

**EL CÁLIZ DE PLATA.
ARTICULACIÓN DE ÓRDENES JURÍDICOS EN LA
JURISPRUDENCIA DEL *IUS COMMUNE* ***

por Jesús Vallejo**

Aufer rubiginem de argento, et egredietur vas purissimum
(Prov 25,4).

Tanta est enim differentia inter ius et aequitatem, quanta est
inter cyphum argenteum et materiam argenteam: aequitas enim
latebat in suis occultis finibus, et per elimationes et
disputationes prudentum elimatur et reducitur in speciem
iuris... sicut et materia argenti trahitur de minera et purgatur et
elimatur antequam specificetur, deinde fit species, aut cyphi aut
alterius vasis vel speciei (Cynus Pistoriensis, s. XIV).

RESUMEN

El presente artículo se enfrenta a una de las principales características del ius commune como cultura jurídica histórica: la pluralidad de ordenamientos jurídicos de diferente relevancia y de vigencia simultánea, y las relaciones que podían establecerse entre ellos.

Lo que el autor ha pretendido es ofrecer los presupuestos sobre los cuales ha de comprenderse la problemática apuntada, y que afectan al concepto de ley, a lo que significaba hacer leyes, y a la posición desde la cual podían establecerse.

PALABRAS CLAVES: Europa, Edad Media, Ius commune, Poder normativo

ABSTRACT

This article analyzes one of the main characteristics of ius commune as a historic legal culture: the pluralism of applicable legal rules, differing in origin and importance, and the relationships that could be established among them.

The author's aim is to show the premises that allow a correct understanding of that historical problem: the concept of law, the meaning of making it, and who could legitimately do it.

KEYWORDS: Europe, Middle Ages, Ius commune, Legislation

Sumario:

1. Cuestión de historiografía: renacimiento y recepción. 2. La articulación de la pluralidad como problema. 3. Presupuesto primero: concepción de ley. 4. Presupuesto segundo: *condere legem*. 5. Presupuesto tercero: legitimidad del *condere legem*. 6. Consecuencias y perspectivas.

1. Cuestión de historiografía: renacimiento y recepción

Si hubo o no solución de continuidad en la historia jurídica europea durante la llamada plena edad media es una de esas cuestiones que asaltarán continuamente a generaciones sucesivas de historiadores. Nadie osaría discutir que se produjeron cambios, pero siempre podrá debatirse su verdadero alcance. Ello es así porque las alteraciones más evidentes fueron de orden técnico; si ello otorgó nueva base material al pensamiento jurídico, cabe dudar de que tal mismo pensamiento, en su sentido más profundo, cambiara.

No se trata de una mera cuestión de cronología, aunque no sea desde luego injusto abordarla desde este limitado punto de vista: en la historia occidental del derecho, la transición entre los siglos XI y XII marca el momento de arranque de una cultura jurídica de tan larguísima vigencia que ya sólo habría de ser sustituida por la propia del mundo contemporáneo. Es entonces, alrededor de ese cambio de siglo, cuando comienza a formarse el llamado *ius commune*, agregado de elementos heterogéneos que fue capaz de conformar un modo auténticamente común de concebir y entender el

* El presente trabajo se publicó originalmente en traducción italiana de Marzia Rosti, bajo el título de "Il calice d'argento (secoli XII-XV)", como parte (pp. 737-760) de la colaboración conjunta de Carlos PETIT y Jesús VALLEJO, "La categoría giuridica nella cultura europea del Medioevo" (pp. 721-760), en Perry ANDERSON, Maurice AYMARD, Paul BAIROCH, Walter BARBERIS, Carlo GINZBURG (progetto e direzione), *Storia d'Europa*, vol. 3 (a cura di Gherardo ORTALLI): *Il medioevo. Secoli V-XV*, Torino, Einaudi, 1994 (ISBN 88-06-13438-8). El autor agradece muy sinceramente al Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho de Buenos Aires la diferencia de esta publicación.

** Profesor titular de Historia del Derecho y de las Instituciones en la Universidad de Sevilla.

derecho en un occidente cristiano cuya condición de unidad religiosa ofrecía ya un terreno abonado para un fenómeno de tal alcance. Procesos políticos de sentido también unitario que habían sido iniciados con intereses diversos siglos atrás —la reinención del imperio de occidente, la construcción de una Iglesia de efectiva dirección romana— se refuerzan ahora con la rotundidad del derecho escrito: se recomponen los libros de la compilación justiniana, conformándose progresivamente un *corpus* de *ius civile* en el que la presencia de derecho ajeno al mundo romano y de formación estrictamente medieval —libros de derecho feudal, constituciones de emperadores medievales que se incluyen en el *Codex* de Justiniano— basta para descartar una finalidad de mera recuperación anticuaria; desde mediados del siglo XII se logra una dirección unitaria en la tradición jurídica de la Iglesia, en una concordia de cánones hasta entonces discordantes que inauguraría una serie de libros de derecho canónico —el *corpus* de *ius canonicum*— nutridos sobre todo de decretales pontificias y cánones conciliares.

Ambos *corpora*, civil y canónico, están en lo fundamental fijados en las primeras décadas del siglo XIV, pero ya en esa fase de madurez no resultan ser el elemento textual primordial de la cultura jurídica del *ius commune*. Lo es la jurisprudencia, un *corpus* de doctrina que se añade a los dos *corpora* ya dichos, fundándose y basándose en ellos. Son escritos de juristas de alta formación técnica, educados en universidades, que estudian, enseñan y producen obras de interpretación llamadas a integrar en un lenguaje y en un discurso homogéneos el derecho romano, el feudal y el canónico, el derecho común y el propio, el derecho civil, el natural y el de gentes, el derecho humano y el derecho divino, la ley, la costumbre, la sentencia y el pacto¹.

La primerísima localización de las escuelas jurisprudenciales se encuentra en el norte de Italia, y enseguida también en el sur de Francia. Pero ni el derecho romano —el derecho de un imperio— ni el canónico —el derecho de la Iglesia— estaban destinados a una localización tan estrecha. El fenómeno de difusión del *ius commune* es paralelo al de su propia formación, y ninguno de ambos procesos existe sin el otro. El ámbito territorial en el que tienden a extenderse estos derechos civil y canónico es su ámbito territorial natural, y frente a este hecho es secundaria la cuestión del itinerario y del modo de transporte del texto en sentido material. La jurisprudencia se difunde también, y tal difusión no significa únicamente traslado de textos a territorios diversos, sino directamente elaboración del texto en dichos territorios. Mejor comprensión del fenómeno se alcanza si se considera un territorio único sin perjuicio de la pervivencia de los distintos *iura propria*, un occidente cristiano en el que el latín es la lengua de la Biblia, de la liturgia y del derecho de la Iglesia, la lengua de la antigua Roma y de su derecho revitalizado, la lengua de la cultura letrada, de la literatura jurídica que es la jurisprudencia *iuris communis*.

No suele la historiografía ser en general consecuente con la descrita *reductio ad unum*, resultando visiones paradójicamente más reduccionistas. Igual que se da consideración separada a los territorios en los que se origina y en los que se difunde el *ius commune*, se separa también el estudio de la formación —el renacimiento jurídico medieval— y el de la difusión —la llamada recepción— del derecho común. La determinación nacional de este modo de abordar la historia del derecho medieval se aprecia no sólo en el hecho de que sobre dicha formación predomine una vigorosa historiografía italiana y sobre la recepción otra de nacionalidad diversa, sino en la circunstancia de que la primera sea más abundante y de mejor nivel que la segunda.

La historiografía sobre el fenómeno de la recepción se caracteriza, globalmente, por fijarse sobre todo en el detalle institucional. El resultado es una cronología de adaptación o sustitución de un orden jurídico tradicional y autóctono por otro altamente elaborado y de origen extraño. El presupuesto es que el *ius commune* es un derecho ajeno, un derecho que se importa y que acaba imponiéndose, cuando lo logra, sólo tras superar una más o menos efectiva barrera de rechazos, incompreensión y prohibiciones. La misma consagración historiográfica del término “recepción” resulta en igual sentido digna de atenderse, pues contribuye a contemplar la articulación entre *ius commune* y *iura propria* desde una perspectiva parcial.

Pero incluso desde el punto de vista de los territorios de recepción, ¿puede realmente afirmarse la procedencia externa del derecho común? Considérese el caso del derecho canónico. Es el derecho de la Iglesia, que procede de la Iglesia y se dirige a la Iglesia; en todo el ámbito de la cristiandad no puede considerarse que provenga “de fuera”, ni siquiera cuando tal derecho emana de instancias centrales de decisión en pugna con iglesias locales o en conflicto con potestades laicas. Considérese el caso del derecho romano. Aquí sí estamos ante un orden jurídico ajeno, pero su procedencia no es externa por situarse su origen en otro espacio, sino por provenir de otro tiempo. Si el derecho romano era extraño, lo podía ser en Coimbra tanto como en Bolonia, y en esta ciudad un catalán, un picardo o un frisón tendrían que aplicarse al estudio del derecho de Roma con

¹ Como obras de referencia, con orientación diversa, pueden señalarse las siguientes: Helmut COING (hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, I: Mittelalter (1100-1500). Die gelehrten Rechte und die Gesetzgebung*, München, C.H. Beck, 1973; Francesco CALASSO, *Medio evo del diritto. I - Le fonti*, Milano, Giuffrè, 1954; Adriano CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico, I*, Milano, Giuffrè, 1982 (rist.); Riccardo ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano* (1953), Bologna, Il Mulino, 1987; Manlio BELLOMO, *L'Europa del diritto comune* (1988), Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 4ª ed. 1989. Pese a la fecha en que se redactó, sigue estando en la mesa de los estudiosos la obra de Friedrich Carl VON SAVIGNY, *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo* (1815-1831), trad. Emmanuele Bollati, 3 vols., 2ª ed. Torino, 1854-1857 (rist. anast. Roma, Multigrafica Editrice, 1972).

esfuerzo similar al de los propios boloñeses. Y ninguno de ellos dudaría de la necesidad o de la utilidad de estudiarlo, por más que en sus respectivos territorios las particularidades de regulación de la tutela o del testamento variasen de manera sensible, e independientemente de que en dichos territorios hubiese o no leyes que proscribiesen el derecho romano.

