

<i>Capítulo VI. APORTACIONES DEL DERECHO CANÓNICO AL DERECHO ES-</i>	
TATAL	85
1. Generalidades	85
2. Igualdad de todos ante la Ley	86
3. Liquidación del ambiente feudal	88
4. La corporación y sus directores	88
5. Votaciones	89
6. Razón del Estado	89
7. Los diversos niveles del derecho	89
8. La costumbre jurídica	90
9. La teoría del poder	90
10. Derecho de familia y sucesorio	91
11. Derechos reales	95
12. Contratos y obligaciones	96
13. Derecho penal	99
14. El derecho procesal	102
15. El derecho procesal-penal y la Inquisición	104
16. Derecho Internacional	111
17. El diezmo	114

*Aportaciones
del derecho canónico
al derecho estatal*

I. GENERALIDADES

Durante la fase de convivencia íntima entre los derechos canónico y romano (en conjunto aquel *Ius Commune* de la Edad Media que tuvo importancia hasta la fase de las codificaciones), aquél influyó en varios temas esenciales, y además en una infinitud de detalles, sobre el derecho extra-canónico.

Los tribunales de la Iglesia, en manos de la típica intelectualidad de los “siglos oscuros” (primera mitad del Medievo, digamos desde la caída del Imperio romano occidental, en 476, hasta la revitalización de la Iglesia por el movimiento de Cluny, en el siglo XI), abrieron sus puertas a muchos asuntos que no estuvieron ligados a la estricta vida interna de la Iglesia. Desde luego, aquellos tribunales se arrogaron jurisdicción en todo asunto en que la Iglesia, como actora o demandada, tuviera algún interés. Lo mismo valía si un clérigo en lo personal figurara como actor, demandado o acusado. Además, aquellos tribunales se ocuparon de pleitos relacionados con matrimonios, por encontrarse éstos tan íntimamente ligados a un sacramento, y, por extensión también comenzaron a dirimir conflictos sobre legitimidad, tutela y curatela, además de los pleitos sucesorios, tan ligados a cuestiones de familia. La Iglesia también reclamaba para sus tribunales los pleitos que afectaran a viudas y huérfanos (*personae miserabiles*) o personas ocupadas en alguna cruzada; e inclusive controversias surgidas de contratos o tratados, celebrados bajo juramento de cumplir lealmente, como era costumbre en la Edad Media.

Inocencio IV (personalmente un importante jurista) afirma inclusive ser el *iudex ordinarius* para la humanidad entera, por ser el representante de Dios en esta tierra; y otro gran papa medieval, Bonifacio VIII, cuando considera en la Bula *Unam Sanctam* que la Iglesia

haya recibido de Dios ambas espadas, la espiritual y la mundana (delegando luego, en forma revocable, la espada mundana al emperador) fortalece con esto la idea de que la Iglesia disponga de una jurisdicción general, fundamental, sobre cualquier controversia.

Algunos decretalistas sacan de lo anterior audaces conclusiones, como la teoría de que el papa pueda otorgar dispensación de toda clase de normas legales, inclusive de requisitos arraigados en el derecho natural; es evidente que los juristas que circundaron a reyes y emperadores se pusieron a elaborar teorías para frenar tales exorbitantes reclamaciones papales.

Como ya dijimos: el derecho aplicado en los tribunales eclesiásticos fue básicamente el canónico, pero luego el romano-bizantino (justiniano) debía llenar las lagunas del derecho canónico, en caso de ser esto moral y teológicamente aceptable. De esta íntima colaboración entre ambos derechos surgió una serie de interesantes influencias del canónico sobre el romano en sus reinterpretaciones medievales, que luego a menudo repercutieron en los derechos estatales.

2. IGUALDAD DE TODOS ANTE LA LEY

Así, los canonistas apoyaron el principio moderno (que tan difícilmente pudo imponerse, pero que finalmente triunfó en la revolución norteamericana y, pocos años después, en la Revolución Francesa), de la igualdad del individuo ante el derecho, una igualdad ahora simbolizada en las representaciones alegóricas de la Justicia mediante la venda que ella tiene ante los ojos.¹

Sin embargo, no puede afirmarse que la Iglesia siempre haya estado obsesionadamente del lado de tal igualdad: por ejemplo, su actitud para con los judíos ha sido vacilante. Desde luego, éstos no eran cris-

¹ Es curioso que esta venda entró en las alegorías como burla, como crítica. Su idea es: "la pobre señora Justicia no puede hacer un buen trabajo; está llena de buena voluntad, pero anda vendada, da golpes en la oscuridad y sólo de vez en cuando, por casualidad, acierta mediante sus sentencias". Pero luego la alegoría sería adoptó este símbolo y convirtió la burla en alabanza: "la señora Justicia es imparcial: se pone una venda para no darse cuenta de quiénes, individualmente, están delante de ella; influentes y simples ciudadanos; ricos y pobres; eruditos e ignorantes: todos valen en forma igual deante de ella". Ante este viraje de la alegoría sería, también la caricatura tuvo que cambiar de signo, y así vemos en el edificio de San Ildefonso, en un fresco de Orozco, cómo la tramposa Justicia, totalmente corrompida, levanta con un dedo un pedacito de la venda, para ver quiénes exactamente están alegando allí...

tianos, pero, por otra parte, tuvieron en el Antiguo Testamento una plataforma común con el cristianismo; además, Cristo había sido un judío creyente —probablemente se podría calificarlo como un rabí—; y el Nuevo Testamento, describiendo el triunfal regreso de Cristo, menciona que los judíos serán testigos del mismo, de manera que había cierto interés eclesiástico en guardar cuando menos a algunos judíos con vida, para no frustrar tal profecía. Así, Inocencio III expide en 1199 la famosa *Constitutio pro Judaeis*, en que toma a los judíos bajo protección eclesiástica.² Sin embargo, se trata de una norma más bien platónica: los tribunales canónicos no admitieron demandas de judíos contra cristianos,³ o el testimonio de judíos contra cristianos; y las autoridades eclesiásticas generalmente no estuvieron excesivamente activas en la defensa de los judíos contra los pogromes que, sobre todo desde el fracaso de la Segunda Cruzada, se sueltan contra aquel grupo de la humanidad que entre todos ha tenido (y sigue teniendo) la historia más extraordinaria.

Los derechos seculares se inspiraron en esta actitud ambivalente; no combatieron globalmente a los judíos; reyes y emperadores los tomaron bajo su protección (cobrando por ésta impuestos especiales), pero al mismo tiempo los humillaron, obligándolos a indumentaria especial, imponiéndoles el deber de vivir juntos en *ghetos*, y castigando a menudo con la hoguera las relaciones sexuales entre judíos y cristianos.⁴

Además, tanto los derechos estatales como el canónico castigaban severamente la reconversión de judíos cristianizados, a su fe original (como veremos, la historia novohispana también muestra, sobre todo hasta mediados del siglo xvii, casos dramáticos de la aplicación de la pena capital a tales “judaizantes”, a cuyo respecto la Inquisición “relajó” —o sea abandonó— las víctimas de su justicia al brazo secular, para que el Estado ejecutara las sentencias dictadas por la Iglesia). En la vida cívica, además, el ex judío, ya bautizado cristiano, era objeto de discriminación *de iure* y *de facto*, una discriminación que podía extenderse por algunas generaciones; sin embargo, habilidad, inteligencia

² Sin embargo, sólo en 1965 el Concilio Vaticano II decidió por mayoría de votos —ni siquiera por unanimidad!— que los judíos de hoy no pueden ser considerados responsables de la crucifixión: el pueblo judío ha dejado de ser deicida...

³ Para todo esto se recomienda la excelente obra de Guido Kisch, *The Jews in medieval Germany*, 2ª ed., Nueva York, 1970. Para este dato concreto, véase p. 245.

⁴ Kisch, *op. cit.*, p. 205.

y mérito (en fin, la raza queda, aunque la religión se cambie) podían obtener de la Corona una exención del régimen discriminatorio de los conversos.⁵

3. LIQUIDACIÓN DEL AMBIENTE FEUDAL

Un aspecto típico de aquel sistema polimorfo que llamamos “feudalismo” (sin poder encontrar una definición satisfactoria que cubra todos los aspectos a los que ha dado lugar en su evolución, a través de tantas regiones dentro y fuera de Europa)⁶ ha sido la confusión de aspectos patrimoniales privados y soberanos. Los canonistas ayudaron a separar paulatinamente estas dos facetas de la vida del poder y de los poderosos.⁷

4. LA CORPORACIÓN Y SUS DIRECTORES

También las discusiones sobre la facultad de la Iglesia de proceder contra su propio papa, ofrecieron interesantes materiales para las posteriores teorías extracanjónicas respecto de las relaciones entre el Estado y sus órganos, o entre la asociación o sociedad y sus administradores. Observemos al respecto que los canonistas medievales no estuvieron de acuerdo en entregar la Iglesia incondicionalmente a la voluntad y al arbitrio del papa, y Graciano⁸ prevé inclusive la posibilidad de que la Iglesia enjuicie al papa en caso de considerar que éste se haya apartado de la fe correcta.

⁵ Varios famosos clérigos —e inclusive beatos y santos— nacieron en el seno de tales familias de conversos. Tomás de Torquemada, organizador de la Inquisición española, o Santa Teresa de Ávila, pueden servir de ejemplo.

