

CAPÍTULO XII

IUS COMMUNE: GENERALIDADES

52. SE PONE ORDEN EN LAS NORMAS CANÓNICAS

UNOS TREINTA o cuarenta años después de haber iniciado Irnerius el estudio sistemático del *Corpus Iuris* en Bolonia, en aquella misma Universidad observamos una vitalización del estudio del derecho canónico, movimiento que se debe a la figura inspiradora de Gratianus, miembro del clero regular de cuya vida poco ha podido descubrirse. Este maestro, frenado en sus esfuerzos didácticos por el estado caótico en que se encontraban las normas expedidas por la Iglesia para regir sus actividades, compiló en un texto, que él mismo intituló *Concordantia Discordantium Canonum*, y que más tarde se solía designar como el *Decretum Gratiani*, lo que él consideraba vigente en esta materia, procurando evitar (o eliminar mediante interpretación) las contradicciones. Esta obra privada, que comenzó a tener fama alrededor de 1040 y que conocemos a través de manuscritos que comprenden muchas inserciones por manos posteriores,¹ tuvo tanto éxito que *de facto* alcanzó autoridad como si la Iglesia hubiera encargado oficialmente a Gratianus una codificación del derecho canónico. Una corriente especial de juristas surgió, los Decretistas (culminando en Huguccio, autor de una prestigiada *Summa* al Decreto, de aproximadamente 1190), para interpretar esta importante obra. Después de algunas compilaciones privadas y oficiales intermedias,² la Iglesia encargó al dominico catalán Raymundo de Peñaforte una compilación que, bajo el nombre de las “Decretales”, en cinco Libros, tuvo un éxito duradero. Esta obra, de 1234, también se conoce como las “Decretales de Gregorio IX”, o el *Liber Extra*. A pesar del mérito de esta obra, la creación de nuevas normas canónicas, desde luego, resultaba ine-

¹ Para noticias sobre la preparación de una edición del texto original, véase Nörr, HQ-4, p. 839, nota 1.

² Véase Nörr, *op. cit.*, pp. 839-841.

vitable, de manera que, dos o tres generaciones después, se hizo sentir la necesidad de hacer una nueva compilación con normas, creadas desde las Decretales. Este *Liber Sextus* es formado con un espíritu distinto de las Decretales: en su elaboración, se reduce drásticamente el casuismo del material original y también desde otros aspectos se reforman las normas compiladas a veces totalmente, de manera que no es una simple compilación, sino que ya tiene más bien carácter de las posteriores "codificaciones". Este *Liber Sextus*, de 1297, también es interesante por terminar con un título dedicado a las reglas fundamentales (88 reglas, cantidad que se relaciona con el simbolismo medieval de los números, en el cual la cifra de 8 se refiere en forma especial al papa). La próxima añadidura oficial al derecho canónico codificado está representada por una compilación de cánones que debemos al papa Clemente V (1305-1314), las *Clementinas*, póstumamente promulgadas en 1317; y papas posteriores hacen todavía dos colecciones de cánones que habían quedado "vagando" fuera de toda compilación, los "Extravagantes del Papa Juan XXII" y los "extravagantes comunes". Luego, la Iglesia junta estas colecciones medievales en un *Corpus Iuris Canonici*, cuya primera edición, de 1500, contiene múltiples defectos, pero cuya *Editio Romana* de 1582, cuidadosamente revisada por una comisión de eruditos, nombrada por el Concilio Tridentino, ya es definitiva. Comprende: el *Decretum Gratiani*, las Decretales, el *Liber Sextus*, las *Clementinas* y los cánones extravagantes.³ Este *Corpus Iuris Canonici* nunca ha sido enmendado, a pesar de tantas normas nuevas, a veces muy importantes, que vinieron a abrogar o derogar sus disposiciones (pensemos en el resultado jurídico del Concilio Tridentino, 1545-1563), ni tampoco ha sido completado mediante la añadidura de alguna compilación de cánones expedidos desde la publicación de este *Corpus* (una añadidura al estilo de lo que era el *Liber Sextus* para los cinco Libros de las Decretales): un *Liber Septimus*, preparado por Pierre Matthieu y presentado en 1590, no obtuvo la aprobación oficial del Vaticano, y otro *Septimus Decretalium*, preparado por instrucciones del papa, no pasó del estado de proyecto.⁴ Las nuevas normas se encuentran a veces en ediciones especiales, como sucede con las importantes normas tridentinas, expedidas entre 1545 y 1563, pero en general en colecciones cronológicas, publicadas por iniciativa privada, como el *Magnum Bullarium Roma-*

³ Una edición recomendable es la de Aemilius Friedberg, Leipzig, de la que tengo a la vista, durante la elaboración de este libro, la reedición facsimilar (Graz, 1959) de la edición de Leipzig, 1879, en dos volúmenes.

