fuentes de la Alta Edad Media*

Es en la obra de los germanistas alemanes del siglo XIX que se puede hallar una mención a la función de titularidad ejercida por los edificios materiales, si bien, naturalmente, las fuentes en las que se encuentran estas huellas no son las justinianas, sino documentos de la práctica medieval en los que los germanistas buscaban los testimonios de un sistema alternativo al romano. Un reconocido germanista como Andreas Heusler, autor de un fundamental estudio sobre la *Gewere* y profundísimo conocedor de los documentos medievales, observó en 1885, que en muchísimos actos notariales los bienes donados a las iglesias eran atribuidos a los altares consagrados¹¹. La consagración del altar con la instalación de las reliquias del santo, señalaba Heusler, precede siempre en los documentos a la atribución de bienes a la nueva iglesia, puesto que sólo una vez consagrado, el altar se transforma en un *Rechtssubjekt* idóneo a la posesión de bienes donados¹². Al altar (que se identificaba con el santo cuyas reliquias custodiaba) habría entonces pertenecido en primer lugar el edificio de la iglesia y, por lo tanto, todos los bienes del que el edificio estaba dotado¹³. Pero si para el germanista se consideraba indiscutiblemente probada en los documentos la atribución de los bienes a los altares, el canonista rechazaba enérgicamente esta tesis.

La solución propuesta por Heusler fue en efecto objeto de una decidida crítica por parte de Ulrich Stutz, el más célebre canonista alemán de fines del siglo XIX y comienzos del XX. Influenciado por la impronta nacionalista

en France, se abre (tomo I, *Époque romaine et mérovingienne*, Lille-París 1910) con la convicción de que la personalidad abstracta ha existido siempre, aunque no hubiese sido racionalizada: los bienes eclesiásticos habrían pertenecido por lo tanto a las corporaciones constituidas por las comunidades de fieles. Otros han preferido insistir sobre la función del obispo, a quien se atribuiría la propiedad formal de los bienes de las iglesias.

11 Andreas Heusler, *Institutionen des Deutschen Privatrechts*, I, Leipzig 1885, p. 208, encuentra “miles de miles de documentos” que, hasta avanzado el siglo XII, realizan las donaciones a las iglesias imputándolas al mismo santo, o al altar donde se conservan las reliquias, o al relicario mismo que las contiene.

12 *Ibidem*, p. 316.

13 *Ibid.*, pp. 207-208 y 314-324. Ha vuelto sobre el tema Franz Kerff, “‘Altare’ und ‘Ecclesia’. Zur Frühgeschichte des *beneficium ecclesiasticum*”, en *Proceedings of the Ninth International Congress of Medieval Canon Law* (Múnich, 1992), Ciudad del Vaticano 1997, pp. 849-870, interesándose sobre todo a la investigación sobre las relaciones entre el altar, sus bienes, y el *officium* confiado al prelado que allí está destinado.

de los estudios germánicos del período, Stutz dedicó la mayor parte de su trabajo de investigación al fenómeno de la “iglesia privada” (*Eigenkirche*)¹⁴, que le parecía una característica determinante del ordenamiento de la iglesia medieval. Stutz consideraba que esta naturaleza privada de la iglesia se debía a la influencia ejercitada sobre el derecho canónico por la “entrada de los germanos en la Iglesia”¹⁵. La familia germánica, una vez convertida al cristianismo, habría conservado el uso ancestral de venerar la divinidad dentro de los muros domésticos, de forma tal que la nobleza laica habría construido y poseído lugares de culto, controlando la gestión a través de clérigos sometidos a su poder.

Este esquema, que veía a la iglesia entrar en el patrimonio de la nobleza laica, orientaba las relaciones de pertenencia en modo tal de excluir la subjetividad del edificio propietario, que tenía el rol de objeto de la propiedad privada. Por lo tanto, la reconstrucción de Heusler no podía ser aceptada por Stutz, para quien la iglesia “no es en efecto una persona jurídica, no es un sujeto de derecho: es una cosa”¹⁶.

Stutz no quería escuchar hablar de iglesias propietarias. Y el énfasis que puso en la centralidad de las iglesias privadas en la formación del sistema de derecho canónico medieval fue un argumento retomado y difundido por Erich Feine, autor de un afortunado manual que tuvo cuatro ediciones¹⁷. El

14 Véase la puesta a punto de Peter Landau, “Eigenkirchenwesen”, en *Theologische Realenzyklopädie*, 11, 1982, pp. 399-404.

15 Stutz expresaba estos conceptos en una sede simbólicamente importante, la lección inaugural del 23 de octubre de 1894 a la cátedra de la Universidad de Berlín, véase Ulrich Stutz, *Die Eigenkirche als Element des mittelalterlich-germanischen Kirchenrechtes*, Berlín 1895, p. 14.

16 *Ibid.*, p. 14-15: “ist keine juristische Person, sie ist kein Rechtssubjekt; sie ist eine Sache”. Cuarenta años más tarde Stutz insistía en la misma postura. En evidente polémica con Heusler considera que ha demostrado que la fundación de las iglesias y de las iglesias privadas son instituciones que están en el campo de los *Sachenrecht*: véase Ulrich Stutz, “Ausgewählte Kapitel aus der Geschichte der Eigenkirche und ihres Rechtes”, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung*, 26 (1937), pp. 24-25: “Die Kirche [...] ist Sache und nur Sache, aber nicht im Eigentum des Heiligen, sondern des Erbauers oder Stifters und seiner Rechtsnachfolger als Eigentümer des Altargrundes und, weil der steinerne Altar solo cedit, des Altar selbst”.

17 La última con el título *Kirchliche Rechtsgeschichte. Die katholische Kirche*, Colonia-Graz 1964; pero las precedentes ediciones manifiestan la dependencia con respecto a las enseñanzas de Stutz ya desde el título mismo: *Kirchliche Rechtsgeschichte auf der Grundlage des Kirchenrechtes von Ulrich Stutz*.

origen de la *Eigenkirche* se remonta en Feine a la prehistoria aria, cuando la costumbre quería que las tribus germánicas poseyesen lugares de culto¹⁸.

Esta germanidad de la institución fue subrayada también en un estudio meticuloso de Reicke sobre la fundación¹⁹, en el cual se reconstruían dos modelos contrapuestos que se habrían confrontado en los primeros siglos de la Edad Media: por una parte, estaba el esquema tardo-antiguo y bizantino de la pertenencia de los bienes a las iglesias, por otra, el modelo de la iglesia privada, que pertenece a su fundador, como quería el sentir germánico. La prevalencia definitiva de los germanos en el interior de la Iglesia católica habría determinado la adopción de su punto de vista y la consecuente renuncia al modelo oriental de la iglesia titular de derechos²⁰.

Por su parte, Jean Imbert²¹, para quien, entre el siglo V y el XI las reglas vigentes en Francia y en Grecia sobre la administración de los hospitales eclesiásticos eran prácticamente idénticas, consideraba que esta contraposición no existía: ¿cómo se podía hablar de la influencia de la población germana, que en Grecia no había penetrado?

En los últimos años, finalmente, fue puesto de manifiesto que la iglesia privada era una institución perfectamente identificable en el derecho bizantino de Justiniano en adelante²², lo que condujo a redimensionar considerablemente las posiciones de Stutz y de sus epígonos. Si el derecho justineano

18 Véase Erich Feine, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 164-165.

19 Siegfried Reicke, "Stiftungsbegriff und Stiftungsrecht im Mittelalter", *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, 53 (1933), pp. 247-276: un trabajo que Feenstra ha ampliamente utilizado en el citado artículo.

20 En particular, pp. 255-259.

21 Jean Imbert, *Les hôpitaux en droit canonique*, París 1947, pp. 44-45.

22 John Philip Thomas, *Private Foundations in the Byzantine Empire* (Dumbarton Oaks Studies, 24), Washington DC 1987. Precisamente en apertura, en la p. 1, Thomas señala la existencia de una disciplina de las iglesias privadas en el derecho bizantino que hace insostenible la idea de Stutz. Por otra parte, ya pocos años después de la publicación de Stutz sobre la *Eigenkirche*, Paul Fournier, "La propriété des églises dans les premiers siècles du Moyen Âge", *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, (1897), pp. 286-506, y Imbart de la Tour, "Les paroisses rurales du IV^e au XI^e siècles", primero publicado en la *Revue historique*, (1896-98), y más tarde en el volumen de reimpresiones de 1900 (reimpr. anast. París 1979), p. 176, habían expresado críticas a la argumentación de Stutz sobre el origen germánico de las iglesias privadas, recordando que la institución existía ya en el derecho bizantino. Otras voces contrarias a la idea germanística de Stutz en Jean Gaudemet, *L'Église dans l'empire romain (IV^e-V^e siècles)* (*Histoire du droit et des institutions de l'Église en Occident*, Gabriel Le Bras [dir.], t. II), París 1958, pp. 304-305, n. 7.

y bizantino configuran la propiedad de los entes eclesiásticos como perteneciente a los edificios sagrados, y si se admite al mismo tiempo la existencia de iglesias de propiedad privada, no se puede postular una oposición entre herencia romana e instituciones originarias germánicas. En este como en muchos otros casos, el ansia por delinear instituciones características del derecho germánico impidió observar objetivamente la indiscutible afinidad entre el mundo occidental y el oriental²³.

Es difícil decir si ha sido la figura de la *Eigenkirche*, impuesta por la autoridad de Stutz y Feine, la que indujo a los estudiosos a ignorar los numerosos testimonios altomedievales que indicaban como habitual la atribución de bienes y derechos a los edificios. Son en efecto numerosas las fuentes occidentales que, desde la época justiniana en adelante consideran de modo explícito a los *loca venerabilia* como titulares de propiedad, de derechos de crédito, objeto de exacciones tanto como de inmunidad y jurisdicción. La postura de Justiniano se expresa en la *Novella* 120²⁴ del año 544, que disciplinaba la gestión de los bienes eclesiásticos y en particular la inalienabilidad de los bienes pertenecientes a la *megàle ekklesia* y a todos los otros establecimientos eclesiásticos o *venerabiles domus*²⁵. El texto introduce incluso de modo decisivo la expresión *locus venerabilis* para designar el ente eclesiástico, superando una cierta timidez que había detenido a los legisladores precedentes²⁶, y esto influye de modo decisivo en el derecho occidental.

Los lugares y su derecho en época lombarda

Antes de dirigir la mirada hacia la Edad Media central es necesario aclarar que, ni los testimonios tardo-antiguos ni las fuentes altomedievales presentan el dominio de los edificios sacros como la única construcción jurídica de la propiedad eclesiástica. Se trata como siempre de una de las diversas confi-

23 Puesta al día bibliográfica y crítica de la interpretación “germánica” de Stutz en la entrada “Eigenkirchenwesen” de Peter Landau, *op. cit.*, p. 400.

24 Análisis de la disciplina justiniana en Giorgio Barone Adesi, “Il sistema giustiniano delle proprietà ecclesiastiche”, en *La proprietà e le proprietà* (Atti del convegno di Pontignano 1985), Milán 1988, pp. 75-120, 107-112.

25 Así traducen la expresión justiniana “*euághioi oikoi*” tanto el *Authenticum* como el moderno editor de las *Novellae*.

26 Justiniano usa la expresión cinco veces en las *Institutas* (I. 3.27.7; 4.6.19, 23 y 26; 4.16.1) y una vez en referencia al tenor de la constitución de Marciano de 451 (C. 1.12.5).

guraciones que el derecho ofrece, sin ninguna pretensión a la construcción de un “sistema” ni al diseño de “instituciones”. Sencillamente, la posibilidad de atribuir bienes a los *loca* podía resolver algunos problemas mejor que otras soluciones, que por otra parte no estaban excluidas.

Para nuestros fines, es importante demostrar que la idea de los edificios propietarios era ampliamente utilizada y aceptada en los primeros siglos de la Edad Media tanto como en los últimos de la Antigüedad Tardía, y que los ordenamientos que substituyeron al del Imperio romano aceptaron la fórmula con naturalidad, ya que se adaptaba correctamente a las exigencias de la sociedad que debía regular.

En la legislación lombarda, aparece en efecto una expresión significativa en una norma del Edicto de Rotario, que parece configurar el escándalo perpetrado en el interior de una iglesia como ofensa infligida al *locus*, que tiene derecho por lo tanto a recibir la composición de cuarenta sueldos. La suma será depositada en el altar: lo que recuerda la interpretación de Heusler y simboliza en modo sugestivo la subjetividad atribuida al edificio sacro²⁷. Un siglo después, los *loca venerabilia* (o *religiosa* o *sanctorum*), se mencionan en el texto de Liutprando como donatarios tutelados por un régimen privilegiado, que dispone la eficacia de las donaciones privadas desprovistas de la formalidad de la *thinx* o del *launegild*, usualmente indispensables para la perfección del negocio²⁸. En tres capítulos de Astolfo, finalmente, los *loca* contraen obligaciones, perciben composiciones pecuniarias, poseen bienes²⁹.

