

El tránsito de la oralidad hacia la escritura en la experiencia jurídica del siglo XIII: ejemplo sajón e hipótesis castellana (parte primera)¹

The transit from the orality towards the writing in the 13th Century Legal experience: the Saxon example and the Castilian hypothesis (part one)

Faustino MARTÍNEZ MARTÍNEZ

Departamento de Historia del Derecho y de las Instituciones

Instituto de Metodología e Historia de la Ciencia Jurídica

Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid

Becario del Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte (Frankfurt am Main)

fmartine@der.ucm.es

“Sólo están las palabras, los símbolos, las formas mismas, indefinidas, inescrutables y serenas, frente al turgente telón de fondo de un terrible y sangriento infortunio de acontecimientos humanos”.

(William Faulkner, *¡Absalón, Absalón!*).

Recibido: 13 de marzo de 2006

Aceptado: 29 de marzo de 2006

RESUMEN

Esta primera parte estudia el camino que sigue el Derecho medieval europeo en torno a los siglos XII y XIII desde la oralidad de sus manifestaciones consuetudinarias hasta la escritura, heredada y de

¹ La realización de la mayor parte de este trabajo fue posible gracias a una estancia de investigación desarrollada, a comienzos del año 2006, en el *Instituto Max Planck für europäische Rechtsgeschichte*, en Frankfurt am Main, periodo durante el cual disfruté de una beca de la misma institución. Quiero dejar constancia de mi agradecimiento a todo el personal del mencionado instituto, especialmente al Prof. Dr. M. Stolleis, director saliente y fautor de mi más que provechosa estancia en tierras germánicas, agradecimiento extensivo a los Profs. Drs. M. T. Fögen, F. Schmerbach, L. Yong, L. Beck-Varela, A. Spinosa, L. Atzeri y C. Bertani. Abreviaturas empleadas: André Gouron y Albert Rigaudière (dirs.), *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'État*. Publications de la Société d'Histoire du Droit et des Institutions des Anciens Pays de Droit Écrit, Montpellier, 1988 (= *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'État*). Antonio Pérez Martín (ed.), *España y Europa, un pasado jurídico común. Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común (Murcia, 26-28 de marzo de 1985)*. Publicaciones del Instituto de Derecho Común. Universidad de Murcia, Murcia, 1986 (= *España y*

nueva formación, tanto en latín como en lenguas romances. Se examinan las posibles causas de diverso signo que inspiran este cambio, conducente a una mayor seguridad de lo jurídico, y con ello al conocimiento científico, para proyectar finalmente sus efectos en dos ejemplos conocidos.

PALABRAS CLAVE: Oralidad, Escritura, Ciencia Jurídica, Derecho Medieval, Renacimiento jurídico medieval.

ABSTRACT

This first part studies the way followed by the European medieval law around the 12th and 13th centuries, from the orality of its customary manifestations to the writing, both inherited and of new formation, as much in Latin as in Roman languages. The diverse nature causes that could have inspired this change are examined, being all conducive to a greater legal security, and with it to the scientific knowledge, to finally project their effects in two well-known examples.

KEYWORDS: Orality, Scripture, Legal Science, Medieval law, Medieval Legal Renaissance.

RÉSUMÉ

Cette première partie parcourt la route suivie par le Droit médiéval européen autour des XII^{ème} et XIII^{ème} siècles, dès l'oralité de ses manifestations coutumières jusqu'à l'écriture, héritée et de nouvelle formation, tant en latin comme en des langues romanes. On examine les possibles causes de divers signe qu'inspirent ce changement, menant à une plus grande sécurité juridique, et de la suite à la connaissance scientifique, pour finalement projeter leurs effets sur deux exemples connus.

MOTS CLÉ : Oralité, Écriture, Science Juridique, Droit Médiéval, Renaissance juridique médiévale.

ZUSAMMENFASSUNG

Dieser erste Teil der Studie zeigt den Weg, den das Recht des europäischen Mittelalters an der Schwelle vom 12. zum 13. Jahrhundert von der Mündlichkeit des Gewohnheitsrechts bis zur Schriftlichkeit nahm, die wiederum das Erbe einer neuen Richtung sowohl in der lateinischen Sprache als auch in den romanischen Sprachen darstellt. Untersucht werden dazu die möglichen Ursachen, die diesen Wechsel beflügelten und zu einer besseren Sicherheit des Rechtswesens und der Rechtskunde führten; die Wirkungen illustriert der Autor anhand zweier bekannter Beispiele.

SCHLÜSSELWÖRTER: Mündlichkeit, Schriftlichkeit, Rechtswissenschaft, Mittelalterliches Recht, Renaissance des mittelalterlichen Rechts.

1.- La realidad histórica es invisible: se conoce exclusivamente a través de sus huellas, de sus representaciones, de sus testimonios; por ellos y en ellos. No hay

Europa, un pasado jurídico común). *Colendo Iustitiam et Iura Condendo. Federico II, legislatore del Regno di Sicilia nell'Europa del Duecento. Per una Storia Comparata delle Codificazioni Europee*. A cura di Andrea Romano. *Atti del Convegno Internazionale di Studi*. Edizioni De Luca, Roma, 1997 (=Colendo Iustitiam et Iura Condendo). *Diritto Comune e Diritti Locali nella Storia dell'Europa. Atti del Convegno di Varenna (12-15 giugno 1979)*. Giuffrè, Milán, 1980 (=Diritto Comune e Diritti Locali nella Storia dell'Europa). VV. AA., *Leges, Gentes, Regna. Zur Rolle von germanischen Rechtsgewohnheiten und lateinischer Schrifttradition bei der Ausbildung der frühmittelalterlichen Rechtskultur*. Gerhard Dilcher y Eva-Marie Distler (hs.gb.), Berlín, 2006 (=Leges, Gentes, Regna).

Historia sin datos y tampoco hay Historia sin el archivo de esos datos. Toda narración histórica es interpretación del pasado. De hecho, el binomio descripción-explicación ha servido para representar una visión moderna sobre el comportamiento empírico de las ciencias, el cómo de las mismas, en su intento de comprensión del ser humano y del mundo por él dominado. La Historia, por medio de su discurso, forma parte de un titánico esfuerzo, claramente occidental, orientado a conquistar de modo cognoscitivo, es decir, racional, el mundo físico y el mundo histórico que habitamos. Esa Historia es la misma que, de modo sucesivo o simultáneo, ha sido memoria, mito, transmisión de la palabra y del ejemplo, vehículo de la tradición, conciencia crítica del presente, desciframiento del destino, anticipación del futuro, promesa de un retorno, mixtificación del pasado. Mas ese binomio aludido puede ser fácilmente complementado por uno nuevo: narración e interpretación, es decir, la narración como discurso de lo histórico, conducente a una meta, la interpretación que genera, a su vez, un nuevo mecanismo narrativo de todo lo anterior: la narración de esa interpretación. Con una mejor propuesta: narración a través de la interpretación, que lleva a la creación de una estrategia narrativa, de segundo orden, sobre las bases previas, una nueva narración en suma, para explicar la primera narración de la que se parte. La interpretación, a diferencia de la descripción, procede en los supuestos de abundancia de datos, de hechos, no de la simple corrección de los mismos como sucedería en el supuesto meramente descriptivo. Toda narración histórica no cuestiona el pasado: supone la aceptación del mismo tal cual es o tal cual ha sido, lo indubitable de aquél, su carácter inapelable. Lo único que resta ante la formulación de ese pasado es interpretarlo. Y ésta es la tarea clave. Interpretación, esto es, una combinación de opinión, contemplación, observación, subordinación y suposición.

No implica esto ofrecer una reflexión o un modelo completo de pasado. Se trata de vertebrar un conjunto de instrumentos, dotados de mayor o menor autonomía y con una acentuada flexibilidad metodológica, que pueda usarse para la comprensión de lo pretérito. Lo que hace que se pueda examinar el pasado desde nuevas perspectivas no es la capacidad del historiador para describirlo en formas novedosas: es la capacidad del mismo para desarrollar nuevas interpretaciones, dado que la Historia no se vive, sino que se cuenta, se narra. La Historia es como un texto. Éste posee un significado que tratamos de descubrir, precisa de interpretación y consta de elementos léxicos, gramaticales, sintácticos y semánticos, incluso sentimentales, a los cuales recurrimos para la consecución de los fines aludidos. El historiador traduce el texto del pasado y lo convierte en texto propio, a la procuración de una doble transparencia, que rige su conducta: la visión que el propio texto ofrece del pasado y la visión que el propio historiador proporciona por medio de sus posturas, intenciones, deseos o ideologías. Hacer que los testimonios históricos nos hablen, nos guíen, nos digan las direcciones que hemos de seguir. El pasado llega a nosotros descompuesto, variado, heterogéneo, con testimonios de calidad diversa y procedencia asimismo dispar. El historiador, en este caso el historiador del Derecho, embarcado en la

tarea de explicar los textos que en un determinado momento de la Historia han constituido el orden jurídico, en su más amplia acepción, adquiere un deber para con los hechos mismos y para con la reconstrucción del pasado que tiene ante sus manos. Es un narrador de lo jurídico que posee como protagonistas principales de su relato al abigarrado conjunto de textos, documentos, escritos y demás mecanismos coercitivos, que englobamos genéricamente bajo la denominación de Derecho, es decir, escrituras que presentan una intensidad obligatoria variable, una imperatividad en su formulación con diferentes grados. El pasado —en este caso, el pasado jurídico— no se ve a través del lenguaje del historiador, sino desde el punto de vista que el propio historiador sugiere y postula. Es el mismo historiador del Derecho quien se encargará de componer los restos, hacerlos unidad, volverlos homogéneos, reducir al saber conjunto de una única madeja lo que son, a primera vista, hilos deshilvanados, fragmentos de un *puzzle*, a los que él da orden y, sobre ese orden, reconstruye y narra. Es él mismo el que se encargará de realizar la magna tarea para la que fue formado: interpretar, dar vida a los hechos, emplearlos, usarlos, cuestionarlos, depurarlos, finalmente recuperarlos. Con ellos, recuperar la visión sobre el Derecho del pasado, aquél que ya no lo es formalmente en la actualidad, pero que continúa conservando el marchamo de lo jurídico, y, con ello y a partir del Derecho, recuperar e interpretar la cultura, en toda su magnificencia, como máxima expresión de la capacidad de creación y de respuesta del ser humano ante las variables contingencias que se le presentan en su existencia cotidiana².

En el seno de la cultura, de la que el Derecho forma parte por su esencia misma (plasmación en textos imperativos de los propios valores de la sociedad), uno de los elementos definidores y definitivos es el lenguaje, ese conjunto finito de reglas que permiten un número infinito de pruebas y prácticas. Más en concreto, nos interesa retener aquí y ahora la expresión escrita de ese lenguaje. Si se hace una visión no

² El valor de la Historia y de la conciencia que ella implica, en cuanto que pilares de la cultura, es reivindicada con expresivas palabras por Ankersmitt, F. R., *Historia y Tropología. Ascenso y caída de la metáfora*, México, 2004, pp. 319-320: “Junto con la poesía, literatura, pintura y demás artes, la historia y la conciencia histórica pertenecen a la cultura y no pueden plantearse preguntas significativas acerca de la utilidad de la cultura. La cultura, de la cual forma parte el escrito histórico, es más bien el fondo desde el cual o respecto del cual podemos formarnos una opinión acerca de la utilidad, por ejemplo, de ciertas clases de investigación o ciertos objetivos políticos. Por esa razón, la ciencia y la política no pertenecen a la cultura; si algo tiene alguna utilidad o desventaja, o nos permite manipular el mundo, no forma parte de la civilización. La cultura y la historia definen la utilidad, pero justamente a causa de esto no pueden definirse en términos de utilidad. Pertenecen al dominio de las suposiciones absolutas, en terminología de Collingwood. Ésta es también la razón por la que la política no debe interferir con la cultura”. Para el surgimiento de la Historia como Ciencia que nombra, vid. Foucault, M., *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, Buenos Aires, 2002, pp. 215 ss., quien destaca claramente que la Historia no es una compilación de las sucesiones del hecho, tal cual han podido ser constituidas, sino que actúa como “el modo fundamental de ser de las empiricidades”, aquello a partir de lo cual son afirmadas, puestas, dispuestas y repartidas en el espacio del saber para conocimientos eventuales y ciencias posibles: es lo inmoldeable de nuestro pensamiento.

pormenorizada de toda nuestra civilización, podemos llegar fácilmente a la conclusión de que todo es escritura, de que todas las dimensiones morales o materiales del ser humano, al margen de sus orígenes, pueden reconducirse a un texto escrito donde están condensadas las potencialidades del mismo en cada uno de esos campos en que actúa. Una escritura que deseca y congela la lengua oral³. De hecho, la gran división efectuada entre Prehistoria (una Historia que todavía no lo es) y la Historia propiamente dicha obedece precisamente a la presencia e interpretación de testimonios escritos, de la escritura misma como expresión de ese pasado. Desde los albores de la humanidad, siempre se ha mostrado el hombre dispuesto a coleccionar, ordenar y anotar sus saberes. Es su esencia misma la que conduce a ello. El hombre no pasa simplemente: su deseo es permanecer, perdurar, pervivir. Una civilización, a fin de cuentas, es eso: recuerdo, un recuerdo que nace precisamente de la finitud del ser humano⁴, recuerdo, reiteración y persistencia. El hombre descubre la escritura como instrumento con el cual afianzar sus conocimientos, asegurarlos y luchar de una manera efectiva contra la memoria y su antagonista, el olvido, ese invisible enemigo que tiende a devorar todo lo que encuentra a su paso para arrojarlo a los océanos de la nada. La escritura supone el cambio en nuestro modo de percepción de la realidad: implica que la dominación de aquello que conocemos no procederá ya de un acto de audición, sino de un acto de visión. La vista, y no el oído, será el elemento preponderante. Cambia el soporte a través del cual se documenta, se registra, se solidifica el conocimiento y cambia el medio externo con el cual aquél se

³ Aunque el origen de todo, sobremanera en el campo literario, sea siempre la palabra pronunciada, que puede precisar de texto, pero que precisa de un intérprete que le da publicidad, intérprete que es el único que está en contacto directo con el documento fundacional. Vid. Cerquiglini, B., *La parole médiévale. Discours, syntaxe, texte*, París, 1971; y, sobre todo, Zumthor, P., *La letra y la voz. De la literatura medieval*, Madrid, 1989, p. 117: “El texto es muestra tan pronto de una oralidad que funciona en una zona de escritura, como de una escritura que funciona como oralidad y fue esto sin duda la pauta en los siglos XII y XIII”, para añadir, en ob. cit., p. 268, la diferencia de modo sucesivo entre el texto primigenio, su actuación y la conclusión final en la obra: “El texto es leble (afortunadamente para nosotros, medievalistas); la obra fue al mismo tiempo audible y visible. Ahora bien, estas diversas cualidades no son ni simétricas ni, incluso, en resumidas cuentas, comparables. Del texto, la voz en actuación pública, saca la obra”. Advertía de ello ya en su trabajo “The Text and the Voice”, en el volumen colectivo *Oral and Written Traditions in the Middle Ages*, en *New Literary History: A Journal of Theory and Interpretation*, XVI, 1 (1984), pp. 67-92.