⁴ Nörr, *op. cit.*, p. 1086.

num, editado entre 1733 y 1762 (18 Libros en 32 tomos), y la respectiva *Continuatio*, publicada entre 1835 y 1857, de 19 tomos.

53. LA COEXISTENCIA DE “LOS DOS DERECHOS”⁵

Ya que este movimiento de poner orden en los cánones —movimiento iniciado antes de Gratianus, pero que gracias al *Decretum* de éste tuvo un éxito tan llamativo —nació en la misma Universidad donde en aquel momento los Glosadores ya habían comenzado a trabajar, es lógico que hubiera colaboración e identidad de métodos entre los romanistas y cano-nistas, más aún por el hecho de que la Iglesia tradicionalmente usaba el derecho romano como derecho supletorio. Y, efectivamente, el subtítulo de la obra de Gratianus, la *Concordantia Canonum Discordantium*, que apunta hacia la eliminación de contradicciones en el caudal de las normas tradicionales, también caracteriza a una importante rama de las tareas de los Glosadores. Inclusive en detalles exteriores podemos observar el contacto que siempre existió entre derecho romano y derecho canónico; así, cuando se añade el *Liber Sextus* a las Decretales, éste termina con una colección de 88 reglas básicas de derecho canónico, *regulae iuris* al estilo del título con que termina el *Digesto* (D.50.17).⁶

Sin embargo, sobre todo desde fines del siglo XII, también observamos tensiones entre ambas corrientes, en parte por el hecho de que los cánones de la Iglesia habían absorbido bastantes elementos de índole germánica. Por ejemplo, en el cómputo de los grados de parentesco, el sistema canónico había introducido un método germánico que finalmente parece confirmado por el papa Alejandro II,⁷ mediante una enmienda que actualmente consideramos como falsificada y que es totalmente incompatible con el sistema justiniano. Un consistorio de 1063 trató de conciliar ambos sistemas, proponiendo el método romano para la materia sucesoria y el canónico para cuestiones matrimoniales, pero este compromiso tuvo poco éxito. Otro ejemplo se refiere a la cantidad de testigos: la *Biblia* declara que dos (o tres) testigos bastan, mientras que el *Corpus Iuris Civilis* exige siete testigos para el

⁵ Véase también Wieacker, pp. 71-80.

⁶ Característico de la convivencia entre ambas corrientes es que el más popular de los comentaristas de estas *Regulae Iuris*, —y según muchos, que siguen a Savigny (Sav., V. p. 477 y ss.), inclusive el redactor de ellas, fue precisamente un romanista, Dinus Mugelanus; Baldus, también, es tan importante como canonista, como en calidad de romanista (Sav. VI. p. 230).

⁷ Kant., p. 92. A este tema, Martinus dedica una pequeña monografía, *De computatione graduum*, ctra ilustración del interés que tomaba este jurista independiente en cuestiones en que el derecho justiniano discrepaba de sistemas con impacto germánico, como el canónico.

testamento tripertito, de manera que surge el problema de saber si un testamento con tres testigos, probablemente inválido ante un tribunal que aplicase el derecho justiniano no podrá quizás obtener validez ante un tribunal canónico (que habitualmente se declararía competente en asuntos sucesorios).⁸ Y en materia matrimonial, que los canonistas consideraron como monopolio de ellos por constituir el matrimonio un sacramento (no un contrato), surgieron fácilmente conflictos entre los juristas de ambas corrientes, no siempre ventilados en un ambiente de cortesía y finura académica (cf. el dicho acuñado por los romanistas: “canonistas asinistas”). Y tratándose de intereses, los concilios lateranos III y IV los prohíben, apoyándose en textos bíblicos, mientras que el derecho justiniano los autoriza (aunque bajo cierta reglamentación), seguido al respecto (a favor de judíos) por normas medievales estatales, como el *Liber Augustalis* de Federico II, 1231.