En el siglo VIII, por otra parte, la práctica corrobora ampliamente los datos presentes en la legislación, haciendo uso de la personificación del edificio sacro o del altar consagrado. Entre los documentos, conservados en un número significativamente mayor que para el siglo de Rotario, abundan las donaciones *pro anima* que, para obtener las plegarias de curas y monjes por el alma del donante, se dirigen directamente a la iglesia donataria. Ya la más antigua entre las numerosas *chartae dotis* editadas por Schiaparelli se presenta como una donación “in loco sanctorum”; estamos en 710, y de allí

27 Así en el edicto de Rotario de 643 (ed. *MGH, Leges* vol. 4, p. 18-19): Roth. 35: “De scandalum. Si quis in ecclesia scandalum penetraverit, quadragenta solidos ipsius venerabilis loci sit culpavelis... et predicti quadragenta solidi per sculdahis aut iudicem qui in loco ordinatus fuerit exegantur et in sacro altario ponantur, ubi iniuria facta est”. Análogo procedimiento prevé Rotario en el capítulo 272, en donde prescribe nuevamente el pago de la multa pecuniaria “in sagrum altarium ubi iniuria facta est”.

28 Liut. 73, del año 726. (ed. *MGH, Leges* vol. 4, p. 137).

29 Ahist. 16, 17, 18 del año 755. (ed. *MGH, Leges* vol. 4, pp. 201-203).

en adelante los diplomas lombardos abundan en testimonios. Antes de 720 un pequeño grupo de benefactores, que habían fundado una iglesia dedicada a San Silvestre, le donan la tierra sobre la que se erige y otros bienes. Se dirigen a la iglesia misma: "... por lo tanto te donamos a Dios y a ti, iglesia de San Silvestre, este patrimonio de fundación, junto con la casa que destinamos a hospital"³⁰. El mismo archivo arzobispal de Lucca conserva una carta del mismo año 720, en la cual se encuentra la expresión "ofrezco a Dios y a ti, iglesia del santo arcángel Miguel", que revela al menos el uso local de una fórmula³¹ que reaparece nuevamente en 728-729³², que se abre incluso con el saludo a la iglesia donataria, y luego, otra vez en Lucca, en 738³³, 740³⁴, 747³⁵ y aún en otros documentos.

Está suficientemente claro que la iglesia a la que se dirigen las donaciones es precisamente el edificio en los documentos que evocan la construcción material del templo o del monasterio, y la sucesiva dotación del mismo³⁶: al *locus*

30 Luigi Schiaparelli, *Codice diplomatico longobardo, op. cit.*, p. 93: "Idcirco donamus ... Deo et tibi heccliesie beati Sancti Silvestri fundamento ipso una cum casa quem sinedoco constituemus..." (doc. 24).

31 "Ofrezco a Dios y a ti, iglesia de San Miguel Arcángel...": "... offero Deo et tibi ecclesie beati Sancti arcangeli Michaeli", *ibid*, p. 102 (doc. 28). Al término de un elenco de bienes donados repite "haec istas superius nominatas casas cum cultis vel incultis, omnia et in omnibus mobilia vel immobilia, quidquid ad ipsas casas pertenit, tibi predictae ecclesie Sancti Arcangeli una cum aliis predesignatis rebus meis, quam inivi pro anime me remedium per dotis titulo offerre visus sum".

32 *Idid*, pp. 143-145 (doc. 42): "Trasualdu vir devotus tivi heccliesie Dei et beati sancti Terenti perpetuam salutem".

33 Se dirige en primera persona al monasterio también la Anstrualda, que "dotis titulo" ofrece "Deo et beatissimo sancti Georgi vel ad tuus monasterium" una casa de su propiedad con las relativas pertenencias (L. Schiaparelli, I, pp. 208-209: doc. 67).

34 *Ibid.*, p. 219 (doc. 73 del 740): "Sichimund vir venerabilis arcipresbiter tibi ecclesia Dei adque beato sancto Petro patrono meo perpetuam salutem dixit". *Ibid.*, p. 227 (doc. 77 del 740): "Filicaus vir venerabilis presbiter tibi ecclesie beatissimi sancti Quirici, sita in fundo Arno ubo vocabulum est vico Pontoni prope fluvio Arme perpetuam salutem dixit".

35 *Ibid*, pp. 260-63: doc. 90: "Ego Achipert vir devotus filio quondam Sicuald tibi ecclesie beatissimi Sancti Georgi sita in civitate Lucense, ubi Iordanni presbiter preesse videtur, do, duno et per dotis titulo per hanc cartola confirmo pro anime mee remedium...".

36 Véase por ejemplo *ibid.*, p. 138 (doc. 40 del 727-728, Pugnano-Pisa), en la que dos hermanos redactan una carta en la cuál recuerdan que han hecho edificar un monasterio desde los cimientos, y luego le han transferido la mitad de sus bienes "a título de dote": "Manifestum mihi est et multorum claruet, qualiter ego Radchis una cum bone memorie Ansfred germanus meus monasterio sancti Michaeli a fundamenta edificare visi sumus hic in loco cui vocabulum est Aponiano, et qualiter suprascriptus Ansfredus germanus meus medietatem omnibus rebus substantie sue ividem per dotis pagina cuntulet".

venerabilis se destina la donación que, como había estipulado Rotario para la composición pecuniaria, se deposita en un caso sobre el altar³⁷.

Sería inútil multiplicar los ejemplos: la correspondencia entre la práctica y la legislación de Rotario, Liutprando y Astolfo no podría ser más evidente. Liutprando había fomentado las donaciones a las iglesias, y los documentos testimonian ampliamente que en los años de su edicto abundan los actos de concesión a las iglesias. Iglesias materiales, edificios, que son indicados generalmente en las cartas usando la expresión justiniana *locus venerabilis*, que hemos visto en uso ya por parte del legislador y que con frecuencia se encuentra en los documentos.

“*Dos ecclesiae*”

En el Códice diplomático lombardo, los documentos en cuestión llevan con frecuencia el título de *charta dotis*, atribuida por Schiaparelli en base al contenido del documento. El recurso al término *dos* (dote), a primera vista incongruo para las donaciones a las iglesias, es en realidad bastante frecuente en el vocabulario de la práctica³⁸. Esta vez el origen del término no es justineano, ya que le *Corpus iuris* reserva la institución dotal a las relaciones entre cónyuges, sin prever extensiones al régimen de las donaciones *pro anima*. Quizás el uso eclesiástico influyó en los escribanos lombardos: desde el siglo VI en efecto, el conjunto de bienes indispensables para garantizar la subsistencia de un nuevo edificio eclesiástico se denominaba *dos* en las fuentes conciliares ibéricas³⁹. El uso se había rápidamente extendido, tanto que se hizo habitual

37 *Ibid.*, pp. 163-171 (doc. 50 del 730, Siena): Vuarnefredo dona tierras a la iglesia fundada por él, precisando que a la construcción “aliquantum de propriis rebus nostris pro nostra redemptione offersimus, et cartula[m...] confirmavimus et in sacro altario eiusdem sancti Eugenii manibus nostris posuimus; modo quidem celestis misericordia nobis inspiravit, ut adhuc iterati de propriis rebus nostris ad ipso sancto et venerabili loco monasterio Sancti Eugenii offerre et contradare debemus pro redemptione animarum nostrarum”.

38 Véase por ejemplo el citado doc. 24 de 720 (*ibid.*, p. 94 r. 16): los bienes conferidos a la iglesia fundada en Lucca son concedidos “per dotis titulo”. La fórmula es frecuentísima.

39 Véase el II Concilio de Braga (a. 572), c. 5 (ed. J. Vives, *Concilios visigóticos e hispano-romanos*, Barcelona-Madrid 1963, p. 83): “Hoc tantum unusquisque episcoporum meminerit, ut non prius dedicet ecclesiam aut basilicam nisi antea dotem basilicae et obsequium ipsius per donationem chartulae confirmatam accipiat; nam non levis est ista temeritas, si sine luminariis vel sine sustentatione [eorum] qui ibidem servaturi sunt, tamquam domus privati, ita consecretur ecclesia”. Análogas expresiones se encuentran poco

designar el patrimonio de la iglesia como *dos ecclesiae*. Stutz, que había observado el fenómeno, consideraba que se trataba de una expresión poco técnica, nacida –como de costumbre– del alma germánica y revestida de terminología romana⁴⁰. Por cierto, las fuentes ibéricas que introducen por primera vez el término, no hacen otra cosa que retomar el contenido de una regla canónica que se remonta al menos a la época del papa Gelasio, y que fue luego repetida por autoridades eclesiásticas y laicas: una iglesia no puede ser consagrada si no está “dotada” de bienes suficientes para su propio mantenimiento⁴¹.

Existe un paralelismo entre el estatuto de los bienes eclesiásticos y los dotales que, como se sabe, Justiniano había reformado para configurar un verdadero *Zweckvermögen*, es decir, un patrimonio vinculado al propio objetivo, una especie de *trust*, formalmente en propiedad del marido, pero destinado al mantenimiento de la familia y ordenado por un régimen particular en cuanto a la sucesión, que preveía incluso el retorno de los bienes al padre de la esposa pre-moriente⁴². Una condición análoga a la del *status* de los bienes de las iglesias que, donados por el patrono al edificio por él fundado, son administrados por el obispo en beneficio de la comunidad local y de los pobres⁴³.

Se podría completar la analogía pensando en la tradición eclesiástica de representar al obispo y a su iglesia como un matrimonio místico, pero las fuentes parecen indicar que el uso del término *dos* para designar el patrimo-

después en el III Concilio de Toledo (a. 589), c. 19 (*ibid.*, p. 131-132) y en el IV de Toledo (a. 633) c. 33 (*ibidem*, p. 204), con la clara atribución de la *dos* al edificio material, el que a su vez se sometía a la autoridad del obispo. Estos cánones de los concilios ibéricos del siglo VI tuvieron luego una cierta fortuna en todo el Occidente; baste mencionar la recepción en la difundida *Collectio de ecclesiis et capellis* de Hincmar de Reims, ed. Martina Stratmann (*MGM, Fontes iuris germ. in usu scholarum* 14), Hannover 1990, p. 69, así como en diversas colecciones canónicas de época gregoriana y finalmente en el *Decretum* de Graciano (C.1 q.2 c.1, C.10 q.1 c.3, C.10 q.1 c.6).

40 Ulrich Stutz, *Geschichte des Kirchlichen Benefizialwesens von seinen anfängen bis auf die Zeit Alexanders III*, Berlín 1895, pp. 95-102: “Dem römischen Ideenkreise gehört der Begriff in dieser Form nicht an, lateinisch ist das Wort, germanisch-mittelalterlich der Gedanke” (102).

41 Véanse las epístolas 2, 15 y 34 de Gelasio, y el comentario de Celestino Trezzini, *La legislazione canonica di papa S. Gelasio I (492-496)* Locarno 1911, p. 187.

42 En caso de dote *profecticia*: C. 5.13.1.13c.

43 Confirmación de la difusión al recurso de la forma de la dote para configurar el régimen de los bienes eclesiásticos se encuentran en la documentación que concierne el monasterio de Fulda, en Alemania, véase Frank Theisen, *Mittelalterliches Stiftungsrecht. Eine Untersuchung zur Urkundenüberlieferung des Klosters Fulda im 12. Jahrhundert*, Colonia-Weimar-Viena 2002, pp. 258-267.

nio, precedió a la difusión de la metáfora del matrimonio del obispo y la iglesia, que se encuentra atestiguada con certeza sólo en las decretales pseudo-isidorianas⁴⁴, que fueron recogidas en las grandes colecciones canónicas de Burcardo, Anselmo de Lucca e Ivo de Chartres, para pasar luego al *Decretum* de Graciano⁴⁵. No obstante, a partir del siglo IX el paralelismo entre el patrimonio constituido por las familias de los cónyuges para la subsistencia de la nueva familia⁴⁶ y el transferido a la iglesia por el patrono, fue completado con la analogía que ponía en un mismo plano la relación obispo-iglesia con la de marido-esposa. Esto confirma una propuesta interpretativa que el mismo Ennio Cortese había avanzado en su reciente manual⁴⁷.

La época carolingia

Llegamos así al período carolingio, en el cual los testimonios sobre el tema son abundantes. Baste mencionar algún capitular de explícito texto, como el *legibus additum* de 803, que en la colección de Ansegiso se abre con la rúbrica “de his qui ad casam Dei res tradere voluerint”, que ordena al donante “que consigne los bienes a la casa frente a testigos”⁴⁸. Tres años más tarde, en el marco del célebre capitular de 806, que sanciona la *divisio regnorum*, Carlos define con cierta claridad el estatuto jurídico de los bienes que pertenecen a las iglesias situadas en el territorio de los tres *Regna* destinados a los hijos, Carlos, Ludovico y Pipino. Si a los soberanos incumbe la tarea de garantizar el *honor* y la seguridad de los establecimientos eclesiásticos, los bienes “quae ad

44 El Pseudo Isidoro adoptó en efecto la similitud atribuyéndola a la autoridad de los papas Evaristo y Callisto: *Decretales pseudo-Isidorianae et capitula Angilramni*, Paul Hinschius (ed.), Leipzig 1863, pp. 90 y 139.