⁴ Cfr. Foucault, M., *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, ed. cit., p. 254: “No hay historia (trabajo, producción, acumulación y aumento de los costos reales) sino en la medida en que el hombre, en cuanto ser natural, es finito; finitud que se prolonga mucho más allá de los límites primitivos de la especie y de las necesidades inmediatas del cuerpo, pero que no deja de acompañar, cuando menos en sordina, todo el desarrollo de las civilizaciones. Mientras más se instale el hombre en el corazón del mundo, mientras más avance en la posesión de la naturaleza, más fuertemente también lo presiona la finitud, más se acerca a su propia muerte. La Historia no permite al hombre evadir sus límites iniciales —a no ser en apariencia, y si se da a límite el sentido más superficial; pero si se considera la finitud fundamental del hombre, se percibe que su situación antropológica nunca deja de dramatizar más aún su Historia”.

transmite. La boca como creadora deja paso a la mano como transcriptor. La recepción del mensaje exige un ulterior acto de traslación que no tiene que implicar necesariamente cambios en el contenido de la comunicación, que permanece inmutable, si acaso con más solidez. Cambia la expresión y la difusión de ese conocimiento. He aquí la mutación. Los canales de transmisión se vuelven fijos, en cuanto que definidos, ortodoxos dado que están al servicio de un ideario, inmóviles por no modificables a voluntad de cualquier individuo⁵. Al mismo tiempo, cambia la forma de la inteligencia y de su manifestación. La externalización, la publicidad, la extroversión o el escándalo que requiere la oralidad, la representación unida a la misma, dan paso a una publicidad menor y a una introversión, a una cierta tranquilidad de ánimo y a una cierta pausa espiritual, por cuanto en el mundo oral la misma comunidad es la protagonista en tanto que refrenda las actuaciones del individuo. Con la escritura, el individuo es personaje de sus respectivas aventuras merced a un instrumento que le da la sociedad, pero sin que sea precisa esa expresión desmesurada de la información o la comunicación, como sucede en las sociedades orales. En éstas también se producen manifestaciones bellas y poderosas, representaciones verbales de alto valor artístico y humano. Sucede que sin lo escrito la conciencia humana no puede localizar sus potencialidades, fijarlas en el tiempo y en el espacio, no puede producir otras creaciones bellas y poderosas. La oralidad necesita la escritura, necesita producirla y está destinada a la misma⁶. La escritura impone además una seguridad de las bases del conocimiento y un inmutabilidad de sus contenidos en sí mismos considerados. El sonido, lo oral, efímero, fútil, evanescente, dinámico y vivo: el sonido existe a medida que su existencia se evapora, a medida que desaparece. No hay forma de parar el sonido y de tenerlo en el sentido de poseerlo. El sonido nace para desaparecer, no obstante se vea acompañado del espectáculo de la representación y de todo el placer auditivo que al mismo puede ser adherido; la escritura aparece para perdurar. De ahí, emana lo científico, la posibilidad de trabajar con certeza sobre unos conocimientos y proceder a su reproducción, avance o interpretación⁷. Así, la escritura y su corolario consecuencial, el libro escrito, constituyen las bases para la sedimentación del conocimiento, en tanto en cuanto conforman un modelo

⁵ Lo destaca Havelock, E. A., *La musa aprende a escribir. Reflexiones sobre oralidad y escritura desde la Antigüedad hasta el presente*, Barcelona, 1996. Es indispensable para estas lides Ong, W. J., *Orality and Literacy. The Technologizing of the World*, Londres / Nueva York, 1982. Recientemente, muy recomendable la aportación de Kiesow, R. M., *Das Alphabet des Rechts*, Frankfurt am Main, 2004, especialmente, la voz "Anbruch", pp. 21-34.

⁶ Cfr. Ong, W. J., *Orality and Literacy*, ed. cit., pp. 14-15.

⁷ Comenzando por el propio conocimiento científico de las implicaciones del lenguaje escrito mismo, es decir, la reflexión que se vierte sobre la propia comunicación oral. Como destaca Ong, W. J., *Orality and Literacy*, ed. cit., p. 28, la llegada de los griegos al pensamiento analítico que los caracterizó obedece a la introducción de las vocales en su alfabeto. Así se alcanzó un nuevo nivel de abstracción, analítico, un código visual del difícilmente comprensible mundo de la sonoridad. Esa perfección presagió y desencadenó la perfección de su pensamiento abstracto posterior.

fijo que ha de ser, cuando menos, respetado como saber, y, a lo sumo, venerado como única verdad allí contenida⁸.

Sobre esa misma base, sobre ese mismo texto, se inicia una nueva forma de construcción cognoscitiva por medio de lo que denominamos exégesis o interpretación⁹, esto es, la comprensión de lo que el texto nos dice y todas las preguntas que nacen alrededor de la primera interrogación: el cómo, el por qué, el cuándo, el dónde, el quién o el qué de ese mismo texto. El libro es el medio óptimo (no el único) para recibir y depositar la cultura, el baúl donde aquella puede hallarse a salvo de la barbarie, de la destrucción, porque es algo que pervive, que perdura, que supera la vida del hombre y de las simples generaciones. Su capacidad de supervivencia es encomiable, acaso porque es el mejor depósito, el más fiel y el más seguro, en que cabe colocar el saber. Se comporta como el tesoro máspreciado de la cultura: no es un simple baúl, sino el baúl mismo de donde arranca todo lo que decimos, hacemos o pensamos, el elemento que crea y estructura las categorías mentales mediante las cuales actuamos. Y además de esa función de depósito y de conservación, el libro tiene otro indudable componente, casi diríamos mágico: su capacidad de transmisión. Ello comporta la indudable potencialidad que tiene el libro para convertirse en el reflejo de los conocimientos existentes en un determinado campo y ofrecerlos a los letrados, a los dominadores de las letras escritas, que puedan alcanzar su comprensión, al mismo tiempo que se crea una puerta nueva por la que pueden transitar todas aquellas personas que dispongan de los mínimos rudimentos intelectuales para acercarse al documento escrito, a esa palabra solidificada, al libro uno y a todos los libros. Generaliza el medio y el contenido, previo aprendizaje. La elección divina o mítica desaparece pues todo el mundo puede capacitarse para acceder a dichos conocimientos, que dejan de ser remotos¹⁰. Piénsese en la Historia de la Jurisprudencia romana, que es, en resumidas cuentas, una lucha por la generalización del conocimiento mediante el dominio de la técnica, a lo que se llega por medio de la escritura. Primero, con las Doce Tablas; después con Cneo Flavio y la difusión de los formularios; luego con la consecuencia final de este círculo: el acceso de plebeyos al pontificado, al dominio que los sacerdotes ejercían sobre una

⁸ Vid. Dahl, S., *Historia del libro*, Madrid, 2003, pp. 44 ss.

⁹ Cfr. Zumthor, P., *La letra y la voz. De la literatura medieval*, ed. cit., p. 347: "El texto literario es cerrado: en virtud del acto que, material o idealmente, lo cierra y por intervención de un sujeto que efectúa este cierre. Pero éste provoca el comentario, suscita la glosa, de manera que en este nivel el texto se abre, siendo una de las características propias de la literatura su interpretabilidad". Así, en ob. cit., p. 349, la literatura, cualquiera que sea su forma, es lo que vino después de un periodo de la historia occidental en el que se procedió a la transformación y al debilitamiento de las antiguas costumbres bajo las cuales fue engendrada la poética medieval: "La literatura es aquello que produjo, en un esfuerzo admirable de los hombres por superar su crisis de conciencia, aquel desencanto de la sociedad del que hablaba Max Weber".

¹⁰ Vid. Burke, P., *Historia social del conocimiento. De Gutenberg a Diderot*, Barcelona, 2002, pp. 33ss.

población mayoritariamente analfabeta precisamente por el conocimiento concreto de aquellos mecanismos cuasi-mágicos —las fórmulas— que permitían dar efectividad a toda suerte de actuación jurídica¹¹. Como sucede con toda escritura, con todo libro, aquella forma de plasmación de conceptos está construida en el seno y en beneficio de una casta o de un estamento letrado no cerrado, dado que al mismo se puede acceder por la educación. Pero también es la base para abrir la posibilidad al debate, al tratarse de una aptitud que no es imposible de aprender y, por tanto, que permite al que la domine embarcarse en un juego de conocimiento y de lucha intelectual. Es un soporte que actúa como red de difusión, desplazamiento, envío y regreso de mensajes, hacia los receptores capacitados para comprenderlos. El libro implica la civilización y, sin el libro en cuanto que soporte y en cuanto que modo de comunicación, nada hay y nada puede esperarse¹². Asimismo nos conduce a la idea de totalidad y de unidad, al intento, dificultoso en algunos casos, de tratar de recoger en su seno la plenitud de los conocimientos que sobre un determinado campo se poseían en una época determinada. Transferida esta idea al campo jurídico, el libro de Derecho es un libro que nace con la intención de encajar en su seno todo el Derecho. El libro quiere serlo todo y excluir de su lectura aquello que allí no aparece recogido. En el libro jurídico, hallarán todas las respuestas, todos los problemas planteados, todas las discusiones y debates, todo el universo del Derecho se reduce a las mismas líneas escritas. Fuera de éstas, nada habrá, de lo que se sigue su naturaleza exclusiva, solitaria e incommunicable. Cuando Teodosio II o Justiniano iniciaron sus respectivas labores compiladores, quisieron que los textos por ellos sancionados estuviesen revestidos de esa idea de plenitud y de exclusividad. Todo el Derecho y sólo el Derecho es lo que allí se contendría. Mostrar el Derecho en su integridad, en su plenitud: he ahí el deseo último, lo que conduce necesariamente a una acotación de la materia jurídica. No todo sirve para formar el libro. Es preciso delimitar los contenidos, depurar lo que vale y lo que no vale. La tendencia innata del libro es que él mismo quiere devenir el único manantial del Derecho, desea marcar la cesura con el pasado de un modo acentuado: cancela el Derecho, lo convierte en presente y lo proyecta hacia el futuro. El libro jurídico está solo, se deleita en esa soledad para la que ha nacido, puesto que no quiere competidores, émulos o rivales. Esa soledad, a la que se ve destinado, justifica su existencia misma¹³.

¹¹ Vid. Arangio-Ruiz, V., *Historia del Derecho Romano*. 5ª edición, Madrid, 1994, pp. 67 ss., para la Ley de las XII Tablas, y pp. 148 ss., para el arranque de la nueva jurisprudencia secular.

¹² La oralidad se vincula a la cultura, mientras que la literalidad aparece unida a la civilización, concebida como la cultura de las ciudades, con estructura social compleja. Cfr. Goody, J., *The Interface between the Written and the Oral*, Cambridge, 1987, p. 3.

¹³ Las ideas de Teodosio II y Justiniano triunfan y a ellas se acogen los juristas medievales con la clásica formulación de Azzo: “Omnia in corpore iuris inveniuntur”. Vid. las citas de las constituciones de los emperadores, en Kiesow, R. M., *Das Alphabet des Rechts*, ed. cit., voz “Anbruch”, pp. 28-29.

La aprehensión del mundo o de su representación opera mediante pasos sucesivos. Aquél es primeramente formulado de modo oral, es representado por medio de los sonidos que salen de nuestra boca o por medio de las ideas que silenciosamente fraguamos en nuestra mente, sin que exista una comunicación directa con el receptor de la comunicación, que ni tan siquiera existe en este momento embrionario. Entre la formulación de esa experiencia del mundo y su transmisión al otro con el uso de la escritura, ha aparecido el lenguaje, cualquiera que sea su forma, como el medio óptimo para proceder al registro del mensaje y a la interpretación de ese registro del mensaje, de suerte tal que ya opera un cambio desde el sonido al signo y desde la audición a la visión. Mientras que la oralidad precisa de la repetición para consolidarse, la escritura consigue esa consolidación desde sus inicios y es precisamente esa repetición la que se produce con arreglo al patrón consolidado, ortodoxo, cuasi dogmático, indiscutible. La oralidad va de la repetición a la plasmación: cada actuación oral es recreación e innovación constante. Por su parte, la escritura camina desde la plasmación a la repetición, en la ruta inversa, estableciendo sus propias prácticas, sus propios usos y tendencias: aquí la repetición es fidelidad al modelo escrito y siempre similitud con el mismo. Es idéntica a sí misma en cada momento que se reitera el mensaje. De ese modo, la instauración de la escritura trae consigo una cierta dictadura sobre la oralidad, desde donde se aprecia la conformidad o concordancia entre ambas figuras. Es la explicación de aquellas artes que permiten dominar el buen hablar (Gramática), el buen pensar (Lógica) o la modelación convincente del discurso bello (Retórica). La escritura así procede a facilitar la reorganización o modificar en profundidad los dominios de la comunicación oral, de nuestro propio pensamiento¹⁴.

Pero hay más. Reestructura también nuestra conciencia¹⁵. No se limita simplemente a poner por escrito esa oralidad, sino que la adapta, la encasilla. Gracias a ella, se conserva la palabra hablada, se extraen y se abstraen aquellos elementos constitutivos que permiten el examen retrospectivo. La comunicación visual engendra posibilidades cognoscitivas nuevas en relación a las que ofrece la comunicación

¹⁴ La estructura mental de la oralidad da pie al predominio de fórmulas y reglas mnemotécnicas: prevalece la adición sobre la subordinación; lo agregativo más que lo analítico; la enumeración redundante; lo tradicional; su cercanía al mundo humano; su tono agonístico; la empatía y la participación en lo que se narra; la homeóstasis o equilibrio en el presente; su carácter situacional, no abstracto. Vid. las características comunicacionales de las sociedades de tipo oral en Ong, W. J., *Orality and Literacy*, ed. cit., pp. 36 ss.