Por su actitud más moralizadora, la Iglesia tampoco puede coincidir con el derecho romano cuando éste permite la posesión de mala fe como potencial punto de partida para la prescripción adquisitiva; y, también con base en dicha actitud, los canonistas desarrollan sobre la simulación teorías que no corresponden exactamente a los romanistas. Además son más dogmáticos los canonistas en cuanto a la superioridad del derecho natural (y, *a fortiori*, el derecho divino) al derecho simplemente humano. mientras que, por ejemplo, un Cinus de Pistoya defiende el principio de que, si el soberano legisla en contra del derecho natural, exista una presunción *iuris et de iure*, irrefutable, de que tal soberano sepa lo que está haciendo, y que tenga además muy buenas razones para legislar así (cuando se trata de una contradicción con el derecho *divino*, Cinus es más prudente, y propone distinguir entre las normas a las que Dios mismo ha establecido excepciones —en cuyo caso el soberano goza de la misma presunción que hemos señalado en relación con el *Ius Naturale*— y las normas que Dios mismo parece considerar como de validez absoluta, inexceptuable). Además, los canonistas a menudo propusieron añadiduras a los principios justinianos, justificables a la luz de la moral, pero no siempre apreciadas por los romanistas (aunque éstos, en muchas ocasiones, también colaboraron con los canonistas para la evolución de algún principio iniciado en el *Corpus Iuris*). Por ejemplo, los canonistas, en

⁸ En relación con esta clase de discusiones, por ejemplo, Bártolo opina que el soberano puede *agrar* las garantías mínimas, establecidas en la *Biblia*, cuando así resulte mejor para el éxito de la lucha contra el crimen (equiparado, al respecto, al pecado).

relación con su teoría sobre el *pretium iustum*,⁹ propusieron, al lado de la *laesio enormis*, una *laesio enormissima*; propugnaron la extensión simétrica de la protección concedida por Justiniano al vendedor lesionado por un precio demasiado bajo, hacia una protección del comprador lesionado por un precio demasiado alto; estuvieron muy a favor de la teoría de *rebus sic stantibus*; querían considerar como liberado al deudor que había hecho un esfuerzo sincero de cumplir (por ejemplo, en caso de empobrecimiento sin culpa); y, como ya vimos, fueron más dogmáticos en cuanto a la prohibición de los intereses (prohibición anclada en textos bíblicos) que los romanistas, que al respecto encontraron en el *Corpus Iuris* una actitud moderada.

En algunos casos, la fricción entre ambas corrientes llegó a extremos, como cuando el papa, mediante la Bula *Speculum* de 1219, prohíbe la enseñanza del derecho romano en París; pero como regla general se puede decir que romanistas y canonistas lograron colaborar creativamente. Además, varios Glosadores y Postglosadores son, al mismo tiempo, canonistas (un buen ejemplo es Vacarius, al que todavía concederemos bastante espacio: además de su *Liber Pauperum*, y de una obrita teológica, se conoce de él una *Summa de Matrimonio*, de espíritu muy canónico y, sin embargo, con varias referencias al derecho justiniano).

La base del derecho canónico era más amplia que la del derecho romano: los canonistas no sólo tuvieron que armonizar sus soluciones con la *Biblia* y la patrística, sino también con la teología reconocida como válida en cada momento, y con autores moralistas precristianos, como Cicerón o Séneca. A menudo, en esta íntima convivencia con el derecho romano, su tarea consistía en proponer una moralización de las soluciones jurídicas, preparando la sensibilidad jurídica para el futuro, de manera que los romanistas, después, buscarían argumentos jurídicos para adaptar, dentro del marco de los textos justinianos, el derecho romano a las ideas morales que vinieron del lado de los canonistas. Para evitar confrontaciones con el derecho romano, los canonistas elaboraron aquel interesante dualismo entre el *forum internum* o *forum interius* y el *forum externum* o *forum exterius*.¹⁰ Todo lo que permite el derecho

⁹ El *pretium iustum* es incompatible con el principio clásico romano de que cada uno es el mejor juez de sus intereses, pero ya se anuncia cuando Justiniano introduce la *laesio enormis* (mediante una interpolación en el *Codex*).

¹⁰ Estas terminaciones en "us" corresponden al neutro del comparativo; los términos de "forum internum" y "forum externum", empero, son más comunes.

romano, en el *forum exterius*, no es necesariamente permisible a la luz de la moral, y como esta vida no es más que un prelude a la verdadera vida —un prelude durante el cual se decide toda una eternidad de goce o de miseria— la prudencia aconseja no aprovechar siempre todas las facilidades jurídicas que otorga el derecho romano: éste protege contra problemas con la justicia de este mundo, pero si sus soluciones no corresponden a la moral, uno tendrá que vérselas con la justicia verdadera, la del otro mundo. Hablando, más tarde, de la evolución del dogma de *rebus sic stantibus*, veremos en un ejemplo concreto de qué manera, dentro de este conjunto dual del *Ius Commune*, el derecho canónico, con ayuda de textos que de ningún modo constituyen autoridad para los romanistas, prepara la sensibilidad general para una solución, a primera vista incompatible con los textos justinianos. En este caso la tensión entre la actitud moralista de los canonistas y el rigor romanista, a veces incompatible con la equidad, creció tanto que los romanistas se sintieron impulsados a buscar en los textos justinianos argumentos (más bien pretextos) para seguir a los canonistas en su camino hacia el principio de *Rebus sic stantibus*, poniendo así el *forum externum* en armonía con el *internum*.