45 Véase *Gratiani Decretum*, C.7 q.1 c.11 (Evaristo) y 39 (Callisto). En la actual edición de Emil Friedberg (Leipzig 1879), p. 570, n. 191 y 581 n. 632, se indican los lugares de dentro de la obra de Burcardo, Anselmo e Ivo, en los que se ubican los falsos pasajes.

46 No solamente la familia de la esposa, dado que era frecuente la confusión entre la dote y la *morgengabe*. Sobre este punto, véase Maurizio Lupoi, *Alle radici del mondo giuridico europeo*, op. cit., p. 509 y nt. 244.

47 Cortese propone un significado técnico similar en una de las páginas de su reciente *Il diritto nella storia medievale*, op. cit., I, p. 158, en la que se recuerda un punto evocado en *Id.*, *Appunti di storia giuridica sarda*, Milán 1964, p. 74.

48 “... domi traditionem faciat coram testibus legitimis”: *Capitularia regum Francorum* ed. A. Boretius (*Monum. Germ. Hist. Legum sectio II.1*), pp. 113-114 = Ansegiso 1.135 (*Die Kapitulariensammlung des Ansegis*, ed. de G. Schmitz, op. cit., p. 508).

ipsa loca pia pertinent”, deben ser administrados por los pastores a los que se confía el cuidado de los *loca venerabilia*⁴⁹. Parece así delinearse en definitiva un ordenado sistema que atribuye a los lugares materiales el dominio de los bienes eclesiásticos; a los obispos, abades, presbíteros, la administración de estos bienes; a la autoridad pública el poder de carácter jurisdiccional que recibía con frecuencia el nombre de *defensio*.

A la orientación que asumía la cancillería imperial había debido contribuir el venerado ejemplo justiniano. Es bien conocida en efecto la inserción de un largo pasaje del *Epitome Iuliani* en la colección de Ansegiso⁵⁰. El capítulo de Juliano se abre con la rúbrica “de rebus ad venerabilia loca pertinentibus non alienandis” (retomada tal cuál de Ansegiso) y se cierra con un agregado lexicográfico con el cuál Juliano se proponía aclarar a su público de lengua latina el significado de términos usados por Justiniano para designar establecimientos eclesiásticos: *xenodochium*, *ptochotrophium*, *nosocomium*, *orphantrophium*, *gerontocomium*, *brephotrophium*⁵¹. Todos estos entes, que en el capítulo se indican claramente como titulares de sus propios bienes, son *loca venerabilia*.

Al uso frecuente de la expresión justiniana *locus venerabile*, se agrega en edad carolingia, el vulgarizado y para nosotros aún más explícito *casa Dei* que, utilizado como se ha visto en los capitulares de Carlo Magno, es retomado en la producción legislativa de sus hijos para indicar no solo el titular de

49 *Capitularia*, ed. cit., p. 129 n. 15: “Super omnia autem iubemus atque praecipimus, ut ipsi tres fratres curam et defensionem ecclesiae sancti Petri suscipiant simul, sicut quondam ab avo nostro Karolo, et beatae memoriae genitore nostro Pippino rege, et a nobis postea suscepta est, ut eam cum Dei adiutorio ab hostibus defendere nitantur, et iustitiam suam, quantum ad ipsos pertinet et ratio postulaverit, habere faciant. Similiter et de caeteris ecclesiis quae sub illorum fuerint potestate precipimus, ut iustitiam suam et honorem habeant, et pastores atque rectores venerabilium locorum habeant potestatem rerum quae ad ipsa loca pia pertinent, in quocunque de his tribus regnis illarum ecclesiarum possessiones fuerint”.

50 Ansegiso 2, 29, ed. Schmitz, cit., pp. 549-553. Hasta la reciente edición de Schmitz se consideraba que el texto de Juliano había sido retomado en un capitular de Ludovico Pio, que Boretius (ed. cit. *Monum. Germ. Hist.*, pp. 310-311) fechaba dudosamente en el año 826. Ahora Schmitz, pp. 26-27, sostiene que no hay ningún motivo para considerar que el capítulo del *Epitome* haya sido promulgado como capitular. No se sabe cuál ha sido el recorrido del fragmento hasta su recepción en la colección de Ansegiso.

51 Véase la ed. Haenel reimpressa con riquísimos índices en *Iuliani epitome latina Novellarum Iustiniani secondo l'edizione di Gustavo Haenel e col glossario di Antonio Agustín*, P. Fiorelli y A.M. Bartoletti Colombo (eds.), Florencia 1996, n. 32.

los bienes inmuebles, sino incluso el sujeto que recibe actos de encomendación, *servitia*, fidelidad⁵².

El uso terminológico era por otra parte antiguo entre los Francos, puesto que se lo ve utilizado ya en el más antiguo diploma conservado de Pipino, que remonta a 752⁵³. Dado que luego los diplomas imperiales llegaron hasta nosotros sobre todo gracias a su conservación en archivos eclesiásticos, los ejemplos posteriores de las fórmulas de donación o confirmación de bienes eclesiásticos abundan, saldando así en una suerte de *continuum* los testimonios del siglo VIII lombardo que acabamos de ver y los de época carolingia.

Dote de las iglesias y autoridad del obispo

Es inútil prolongar las citas de otras leyes y documentos. Las compilaciones editadas ofrecen un gran número de confirmaciones, repitiendo centenares de veces la mención de la dote de las iglesias, de permutas entre *loca venerabilia*, de todo género de prerrogativas atribuidas o confirmadas a las *ecclesiae* entendidas como edificios.

Si bien hasta ahora se han recogido sobre todo testimonios provenientes de la legislación secular, en lo que se refiere a la documentación eclesiástica las cosas no cambian. A la falsificación pseudo-isidoriana nos hemos referido evocando el místico matrimonio entre el obispo y la iglesia, que completaba el cuadro en el que se situaba la figura patrimonial de la *dos ecclesiae*. La extraordinaria difusión del pseudo-Isidoro favoreció la recepción general de la imagen de la *dos*, a la cual el célebre tratado *De ecclesiis et capellis* de Hincmar de Reims dedica abundantes menciones, dado que era urgente demostrar que las iglesias privadas fundadas por nobles laicos no constituían un peligro para el poder episcopal⁵⁴. El poder ejercido por el fundador laico

52 *Edictum Pistense* de Carlos el Calvo de 864, ed. *Monum. Germ. Hist., Capitularia*, op. cit., p. 322: “Ut illi Franci, qui censum de suo capite vel de suis rebus ad partem regiam debent, sine nostra licentia ad casam Dei vel ad alterius cuiuscumque servitio se non tradant...”; véase asimismo el *capitulare Tusiacense in Burgundiam directum* (865), ed. cit., p. 330.

53 E. Mühlbacher (ed.), *Die Urkunden der Karolinger* (*Monum. Germ. Hist. Diplomatum Karolinorum*, I), Hannover 1906, pp. 1-2: “ad casam sancti Dyonisii condonavit”.

54 Hincmarus Remensis, *Collectio de ecclesiis et capellis*, ed. Stratmann (citada en nota 38). Redactado para defender la legitimidad de las iglesias privadas, el tratado de Hincmar ha constituido la fuente principal de la historiografía sobre la *Eigenkirche*.

no podía en efecto incidir sobre el ordenado desarrollo de la vida espiritual, ni sobre la administración de los bienes materiales conferidos a la iglesia por el fundador, que están frecuentemente indicados con la expresión habitual de *dos ecclesiae*⁵⁵. Sobre la una y la otra, el control del obispo permanece, para Hinemar, estable⁵⁶.

Las colecciones canónicas que se despliegan a ritmos desiguales entre el siglo X y el XII, recogen y transmiten los textos que se han señalado: los canónicos se mezclan con los seculares y ofrecen al milenio que comienza un cuadro equívoco, pero en todo caso decisivo en la atribución de los bienes a las iglesias y los monasterios.

Altars y lugares en los documentos de los comienzos del siglo XI

Se puede afirmar entonces que al abrirse el siglo XII, el siglo de Mosè, la propiedad de los bienes eclesiásticos se atribuye a cosas materiales que son los edificios, los *loca*, los altares⁵⁷. El derecho secular vigente en Italia, constituido como es sabido de edictos lombardos y legislación carolingia, lo dispone en este sentido y la legislación canónica lo confirma. La reforma gregoriana había con-

55 *Op. ult. cit.*: véase en part. pp. 84-99.

56 Vale la pena señalar que el único tratado dedicado específicamente a la dos ecclesia que he encontrado es la obra de Caspar Ziegler, *De dote ecclesiae eiusque iuribus et privilegiis diatribe canonica*, Wittemberg 1676, quién precisa que en las fuentes canónicas el obispo es considerado el esposo del templo material, y no de la comunidad de fieles, y que es al mismo tiempo titular de la dote: “Et ut eo facilius opes acquireret ecclesia comminisci oportuit, coniugium aliquod spirituale, simile carnali, inter episcopum et ecclesiam contrahi, nec ergo indotatam esse debere hanc eius sponsam. Dicerem coniugium istum non tam ad ecclesiam, ut coetus est, pertinere, quam ad templum materiale, in quo ista congregatur, si id admitteret comparatio superius ex Evaristi epistola adducta. Plane ad aedificium pertinet, ut aiunt, ecclesiae exstructionem inchoari non debere, nisi prius dos congrua et sufficiens ei constituta fuerit. Quod idem etiam de consecratione accipiendum” (p. 35).

57 No me parece relevante la distinción entre bienes del *locus*, del edificio o del altar: para Lesne, *Histoire de la propriété ecclésiastique en France. 3. Inventaire de la propriété. Eglises et trésors des églises...*, Lille 1936, pp. 85-90, pertenecen al *caput* la iglesia principal y las habitaciones de los monjes o los clérigos, de sus servidores y animales, incluyendo jardines, prados, viñas y campos contiguos, y en ciertos casos el caserío creado en torno al monasterio sería propiedad del edificio principal. Pero en general la obra de Lesne no parece prestar atención a este modelo de pertenencia entre cosas, sino que manifiesta la convicción que las comunidades eclesiásticas se hayan organizado como personas jurídicas ya en la tardía Antigüedad.

trastado con éxito la propiedad laica de las iglesias, pero no había desde luego entrado en la relación que unía a las iglesias con sus bienes. Y esta solución seguía vigente en la práctica, puesto que en las decretales del papa Inocencio II, anteriores solo de pocos años a la disputa en la que participó Mosè, la fórmula de confirmación de los bienes a los entes eclesiásticos atribuye el dominio precisamente al *locus venerabilis*. Urgido por la necesidad de obtener el apoyo de obispos y monasterios contra el antipapa Anacleto II que, asediado en Roma, distribuía a su vez confirmaciones y privilegios⁵⁸, Inocencio suscribió un número ingente de privilegios, redactados bajo la supervisión del potente y culto cardenal Aimerico. La fórmula en cuestión, repetida con pocas variantes, establece que “cualquier posesión y cualquier bien que *el lugar mismo* poseyese legítimamente en el presente, o que reciba en el futuro por concesión pontificia, por liberalidad regia o de los príncipes, por donación de fieles o de otro modo legítimo, deberá permanecer firme e intacto para siempre”⁵⁹. La titularidad del *locus* es garantía de estabilidad de los bienes que, confirmados por el pontífice, permiten la subsistencia de la institución y el bienestar del clero⁶⁰.

58 Regesta de los actos del antipapa en Pier Fausto Palumbo, *Lo scisma del MCXXX. I precedenti, la vicenda romana e le ripercussioni europee della lotta tra Anacleto e Innocenzo II. Col registro degli atti di Anacleto*, Roma 1942.

59 Así por ejemplo el privilegio de 1137 para el *xenodochium* de Jerusalem, ed. en Migne, *Patrologia latina*, vol 179, n. 264, col. 313 (Jaffé 7823 (5581), datado feb. 7): “quascunque possessiones, quaecunque bona idem locus inpraesentiarum iuste et canonice possidet, aut in futurum concessione pontificum, liberalitate regum vel principum, oblatione fidelium seu aliis iustis modis Deo propitio poterit adipisci, firma vobis in perpetuum et illibata permaneant”.

60 Solo a título de ejemplo, se pueden ver los documentos editados por Migne, *op. cit.* números 278 (Año 1137, Jun. 21.) Jaffé 7844 (5596); 285 (Año 1137, Oct. 2.) Jaffé 7853 (5603); 316 Año 1138, Mayo 23.) Jaffé 7899 (5637); 324 Año 1138, Nov. 10.) Jaffé 7912 (5644); 335 (Año 1138, Dec. 21.) Jaffé 7926 (5655); 356 (Año 1139, Mar. 1.) Jaffé 7950 (5675); 370 (Año 1139, April. 11.) Jaffé 7973 (5689); 376 (Año 1139, Abril 12.) Jaffé 7980 (5695). En esta última carta, además de usar la fórmula, el papa señala igualmente el *locus* (el monasterio de San Gallo), como posible sujeto pasivo de exacciones. Al monasterio le había sido concedida la inmunidad que Inocencio confirma: “Ut videlicet nulla ecclesiastica saecularisve potestas, seu cuiuslibet conditionis aut ordinis, contra voluntate abbatis et fratrum idem monasterium introire praesumat, nec in quibuslibet titulis ecclesiis, decimis, patrimoniis, seu quibuslibet possessionibus, ad eundem locum venerabilem pertinentibus, indebitas exactiones, aut consuetudines imponere audeat, nec quolibet argumenti ingenio in praefato monasterio divinum praesumat officium interdicere... Sancimus etiam ut decimas et possessiones quas advocatus eiusdem loci sufficientibus testibus vel iuramento ipsi monasterio vindicare vel confirmare potuerit, nulli unquam reddere compellatur”.