¹⁵ Vid. Ong, W. J., *Orality and Literacy*, ed. cit., pp. 78 ss. Y después de la escritura, el siguiente paso consecucional lógico es la imprenta: si la escritura resitúa el mundo oral en un espacio visual, la imprenta almacena la palabra en el espacio de un modo definitivo. Para el caso de reestructuración, jurídicamente hablando, vid. Dilcher, G., "Leges-Gentes-Regna. Zur Rolle normativer Traditionen germanischer Völkerschaften bei der Ausbildung der mittelalterlichen Rechtskultur: Fragen und Probleme", en *Leges, Gentes, Regna*, ed. cit., pp. 15-42.

auditiva. Sin la escritura puede existir espíritu crítico, pero lo que no puede existir es tradición crítica, si por tal entendemos la transmisión inalterada de unos contenidos en el tiempo. Es indudable, y así lo ha entendido Jack Goody, que la escritura comportaría así tres niveles de implicaciones que se refieren, respectivamente, a la comunicación entre generaciones, a la comunicación dentro de una misma generación y a la comunicación del sujeto consigo mismo. Es decir, el lenguaje escrito permite el depósito del conocimiento y su posterior transmisión sin pensar en el desgaste que el tiempo va a provocar en el elemento comunicador; permite, dentro de un mismo arco temporal, la relación cognoscitiva entre los sujetos que forman parte de una comunidad; y permite finalmente que cada uno de esos sujetos pueda conocerse a sí mismo. Así se logra una transmisión de saberes y de valores, que es caldo de cultivo de toda civilización, de un modo automático, que no depende para su labor transmisora de apoyos genéticos o biológicos. La escritura, culmina Goody, preserva el pasado en el presente y también en el futuro, en la medida en que ese pasado transmitido sea aceptado y no impugnado, se convierte así en verdad o en dogma. Escritura implica facilidad para identificar objetos, para registrar tipos y cantidades, para cálculos. Junto a la preservación, la escritura tolera la acumulación de esos saberes. Acarrea conocimiento y lo transporta en el tiempo. Solamente el libro, en cuanto que escritura, permite el almacenamiento de todo el material lingüístico y conceptual, en su exacto sentido, durante largo tiempo, por no decir hasta el infinito, cronológicamente hablando, materialmente multiplicándolo. El texto se convierte en patrón transmisible y reproducible sin más limitaciones que las crematísticas y, en menor medida, las ideológicas, conforme a los márgenes en que se mueva la ortodoxia. Porque mediante la cultura escrita o impresa, ha dicho Walter J. Ong, el texto físicamente queda cerrado, cualquiera que sea su contenido, y hace posible recobrar una organización del pensamiento como una totalidad, mientras que la narración ejerce esa misma función de cierre en una menor cantidad, intensidad y permanencia¹⁶.

Del libro se pasa a la educación, cuya finalidad última, memorizar y copiar, se ve coadyuvada precisamente por el nuevo formato en que se presenta el conocimiento¹⁷. Al mismo tiempo, esa literalidad que comporta el sustento material “escritura” es origen del pensamiento, de toda nuestra lógica, como instrumento de análisis, lo que permite llegar finalmente al ejercicio del espíritu crítico y al progreso de nuestro intelecto¹⁸. La escritura es una tecnología de éste ordenada a la presentación de hipótesis alternativas, conducentes al saber, a su consolidación o a su refutación. Es un instrumento no simplemente descriptivo: está capacitada para transformar nues-

¹⁶ Cfr. Ong, W. J., *Orality and Literacy*, ed. cit., p. 141.

¹⁷ Cfr. Goody, J., *The Interface between the Written and the Oral*, ed. cit., pp. 53-55.

¹⁸ De nuevo, cfr. Goody, J., *La raison graphique. La domestication de la pensée sauvage*, París, 1979, pp. 50 ss.

tras operaciones intelectuales desde dentro de nosotros mismos. No se trata de una aptitud o habilidad, sino de una capacidad que depende de la interacción entre el individuo y los objetos aprehendidos a través de la escritura. Hasta el punto que se puede afirmar que la forma de razonamiento occidental no es tanto esa general habilidad a la que aludíamos, sino una suerte de talento, específico, dependiente de la existencia de la escritura y de la tradición escrita, que auxilia para la formalización de los procedimientos intelectuales, de modo que los hace posibles por la conjunción de lenguaje y formas visuales, por la naturaleza del simple canal de comunicación escrita (frente a la pluralidad de canales orales) y por la misma capacidad de almacenamiento, protección y construcción del conocimiento, en el sentido de crecimiento exponencial del mismo. La escritura convierte el mensaje en tesoro cultural. Las categorías mentales, las ideas, con arreglo a las cuales opera nuestra mente, están en directa relación con aquéllas que hemos aprendido; éstas lo han sido a través de la escritura. El mundo literario tiene sus propios personajes, trasunto de los conceptos mentales, que nosotros empleamos en las diferentes representaciones, cuando ponemos en marcha nuestra capacidad intelectual. Todo ello surge, emana, arranca de la escritura, si bien esto no quiere decir que los cauces comunicativos queden reducidos exclusivamente a aquélla. Las formas de guardar y transmitir ese conocimiento pueden ser perfectamente diversas, complementarias, pero subordinadas en cierta medida al tratarse del depósito primario de todo ese saber que se quiere comunicar. La escritura es, de todos modos, punto de partida, porque gracias a ella se llega a otros destinos. Sin escritura, no sería factible el pensamiento crítico, ni tampoco el progreso del conocimiento. Es aprehensión y ordenación, sistematización de ese conocimiento, clasificación, Por dicha razón, convierte en más estricta la definición de las categorías, acentúa la dimensión jerárquica del sistema clasificatorio y cuestiona la naturaleza misma de esas clases. En una palabra y en toda su extensión, ordena. E implica también transmisión porque cultura es, después de todo y a fin de cuentas, pluralidad de los actos de comunicación¹⁹.

La civilización occidental es una civilización literaria, en cuyo fundamento se halla la escritura. Los pilares de ese edificio cultural reconducen siempre a textos escritos. De seguir la conocida frase de Zubiri, el ser occidental se construye sobre tres bases insuperables, que encarnan de algún modo las más altas expresiones del ser humano en el campo de la religión, del pensamiento abstracto y del mundo jurídico. Y esas tres formas superiores, a través de las cuales se efectúa la reflexión sobre el ser metafísico, el ser trascendente y el ser inmanente o social, que hay en todo hombre, hallan su cumplido reflejo y su máxima expresión precisamente en libros: la Biblia, la obra de los filósofos griegos, la compilación de Justiniano, aque-

¹⁹ La escritura da oportunidad de una nueva manera de examinar el discurso gracias a la permanencia que da el mensaje oral: acota el campo del escepticismo y hace nacer el pensamiento lógico. Cfr. Goody, J., *La raison graphique*, ed. cit., pp. 85 ss.

llos tres elementos sin los cuales era imposible comprender, mínimamente siquiera, el meollo cultural de la civilización europea occidental. En los tres ejemplos, la escritura juega un papel decisivo, el libro y su visión, lectura y comprensión, constituyen la base de un proceso lógico de conocimiento. Su redacción, su transmisión, su mensaje último, conforman dimensiones íntimamente ligadas que ponen de relieve la absoluta dependencia del ser humano racional respecto de la escritura²⁰. Si bien es cierto lo anterior, sin embargo, la confección de un libro no es nunca tarea neutral. El libro es el soporte de la cultura, su embajador, el elemento a través del cual aquella aparece exteriorizada y es transmitida: el libro es vía y comunicación, como ya hemos dicho. Esos son sus fines extrínsecos, los destinos externos en los que se manifiesta aquel conjunto de palabras. Pero el libro busca más allá de sus mismos confines físicos o materiales. El libro es más que las solas palabras, es algo más que blanco sobre negro, tinta y caracteres: contiene ideas, formulaciones, propuestas, conceptos, principios. El libro, sobre todo el libro jurídico, contiene instrucciones acerca de la organización de la comunidad jurídica y de las varias necesidades que se plantean para su comprensión y para su comunicación. Ese libro especial al que aludíamos no es solamente saber: también es, en una gran medida, poder, porque determinadas prácticas sociales están capacitadas para engendrar dominios sapienciales. Así, sus técnicas, sus conceptos, sus objetos, tienen la enorme trascendencia práctica de generar modalidades nuevas de sujetos y de sujetos de ese conocimiento, conocimiento que es siempre un sistema precario de poder²¹. Su discurso no es solamente cultural, en el sentido de neutralidad conceptual, sino que supera los límites de esa asepsia intelectual aparente para erigirse en expresión de ese poder, el cual

²⁰ Hasta el punto que todo es escritura dentro de la sociedad occidental, todas sus bases espirituales y materiales, acaban y empiezan en la letra escrita: Religión, Economía, Estado, Derecho. Vid. el fundamental trabajo de Goody, J., *The Logic of the Writing and the Organization of Society*, Cambridge, 1986; y su traducción francesa, con algunos aditamentos, *La logique de l'écriture. Aux origines des sociétés humaines*, París, 1986.

²¹ Cita ineludible en este contexto es Foucault, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, 1998, pp. 57-59: "En las sociedades indoeuropeas del Oriente mediterráneo, a finales del segundo y comienzos del primer milenio, el poder político detentaba siempre cierto tipo de saber. El rey y quienes lo rodeaban administraban un saber que no podía y no debía ser comunicado a los demás grupos sociales, por el solo hecho de detentar el poder. Saber y poder eran exactamente correspondientes, correlativos, superpuestos. No podía haber saber sin poder, y no podía haber poder político que no supusiere a su vez cierto saber especial (...) Con Platón se inicia un gran mito occidental: lo que de antinómico tiene la relación entre el poder y el saber, si se posee el saber es preciso renunciar al poder; allí donde están el saber y la ciencia en su pura verdad, jamás puede haber poder político. Hay que acabar con este gran mito. Un mito que Nietzsche comenzó a demoler al mostrar en los textos que hemos citado que por detrás de todo saber o conocimiento lo que están en juego es una lucha de poder. El poder político no está ausente del saber, por el contrario, está tramado con éste". Como marco más general, vid. del mismo, *La arqueología del saber*, Buenos Aires, 2002, exposición del modo en que se construye un discurso por la invención y superposición de categorías: objetos, modalidades enunciadas, conceptos, estrategias, etc.

no es necesariamente y siempre opresor²². Con él, el libro, y con ella, la escritura, se explican las transformaciones en las comunicaciones, desde un punto de vista material y desde el punto de vista del conocimiento, de aquello que nosotros podemos hacer con nuestro espíritu y de aquello que nuestro espíritu puede hacer por nosotros. El libro permite, en última instancia, la unidad de todo el conocimiento, que todo lo que el hombre racionalmente puede aprender, se muestre en un soporte único y uniforme. Y con ese saber, el poder que va de su mano. De libros, sobre libros y contenidos, sobre libros y finalidades, van a tratar estas páginas que siguen, encuadrándolas en un periodo concreto que podemos tipificar como la Plena Edad Media²³.

2.- En un tratado ya clásico, el profesor Hans Schlosser, heredero y, por ello, continuador de la labor del profesor Molitor, comienza el capítulo referido al renacimiento del Derecho romano en Europa con unas contundentes palabras, plenas de fuerza y, entendemos que también, de razón: la Historia de la Ciencia Jurídica europea comienza en el siglo XII. Así de drástico parece a primera vista el pronunciamiento que, sin embargo, debe ser continuado con lo que se añade de seguido para eludir malas interpretaciones. La investigación ha calificado a ese periodo de tiempo como un “*Juristisches Jahrhundert*”, como un siglo eminentemente jurídico. Pero, ¿de qué Derecho estamos hablando cuando nos referimos a ese siglo jurídico? El adjetivo apunta claramente hacia una resurrección, si se quiere, hacia un nuevo nacimiento de un Derecho concreto, el romano, y de una ciencia que se va a separar de sus tutoras medievales, bajo la forma de *artes liberales*. Separación que implica ya una originalidad de la propia materia y una originalidad de los propios métodos a usar en la construcción del nuevo conocimiento científico. Dos sucesos hacen posible este proceso descrito, si, de nuevo, nos apoyamos en H. Schlosser: el redescubrimiento de aquellas partes olvidadas de la compilación justiniana en el norte de Italia, con especial referencia al *Digesto* (esto es, la plenitud ya de la escritura, de lo jurídico escrito), y, sobre las bases ideológicas planteadas por el Derecho romano, el consecuente desarrollo de una decidida acción de creatividad, normativa

²² Cfr. Foucault, M., *La verdad y las formas jurídicas*, ed. cit., p. 169: “Las relaciones de poder son sutiles, múltiples y se dan en distintos niveles; no podemos hablar de un poder sin describir las creaciones de poder, tarea larga y difícil que acarrearía un largo proceso. Podríamos estudiarlas desde el punto de vista de la psiquiatría, la sociedad o la familia, estas relaciones son tan múltiples que no puede ser definidas como opresión, resumiendo todo en una frase: el poder oprime. No es cierto, el poder no oprime por dos razones: en primer lugar porque da placer, al menos a algunas personas. Hay toda una economía libidinal del placer, toda una erótica del poder, lo cual viene a probar que el poder no es sólo opresivo. En segundo lugar, el poder puede crear”.

²³ Como introducción a este Medievo a medio camino entre la oralidad y la escritura, vid. Batany, J., “Escrito / Oral”, en Le Goff, J. y Schmitt, J.-C. (eds.), *Diccionario razonado del Occidente Medieval*, Madrid, 2003, pp. 272-279.

y científica (es decir, la plenitud de lo jurídico como creación normativa, que iba a ser generado a partir de ese momento)²⁴. En suma, lo que procede en esa centuria es, ni más ni menos, que la recuperación de toda una cultura jurídica en el mismo punto de partida en que se hallaba cuando, por el siglo VI, Justiniano decidió elaborar su magna compilación, la traslación del orden a una nueva sociedad, buscando la forma de proceder a su encaje. Volver al Derecho romano puro, al de los textos verdaderos y auténticos, eludiendo aquellas corrupciones necesarias que, por vía judicial práctica o vía canónica, habían sido germinadas en el tiempo intermedio. Pero también con un aviso de actualización que determinaría la necesidad y el esfuerzo de adaptación de aquellos textos a la realidad del momento, de combinar, por tanto, el caudal de conceptos que el Derecho romano proporcionaba con las exigencias de una sociedad que difería de la romana, de la bizantina y, apurando aún más, de la alto-medieval, ahora en vías de superación.

El siglo XII es el siglo de una intelectualidad jurídica, de un laboratorio que antes de lanzarse a la vida práctica, trata de crear un mundo conceptual singularizado, que adopta un lenguaje propio con el apoyo del Derecho romano, cuyas huellas llegan asimismo al Derecho de la Iglesia. Es un siglo de ebullición en que se materializa el deseo de conocimiento de las fuentes, en el caso romano, y el proceso de sistematización de las mismas, en el ejemplo canónico. Pero ese proceso no se interrumpe en ese siglo, sino que se extiende, sin solución de continuidad, a lo largo de la siguiente centuria. Es ahí cuando la intelectualidad dogmática da paso a la praxis, a la creación activa, a la conformación de toda una normatividad peculiar inspirada en la obra de los predecesores. El siglo XII permite la creación de todo un arsenal jurídico que hallará su reflejo más evidente en el proceso creador-compilador que afecta a todo el material del Derecho en la Europa occidental, sin prácticamente excepciones. Primeramente, se elabora la potencia, el caudal, se traza el diseño de lo que va a ser un nuevo universo del Derecho; en el siglo XIII, el Derecho pasa de ser potencia intelectual a acto imperativo: sobre esos planos anteriores, comienza a cimentarse una arquitectura de duración milenaria. Es en esos dos siglos cuando, tras el silencio gráfico anterior, se procede a “mostrar” el Derecho, a exhibirlo²⁵.

La conjunción de toda una gama variada de factores ha provocado que los siglos XII y XIII sean considerados para la civilización europea como una época de cambios radicales, concatenados, interdependientes, que marcan el camino, irreversible e indefectible, hacia una nueva realidad y hacia una nueva visión del mundo

²⁴ Cfr. Schlosser, H., *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte. Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext*. 10ª edición. Heidelberg, 2005, p. 36. Es de utilidad la única traducción española de la edición alemana de 1975, en Molitor, E. y Schlosser, H., *Perfiles de la Nueva Historia del Derecho Privado*, Barcelona, 1980, pp. 18 ss., referidas al inicio de la moderna cultura jurídica europea.