Asumir con todas sus consecuencias presupuestos como los que acaban de expresarse no ha sido actitud frecuente. En lugar de ello, sigue pesando la presencia de una historiografía de retroproyección nacional que ha decidido que lo mejor de su tradición jurídica está en el derecho anterior a la formación y difusión del derecho común, que interpreta la recepción como la asunción selectiva de mejoras diversas en esa misma tradición, así sagazmente triunfante ante la posible y masiva invasión de los principios y las formas de un derecho extraño, y que ha construido dogmáticamente un derecho histórico propio cuya fisonomía, así alterada, no puede sino contrastar con la que resulta de la consideración, en sus fuentes propias, del *ius commune*².

El círculo descrito es bien difícil de romper, salvo en la dirección —y no es la mejor salida, aunque sí la que tiene más posibilidades de generalizarse— tendente a justificar históricamente el proceso de unificación europea hoy en marcha. Son consideraciones que han de tenerse necesariamente en cuenta si ha de reflejarse en un limitadísimo espacio uno de los puntos más sensibles en la conformación histórica propia de la cultura jurídica del *ius commune*: el modo de articulación de los diversos órdenes jurídicos en presencia.

2. La articulación de la pluralidad como problema

El panorama que se ofrece a los ojos de un historiador con formación jurídica actual al dirigir su mirada al periodo de vigencia del *ius commune* presenta una característica especialmente visible: la multiplicidad de órdenes jurídicos, de “ordenamientos”, entendidos en el sentido más amplio de conjuntos normativos con una cierta condición de homogeneidad.

Tales ordenamientos son diversos por su origen, por la mayor o menor amplitud de sus ámbitos de vigencia personal y territorial, y también por su alcance objetivo, advirtiéndose diferencias en aquellos aspectos de la vida individual o social que son objeto de su regulación. Es esta diversidad la que hace reconocerlos como distintos —y de ahí la visión de multiplicidad—, pero no impide su interferencia: todos estos conjuntos de normas acaban simultáneamente recayendo, y de modo también inmediatamente visible, sobre territorios y comunidades coincidentes. La situación jurídica que acaba de describirse puede desde luego hacerse corresponder con la situación política de la que en gran medida depende: sobre un mismo territorio o sobre una misma comunidad, toda una pluralidad de titulares diversos ejerce, en virtud de las atribuciones que con fundamento diverso les corresponden, poder político.

El panorama que se ofrece a nuestro historiador podría por todo ello describirse, en un primer acercamiento, como sigue: los órganos rectores de una determinada corporación constituida en razón de ejercicio de arte, profesión o negocio, dictan normas que rigen en el seno de dicha corporación; los órganos rectores de los municipios o ciudades ejercen funciones normativas, pro-

² Sirven globalmente las referencias de las obras generales citadas en nota anterior, a las que ha de añadirse ahora, por ser uno de sus mejores valores el tratamiento del fenómeno de la recepción, Bartolomé CLAVERO, *Temas de Historia del Derecho: Derecho común*, Sevilla, Universidad, 2ª ed. 1979. Desde otro punto de vista, y buscando con mayor ambición también un acercamiento conceptual, Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, “La recepción del derecho común. Estado de la cuestión e hipótesis de trabajo”, en Aquilino IGLESIA FERREIRÓS (ed.), *El Dret Comú i Catalunya. Actes del II Simposi Internacional*, Barcelona, Fundació Noguera, 1992, pp. 213-330. El mismo Aquilino Iglesia ofrecía ya reflexión previa propia a la vez que daba cauce para otras: Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, “La difusión del derecho común en Cataluña”, y André GOURON, “Un assault en deux vagues: la diffusion du droit romain dans l’Europe du XIIIe siècle”, ambos trabajos publicados en Aquilino IGLESIA FERREIRÓS (ed.), *El Dret Comú i Catalunya. Actes del I Simposi Internacional*, Barcelona, Fundació Noguera, 1991, respectivamente pp. 95-279 y 47-63. En cuanto a análisis historiográficos, para lo que se ha venido exponiendo en el texto resultan significativos los siguientes: para el caso alemán, Udo WOLTER, “La réception du droit romain dans les pays germaniques à la fin du Moyen Age et ses repercussions sur la pensée juridique européenne. Un psychogramme de la science de l’histoire du droit allemand des deux derniers siècles”, en *Revue d’Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique*, 13 (1992), pp. 91-112; para la historiografía de la Península Ibérica todavía son interesantes las apreciaciones, ya susceptibles de revisión, de Johannes-Michael SCHOLZ, “Zum Forschungsstand der neueren Rechtsgeschichte Spaniens und Portugal”, en *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte*, 3-4 (1980), pp. 164-187 (hay traducción española en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 58 (1982), obra de Mariano Peset); para la comprensión del particular caso italiano sigue siendo ilustrativa la lectura de Bruno PARADISI, *Apologia della Storia Giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1973. Un muy reciente conjunto de trabajos muestra tendencias bien diversas: de entre los publicados en Aquilino IGLESIA FERREIRÓS (ed.), *Ius proprium - ius commune a Europa. Actes del III Simposi Internacional “El Dret Comú i Catalunya”. Homenatge al Pfr. André Gouron*, Barcelona, Fundació Noguera, 1993, confróntese el planteamiento integrador de Laurent MAYALI, “Mythes et réalité de la renaissance juridique au douzième siècle” (pp. 187-211), con los más unidireccionales de Philippe GODDING, “La réception selective du droit romano-canonique par la pratique coutumière: Le cas des Pays-Bas méridionaux” (pp. 91-103), Ditlev TAMM, “Derecho propio y derecho común en la jurisprudencia del Consejo Real de Dinamarca” (pp. 105-121), Jean-François POUDRET, “L’attitude des coutumiers ... l’égard du droit écrit en pays romands ... la fin du Moyen Age” (pp. 123-138), y Laurent WAELEKENS, “Le rôle de l’École d’Orléans dans la réception du testament au XIIIe siècle” (pp. 167-179).

duciendo ordenamientos que regulan la vida de la comunidad municipal o ciudadana; los titulares de señorío tienen también reconocida potestad normativa dentro del territorio que dominan; los reyes dictan leyes para ser aplicadas en sus reinos; existe un emperador al que en el ámbito de la cristiandad occidental se le reconocen potestades supremas en este campo, y, aunque las ejerza en realidad limitadamente, hay todo un inmenso cuerpo normativo que tiende a considerarse como propio. Y el caso es que además pueden señalarse otros órdenes jurídicos, reconocidos como tales, que ya no pueden atribuirse, por su origen, a potestad política alguna: un derecho divino cuya manifestación más directa se encuentra en los preceptos que se incorporan a los textos revelados; un derecho natural propio de todas las criaturas; un derecho de gentes concebido como la dimensión humana de ese derecho natural y que es común a todos los hombres³.

En esta enumeración ya hay implícita una idea de orden, que respondería a la pregunta cuyo planteamiento resulta más inmediato: ¿cuál es el modo concreto de articulación o relación entre unos ordenamientos y otros?⁴ Enumerados como se ha dicho, la respuesta a la que con mayor facilidad podría llegarse implicaría la definición de una jerarquía de ordenamientos cuyos elementos se ordenarían en una escala que fuese, de menor a mayor, de las normas de la corporación a las del derecho divino, y que podría gráficamente representarse como una serie de círculos concéntricos: el más exterior representaría al derecho divino, y el más interior al de la corporación. El valor descriptivo de esta representación no se queda sólo en el plano meramente estático de definición de fronteras (cada circunferencia lo sería) entre unos ordenamientos y otros, sino que su potencialidad explicativa se extiende al plano dinámico de relación entre unos círculos y otros, imponiendo un determinado modo de comprenderla. En efecto, induce a pensar en una auténtica jerarquía normativa en la que las normas de los círculos externos tienen valor superior y potencialidad derogatoria siempre y en todo caso frente a las normas de los círculos en ellos inscritos, y en la que, *sensu contrario*, las normas de los círculos de regulación interiores estarían siempre supeditadas a las de aquellos que los circunscriben, a las que no podrían contradecir.

Es una respuesta simple, casi evidente, coherente, cerrada. Pero su potencial explicativo del mundo jurídico al que pretendemos acercarnos es tan escaso, que ha de rechazarse por absolutamente inadecuada. Ya un simple replanteamiento crítico de ese gráfico circular lo puede mostrar con cierta claridad, simplemente llamando la atención sobre determinados elementos del paisaje que nuestro historiador tiene ante su vista y que han podido justamente pasarle inadvertidos, y también, y no menos sencillamente, situando en lugar más adecuado algún elemento que ya forma parte del cuadro.