Son tantos, como se ve, los documentos que atribuyen bienes a los *loca* antes que Mosè entre en escena. Vale la pena citar un último caso particularmente sugestivo, anterior de algunos años al pontificado de Inocencio II. Se trata del acto solemne de donación con el cuál la abadía de San Antimo, cercana a Montalcino, fue dotada de todo el ingente patrimonio que había pertenecido al conde Bernardo degli Ardengheschi. Fechada en 1118, la donación constituyó la dote de la iglesia, y permitió la edificación de sus espléndidas formas románicas que aún se conservan.

Con la construcción de la iglesia se quiere por lo tanto dar estabilidad al acto, decidiendo de hecho grabar el texto en los peldaños que conducen al altar y sobre la columna de la izquierda, en donde se realiza la lectura del Evangelio. La inscripción se encuentra hoy en su lugar, aún si algunos bloques de piedra se han perdido; entre estos la superficie del altar, que contenía –según una reconstrucción precisa– la lista de los bienes donados, la dote misma del altar⁶¹. Grabada en la piedra y ofrecida al altar, la donación estaba destinada a garantizar en modo perpetuo la subsistencia de la iglesia y de la comunidad de plegaria que fundaba.

El ataque de los civilistas a la práctica de la atribución de los bienes a los loca

Este rápido recorrido de las fuentes, elegidas con el fin de dar un panorama amplio⁶², no tiene obviamente ninguna pretensión de ofrecer un elenco exhaustivo de testimonios tardoantiguos y altomedievales sobre la perseverancia del modelo justiniano de las *venerabiles domus*. Puede ser, sin embargo, suficiente para dar una idea de cuál había sido el derecho vigente en los años en los que Mosè de Ravena formuló su teoría, destinada a suscitar rápidamente reacciones de despectivo fastidio entre los más conspicuos civilistas.

61 Véase Wilhelm Kurze, “Zur Geschichte der toskanischen Reichsabtei S. Antimo im Starciatal”, en *Gerd Tellenbach zum 65. Geburtstag dargebracht von Freunden und Schülern*, Friburg-Basilea-Viena 1968, pp. 295-306; trad. it. en Kurze, *Monasteri e nobiltà nel senese e nella toscana medievale. Studi diplomatici, archeologici, genealogici, giuridici e sociali*, Siena 1989, pp. 319-335 (de donde provienen las citas), integrado con Id., *Monasteri e nobiltà nella Tuscia altomedievale* (1973), ahora en Wilhelm Kurze, *Monasteri*, op. cit., pp. 295-316, 298-299.

62 Otras indicaciones de fuentes sobretodo en los estudios del desarrollo de la fundación en la Alta Edad Media: referencias bibliográficas en Feenstra, op. cit., pp. 404-407.

Cuando proponía considerar los bienes del monasterio desierto como pertenencia del edificio, que habría conservado su posesión en espera de ser repoblado por una comunidad que tenía solo derecho de uso sobre estos bienes, Mosè no hacía más que aplicar a un caso particular un principio ampliamente difundido en la práctica y en la legislación secular y canónica. Su teoría era, en definitiva, la más obvia aplicación del derecho vigente.

Ennio Cortese ha descrito la recepción de la doctrina en la edad de la glosa. Ha demostrado, por una parte, que las críticas que se transformaron en usuales en la tarda escuela de los glosadores, fueron impulsadas por una toma de posición de Juan Bassiano, a quien se debe en efecto la mención más antigua de la controversia y de la solución propuesta por Mosè, y al mismo tiempo el primer rechazo decisivo y peyorativo que los civilistas le opondrían⁶³. Por otra parte, Cortese ha revelado que no todos los glosadores compartían el juicio negativo de Juan, puesto que Placentino, Aldrico y Roffredo admitieron sin dificultad que los *loca* fuesen titulares de derechos y privilegios⁶⁴.

Bassiano era un civilista puro⁶⁵, pero no por eso ignorante de la disciplina

63 Ennio Cortese, *Per la storia*, *op. cit.*, pp. 123-125, y textos editados en pp. 150-152.

64 *Ibid*, p. 122. Limitado a los testimonios provenientes de la escuela de glosadores, Cortese no se detiene en los sugestivos pasajes del *Brachylogus* que, en el texto y en una glosa, califican las *venerabiles domus* como *personae* (véase la ed. Böcking, *Corpus legum sive Brachylogus iuris civilis*, Berlín 1829, p. 44 y 212; pasaje transcrito por Feenstra, *op. cit.*, p. 402). El ambiente de redacción del *Brachylogus* es cercano al de un maestro como Aldrico, frecuentemente citado por los glosadores pero empeñado en la práctica y que no ha dejado obras propias; o como el mismo Placentino, que respiró por años el aire francés y el de los centros menores en Italia. En cuanto a Roffredo, que trata nuestro tema más de medio siglo después de Placentino, y que estaba también ligado a tantos centros menores y a la práctica. Un ámbito cultural sensible a ciertas tradiciones prácticas, abierto al derecho canónico, más moderado que el de los intransigentes romanistas boloñeses, acogió por lo tanto sin dificultad la doctrina de la titularidad de los *loca* y de la *domus* que estaba en la base de la teoría de Mosè. Tomando como punto de partida las observaciones de Cortese (*Il diritto nella storia medievale*, II, pp. 52-55), André Gouron propone sugestivamente para el *Brachylogus* la fecha de 1166-67: véase André Gouron, “L’auteur du ‘Brachylogus’: un compagnon de Thomas Beckett en exil?”, *op. cit.*

65 Algunos años después de la publicación del artículo de Annalisa Belloni de 1989, se difundió la cauta propensión a creer que el civilista Juan Bassiano fuese el mismo jurista que, recordado con el nombre de Baziano, se había dedicado a la exégesis del *Decretum*: Annalisa Belloni, “Baziano, cioè Giovanni Bassiano, legista e canonista del secolo XII”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 57 (1989), p. 69-85. Véase en primer lugar la reacción positiva de Domenico Maffei, “Fra Cremona, Montpellier e Palencia nel secolo XII. Ricerche su Ugolino da Sesso”, *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 1 (1990), p. 9-30,

que regía para los bienes eclesiásticos, los diezmos, los beneficios, los *officia* y las dignidades, ni de los mecanismos de designación del alto clero: es decir, de las problemáticas jurídicas que gobernaban la vida de los entes que detenían una parte importante de la riqueza y que, por lo tanto, eran interlocutores naturales de los juristas en el plano profesional, fuesen ellos civilistas o canonistas. Sería en consecuencia ingenuo creer que los civilistas –que desempeñaban también una actividad profesional– hayan en verdad dejado de lado completamente el derecho canónico: si luego Azón, el gran discípulo de Juan Bassiano, propuso a sus numerosos alumnos una exégesis de las fuentes justinianas depurada de referencias explícitas a la práctica, y por lo tanto a los derechos no-romanos que las gobernaban, no lo hizo para alejar con desdén la realidad de la doctrina, sino por el contrario para dotar de mayor fuerza la argumentación romanística y favorecer así la posición del abogado experto en derecho civil en los tribunales. Lo revela en las *quaestiones*⁶⁶, en las cuales proponía, en el marco escolástico, casos de los que había tenido conocimiento en la actividad profesional: en estos textos se citan con frecuencia las normas canónicas que, eludidas en las lecciones, deben sin embargo ser consideradas en los tribunales cuando se trata de intereses de clérigos o entes eclesiásticos⁶⁷.

ahora en Domenico Maffei, *Studi di storia delle Università e della letteratura giuridica*, Goldbach 1995, I; luego la breve entrada *Bassianus* de Peter Weimar para el *Lexicon des Mittelalters*. Los trabajos más recientes sobre el tema, aconsejan no obstante dejar de lado la teoría de Belloni y conservar la separación entre las dos figuras y la consecuente caracterización de Bassiano como civilista: André Gouron, “A la convergence de deux droits: Jean Bassien, Bazianus et maître Jean”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 59 (1991), pp. 319-332 = *Miscellanea Domenico Maffei dicata*, I, Goldbach 1995, pp. 129-142; Id., “Un juriste bolonais docteur in utroque au XII^e siècle?”, *Ius Commune*, 22 (1995), pp. 17-33, vuelve finalmente sobre el tema para excluir con absoluta decisión (y con argumentos fundados) que Giovanni fuese el canonista Baziano.

66 También en este aspecto es obligada la referencia al estudio clásico de Ennio Cortese, *Il rinascimento giuridico medievale* (2^a ed.), Roma 1996, pp. 39-42 (que retoma una página de su, *Legisti, canonisti e feudisti: la formazione di un ceto medievale*, en *Università e società nei secoli XII-XVI*, Pistoia, 1983, pp. 221-222): la *quaestio* es el terreno en el cuál los diversos derechos vigentes en la Italia de los siglos XII-XIII entran en contacto y se preparan a formar el “sistema del derecho común” que no es un feliz hallazgo boloñés, como suponía Calasso, sino una lenta y fatigosa formación del tardío siglo XIII.

67 Algunas indicaciones en Annalisa Belloni, “Azzone e il diritto canonico. La collezione Azo A: 13 e 17”, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung*, 83 (1997), pp. 249-271, con la edición de dos *quaestiones* originadas en casos procesales. Sobre los documentos precedentes de Azón A12-A13 (p. 257-261), véase Emanuele Conte, *Servi medievali*, op. cit., pp. 8-18.

Es por lo tanto natural que en las *quaestiones* –cuyo origen práctico comparten las de Azón– Juan Bassiano haya tratado temáticas eclesiásticas, y que las haya tratado usando el derecho canónico. Pero el punto que se debe subrayar es que las *quaestiones* de los civilistas y la casuística que emerge de la práctica es evaluada minuciosamente con la óptica de la doctrina romanística. En Juan más aún que en su sucesor, Azón, que debía lidiar con una doctrina canonística fuertemente consolidada, esta operación de fragmentación técnica de la *quaestio* y cuidadoso análisis de los *argumenta* doctrinales contrapuestos, tenía aún la frescura del reciente y extraordinario éxito de la escuela civilista, y podía aún influenciar fuertemente la doctrina misma del derecho canónico.

Es en este contexto que la teoría de Mosè, que se limitaba en verdad a presentar en forma racional la regla en vigor en todas partes y observada durante siglos, debió ser sometida, en la escuela de Bassiano, a una evaluación para la que no estaba preparada⁶⁸. Entre los argumentos *pro et contra*, esta ni siquiera se menciona, como si el derecho justiniano, el único legítimo en la búsqueda de *rationes* válidas, no contemplase este tipo de construcciones. Las alegaciones son en efecto todas civilistas⁶⁹: normas en tema de usufructo, constitución de dote o legado, que eluden sistemáticamente el problema central planteado por Mosè: es decir, que aún las cosas inanimadas, como los *loca* o las *parietes monasterii*, fuesen capaces de poseer. Solo en la *solutio* el maestro recuerda al arzobispo de Rávena, pero ni siquiera se digna hacer una refutación articulada, limitándose a adherirse a la postura de Gualfredo, que había sostenido “que los monjes y los prelados eran los propietarios de los bienes y de las tierras, y que por lo tanto los poseían” (“ipsos monachos

68 Como es bien sabido, la *quaestio* fue editada por Emil Seckel, “Die Quaestiones Vindobonenses des Johannes Bassianus”, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 55 (1935), pp. 338-344, 340-41. Además de los mss. citados por Ennio Cortese, *Per la storia*, *op. cit.*, p. 119, nt. 4, Annalisa Belloni, *Le questioni civilistiche del secolo XII. Da Bulgaro a Pillio da Medicina e Azzone*, *op. cit.*, pp. 23, 27 y 85 ha señalado la recepción de la *quaestio* en el ms. Toledo, Biblioteca del Cabildo, p. 40-46.

69 Con excepción del renvío al Evangelio de Lucas (9,62) curiosamente citado entre los argumentos *contra*: “nam ex ea filia heredem habet summum Dominum Iehsum Christum: sicut ad patrem non debet simul dos redire extantibus filiis, ita et tanto succedente heredem non habet locum repetitio: nemo enim tradens manum ad aratrum aptus est regno Dei”: véase ms. Toledo, Biblioteca del Cabildo, 40-6 fol. 22orb, en parte ed. por Seckel, *op. cit.*, p. 341.

et prelatos dominos esse possessionum et prediorum et eas possidere”)⁷⁰. En definitiva, de los edificios como poseedores no valía la pena ni hablar.