⁶ Para los rasgos del feudalismo, véase G. F. Margadant, *Panorama de la Historia Universal del Derecho*, 3ª ed., Méx., D.F., 1988, p. 150; con más amplitud: F. L. Ganshof y V. Caenegem, *Qu'est-ce que la Feodalité?*, 4ª ed., Bruselas, 1968, p. 11 y ss.; o la y V. Caenegem, *Qu'est-ce que la Feodalité?*, 4ª ed., Bruselas, 1968, p. 11 y ss.; o la mencionada Bibliografía-Gilssen, Bruselas, 1972.

⁷ Para Francia y muchos países que recibieron luego el impacto de la Revolución Francesa, fue solamente a raíz de este importante evento que se estableció una clara separación entre el ingreso particular del Rey y los ingresos del patrimonio público; con el primero el Monarca puede hacer lo que quiera; los demás ingresos quedan bajo control del Parlamento. En la discusión después de la caída del Sha de Irán encontramos que en aquel país todavía hubo mucha confusión al respecto.

⁸ Dist. 40, cap. 6.

5. VOTACIONES

También la discusión canónica sobre la validez de las múltiples votaciones, previstas en las organizaciones eclesíásticas, llama la atención. El principio benedictino, que el Concilio Laterano IV (1215) extendió a la Iglesia en general, de que una mayoría (*maior pars*) no basta, ya que, además, debe tomarse en cuenta la opinión más razonable (*sanior pars*), vino a complicar las cosas, y una generación después del Concilio mencionado Gregorio X decidió que una mayoría de dos tercios crea la presunción de que la *maior pars* coincida con la *sanior pars*, regla que luego encontramos en el *Liber Sextus*.⁹

6. RAZÓN DEL ESTADO

Importantes discusiones canónicas versan sobre la cuestión de saber en qué circunstancias la Iglesia puede pasar por encima de sus propias normas, por considerar los jefes eclesíásticos que la razón de estado, la *ratio status*, así lo requiere. El antiguo dicho romano de *fiat iustitia, pereat mundus* —“la justicia debe prevalecer, cueste lo que cueste”—, desde luego es peligroso para una organización, firmemente anclada en la realidad, con poder y patrimonio, como es la Iglesia, y diversas teorías canónicas vienen a dar más flexibilidad al principio del riguroso cumplimiento con el derecho establecido.

7. LOS DIVERSOS NIVELES DEL DERECHO

La Iglesia también intenta llevar más claridad al tema de las diversas categorías del Derecho, proponiendo finalmente una distinción entre los derechos humano, natural, divino y eterno, a cuyo respecto la Suma Teológica de Santo Tomás hizo aportaciones decisivas.¹⁰ También el ideal de la *aequitas* inspiró la teoría y práctica de los canonistas: en manos de los clérigos alrededor de la Corona inglesa medieval la *aequitas* produjo aquel tribunal de *equity*, bajo el mando del Canciller de

⁹ C.9.1.6.

¹⁰ Véase *Quaestiones* 90-97, por ejemplo en la traducción inglesa publicada por Gateway, Chicago, [s.f.] (St. Thomas Aquinas, *Treatise on Law*), con introducción por Stanley Parry.

la Corona (que hasta Tomás Moro siempre fue un clérigo), y este tribunal creó, paralelamente con el tradicional *Common Law*, aquella segunda rama del derecho anglosajón, la *Equity*, que a menudo corrigió soluciones poco satisfactorias del *Common Law*, adaptando el derecho inglés a nuevos niveles de sensibilidad jurídica, y creando instituciones flexibles —como el *trust*—, que subsisten en la actualidad.

8. LA COSTUMBRE JURÍDICA

También al tema de las relaciones entre derecho escrito y costumbre, con el problema de determinar cuándo puede hablarse de una costumbre jurídicamente válida y si ésta, entonces, podrá derogar o abrogar la norma escrita, los canonistas hicieron importantes contribuciones, exigiendo, por ejemplo, para la validez jurídica de una costumbre, al lado de la repetición uniforme de la conducta, la *opinio necessitatis*, o sea la convicción por parte de los que así se comporten, de que uno realmente debe comportarse de esta manera.

9. LA TEORÍA DEL PODER

También el origen de la autoridad ha sido analizado desde varios ángulos por los canonistas. El peligroso principio de San Pablo, de que toda autoridad es derivada de Dios ¹¹ es combinado con otros principios y consideraciones, y la teoría política posterior debe mucho a las respectivas discusiones canónicas, con su riqueza de argumentos. Mencionemos al respecto la teoría de las dos espadas, presentada por Gelasio (492-496), que ofrece puntos de partida para dos interpretaciones (la imperial, de que Dios haya dado sendas espadas a sendos poderes, papa y emperador; y la papal, de que Dios haya dado ambas espadas al papa, el cual luego confió la espada mundana al emperador mediante mandato revocable). Esta teoría dio lugar a una polifacética literatura, que contribuyó a la ciencia política occidental.

¹¹ Rom. 13, 1 y 2.

10. DERECHO DE FAMILIA Y SUCESORIO

En el derecho de familia, la Iglesia, aceptando al respecto la tradición germánica y la hebrea, calcula desde el siglo VII los grados de parentesco en forma distinta de lo que aconseja el derecho romano, de manera que en el derecho canónico los hermanos, por ejemplo, que son parientes de segundo grado según el sistema romano, resultan ser parientes de primer grado en el canónico.¹²

Alrededor del siglo X, la Iglesia, molesta ante la dispersión de los derechos locales al respecto, comienza a uniformar el sistema del matrimonio, aprovechando elementos del derecho romano, costumbres germánicas y la Biblia, y convirtiendo el matrimonio en sacramento; ve esta institución, además, como símbolo de la unión de Cristo con la Iglesia, y añade elementos de protección, en bien de la esposa y de los hijos. La prohibición de casarse con personas que lleven con uno un parentesco demasiado cercano, se amplía hacia un límite de doce grados (cosa exagerada; ¿quién conoce a sus parientes dentro de doce grados, o siquiera dentro de seis?). Este nuevo rigor luego es suavizado mediante la posibilidad de obtener dispensas. El hecho de que la Iglesia, titular de los registros del estado civil, tenía más información sobre cuestiones de parentesco, que los particulares, pudo dar en ocasiones una posición ventajosa a la Iglesia para con familias influyentes, que de buena fe habían celebrado algún matrimonio dentro de los grados prohibidos. El rigor de la Iglesia a este respecto se agravó más aún, cuando la Iglesia añadió al parentesco natural, otro artificial, como el que nace del hecho de haber sido madrina o padrino en un bautizo.

Los requisitos para un matrimonio válido forman un importante tema de discusión y reglamentación canónicas, tema que encuentra finalmente una clara expresión en el canon *Tametsi* de los decretos tridentinos.

La Iglesia intensificó el control sacerdotal sobre la celebración del matrimonio; paulatinamente, el original elemento consensual retrocedió ante el elemento formal, la bendición nupcial; con éxito, la Iglesia combatió los matrimonios carentes de publicidad, inclusive secretos, y el Concilio Tridentino confirmó este desarrollo, haciendo la presen-

¹² El origen de este sistema canónico de calcular los grados se halla en las *Decretales* pseudo-isidorianas, aquella falsificación ya mencionada, que luego penetra en las fuentes oficiales del derecho canónico.

cia del sacerdote y de otros testigos esencial para la validez del acto. A pesar de la fórmula (no obligatoria, pero usual) de *Ego vos in matrimonium conjungo*, estrictamente hablando el sacerdote no “celebra” el matrimonio: sólo es un testigo de alta categoría, un testigo *spectabilis*.

Ya desde el importante Concilio Laterano IV, de 1215 (que tantas veces mencionaremos), la Iglesia exige, además, la publicación previa de las bandas matrimoniales, invitando así al público en general a colaborar con el control de los requisitos positivos y negativos.

España (desde 1564, cuando “nacionalizó” las normas tridentinas), Francia (1579) y otros países católicos llevaron las normas canónicas sobre el matrimonio hacia su derecho estatal. En Francia, esta obediencia a los principios canónicos continuó hasta la Revolución francesa, dos siglos después; México independizó su derecho matrimonial durante la Reforma juarista; Alemania en 1876, etcétera; pero aún después de separarse en esta materia de la presión eclesiástica, las normaciones estatales continuaron llevando muchas huellas del derecho canónico.

Desde la institución del matrimonio, la Iglesia extendió la jurisdicción de sus tribunales hacia el adulterio, la legitimidad de descendientes, tutela y aspectos matrimoniales del matrimonio (dote, gananciales, etcétera).

En cuanto al divorcio, tan frecuente en el Antiguo Testamento y en la práctica germánica, la Iglesia dio una interpretación severa a Marco 10.11/12, Lucas 16.18, Mateo 5.31/32 y las cartas de Pablo (Cor. I, 7.10/11 y Efesos 5.31/32), a pesar de que uno podría sacar de Mateo 5.31/32 la conclusión de que cuando menos el *adulterio* justifique el divorcio.¹³ Sin embargo, esta severidad queda suavizada por la posibi-

¹³ San Mateo 5/31/2 es un texto, difícil de volver inocuo por interpretación, y la Patristica muestra interesantes discusiones sobre la cuestión de si en caso de *adulterio* no pudiera admitirse el divorcio, pero la opinión que triunfó fue que en tal caso el marido engañado tenía el derecho (quizás inclusive el deber) de separarse de la esposa infiel, pero que no podía volver a casarse. Sin embargo, la situación alrededor de la institución del divorcio en el derecho canónico quedó un poco nebulosa, a pesar de intentos de papas como Nicolás I (858-867) de eliminarlo del panorama canónico; con el *Decretum* y las *Decretales* se estableció más claridad al respecto (véase *Decretum Gratiani*, C. 32, q.7 y ss.).