El gráfico comienza a perder diafanidad si se incluyen los ordenamientos que, siendo de igual nivel, inciden desde el punto de vista territorial o personal sobre ámbitos diferentes, y de cuyas relaciones mutuas, ya imposibles de hacer ver mediante meros mecanismos geométricos de inscripción o circunscripción, también habría que dar cuenta. Tal inclusión, atendido el número cambiante de potestades intervinientes, daría a su vez lugar a que los círculos menores se encontrasen incluidos en un número también cambiante de áreas jurídicas superiores. Pero no es la consideración de tales factores, a la postre secundarios, lo que invalida la composición gráfica de partida. La razón fundamental es otra: en ese esquema concéntrico no hay modo de integrar otra serie de ordenamientos en presencia, que hasta ahora hemos dejado al margen, y que podrían en principio ordenarse en otra serie paralela de círculos de igual disposición. Me refiero, lógicamente, a las normas de la Iglesia⁵. Desde el papa hasta las dignidades eclesiásticas inferiores a las que se

³ El título de referencia es Rudolf WEIGAND, *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*, München, Max Hueber, 1967. Determinados tópicos de argumentación jurisprudencial han dado pie a aportaciones específicas de interés: Ugo GUALAZZINI, "Natura, idest Deus", en *Studia Gratiana*, 3 (1955), pp. 411-424; Guido FASSÒ, "Dio e la natura presso i decretisti ed i glossatori", en *Il Diritto Ecclesiastico*, 67 (1956), pp. 3-10; Brian TIERNEY, "Natura id est Deus: a Case of Juristic Pantheism?", en Brian TIERNEY, *Church Law and Constitutional Thought in the Middle Ages*, London, Variorum Reprints, 1979, cap. VII (antes en *Journal of the History of Ideas*, 24 (1963), pp. 307-322). Aporta visión reciente Ennio CORTESE, "Lex, aequitas, utrumque ius nella prima civilistica", pp. 95-119 de A. CIANI - G. DIURNI (a cura di), "*Lex et iustitia*" nell'*utrumque ius: radici antiche e prospettive attuali*. Atti del VII Colloquio Internazionale Romanistico-Canonistico (12-14 maggio 1988), in occasione del cinquantenario della istituzione della nuova sede della Pontificia Università Lateranense, Città del Vaticano-Roma, Libreria Editrice Vaticana-Libreria Editrice Lateranense, 1989. Para la formación de la dimensión subjetiva del derecho natural, Richard TUCK, *Natural Rights Theories. Their Origin and Development* (1979), Cambridge, Cambridge University Press, 1981. Acercamientos completamente diversos son los recogidos en Harold J. JOHNSON (ed.), *The Medieval Tradition of Natural Law*, Kalamazoo, Western Michigan University, 1987.

⁴ Para esta posición de partida, Ennio CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel Diritto comune classico* (2 vols.), Milano, Giuffrè, 1962 y 1964.

⁵ Recientes y utilísimos breviaros, como el de Antonio GARCÍA Y GARCÍA, "El derecho canónico medieval", en Aquilino IGLESIA FERREIRÓS (ed.), *El Dret Comú i Catalunya, II* (nota 3), pp. 17-51, no obvian la consulta de obras de mayor aliento —aunque a veces en ellas el tratamiento del desarrollo del derecho canónico medieval sea bastante irregular, y las obras generales citadas en nota 2 son buen ejemplo—, o de especificidad mayor, aun cuando no puedan utilizarse estas últimas sin el cuidado de actualizar su información: es clásica la obra de Joh. Friedrich VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts, I: Von Gratian bis auf Papst Gregor IX; II: Von Papst Gregor IX bis zum Concil von Trient*, Stuttgart, 1875-1877 (rep. facs. Graz, Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, 1956), siendo también

reconoce en algún grado poder de ordenación de conductas, existe toda una serie de titulares de una potestad normativa que no dejan de ejercer. El poder reconocido a tales dignidades es poder político en un grado hoy impensable, afectando sus normas no sólo a la vida espiritual de sus destinatarios⁶. ¿Cabe integrar en el gráfico inicial, definido con atención a poderes seculares, el que ahora consideramos? Cabe, desde luego, pero sólo si nos resignamos a que el gráfico resultante contemple círculos superpuestos de extensión idéntica (las normas papales o procedentes de concilios generales y las imperiales, las del legado y las del rey...), e incluya círculos secantes en virtud de la coincidencia en ámbitos territoriales y personales parcialmente coincidentes de potestades seculares y eclesiásticas.

Que con todo ello pierde el esquema su inicial potencialidad explicativa no puede ponerse en cuestión. Pero el caso es que cabe dudar de que la tuviese incluso sin tomar en consideración el derecho canónico. No sólo porque la posición de cada círculo en el gráfico no está en relación al grado de efectividad de las normas que representa —cuestión que, al no considerarse entre los criterios de ordenación, no puede al final gráficamente reflejarse; el mejor ejemplo lo constituyen las normas imperiales, cuya situación prominente en el gráfico no acaba de casar con su escasa significación desde el punto de vista de su aplicación directa—, sino porque, tal y como está concebido, no puede dar cuenta de modos de determinación del derecho que no son estrictamente normativos, pero que tienen enorme trascendencia: en primer lugar el jurisprudencial⁷, pero también otros a los que hoy podríamos genéricamente referirnos como contractuales. Y eso ateniéndonos sólo a los modos de determinación del derecho, normativos o no, que se inscriben dentro del campo de lo que podríamos llamar derecho oficial, derecho culto o, más simplemente, derecho escrito, y dejando por tanto al margen otras vías de regulación de relaciones sociales o de resolución de conflictos a las que podemos denominar marginales por situarse fuera de dicho campo, pero no seguramente en razón de su ocasionalidad⁸.

Ya todas las dificultades que acaban de ponerse de relieve suponen en cierta medida un obstáculo final, al que interesa ahora aludir expresamente. La representación que con nuestro gráfico de círculos concéntricos se alcanza de la realidad jurídica pretérita no responde a ningún modo de autorrepresentación de tal realidad por parte de sus contemporáneos. Hablábamos al principio de un historiador de hoy con formación jurídica actual. Una formación jurídica que supone la posibilidad de creación, convencional o impuesta, de un orden específico que determine la posición de cada una de las esferas jurídicas en presencia y rijan las relaciones que entre ellas puedan establecerse. Tal posibilidad no existe en la época que queremos analizar, en la que resulta impensable como actividad humana la creación o modificación de tal orden⁹. No hay posibilidad de potestad “constituyente” alguna, en un mundo en el que incluso las potestades políticas reconocidas como superiores tienen sobre sí esferas jurídicas, enormemente efectivas, de las que no pueden disponer¹⁰. Y no se trata sólo de indisponibilidad frente a ordenamientos que por definición resultan situarse por encima de cualquier poder de disposición: trataré de hacer ver que tampoco está en manos de dichas potestades políticas superiores la determinación unilateral por vía normativa del modo de articulación de los ordenamientos que en principio parecen situarse en una posición inferior, y que por lo tanto, también en principio, parecen susceptibles de modificación en virtud de meras decisiones políticas.

Ante unos tales presupuestos, ¿cómo abordar el problema? El modo mejor, según creo, es atender a los propios juristas del derecho común. Asumiendo su propia mirada, observando a través de unas gafas de cristales no deformantes, podremos conocer cómo se veía el problema por parte de sus contemporáneos¹¹. Esta no es la única ventaja: estos juristas se sitúan al margen, al menos

de interés permanente Alphonsus M. STICKLER, *Historia iuris canonici latini. Institutiones academicae. I: Historia fontium*, Augustae Taurinorum, Apud Custodiam Librariam Pontif. Athenaei Salesiani, 1950.

⁶ Para ilustración del reflejo jurisprudencial de un sólo aspecto, Ugo NICOLINI, “Il Trattato *De imploratione brachii saecularis* di Martino da Fano”, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 9 (1943), pp. 36-54.

⁷ Luigi LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967.

⁸ António Manuel HESPANHA, “Savants et rustiques. La violence douce de la raison juridique”, en *Ius Commune*, 10 (1983), pp. 1-48.

⁹ Jesús VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, obra de la que procede el planteamiento y buena parte de las referencias de las presentes páginas.

¹⁰ Sobre los mecanismos, más que sobre la concepción, interesa Ugo NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia* (1940), Milano, Giuffrè, 1952 (rist.); y aunque por cronología no afecte a la realidad medieval, no resulta superflua la lectura de Gino GORLA, “*Iura naturalia sunt immutabilia*. I limiti al potere del ‘Principe’ nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII”, en AA.VV., *Diritto e potere nella storia europea. Atti (in onore di Bruno Paradisi) del Quarto Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, Firenze, Leo S. Olschki, 1982, vol. II, pp. 629-684.

¹¹ Insistía en ello Bartolomé CLAVERO, “Historia y antropología: hallazgo y recobro del derecho moderno”, en Bartolomé CLAVERO, *Tantas personas como estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 27-52 (antes en Joaquín CERDÁ y Pablo SALVADOR (eds.), *I Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado. Nuevas técnicas de investigación*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1985, pp. 9-35). En posición epistemológica básicamente coincidente, Paolo GROSSI, “Pensiero giuridico (Appunti per una ‘voce’ enciclopedica)”, en *Quaderni Fiorentini*, 17

formalmente, de los conflictos que pudieran suscitarse entre los diversos órdenes jurídicos. Explican la situación “desde fuera” de esa escala que por ahora conocemos sólo como sucesión de círculos concéntricos.

No todo son ventajas. Desde luego sus respuestas son las que han de servirnos, pero la dificultad ante la que nos encontramos es que directamente no se plantean, en su globalidad, la cuestión que aquí nos interesa. Hay que seguir en la investigación una vía indirecta: una pregunta necesita de presupuestos de los que partir, y los nuestros (los del historiador) y los suyos (los de los juristas medievales) son distintos. Conociendo estos últimos, podremos tener una visión de cómo se concebía o podía presumiblemente concebirse el problema en la época que nos interesa.