54. DERECHOS ROMANO Y CANÓNICO COMO INGREDIENTES DEL *IUS COMMUNE*

Así se formó aquel *Ius Commune*, el Derecho Común, que fue considerado como el *substratum* jurídico general de Europa occidental: en caso de ausencia de alguna norma legislada, o local-consuetudinaria, que mereciera preferencia, se debía aplicar este *Ius Commune*. Éste fue también el único que se enseñaba en las Universidades (desde el eclipse del derecho longobárdico de las escuelas de derecho del norte de Italia). El *curriculum* solía guardar en forma separada las dos materias, derecho romano y derecho canónico, pero varios verdaderos intelectuales del derecho cursaron ambas, y pudieron ostentar después el título de *Doctor Utriusque Iuris*, “Doctor en ambos derechos” (la enseñanza universitaria del derecho *nacional* sólo comienza a mediados del siglo XVIII; únicamente en la Inglaterra de la Edad Media, esta materia tan importante podía cursarse cuando menos fuera de las universidades, en los *Inns of Court*, que hasta la fecha siguen ocupándose de esta tarea —aunque ya permiten cierta colaboración, al respecto, por parte de Universidades). Así, cuando en el

próximo capítulo hablemos de la “Recepción” del derecho justiniano, no debemos olvidar que se trata de una recepción en la que este derecho es parte de todo un paquete de *Ius Commune*, en que viene a veces inseparablemente compenetrado por ideas canónicas.

55. EL DERECHO MERCANTIL, REFUGIO CONTRA EL *IUS COMMUNE*¹¹

Una evolución aparte corresponde al derecho mercantil, que vemos surgir desde el comienzo del segundo milenio (las normas del comercio marítimo, de Pisa, se conocen en una versión de 1081). Este derecho fue creado generalmente por presión de los gremios de comerciantes (“Consulados” etc.), y tiene muchas manifestaciones locales, relativamente divergentes (Messina; Génova —1154—; partes de las Asías de Jerusalén del siglo XII; Los Roles de Olerón referentes al comercio marítimo del sur de Inglaterra y del norte de Francia, que conocemos en una formulación del siglo XII; Venecia —el *Capitulare Nauticum*—; Split —1312—; Nápoles; Barcelona —un manuscrito de 1370 que seguramente no ha sido la versión más antigua—; Valencia; Amalfi; Visby —siglo XV— etc.); es factible, empero, establecer “familias” dentro de este conjunto de sistemas (y llegar a la conclusión, por ej., de que el Consulado del Mar, de Barcelona, puede considerarse como puente entre los sistemas mediterráneos y el sistema de Olerón).

El deseo de los comerciantes de gozar de cierta autonomía jurídica, en lo sustantivo y en lo procesal, generalmente se vio motivado o fortalecido por la aversión que sintieron estos profesionales —pragmáticos y con poca apreciación por las sofisticadas discusiones jurídicas, por elegantes que fuesen—, a las lentitudes, arbitrariedades y complicaciones que tan fácilmente acompañaban la aplicación del derecho local y del *Ius Commune*.

Desde luego, la base de su sistema de contratos y obligaciones procede del iusromanismo, y en algunos casos continúa inclusive con instituciones justinianas un poco excepcionales, como el *foenus nauticum* (*pecunia traiecitia: bottomry, bodemerij, o boddemerey* de los derechos de Holanda e Inglaterra; la *actio exercitoria* o la *Lex Rhodia de lactu*); pero sobre esta base romanista viene una creciente y abrumadora cantidad de instituciones ajenas al derecho justiniano. Estas normas, tan típicamen-

¹¹ HQ II-1, pp. 797-997, K.O. Scherner.

te mercantiles, se refieren a temas como: el *status* especial del comerciante, con sus *privilegia e immunitates*; las reglas que rigen sus gremios; el registro de los comerciantes y sus bienes; la responsabilidad patrimonial de la esposa del comerciante; la facultad de mujeres de ejercer el comercio; la contabilidad y su fuerza probatoria; la organización de mercados ferias, bolsas, lonjas, etc.; la actividad bancaria y los montes de piedad; los títulos de crédito; la función del corredor; las reglas especiales, diferentes de las normas justinianas, que entre comerciantes valdrán para ciertos contratos (sociedad, compraventa, comisión, consignación, depósito, mutuo con intereses,¹² cesión, fianza, prenda —con reglas especiales para la prenda de barcos—, fletamento) y contratos nuevos, como el del seguro; los monopolios lícitos e ilícitos; los *bona naufragorum*; piratería; la disciplina laboral a bordo; toda clase de normas de la zona gris entre derecho mercantil y administrativo; reglas más sencillas y a veces más severas para la quiebra, con normas nuevas sobre la situación del *bankruptor*; y normas para una justicia mercantil, a menudo con jueces laicos, con un sistema procesal más rápido y práctico.