¹⁴ Montesquieu afirma: “He visto matrimonios: buenos —¡muy pocos!—, excelentes —¡ninguno!”. Uno puede reprochar al sistema canónico que esté inspirado en los inexistentes matrimonios excelentes o en los pocos buenos. Por otra parte, el derecho es un buen instrumento educador, y la severidad canónica en este punto cuando menos tiene la ventaja de obligar a las partes a pensarlo mejor, antes de decidirse al matrimonio, y de acostumbrarlas a cierta tolerancia y flexibilidad, si éste no resulta tan bueno como se había esperado.

lidad de una separación *a mensa et a tora*, pero que no permite volver a casarse, de manera que uno sólo canjea el infierno de una mal ajustada convivencia, contra el otro infierno de celibato y castidad. Detrás de este rigor (que tardó varios siglos en imponerse en la práctica) hallamos aquel mencionado simbolismo del matrimonio como algo análogo a la relación Cristo-Iglesia, relación que por su naturaleza, desde luego, es indisoluble.¹⁴ Por otra parte, las teorías canónicas sobre la nulidad *ab initio* de ciertos matrimonios a veces aportaron solacio.

Importante fue también, en tierras de misión, la discusión eclesíastica acerca de situaciones polígamas de recién conversos (en fin, el Antiguo Testamento muestra que la poligamia no es incompatible con el derecho natural), y como la poligamia florecía sobre todo en nivel de *aristócratas* indígenas, con los cuales convenía llevar buenas relaciones, había fuertes argumentos pragmáticos para permitir que la poligamia de los conversos (de todos modos un fenómeno sólo transitorio), se extinguiera gradualmente por el hecho de ya no permitir nuevos matrimonios polígamos, cristianos.¹⁵

Respecto de segundos matrimonios, de viudos o viudas, el derecho canónico adoptó una actitud de ligera desconfianza,¹⁶ continuando una tendencia que ya encontramos en la fase cristiana del derecho romano y romano-bizantino. Para la Iglesia, lo mejor era, desde luego, el celibato, estado de virginidad y castidad, actitud inspirada en San Pablo;¹⁷ luego, como línea de defensa para el caso de los que no aguanten tal celibato, "ardiendo demasiado", viene el matrimonio entre un hombre y una mujer que no hayan tenido vida sexual; y sólo en último lugar viene el matrimonio con una viuda, un viudo o una mujer que haya perdido la virginidad fuera de matrimonio; y hay textos canónicos que califican a tales matrimonios como "bigamia".¹⁸

Excesivamente dura era la actitud de la Iglesia respecto de hijos ilegítimos,¹⁹ especialmente hijos de sacerdotes o nacidos de adulterio o incesto: el pecado en cuestión no sólo sería castigado en los padres, sino

¹⁵ Véase G. F. Margadant, "Del matrimonio prehispano al matrimonio cristiano", *Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano*, Quito, vol. VI, 1980, pp. 515-528.

¹⁶ *Decretum Gratiani*, C.31.q.1.c.8; D.33.c.2; D.34.c.9.

¹⁷ *I Cor.*, 7.

¹⁸ J. Brissaud, *op. cit.*, p. 155, nota 2.

¹⁹ La terminología sigue siendo extraña; cf. la observación de Clara Campoamor en la Constituyente española de 1931 de que los verdaderos ilegítimos son los padres, y que todos los hijos son naturales, ya que no hay (o cuando menos en 1931 no hubo) otro procedimiento más que el natural para traer hijos al mundo...

también en tales hijos, tachados de *macula bastardiae* (por ejemplo, tales hijos no podían heredar de sus padres). Pero contra este fondo de severidad también encontramos algunos rasgos humanitarios; así, el derecho canónico estipula que los hijos ilegítimos, inclusive nacidos *ex damnato coitu* (adulterio, incesto, violación de un voto de castidad), aunque incapaces de heredar de los padres, cuando menos tenían derecho a manutención y educación durante su minoría de edad.²⁰ También hubo facilidades en el derecho canónico para la legitimación, además de la obligación del seductor de casarse con la seducida, o darle una dote si se casara con un tercero (la obligación de *duc vel dota*).²¹

El derecho canónico amplió el campo de la representación jurídica hacia la *testamenti factio* (reconociendo como válido el mandato de hacer un testamento en representación del mandante, solución rechazada por el moderno derecho mexicano, aunque en el derecho novohispano abundan los testamentos hechos por comisión); asimismo permitió el matrimonio por poder (institución que México sigue reconociendo).

La Iglesia mostró también un vivo interés en la materia sucesoria, no sólo con el fin de dar un tratamiento equitativo a los difuntos, cuya última voluntad queda a menudo impunemente frustrada y que, hasta donde sepamos, ya no pueden defenderse solos, sino también por el hecho de que en la Edad Media y después (por ejemplo en la fase novohispana), pocos han sido los testamentos que no contuvieran algún favor para la Iglesia (gran parte de la riqueza eclesiástica encontró su fuente en los testamentos). El derecho canónico introdujo más flexibilidad en las formalidades testamentarias, a cuyo respecto ayudó el informalismo recomendado por Mateo 18.16, que lleva hacia 2.13.2.4. del *Decretum Gratiani*. A causa de la escasez de notarios —y, en general, de personas hábiles con la pluma—, y la comodidad de combinar la redacción de la última voluntad, con la confesión y los últimos óleos, en la práctica fueron los clérigos quienes intervinieron en la redacción de los testamentos. Además, en esta materia la Iglesia tuvo el mérito de introducir más claridad en la vía legítima, mediante su gráfico *Arbor Consanguinitatis*, de alrededor de 1300.

²⁰ Brissaud, *op. cit.*, p. 206.

²¹ Brissaud, *op. cit.*, p. 207.

En el mundo hispano, los Borbones se esforzaron —finalmente con éxito— en trasladar la jurisdicción sobre conflictos sucesorios desde los tribunales eclesiásticos hacia los estatales.²²

11. DERECHOS REALES

Con base en textos justinianeos, los canonistas ayudaron a desarrollar con más claridad la distinción entre el *ius ad rem* y el *ius in re*.

En materia de apropiación ha sido apreciable la lucha de los canonistas en contra de la ruda tradición (arraigada en la práctica germánica) de apropiarse de los restos de naufragios, viciosa costumbre que inclusive propiciaba la provocación de naufragios mediante “faros” despistadores en las costas.

Bajo impulso de los canonistas, se extendieron las acciones posesorias, desde el campo de cosas tangibles hacia el de los derechos; y en beneficio de personas, desposeídas violentamente, el derecho canónico creó una *exceptio spoli*, fundada en el principio de que *spoliatus ante omnia restituendus est*; como consecuencia de esta *exceptio*, en los casos de clérigos, acusados de algún delito y al mismo tiempo privados violentamente de algún beneficio eclesiástico, el acusado podía hacer suspender el procedimiento canónico-penal en contra de él, mientras que no le hubiesen devuelto aquel beneficio. El origen de este sistema se encuentra en una norma canónica falsificada, atribuida fraudulentamente a San Isidoro, que luego encontramos como el canon *Redintegranda* en el *Decretum Gratiani* c.3.C.3.9.1. Esta protección de la posesión, además, no se limitó a los casos romanos de una desposesión *vi, clam aut precario*, sino que el ex poseedor quedó amparado inclusive en casos que por algún tecnicismo no cupieran exactamente dentro de estas tres categorías; y también se protegía al ex poseedor contra terceros de buena fe, ya que bastaba que aquél simplemente comprobara el hecho de su posesión anterior y, además, que no hubiera contribuido con libre voluntad a la desposesión.

A esta *exceptio spoli*, que era —como toda excepción procesal— un argumento en labios del demandado, pronto se juntó un argumento que podía ventilarse en forma de acción: la *condictio ex canone redin-*

²² G. F. Margadant, *La Política de Carlos III respecto de la Iglesia Novohispana*, Memoria V, Congreso Inst. Internacional de Historia del Derecho Indiano, III, Valladolid, 1986.

tegranda.²³ Pero esta generosa extensión de la protección posesoria luego sufrió recortes, quizás justificados por la mejora general del ambiente jurídico, en virtud de la cual las rudas vías de hecho dejaron de ser la preocupación número uno del legislador; después de esta expansión de la protección forense a la posesión observamos que el desposeído, al mismo tiempo acusado de algún crimen serio, perdió el acceso a la *exceptio spoli*; además, los plazos a la disposición del desposeído para presentar y probar sus argumentos, se acortaron, y la *Decretal Saepe contingit*, de Inocencio II (1215) inutilizó la mencionada *condictio ex canone redintegrandae* en contra de terceros que hubieran obrado de buena fe.

El derecho canónico también contribuyó a la idea de que sin buena fe no puede alegarse la prescripción (cf. el refrán continental de que “cien años de injusticia no producen un solo año de justicia”).²⁴ Brissaud liga esta mayor severidad para con la prescripción al hecho de que ésta constituye una necesidad, más bien en el marco de una sociedad desordenada que dentro de un sistema jurídico-social que refleje cierto orden, de manera que a fines del siglo XII, cuando la situación general en Europa occidental ya se había mejorado considerablemente —después de los “siglos oscuros”—, los responsables del derecho ya pudieron permitirse el lujo de introducir este elemento de moralización en la práctica jurídica, impidiendo que una posesión de mala fe por el simple transcurso del tiempo pudiera transformarse en propiedad. Sin embargo, los derechos estatales no siempre siguieron esta iniciativa por parte de los canonistas, y en la actualidad, los Códigos Civiles occidentales están divididos al respecto.