Tales presupuestos, los que me parecen básicos para aclarar desde el punto de vista de su descripción el problema de la acción simultánea de esferas jurídicas tan diversas como las que ya conocemos, son tres: cómo se define la ley¹²; qué significa hacer leyes; de dónde procede la legitimidad para hacer leyes. Lo que aquí diré acerca de tales presupuestos procede de la obra de juristas, sobre todo italianos y franceses, de los siglos XIII y XIV, que es el periodo que mejor conozco; pero son concepciones que se proyectarán mucho más allá de ese breve periodo histórico, siendo, en general, válidas para toda la baja edad media y edad moderna.

3. Presupuesto primero: concepción de ley

Los juristas argumentan sobre la base del arsenal de conceptos y términos que les ofrecían, básicamente, los *corpora iuris*, especialmente la compilación justiniana. Y aunque en esa misma compilación se decía que en el campo del derecho toda definición es peligrosa, lo cierto es que no es corto el número de definiciones que el *corpus iuris* ofrece a sus intérpretes. Las hay también de ley.

De estas definiciones, incluidas sobre todo en los títulos *de legibus* de determinados libros de la compilación justiniana (*Codex* 1,14, *de legibus et constitutionibus principum et edictis*, y *Digesta* 1,3, *de legibus senatusque consultis et longa consuetudine*), los juristas medievales eligen las más generales, rechazando o postergando aquéllas que hacen más directa referencia a circunstancias históricas ya ajenas: esto sucede con las definiciones de ley centradas en el procedimiento de elaboración, con indicación de las magistraturas intervinientes. El acercamiento que así consiguen al concepto de ley, desvincula tal concepto de quien la hace. La ley no se define por quien la dicta: no es, sin más o exclusivamente, norma del príncipe, mero producto de una más o menos arbitraria *voluntas legis latoris*. Sus notas características parecen más abstractas, pero la dimensión práctica de este modo de concebir la ley resultará evidente a lo largo de esta exposición¹³.

Las notas características que se destacan como definitorias remiten a realidades que se supraordenan a la voluntad del legislador. *Lex est sanctio sancta*, haciéndola de este modo trascender de lo que es meramente voluntad humana y conectándola más con el mundo de la religión que con el del derecho. *Lex est regula iustorum et iniustorum*, remitiéndola a realidades que se entienden objetivas y no contingentes, no dependiendo de la voluntad del legislador la determinación de lo que es justo y lo que no lo es¹⁴. *Lex est commune preceptum* (*Digesta* 1,3,1), donde *commune* no califica el ámbito de aplicación de la norma al ser término no referido a sus destinatarios, sino a quienes intervienen en su génesis, siendo por tanto la ley establecida por una voluntad común¹⁵.

(1988), pp. 263-269, y en la enciclopedia referida, s.v. “Pensée juridique”, en André-Jean ARNAUD et al. (dir.), *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, Paris-Bruxelles, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence-E. Story-Scientia. Éditions juridiques et fiscales, 1988, pp. 285-287.

¹² Hay acercamientos generales que pueden servir de contraste con el que aquí se ofrece: Guido ASTUTI, “La nozione di legge nell’esperienza storico-giuridica”, en *Annali di Storia del Diritto*, 10-11 (1966-67), pp. 1-59; Léopold GENICOT, “La loi”, en *Typologie des Sources du Moyen Age Occidental*, Brepols-Turnhout, Université Catholique de Louvain, fasc. 22, A-III.1*, 1977; específicamente para el derecho canónico, Luigi DE LUCA, “La nozione della legge nel Decreto di Graziano: legalità o assolutismo?”, en *Studia Gratiana*, 11 (1967), (= *Collectanea Stephan Kuttner*, I), pp. 405-430, y Peter LANDAU, “L’evoluzione della nozione di legge nel diritto canonico classico”, en A. Ciani - G. Diurni (a cura di), “*Lex et iustitia*” (nota 4), pp. 263-280.

¹³ La base para las definiciones jurisprudenciales la daba, sobre todo, *Digesta* 1,3,1, y aún otro lugar del *corpus* de derecho civil: *Institutiones* 1,2,4.

¹⁴ La base la proporciona ahora el tenor literal de *Digesta* 1,3,2. La parafrasea Azzo en su *Summa Codicis* (a *Codex* 1,14); el texto citado del Digesto contiene *definitio magistralis* para Cynus Pistoriensis (a *Codex* 1,14, rubr.). El planteamiento de *Digesta* 1,3,2 es *substantia legis* para Bartolus de Saxoferrato (a *Codex* 1,22,6).

¹⁵ Las inequívocas intervenciones jurisprudenciales en este sentido (por ejemplo, Jacobus de Arena a *Digesta* 1,3,1), podían así resultar de sentido coincidente al de algunos de los textos que se recogían en el *Decretum Gratiani*, concretamente el isidoriano de D.2, c.1, y el *dictum* de D.4, c.3, Gr.p. Al efecto interesan Luigi DE LUCA, “L’acettazione popolare della legge canonica nel pensiero di Graziano e dei suoi interpreti”, en *Studia Gratiana*, 3 (1955), pp. 193-276, y Jean GAUDEMET, “Contribution à l’étude de la loi dans la doctrine canonique du XIIe siècle”, en Jean Gaudemet, *La formation du droit canonique médiéval*, London, Variorum Reprints, 1980, cap. III (antes en *Études de droit contemporain (nouvelle série). Contributions*

Otro elemento que está presente siempre en las argumentaciones jurisprudenciales definitorias de ley es el de la obligatoriedad del mandato que la norma incorpora¹⁶. La razón de esa obligatoriedad tampoco se condiciona directamente a la voluntad del legislador, o a aspectos formales tales como el procedimiento —adecuado o no— que se haya seguido para su formulación. De nuevo las explicaciones remiten a realidades que superan el ámbito humano de su establecimiento: la ley sirve para enseñar el camino recto, para impedir la maldad y el vicio, para enseñar a los hombres la vía de la virtud. Es este un planteamiento que aparece expreso repetidamente tanto en la jurisprudencia como en las propias leyes, e implica de nuevo volver al referente religioso¹⁷. La coacción real que la ley supone no es una coacción terrena. La coacción, la auténtica sanción por incumplimiento, queda fuera del terreno que la ley humana puede cubrir. Esto explica de nuevo la insistencia sobre el carácter sacro o religioso de la ley¹⁸. Y esta era convicción contemporánea alimentada por la propia sistemática del *corpus iuris*: en el libro I del *Codex*, los trece primeros títulos se refieren a materia religiosa o eclesiástica: el título decimocuarto habla de las leyes. Esta conexión sistemática no deja de hacerse notar y de resaltarse por parte de la jurisprudencia¹⁹.

Las que acaban de señalarse son las notas básicas del concepto de ley. Son *substantia legis*. Y no hay otras, o si las hay son de naturaleza decididamente secundaria. Ni siquiera se exige que la ley, para ser tal, haya de ser escrita: *Scriptura non est de substantia legis*, se dice²⁰. Que las notas definitorias del concepto de ley sean esas y no otras provoca un efecto que resulta especialmente interesante para nosotros. El concepto es tan amplio, tan centrado en aspectos sustanciales, tan ajeno a elementos formales, que realmente cuando se habla de ley se está hablando de norma, sin más.

Y el caso es que los juristas se encontraban en el *corpus iuris*, y en la realidad de su entorno jurídico, con denominaciones que señalaban distintos cauces de expresión normativa, distintos tipos de normas: constitución, edicto, costumbre, estatuto... Un análisis de las características propias de cada una de estas modalidades de norma revela que las diferencias no son sustanciales. Constitución y edicto son leyes del príncipe; pero ello no marca una diferencia decisiva porque ya sabemos que las leyes no se definen por quien las dicta. La diferencia entre costumbre y ley se difumina enormemente no sólo por la insustancialidad de la escritura (la costumbre puede ser, *ad memoriam*, trasladada al ámbito de la escritura), sino porque, al definirse la ley según la expresión *commune preceptum*, la propia ley tiene su causa en una voluntad colectiva que es también el origen de la norma consuetudinaria²¹. El término estatuto designa normalmente la norma de una corporación o de una ciudad. Tampoco en este caso se advierten diferencias de sustancia cuando los juristas definen este tipo de normas; incluso en el plano meramente terminológico esto se advierte: el estatuto es *lex municipalis*, y la ley no se define por su ámbito de vigencia espacial; el estatuto es además realidad bien cercana a la costumbre, pues a menudo las normas que lo componen, que rigen en la corporación o en la ciudad, tienen origen consuetudinario²².

françaises au VIII^e Congrès international de droit comparé, Upsala 1966, section I B - Droit canonique, Paris, 1966, pp. 19-35).

¹⁶ La base mejor de argumentación jurisprudencial la proporcionaba el texto de Modestino compilado en *Digesta* 1,3,7: *legis virtus haec est imperare vetare permittere punire*. El equivalente texto en el *corpus* de derecho canónico se situaba en el *Decretum Gratiani*, concretamente en D.3, c.4, texto que, perteneciendo a las *Distinctiones* iniciales del *Decretum*, forma parte de un auténtico *tractatus de legibus* incluido en dicha obra: véase Stanley CHODOROW, *Christian Political Theory and Church Politics in the Mid-Twelfth Century. The Ecclesiology of Gratian's Decretum*, Berkeley, University of California Press, 1972; véase también Jean GAUDEMET, “La doctrine des sources du droit dans le Décret de Gratien”, en Jean Gaudemet, *La formation* (nota 15), cap. VIII (antes en *Revue de Droit Canonique*, 1 (1950), pp. 5-31).