²⁵ Vid. Krause, H. “Aufzeichnung des Rechts”, en *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Berlín, 1971. Tomo I, cols. 256-259.

separada de la que se había dado en las centurias medievales anteriores. Se puede hablar de una evolución, de un progreso intelectual que parte de las anteriores bases romanas y germánicas, que no mira a los orígenes, sino que se eleva sobre los mismos para la consecución de nuevas metas y de nuevos fines²⁶. En el comienzo del siglo XII, grupos de maestros y estudiantes, ligados a dos centros esenciales (París y Bolonia), pero no solamente esos dos, comienzan una empresa de fines desconocidos e imprevisibles. La intención era la construcción, de una vez y por todas, de un cuerpo de conocimiento que pudiera ser tan perfecto como la humanidad, ese conjunto caído y pecador, lo pudiese permitir. Omnicomprensión es, acaso, el vocablo que mejor se pliega a ese deseo. Se buscaba una visión de Dios, de la naturaleza y del hombre, de la conducta humana, capaz de proporcionar orden en este mundo y salvación en el otro. El impulso intelectual tiene una fuerza arrolladora. Se va modulando paulatinamente un cuerpo cristiano de conocimiento del mundo natural y sobrenatural, incluyendo el área de las relaciones humanas, abrazando todos los campos posibles de la verdad y definiendo la conducta de todos los miembros de la Cristiandad²⁷. Los mimbres intelectuales ya han sido colocados, incluso en el campo de la lengua con el debate sobre los universales²⁸. No extraña que el afán de conocimiento se vea aprovechado por la aparición de antiguos materiales, dispuestos a ser estudiados, con unos libros que dejan de ser considerados tesoros para pasar a ser vistos como instrumentos. Es ésta la época en que comienza la recuperación del antiguo Derecho justiniano, ahora ya conocido de forma completa, perfecta y auténtica en el Occidente medieval, no por extractos y epítomes que utilizaban de forma tangencial, fragmentada y parcial la magna compilación bizantina. A su lado, el Derecho canónico experimenta un crecimiento análogo²⁹.

²⁶ Así, vid. Sergi, G., *La idea de la Edad Media. Entre el sentido común y la práctica historiográfica*, Barcelona, 2001, pp. 41 ss., o como gráficamente expone en p. 64: “La clave de bóveda de esta construcción había sido el establecimiento de una convivencia entre estilos de vida netamente marcados y previamente diversificados: el tribal-militar del mundo germano y el cultural-eclesiástico del mundo latino”.

²⁷ Esenciales son los trabajos de Haskins, Ch. H., *The Renaissance of the Twelfth Century*, Cleveland, 1965; y Southern, R. W., *Scholastic Humanism and the Unification of Europe. Volume I. Foundations*, Oxford, 1995. Para el pensamiento, pueden servir las agudas síntesis de Vignaux, P., *El pensamiento de la Edad Media*, México, 1995, pp. 13 ss.; y Flasch, K., *Introduzione a la Filosofia medievale*, Turín, 2002, *passim*. Ilustran el ambiente cultural del momento Genicot, L., *El espíritu de la Edad Media*, Barcelona, 1963, pp. 179 ss.; Le Goff, J., *La civilización del Occidente medieval*, Barcelona, 1969, pp. 433 ss.; Borst, A., *Lebensformen im Mittelalter*, Frankfurt am Main / Berlín, 1973, pp. 289 ss.; y Duby, G., *La época de las catedrales. Arte y sociedad, 980-1420*, Barcelona, 1999, pp. 167 ss.

²⁸ Es el camino que va de Boecio a Pedro Abelardo. Vid. Stock, B., “Medieval Literacy, Linguistic Theory and Social Organization”, en *New Literary History*, XVI, 1 (1984), pp. 13-29.

²⁹ Vid. Kuttner, S., “The Revival of Jurisprudence”, en Robert L. Benson y Giles Constable (eds.), *Renaissance and Renewal in the Twelfth Century*, Oxford, 1982, pp. 299-323. A mayores, vid. Engelmann, W., *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre*, Leipzig, 1938; Cortese, E., *Il Rinascimento Giuridico Medievale*, 2ª edición riveduta, Roma, 1996; y

Cierto es que hay algo de legendario en el proceso de recuperación, comenzando por la propia Historia de la *littera pisano-fiorentina*, o la llegada sucesiva de partes de las obras a la ciudad de Bolonia, pero muchas veces la leyenda lo que hace es camuflar sumas de azares y casualidades, para tratar de explicar de modo poético lo que no puede serlo de un modo lógico. La llegada de ese texto capital, la sede donde es recibido (el *studium* boloñés) y el inicio de su exégesis están rodeados de brumas. Prescindiendo de genealogías, lo cierto es que a comienzos del siglo XII la presencia del Derecho romano, su recuperación o rehabilitación, en tanto que orden jurídico dispuesto a ser utilizado en la práctica cotidiana, era ya una realidad. Con ello iba implícita una reformulación del saber jurídico en tanto que ciencia, es decir, como una disciplina coherente intelectualmente hablando, que trabaja sobre las fuentes del Derecho para poder elaborar una guía racional a todo el pensamiento jurídico, diferente de la simple formación o educación para la rutina práctica del Derecho, como había sucedido hasta entonces³⁰. Había algo escrito y fijo, algo cierto y verdadero, sobre lo que se podía trabajar. Una actividad que tiende a la construcción del saber, no simplemente a la transmisión del mismo. Con los textos, surge indefectiblemente un corolario: los juristas. Como si de un oráculo se tratase, la lectura y comprensión del nuevo Derecho recuperado precisaba de sus propios sacerdotes. Personas que dominasen las técnicas de lectura compleja que significaba una obra como la justiniana, que fuesen peritos en ese latín antiguo, que tuviesen la capacidad para trasladarlo al latín medieval empleado, que no dejaran nada en el camino dentro de ese proceso de construcción de un universo jurídico renovado. La suma de estos factores provoca de inmediato que el jurista, ya profesional, sea contemplado con un halo de misterio, por cuanto es el que desentraña los arcanos de las antiguas palabras latinas. De ahí, el temor, el prestigio, el ascenso social y la consolidación de un nuevo estamento, que transitará plácidamente, sin excesivos escrúpulos, ni preocupaciones, de la academia a la dirección política, de las estancias universitarias, donde se inicia la actividad de todos ellos, a las cortes y camarillas de poder, laico y eclesiástico, de toda Europa, donde triunfa su labor de asesoramiento. Ahora los juristas son indispensables, necesarios, porque son los únicos habilitados para interpretar la realidad textual que fundamenta todas las demás realidades, si bien con

Bellomo, M., *L'Europa del Diritto Comune*. 7ª edición, Roma, 1998. Para la situación anterior al renacimiento jurídico referido, vid. Siems, H., "Zum Weiterwirken römischen Rechts in der kulturellen Vielfalt des Frühmittelalters", en *Leges, Gentes, Regna*, ed. cit., pp. 231-255.

³⁰ Los textos romanos son empleados en el interludio medieval anterior al siglo XII, mas nunca como libros científicos, sino como libros legales, como textos jurídicos, de suerte tal que sí hay legislación, pero no hay ciencia construida sobre esa legislación. Este hecho viene destacado por la ausencia de empleo del Digesto justiniano, la parte más teórica y compleja de la compilación bizantina, cosa que no sucede con las otras obras jurídicas del mismo emperador, donde evidentemente se podía hallar elementos prácticos, aplicables a la realidad del momento. Sobre la situación altomedieval, vid. Cannata, C. A., *Historia de la Ciencia Jurídica europea*, Madrid, 1996, pp. 103 ss.

posibilidades abiertas a todos los demás sujetos para incorporarse, por la vía del estudio especializado, a dicho estamento³¹.

Pero además de la presencia del texto esencial y venerado, Europa afrontaba otra serie de mutaciones, que explican el éxito de aquel nuevo lenguaje jurídico. Los términos causa y efecto pueden ser perfectamente intercambiados. Transformaciones graduales y decisivas en la atmósfera y en las mentalidades, de una profundidad impensable en otros tiempos, sacuden el continente. Occidente se llena de vida, de esperanza, de un ánimo hasta ahora desconocido. Hay un fenómeno de retroalimentación, donde cada elemento de la cadena causal es generado por otro, sobre el que, a su vez, desempeña un efecto de crecimiento. Europa es más despierta, intelectualmente hablando, con más recursos, con más deseos, con más inquietudes, menos miedos, menos visiones apocalípticas. La población aumenta. Los intercambios son más fluidos. Es la hora de un renacimiento de las antiguas rutas comerciales, motivada por la reconquista del espacio mediterráneo, y con ello, el tránsito hacia nuevas formas y modalidades económicas que superan la autarquía de los sistemas de producción basados en el señorío, el feudo o el ámbito local más cerrado, en los cuales el proceso económico se agotaba, desde la producción al consumo, sin salir prácticamente de las reducidas fronteras que acotaban esos pequeños lugares donde discurría la existencia de una población asimismo reducida. Con ese renacimiento comercial y su corolario, la economía monetaria, llega, prácticamente de la mano, otro renacimiento, el de las ciudades como enclaves decisivos, en los que se combina la condición militar y la condición económica, la dualidad de fortaleza y mercado, lugar de protección y lugar de intercambio pacífico de bienes y mercancías, que viene a reemplazar al ruralismo hasta ese instante existente³². Con la ciudad, el estamento ciudadano hace también su aparición (social y jurídicamente hablando) y reivindica además su condición de parte integrante de ese gran cuerpo que es el reino, a cuya cabeza figura el monarca. Es el momento de la expansión territorial de los reinos europeos en diversos frentes y hacia todos los puntos cardinales. El hombre pasa a cobrar un protagonismo que no había tenido en las primeras centurias medievales. La idea de inmovilidad misma se oscurece, porque la realidad demuestra todo lo contrario: el cambio existe, es tangible, se puede impulsar y se puede dirigir. Ni las normas, ni las estructuras son eternas. Cobra valor lo transitorio, lo efímero, aquello que es temporal y que se vincula al ser humano. El hombre es el agente de ese cambio, dado que la ordenación del universo no es solamente divina. Adquiere

³¹ Vid. Cortese, E., "Legisti, canonisti e feudisti: la formazione di un ceto medievale", en *Università e Società nel secoli XII-XVI. Nono Convegno Internazionale*, Pistoia, 1982, pp. 195-281. El tránsito supone caminar de las aulas académicas a los tribunales del poder: el sabio que enseña deja paso al juez que sentencia, que es persona formada en el mismo ámbito ideológico y científico.

³² Vid. Pounds, N. J. G., *Historia económica de la Europa medieval*. 2ª edición, Barcelona, 1984, pp. 261 ss.

un cierto protagonismo, por tanto, y no un simple papel de subordinación absoluta a los designios de Dios. El orden debe ser actuado por el hombre y éste debe recurrir a la razón como instrumento de descubrimiento de un universo que se pone ante sus ojos como por primera vez. Aquél se reivindica a sí mismo como la criatura más perfecta y, por ello, la llamada a la dominación de todo cuanto se halla en la creación, incluso ese Derecho que debe someterse a sus designios. El hombre ha cambiado porque su entorno así lo ha hecho. Con él, sus propias creaciones y convicciones seguirán idéntico camino. El Derecho confirma aquí la regla de esa mutación operada. En su seno, se dará asimismo una revivificación, al mismo tiempo que ese dinamismo en el que se ha instalado el pensamiento implica alteraciones, cambios, olvidos, de suerte tal que empieza a perfilarse la necesidad de la escritura como la mejor arma contra las amenazas de ese dinamismo que contiene en su seno modificaciones innumerables³³.

Las fechas señaladas, los siglos XII y XIII, no se eligen al azar, sino que es la propia Historia quien las elige en nuestro nombre y para nuestro provecho. Desde ese mundo oscuro, recogido y dominado por el silencio, como lo acredita la arquitectura románica de fuertes muros, pequeños vanos, grandes columnas y pilares que dificultan muchas veces la visión del espacio sacro, se prepara el tránsito hacia una nueva época de luminosidad, una época en la que el gótico toma el relevo: luz, altura, elevación, majestuosidad, revelan la capacidad del hombre de alcanzar lo más alto, de ascender directamente mediante el alma hacia Dios. Aparece así una cierta libertad racional, dentro de los límites que impone la fe, una cierta pérdida del temor y del miedo a la divinidad, en un claro intento de proceder a su conocimiento y descripción por la vía de una razón que debe ayudar a la fe y no enfrentarse a ella, que ha de abandonar su condición de esclavitud de antaño para convertirse en la cómplice colaboradora de la realidad teológica dominante. El hombre ahora puede generalizar, abstraer, descubrir reglas, sin la angustiada dependencia de las autoridades. Figuras como Bernoldo de Constanza³⁴, Algerio de Lieja³⁵ o Ivo de Chartres³⁶, mar-

³³ El jurista, el que reflexiona sobre el Derecho, ahora con propiedad y no un simple práctico, es un ser que esencialmente lee y escribe. Podemos concluir con Kiesow, R. M., *Das Alphabet des Rechts*, ed. cit., voz "Bibliothek", p. 42, que el Derecho se encuentra entre el libro y la lámpara, que es desde el siglo XII un fenómeno de biblioteca, esto es, de escritura y de conservación ordenada de esa escritura.

³⁴ Bernoldo de Constanza, *De Excommunicatis Vitandis, de Reconciliatione Lapsorum et de Fontibus Iuris Ecclesiastici (Libellus X)*, en especial, libro IV, *De fontibus iuris ecclesiastici*, magnífica síntesis de la Historia del Derecho de la Iglesia, efectuada con ánimo crítico. El texto en *Monumenta Germaniae Historica. Fontes Iuris Germanici Antiqui in usum scholarum separatim editi*, Hannover, 2000.

³⁵ Algerio de Lieja, *Liber de Misericordia et Iustitia. Incipit Epistola magistri Algeri Leodiensis*, en Migne, J.-P. (ed.), *Patrologia Latina*. Tomo CLXXX.