12. CONTRATOS Y OBLIGACIONES

En materia de obligaciones, el derecho canónico adoptó una actitud negativa frente a las formalidades de la contratación: *solus consensus obligat*, o sea: el simple consentimiento obliga, independientemente de la observación de ciertas formas (como hemos visto, esta actitud también prevalecía inicialmente en materia matrimonial, hasta que paulatinamente se introdujo en el matrimonio-sacramento un ambien-

²³ Brissaud, *op. cit.*, p. 319.

²⁴ Brissaud, *op. cit.*, p. 359.

te formal-eclesiástico, con la idea de que el elemento formal fuera esencial para la celebración del matrimonio, una *conditio sine qua non* —siempre al lado del *consensus*, que también seguía siendo esencial).

Además, el derecho canónico desarrolló la idea de que en todo contrato exista una cláusula invisible, pero eficaz: la de *rebus sic stantibus* o sea: si, de modo imprevisible, alguna circunstancia, íntimamente ligada a la intención de una de las partes, y existente en el momento de celebrarse el contrato, posteriormente cambia y llega a falsear en forma considerable el original equilibrio entre prestación y contraprestación, la parte perjudicada podrá exigir la renegociación de los términos de la relación contractual, o la anulación del contrato. Esta teoría de *rebus sic stantibus* (literalmente: “si las cosas quedan iguales”) tiene importancia en casos de fuerza mayor, intervenciones legislativas inesperadas, inflaciones, etcétera, y sigue jugando cierto papel en nuestro siglo veinte, tan rico en sorpresas.

También encontramos influencias canónicas en el tratamiento de la *laesio enormis* que encontramos en las fuentes justinianas: aquel desequilibrio entre un valor alto y un precio bajo, en una compraventa, una *laesio* que los juristas medievales luego extienden simétricamente al caso del *comprador* perjudicado, y luego, desde la compraventa, al campo general de los contratos²⁵ (cf. art. 17 del Código Civil distrital). Para ciertos casos, en que el desequilibrio llega a producir una injusticia de dos tercios, o más, del valor del objeto o del precio, los canonistas crean la institución de la *laesio enormissima*, con ventajas especiales para el actor.

Canonistas y romanistas también colaboraron para el refinamiento de la teoría de la necesidad (basada en textos justinianos), en el sentido de que, si una persona llega a encontrarse, sin culpa propia, en una situación de emergencia en la cual arriesgue la pérdida de su vida o de algún valor muy importante, podrá impunemente sacrificar valores ajenos en sus intentos de salvar sus propios intereses, principio a la vez sensato y peligroso, que necesita una nutrida discusión casuística, a la cual los canonistas han contribuido.

A menudo, un testador pone una cantidad de dinero, un rancho,

²⁵ G. F. Margadant, “La historia de la *laesio enormis* como fuente de sugerencias para la legislación moderna”, en *Bol. Mex. de Der. Comparado*, X.28-29, enero-agosto de 1977, pp. 31-48.

etcétera, a la disposición de alguna institución eclesiástica, para que los frutos sean utilizados para alguna obra piadosa: caridad, misas en beneficio de su alma, etcétera. En tal caso hablamos de una *pia causa*. Esta práctica nos lleva hacia el *trust* anglosajón o el moderno fideicomiso bancario en México: capitales, destinados a algún fin lícito, cuya realización queda encargada a alguna institución que debe administrar el valor entregado (fideicometido), para que el fin indicado pueda realizarse. Las teorías que luego surgieron acerca del derecho de propiedad sobre tales bienes y valores confiados, y respecto del destino de los bienes y valores en caso de terminarse el encargo por alguna razón, ya predibujan las modernas discusiones sobre la propiedad en el fideicomiso. A veces, tal *pia causa* dio lugar a la creación de una nueva persona jurídica (un "fondo piadoso", etcétera), y no simplemente a una entrega en administración, hecha a una persona jurídica ya existente. En tal caso, estamos en presencia de una "fundación", un patrimonio destinado a una finalidad, con personalidad propia, y administrado por personas que no son sus propietarios o socios. Como la administración del creciente patrimonio de la Iglesia puso a los canonistas en contacto con muchos de tales fideicomisos y fundaciones, ellos han contribuido con sus teorías y controversias a la estructura jurídica de las modernas instituciones que de las *piae causae* nacieron.

Como tales *piae causae* habitualmente tuvieron a algún Santo o la Virgen como patrón, también hubo teorías canónicas en el sentido de que el verdadero "propietario" del patrimonio de la *pia causa* fuera tal patrón (y, curiosamente, en el Estado de México conozco todavía un caso de un terreno que "pertenece a la Virgen", con cuyo producto, obtenido por trabajos agrícolas colectivos, se sustentan ciertas ceremonias y fiestas para la Virgen). Pero la teoría que finalmente triunfó, era que la fundación es una persona jurídica, que como tal es propietaria del patrimonio en cuestión.

Tales fundaciones religiosas, con antecedentes en el derecho romano pre-cristiano, pero con enorme auge cuantitativo y organizatorio desde el triunfo oficial del cristianismo en el siglo IV, debían ser aprobadas por el obispo (véase Digesto 10.3.36.4) y con el tiempo, el Estado comenzaba a contemplarlas con cierta desconfianza y antipatía: la inmovilización de tantos inmuebles en manos de fundaciones (o sea, su colocación en "manos muertas", su "amortización") tenía inconvenien-

tes fiscales (la circulación de bienes inmuebles produce habitualmente varios derechos e impuestos), de manera que, después de una fase en la cual los Estados occidentales se limitaron a vigilar que no se hicieran cosas indebidas con el patrimonio de tales fundaciones, viene una época (en Francia, por ejemplo, desde 1749) en la que la aprobación previa por parte del Estado era esencial para la creación de una nueva fundación. Inglaterra no participó en esta tendencia negativa, y allá, para la educación y otras tareas culturales, la abundancia acumulada de las fundaciones ha sido de gran estímulo, aligerando en la actualidad las respectivas cargas financieras para el Erario. También los EEUU son un paraíso de fundaciones, y para muchas tareas de investigación, conservación o edición de cierta importancia cultural, vale la pena recurrir a algún especialista del laberinto de las fundaciones, aunque haya que pagarle una comisión. Por otra parte, el dogma liberal de que los bienes deben estar en circulación, con ayuda de mercados ágiles y libres, y además el hecho de que muchas fundaciones tengan un olor eclesiástico (lo cual provoca desconfianza respecto del fenómeno general de la fundación, en círculos anticlericales) en muchos países han perjudicado al fenómeno de las fundaciones. Muchos alegan que los muertos no tienen derecho de complicar la existencia a los vivos, bloqueando para siempre importantes fortunas, en bien de sus viejos caprichos...

13. DERECHO PENAL

La Iglesia ayudó a eliminar la venganza privada en materia penal, colaborando al respecto con el emperador, los reyes y varias importantes ciudades. Durante toda la Edad Media podemos observar aquella lucha en la que los poderes estatales, ligados a la Iglesia, trataron de reprimir la tradicional tendencia germánica de permitir que la familia de alguna víctima imponga al culpable o miembros de su familia un castigo proporcionado al delito, mediante la venganza privada; y la Iglesia está muy de acuerdo con el Estado en que sólo la autoridad eclesiástica o estatal debe castigar.

En la prohibición de la venganza privada en determinados lugares, específicamente protegidos por la Paz de Dios (la Iglesia, el camino hacia la Iglesia, el cementerio, etcétera) encontramos las primeras ma-

nifestaciones de la tendencia moderna de sustituir aquel derecho privado a la venganza (un derecho, no de individuo a individuo, sino de familia a familia) por el moderno derecho del ofendido y de otros, de presentar una denuncia ante la autoridad.

Debemos a la Iglesia también la tendencia de sustituir la pena de muerte por la de encarcelamiento (que otorga al reo condenado una posibilidad de rehacer sus cuentas con la justicia sobrenatural). Para que el encarcelado mejore su situación ante el tribunal divino, empero, su sincero arrepentimiento es esencial.

Positiva ha sido también la crítica de los canonistas respecto de las penas de mutilación, que hacen tanto más difícil el regreso del reo a una vida cívica normal y útil.

Reconozcamos, empero, que la filosofía canónica del castigo, viéndose éste como un intento de restablecer el perturbado orden sobrenatural mediante una expiación, basada en sincero arrepentimiento, no corresponde a las ideas seculares, actualmente en vigor, que interpretan el castigo como un intento de defender el grupo social, de rehabilitar al reo, y de obtener cierta indemnización para la víctima o sus causahabientes.

Por otra parte, para una persona con sensibilidad secular moderna, parece objetable la tendencia canonista de equiparar los conceptos de delito y pecado, una equiparación que convierte en materia penal-estatal diversos pecados como blasfemia, herejía, y algunas prácticas sexuales que —cuando menos a la luz del criterio que prevalece actualmente en los países occidentales— no tienen suficiente trascendencia social como para imponer sanciones estatales.