¹⁷ Especialmente claro es el texto de San Isidoro recogido en el *Decretum Gratiani*, D.4, c.1, *Quare leges sint factae*, y también el correspondiente *dictum* graciano (D.4, c.1, Gr.a.); este último texto es objeto de un comentario especialmente ilustrativo de Guido de Baisio en su *Rosarium*. Y no faltan paralelos en la civilística: baste remitir al proemio de la *Summa Codicis* de Placentino.

¹⁸ Ofrecía específica sede, además de las ya dichas, *Codex* 1,14,9, *leges sacratissimae*.

¹⁹ Azzo, *Summa Codicis*, a *Codex* 1,14: *Supra de divinis sacris dictum est. Nunc de humanis sacris ponit, nam leges sacre sunt*.

²⁰ Sobre este punto hay aportación específica de Gero DOLEZALEK, “*Scriptura non est de substantia legis*. A propos d’une décision de la Rote Romaine, de l’an 1378 environ”, en AA.VV., *Diritto comune e diritti locali nella storia dell’Europa. Atti del Convegno di Varenna (12-15 giugno 1979)*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 49-70. Y ello a pesar de que parece contradecirse la etimología isidoriana de *lex*, difundidísima aunque no llegara a incorporarse al *Decretum*: *lex dicitur a legendo*; otra etimología en circulación, de incierto origen, incide en otro aspecto más sustancial: *lex dicitur a ligando* (Guido de Baisio, *Rosarium*, a D.1, c.3).

²¹ Sobre la idea de costumbre se cuenta con aportaciones recientes que superan el limitado planteamiento de John GILISSEN, “La coutume”, en *Typologie des Sources du Moyen Age Occidental*, fasc. 41, A-III.1*, Brepols-Turnhout, Université Catholique de Louvain, 1982: así la solidísima aportación de Laurent WAELKENS, *La théorie de la coutume chez Jacques de Révigny. Edition et analyse de sa répétition sur la loi De quibus (D 1,3,32)*, Leiden, E.J. Brill / Universitaire Pers Leiden, 1984; así también las útiles contribuciones de Jean GAUDEMET, “La coutume en droit canonique”, y Laurent Mayali, “La coutume dans la doctrine romaniste au Moyen Age”, respectivamente pp. 41-61 y 11-31 de *Recueils de la Société Jean Bodin, vol. LII: La coutume - deuxième partie: Europe occidentale médiévale et moderne*, De Boeck, 1990.

²² Ugo GUALAZZINI, *Considerazioni in tema di legislazione statutaria medievale*, Milano, Giuffrè, 2ª ed. riveduta e ampliata, 1958. Gianfranco GARANCINI, “*Consuetudo et statutum ambulans pari passu*: la consuetudine nei diritti italiani del basso medio evo”, en *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 58 (1985), pp.

Aún otra realidad ordenadora de conductas puede concebirse en términos de ley: la norma derivada del pacto, ya no tan claramente dentro de esas distintas especies de norma a que nos venimos refiriendo. También aquí esa nota definitoria que hace ser a la ley *commune preceptum*, ese aspecto básico de voluntad común, es el elemento clave. El acercamiento entre ley y pacto tiene especial relevancia en el ámbito estatutario: así, por ejemplo, es un pacto el que se entiende establecido, que se cerrará en su momento provocando los efectos correspondientes, cuando una norma estatutaria prevé determinadas ventajas a alguien que venga a establecerse en la ciudad (*do ut venias*). Cuando la previsión se realiza, el pacto se perfecciona, desplegando entonces sus efectos, y vinculando no sólo al destinatario de la norma, sino también a quien la formula²³. Un análisis parecido puede también realizarse con respecto a la ley general: con la misma base de acercamiento al pacto, la jurisprudencia habla de una ley consumada cuando llega a realizarse la previsión de futuro que contiene, cerrándose, en supuestos similares al descrito para el estatuto, el pacto cuya posibilidad la propia formulación de la ley había abierto²⁴.

Hemos llegado así a nuestra primera constatación, al primer presupuesto del que partir: las normas de esa escala de ordenamientos superpuestos responden a las mismas características sustanciales, son en sustancia lo mismo, están hechas de la misma materia.

4. Presupuesto segundo: *condere legem*

¿Qué materia es ésta? Es la pregunta que nos sirve para empezar el análisis de nuestro segundo presupuesto: qué se entiende por hacer leyes.

Ya desde los inicios del periodo de la glosa había ido consolidándose una cierta tradición de reflexión jurisprudencial que se interesaba por la materia de los *libri legales*. Era una reflexión que puede vincularse al concepto aristotélico de *causa materialis*, y que normalmente se situaba abriendo, como parte introductoria o inicial, las obras de la jurisprudencia. Y era una reflexión que se centraba en el concepto de *aequitas*²⁵.

Se entendía que quien tenía reconocido el poder de hacer leyes lo que hacía era intervenir como actor en un proceso de transformación. La *aequitas*, una realidad objetiva y previa al legislador, era la materia de la que debían hacerse las leyes. El proceso de transformación consistía en convertir en preceptos concretos esa realidad objetiva y previa, que está por encima del legislador y de la que el legislador no puede disponer a su arbitrio. En ese proceso de transformación, de una *rudis aequitas* indefinida pero no por ello inexistente, se pasa a una *aequitas constituta*, a la norma jurídica definida y lista para ser aplicada, para desplegar sus efectos. Esta *aequitas constituta* es reflejo de la *rudis aequitas*, y como tal no puede contradecirla. Lo que hace la primera con respecto a la segunda no es más que expresarla en términos concretos, delimitarla, declararla, hacerla visible. Los juristas describen el proceso de manera muy gráfica: quien tiene poder de hacer leyes actúa sobre la ruda equidad declarándola, fijando por escrito el precepto, buscando luego la ubicación adecuada del mismo dentro de la sistemática del libro de leyes²⁶.

Así se establece la norma, eso significa hacer una ley: es una actividad que se compara a la que se lleva a cabo desde la extracción del mineral de plata hasta la finalización de la pieza ya terminada, hasta que el vaso de plata sale de las manos del orfebre²⁷.

Conocido el proceso, interesa detenerse con mayor atención en la materia prima: ¿qué es esa *rudis aequitas*, a qué contenidos se alude con tales sustantivo y adjetivo? Cuando más directamente se hace referencia a la cuestión, la respuesta sale de nuevo del mundo del derecho para entrar en el

19-55 (el mismo artículo, bajo el título “*Consuetudo similis est homini*. La consuetudine nei diritti italiani del basso medio evo”, en *Iustitia*, 38 (1985), pp. 190-230; versión francesa, “La coutume dans les droits italiens du bas Moyen Age. *Consuetudo et statutum ambulat pari passu*”, en *Recueils de la Société Jean Bodin*, vol. LII (nota 21), pp. 121-150. Ya sobre algún problema de mayor concreción, André GOURON, “*Non dixit: Ego sum consuetudo*”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Kanonistische Abteilung*, 74 (1988), pp. 133-140.

²³ Bartolus de Saxoferrato a *Digesta* 1,1,9 contiene el planteamiento tal vez más claro, en el contexto propio de la abrogación del estatuto por otro posterior; véase también Albericus de Rosate, *Dictionarium iuris*, s.v. *statutum*. Para una dimensión de las relaciones entre estatuto y pacto que interesa ya menos a esta exposición, Roffredus Beneventanus, *Quaestiones Sabbatinae*, q. 20. Sobre todo ello, Aldo Checchini, “Presupposti giuridici dell’evoluzione storica dalla ‘bartoliana’ teoría degli statuti al moderno diritto internazionale privato”, en AA.VV., *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 61-104.

²⁴ Jacobus Butrigarius, *Quaestiones*, q. 10.

²⁵ Muy especialmente Hermann KANTOROWICZ (with the collaboration of W. W. Buckland), *Studies in the Glossators of the Roman Law. Newly Discovered Writings of the Twelfth Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 1938, pp. 37 y ss., y Ennio CORTESE, *La norma* (nota 5), II, pp. 1 y ss. Puede verse también Antonio ROTA, “La concezione inneriana dell’*aequitas*”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, anno 26, serie 3 (1949), pp. 241-257.

²⁶ Azzo, *Summa Codicis, materia ad codicem* que es su capítulo inicial. Sustancialmente coincidente, Cynus Pistoriensis, abriendo su lectura del *Digestum Vetus*.

²⁷ Jacobus de Ravanis, a *Codex* 1,14,8; Cynus Pistoriensis, a *Codex* 1,14,1, que es nuestra cita capitular.

de la religión. *Aequitas* y *iustitia* se hacen a menudo equivaler, designándose directamente a Dios como su autor. Dios es autor de la justicia, y el hombre es el autor de las leyes²⁸.

Aparte de ese camino a Dios a través de la identificación de *aequitas* y *iustitia* y la subsiguiente consideración de la divinidad como autor de esta última, un camino si cabe aún más directo también se encuentra en la obra de los juristas medievales. Cuando se definen principios de esa *rudis aequitas* que habrá de encontrar su reflejo en la ley humana, directamente se hace referencia a principios de derecho divino, a preceptos de Dios expresos en las Escrituras. La identificación de esa *aequitas*, entonces, con los círculos más exteriores de nuestro diagrama inicial se abre así camino. Y son círculos estrechamente vinculados entre sí: el derecho natural, como derecho de todas las criaturas, es derecho establecido por Dios; el derecho de gentes participa de esa cualidad al ser el derecho natural del género humano.