El sentido de la crítica: el hombre protagonista del derecho

Es precisamente este el punto en el cuál insisten las fuentes civilísticas evocadas en la investigación de Cortese: las que ya eran conocidas por la historiografía reciente, como la glosa de Accursio o la *summa* de Azón, y las inéditas, entre las cuales se debe señalar una larga *additio* de un misterioso jurista de Cremona al que se debe un interesante conjunto de agregados a la *Summa* de Azón⁷¹ que, aún no tomando una posición explícita a favor o en contra de la idea de Mosè, parece poner de manifiesto el sentido profundo de la decidida oposición de Azón y Juan. Sólo la persona humana puede ejercer la posesión, para la cual el derecho exige el *animus* que, evidentemente, las cosas no pueden tener. De modo más general, prosigue el anónimo jurista, es la autoridad altísima de Justiniano la que establece que los *iura* no pueden existir sin una persona⁷², dado que el hombre es reconocido en el ordenamiento como su causa misma, y la autoridad aún más alta de la Biblia enseña que el hombre fue creado como destinatario de la Creación por Dios mismo⁷³: “Si, por lo tanto, una iglesia no es un hombre o una persona, y ni siquiera una cosa animada o dotada de sentido, no parece que se pueda aducir razón alguna, ni de derecho natural, ni de derecho civil, para sostener que la iglesia pueda poseer”⁷⁴.

⁷⁰ *Ibid.*, La *solutio* atribuye a Bassiano la idea que la extinción de los monjes propietarios tuviese que dar lugar a la *aggregatio* de los bienes al fisco papal y no a su recuperación por el patrono. Esto sugiere el rechazo de la asimilación de los bienes a la dote, porque en tal caso el padre (es decir el patrono) habría debido recuperar los bienes. Este mismo rechazo sería coherente con el de la “personificación” del edificio, al que la tradición eclesiástica asignaba, como se ha visto, el rol de esposa del obispo.

⁷¹ Conservado en el ms. Palatino latino 786 de la Biblioteca Apostolica Vaticana: véase Ennio Cortese, *Per la storia, op. cit.*, pp. 127-128 e 152-154.

⁷² Cita D. 1.3.8, “ubi dicitur quod generaliter constituenda sunt iura, non in singulas personas, quasi dicatur persone sunt necessarie; et alias etiam dicitur quod personarum causa et hominum gratia tam iura sunt statuta quam cetera sunt creata” (ed. Cortese, p. 152).

⁷³ Cita el salmo 8, que contiene un verdadero himno al hombre, soberano de lo creado (ed. *ibidem*).

⁷⁴ Ed. *ibidem*: “Si ergo ecclesia non est homo vel persona, nec etiam res animata vel sensibilis, nulla videtur induci posse naturalis ratio nec civilis quod ecclesia possideat”.

Con el fin de entender las razones profundas que empujaron una parte tan importante de los civilistas a repudiar la doctrina de Mosè, que tenía fundamentos evidentes en el derecho justinianeo y expresaba racionalmente contenidos compartidos por la práctica y codificados por la legislación, es necesario reflexionar sobre esta exigencia de configurar sujetos de derecho que sean personas humanas o que, como el hombre, puedan expresar voluntad, realizar actos de disposición, manifestar *animus*. El objetivo era, en una palabra, el de liberarse del “naturalismo” altomedieval⁷⁵ que, buscando la estabilidad en un mundo dominado por la incertidumbre, había desarrollado modelos de pertenencia desvinculados de la subjetividad humana, adhiriendo a las de un proceso económico en el cuál la existencia transitoria del hombre se insertaba como un huésped en el interior del inmutable engranaje de la producción y el consumo. Podían así constituirse equilibrios más estables, que se apoyaban en la interdependencia económica de diversas *res*, en las cuales incluso el trabajo humano, asumiendo un carácter de *servitium*, era tratado como *res* y escapaba en tanto tal a la voluntad del hombre que lo prestaba y que lo había alienado –él o su antepasado– de una vez y para siempre.

La intuición histórica extraordinaria de Francesco Calasso había reconstruido el significado profundo del renacimiento jurídico precisamente en la ruptura con esta antigua postura, y en la afirmación orgullosa de la centralidad del hombre, que Calasso encontraba en un pasaje inspirado de Paolo di Castro, en el cuál, a su vez, éste recuerda un fragmento de las *Institutas* que el misterioso jurista cremonense editado por Cortese utiliza contra la propiedad atribuida a los *loca*⁷⁶: es esta nueva posición del hombre “verdadero sujeto del ordenamiento jurídico, dueño de sí mismo”⁷⁷, que en las páginas de Calasso hace de la cultura jurídica de la Edad Media escolástica un verdadero humanismo. Una lectura más desencantada del mismo fenómeno podría subrayar la necesidad de los nuevos protagonistas de la economía proto-burguesa de las ciudades italianas de darse reglas adaptadas a favorecer la movilidad de los bienes y del trabajo. Y los juristas civilistas,

⁷⁵ Véanse las páginas de Paolo Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, *op. cit.*, pp. 67-72.

⁷⁶ Francesco Calasso, *Umanesimo giuridico* (1949), ahora en Id., *Introduzione al diritto comune*, Milán 1951, pp. 181-205, 191: el pasaje de Paulo, sacado del comentario al *Digestum Vetus*, in D. 1.1.1, defiende la excelencia de la ciencia jurídica: “haec scientia est vera philosophia, et non simulata, et nobilior omni alia, posquam tendit ad faciendum homines bonos, propter quos omnia facta sunt”.

⁷⁷ *Ibid*, p. 204.

honrados y ricamente retribuidos por esta sociedad nueva y ferviente, estaban dispuestos a poner sus afiladas armas al servicio de la nueva dinámica económica.

Reaparición moderna de formas jurídicas medievales

Una historicidad particular de las abstracciones jurídicas

Hemos visto en el primer capítulo que el derecho tiene una relación compleja con la historia. La idea, vieja de un siglo, de la progresiva evolución de las instituciones jurídicas, que “crecen” a partir del derecho romano y se prolongan en la modernidad, se había demostrado impracticable ya a mitad del siglo pasado. Y el análisis “químico” de los elementos romanos, germánicos y canónicos que constituían el derecho moderno era ya percibido como una simplificación antihistórica por Francesco Calasso.

En efecto, la historicidad de los conceptos jurídicos tiene características singulares. La configuración jurídica que una sociedad o una cultura atribuyen a una particular relación social se consolida en un presente, que sin embargo constituye un patrimonio que será difícilmente dejado totalmente de lado en el tiempo. Por lo tanto, las abstracciones jurídicas son susceptibles de desaparecer del panorama de la doctrina y de la práctica por períodos incluso muy largos, pero pueden resurgir, a veces bajo nuevas formas, para ser aplicados a realidades que se intentan configurar como conceptos jurídicos.

Tomemos como ejemplo la *realitas* de las relaciones personales de dependencia, de la que nos hemos ocupado en los capítulos 4 y 5 de este libro. La escolástica jurídica había afrontado en modo extenso –y conflictivo– la naturaleza jurídica de la relación de dependencia feudal y servil. Las voces de gran autoridad de Azón y Jacques de Révigny había insistido en encuadrar las dependencias personales en el derecho de las obligaciones, considerando los *servitia* debidos por los dependientes como deberes de hacer que resultaban de una obligación. Pero a pesar de su indiscutible autoridad, la doctrina dominante prefirió configurar los *servitia* como cosas, construyendo el derecho a recibirlos como un derecho real atípico.

Esta idea de la *realitas* del “hacer” parecía superada por el Iluminismo, la declaración de derechos y las codificaciones modernas de derecho priva-

do, que ponían rígidos límites a la constitución de derechos reales atípicos y prohibían la constitución de servidumbres reales sobre personas. Sin embargo, la antigua construcción jurídica de los derechos reales que pesan sobre el cuerpo de un hombre libre reapareció y fue discutida hasta mediados del siglo pasado, cuando un jurista italiano del calibre de Francesco Carnelutti propuso recuperar la flexibilidad de los derechos reales para encuadrar en ellos relaciones puramente personales, como las relaciones de trabajo y el lazo conyugal¹.

Si la persona, o algunas de sus utilidades, podían ser configuradas como objetos de un derecho real, inversamente, en la doctrina de Mosè di Ravenna, eran las cosas las que asumían la función de sujetos. Y hemos visto que la consciencia “humanística” de la escolástica condenó esta idea que parecía contradecir a Justiniano y a la Biblia.

Resistencias de la óptica medieval en el campo de los usos cívicos: nuevas críticas de los romanistas del siglo XIX

Indudablemente, la operación de condena de la teoría de Mosè había tenido éxito. Una vez reconocida la exigencia absoluta de un sujeto humano de derechos, civilistas y canonistas prefirieron la abstracción de la persona jurídica, que permitía atribuir características humanas al ente titular de derechos, pensar su voluntad y hacer disponible su patrimonio². Tanto es así que la atribución de bienes a los edificios materiales suena hoy en día como un absurdo para cualquier jurista. Pero la antigua costumbre de atribuir bienes a las cosas inanimadas no fue del todo cancelada. Uno de los motivos de mayor fascinación del estudio de Ennio Cortese reside precisamente en el hecho de haber reconstruido un recorrido de sobrevivencia de la teoría de Mosè en la tradición de la Italia centro-meridional. Se ha demostrado que el más reciente de estos indicios se encuentra en una sentencia de la Corte de Casación, que aún en 1953 afirmó la absoluta imprescriptibilidad de los usos cívicos, sobre

1 De estos “medievalistas contemporáneos” se ocupa el reciente libro de Marta Madero, *La loi de la chair. Le droit au corps du conjoint dans la pensée des canonistes (XII^e-XV^e siècles)*, París 2015, capítulo 1.

2 Con las conocidas limitaciones propias de los bienes de los entes eclesiásticos, cuya disponibilidad el derecho canónico limita fuertemente. Diversas y menos restrictivas son las reglas que disciplinan la circulación de los bienes de las otras personas jurídicas, en particular de la ciudad.

los derechos colectivos sobre bosques y prados comunales, que no podían extinguirse con el argumento de que no habían sido usados durante un largo tiempo, incluso en caso de despoblamiento del lugar, dado que la interrupción en el ejercicio no se debía identificar con la extinción de la posesión; era por lo tanto “como si los muros hubiesen continuado a poseer”³.

Es bastante natural, en efecto, que las huellas más consistentes del sistema pre-irneriano afloren precisamente en tema de bienes colectivos, que representan en los ordenamientos civiles de Occidente un cuerpo extraño que habría sobrevivido al triunfo del individualismo del sujeto. Y esta sobrevivencia, venturosa y tenaz, se ha puesto en general en relación con una institución de derecho germánico denominada *Gesamthand*, el “condominio germánico de manos reunidas” que la crítica más reciente ha calificado de “fantasma”⁴. A pesar de los esfuerzos de la valiente ciencia germanística del XIX, la existencia de esta institución no es hoy en día convincente, sobre todo porque parece que, ni la ciencia jurídica de la escolástica medieval, ni menos aún la praxis altomedieval, se han ocupado de definir en modo abstracto la atribución de la propiedad de tierras que se configuraban en el plano económico solo bajo el perfil del uso.

El recuerdo del modelo eclesiástico, en el que la disponibilidad de ciertos bienes para la comunidad de religiosos no dependía en modo alguno de la imputación propietaria a un sujeto humano, era susceptible de justificar la inalienabilidad e imprescriptibilidad de los derechos de uso de los pueblos rurales, y los testimonios meridionales evocados por Cortese lo demuestran. Es probable incluso que el modelo antiguo haya sobrevivido en Europa mucho más ampliamente, siguiendo la misma vía que recorrieron otras situaciones subjetivas durante la Alta Edad Media, que el racionalismo de la nueva cultura jurídica no podía aceptar. Así, los derechos de uso de los pueblos rurales fueron configurados como una servidumbre predial atípica⁵.

3 Pasaje citado por Ennio Cortese, *Per la storia*, *op. cit.*, p. 136.

4 «Fantasma benéfico» lo define recientemente Paolo Grossi, “Assolutismo giuridico e proprietà collettive (1990-91)”, ahora en Id., *Il dominio e le cose* (Per la storia del pensiero giuridico moderno, 41), Milán 1992, pp. 695-748, 723-731, compartiendo lo propuesto por Ugo Petronio, “Usi e demani civici fra tradizione storica e dogmatica giuridica”, en *La proprietà e le proprietà*, E. Cortese (ed.), Milán 1988, pp. 491-542, 511-514, pero insistiendo en que la invención había permitido canalizar exigencias vivas del mundo rural.

5 Sobre la dilatación de la categoría de servidumbre véase lo observado en el fin del 4 capítulo.

Servidumbres publicas

Trataremos ahora rápidamente un tema que en rigor exigiría un tratamiento más profundo: el de las así llamadas servidumbres públicas, “el tema [...] quizás más oscuro de la materia de los bienes públicos”⁶. Pero es necesario recordarlo brevemente con el fin de mostrar nuevamente la riqueza del ensayo de Ennio Cortese sobre Mosè.