Curiosa ha sido, también, la actitud negativa de la Iglesia frente al pecado-delito de la usura, actitud basada en Deut. 22.19.20, Levítico 25.36.37 y Salmos 14.15, por lo que se refiere al Antiguo Testamento, y en Lucas 6.35 en cuanto al Nuevo Testamento, a cuyos textos se añade luego la autoridad de Aristóteles con su opinión de que “el dinero no engendra dinero” (no cada opinión de los grandes autores admirables, es admirable . . .). Al impacto de esta actitud negativa eclesiástica, se escaparon los judíos, ya que no pertenecieron a la Iglesia (mientras que, por otra parte, debían ser tolerados en el mundo cristiano, por razones ya expuestas); y como no podían entrar en los gremios y consulados ²⁶

²⁶ Consulados, en este sentido, son gremios de mercaderes, a menudo con autonomía reglamentaria y jurisdiccional.

(que tenían un marcado ambiente religioso, con santos patronos, ceremonias católicas, etcétera), muchos de ellos se sintieron llevados hacia la profesión bancaria, en la cual desarrollaron gran habilidad. En el ámbito cristiano, por otra parte, la prohibición de la usura obligó a muchas personas, activas en la vida económica, a buscar toda clase de subterfugios formales y simulaciones. Cabe notar que la Iglesia misma solía cobrar réditos —aunque generalmente modestos o cuando menos razonables— por sus frecuentes préstamos, considerando que ella estuvo moralmente justificada al respecto, ya que estaba administrando el “tesoro de los pobres”.

Desde el siglo xiv, algunos canonistas buscaron argumentos para poder suavizar dicha prohibición, autorizando, por ejemplo, ciertos intereses en compensación del *damnum emergens* del acreedor (o sea de la disminución de su patrimonio, causada por el préstamo en cuestión si éste le hubiera impedido evitar ciertos daños patrimoniales); en cambio, el *lucrum cessans*, el no-aumento de su patrimonio, causado por el hecho de tener su dinero inmovilizado en aquel préstamo, todavía no fue reconocido como justificación de réditos.

Además, los Montes de Piedad, *Montes Christi*, desde 1463 (Orvieto), que tenían la función social de ayudar a los pobres, prestándoles dinero sobre prendas, recibieron el permiso de cobrar un rédito modesto, en compensación de sus gastos de administración.

Las teorías protestantes (Calvín, en la próspera ciudad de Ginebra, con una intuición más viva respecto de las necesidades del joven capitalismo que Lutero, hijo del campo) combaten la actitud teológica negativa respecto de los réditos, y poco a poco las excepciones a la prohibición, disimuladas o no, llegan a abundar. Cuando la Revolución Francesa por fin reconoce la legalidad de los réditos (2.X.1789), la Iglesia francesa permite a los acreedores aprovechar esta licencia, otorgada por el derecho estatal, “hasta que la Santa Sede dé a conocer su opinión definitiva al respecto”, una opinión que nunca ha sido formulada. Los canonistas modernos se ajustaron a la nueva tendencia occidental general, aceptando ahora también el *lucrum cessans* como justificación, además del riesgo aceptado por el acreedor e inclusive la autorización dada por el legislador estatal (permitiendo, según parece, que éste pueda ir a veces en contra de normas formuladas en la Biblia, ¡cosa extraña!).²⁷

²⁷ Brissaud, *op. cit.*, pp. 524-526.

14. EL DERECHO PROCESAL

Se ha criticado a menudo el lento y laborioso procedimiento canónico, construido básicamente con materiales justinianos,²⁸ pero no debe olvidarse que, por otra parte, a partir de sugerencias dispersas en diversos lugares del *Corpus Iuris Civilis*, las *Clementinae* crearon el juicio sumario para casos de evidente urgencia. El canon en cuestión es el *Clementina Saepe*, quizás ligado al *Corpus Iuris Civilis* a través de legislaciones italianas locales de aquella época.²⁹

Otro mérito de los canonistas ha sido el de ayudar a eliminar el absurdo medio probatorio germánico de los co-juradores, personas que sin conocer los hechos del caso, juraron solemnemente que éstos se habían desarrollado en cierta forma, declarándose dispuestos a sacrificar sus perspectivas de alcanzar el cielo, en caso de equivocarse. Su parentesco con el reo, o su fidelidad feudal, los obligaba a menudo a este juramento, que, desde luego, no ofrecía un camino recomendable para que el juez pudiera conocer los verdaderos hechos. Sin embargo, en conflictos relacionados con el matrimonio, el procedimiento canónico conservó por mucho tiempo la intervención de tales cojuradores.

También ha sido loable la lucha de la Iglesia contra los "juicios de Dios", las ordalías (prueba del agua, del hierro candente, el duelo judicial, prueba del féretro, del aceite hirviente, etcétera, medios probatorios novelescos —y que efectivamente han dado lugar a bellas páginas literarias— Bergengruen, Troyat, Hebbel—, pero reprochables desde un punto de vista jurídico secular). A pesar de que en el fondo de estas pruebas hallamos una convicción enternecedoramente religiosa (de que Dios, siendo justo, ya intervendrá con un milagro en tales procedimientos probatorios con el fin de obtener una victoria de la justicia), la Iglesia decidió combatirlas. El Cuarto Concilio Laterano (1215) prohibió la ayuda de clérigos en el desahogo de esta clase de pruebas, y paulatinamente cayeron en desuso (aunque en procesos contra brujas, después del Renacimiento aún, la prueba del agua a veces jugó todavía un papel).³⁰

²⁸ Chiovenda. *History of Continental Legal Procedure*, Boston, 1927, reimpresso en Nueva York, 1969, p. 87.

²⁹ Hipótesis de Wach, en *Der Italienische Arrestprozess*, obra que no he podido localizar.

³⁰ Esta "prueba" cuenta con una tradición que podemos seguir hasta el Código de Hamurabi, unos 17 siglos antes de Cristo.

En materia procesal-penal, la sustitución del sistema acusatorio —no siempre el más eficaz para combatir la delincuencia— por una persecución pública, independiente de la actividad procesal de la víctima del delito, puede considerarse como un progreso (aunque esté ligada al nombre de la Inquisición, que provoca una reacción emocional tan negativa en nuestro público moderno). También el desarrollo del Ministerio Público, desde mediados del siglo XIII, con su acusador público o “fiscal”, debe estímulo a la práctica canónica. El hecho de que cualquier rumor, cualquier *diffamatio*, podía justificar que la justicia eclesiástica tomara cartas en el asunto, independientemente de la cuestión de si hubiera o no una acusación formal por parte de algún perjudicado, demostró ser una sensata contribución a la lucha contra el delito.

El derecho arrogado por la Iglesia (con base en prácticas mediterráneas inclusive pre-cristianas) de conceder asilo en sagrado, aun en múltiples casos en los que la autoridad estatal tuviese un vivo interés en el arresto del reo, a menudo ayudó para proteger a personas —inocentes o culpables— contra venganzas indebidas, actos impulsivos o castigos excesivos. Poco a poco, en el mundo hispano, sobre todo bajo los Borbones, este privilegio de la Iglesia de otorgar asilo, le fue quitado.³¹

Otro interesante rasgo canónico-procesal era la frecuencia de los juramentos, en diversos momentos de los procesos (por ejemplo, la eficacia de una sentencia civil quedaba sujeta al juramento del vencedor de que el contenido de la sentencia correspondía a la verdad).³² El juramento, empero, sólo puede tener un resultado en un ambiente en que casi todo el mundo sea sinceramente cristiano; si no, se convierte en una ventaja institucionalizada en bien de los tramposos. Las Leyes de Reforma, en México, en 1859, ya suprimieron el juramento a nivel jurídico (en esto parecen confirmar el Sermón de la Montaña, que también rechaza el juramento),³³ y en muchos otros países ha desaparecido, en las últimas generaciones. En los EEUU, empero, a pesar de la separación entre Iglesia y Estado, el juramento ha conservado un lugar facultativo, en los tribunales.

En cuanto a la posición del juez frente a las partes, fuera del caso de la Inquisición debe decirse que, en general, el juez canónico medie-

³¹ G. F. Margadant, *La política de Carlos III respecto de la Iglesia novohispana*, Memoria V. Congreso Inst. Internacional de Historia del Derecho Indiano III, Valladolid, 1986.

³² Chioyenda, *op. cit.*, p. 893.

³³ Mateo, 5.33-37.

val quedaba sujeto a la voluntad de las partes (algo semejante a lo que observamos en el sistema formulario del derecho romano clásico, varios siglos antes de Justiniano): tenía menos autoridad que el juez moderno. Esta particularidad probablemente venía del ambiente del derecho romano, más inclinado a un "juez-umpire", que sigue la discusión entre las partes para decir finalmente quién ha sido más convincente, pero que no se mete personalmente en la lucha que se desarrolla delante de él.³⁴

15. EL DERECHO PROCESAL-PENAL Y LA INQUISICIÓN

En este momento conviene hacer una digresión hacia una creación especial de la Iglesia, quizás no muy apreciada por el lector: la Inquisición.³⁵ Sin embargo, esta nube negra no carece totalmente de ciertas orillas plateadas, como el lector verá.

³⁴ Chiovenda, *op. cit.*, p. 891.

³⁵ Es inmensa la literatura sobre la Inquisición; tiene niveles sensacionalistas, apolo-géticos, y también de buena objetividad histórica y de estudios analíticos jurídicos.