³⁶ En su obra compiladora, conforme a lo que expresa el propio Ivo en el *Prologus in Decretum*, se proponía precisamente iniciar la concordancia del disperso material canónico, proceder a su depuración y con pleno respeto a la tradición apostólica, con la idea de crear un solo cuerpo jurídico inspirado en los principios del rigor, la moderación, el juicio y la misericordia, "quicumque ergo ecclesiasti-

can esa nueva senda en la que es posible el empleo de potencias humanas para el conocimiento de lo divino sin incurrir en herejías, desviaciones o supersticiones³⁷. Se puede hablar, creemos que sin exageración, de una cierto optimismo en lo antropológico y en lo teológico, moderados eso sí, que implican un cambio notorio en la percepción del papel del hombre, de sus deseos y de sus capacidades. Es un renacimiento, amplio, global, el que va surgiendo de modo paulatino. El mundo conocido hasta aquel entonces ha cambiado, lo que implica que la visión sobre ese mismo mundo debe ser sustituida por una más acorde a la nueva realidad germinada. Recursos, facultades y posibilidades de los hombres, que se creían remotos, perdidos, olvidados o incluso inexistentes, pasan a tener un protagonismo de excepción. Los monjes de Chartres y los de San Víctor en el emporio cultural parisino, dentro de la ortodoxia más estricta, o el trabajo intelectual de espíritus libres como es el caso de Pedro Abelardo, provocarán una mutación sustancial en la dinámica cultural de las centurias indicadas, mutación a la que no podrá oponerse ni el mundo jurídico, ni el mundo político, ni tampoco sustraerse a los nuevos aires que desde esos nuevos parámetros se insuflan y se expanden. La inflexión producida supone que se revaloricen todas las facetas del ser humano. La razón no será una excepción a este cambio notorio que se produce, siempre con la fe como norte al que se tiene que tender. Es el empleo de esa razón, todavía no totalmente emancipada, lo que permite aparecer a Irnerio, a Pedro Lombardo y a Graciano, esto es, a los que auxilian, a los que están presentes —que no crean— en el nacimiento de una ciencia jurídica civil, una ciencia teológica y una ciencia jurídica canónica, disciplinas antiguas todas ellas que ahora se van a vestir con nuevos ropajes, que poseen nuevos límites, que comprenden nuevas aspiraciones. Hay una concatenación de factores que motivan este cambio intelectual de enormes consecuencias. Nuevamente, hay que hablar de múltiples conexiones e interrelaciones, dado que en la Historia no hay nada aislado: no hay fenómenos, sino cadenas de fenómenos. Pero vayamos a nuestro campo, al Derecho, que también pasa a ser, como hemos dicho, escenario de la renovación.

El renacimiento jurídico al que nos venimos refiriendo, el de los siglos XII y XIII, tampoco es fenómeno aislado, sino encadenado a un proceso que se retrotrae a tiempos pasados. Aquél no puede ser explicado sin la titánica figura de Gregorio VII. La reforma gregoriana, cuyo programa es el *Dictatus Papae* del año 1075, veintisiete puntos de composición diversa, transcritos en un pasaje del registro de cartas del papa, insertado entre dos epístolas de los días 3 y 4 de marzo del año citado³⁸.

cus doctor eclesiásticas regulas ita interpretatur aut moderatur, ut ad regnum charitatis cuncta quae docuerit vel exposuerit, referat, nec peccat, nec errat". El texto correspondiente al Prólogo, en Migne, J.-P. (ed.), *Patrologia Latina*. Tomo CLXI.

³⁷ A modo de ejemplo sobre estos aires de renovación racionalizados, vid. Schmitt, J. C., *Medioevo superstizioso*, Roma / Bari, 2004.

³⁸ El *Dictatus Papae*, en *Gregorii VII Romani Pontificis. Epistolae et Diplomata Pontificia*, en J.- P. Migne (ed.), *Patrologia Latina*. Tomo CXLVIII, cols. 407-408. Vid. la clásica exposición de Ullmann, W., *The Growth of Papal Government in the Middle Ages. A study in the ideological relation of cleri-*

En su lectura, se atisban preocupaciones y declaraciones de vario signo, heredadas de aquellos que son considerados como precursores ideológicos de la propia reforma (Humberto de Silvacándida o Pedro Damián). Las hay políticas, teológicas, litúrgicas, eclesiásticas, pero todas ellas nos remiten a un solo hilo conductor: el papa y las ramificaciones de sus varias potestades³⁹. Se trata del manifiesto de un nuevo orden, que quiere ver a la Iglesia como un órgano centralizado en cuanto a la toma principal de las decisiones. La reforma de la Iglesia solamente podía ser hecha si se reformaba asimismo su cabeza. El texto ha marcado una nueva forma de ejercer el poder por parte del primado de Roma, destinado a acabar con el pluralismo de la Cristiandad en la totalidad de sus campos, desde el puramente moral hasta el decisivamente imperativo de la jurisdicción y de la legislación⁴⁰; decisión religiosa que evidentemente aparece como algo en lo que se puede ver reflejado o proyectado el mismo poder secular, a lo cual éste debe aspirar. El modelo gregoriano es un modelo de dominación, que reconduce todas las tendencias políticas a la unidad de la Iglesia y en la Iglesia. Es Gregorio VII quien reivindica una serie de poderes que suponen entrar de lleno en una nueva forma de concebir el universo jurídico, entendiendo el Derecho como un claro instrumento de ese nuevo poder, como el medio del que se vale la Iglesia romana para la consecución de sus fines⁴¹. Será en el texto aludido, en esa especie de declaración a la ciudad y al mundo, donde exprese públicamente las atribuciones del romano pontífice respecto a cualquier atisbo de autonomía planteado o suscitado por cualesquiera otra instancia eclesiástica o no eclesiástica. La Iglesia es un cuerpo político basado para su constitución en un elemento espiritual, como es la fe, que no conoce de excepciones, fronteras, matices o reinos.

cal to lay power. 2ª edición. Londres, 1965, pp. 262 ss.; *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*. 3ª edición. Londres, 1974, pp. 32 ss. (= *Principios de gobierno y política en la Edad Media*, Madrid, 1985, pp. 31 ss.); e *Historia del pensamiento político en la Edad Media*. 4ª edición, Barcelona, 1988, pp. 97 ss., así como las exposiciones de Sabine, G. H., *Historia de la teoría política*. 3ª edición revisada por Th. L. Thorson, México, 2002, pp. 170 ss.; y Touchard, J., *Historia de las ideas políticas*. 6ª edición, Madrid, 2006, pp. 126 ss. Desde un punto de vista más jurídico-formal que político, vid. Berman, H. J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, 1983, pp. 94 ss. (= *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México, 2001, pp. 104 ss.), quien destaca la totalidad, duración, violencia y rapidez de la reforma gregoriana; y Vidal, H., “Le pape législateur. De Grégoire VII à Grégoire IX”, en *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'État*, ed. cit., pp. 261-275.

³⁹ La “Libertad de la Iglesia” es el motor de la acción gregoriana. Vid. Morghen, R., “Libertas Ecclesiae o primato romano nel pensiero di Gregorio VII”, en *Medioevo Cristiano*, Bari, 1951, pp. 120-138; Szabó-Bechstein, B., “Libertas Ecclesiae. Ein Schlüsselbegriff des Investiturstreits und seine Vorgeschichte. 4.-11. Jahrhundert”, en *Studi Gregoriani*, XII (1985), pp. 138-192; y Ullman, W., *Il Papato nel Medioevo*, Bari, 1999, pp. 145 ss.

⁴⁰ Con influencia del modelo romano centralizador. Vid. Le Bras, G., “Le Droit Romain au service de la domination pontificale”, en *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 27 (1949), pp. 377-398.

⁴¹ Vid. Fuhrmann, H., “Das Reformpapsttum und die Rechtswissenschaft”, en Josef Fleckenstein (hsgb.), *Investiturstreit und Reichsverfassung*, Sigmaringen, 1973, pp. 175-203, con una frase final que condensa el esquema de pensamiento: papas fuertemente dependientes del Derecho, juristas, centralizadores, hierocráticos, como Alejandro III o Inocencio III, son la directa consecuencia de Gregorio VII.

Comienza Gregorio afirmando que la Iglesia romana ha sido creada por Dios (la única que lo ha sido, eliminando así posibles rivales en lo que se refiere a emulaciones y preferencias); que solamente la universalidad corresponde al Romano Pontífice, cuyo título es único y cuyo nombre ha de ser recitado en la Iglesia y en todas las iglesias, quien opera de varias maneras en el seno de la comunidad, con funciones de tipo organizativo, cortesanas, preparando un primer poder, sobre todo, administrativo, de diseño del aparato de gobierno que quiere para la propia Iglesia. ¿Cómo se actúa esto? De varias maneras, pero de una sola forma externa, es decir, por medio de la decisión que se reconoce al papa en exclusiva: nombrando, trasladando y deponiendo obispos; enviando legados que comparten la totalidad de su poder por encima de los anteriores; deponiendo a los ausentes; regulando la existencia cotidiana de los cristianos en relación con los expulsados de la comunidad; reuniendo congregaciones, modificando los institutos canónicos para la vida en común de los religiosos o estructurando las diócesis, conforme a las propias necesidades; ordenando a los clérigos, sobre los que conservará toda superioridad disciplinaria y jerárquica.

Su poder no se detiene en el seno de la Iglesia, que dirige con férrea mano y estricta sujeción, dado que esa Iglesia es realmente la totalidad de la Cristiandad, una superestructura de poder que desconoce cualquier otra forma de determinar la adscripción política que no sea la fe, la creencia común, disciplinada por vía sacramental. Por ese motivo, una diferenciación entre poder temporal y espiritual carece de sentido, dado que los fines son idénticos. No supone la desaparición de las dos esferas de poder, sino la consagración de la superioridad de la esfera espiritual, del Papado frente al Imperio. Ambos tienen un único titular, por encima de cualquier otro y éste es el propio obispo de Roma. Comienzan así las atribuciones puramente temporales. Solamente él puede portar insignias imperiales; solamente son sus pies los que pueden ser besados por los príncipes y nunca al revés. Hasta el punto se da esa superioridad que puede deponer al emperador directamente o privarle de su apoyo a través del último precepto que contiene el *Dictatus*, con el que permite de nuevo al papa librar del juramento de fidelidad a los vasallos cuyos señores merezcan el calificativo de inicuos.

Pero fuera de las cuestiones organizativas y temporales a las que nos hemos referido, el *Dictatus* es novedoso por la consagración en manos del papa de un poder ordenador en varias direcciones. Éste organiza la Iglesia conforme a su sola voluntad, nunca limitada por el concilio, que es órgano de asesoramiento, pero nunca de restricción o limitación de su deseo. Se ocupa así de la fijación del conjunto de pastores y oficiales que servirán a los fieles, las delimitaciones territoriales de diócesis, de la erección de la máquina administrativa que, con ansias renovadas, sirva a los fines de salvación que la Iglesia persigue. Crea el papado el edificio administrativo. Es preciso ahora ponerlo en funcionamiento, permitiendo que esa máquina sea alimentada por la sola voluntad del pontífice. Es el papa, el obispo de Roma, a quien

se le reconoce, quien reclama para sí mismo, el poder de dicción del Derecho, el poder dictaminador o de control moral, y el poder de creación o innovación del orden jurídico por medio de una actividad que puede ser calificada propiamente como legislativa⁴².

Así, es el papa, quien, hablando en primera persona, proclama esa exclusividad de la legislación en sus manos, solamente a él le es lícito, no de modo arbitrario, sino conforme a las necesidades de los tiempos, establecer nuevas leyes, como se expone en el apartado VII del *Dictatus*: “*Quod illi soli licet pro temporis necessitate novas leges condere*”, referidas a las cuestiones de administración enunciadas a modo de ejemplo, pero dejando la puerta abierta para el uso de esa facultad en otros casos. El papa es el encargado de adaptar mediante nuevas leyes el Derecho de la Iglesia a las necesidades de los tiempos. Pero no se detiene ahí, sino que continúa el discurso de la superioridad y de la dominación que trata de fraguar, ahora proyectada en otras instancias jurídicas. Si el papa puede, por encima de la comunidad, crear nuevas leyes, elaborar un Derecho nuevo, misma atribución se le debe conceder en relación al Derecho antiguo, respecto del cual se carecía de una normativa ordenada y sistematizada. El Derecho antiguo existía, pero era caótico. A ello contribuía la proliferación de falsificaciones y de versiones locales de las fuentes, que se mostraba como algo cotidiano. Por ello, Gregorio VII dice que su autoridad es la que confiere rango a los textos y libros canónicos. En el apartado XVII podemos leer: “*Quod nullum capitulum nullusque liber canonicus habeatur absque illius auctoritate*”. Ningún texto o libro puede ser calificado como canónico, sino aparece la autorización pontificia, lo que parece aludir, sobre todo, al magisterio espiritual. Pero, ¿dónde se halla el límite con relación al Derecho? No es fácil separar lo espiritual de lo jurídico⁴³. Conseguido, pues, el dominio sobre el nuevo Derecho a través de la primera de las atribuciones (crear nuevas leyes, dice el *Dictatus*), el papa es asimismo quien puede controlar, regularizar, autenticar, autorizar el antiguo Derecho. El papa y solamente el papa gobierna la antigüedad y la novedad de lo jurídico. En el *Dictatus* de Avranches (1081), el mismo Gregorio VII proclamaría ya sin reservas, ni ambages que no solamente en caso de necesidad, sino que siempre y en todo momento el papa poseía la facultad de crear nuevo Derecho o de moderar el antiguo: “*Omni tempore licet ei nova decreta constituire et vetera (antiqua) temperare*”⁴⁴. En todo tiempo, el papado podrá generar nuevas normas y podrá asimismo corregir o moderar las antiguas.

⁴² Vid. Sprandel, R., “Über das Problem neuen Rechts im früheren Mittelalter”, en *ZSS (KA)*, 79 (1962), pp. 117-137.

⁴³ Es la interpretación dada por Kuttner, S., “Liber Canonicus. A note on *Dictatus Papae*, c. 17”, en *Studi Gregoriani*, II (1947), pp. 387-401.

⁴⁴ Vid. Mordek, H., “Proprie auctoritate apostolice sedis. Ein zweiter *Dictatus papae* Gregors VII.?” en *Deutsche Archiv für Erforschung des Mittelalters*, 28 (1972), pp. 105-132, en concreto, el texto cita

Falta un ámbito cual es el ámbito de lo jurisdiccional. Gregorio VII pasa a ocuparlo, sin dejar espacio a las dudas. Como juez, puede deponer emperadores, la máxima instancia secular, por tanto, lo puede todo, librando a los vasallos de los vínculos de fidelidad trabados con su señor por medio de juramentos que serán eliminados. Al margen de la batalla política, Gregorio VII reivindica asimismo la superioridad de su poder jurisdiccional, ya que sus sentencias o palabras siempre deben ser acatadas, pudiendo solamente él revocarlas (apartado XVIII: “*Quod sententia illius a nullo debeat retractari, et ipse omnium solus retractare possit*”), y no puede ser juzgado por ningún otro (apartado XIX: “*Quod a nemine ipse judicari debeat*”)⁴⁵. Legislación, revisión del antiguo Derecho y aplicación del mismo quedan concentrados en su persona. Su poder se halla por encima del concilio, sínodo o cualquier otra forma de Iglesia organizada, por encima de los obispos individualmente considerados, por encima del emperador, fijando a continuación una superioridad en lo moral y en lo intelectual a favor de la Santa Sede romana, que no ha errado y nunca errará de acuerdo con el testimonio de las Sagradas Escrituras, cuyo titular se halla indudablemente santificado por los méritos del bienaventurado Pedro. Se garantiza el perfecto ensamblaje del sistema de poder que se ha fraguado: así se concluye que todo aquel que se aparte del dogma romano no puede ser calificado como católico: “*Quod catholicus non habeatur qui non concordas Romanae Ecclesiae*”. Sin ello, sin el mínimo de creencias ortodoxas, solamente resta la excomunión, el destierro, el ostracismo más radical y absoluto. Porque fuera de la Cristiandad, no existe nada. Ni siquiera el Derecho, dado la inescindible unión de lo político, lo jurídico y lo religioso en un todo social.