Es bien sabido que durante los siglos XIX y XX tuvo lugar en Italia un amplio debate sobre la naturaleza de los derechos de uso colectivos que la doctrina solía llamar “servidumbres cívicas”. El problema se planteó en torno al famoso caso de Villa Borghese que el propietario, el príncipe Borghese, intentó cerrar al público en el año 1885 con el fin de explotar los terrenos que lindaban con la ciudad de Roma que, habiéndose transformado en capital del estado unitario, se expandía rápidamente. En contra del cierre de la Villa, la Comuna de Roma inició un juicio con el fin de preservar el derecho de uso que había adquirido la población romana, que gozaba desde hacia siglos de los terrenos de la Villa como espacio de esparcimiento con el consentimiento del príncipe Borghese.

La controversia que surgió en los diversos grados de juicio contó con la participación, en defensa de la Comuna de Roma, de Pasquale Stanislao Mancini que, en una admirable memoria publicada en 1886, sostuvo la singularidad del derecho de uso ejercitado por los romanos, que no podía en modo alguno ser considerada dentro del sistema típico de las servidumbres propuesto en el Código de 1865⁷.

El surco abierto por Mancini fue ampliado por las intervenciones de otros juristas⁸, a punto tal que incluso la jurisprudencia, habituada hasta entonces a tratar el uso de bienes públicos sobre bienes privados en términos de servidumbres, comenzó algunos años más tarde a construir el derecho de uso público de manera autónoma⁹. Entre las intervenciones más decisivas había una breve nota de Biagio Brugi, publicada como apéndice a la traducción ita-

6 Vincenzo Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padua 1983, p. 169.

7 Evoca el caso V. Cerulli Irelli, *op. cit.*, pp. 170-176.

8 Además de las páginas de Biagio Brugi que mencionaremos véase por ejemplo Giuseppe D’Amato, “Delle così dette servitù d’uso pubblico”, *Archivio Giuridico*, 53 (1948), pp. 405-458, y la entrada “Servitù pubbliche” de Mario d’Amelio, en *Digesto Italiano*, 21, Turín 1925, en part. pp. 218-233 (capítulo V, *Della natura giuridica dei diritti di uso pubblico – 1: I diritti di uso pubblico non sono servitù prediali*), con citas de ulterior literatura.

9 Suprema Corte di Cassazione, Roma 22 enero 1895 (*Giur. Ital.*, II, 7, p. 135).

liana del libro VIII del colosal comentario a las Pandectas de Glück, y por lo tanto no muy conocida¹⁰. En ella el civilista e historiador paduano criticaba decididamente la motivación en la sentencia que había cerrado la causa de Villa Borghese en 1887 así como una sentencia genovesa anterior: ambas configuraban el derecho de goce de bienes privados por parte de la población como servidumbre predial, en la que el terreno gravado de servidumbre era la Villa (o, en el caso genovés, una galería pictórica), y el titular de la servidumbre era la ciudad “haciendo abstracción de las personas y considerada como *urbs* en su parte estética, artística, monumental”¹¹, de modo tal que, en el caso romano, el derecho de pasear a la sombra de los árboles de la Villa habría sido “inherente solo al hecho de habitar en la Comuna pero no a las personas de sus habitantes”¹².

La jurisprudencia italiana no era sin embargo el adversario principal de Brugi, cuya crítica estaba en verdad dirigida a un exponente de peso de la doctrina francesa: Philippe Antoine Merlin, en quien se podía reconocer al principal divulgador de la doctrina que construía los usos públicos como servidumbres prediales. En su monumental *Répertoire*, muy difundido en Francia y utilizado en Italia gracias a la traducción veneciana de 1834¹³, el gran jurista francés había en efecto configurado el derecho de uso como servidumbre *real*, y como tal estaba disciplinada en el artículo 637 del *Code Civil*, de forma tal que los terrenos incultos, las praderas y los bosques estaban en relación con la población de modo indirecto, como bienes vinculados a las casas del pueblo¹⁴.

10 Friedrich Glück, *Commentario alle Pandette...* ya bajo la dirección de Filippo Serafini, Pietro Cogliolo y Carlo Fadda, Libro VIII, traducido y anotado por el abogado Biagio Brugi, Milán 1900, p. 158-161. No pasó inadvertida la posición de Brugi a Paolo Grossi, *Un altro modo di possedere*, *op. cit.*, p. 229, nt. 99, que ve en el apéndice de Brugi la señal de un cambio con respecto a sus precedentes intervenciones en tema de bienes colectivos.

11 La sentencia genovesa concierne el derecho de goce de una galería pictórica: véase Biagio Brugi, *op. cit.*, pp. 158-159.

12 *Ibidem*.

13 La gigantesca obra, en 15 volúmenes imponentes y densos, más un volumen de índices, revela por sí misma la importancia del *Répertoire* en Italia, en donde se consideró relevante la empresa de traducción.

14 *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* (sobre las ediciones, véase, *infra*, nt. 96), ed. 1828, 5ª ed., t. 3, 5, Bruselas 1828, p. 304: Merlin observa que no es difícil configurar un derecho de uso como servidumbre real constituida en favor de una cosa pero usada por un individuo, mientras que es mucho más difícil hacer lo mismo cuando el sujeto en favor del cual la servidumbre ha sido constituida no es una persona física, sino una comunidad. Es por lo tanto más factible considerar estos derechos de uso como cualidad

Una vez hechas las debidas distinciones, y teniendo en cuenta el larguísimo tiempo pasado, se constituye en definitiva un mecanismo no demasiado diferente del propuesto por Mosè, para quién las cosas estaban ligadas entre ellas por relaciones absolutamente estables, en las cuales los hombres se insertaban como huéspedes en un mecanismo económico pre-establecido que no era susceptible de cambio.

A un Brugi de tono particularmente sarcástico, la construcción de Merlin le parecía estar en el origen de una serie de desviaciones que habrían conducido a la desestructuración de la doctrina, contribuyendo a perturbar la jurisprudencia italiana, que con lentitud se abría a la necesidad de considerar el uso público como “una institución de naturaleza singular, a la que no se podían aplicar normas del derecho común”¹⁵.

En realidad, la áspera crítica de Brugi no hacía justicia a Merlin, quien, antes de ser miembro del Directorio y, en los años del Imperio, consejero de Estado, procurador general de la Corte de casación, comandante de la Legión de honor y miembro del *Institut de France*, había sido un brillante abogado e intérprete del derecho de *ancien régime*¹⁶. Conocía por lo tanto bien las antiguas reglas que ordenaban el *usage* a favor de la comunidad antes de la Revolución, tanto como las discusiones que habían animado el cambio profundo del fin de siglo y, finalmente, el *Code Civil*. Había experimentado, en su posición de altísimo magistrado, la difícil adecuación de la realidad antigua a las nuevas normas, y esta adecuación se refleja en la configuración casuística de los monumentales trabajos que dirigió y en buena parte compuso personalmente: el *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* y el *Recueil alphanétique des questions de droit*, ambos publicado en diversas

de las casas habitadas por los individuos que ejercitaban estos derechos. Concluye, por lo tanto, que solo impropriamente se denominan *usagers* los habitantes del pueblo que gozan de los derechos sobre bosques y pasturas comunas, ya que serían estrictamente sus casas las que se debería calificar de *usagères*, como en efecto eran designadas por la *Ordonnance des eaux et forêts* del 1669. He tratado brevemente el tema en “Comune proprietario o comune rappresentante? La titolarità dei beni collettivi tra dogmatica e storiografia”, *Rivista di diritto agrario*, 78 (1999), pp. 181-205 (también en *Mélanges de l'Ecole Française de Rome*, 114 (2002), pp. 73-94).

15 Brugi, nota citada, p. 161. La singularidad de la institución y los argumentos sucesivos en *Appendice del traduttore al § 681*, en el mismo volumen, pp. 307-323, ampliamente inspirada en las obras de O. Gierke, F. Schupfer y O. Ranalletti.

16 La compleja y significativa biografía del personaje ha sido reconstruida por Hervé Leuwers, *Un juriste et politique. Merlin de Douai (1754-1838)*, Arras 1996.

ediciones, el primero a partir de 1776¹⁷, el segundo a partir del año XI-XII (1803-4)¹⁸.

Eran años de incesantes y rapidísimos cambios, y la sucesión de nuevas ediciones de la obra de Merlin refleja el proceso de racionalización del cambio realizado por el jurista, es por lo tanto necesario comparar las diversas versiones de la entrada *Usage* en las sucesivas ediciones del *Recueil* y del *Répertoire* para comprender el esfuerzo de adecuación de la doctrina jurídica a la nueva situación legislativa. En ambas obras, Merlin tardará en configurar el derecho de uso como servidumbre predial. En un primer momento había por el contrario defendido una postura no demasiado disímil de la que Brugi había defendido más tarde en Italia: incluso en Francia, se lee en las primeras ediciones del *Recueil*, el régimen de disfrute de los bosques y forestas se consideraba un derecho especial, que como tal habría constituido una sobrevivencia del derecho privado del *ancien régime* más allá de la promulgación de *Code*, ligada a la vigencia conservada por la *Ordonnance des eaux et forêts* de 1669¹⁹. Solo en la tercera edición de su *Recueil*, Merlin cambió de opinión, convenciéndose de la necesidad de encuadrar el antiguo derecho de uso de los bosques y praderas en la categoría prevista por el *Code*²⁰; y solo más tarde, en

17 Se publicó bajo la dirección de Pierre Jean Guyot, el cuál tuvo como colaborador a un jovencísimo Merlin hasta 1775. En particular la entrada *usage*, que nos interesa, fue compilada por Merlin ya en la 1ª edición, volumen 62 de 1783. Merlin retoma luego la dirección de la obra a partir de la 3ª ed. de 1807 ss. La 4ª ed. es de 1812 ss.; la 5ª finalmente, en 18 vol. en 4º en París 1827-28 y en 36 vol. in 8º en Bruselas 1825-28.

18 Del *Récueil* se hicieron cuatro ediciones: la 2ª a partir de 1810, la 3ª de 1819, la 4ª de 1830.

19 Del art. 636 del Code Napoléon, que dispone que el uso de bosques y forestas sea regulado por leyes particulares, Merlin concluye, en las primeras versiones de la entrada *Usage*, que deben permanecer en vigencia las leyes especiales pre-existentes en tema de aprovechamiento de bosques.

20 *Recueil, op. cit.*, t. VI, París 1820, p. 609-610 de la 3ª ed., y el t. VIII de la 4ª ed., 1830, p. 682-683: Merlin se pregunta si la naturaleza de los derechos de uso de las forestas que fueron antiguamente concedidas a Comunas se corresponde con las servidumbres reales o las personales. Si fuesen personales, entonces deberían extinguirse con el tiempo, puesto que el uso y el usufructo se extinguen a la muerte del titular, o, si se trata de una persona jurídica, en el plazo de cien años en el antiguo régimen y de treinta según el Código. Pero puesto que estos derechos siguen existiendo, es necesario entonces clasificarlos como servidumbres reales, concedidas no ya a los habitantes de un pueblo, sino a sus casas. Este tipo de disposición de antiguo régimen se podía por lo tanto considerar encuadrada en el artículo 637 Code Napoléon, que dice que: “Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l’usage et l’utilité d’un héritage appartenant à un autre propriétaire”. Una

la última versión de la entrada *Usage del Répertoire*, elaboró la construcción que debía escandalizar a Brugi.

No se trataba sin embargo de una construcción carente de fundamentos históricos. Merlin conocía demasiado bien el *droit ancien*, que había practicado en el foro con gran éxito antes de la Revolución, como para ignorar la tradición francesa, y es en esta tradición que encontraba buenos motivos para asignar a las casas de los pueblos la función de fondo dominante en una relación de naturaleza real. La referencia a las *maisons usagères* se encontraba en efecto en el texto de la *Ordonnance* del 1669²¹, y fue retomada en el conspicuo comentario de Pecquet²², que Merlin tenía presente.

Las raíces de la concesión “real” del uso público eran por otra parte profundas en la cultura jurídica francesa. Más allá de la referencia a Jean Bouhier²³, se puede evocar a Bartholomé Chasseneux quién, aún tendiendo a configurar el uso colectivo como usufructo²⁴, recuerda discusiones a propósito de

vez afirmado el principio, Merlin concluye que el derecho de uso ligado (“attaché”) a una cosa puede ser reivindicado solo para la utilidad de la cosa misma, y si el propietario de una “casa usuaria (*maison usagère*) aliena su casa, el derecho se transfiere al comprador”.

21 *Ordonnance de Louis XIV roy de France... sur le fait des eaux et forests. Verifiée en parlement et Chambre des comptes le treizième aoust mil six cens soixante-neuf*, París 1669, p. 88: art. 14 del tit. 19, *Des droits de pasturage et panage*: “Los habitantes de las casas usuarias (*maisons usagères*) gozarán del derecho de pastura para los animales que sean necesarios a su alimentación, no para el que este destinado al comercio”.