Para una orientación general el lector interesado encontrará fácilmente A. S. Turberville, *La Santa Inquisición Española*, México, FCE, 1973. La famosa obra de José Toribio Medina, *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en México*, Santiago de Chile, 1905, fue reeditada por J. Jiménez Rueda, en Fuente Cultural, México, 1952. Una seria investigación en fuentes dio lugar, también, a la obra de Seymour B. Liebman, *The Jews in New Spain; Faith, Flame and the Inquisition*, University of Miami Press, 1970, muy legible. Apolo-gético es, de Alfonso Junco, *Inquisición sobre la Inquisición*, México, Jus, 4ª ed., 1967. El reeditor de la mencionada obra de J. T. Medina (y autor del interesante Prólogo a la misma), Julio Jiménez Rueda, contribuyó a este tema con *Herejías y Supersticiones en la Nueva España*, UNAM, 1946. Aspectos especiales son tratados por Alfonso Toro, en su *La Familia Carvajal*, Ed. Patria, 1977, *Corsarios Franceses e Ingleses en la Inquisición de la Nueva España* (colección de documentos editados por el AGN y la UNAM con Prólogo de J. Jiménez, México, 1945), *Procesos Inquisitoriales y Militar seguidos a don Miguel Hidalgo y Costilla*, México, INAH, 1960, y *Documentos inéditos o muy raros para la Historia de México*, ed. Genaro García, reed. en Biblioteca Porrúa no. 60, México, 1975, con el proceso inquisitorial de Morelos documentado en pp. 252-280. En el núm. 58 de dicha Biblioteca Porrúa (también reed. de *Documentos inéditos*, etcétera, Genaro García), 2ª ed. 1974, el lector encontrará una interesante selección de documentos sobre la Inquisición; además, en el Boletín del AGN uno puede consultar también varias transcripciones de documentos inquisitoriales. Ed. Pallares publicó su *Procedimiento Inquisitorial*, UNAM, 1951, y existen sobre este tema varias tesis universitarias, entre las que sobresalen la de Miguel Ángel Rublúo, *Probanzas Inquisitoriales en Nueva España*, México, 1979 y la de Antonio Hernández Gómez, *El Proceso en el Tribunal del Santo Oficio*, México, 1981. Y para los fines de semana uno podría recurrir a Artemio de Valle-Arizpe, *Inquisición y Crímenes*, 2ª ed., México, 1958, ameno (hasta donde lo permite el tema) y novelesco.

La Inquisición fue creada en febrero de 1231 por Gregorio IX, mediante la Bula *Excommunicamos*, que todavía encontramos en el *Corpus Iuris Canonici*, X.5.7.14.

Ya antes, en 1139, el Concilio Laterano II había encargado a los príncipes estatales la persecución de las herejías, pero la eficacia de esta medida había sido modesta, y la insistencia de Alejandro III, en 1162 y 1163, no tuvo mucho más éxito que nuevos decretos respectivos, del Concilio Laterano III, en 1179. Lucio III dedica a este tema la Decretal *Ad abolendam*, que encontramos en el *Corpus Iuris Canonici* C.5,7,9 (l.XI.1185), que ordena a los obispos que supervisen lo que los príncipes y otras autoridades estatales hubiesen hecho (u omitido) en cuanto a la represión de herejías.

Inocencio III hace un nuevo intento de poner en marcha la lucha contra los herejes, con su Decretal *Vergentes in senium*, de 1199, que podemos consultar en el *Corpus Iuris Canonici* X.5.7.10, y luego el Concilio Laterano IV, de 1215, trata de poner algo de orden en estas diversas normas; pero ni este esfuerzo, ni tampoco unas leyes imperiales (de Federico II, 1220, 1224), o normas monárquicas francesas (1226, 1229), sobre este mismo tema dieron resultado, de manera que Gregorio IX decidió finalmente crear, mediante la citada Bula, este tribunal permanente.

Esta Bula dio a la Inquisición la facultad de investigar las herejías, y de condenar a diversas penas, inclusive a la pena capital, con la salvedad de que las penas corporales deberían ejecutarse por los poderes seculares, estatales, y no por los órganos de la Iglesia misma.

Los herejes que motivaron la creación de este tribunal especial fueron los Cataros, Albigenses y Waldenses, pero una vez aplastada esta oleada de herejía, con una crueldad que daría mal renombre al Infierno, la Inquisición seguía encontrando nuevos casos de herejía en qué ocuparse, además de extender su jurisdicción a varios otros pecados y delitos, como veremos.

La colaboración por parte de obispos, el pueblo y autoridades estatales, con este nuevo tribunal, no siempre ha sido ejemplar, y la Inquisición siempre tuvo muchas dificultades para poder trabajar eficazmente y conservar su prestigio social, con un grado soportable de seguridad personal para sus funcionarios: varios inquisidores, desde el comienzo, han sido asaltados e inclusive asesinados, de manera que los intentos originales de hacer funcionar este tribunal en forma ambulatoria, con espe-

ciales "circuitos", tuvieron que ser abandonados, para no exponer a los inquisidores a riesgos excesivos. Después de sus actividades en el sur de Francia, la Inquisición se ocupó de Alemania; luego se extendió a Aragón, y ya en 1233 se generalizó en todo el mundo católico.³⁶ Sin embargo, en Inglaterra, Escandinavia y muchas regiones del Imperio Germánico nunca alcanzó mucha importancia.

En cada tribunal de la Inquisición hubo dos jueces, vitalicios, los llamados *collegae*, de rango igual, seleccionados dentro de una misma orden regular, generalmente la dominica (por eso, los dominicos, "dominicanos", fueron a veces tildados de ser los *domini canes* [los perros de Dios]. . .); pero también, en ocasiones, franciscanos u otros fueron nombrados. La práctica de escoger a ambos *collegae* dentro de una sola orden regular, surgió de la conveniencia de procurar que las frecuentes fricciones entre las diversas órdenes no perjudicasen a la labor de este Tribunal.

Los *collegae* pudieron subdelegar ciertas facultades y tareas a otros clérigos, generalmente de su propia orden.

Desde luego hubo que establecer límites territoriales a la jurisdicción de cada tribunal, tomando en cuenta varios factores, sobre todo el volumen del trabajo previsible en cada región. Es verdad que a menudo surgieron conflictos entre el deber de obediencia a las reglas especiales de cada orden (la disciplina monástica; reglas especiales de ciertas órdenes, como la de viajar sólo por barco y a pie) por una parte, y por otra las necesidades prácticas, implícitas en la tan importante función de ser inquisidor; sin embargo, algunos experimentos de usar el clero secular como inquisidores, en vez de los frailes, no dieron buen resultado. Notemos al respecto que, al lado del clero secular y del regular, a menudo la Inquisición se presentó como tercer elemento eclesiástico, con llamativas zonas de fricción respecto de los dos primeros.

El procedimiento era ajeno a la tradición romano-canónica: sin tener que esperar alguna acusación, y a veces sólo con base en rumores que le habían llegado en forma discreta o vaga,³⁷ el Tribunal podía citar a cualquier persona, obligándola a contestar a ciertas preguntas, bajo juramento de decir verdad (*cf.*, al contrario, el privilegio

³⁶ Italia central (1235) y la Lombardía (1237) recibieron el impacto de la Inquisición con cierto retraso.

³⁷ La Inquisición no admitió fácilmente denuncias anónimas; normalmente exigía tres denuncias para poner su maquinaria procesal en marcha.

Constitucional actual del acusado de no hacer declaraciones en su propia contra: art. 20.II Const.). Para este procedimiento, novedoso en aquel entonces, han sido importantes las Decretales *Licet Heili* (1213) y *Per tuas litteras* (véase *Corpus Iuris Canonici* X.5.3.31 y 32); y sobre esta base diversos manuales especiales para la orientación de los inquisidores vieron la luz, como el *Processus Inquisitionis* de 1248/9, la *Practica Officii Inquisitionis Hereticae Pravitatis*, más amplia, elaborada entre 1307 y 1324, por Bernardo Gui —y varios otros—, hasta llegar a las famosas *Instructiones* elaboradas por el modesto y severo Tomás de Torquemada para las actividades jurisdiccionales en cuestión.³⁸

El *inquisitus*, o sea el reo, generalmente no sabía detallada y concretamente de qué lo acusaban, o quién había sido su acusador, ni tampoco quiénes habían atestiguado en contra de él (el anonimato de los acusadores y testigos debía proteger a éstos contra posibles venganzas, pero fue desde luego un impedimento para que el *inquisitus* pudiera disminuir el valor de tales denuncias y declaraciones testimoniales, comprobando la existencia de una relación de enemistad; esta desventaja, empero, fue disminuida, en beneficio del *inquisitus*, mediante la facultad concedida a éste de presentar a la Inquisición una lista de sus enemigos.

Personas normalmente rechazadas como testigos (herejes, excomulgados, personas de mala fama, etcétera) podían ser aceptadas para presentar sus testimonios contra el *inquisitus*, sin tener que ser careadas con éste; además, el *inquisitus* no tenía derecho a asistencia por parte de un letrado, y de las sentencias definitivas no había recurso a Roma (de las interlocutorias sí).

Entre los múltiples rasgos de la práctica inquisicional quisiera mencionar todavía los siguientes.