Se observa un cambio, una revolución, y ésta radica en que hallamos de forma directa y explícita una manifestación clara de la posibilidad creadora del Derecho, algo impensable hasta la fecha en la mentalidad medieval, aferrada a la idea de una sola creación jurídica divina. Gregorio VII sienta las bases de una mutación política, que es claramente una mutación jurídica. Se emplea un instrumento jurídico para planificarlo y para desarrollarlo, cual es la misma declaración que Gregorio VII efectúa. Lo que siguen, los textos pontificios que se aprobarán a continuación, ponen de manifiesto precisamente que la voluntad del papa se ha impuesto, se ha cumplido y comienza a dar resultados. El poder del papado será, sobre todo y a par-

do en p. 116 y p. 129. De ahí, que el cardenal Deusdedit, en su colección, inserte el siguiente precepto: “*Quod necessitate cogente novas instituat leges*”, otra muestra de esa potestad pontificia, en p. 116. Réplica a esta visión en Kempf, F., “*Ein zweiter Dictatus Papae? Ein Beitrag zum Depositionsanspruch Gregors VII.*”, en *Archivum Historiae Pontificiae*, 13 (1975), pp. 119-139, para quien la obra es posterior a Gregorio VII.

⁴⁵ Junto a otras garantías a su favor. Por ejemplo, *Dictatus Papae*, ed. cit., XX, donde se consagra una cierta libertad de actuación de la Iglesia (“*Quod nullus audeat condemnare apostolicam sedem appellantem*”); XXI, con el poder de avocación reconocido de nuevo a favor del papa (“*Quod majores causae cujuscunque Ecclesiae ad eam referri debeant*”; o XXIV (“*Quos illius praecepto et licentia subjectis liceat accusare*”).

tir de ahora, un poder deliberadamente centrado en el Derecho, el arma más poderosa en las manos de quien sepa utilizarla y ello explica la proliferación de colecciones canónicas surgidas al amparo del proyecto reformista de Gregorio VII⁴⁶.

Pero dicho impulso político-jurídico, con ser importante, no es bastante para consolidar la explicación del camino en el que nos hallamos, ni tampoco nos parece suficiente para tal finalidad. Hay que buscar más causas, fuera de lo político. Éstas pueden perfectamente hallarse en el campo de la intelectualidad, del saber en su más amplia acepción. A la reforma gregoriana, se suma el naciente movimiento escolástico, con el uso ahora abierto de la razón parcialmente emancipada, el desarrollo de la Retórica y la consolidación de sus principios hermenéuticos, interpretativos, donde lo tradicional da paso a lo racional como fundamentación de aquella construcción intelectual que se desea efectuar. A modo de precipitado final y por los motivos anteriormente reseñados, emergen un Derecho romano recuperado y reformulado ahora en un esfuerzo por traducir su contenido al lenguaje del Medievo, labor filológica en la que trabajan Irnerio y sus discípulos, y un nuevo Derecho canónico que se enfrente al océano de fuentes que conforman el Derecho de la Iglesia con la intención, así lo proclamará Graciano, de concordar las discordancias existentes entre todas esas normas, de superar mediante el empleo de una razón que distingue y diferencia las antinomias producidas por la disparidad de las fuentes en lo geográfico, en lo temporal y en la autoridad que las creó en su origen. Los dos Derechos son formulaciones o aplicaciones a un campo específicamente técnico del nuevo conjunto de principios interpretativos y constructivos que se respiran en el Medievo. Con ambos se comienza a construir una nueva vida del Derecho, una nueva teoría y una nueva práctica del mismo. El Derecho cambia lo mismo que la sociedad: hay un camino abierto, nuevo radicalmente, para que se inicie la edificación de un nuevo edificio jurídico poderoso e incontestado porque la base sobre la que se sustenta el mismo se ha visto forzada a apoyarse en una serie de nuevos pilares. Las fuentes son las romanas, pero vistas desde la nueva óptica medieval, desde el novedoso conjunto de necesidades, demandas y circunstancias que golpean a la comunidad medieval. La adaptación se efectúa partiendo del universo conceptual heredado de Roma, aunque desplazando el centro de gravedad hacia la propia realidad del momento. No hay lugar para el historicismo, sino conciencia de que hay un instrumento de poder en las manos de los glosadores, que hay que proceder a articularlo, a hacerlo válido y efectivo. Ese instrumento es el texto, de una trascendencia comparable a la Biblia. Y junto al texto, agazapado, dispuesto para emplearlo

⁴⁶ Vid. Knox, R., "Finding the Law (Developments in Canon Law during the Gregorian Reform)", en *Studi Gregoriani*, IX (1972), pp. 419-466. No es novedad, sino tradición, la escritura, dentro de la Iglesia. Vid. Landau, P., "Die Kirche als Vermittlerin schriftlichen Rechts", en *Leges, Gentes, Regna*, ed. cit., pp. 219-229.

hasta la saciedad, se encuentra el poder de los reyes y príncipes, que descubren en la palabra escrita el sustrato esencial con el cual justificar sus potestades y legitimar así su ejercicio. Ha aparecido ya el gran protagonista, el poder real, deseoso de imitar la fórmula que Gregorio VII tan afortunadamente ha conseguido aplicar en el seno de la Iglesia. Reclamar el monopolio del poder y de cada una de sus manifestaciones concretas. Ése es el objetivo, teniendo como norte el ejemplo pontificio. Los enemigos son muchos. El Imperio. El propio Papado. La Iglesia misma. Los poderes regnícolas. La lucha se dibuja en el horizonte de manera inminente. ¿Qué armas se pueden emplear? ¿Cómo luchar? ¿Qué instrumentos de combate tienen los reyes para defenderse? La respuesta es indiscutible: el Derecho. Más concretamente, el Derecho romano⁴⁷. Allí se encuentra un caudal normativo poderoso y dispuesto a ser empleado, un saber ya codificado, preparado, ordenado. Sobre todo, allí se halla una nueva fundamentación política de la vida comunitaria, del colectivo que llamamos reino. Y allí se encuentra una realidad escrita, una literatura, un texto. Los sujetos implicados, emperadores, reyes, pontífices, reinos, harán uso de ellos para legitimar sus respectivas pretensiones y aspiraciones⁴⁸.

3.- Fue Foucault quien nos recordaba que precisamente uno de los cambios más señalados que pueden destacarse en el tránsito de la Alta a la Baja Edad Media, anunciante de algunos perfiles de la Modernidad, es el que se opera en la persona, condiciones, facultades y atribuciones del rey, ahora ya con toda propiedad titulado monarca en el sentido de defensor a ultranza del gobierno de uno solo frente a la comunidad a cuyo frente figura⁴⁹. Es éste el nuevo eje de lo político, en toda la

⁴⁷ Recuérdense el tantas veces citado *Proemium* de las *Instituciones* de Justiniano, en donde se equipara a las armas propiamente bélicas las leyes, para gobernar en tiempos de guerra y de paz: “Imperatoriam maiestatem non solus armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus ut bellorum et pacis recte possit gubernari et princeps Romanus victor existat non solum in hostilibus proeliis, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellens, et fiat tam iuris religiosissimus quam victis hostibus triumphator”. Citamos por *Corpus Iuris Civilis*. 11ª edición. *Volumen Primum*. Edición de P. Krüger y Th. Mommsen. Apud Weidmannos, Dublín / Zurich, 1964.

⁴⁸ Por ese motivo, no debe sorprender, como puso de relieve Gero Dolezalek, que hay una primera asimilación de los textos romanos en el seno de la Iglesia ya en el siglo XII, y otra segunda recepción posterior, secular, que se desarrolla lentamente entre los siglos XII y XVI. Cfr. Dolezalek, G., “Observaciones sobre el desarrollo del Derecho Común hasta la época de Alfonso X el Sabio”, en *España y Europa, un pasado jurídico común*, ed. cit., pp. 31-32, concretamente, esa primera recepción eclesiástica es promovida por tres medios: la dependencia conceptual del Derecho canónico respecto del Derecho romano; la jurisdicción central de los papas, que aplicó y desarrolló el Derecho romano; y el ascenso de los propios juristas dentro de la misma carrera eclesiástica, llegando muchos de ellos a alcanzar el papado.

⁴⁹ Vid. Foucault, M., *Genealogía del Racismo. De la guerra de razas al racismo de Estado*, Madrid, 1992, pp. 33 ss. Para una visión desde la Historia, puede servir Le Goff, J., *Il re nell'Occidente medievale*, Roma / Bari, 2006, pp. 3 ss., quien habla, a este respecto, entre los años 1150 y 1250, de un nuevo monarca “administrador” al frente de tres realidades (Corona, territorio y leyes), con tres elementos

extensión del término. En los momentos medievales anteriores, el rey no pasaba de ser un portavoz cualificado de la aristocracia, un elemento más de aquella nobleza guerrera y terrateniente, un militar y un gran propietario, que por motivos vinculados al carisma o a la tradición se había erigido como la cabeza de ese cuerpo político en formación. Pero se trataba de una pieza prescindible y sustituible, reemplazable, como sucedía en la práctica cotidiana. Bastaba que un aristócrata igual de poderoso y con una clientela política análoga procediese a reemplazarlo por la vía de los hechos, de suerte tal que la legitimidad condicionaba la oportunidad jurídica de cada nombramiento. Más adelante, sería la Iglesia la que se encargaría de paliar la ausencia de legalidad (en el sentido, de excepción a la tradición) con un suplemento de legitimidad, procedente de los argumentos teológicos, de forzadas interpretaciones de las Sagradas Escrituras o del empleo precisamente de textos bíblicos como ejemplos a los que tender. El filósofo francés, en su búsqueda del cómo del poder, trataba de incardinar dos elementos de referencia: el juego de las reglas del Derecho, de cara a la formal delimitación del poder y los efectos de la verdad que el mismo poder produce y transmite, que sirven de eficaz aparato para la reproducción y perpetuación del mismo. Hay un poder, hay un Derecho que lo recubre, hay una verdad que se crea precisamente para justificar al primero y amparar, dar sentido, al segundo. Si la Filosofía, nos dice Foucault, es un discurso de la verdad, ¿cómo puede operar fijando los límites de Derecho del poder? ¿Cómo se da esa actuación? Es preciso buscar y analizar aquellas reglas de Derecho que articulan las relaciones de poder para generar precisamente discursos de verdad. Las múltiples formas por medio de las cuales se exterioriza el poder y sus relaciones, atraviesan, calan, caracterizan y singularizan el cuerpo social mismo. Aquellas relaciones operan mediante los correspondientes discursos. Citamos textualmente: “*No hay ejercicio del poder posible sin una cierta economía de los discursos de verdad que funcione en, a partir de, y a través de, este círculo: estamos sometidos a la producción de la verdad del poder y no podemos ejercer el poder sino a través de la producción de la verdad*”⁵⁰, evidentemente de su verdad, de la verdad en que aquél nos forma y nos instruye. La verdad del poder es algo que se nos exige, que se nos enseña y que, por ende, debemos buscar y encontrar porque tenemos ese imperativo. Finalmente, la verdad hace ley, hace un discurso que es el único verdadero, a través del cual se decide, se transmite y se lleva adelante los efectos del poder. El esquema mental propuesto por Foucault es definible de acuerdo con la siguiente ruta: reglas de Derecho, mecanismos de poder, efectos de verdad, reglas de poder, poder de los discursos verdaderos. Y pone un ejemplo concreto que nos sumerge plenamente en la materia que estamos tratando de abordar: el rey medieval. Ese monarca es el eje del pensamiento, la ciencia y la creación del Derecho, sin ninguna suerte de discusión. El Derecho

que lo adjetivan (monarca, cristiano y noble), y con tres funciones esenciales (la jurídico-sacral, la guerrera, y la vinculada a la prosperidad de su pueblo).

⁵⁰ Cfr. Foucault, M., *Genealogía del Racismo*, ed. cit., p. 34.

se construye y se consolida precisamente por la presión del poder real, para su propio provecho y para servirle como instrumento de legitimación, de justificación. El Derecho en el Occidente bajomedieval es un apéndice del monarca y queda todo bajo su control. Porque tras ese Derecho que el monarca monopoliza se halla, como venimos diciendo, el poder y la verdad, el discurso oficial, recto, ortodoxo, el dogma en el que hay que creer sin desviación alguna, el que se tiene que imponer. Fuera del rey, no hay edificio jurídico, no hay orden jurídico alguno que se sostenga, porque no se le reconocerá esa categoría (la de Derecho) y porque aquél hará todos los esfuerzos posibles que estén en su mano para atraer a su propio redil y en su beneficio propio (no personal, sino institucional, esto es, perdurable más allá de la vida del titular concreto) aquellas parcelas de la realidad que habían quedado alejadas de su ámbito de decisión. El rey es el elemento nuclear de lo jurídico, sin excepciones, sin matizaciones. Los demás sujetos que tradicionalmente aparecen como operadores jurídicos, lo son en la medida y en los términos que el rey lo autoriza, lo fija, lo establece. No poseen un pretendido derecho innato a la generación de normas, sino que lo tienen en tanto en cuanto el rey se lo ha transferido, en los exactos y precisos límites en que se ha producido esa transferencia. Cortes, Estados Generales, Parlamentos, Dietas, son órganos que colaboran, mas nunca órganos que se titulan legislativos, ni siquiera co-legislativos⁵¹. Por extensión, los juristas, protagonistas por excelencia del sistema del Derecho Común, lo son en la medida en que se ha tolerado dicha actuación y por los servicios nunca desinteresados que los mismos prestan en la construcción de la nueva realeza.

En este sentido, el renacimiento del Derecho romano y el posterior proceso de su recepción en los diferentes reinos europeos, se tiene que contemplar en función precisamente de la dinámica política de partida⁵². La dualidad Imperio-Papado va

⁵¹ No obstante el apoyo que el mismo reino trata de encontrar en los textos romanos, a través de la conocida fórmula *Quod omnes tangit* (...). Vid. Post, G., "A Romano-Canonical Maxim, quod omnes tangit, in Bracton", en *Traditio. Studies in Ancient and Medieval History, Thought and Religion*, IV (1946), pp. 197-251, especialmente, pp. 200-209 para su formación en el pensamiento del Derecho Común; y Congar, Y. M., "Quod omnes tangit, ab omnibus tractari et approbari debet", en *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 36 (1958), pp. 210-259.