En los inicios de la literatura mercantil encontramos aún un claro impacto romanista (a veces todavía tan tarde como en 1652, en la obra de Franz Stypmann —1612-1655—, *Tractatus de iure maritimo*) pero desde el siglo xvi, en la gran literatura iusmercantilista del Mediterráneo, se nota cómo el derecho romano se retira hacia el fondo, como veremos, sobre todo, en el caso de Italia.

La creación de esta nueva rama del derecho y de ramas semejantes (pensemos en los derechos especiales para artesanos y sus gremios, o en los estatutos especiales para los judíos) desde luego hizo perder territorio al derecho romano, o si uno quiere, al *Ius Commune*.

56. DECAE LA INFLUENCIA CANÓNICA

A pesar de esta explosión de creatividad filosófico-jurídica con muchas miras prácticas por parte de la Iglesia, desde el Renacimiento, el derecho de la Iglesia perdió mucho de su vigor e independencia por dos razones. En primer lugar, a causa de la Reforma, la Iglesia —y con ella el derecho canónico— perdió grandes territorios¹³ (para ilustrar la aver-

¹² Sobre el tema de intereses, véase HQ II-1, pp. 830-835, Scherner.

¹³ Desde luego, diciendo esto estoy limitándome al derecho canónico *católico*; las nuevas iglesias protestantes y la anglicana también tuvieron su derecho canónico.

sión de importantes reformadores respecto del derecho canónico, sólo mencionaré cómo Lutero mostró públicamente y en forma teatral su desprecio por este derecho, —para él incompatible con el espíritu cristiano—, quemando un ejemplar del *Corpus Iuris Canonici*, en 1520). Pero hay algo más importante: inclusive donde se conservó el catolicismo, el nuevo ambiente estatal que surge desde la época del Renacimiento resultaba cada vez más incompatible con la amplísima jurisdicción que los tribunales de la Iglesia se habían atribuido en asuntos extra-eclesiásticos, y los nuevos estados, cada vez más centralizados y administrativamente más capaces, comenzaron a reclamar para el aparato judicial estatal los litigios sobre sucesiones y otros casos civiles, y sobre varios delitos que la Iglesia antes había enjuiciado en sus tribunales (por tratarse, al mismo tiempo, de pecados). En vísperas de la Revolución Francesa, inclusive en un país tan católico como España, la Iglesia ya había perdido su derecho de asilo, su jurisdicción sobre cobranzas de sus propios créditos y sobre asuntos extra-eclesiásticos, con excepción de litigios matrimoniales. Inclusive su jurisdicción sobre sus propios clérigos que hubieran sido acusados de algún delito, ya estuvo en tela de juicio: desde el Renacimiento, el campo de aplicación del derecho canónico estuvo reduciéndose dramáticamente.

Así, en algunos países, que se apartaron del catolicismo, el derecho canónico desapareció del *curriculum* universitario;¹⁴ y en otros países que se quedaron fieles a la Iglesia de Roma, hubo un paulatino retroceso del derecho canónico hacia lo estrictamente eclesiástico, lo cual, desde luego, redujo el interés de los estudiantes de derecho por esta materia, además de privar a los canonistas de aquel vitalizador contacto diario con los problemas jurídicos extra-eclesiásticos, que sus predecesores habían tenido en la Edad Media. En general puede decirse que, con excepción del tema del matrimonio, la literatura jurídica canónica comenzó a limitarse a cuestiones internas de la Iglesia, perdiendo aquel carácter general que había tenido antes y que le había permitido colaborar con aquel derecho romano medieval en la creación de nuevos dogmas o instituciones, y en la reestructuración de otros. Sin embargo, la aportación medieval al *Ius Commune* no pudo ser cancelada ya, ni por la Reforma, ni tampoco por la erosión de la jurisdicción eclesiástica.

¹⁴ Por ej., en Inglaterra, desde 1535 se prohíbe otorgar grados de Doctor en Derecho Canónico; en Holanda, la materia de derecho canónico no figuró en el Plan de Estudios de la Universidad de Leiden, fundada en 1575.