El derecho de asilo en sagrado fue vedado al *inquisitus* (ya que este privilegio hubiera colocado varios casos de la competencia de la Inquisición, bajo control del clero secular). Dos testimonios concordantes equivalían a una confesión; sin embargo, ésta era siempre preferible —“la reina de las pruebas”—, ya que podría ser el primer paso

³⁸ Como Apéndice al estudio de Eduardo Pallares, ya mencionado —obrita vibrante de indignación—, encontramos una traducción de las instrucciones de Tomás de Torquemada para estas actividades jurisdiccionales (*El Procedimiento Inquisitorial*, UNAM, 1951, pp. 103-169).

hacia el arrepentimiento sincero, y, por lo tanto, hacia el salvamiento de un alma.

En los primeros años de la Inquisición, el arresto —inclusive encarcelamiento solitario— había sido el único medio corporal de apremio, a la disposición de los inquisidores; pero el 15.V. 1252, una Bula *Ad extirpanda*, de Inocencio IV, autorizó la tortura con el fin de ayudar al *inquisitus* a encontrar el camino hacia la confesión,³⁹ y cuando Alejandro IV, unos años después, permitió a los inquisidores absolverse recíprocamente de la responsabilidad por “irregularidades” en el proceso, la posición del *inquisitus* frente a posibles arbitrariedades y crueldades por parte del Tribunal de la Inquisición, se empeoró considerablemente.⁴⁰

A veces una región entera fue sometida a Inquisición, en cuyo caso hubo generalmente un periodo de gracia, durante el cual los individuos, haciendo confesiones honradas (y declarando bajo juramento lo que supieran sobre los demás) tendrían derecho a sanciones atenuadas.

Una comisión de clérigos (a menudo el obispo local, entre ellos) y laicos, *boni viri* (gente de buena reputación), tenía que aprobar el proyecto de la sentencia; pero este bienintencionado control contra arbitrariedades y crueldad excesiva, no siempre fue eficaz; desde la segunda mitad del siglo XIII este control fue limitado a los casos de pena capital o de confinamiento de por vida; además, a menudo hubo dispensas de este requisito, y hubo casos en que los inquisidores hicieron jurar al *inquisitus*, antes de la sentencia, que cumpliría con determinadas penas, independientemente de la ratificación del proyecto de la sentencia. Sin embargo, también se conocen muchos casos en que

³⁹ La tortura se limitó generalmente al potro y a la práctica de hacer beber al *inquisitus* excesivas cantidades de líquido; en el medio español, otras formas de tortura (por ejemplo por medio de fuego) fueron habitualmente rechazadas, y un médico tenía que declarar previamente que el *inquisitus* se encontrara en condiciones de poder aguantar la tortura. Formalmente hablando, no fue admisible una segunda sesión de tortura, pero a menudo ésta pudo disfrazarse como una simple “continuación”.

⁴⁰ Desde la moderna sensibilidad jurídica, es fácil burlarse del procedimiento inquisitorial; pero, pensemos un momento en el *Star Chamber*, la Cámara *Stellata*, de la Inglaterra renacentista, aquel aparato monárquico que sirvió para una muy dudosa justicia política en un país civicamente tan adelantado para aquel entonces; aquel proceso —¡ningún ejemplo de *fair play*! —que llevó a Carlos I al paredón; o en la justicia monárquica francesa, antes de la Revolución, con sus “*lettres de cachet*”. La Inquisición quizás no se encuentra en muy buena compañía, pero no anda completamente sola.

tales comisiones de control hayan logrado suavizar la sentencia (sobre todo tratándose de mujeres condenadas), y durante el siglo xiv la influencia humanizante de tales comisiones sobre la actividad de la Inquisición ha sido manifiesta.

Las sentencias a menudo fueron pronunciadas públicamente, en ceremonias especiales, en las que fueron combinados los casos de diversos acusados: *autos de fe*.

Los inquisidores tuvieron opción entre muchas penas; por ejemplo, peregrinaciones cercanas o lejanas; asistencia (con símbolos humillantes) a misa durante cierto período; multas y confiscaciones; flagelación y bastonazos; uso perpetuo de ropaje especial; encarcelamiento común y corriente ("pan y agua"), o con privilegios en cuanto a la alimentación, o, al contrario, con agravaciones (por ejemplo, en forma solitaria y *muro strictus*⁴¹); o relegación a conventos y monasterios. Como los obispos tenían la responsabilidad de proporcionar cárceles, para las penas de privación de libertad no se necesitaba generalmente el apoyo especial del Estado, o sea del "brazo secular". En caso de encarcelamiento de por vida —o peor—, la confiscación acompañaba automáticamente tal condena, y aunque el destino de los bienes confiscados haya sido reglamentado de diversas maneras, generalmente el producto de la confiscación servía, cuando menos en parte, para el financiamiento de la misma Inquisición, aplicándose el saldo habitualmente al Erario estatal; y a menudo los inquisidores mismos recibieron algún porcentaje de las confiscaciones, sistema no muy aconsejable, obviamente.

En los casos más graves, el *inquisitus* se vio condenado a la pena capital, ejecutada por el Estado; normalmente, la hoguera fue el medio usado para tales penas; la sentencia capital inclusive podía pronunciarse *post mortem*, quemándose entonces los restos desenterrados del sentenciado. Personas imposibles de localizar o de traer, podían ser quemadas *in effigie*.

La pena capital se pronunciaba sobre todo en casos de herejía obstinada (para el hereje *arrepentido*, inclusive en algunos casos de reincidencia, reclusión de por vida a menudo fue considerada suficiente).

Como veremos en seguida, en el mundo hispano, la Inquisición tuvo una feroz fase de actividad, cuando en otras partes de Europa

41 O sea encadenado a la pared.

ya andaba de capa caída, y por esta razón nuestro público suele exagerar el impacto del Santo Oficio en la historia occidental en general. La realidad es otra de lo que el laico se imagina: como hubo muchas quejas contra la Inquisición, a fines del siglo XIII, en 1311/2 se decidió colocarla bajo un mayor control obispal (*Clementinae*, 5.3.1-2); y ya hemos observado que en Inglaterra, muchas regiones germánicas y Escandinavia, el Santo Oficio nunca obtuvo mucha influencia; además, en Francia, por el creciente espíritu de independencia del Rey frente a la Iglesia, los tribunales monárquicos intervinieron en muchos casos pendientes ante la Inquisición o ya resueltos por ella, tomando asimismo frecuentes medidas en contra de ciertos inquisidores, por su actitud abiertamente "ultramontañista"; fuera del mundo hispano, la independencia y el poder de la Inquisición ya estuvieron en visible declive, cuando en España, a causa del problema de tantos judíos y mahometanos seudocristianos y cuasiconversos ("marranos"), comenzó un nuevo auge en esta rama de actividades eclesiásticas.⁴²

El 1.IX.1478, el papa Sixto IV permitió a los Reyes Católicos nombrar a unos inquisidores en sus reinos, y así fue nombrado por la Corona, entre otros, el famoso dominico Tomás de Torquemada,⁴³ a cuya notable labor legislativa ya hemos hecho referencia (sus famosas *Instrucciones* han sido revisadas y enmendadas frecuentemente, desde entonces).⁴⁴

El mismo Sixto IV, luego alarmado por diversas quejas sobre la inicial actuación de los inquisidores de Sevilla, trató de frenar esta Inquisición castellana, pero la tenaz insistencia por parte de los Reyes Católicos finalmente obligó al papa a resignarse ante el fervor de los inquisidores castellanos,⁴⁵ e inclusive a autorizar la ampliación de la

⁴² La Inquisición española fue dura con los seudoc conversos, pero debemos reconocer su actitud tolerante para con la brujería: su total de aproximadamente 20 víctimas, es nada en comparación con las 20,000 víctimas de las persecuciones de brujas en el resto de Europa, también en la parte protestante.

⁴³ Cuando Isabel la Católica tomaba en consideración la oferta judía, de que se parara la persecución del judaísmo mediante una importante donación judía al Erario, Torquemada mostró a la Reina un crucifijo, preguntando si ella de nuevo iba a vender a Cristo por unas monedas. La Reina se dejó intimidar.

⁴⁴ Por ejemplo, las instrucciones de Toledo, de 1561.

⁴⁵ Un ejemplo de la Independencia de la Inquisición frente al papa ha sido el caso español del arzobispo Carranza, acusado de luteranismo; cuando el caso había quedado de 1565 a 1569 en manos de la Inquisición, sin progreso apreciable, Pío V tuvo que recurrir finalmente a la amenaza de excomunión de Felipe II, para poder retirar este proceso de las manos de la Inquisición española (luego, en Roma el proceso duró toda-

jurisdicción de esta Inquisición hacia Aragón, Cataluña y Valencia (17.X.1483). Así comenzó aquella feroz lucha de la Inquisición española contra los judaizantes, moriscos, protestantes, “alumbrados” (unos místicos que tenían contacto con tradiciones judías, musulmanas e inclusive con la primera fase —tan exaltada, casi panteísta— del movimiento franciscano), y grupos semejantes. Además, a la Inquisición le correspondía la censura de libros y el enjuiciamiento de blasfemia, sodomía, sugerencias sexuales por parte de confesores, bigamia, sacrilegio y delitos semejantes.⁴⁶

16. DERECHO INTERNACIONAL

También en materia internacional, los canonistas dejaron sentir su impacto. Así, aquella decisión contenida en las “Letras Alejandrinas” o “Bulas Alejandrinas” respecto del privilegio de cristianización (con discutible extensión hacia un privilegio de colonización) que tendrían España y Portugal (recuérdese la famosa “línea alejandrina”, confirmada al año siguiente, 1494, por el Tratado de Tordesillas, punto de partida para la bipartición de Iberoamérica entre una parte portuguesa —Brasil, Lusoamérica— y una parte castellana), ha sido un importante acto de derecho internacional, cuyos intentos de justificación o de crítica han dado lugar a interesantes discusiones, fértiles para la teoría política y el derecho que rige la convivencia entre los Estados.