⁵² Es peligroso usar el término "recepción" en singular. Mejor hablar de "recepciones" por los efectos variados que se producen en los diferentes reinos, en cuanto al tiempo y a la modalidad específica en que se produce ese fenómeno de asimilación o rechazo del Derecho. Un hecho subyace en todos ello: la decisión del poder de convertir en propio un ordenamiento jurídico, en principio, ajeno, no nacional. La vinculación a la idea imperial, dinamitada por la defensa papal de las potestades de cada monarca sobre su reino, supone la decadencia de esa antiguo vinculación de la aplicación del Derecho romano a una *ratione imperii*, y su posterior reemplazo por un *imperio rationis*, de tipo intelectual, que en realidad lo que está ocultando es la pervivencia de la primera de las fórmulas, aunque con composición diferente: el Derecho romano subsistirá, se aplicará *ratione regni* o *ratione regis*. Son interesantes las matizaciones terminológicas y conceptuales aportadas por el profesor Lalinde Abadía, J., "El Derecho Común en los territorios ibéricos de la Corona de Aragón", en *España y Europa, un pasado jurídico común*, ed. cit., pp. 145-178, quien distingue, en cuanto a la intensidad, entre *recepción* (cuando unas

paulatinamente siendo superada para dar pie a una organización que se vertebrará ahora a partir de los diferentes reinos, yuxtapuestos o coordinados entre sí, que ven en las dos anteriores figuras hegemónicas el enemigo a batir. Ambas luchan entre sí y el resultado es la victoria de los reinos. Empeñados como estaban emperadores y papas en anularse mutuamente, sus recíprocos ataques provocarán el final fortalecimiento de los reyes⁵³. Así se explica, por ejemplo, el extraordinario éxito que cosechará la decretal *Per Venerabilem*, de Inocencio III, mediante la cual el papado convertía en principio constitucional la exención respecto al Imperio y el debilitamiento del mismo al socavar sus apoyos primigenios. Dictada en 1202, a petición del noble francés Guillermo, conde de Montpellier, quien había elevado a la Santa Sede consulta para legitimar a los hijos naturales con vistas a su sucesión, contiene en su seno una auténtica revolución de los postulados políticos del momento. Todo monarca, dirá el papa, que no reconozca superior en lo temporal, podrá actuar con todas las potestades que correspondiesen al emperador dentro de sus respectivos reinos. Esto significaba una primera declaración expresa de que no existían dependencia en lo temporal del emperador, que iba seguida de una inmediata transferencia de la totalidad de los poderes imperiales a cada uno de los reyes que así habían actuado⁵⁴.

leyes o un Derecho enteramente concebido con aceptados expresamente, son “recibidos” en otro orden jurídico), *penetración* (influencia e incidencia en ese orden jurídico, mas sin haya sido recibido normativamente, ni haya formado parte del ordenamiento como conjunto o todo) y *resistencia* (rechazo de la influencia, que demuestra la existencia misma de aquélla), entre *recepción política* (por imposición del poder) y *recepción técnica* (como complemento del Derecho propio), entre *recepción textual* (cuando se refiere a los textos legales), *recepción doctrinal* (cuando afecta a los textos doctrinales) y *penetración doctrinal* (influencia de los textos doctrinales no expresamente recibidos) y, finalmente, entre *romanismo normativo* (el Derecho romano deviene elemento componente del sistema) y *romanismo instrumental* (el Derecho romano pasa a ser elemento perfeccionador del mismo). Vuelve sobre el tema en “El modelo jurídico europeo del siglo XIII”, en *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, 5-6 (1993-1994), pp. 17-34.

⁵³ Vid. Bossuat, A., “La formule Le Roi est Empereur en son Royaume. Son emploi au XVe siècle devant le Parlement de Paris”, en *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 39 (1961), pp. 371-381.

⁵⁴ El papa rechaza finalmente la pretensión de Guillermo, aunque admite la posibilidad de que en ciertas circunstancias podría haber optado por la solución excepcional contraria. El texto se divide en tres partes claramente diferenciadas: en la primera, el papa declara que la acción de legitimación entra dentro de los poderes ordinarios del pontífice; en la segunda, da una serie de razones para rechazar la pretensión de Guillermo, mientras que en la tercera, diseña una justificación racional de las acciones papales para intervenir en otras actuaciones seculares. Es en la segunda parte donde aparece la argumentación que nos interesa. Guillermo había citado como ejemplo el caso del rey de Francia Felipe Augusto. La principal diferencia entre ambos casos radica en que Felipe no tenía superior en la esfera temporal, mientras que Guillermo sí. Lo que significaba que si accedía a la legitimación de los hijos del conde, procedería a violar los derechos del rey de Francia, cosa que él rechazaba. De ahí la frase tantas veces citada “cum rex ipse superiores in temporalibus minime recognoscat”. El texto en *Inocentii III Romani Pontificis. Opera Omnia. Regestorum sive Epistolarum, liber Quintus. Pontificatus Anno V, Christi 1202, CXXVIII. Nobili Viro Willelmo, Domino Montispessulani, De legitimatione liberorum. Data post. VII. Id. Septembris*, en Migne, J.-P. (ed.), *Patrologia Latina*. Tomo CCXIV. Para el desarrollo de las teorías expuestas en esta decretal puede consultarse en Lagarde, G., *La naissance de l'esprit laïque*

En suma, el emperador era suplantado por una pluralidad de reyes. Del Imperio como mito, se pasaba al Imperio nominal o formal como simple realidad, dado que el poder que correspondería desde entonces a los emperadores sería una simple autoridad moral superior a los restantes monarcas europeos, pero nada más. Su poder concreto, en caso de tenerlo, vendría dado por la condición de rey en determinados territorios y sobre los cuales sí ejercería un poder efectivo, como acontecía en los territorios germánicos. Minado el poder del emperador, el papado se consolida como única fuerza universal de referencia, pero el asunto se le acaba escapando de las manos, porque los enemigos se ven multiplicados y reforzados en sus pretensiones. Ahora hay una pluralidad de frentes en los que se tiene que batir un papado que, finalmente, será también derrotado. El protagonismo corresponde, pues, a los reinos y a sus titulares. Los reyes ya no son marionetas al servicio de la aristocracia, no son simplemente guerreros. La dualidad rey-reino comienza a cobrar sentido y a encontrar una cierta equiparación. Hasta entonces, *Regnum* había sido un territorio móvil, un espacio no definido, ni perpetuamente delimitado, sin entidad característica, sujeto a múltiples fragmentaciones y recomposiciones. Es simple escenario donde hay un actor principal que lo acaba engullendo. Pero eso también se modifica notablemente. Se comienza a construir un nuevo poder, una nueva visión del rey y del mismo reino. El apoyo, el reflejo, el espejo donde ese poder se puede copiar lo conforma el Derecho romano, la obra de Justiniano será la que aporte más y más argumentos políticos, a favor o en contra, para fortalecer esa nueva realeza que está forjándose con ritmos diferentes⁵⁵.

Este cambio de la visión del monarca precisa de la escritura y en ella se encontrará el aparato literario que sustente esa obra regia en formación. La escritura permite, con su generalización en el campo de la administración regnícola, el arranque de un proceso de racionalización y de sistematización en el empleo de la memoria que nace en torno al siglo XII y se prologa durante las restantes centurias del

au déclin du Moyen Âge, París, 1948, pp. 130 ss.; Ullmann, W., "The Development of the Medieval Idea of Sovereignty", en *English Historical Review*, LXIV (1949), pp. 1-33 (ahora en *Law and Jurisdiction in the Middle Ages*, Londres, 1988, VII); Post, G., "II. Rex Imperator. Two Notes on Nationalism in the Middle Ages", en *Traditio. Studies in Ancient and Medieval History, Thought and Religion*, IX (1951), pp. 296-320; Mochi Onory, S., *Fonti canonistiche dell'idea moderna dello Stato (Imperium spirituale-iurisdictio divisa-sovrانيتà)*, Milán, 1951; David, M., *La souveraineté et les limites juridiques du pouvoir monarchique du IXe au XVe siècle (=Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Strasbourg)*, París, 1954, pp. 46 ss.; Calasso, F., *I glossatori e la teoria della sovranità. Studio di Diritto Comune Pubblico*. 3ª edición. Milán, 1957, pp. 13 ss.; Cortese, E., *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medioevale*, Roma, 1966; y VV. AA., *Autonomía y Soberanía. Una consideración histórica (=Publicaciones del Seminario de Historia del Derecho de Barcelona, 2)*, Madrid, 1996.

⁵⁵ Sirva como explicación de ese monarca medieval García-Pelayo, M., "El reino de Dios, arquetipo político. Estudios sobre las fases políticas de la Alta Edad Media", en *Los Mitos Políticos*, Madrid, 1981, pp. 153 ss., con la bibliografía allí recogida.

Medieval⁵⁶. La creación de un nuevo discurso para la realeza implica tomar en consideración dos elementos: el precedente del que se parte y la dirección a la que se llega o se quiere llegar. Para lo primero, el punto de arranque se halla en toda la literatura hagiográfica de las primeras centurias medievales, que arranca de Agustín de Hipona y su enumeración de los requisitos que deben darse para la completa felicidad del buen emperador cristiano⁵⁷, pasa por Isidoro de Sevilla⁵⁸ y desemboca en los espejos de príncipes de los siglos centrales⁵⁹. Ahí hay un discurso regio, dentro del

⁵⁶ Ejemplar, si bien reducido al caso de la Inglaterra normanda, Clanchy, M. T., *From Memory to Written Record. England 1066-1307*. 2ª edición, Oxford / Cambridge, 1993

⁵⁷ Agustín de Hipona, *The City of God against the Pagans*. Edición de William H. Green. Cambridge, 1978. Tomo II. Libro III, capítulo XXIV, *Quae sit Christianorum imperatorum et quam vera felicitas*. La continuidad de la visión política del obispo de Hipona viene dada por ese movimiento político tendente a subsumir la realidad natural dentro de la sobrenatural: es el conocido como “agustinismo político”. Sobre este movimiento, que nace no de Agustín, sino de la interpretación de sus obras, vid. el clásico ahora traducido al castellano de Arquillière, H.-X., *El Agustinismo Político. Ensayo sobre la formación de las teorías políticas en la Edad Media*, Granada, 2005.

⁵⁸ Isidoro de Sevilla, *Etymologiarum Libri XX*, en varios pasajes: definición del Derecho y de las leyes, en libro II, capítulo X y libro V, capítulo III; en la concepción del reino y del rey, en libro IX, capítulo III, 1-5: “Regnum a regibus dictum, nam sicut reges a regendo vocati, ita regnum a regibus. Regnum universae nationes suis quaeque temporibus habuere, ut Assyrii, Medi, Persae, Aegyptii, Graeci, quorum vices sors temporum ira volutavit ut alterum ab altero solveretur. Inter omnia autem regna terrarum dio regna caeteris gloriosiora traduntur. Assyriorum primo, deinde Romanorum, ut temporibus et locis inter se ordinata atque distincta. Nam sicut illud prius, et hoc posterius, ita illud in Occidente exortum est: denique in illius fine hujus initium confestim fuit. Regna caetera caeterique reges velut appendices istorum habentur. Reges a regendo vocavit, sicut enim sacerdos a sanctificando, ita et rex a regendo; non autem regit, qui non corrigit. Recte igitur faciendo regis nomen tenetur, peccando amittitur. Unde et apud veteres tale erat proverbium: Rex eris si recte facies, si non facias, non eris. Regiae virtutes praecipuae duae, justitia et pietas, plus autem in regibus laudatur pietas; nam justitia per se severa est”; en la de “tirano”, libro IX, capítulo III, 19-20: “Tyranni Graece dicuntur, iidem Latine et rege; nam apud veteres inter regem et tyrannum nulla discretio erat; ut: Pars mihi pacis erit dextram tetigisse tyranni. Fortes enim reges tyranni vocabantur; nam Tiro fortis, de quibus Dominus loquitur: Per me reges regnant, et tyranni per me tenent terram. Jam postea in usum accidit tyrannos vocari pessimos atque improbos reges, luxuriosae dominationis cupiditatem, et crudelissimam dominationem in populis exercentes”; y en la de “pueblo”, libro IX, IV, 5-6: “Populus est coetus humanae multitudinis, juris consensu et concordia communione sociatus. Populus autem eo distat a plebibus, quod populus universi cives sunt, connumeratis senioribus civitatis; plebs autem reliquum vulgus sine senioribus civitatis. Populus ergo tota civitas (...)”. El texto en Migne, J.-P. (ed.), *Patrologia Latina*. Tomo LXXXII. Más en profundidad, con una descripción de las virtudes que deben adornar al rey, *Sententiarum Libri Tres*. Libro III, capítulos XLVIII y siguientes, cols. 718 ss., en Migne, J.-P. (ed.), *Patrologia Latina*. Tomo LXXXIII.

⁵⁹ Los “Espejos” inicialmente, siguiendo la senda de Agustín, constituyen pequeños tratados de tipo moral. Vid. Bradley, S. R., “Backgrounds of the Title Speculum in Mediaeval Literature”, en *Speculum. A Journal of Medieval Studies*, XXIX (1954), pp. 100-115. Pasan a ser vistos desde el renacimiento carolingio como escritos generales sobre el papel del rey, el ejercicio de su poder y la educación del mismo. Comparten una serie de valores o principios comunes, una doctrina propia que se traslada miméticamente de uno a otro: origen divino del poder; elección providencial de monarca para unifi-

cual no se encuentra, paradójicamente, fijación de funciones, delimitación de sus atribuciones, establecimiento de competencias, determinación de potestades. Su conformación solamente se efectúa a partir de los fines, en donde sí hay una clara coincidencia doctrinal. Paz y Justicia son palabras constantes en boca de todos los tratadistas. Es hacia donde ha de dirigirse la labor de gobierno y jurisdicción de ese monarca. Es una monarquía de fines la que sostiene el edificio medieval. Cómo llegar a ellas es misión y atributo ciertamente del mismo, al cual se le da libertad para la elección de los medios, si bien con la dictadura de los fines ya expuestos. Conseguir el bienestar de su pueblo, proteger a la Iglesia, alcanzar una paz lo más general posible (de forma directa o por medio de la suma de paces especiales), descubrir parte de la Justicia divina y proyectarla en la tierra mediante la declaración del Derecho, defender a viudas y huérfanos, peregrinos, mercaderes, eclesiásticos, clérigos y monjes, conforman la misión última, pero no se dice en ningún instante cómo hacer frente a la misma. Parece entenderse que hay una cierta amplitud en cuanto a la capacidad de actuación. ¿Quién es este rey, por tanto, que persigue fines sin disponer de medios obligatorios? Es una institución creada por Dios para imponer el bien sobre el mal. Ése es su cometido esencial y para llegar a ello debe actuar u obrar rectamente. El peor pecado será separarse de ese destino, obrar de modo torticero, usar el poder abusivamente, injustamente, cruelmente. Separarse de Dios. Su poder viene dado por la divinidad y viene encauzado por el Derecho, del que no se puede separar al ser emanación de la divinidad misma, y al que está sometido. Ese Derecho no es nunca obra suya: es algo que recibe de la tradición, de los ancestros, lo que reconduce, finalmente, a Dios como último creador. El rey custodia el Derecho, le da forma, sin disponer de la materia. Cualquier actuación de innovación, conforme a la mentalidad medieval, aparecerá ante los ojos atentos de ese pueblo como un reconocimiento o un descubrimiento de algo ya existente desde la creación del ser humano. El rey gobierna mediante el poder (que podemos identificar con la decisión jurisdiccional o con la ley), pero también (y no menos importante) median-

car todos los pueblos en una sola comunidad cristiana; la Justicia como función regia esencial; ejercicio del poder en beneficio de los súbditos; límites impuestos por Dios al ejercicio del poder real, etc. Vid. Born, L. K., "The Perfect Prince: a Study in Thirteenth- and Fourteenth Century Ideals", en *Speculum. A Journal of Medieval Studies*, III (1928), pp. 470-504; Berges, W., *Die Fürstenspiegel des hohen und späten Mittelalters* (= *Schriften des Reichsinstituts für ältere deutsche Geschichtskunde. Monumenta Germaniae Historica. Band 2*), Stuttgart, 1952, pp. 3 ss., y, en especial, para España, pp. 86 ss.; Anton, H. H., *Fürstenspiegel und Herrscherethos in der Karolingerzeit* (= *Bonner Historische Forschungen. Band 32.*), Bonn, 1968, pp. 45 ss.; y Deug-Su, I., "Gli specula", en *Lo spazio letterario del Medioevo. I. Il Medioevo latino*. Guglielmo Cavallo, Claudio Leonardi, Enrico Menestò (dirs.), Roma, 1993. Volume I. Tomo II, pp. 515-534. Más en concreto, sobre los espejos de príncipes, vid. Krynen, J., *L'empire du roi. Idées et croyances politiques en France, XIIIe-XVe siècles*, París, 1993; visiones plurales de VV. AA., en Angela De Benedictis (ed.), *Specula Principum*, Frankfurt am Main, 1999; Barcala Muñoz, A., "La Edad Media", en Fernando Vallespín (ed.), *Historia de la Teoría Política. I.*, Madrid, 2002, pp. 262-269; y Rucquoi, A. y Bizarri, H. O., "Los Espejos de Príncipes en Castilla: entre Oriente y Occidente", en *Cuadernos de Historia de España*, 79, 1 (2005), pp. 1-27.