Esos tres círculos iniciales, como terreno propio en el que se desenvuelve la *aequitas rudis*, son así indisponibles para quien hace leyes: no pueden ser modificados por decisión humana; son esferas jurídicas inmutables, cuyo reflejo ha de verse en las leyes establecidas por los hombres. Son éstos los que han de poner las palabras al *ius*, operación a cuyo término es ya posible hablar de un *ius positivum*. Esta expresión aparece en el contexto de las ideas que estamos ahora describiendo²⁹: se da cuerpo, se positiviza la entidad superior que la *aequitas* representa. El latín de los juristas medievales admite bellas y concisas formas de expresarlo: *aequitas est anima non formata in ius; ius est aequitas in praeceptis redacta*³⁰. El de los juristas romanos no iba a la zaga: *ius est ars boni et aequi; ius est a iustitia appellatum* (*Digesta* 1,1,1,pr.).

El derecho no se crea al establecer la norma; a ella se trasladan principios previos de concreción necesaria en orden a su aplicación práctica. Hacer una ley es declarar, no crear, el derecho. Es una actividad que se asemeja más a la función del intérprete, ya que el *conditor legum* tiene a su cargo la interpretación de la *aequitas*³¹. Una constitución incluida en el Código de Justiniano (C 1,14,1), lo presenta precisamente así: el príncipe lleva a cabo una labor de interpretación que lo sitúa a medio camino entre la *aequitas* y el *ius*. De ese texto del Código justiniano hacen uso los juristas del derecho común para argumentar sobre el fenómeno del dictado de la ley, del establecimiento de la norma, dándonos así la auténtica dimensión de esa *interpretatio*: ésta no se entendía, pues, sólo como medio de adecuar la norma general al caso concreto modulando sus efectos según las circunstancias concurrentes.

5. Presupuesto tercero: legitimidad del *condere legem*

Concebida así la actividad de quien hace leyes, entendido así el proceso de su establecimiento, hemos de abordar ahora la pregunta que nos lleva a nuestro tercer presupuesto, a saber: ¿a quién se atribuye legitimidad para hacer leyes? ¿Quién es titular de un tal poder, y por qué?

A través de la base que el *corpus iuris* proporcionaba, los juristas medievales fueron creando toda una teoría capaz de dar respuesta a la problemática del poder político en el complejísimo modo en el que éste se presentaba en su tiempo. Las relaciones de poder, en virtud de las cuales un conjunto de individuos se encontraba subordinado a otro u otros, se englobaban bajo el concepto de *iurisdictio*. Este concepto, como tal, era de formación medieval, así como gran parte de la teoría que en torno a dicho término se construye; la base romana que proporcionaban los textos integrados en

²⁸ Sobre *aequitas* y *iustitia*, y aparte obras ya citadas, puede acudir a Hermann LANGE, “*Ius aequum und ius strictum bei den Glossatoren*”, en Eltjo J. H. SCHRAGE, (hrsg. von), *Das römische Recht im Mittelalter*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1987, pp. 88-115 (antes en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Romanistische Abteilung*, 71 (1954), pp. 319-347); Severino CAPRIOLI, “Tre capitoli intorno alla nozione di ‘regula iuris’ nel pensiero dei glossatori”, en *Annali di Storia del Diritto*, 5-6 (1961-62), pp. 221-374; Ch. LEFEBVRE, s.v. “Équité”, en *Dictionnaire de Droit Canonique* (dir. R. Naz), t. V, Paris, Librairie Letouzey et Ané, 1953, cols. 394-410; Paolo SILLI, “*Aequitas* ed *epieikeia* nella legislazione giustiniana”, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 50 (1984), pp. 281-340; Pier Giovanni CARON, “*Aequitas*” romana, “*miserecordia*” patristica ed “*epicheia*” aristotelica nella dottrina del”*Aequitas*” canonica (dalle origini al Rinascimento), Milano, Giuffrè, 1971; de este mismo autor puede también verse su más reciente contribución al volumen de A. CIANI - G. DIURNI (a cura di), “*Lex et Iustitia*” (nota 4), pp. 281-297.

²⁹ Stephan KUTTNER, “Sur les origines du terme ‘droit positif’”, en *Revue Historique de Droit français et étranger*, 4e série, 15 (1936), pp. 728-739 (ahora en Stephan KUTTNER, *The History of Ideas and Doctrines of Canon Law in the Middle Ages*, London, Variorum Reprints, 1980, cap. III).

³⁰ Cynus Pistoriensis, a *Digesta* 1,1,1, adoptando planteamientos de Jacobus de Arena.

³¹ Buena introducción a la problemática, en su dimensión más amplia, en Vincenzo PIANO MORTARI, “Il problema dell’*interpretatio iuris* nei Comentatori”, en *Annali di Storia del Diritto*, 2 (1958), pp. 29-109 (también en Vincenzo PIANO MORTARI, *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Napoli, Jovene, 1976, pp. 153-262). Y aun siendo título aquí no tan específico, interesa no olvidar Mario SBRICCOLI, *L’interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell’età comunale*, Milano, Giuffrè, 1969.

el *corpus* sólo fragmentariamente prestaba apoyos a lo que propiamente era elaboración jurisprudencial³².

La *iurisdictio* se definía como una potestad pública, en el sentido de que su alcance no llegaba a abrazar las relaciones puramente domésticas o familiares, ni tampoco las establecidas en virtud de un mero pacto entre particulares sin trascendencia desde el punto de vista del poder de sujeción³³. Tal potestad —añadía la definición— confería a sus titulares las facultades necesarias para “decir el derecho” y “establecer la equidad”. Las dos fundamentales dimensiones del concepto se encontraban así expresas en la misma definición. El titular de jurisdicción tiene el poder de estatuir o establecer la equidad; y eso no significa otra cosa, según ya sabemos, que potestad de hacer normas. El titular de jurisdicción tiene también el poder de decir el derecho, haciéndose referencia con esta expresión a la facultad de intervenir, dirimiéndolos, en litigios para cuya resolución se necesita una aplicación directa del derecho al caso concreto. Ambas potestades judicial y normativa son vertientes, no sustancialmente distintas, del poder jurisdiccional. Su separación es meramente funcional: la jurisdicción se ejerce, básicamente, o bien estableciendo normas, o bien dictando sentencias y procediendo a su ejecución.

Existe una pluralidad de titulares de jurisdicción. Es esa multiplicidad de titulares de poder político a la que al principio me refería. Todos tienen reconocidas esas potestades de decir el derecho y de establecer la equidad, pero no las ejercen en igual grado. Aparte de que cada uno las actúa en su ámbito específico de jurisdicción, con delimitación personal y territorial, hay también diferencias de tipo objetivo. Según la jurisprudencia, existe toda una escala de tipos jurisdiccionales distintos, definidos, *grosso modo*, según el *quantum* de poder que se reconoce a cada titular. Así, una corporación de ejercientes de la misma profesión o negocio no sólo tiene delimitada su esfera de poder desde el punto de vista personal, afectando sus normas propias sólo a quienes son miembros de tal corporación, sino que, desde el punto de vista objetivo, sólo tiene capacidad de decisión normativa o judicial *super rebus suis*, sobre aquellos asuntos que le son propios. Desde el punto de vista entonces del *quantum* de jurisdicción, ejercen un grado “menor” de poder, un tipo de jurisdicción que se sitúa muy bajo en la escala de los definidos por la jurisprudencia. En el otro extremo de la escala, el rey ejerce su poder sobre un ámbito espacial y personal que abarca todo el reino; pero su posición se reconoce superior no sólo por esa razón, sino también porque su jurisdicción se extiende objetivamente a materias cuya regulación o enjuiciamiento no está al alcance de potestades inferiores. Es titular del grado superior de poder político, de la más alta de las especies de jurisdicción en la escala jurisprudencial, de mero imperio. Entre ambos extremos se sitúan los otros centros de poder político, los restantes titulares de jurisdicción³⁴.

Lo que más nos interesa de esta configuración plural de poderes jurisdiccionales es el origen de la titularidad que se reconoce a cada uno de ellos; en otras palabras, en virtud de qué causa tiene cada uno jurisdicción.

Aquí juega especial papel el concepto de corporación. Es concepto al que hasta ahora sólo hemos prestado atención secundaria, refiriéndonos ocasionalmente y a modo de ejemplo a las constituidas en virtud de profesión o negocio. Pero la idea de corporación es más amplia, y es la que mejor explica, en su globalidad, la conformación social bajomedieval y moderna³⁵. No sólo existe la

³² El título fundamental es aquí Pietro COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè, 1969. Pioneros fueron los trabajos de Martinien VAN DE KERCKHOVE, “La notion de juridiction chez les Décretistes et les premiers Décretalistes”, en *Études Franciscaines*, 49 (1937), pp. 420-455, y Francesco CALASSO, “*Iurisdictio* nel diritto comune classico”, en *Annali di Storia del Diritto*, 9 (1965) (= *Scritti di Francesco Calasso*), pp. 89-110 (antes en *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, vol. IV, Napoli, 1953, pp. 420-443). Al lector apresurado tal vez le baste la lectura de Claudio SCHWARZENBERG, s.v. “Giurisdizione (diritto intermedio)”, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 200-217. De orientación distinta, resulta siempre interesante la lectura de Myron Piper GILMORE, *Argument from Roman Law in Political Thought. 1200-1600*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1941, no siendo de objeto tan limitado a lo que en su título indica la monografía de Antonio PADOA SCHIOPPA, “Giurisdizione e statuti delle arti nella dottrina del diritto comune”, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 30 (1964), pp. 179-234.