22 *Loix forestières de France. Commentaire historique et raisonné sur l'ordonnance de 1669, les réglemens antérieurs et ceux qui l'ont suivie...* par M. Antoine Pecquet, grand-maître des eaux et forêts de France au département de Normandie, 2 vol., París 1753, p. 514-519. Pecquet cita una *Ordonnance du grand maître des eaux et forêts au département de Paris*, del 30 de marzo 1718, que usa en modo corriente la expresión “maisons usagères”. Contra la opinión de algunos, Pecquet distingue sutilmente: el derecho de uso es real en cuanto al título que lo produce (es decir la casa del pueblo que es, en este caso, titular del derecho), y personal en razón del modo de ejercerlo. De modo que el derecho de recoger leña, por ejemplo, puede ser ejercido solo por el propietario de la casa a la que está vinculado y no por el concesionario. La conclusión es perfectamente coherente con lo escrito por Merlin casi un siglo más tarde: “Se puede transferir el derecho transfiriendo la cosa a la cual el uso esta ligado, dado que [...] para las casas usuarias, el derecho de uso es una gracia concedida al domicilio” (p. 531).

23 Véanse sus *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, en *Oeuvres de jurisprudence* de M. Jean Bouhier, président à Mortier au Parlement de Dijon, de l'Académie Française etc., recueillies et mises en ordre... par M. Joly de Bevy, t. II, Dijon 1788, p. 704, n. 28.

24 Barthol. a Chassenaev iurisconsulti clarissimi *Commentarii in consuetudines ducatus Burgundiae...*, Lugduni, 1574, col. 1457; in rubr. 13, *Des forestz, pasturages et ri-*

la posible *realitas*, y cita a Alberico da Rosate (m.1360), según el cual “posset dici quod esset servitus realis concessa loco, gratia habitantium nunc et in futurum, et sic esset perpetua”²⁵.

Restos

No es sorprendente que la configuración del *droit d'usage* como servidumbre predial haya dejado dubitativos a tantos intérpretes antes y después de la codificación francesa. Dejando de lado la antigua propiedad de los lugares, la figura de la servidumbre real fue adaptada para ofrecer una forma racional a una antiquísima configuración de equilibrios entre las cosas, y presenta rasgos de imprescriptibilidad e inalienabilidad no coincidentes con el modelo de la propiedad perfecta, que por su parte era señalada como la institución característica de la modernidad en el derecho privado. Si luego de siglos de doctrina, entre la Edad Media y la Edad Moderna, la institución de la servidumbre había sido deformada para adaptarla a tantas manifestaciones ligadas al mundo feudal y señorial, es natural que la codificación liberal²⁶ primero, la exégesis y la práctica luego, tendiesen a limitar la aplicación de la institución. Los usos cívicos, los derechos de diezmo, los censos, las cargas reales, repre-

vieres, § 2, ad v. *usage de bois*. El jurisconsulto francés parece algo hostil a la perpetuidad de la servidumbre de uso, dado que la asimilación al usufructo era funcional sobre todo para impedir que se perpetuase la concesión de favores a los pueblos de más de cien años. En la práctica, sin embargo, era usual tutelar los derechos colectivos recurriendo a la *vetustas* del ejercicio: “Item quaero: aliquis domnus concedit usum nemoris aliquibus de villa vel civitate perpetuo; an et quantum duret tale tempus? Videtur quod fruetur centum annis, quia videtur hoc modo concessus ususfructus l. Divus Adrianus ff. de usu et habi. qui finitur centum annis; l. An ususfructus ff. de usufruct. et quamadmodum quis vitatur. Et ideo rustici quibus concessus est usus nemoris saepe allegant contra se, quia si dominus velit eos prohibere, dicunt non potestis, quia usi sumus centum annis et pluribus. Et ita allegant finitum usumfructum per dictam l. An ususfructus do.”.

²⁵ *Ibidem*: “Alb. De Ros. in dicta lege An ususfructus movet hanc quaestionem et ad praedictam respondet dicendo quod dicta l. loquitur in servitute pesonali ususfructus; sed in casu praedictae quaestionis posset dici quod esset servitus realis concessa loco, gratia habitantium nunc et in futurum, et sic esset perpetua. Dicit tamen quod adhuc est dubium. Sed vide eundem Alb. In fi. In ii. Col. C. de praescri. lon. temporis ubi dicit quod si est concessa loco est perpetua et non finitur tali tempore centum annorum”.

²⁶ Véase Italo Birocchi y Maria Cristina Lampis, entrada *Servitù. Diritto intermedio*, *Enciclopedia del diritto*, op. cit., pp. 272-274.

sentaban aún, en pleno siglo XIX liberal (y en algunos casos aún hoy), restos de una economía señorial y de derecho medieval que las configuraba como servidumbres reales, abstracción que resistió durante siglos y fue lentamente abandonada.

Restos: ecos de una mentalidad que fue corriente en la Alta Edad Media. Ignorando el individuo, la subjetividad de los derechos y la eficacia de la voluntad, la teoría de Mosè expresaba un aspecto de aquella mentalidad, y fue por lo tanto combatida decididamente por los *homines novi* que, asistidos por la autoridad de Justiniano, construían *argumenta* para la sociedad nueva en la que vivían. La imputación de los bienes a los lugares sagrados que constituía la regla vigente en una Alta Edad Media en búsqueda de estabilidad fue sacrificada como un obstáculo a la exigencia de movilidad y flexibilidad que caracterizaba el mundo urbano que los civilistas encarnaban y traducían.

Reflexiones finales. Sobre historiadores y juristas

En la Europa continental, los historiadores del derecho están, desde hace ya algunos decenios, en busca de su identidad²⁷. Esta búsqueda responde a una crisis que concierne sobre todo la inserción de la historia jurídica como disciplina. Esta no es ya la de la *Rechtsgeschichte*, cuyos inicios en la escuela alemana y posterior desarrollo en el siglo XIX y comienzos del siglo XX hemos analizado en el primer capítulo de este libro. Quienes hoy en día enseñan esta disciplina a los estudiantes de derecho, se definen a veces como “juristas de un ordenamiento histórico” y orientan sus investigaciones, en el respeto de una tradición gloriosa, hacia la evolución de conceptos abstractos “pensados” por juristas y legisladores. Pretenden así ser considerado esencialmente juristas, y solo secundariamente historiadores. Sin embargo, esta forma de practicar la historia jurídica interesa cada día menos a los juristas e inquieta a los juristas-historiadores que se sienten algo marginados de la comunidad científica en la que trabajan (Departamentos y Facultades de Derecho)

²⁷ Los debates han sido numerosos en Alemania, Francia, España e Italia. A modo de ejemplo, baste citar los que fueron publicados por la revista *Rechtsgeschichte*, 3 (2003) y 4 (2004), en los que participaron estudiosos de diversas nacionalidades. Para el ámbito francés, entre otros, J.L. Halpérin, “Est-il temps de déconstruire les mythes de l’histoire du droit Français?”, *Clio @ Thémis* 5 (2012).

La preocupación debería mitigarse con la consciencia de la existencia de un lazo estrecho entre historia y derecho en la tradición cultural de Occidente. En efecto, la presencia del derecho en la historiografía forma parte de la cultura occidental tanto como la historia marca la doctrina y la práctica jurídica. Desde su fundación en el siglo XVI y luego con cierta continuidad hasta el fin del siglo XX, la disciplina histórica fue cultivada con objetivos jurídicos evidentes: legitimar regímenes nacionales o locales, establecer la identidad de los pueblos, buscar en la tradición los principios fundamentales de los ordenamientos públicos y privados, trazar genealogías capaces de explicar convergencias y divergencias en los derechos europeos. Los lazos existentes entre historia y derecho fueron claramente percibidos por los estados europeos, que fundaron por vía legislativa instituciones públicas destinadas a investigar las propias historias políticas y jurídicas²⁸. Por otra parte, las constituciones actualmente vigentes en los estados democráticos y liberales se basan en la interpretación histórica de eventos fundacionales (revoluciones, resistencias, guerras) de los que surge y en los que se legitima el orden instituido.

La crisis de ese orden, que se manifestó fuertemente en Europa durante la segunda mitad del siglo XX, condujo a los historiadores a considerar, peyorativamente, como *événementielle*, la historiografía que evaluaba y juzgaba los hechos políticos para fundar en ellos un orden político jurídico. La historiografía recorrió nuevos caminos, dando mayor relevancia a los perfiles económicos y sociales, a las mentalidades, a las condiciones materiales de vida de las sociedades. Pero incluso en este nuevo ámbito de interrogaciones, el derecho volvió a formar parte de los intereses de los historiadores. Las fuentes que estos analizaban remitían con insistencia a los mecanismos de abstracción que han hecho del derecho una grandiosa invención occidental, sin el cuál es difícil entender las sociedades de las que se ocupan.

Es por lo tanto inevitable que la historia del derecho se sienta atraída por dos polos opuestos: el del derecho, que usa la historia para justificar normas e interpretaciones, el de la historia, que usa el derecho para comprender dinámicas sociales y políticas del pasado. Esta tensión puede provocar contradicciones cuando se intenta clasificar a la historia del derecho en las categorías disciplinares de las estructuras universitarias. En efecto, muchos historiadores del derecho se empeñan en investigaciones interdisciplinarias, solicitados por el interés manifestado por los sociólogos, los economistas, los

²⁸ Véanse los ejemplos de las Academias y del Institut de France, de la Monumenta Germaniae Historica, y de la Società di Storia Patria en Italia.

antropólogos²⁹. Si por lo tanto la historia del derecho es hoy en día reconocida como parte integrante de las enseñanzas que deberían constituir la base seria de toda formación jurídica, incluso en Alemania, patria de la escuela histórica, los elementos que forman lo que se llama “Grundlage des Rechts” y exigen una formación en historia de la disciplina convocan una atención cada día más tenue en los Departamentos de Derecho.

La migración de la historia del derecho hacia los departamentos de Historia es un hecho ya en los Estados Unidos, en donde sin embargo habían florecido los estudios sobre las doctrinas jurídicas medievales gracias a la presencia de grandes estudiosos que habían huido de Alemania durante el nazismo. Stephan Kuttner, por ejemplo, que había sido profesor en la Law School de Berkeley, se consideraba ante todo a sí mismo como jurista, y como tal había participado de la comisión encargada de redactar el Código de Derecho Canónico de 1983. Formado en Alemania como jurista, Kuttner es sin embargo recordado esencialmente como un extraordinario historiador del pensamiento medieval y un gran filólogo de los textos escolásticos, y su huella es más evidente en la historia medieval que en el derecho canónico entendido como disciplina puramente jurídica. Sus alumnos y los alumnos de estos integran hoy en día con mucha mayor frecuencia departamentos de Historia que de Derecho.

Esto no significa, no obstante, que la historia haya sido cancelada de la cultura de los juristas de hoy, pero parece haberse concentrado en una disciplina específica: el derecho comparado. Desde que en 1964 Gino Gorla³⁰ retomase, invirtiéndolo, el sentido de una frase que Frederick Maitland formulase en 1888³¹, los comparatistas no pierden ocasión de recordar que “comparison involves history” o, dicho de otro modo, siguiendo a Hein Kötz, que la historia del derecho y la comparación jurídica son hermanas gemelas³².

29 Thomas Duve, “German Legal History: National Traditions and Transnational Perspectives”, *Max-Planck-Institute for European Legal History Research Paper Series*, 2014-05, 16-48.

30 Entrada “Diritto comparato”, en *Enciclopedia del diritto*, vol. 12 (1964), 930 nota 5.

31 Fr. W. Maitland, «Why the History of English Law is not Written» (1888), ahora en Id., *The Collected Papers of Fr. W. Maitland*, vol. 1, Cambridge 1911, 480-497, 488: para esclarecer las razones por las que el derecho inglés no tenía una ciencia histórica como la que triunfaba en Alemania y en Europa, Maitland afirmaba que “History involves comparison and the English lawyer, who knew nothing and cared nothing for any system but his own, hardly came in sight of the idea of legal history”.

32 Hein Kötz, “Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?”, *Juristenzeitung* 47/1 (1992), 20-22.

En 2003, respondiendo a un pedido explícito de la redacción de la revista *Rechtsgeschichte*, incluso Reinhard Zimmermann manifestó su convicción de que “los conocimientos histórico jurídicos pueden facilitar la comprensión del derecho vigente (...) por lo tanto, la Historia del derecho puede tener un significado actual. Nos puede mostrar cómo y porqué el derecho se desarrolló como lo conocemos hoy en día (...) Este rol de la Historia del derecho es particularmente importante en los momentos de cambio. Vivimos en este momento uno de esos momentos en el campo del derecho privado y de la doctrina del derecho privado: ambas se están europeizando”³³.

Se explica entonces que el jurista comparatista busque en la historia sobre todo la “tradición” de un sistema jurídico, o la genealogía de las instituciones vigentes. Se ocupa de las instituciones tal como la doctrina las define hoy, observa la diferencia entre uno y otro sistema, se interroga sobre el pasado para entender la experiencia contemporánea. No es casual que utilice metáforas que evocan el mundo vegetal: busca “las raíces” de las instituciones, identifica el “tronco común” del que han nacido las “ramas” que constituyen los diversos sistemas occidentales, descubre las instituciones “transplantadas” de un contexto jurídico a otro. Y como buen jardinero cuida las plantas que existen y no las que han desaparecido, lo que implica que la historia solo le interesa como signo de continuidad.