En relación con el derecho internacional público también cabe mencionar una Decretal de Inocencio III, que ahora hallamos en *Extravagantes Communes* 5.15.1, la cual prohíbe el uso de ciertas armas (un comienzo de aquella rama del derecho internacional que lleva el nombre contradictorio de “derecho de la guerra”: reglas para asegurar que la matanza sea kosher . . .).

Además, el hecho de que los tratados internacionales generalmente contuvieran juramentos de cumplimiento, parecía justificar la pretensión canónica de que los tribunales eclesiásticos tuviesen jurisdicción en los litigios que nacieran de tales tratados.

vía 9 años; finalmente, el anciano arzobispo fue absuelto y rehabilitado, poco antes de morir).

⁴⁶ En 1966, la Inquisición fue cambiada en la Congregación para la Doctrina de la Fe. En aquel mismo año, el índice de libros prohibidos fue abolido.

Otro tema al respecto es de condominio entre el derecho internacional público y la ciencia política: se trata de la organización del mundo cristiano medieval, de la oposición entre papa y emperador, y entre éste y los reyes (que no querían ser considerados vasallos del emperador). Los decretalistas, por el hecho de apoyar generalmente la posición del papa, adversa al emperador, también son generalmente partidarios de la teoría de los reyes de que éstos no estén supeditados a la autoridad del emperador (cf. la Bula *per venerabilem*, de Inocencio III, 1202, que encontró un lugar en las Decretales). Así, el Vaticano y los canonistas ayudaron a desintegrar aquel Imperio universal cristiano, bajo poder dual del papa y del emperador, respaldando la tesis de los reyes, de que *Rex in regno suo imperator est* (o sea: "El rey dentro de su reino, tiene autoridad de emperador"). Más tarde, durante el exilio papal en Aviñón, la obligación del papa de vivir en territorio francés y bajo la vigilancia del rey de Francia, contribuyó, *de facto*, también a la demolición de la idea de un mundo cristiano bajo diarquía imperial-papal, y ayudó a preparar el camino hacia el surgimiento de los estados nacionales renacentistas, de ningún modo sujetos al emperador, y hacia la conversión de este último, *de facto*, en un rey (no muy poderoso) de Alemania, además de ser un jefe feudal (ahora sí, muy eficaz) dentro de su propio feudo, que era Austria. Toda esta transformación política de Europa, desde luego ha sido de mucha consecuencia para el desarrollo del derecho internacional público.

También en la discusión sobre el derecho de conquista (precisamente en relación con las Indias hispanas), los canonistas han contribuido a las famosas discusiones polémicas renacentistas, que fomentaron el surgimiento de importantes teorías.

Como el Vaticano todavía no era capaz, organizatoria y financieramente, de emprender él mismo la evangelización de las Indias (la Congregación de *Propaganda Fide* sólo en 1622 comenzó a trabajar con cierta eficacia), las Letras Alejandrinas conceden a la Corona de Castilla la tarea de la cristianización. ¿Ésta implicaba el derecho —y quizás inclusive el deber— de enviar tropas a las Indias, para proteger a los misioneros? A cambio de sus esfuerzos, la Corona recibió el Patronato Real sobre la nueva Iglesia indiana (un patronato de contenido con frecuencia nebuloso, maleable a la luz de las variables relaciones de poder entre España y el Vaticano). Pero, ¿tenía ahora la Corona de Castilla también el derecho de aprovechar económicamente las In-

días, como “posesiones de Ultramar”, para cubrir los gastos de la evangelización? Y cuando el Vaticano, en 1501, ya en plena colonización de las Indias por Castilla, concede a la Corona los diezmos eclesiásticos que se cobrarían en estas tierras, ¿con esto ratifica tácitamente el derecho de Castilla de colonizar las Indias? En otras palabras, aquella famosa “línea alejandrina”, ¿debe realmente considerarse como una entrega de soberanía a España y a Portugal, para cuyo acto el papa estuvo autorizado en su calidad de representante del Creador, soberano y propietario de este planeta?

Y, para colocarnos un momento en el punto de vista de los adversarios del Vaticano o de simples partidarios del pensamiento político secularizado: ¿no eran aquellas Bulas Alejandrinas superfluas al lado del simple derecho de conquista (un derecho reconocido con restricciones), con independencia de la dogmática cristiana? ¿O se trataba quizás de una extensión hacia el nivel internacional, del derecho de propiedad que correspondía al hallador y tomador de posesión respecto de alguna *res nullius*?⁴⁷ Además, ¿no se trataba quizás de una *reconquista* (algunos autores de la fase renacentista, creían ver en las ruinas arqueológicas mesoamericanas, rasgos mediterráneos que servirían de prueba de que las Indias antes ya habían pertenecido al Imperio romano, cuyo soberano contemporáneo eran ahora Maximiliano, Fernando o Carlos V . . .)?⁴⁸

Y, admitiendo finalmente la legitimidad del poder público castellano en las Indias, ¿cuáles eran entonces las facultades de la Corona castellana para con los indios, sus organizaciones estatales o cuasiestatales, caciques y propiedades?; y ¿hasta qué grado debía darse validez a actos jurídicos celebrados anteriormente a la llegada del Conquistador (pensemos, por ejemplo, en los matrimonios polígamos, tema al que nos referiremos más tarde)?

En estas cuestiones, importantes para la historia del derecho internacional público (y a veces privado), la aportación de los canonistas, a menudo pertenecientes a la “Segunda Escolástica” española, ha sido

⁴⁷ Es interesante al respecto que en el Tratado de Tordesillas, entre Portugal y España, de 1504 o sea el año después de las Letras Alejandrinas, las dos Coronas se arreglan en el espíritu de dichas Letras, pero sin referencia alguna a ellas, en lo cual se ve la tendencia de secularizar el problema, independizándolo de la idea subyacente en aquellas Bulas, de que el papa tuviera autoridad sobre los poderes mundanos, estatales.

⁴⁸ Esta audaz teoría arqueológica fue expuesta por el dominico Palatino de Cruzola, en *De Iure Belli adversus Infideles*, obra que el Vaticano tuvo la sensatez de prohibir en 1560.

importante, y no es un acto gratuito de patriotismo si los españoles reclaman para el padre Vitoria, dominico de Salamanca, la paternidad del derecho internacional público: su análisis del derecho que tuviera Castilla frente al mundo indígena, y su participación moderadora, sensata, en las grandes polémicas sobre los temas anteriormente mencionados, justifican ampliamente la corriente constante de estudios que en España y Latinoamérica se dedican a este dominico.⁴⁹

17. EL DIEZMO

A pesar de algunos interesantes rasgos de equidad tributaria, como la retasación, sería exagerado considerar que el diezmo, importante impuesto eclesiástico, haya sido un verdadero antecedente de figuras impositivas contemporáneas. Sin embargo, por su importancia económica y social (hasta mediados del siglo pasado, cuando menos), quiero mencionar aquí también esta creación del derecho administrativo canónico. Encuentra su origen en el principio "mosaico"⁵⁰ de que la décima parte de la cosecha, además de los primogénitos del ganado, deben ser consumidos en fiestas religiosas domésticas (a las que había que invitar a extranjeros y pobres).⁵¹ La Iglesia modificó ese principio, estipulando que el diezmo debía pagarse a ella. Como veremos, en virtud del Regio Patronato, la Corona de Castilla recibió la facultad de cobrar estos diezmos. Como regla general, el producto de este impuesto fue distribuido de tal modo que la Corona pudiera quedarse con una novena parte, aprovechándose el resto —o sea las ocho novenas partes— para diversos fines eclesiásticos; y a menudo la Corona renunciaba a su cuota, cuando la Iglesia necesitaba fondos extraordinarios para determinados fines —construcciones importantes, etcétera—. Los

⁴⁹ No es este el lugar para tratar de presentar una bibliografía panorámica sobre vida y obra de Vitoria, pero por su accesibilidad y belleza literaria quisiera llamar la atención sobre el ensayo de Ramón Menéndez Pidal, *Vitoria y Las Casas*, en *El P. Las Casas y Vitoria con otros Temas de los siglos XVI y XVII*, Madrid, 2ª ed., 1966 (Colección Austral 1286).

⁵⁰ Aunque el derecho hebreo que encontramos en el Antiguo Testamento se llama habitualmente el "derecho mosaico", sus normas son posteriores a la época en que puede haber vivido Moisés; éste habrá llevado a los judíos fuera de Egipto, posiblemente en el siglo XIII a. C. mientras que las diversas capas del derecho en cuestión van del siglo IX al siglo III a. C.; sin embargo, nos ajustamos aquí a la terminología tradicional.

⁵¹ *Deuteronomio*, XIV. 22-29,

vaivenes del diezmo en la Nueva España y en México independiente ofrecen un rico material para la investigación.⁵² Finalmente, bajo Gómez Farías, en 1833, se eliminó la sanción estatal de este impuesto eclesiástico, de modo que, desde entonces, depende de la conciencia de cada católico si quiere cumplir con este deber impositivo.

⁵² Véase, por ejemplo, W. Borah, *The Collection of Tithes in the Bishopric Oaxaca during the 16th. C.* *Hisp. Am. Review* 21 (1941), pp. 386 ss.