³³ En este punto es decisiva la intervención de Bartolus de Saxoferrato (a *Digesta* 2,1,1), dándole perfil definitivo a una definición ya al parecer de matriz irneriana. Y no era punto menor este de determinación tan tardía: véase Dieter WYDUCKEL, *Ius Publicum. Grundlagen und Entwicklung des öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, valorando la intervención de Bartolus en pp. 56-57; acúdase también a Diego QUAGLIONI, “*Quilibet in domo sua dicitur rex*. (In margine ad alcune pagine di Francesco Calasso)”, en *Studi Senesi*, 89 (3ª serie, 26), (1977), pp. 344-358; y con mayor proyección hacia la edad moderna, Daniela FRIGO, *Il padre di famiglia. Governo della casa e governo civile nella tradizione dell'“economica” tra Cinque e Seicento*, Roma, Bulzoni, 1985.

³⁴ La sede más directa de argumentación jurisprudencial es *Digesta* 2,1,3. A la cuestión interesan António Manuel HESPANHA, “Représentation dogmatique et projets du pouvoir. Les outils conceptuels des juristes du *ius commune* dans le domaine de l'administration”, en Erk Volkmar HEYEN (Hrsg.), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäische Ansichten*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1984, pp. 1-28, y Jesús VALLEJO, “Power Hierarchies in Medieval Juridical Thought. An Essay in Reinterpretation”, en *Ius Commune*, 19 (1992), pp. 1-29.

³⁵ António Manuel HESPANHA, *História das Instituições. Épocas medieval e moderna*, Coimbra, Livraria Almedina, 1982, siendo el señalado el eje de la exposición. Es también básico Pierre MICHAUD-QUANTIN, *Universitas. Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen-Age latin*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1970, aportando datos fundamentales Santiago PANIZO ORALLO, *Persona jurídica y*

corporación de los mercaderes o de los carniceros, sino también la corporación de la ciudad o del reino. La sociedad se organiza en cuerpos, formados por individuos que tienen individualmente importancia para la conformación jurídica de la sociedad sólo en la medida en que forman parte de esos cuerpos, y que ejercen funciones distintas según la posición que dentro de ellos les corresponda. La imagen que la sociedad tiene de sí misma es una imagen corporativa, esto es, literalmente corporal, con una cabeza que la rige, unos brazos que ejecutan, unos pies sobre los que se sustenta.

En el seno de esos cuerpos es donde se ejerce la jurisdicción. Cada uno de esos cuerpos es centro de referencia de relaciones de poder, directamente ejercido por quien tiene la función de cabeza de ese cuerpo. El cuerpo necesita poder para funcionar, para alcanzar sus fines, poder que ha de administrar su cabeza. Es, así, esta conformación corporativa de la sociedad la que provoca que el origen inmediato de la jurisdicción se sitúe en la corporación, o, más exactamente, en el *consensus universorum*, en la voluntad conjunta de quienes conforman la corporación³⁶.

Y esto es verdad no sólo en las corporaciones inferiores, donde la efectividad de tal consenso es más visible en virtud de la existencia de cauces reales de participación en la toma de decisiones, incluida la elección del rector, *caput corporis*. En las corporaciones superiores, y a efectos de legitimación, también se entiende como fundamental el papel del *consensus universorum*: una de las explicaciones más corrientes del poder imperial, basada en un texto de la compilación justiniana (*Digesta* 1,4,1), es que el emperador ejerce su poder en virtud de la *translatio imperii*, por la cual el *populus romanus* transfirió su poder originario a una sola persona³⁷. Este argumento, como base de legitimación del poder del príncipe, es el que con más frecuencia se repite en la jurisprudencia medieval, dejándose a menudo en un segundo plano la cuestión del origen último o mediato — divino — del poder imperial³⁸. Al insistirse en el argumento de la *translatio imperii* lo que se está haciendo es poner el acento en ese referente corporativo del origen de la jurisdicción.

La legitimidad del ejercicio de poder jurisdiccional (y por tanto de poder normativo) dentro de cada corporación reside en ésta misma, sin interferencias exteriores, sin condicionamiento, en cuanto a tal origen, que proceda de fuera de la propia corporación. No existe un origen común o único del poder de dictar normas. No es un poder “distribuido” desde los centros de poder superiores. No lo distribuye el príncipe. La conformación de los distintos poderes normativos en presencia no está a su alcance, aunque a él se le reconozca, también, poder de otorgar a otros potestades jurisdiccionales.

6. Consecuencias y perspectivas

Queda ahora concluir, extraer las consecuencias de lo que hasta aquí se ha dicho. Basándonos en nuestros tres presupuestos, ¿cómo podemos ahora entender nuestro problema inicial, el de la articulación de esa multiplicidad de ordenamientos jurídicos de la que hablamos al principio? De modo muy distinto, según se irá viendo, a aquella primera impresión tan gráfica, diáfana y clara que entonces expusimos.

Para empezar: no es en absoluto cierto que los ordenamientos superiores se impongan siempre a los inferiores, que las esferas jurídicas de mayor amplitud prevalezcan siempre sobre las menores, que las normas de los círculos más pequeños se supediten siempre a las de los círculos mayores, siendo en todo caso derogados los ordenamientos inferiores por los superiores, y no pudiendo aquéllos contradecir a éstos. La dinámica de relación entre unos ordenamientos y otros no puede funcionar sobre tales bases, pues lo impide la indiferenciación en la sustancia entre unas normas y otras, y la identidad básica de la función que corresponde al titular de jurisdicción en el ejercicio de su potestad normativa. No existe una indicación de rango normativo que opere como mecanismo técnico de resolución de conflictos normativos de forma igual en todos los casos. Una norma consuetudinaria puede derogar a una ley, en su mismo ámbito de aplicación personal o territorial o en ámbito inferior³⁹. Una costumbre local, un estatuto municipal o de una corporación

ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV), Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1975. Puede verse también Joseph P. CANNING, “The Corporation in the Political Thought of the Italian Jurists of the Thirteenth and Fourteenth Centuries”, en *History of Political Thought*, vol. I, issue 1 (spring 1980), pp. 9-32. Para un aspecto particular, Walter ULLMANN, “The Mediaeval Theory of Legal and Illegal Organizations” (1944), en Walter ULLMANN, *Law and Jurisdiction in the Middle Ages*, London, Variorum Reprints, 1988 (George Garnett, ed.), cap. XI.

³⁶ Azzo, *Summa Codicis*, a *Codex* 3,13. Interesa la lectura de John W. PERRIN, “Azo, Roman Law and Sovereign European States”, en *Studia Gratiana*, 15 (1972), (= *Post Scripta. Essays on Medieval Canon Law and the Emergence of the European State in Honor of Gaines Post*), pp. 87-101.

³⁷ Pese a su título, sólo parcialmente interesa Werner GOEZ, *Translatio Imperii. Ein Beitrag zur Geschichte des Geschichtsdenkens und der politischen Theorien im Mittelalter und in der frühen Neuzeit*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1958, pues se dedica fundamentalmente al análisis de otra de las *translationes imperii* (la que se produce *in germanos*) medievales.

³⁸ Lo advertía ya A.J. CARLYLE, “The Theory of the Source of Political Authority, in the Mediaeval Civilian to the Time of Accursius”, en AA.VV., *Mélanges Fitting*, Montpellier, 1907-1908 (rep. facs. Scientia Verlag - Sauer & Auvermann KG, Aalen - Frankfurt am Main, 1969), vol. I, pp. 181-193.

³⁹ El *corpus* de derecho civil daba pie a la posibilidad: mientras que *Codex* 8,52(53),2 determinaba que la *auctoritas consuetudinis* no era suficiente para vencer a la *lex scripta*, *Digesta* 1,3,32 preveía la abrogación de

pueden desplegar sus efectos con aplicación prioritaria sobre una ley general de signo contrario que incida sobre la misma materia. Y ello incluso con independencia del momento, anterior o posterior, en que esa ley general se dicte.

La solución que la jurisprudencia genéricamente acepta para este tipo de conflictos es enormemente coherente con los expuestos presupuestos de partida, y realista con respecto a la situación de pluralidad de potestades normativas en juego. La ley especial contraria a ley general deroga a ésta en su ámbito propio, en el de la corporación a la que la primera pertenece, no abrogando desde luego a la general, sino dejándola sin efectos en su posible aplicación en el seno de la corporación menor. Y ello no sólo cuando la ley especial es posterior a la general; si es anterior tampoco se reconoce en todo caso fuerza derogatoria general a la ley general, pudiendo subsistir sin problemas la especial anterior: así directamente se dice en un cuerpo normativo de elaboración medieval, el *Liber Sextus*, que exige la garantía de mención expresa⁴⁰.

La coherencia de la solución con nuestros tres presupuestos es clara: al no definirse la ley por su ámbito, la especial y la general coinciden en su sustancia, no pudiendo establecerse reglas fijas que den supremacía a una sobre otra. Son normas, ambas, cuyo establecimiento responde al mismo proceso de fijación de la equidad. Son normas, ambas, dictadas por titulares de jurisdicción que lo son en virtud del mismo principio.