Por el contrario, el historiador se interesa por las formas jurídicas del pasado precisamente porque, al menos en una observación rápida, han dejado de existir. Su lazo con el presente no se reconstruye con el ejemplo botánico de la continuidad entre raíces, tronco y ramas, porque para él las doctrinas jurídicas responden a exigencias sociales y culturales específicas de un determinado momento histórico, y sólo se pueden entender si están “arqueológicamente” insertas en ese contexto.

Lo hemos visto en el recorrido que hemos hecho a través de la normas de la Edad Media, las transformaciones de la justicia, la posesión y los derechos reales, las servidumbres irregulares, las relaciones de dependencia personal, los formas jurídicas que ordenan los bienes eclesiásticos y los bienes comunes. Hemos visto la invención de artificios doctrinales originales, exóticos, inactuales, que sin embargo nos han permitido entender los rasgos

33 Reinhard Zimmermann, “Gegenwartsbedeutung”, en *Rechtsgeschichte* 3 (2003), 66-67: se trata de una breve respuesta a la pregunta formulada por Rainer Kiesow con el objetivo de plantear el debate sobre la función de la historia del derecho: «Wozu Rechtsgeschichte?».

históricos de un momento histórico que ha marcado profundamente la cultura occidental.

La estabilización de las compilaciones normativas soberanas, el redescubrimiento de la *actio* en justicia, el rápido desarrollo de las técnicas de argumentación jurídica, constituyen aportes esenciales de la cultura jurídica del siglo XX. Se trata de elementos ligados entre sí, porque las modificaciones en los rasgos formales del proceso se inspiran en la descripción de las *actiones* propuestas en las *Institutas* y objeto de gran cantidad de obritas teórico-prácticas escritas entre los siglos XII y XIII³⁴, que fueron esenciales en la profesionalización de los abogados. Pero esta profesionalización exigía capacidad dialéctica, ya que la confrontación de las posiciones se articulaba en la contraposición de los *argumenta*, como se ve claramente en la estructura de las *quaestiones* escolásticas, recogidas también y divulgadas desde la época de Búlgaro, en los inicios de la escuela de Bolonia³⁵. Los *argumenta* debían a su vez adquirir fuerza dialéctica en la alegación de autoridades citadas, de forma que la fuerza argumentativa se enlaza con la estabilidad de las fuentes normativas. Así, la gran novedad de la escuela de Bolonia fue la de la estabilización de la forma textual de los libros de Justiniano, que constituyeron luego el modelo de las primeras compilaciones de derecho canónico, y luego de las codificaciones de los reinos europeos que emergieron durante el siglo XIII. Los aparatos de glosas que enmarcaban estas compilaciones de normas fueron consideradas por los historiadores del derecho como instrumentos de exégesis, es decir, de “exposición declarativa” del contenido de las normas. Pero en realidad, observándolas de cerca, esos *aparatus* poseen sobre todo una función dialéctica: sirven para enseñar cómo *activar* la fuerza normativa de las leyes y aplicarlas a los casos que se deben discutir en las escuelas como ejercicios didácticos, y en la práctica, en los tribunales de justicia³⁶.

Si las escuelas de derecho romano y de derecho canónico tuvieron tanto

34 Cfr. Linda Fowler.

35 Búlgaro, considerado como el jurista más importante de la segunda mitad del siglo XII, ha dejado el más antiguo tratado sobre *actiones*, la famosa carta dirigida al Canciller pontificio Aimerico, y la más antigua colección de *quaestiones* escolásticas, el llamado *Stemma Bulgaricum*: Cfr. Annalisa Belloni, *Le quaestiones civilistiche del secolo XII, op. cit.*; Emanuele Conte, “Il Digesto fuori dal Digesto”, en *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, Dario Mantovani y Antonio Padoa Schioppa (eds.), Pavía 2014, 277-298.

36 Este mecanismo ha sido analizado por Pierre Thévenin en una investigación en curso, a quien agradezco el haberme comunicado algunos pasajes inéditos.

éxito, no fue porque miles de jóvenes querían conocer y comprender el contenido de los *corpora* normativos, y menos aún las “instituciones jurídicas” romano-canónicas, es decir, los “conceptos abstractos” que los juristas elaboran ordenando las normas en modo sistemático. Estudiantes y maestros de las escuelas, numerosos entre los siglos XII y XIV, se reunieron porque los sistemas judiciales adoptaron procedimientos dialécticos, precisando las reglas procesales y haciendo obligado el recurso a los profesionales del derecho. Y como los *argumenta* que debían utilizarse en juicio tenían que fundarse en la autoridad de las normas, se prestó particular atención al concepto mismo de norma jurídica, a punto tal que fue adoptado por los reinos “nacionales” como principal instrumento de gobierno y de regulación de la sociedad³⁷.

El “renacimiento jurídico” constituye así un momento de cambio fundamental, en la medida en que fundó la idea moderna de derecho. Destinada a caracterizar profundamente la mentalidad occidental, esta idea de derecho puede ser entendida históricamente sólo si se reconstruye el contexto espiritual y material de su formación. Un contexto hecho de múltiples elementos que hoy parecen alejados de nuestra experiencia: objetos perdidos que han dejado “restos”. Pero el complejo de las formas jurídicas del pasado ha desaparecido, porque el pasado, como su nombre lo indica, pasa. Incluso cuando parece resistir en nuestros días, en realidad permanece solo como denominación lingüística de procesos lógicos susceptibles de transformar la realidad social, no como organismos biológicos que permanecen “vivos” durante siglos, conservando una identidad a través del tiempo, sino como conceptos del pensamiento que “reviven”, siempre renovados por las exigencias de contextos culturales y sociales específicos. Por su naturaleza misma los conceptos no son susceptibles de “evoluciones”, como los organismos vivos. Pero no por esto es menos esencial la reconstrucción del pasado para entender el sentido del presente. Las reglas jurídicas se forman en contextos lejanos, cognoscibles solo a través de la filología y la arqueología de las instituciones, pero están dotadas de gran resiliencia, listas para ser utilizadas en contextos nuevos. Este ejercicio arqueológico constituye la utilidad primera de la histo-

37 Lo llama *instrumentum Regni* P. Grossi, *L'ordine giuridico*, *op. cit.*, p. 31, expresando un juicio histórico negativo sobre la evolución, que hace depender de la decisión del legislador no solo las reglas publicísticas, sino también el derecho privado que habría sido, en la Edad Media, un producto espontáneo de la sociedad. Algunas observaciones sobre este enfoque, que revela la impronta romántica del siglo XIX, incorporada luego en la *Verfassungsgeschichte* alemana de los años 30, se pueden ver en el primer capítulo de este libro.

ria para la comprensión de las dinámicas jurídicas. Practicada de este modo, la historia del derecho es plenamente una “historia para juristas”, ejercicio indispensable para entender la relatividad de las instituciones jurídicas, su interacción con la cultura y la sociedad, el fuerte lazo de la “invención” occidental del derecho con las estructuras económicas, sociales y políticas.

PROGRAMA HISTORIA DEL DERECHO
PUBLICACIONES
ISSN: 2255-5137

1. Luis Grau, *Orígenes del constitucionalismo americano. Corpus documental bilingüe / Selected Documents Illustrative of the American Constitutionalism. Bilingual edition*, 3 vols., Madrid 2009, 653+671+607 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/5669>
2. Luis Grau, *Nosotros el pueblo de los Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas. 1787-1992. Edición bilingüe / We the People of the United States. The U.S. Constitution and its Amendments. 1787-1992. Bilingual edition*, Madrid 2010, 338 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/8517>
3. Carlos Petit, *Fiesta y contrato. Negocios taurinos en protocolos sevillanos (1777-1847)*, Madrid 2011, 182 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/10145>
4. Pablo Mijangos y González, *El nuevo pasado jurídico mexicano. Una revisión de la historiografía jurídica mexicana durante los últimos 20 años*, Madrid 2011, 110 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/10488>
5. Luis Grau, *El constitucionalismo americano. Materiales para un curso de historia de las constituciones*, Madrid 2011, xxii+282 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/11865>
6. Víctor Tau Anzoátegui, *El taller del jurista. Sobre la Colección Documental de Benito de la Mata Linares, oidor, regente y consejero de Indias*, Madrid 2011, 175 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12735>
7. Ramon Llull, *Arte de Derecho*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción y notas de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2011, 178 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12762>
8. Consuelo Carrasco García, *¿Legado de deuda? A vueltas con la Pandectística*, Madrid 2011, 158 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12823>
9. Pio Caroni, *Escritos sobre la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2012, xxvi + 374 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13028>

10. Esteban Conde Naranjo (ed.), *Vidas por el Derecho*, Madrid 2012, 569 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13565>
11. Pierangelo Schiera, *El constitucionalismo como discurso político*, Madrid 2012, 144 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13962>
12. Rafael Ramis Barceló, *Derecho natural, historia y razones para actuar. La contribución de Alasdair MacIntyre al pensamiento jurídico*, Madrid 2012, 480 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13983>
13. Paola Miceli, *Derecho consuetudinario y memoria. Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León (siglos XI-XIV)*, Madrid 2012, 298 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/14294>
14. Ricardo Marcelo Fonseca, *Introducción teórica a la historia del derecho*, prefacio de Paolo Cappellini, Madrid 2012, 168 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/14913>
15. Alessandra Giuliani, *Derecho dominical y tanteo comunal en la Castilla moderna*, Madrid 2012, 134 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/15436>
16. Luis Grau, *An American Constitutional History Course for Non-American Students*, Madrid 2012, xx + 318 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16023>
17. Antonio Ruiz Ballón, *Pedro Gómez de la Serna (1806-1871). Apuntes para una biografía jurídica*, Madrid 2013, 353 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16392>
18. Tamara El Khoury, *Constitución mixta y modernización en Líbano*, prólogo de Maurizio Fioravanti, Madrid 2013, 377 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16543>
19. María Paz Alonso Romero/Carlos Garriga Acosta, *El régimen jurídico de la abogacía en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid 2013, 337 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16884>
20. Pio Caroni, *Lecciones de historia de la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2013, 213 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17310>
21. Julián Gómez de Maya, *Culebras de cascabel. Restricciones penales de la libertad ambulatoria en el Derecho codificado español*, Madrid 2013, 821 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17322>

22. François Hotman, *Antitriboniano, o discurso sobre el estudio de las leyes*, estudio preliminar de Manuel Martínez Neira, traducción de Adela Mora Cañada, Madrid 2013, 211 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17855>
23. Jesús Vallejo, *Maneras y motivos en Historia del Derecho*, Madrid 2014, 184 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18090>
24. María José María e Izquierdo, *Los proyectos recopiladores castellanos del siglo XVI en los códigos del Monasterio de El Escorial*, Madrid 2014, 248 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18295>
25. Regina Polo Martín, *Centralización, descentralización y autonomía en la España constitucional. Su gestación y evolución conceptual entre 1808 y 1936*, Madrid 2014, 393 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18340>
26. Massimo Meccarelli/Paolo Palchetti/Carlo Sotis (eds.), *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid 2014, 390 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18380>
27. María López de Ramón, *La construcción histórica de la libertad de prensa: Ley de policía e imprenta de 1883*, Madrid 2014, 143 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19296>
28. José María Coma Fort, *Codex Theodosianus: historia de un texto*, Madrid 2014, 536 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19297>
29. Jorge Alberto Núñez, *Fernando Cadalso y la reforma penitenciaria en España (1883-1939)*, Madrid 2014, 487 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19662>
30. Carlos Petit, *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*, Madrid 2014, 185 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19670>
31. Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*, Madrid 2014, 53 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19797>
32. Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid 2015, 87 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/20199>

33. Massimo Meccarelli y Paolo Palchetti (eds.), *Derecho en movimiento: personas, derechos y derecho en la dinámica global*, Madrid 2015, 256 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/20251>
34. Alessandro Somma, *Introducción al derecho comparado*, traducción de Esteban Conde Naranjo, Madrid 2015, 193 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/20259>
35. A. F. J. Thibaut, *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*, Madrid 2015, 42 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/21166>
36. J.-J.-R. de Cambacérès, *Discursos sobre el Código civil*, Madrid 2015, 61 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/21254>
37. Ramon Llull, *Arte breve de la invención del derecho*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2015, 233 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/21406>
38. F. C. von Savigny, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, Madrid 2015, 130 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/21520>
39. Joaquín Marín y Mendoza, *Historia del derecho natural y de gentes*, Madrid 2015, 40 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/22079>
40. Rafael Ramis Barceló, *Petrus Ramus y el Derecho. Los juristas ramistas del siglo XVI*, Madrid 2016, 250 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/22197>
41. Emanuele Conte, *La fuerza del texto. Casuística y categorías del derecho medieval*, edición de Marta Madero, Madrid 2016, 194 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/22261>