Y es que nos encontramos ante una mentalidad jurídica que no tenía, que no podía tener la misma actitud que un jurista de hoy tiene frente al fenómeno de la derogación de una norma por otra. La derogación no puede dejar de ser un fenómeno odioso cuando se entiende que una norma es declaración de equidad. Actuar contra la norma supondría actuar contra los principios de equidad y de justicia que la norma incorpora: llega a argumentarse que así como la ley es de Dios, la derogación es del diablo⁴¹. Ello no implica que no se preste atención al hecho de que una norma no se adapte a las circunstancias de tiempo o de lugar, impidiéndose su modificación o supresión. Y ello porque tal modulación del concepto de *aequitas* es posible, y se justifica en el discurso jurisprudencial a través del concepto de *necessitas* (término, por cierto, que forma también parte de la definición de *iurisdictio*), que es factor determinante de la oportunidad de la norma⁴².

Pero aun así, con las dichas posibilidades de modificación normativa, el grado de estabilidad del derecho positivo es notabilísimo, y basta para darse cuenta observar los cuerpos de leyes que van apareciendo durante todo este periodo: las leyes, sean de la procedencia que sean, van sufriendo un proceso de acumulación que llegará a hacerse insoportable hasta para los propios juristas que han de aplicarlas y estudiarlas. Es un proceso de acumulación que se agrava al no concebirse cláusulas efectivas de derogación general, y que lleva incluso a la vigencia formal simultánea —no ya en ámbitos territoriales o personales de aplicación distintos, sino incluso en el mismo libro de leyes— de normas entre sí contradictorias. Aunque una de ellas esté en desuso, aunque por intervención de esa *necessitas* que atiende a la adecuación de la norma a nuevas circunstancias se haya dictado sobre la misma materia otra regulación diferente, la anterior siempre podrá alegarse —a efectos no sólo teóricos de argumentación doctrinal meramente académica, sino también en el terreno más virtualmente práctico de la literatura consiliar o en el de la intervención en el foro— en virtud de su aún subsistente *ratio*⁴³. El único motivo que podría haber llevado a concebir la drástica supresión de una norma sería su iniquidad, su inadecuación a la *aequitas* que constituye su materia primera. Pero

una ley mediante *desuetudo*, siendo para la jurisprudencia tal *desuetudo* de efecto igual a la *consuetudo contra legem*. Sobre la contradicción interna del *corpus* en su contexto histórico más propio, Gabrio LOMBARDI, “Sul titolo *quae sit longa consuetudo* (8,52[53]) nel Codice giustiniano”, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 18 (1952), pp. 21-87, y Paul VAN WARMELO, “D. 1.3 (‘de legibus senatusque consultis et de longa consuetudine’)”, en AA.VV., *Studi in Onore di Edoardo Volterra*, I, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 409-424. Para la época que más nos interesa, y aparte de obras ya citadas, André GOURON, “Coutume contre loi chez les premiers glossateurs”, en André GOURON / Albert RIGAUDIÈRE, (dir.), *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l’État*, Montpellier, Publications de la Société d’Histoire du Droit et des Institutions des Anciens Pays de Droit Écrit, 1988, pp. 117-130. La contradicción se reproducía en el *corpus* de derecho canónico, puesto que ambas disposiciones romanas habían dejado su huella en el *Decretum Gratiani*. En el orden canónico estaban, en cualquier caso, mejor perfilados desde el punto de vista técnico los conflictos normativos al nivel descrito: véase ya el viejo trabajo de Rudolf KÖSTLER, “*Consuetudo legitime praescripta*. Ein Beitrag zur Lehre vom Gewohnheitsrecht und vom Privileg”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Kanonistische Abteilung*, 8 (1918), pp. 154-194.

⁴⁰ Se trata de VI 1,2,1, que cambiaba el principio recogido en el *corpus* de *ius civile*, concretamente en *Codex* 6,23,31. Sobre este último texto, una constitución de Justiniano que declaraba expresamente la validez de las *consuetudines rusticorum* en materia sucesoria dada la complejidad de las normas de derecho oficial, incomprensibles y por tanto inaplicables *in locis, in quibus raro inveniuntur homines litterati*, puede verse Johanna Maria FRÖSCHL, “*Imperitia literarum*. Zur Frage der Beachtlichkeit des Analphabetismus in Römischen Recht”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Romanistische Abteilung*, 104 (1987), pp. 85-155.

⁴¹ Albericus de Rosate, a *Digesta* 1,3,rubr. Sobre ello, Riccardo ORESTANO, *Introduzione* (nota 2), pp. 186-188.

⁴² Adalbert ERLER, “*Necessitas* als Impuls der Rechtserneuerung”, en AA.VV., *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del Terzo Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, vol. I, Firenze, Leo S. Olschki, 1977, pp. 113-122.

⁴³ Ennio CORTESE, *La norma* (nota 5), I, pp. 297 y ss. De planteamiento interesante resulta Peter STEIN, *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh, at the University Press, 1966.

aun en este caso no quiebra la concepción que estamos exponiendo: no estaríamos realmente ante la abrogación de una norma inicua, sino ante la mera declaración de que tal norma nunca ha sido tal, no ha debido nunca considerarse derecho⁴⁴.

La apreciación de iniquidad no se da sólo de arriba a abajo. Esta vía es sin embargo frecuente: el príncipe puede justificar —y de hecho lo hace pues políticamente le interesa— su oposición a ordenamientos de corporaciones inferiores y fundamentar su voluntad de suprimirlos en razón de iniquidad. Pero la iniquidad puede también apreciarse de abajo a arriba. El *conditor legum*, cualquiera que sea su posición, superior o inferior, en la escala de potestades jurisdiccionales que la jurisprudencia se ocupa de describir, es intérprete de la equidad, y tiene el criterio preciso y la legitimidad necesaria para apreciar su contrario. Y esto puede llevar consigo, en la práctica, la inobservancia de las normas procedentes del titular de poder superior, pues carecen, siendo inicuas, de *causa*⁴⁵. La jurisprudencia refleja este planteamiento aunque pueda a veces reconocer que razones de oportunidad política o de evitación de males mayores hagan conveniente obedecer la norma injusta⁴⁶. En cualquier caso, esa idea de ausencia de *causa*, de inadecuación de la norma a la equidad, a los principios que constituyen las esferas jurídicas de derecho indisponible, convierte en ilegítima la acción de quien la dicta y en legítima la conducta de quien la resiste.

La de la *causa* es cuestión que supone, como estamos viendo, la consecuencia de intervención decisiva de los ordenamientos menores sobre los mayores. Esto es así incluso en los grados más altos, en las esferas más exteriores de nuestro esquema concéntrico inicial: el derecho que hemos llamado indisponible es lógicamente inmutable, excepto en el caso de que intervenga justa causa. Así podía justificarse, por ejemplo, que la pena de muerte en razón de delito grave prevaleciera sobre el mandato divino de no matar; así, también, podía justificarse la caída en esclavitud, contradictoria con la libertad natural del hombre, por razón de guerra, evitando el mal mayor de dar muerte a los prisioneros⁴⁷.

La intervención decisiva de ordenamientos menores sobre los mayores, prevaleciendo sobre ellos, puede verse también por otra vía, que en cierto modo resume las anteriores. La idea que mejor puede cuadrar al establecimiento de norma en la época que examinamos no es la de creación, sino la de interpretación. El príncipe —se entendía, como vimos, partiendo de un texto del Código justiniano— era intérprete de la equidad al definir la norma. No es condición, la de intérprete, sólo del príncipe: la jurisprudencia no se cansaba de repetir que a aquel a quien pertenece hacer las leyes, pertenece también interpretarlas, dándose así la consideración de intérprete y la potestad de interpretar a todo titular de la potestad de normar. Diríase que la interpretativa es, frente a la normativa, potestad secundaria, no tan trascendente. No es así. Es precisamente mirando el fenómeno de la normación desde el prisma de la interpretación como mejor puede entenderse. Y ello es así porque la interpretación actúa realmente poniendo en contacto esferas jurídicas diversas, posibilitando la adaptación de normas generales a circunstancias particulares. La pluralidad de soluciones jurídicas simultáneamente vigentes es coherente dentro del universo de la interpretación; no puede serlo dentro de un universo férreamente normativo y jerarquizado, como el que tuvimos la tentación de representar gráficamente al principio de estas páginas.

Era aquél un esquema que ha acabado por inquietarse de tal modo ante los elementos que hemos ido aquí viendo, que tal vez hasta resulte ya completamente inexpresivo. Abandonemos también nuestros prejuicios gráficos y dejémoslos de límpidos esquemas y de clasificaciones sistemáticamente ordenadas. Mejor pista hubiéramos seguido si en lugar de fabricarnos nuestra propia imagen hubiéramos acudido a la que eligieron los contemporáneos: aun plurales los orfebres, la misma era la materia sobre la que trabajaban, y la misma también la obra final perseguida, ese cáliz de plata... de ley.

⁴⁴ Sobre el problema de la norma injusta, Jeannine QUILLET, “Note sur le concept médiéval de loi”, en *Cahiers de Philosophie Politique et Juridique*, 12 (1987), (= *La loi civile. Actes du Colloque de Mai 1987*), pp. 45-54. Pero en este concreto caso es preferible acudir a las fuentes: Bartolus de Saxoferrato a *Codex* 1,22,6: *Princeps non potest facere unam legem, quae contineret unum inhonestum, vel iniustum. Nam est contra substantiam legis. Nam lex est sanctio sancta, iubens honesta, et prohibens contraria.*

⁴⁵ Para el concepto, específicamente, Francesco CALASSO, “*Causa legis*. Motivi logici e storici del diritto comune”, en *Annali di Storia del Diritto*, 9 (1965) (= *Scritti di Francesco Calasso*), pp. 155-168 (antes en *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 39 (1956), pp. 357-369).

⁴⁶ Albericus de Rosate, a *Digesta* 1,3,rubr.

⁴⁷ La jurisprudencia tenía sede privilegiada de argumentación en *Institutiones* 1,2.