te el ejemplo. De un modo agresivo y de un modo pacífico, acaba imponiendo su voluntad que es una simple etapa para la realización de la voluntad divina. El buen rey deriva su poder de Dios. Lo mismo acontece con el mal rey, que es un trasunto del Dios airado, tan frecuente en el *Antiguo Testamento*, el cual aparece como castigo divino por la mala conducta, crímenes y pecados, de su pueblo. El modo usual de comportamiento es, siempre, sin lugar a dudas, sin excepciones, la vía jurisdiccional. La monarquía altomedieval fue un gobierno esencialmente limitado en lo jurídico. El aforismo que mejor expresa esta modalidad política es: quien manda, juzga, y quien juzga, manda. El rey es custodio de la equidad y de la ley, actuando como juez. Los pueblos, sin excepción, no tenían o no creían tener necesidad de leyes, sino sed y hambre de justicia, cosa esencialmente diferente. Los monarcas medievales aparecen, quieren y debe ser entes supremos, sobre todo, en la actuación de la justicia. La jurisdicción y el respeto, conservación y aplicación del Derecho vigente constituyen su más elevado, fundamental y típico deber, no sólo en el campo moral, sino, sobre todo, en el jurídico. Hay, sobre todo, conservación, respeto al orden dado y recibido, sin impulsos para cambiarlo porque es el orden querido por Dios, el orden perfecto. La continuidad del orden por la continuidad del Derecho, esto es, por la vinculación de los hombres a la persistencia o permanencia del poder expresado en el antiguo y buen Derecho, que es una suerte de fuerza ininterrumpida⁶⁰.

La monarquía que se comienza a fraguar en los siglos XII y XIII es una monarquía de medios, de competencias, de organización y de actuación, una monarquía que no piensa tanto en la vida eterna como en la vida terrena, una realeza más prosaica, menos elevada, menos refinada y más pragmática. Es una realeza que busca el cambio, que es consciente de que la articulación de la vida por medio del Derecho es realizable. Porque la realeza dispone, ahora por encima de cualquier otro elemento, de un instrumento poderosísimo para cambiar, modificar, ordenar, castigar y vigilar la sociedad que tiene en sus manos: la legislación, entendida como la capacidad de generar nuevo Derecho y con ello sepultar la fundamentación de los Derechos tradicionales, esto es, los antiguos. El camino que lleva a esa potestad normativa es diverso, aunque siempre con un fondo romano⁶¹. En unos casos, la concesión imperial parece justificar esa decisión. En otros, nos hallamos ante el recurso a la prescripción adquisitiva. Finalmente, como en el caso peninsular, la ruptura con el Imperio es lo que justificó en su día la conversión del rey hispánico en un titular completo de todas las atribuciones imperiales mediante exención y asunción ante el

⁶⁰ Vid. Marongiu, A., "Un momento típico de la monarquía medieval: el rey-juez", en *AHDE*, XXIII (1953), pp. 677-715. en artículo citado pp. 714-715. Sobre los perfiles del Derecho medieval, vid. bibliografía citada *infra*.

⁶¹ La articulación es explicada por Calasso, F., *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*. Ristampa de la 2ª edición. Milán, 1953; *Medio Evo del Diritto. I. Le Fonti*, Milán, 1954, pp. 367 ss.; e *I Glossatori e la teoria della sovranità*, ed. cit., pp. 83 ss.

vacío de poder causado por la separación respecto a la autoridad existente⁶². El discurso de la realeza es ya, a todas luces, diferente. El territorio sobre el que extiende su poder ha quedado delimitado con precisión; es ya tiempo de fronteras y esto crea un especial vínculo del rey con esa tierra a la que sirve. Es ahora elemento esencial de la comunidad, puesto que la representa en su unidad. El vínculo feudal hombre-hombre es sustituido por el vínculo que une al hombre con una tierra y con el señor de esa tierra. No nos hallamos ante un monarca que gobierne sobre un pueblo en abstracto entendido, sino sobre un territorio y lo que sobre el mismo se encuentra. La tierra es ahora elemento definitivo para justificar el empleo de la fuerza ordenada y organizada que al monarca compete y que singulariza la idea de una potestad plena. El dominio sobre el territorio no se produce solamente en lo físico, en el conocimiento de sus exactos términos: se ve acompañado y apoyado por un dominio administrativo, por la aparición de toda una pléyade de oficiales regios que tienen la virtualidad de llevar la palabra del rey a todos los rincones de esa tierra. Llevarla y hacerla ejecutar, materializarla, para lo cual la escritura, de nuevo, juega un papel decisivo, porque trae consigo la imutabilidad del mensaje del poder y la única posibilidad cierta de que ese mensaje se puede transmitir de un modo uniforme a lo largo y ancho del reino⁶³. La escritura comporta la completa “estandarización” del medio de comunicación y una cierta despersonalización del poder, al mismo tiempo que impone una uniformidad a través de la educación, del ejemplo y del castigo, puesto que, de modo sucesivo, unifica el lenguaje, unifica a los usuarios de ese lenguaje, y permite la transmisión de ideologías o discursos por ese cauce concreto⁶⁴. Eso significa que las posibilidades de poder han cambiado y que ahora el monarca se ve en la tesitura de gobernar en la más amplia acepción de la palabra, lo cual implica no solamente la función de juzgar, la clásica que hasta ese preciso

⁶² Vid. las sugestivas ideas expuestas para el caso hispánico por Otero Varela, A., “Sobre la idea de soberanía y su recepción en España”, en *Derecho de Gentes y Organización Internacional*, II, Santiago de Compostela, 1957, pp. 77-88; y “Sobre la plenitudo potestatis y los reinos hispánicos”, en *AHDE*, XXXIV (1964), pp. 141-162 (= *Estudios histórico-jurídicos. Derecho Público*, Madrid, 2005. Tomo I, pp. 261-272 y pp. 323-348, respectivamente).

⁶³ Esencial para construir el poder, todo poder, o, lo que Goody, denomina “el Estado, el despacho y el expediente”, dentro de los cuales y en relación a los cuales, escrito se halla todo: sin la escritura o fuera de la escritura, el ser particular carece de existencia. Si se entiende que la Política se ocupa de la distribución del poder, la escritura constituye una dimensión importante de ese mismo aparato de poder, desde la perspectiva de la burocracia central, desde la ideología (una ideología escrita es idéntica a una religión escrita) o desde el control de la misma población mediante censos, padrones, tasas, registros de la propiedad, registros del estado civil, etc. El Estado entra en la vida particular y toda esa vida circula alrededor de escritura: nacimiento, matrimonio, descendencia, patrimonio, muerte, sucesión y demás actos documentalmente registrados. Cfr. Goody, J., *The Logic of Writing and the Organization of Society*, ed. cit., pp. 87 ss.; y *La logique de l'écriture*, ed. cit., pp. 97 ss.

⁶⁴ Vid. Clanchy, M., “Literacy, Law and the Power of the State”, en *Culture et Idéologie dans la genèse de l'État Moderne* (= *Collection de l'École Française de Rome*, 82), Roma, 1985, pp. 25-34.

instante le había correspondido. Se le empiezan a sumar otras atribuciones. La conciencia de ese nuevo poder tiene consecuencias de inmediato en el campo jurídico. La relación con el viejo y buen Derecho pasa por una etapa de crisis. La idea de la creación divina no se cuestiona, pero se recupera el viejo concepto agustinista de una ley humana positiva⁶⁵, mutable, dependiente de la ley eterna divina y de la ley natural, a ellas vinculada, pero que puede ser configurada de una manera más libre. Ello supone que el rey se pregunte por la posibilidad de alterar, cambiar, modificar o derogar el antiguo Derecho. Asimismo la antigua veneración que al mismo se tenía pasa por un momento crítico. El rey se ve a sí mismo como un legislador, con lo que la diferencia entre Derecho antiguo y Derecho nuevo aparece plena de sentido. El primero debe ceder en provecho del segundo. El aseguramiento y la garantía del nuevo Derecho creado pasa necesariamente por su oposición en todos los ámbitos, formal y materialmente hablando, con el Derecho antiguo. Por eso, la escritura parece consecuencia natural, ya en latín, ya en las incipientes lenguas romances a medida que consolidan sus evoluciones y sus indispensables recursos gramaticales, con los que crear un lenguaje propio⁶⁶. El camino hacia la escritura implica el camino hacia la consolidación formal (esto es, textual) del nuevo Derecho, hacia la fijación exacta de sus términos originarios, de suerte tal que ningún operador jurídico, de cualquier naturaleza que éste sea, pueda proceder a la alteración del texto que el rey, en un caso concreto, ha decidido convertir en Derecho, en su Derecho y en el Derecho de su reino. La fiebre de la escritura se apodera del mundo jurídico y no existe lugar en la Europa occidental que quede a salvo de tal furia literaria, de ese general deseo de plasmar por escrito la tradición o, mejor, aquello que se considera por los redactores la tradición, lo sea verdaderamente o no. La escritura es, ahora y para siempre, el recipiente idóneo para seleccionar y condensar lo antiguo, solidificar lo pretérito, y proceder a elaborar lo nuevo y finalmente a exponerlo. Con estas premisas, la palabra escrita pasa a ser la manifestación más destacada del Derecho, su instrumento privilegiado, el pilar indiscutible para su reproducción (que no producción), para garantizar que siempre y en todo lugar hay un Derecho reconducible a la persona del monarca, que puede ser reescrito, reorganizado, recopilado, dentro de los marcos que la propia voluntad creadora permite y en el sentido estricto de lo permitido. El Derecho deviene poder general gracias a una escritura que lo sustenta formalmente. La verdad del Derecho es ahora la escritura, sin arrumbar presencias orales en los momentos de percepción sensorial del Derecho mismo, como sucede con las promulgaciones de normas, leyes o edictos, de los mismos procesos o de sus

⁶⁵ Aparece en el siglo XII, con Pedro Abelardo y los primeros decretistas, el adjetivo “positivo” en el sentido de orden de la vida social humana, contrapuesto a “natural”, manera en que Dios gobierna el universo. Vid. Kuttner, S., “Sur les origines du terme Droit Positif”, en *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 15 (1936), pp. 728-740.

⁶⁶ Vid. Ong, W. J., “Orality, Literacy and Medieval Textualization”, en *New Literary History*, XVI, 1 (1984), pp. 1-12.

momentos concluyentes. La escritura está enchida de oralidad dado que a la escritura se llega precisamente por medio de los testimonios plurales de aquellos que conocían y practicaban el Derecho; el texto es un ejemplo claro de una oralidad que opera en zona escrituraria como de una escritura que juega con la oralidad. Ambas realidades se combinan. Ya no sirve la sola pronunciación; es precisa la constancia escrita de esa pronunciación, tanto para originar la pronunciación misma como para asegurar en el porvenir pronunciaciones análogas a la primigenia fundacional de lo jurídico. El orden normativo deja de ser solamente pronunciación, vocalidad, para convertirse en una manifestación conjunta de lo auditivo y de lo visual, eminentemente real de lo justo, que se trata de compilar en cada norma. La costumbre, fragmentada y particularizada, elemento esencial de todo ese Derecho oral, fundado en la antigüedad y en la repetición, en la memoria y en la revivificación en cada momento por medio de la palabra de su valor, en su continua reproducción, deja paso de modo paulatino al Derecho escrito, para cuya construcción se tiene en cuenta la oralidad misma, parte de ella, pero que dibuja unas consecuencias prácticas opuestas a las anteriores: lo escrito permite la unificación de lo disperso, la universalización del mensaje jurídico, el valor primordial del texto, su identidad consigo mismo. El texto escrito en el que se recoge el Derecho es la base que lo produce y es la pauta oficial a seguir para la futura reproducción de aquél⁶⁷.

Ejemplos no nos faltan en el período examinado: la recuperación de los textos romanos, en primer lugar, puesto que supone el eslabón primigenio. Pero a ellos, a ese primer semillero intelectual, le siguen la composición del *Decretum* de Graciano (mediados del siglo XII) y las llamadas *Quinque Compilationes Antiquae*, los primeros *statuti* italianos, con Pisa a la cabeza, las compilaciones del Derecho lombardo-feudal, los *coutumiers* franceses, comenzando por los de Normandía, las *Constituciones de Melfi*, de Federico II para el reino de Sicilia (1231), las *Decretales* de Gregorio IX (1234) y las obras posteriores (*Sextus*, 1298; *Clementinae*, 1317), las Constituciones de Paz de Maguncia (1235), el Código de Jutlandia, elaborado por Waldemar II (1241), los Fueros de los reinos de Valencia (1238-1240) y de Aragón (1247), ambos con Jaime I, la legislación general para Noruega e Islandia de Magnus Lababoetir (1274 y 1281), los trabajos de Glanvill y Bracton en Inglaterra; los *Estatutos* de Eduardo I en el mismo reino o las *Leges Gerais* de Alfonso III para Portugal; y, por supuesto, la obra legislativa de Alfonso X el Sabio para el territorio

⁶⁷ Coincidiendo así Historia del Derecho e Historia de la Poesía, de un modo extraño, mas no fortuito. Vid. Zumthor, P., *La letra y la voz. De la literatura medieval*, ed. cit., pp. 104 ss. Como destaca expresamente el autor que seguimos, se esfuma la idea tradicional de que ser jefe es pronunciar el Derecho: ahora poder es manifestar, en presente de una confrontación física, visual y auditivamente real, lo que es la norma, lo justo, para añadir, en p. 107, que “escrito, el derecho se hacía proyectivo, comprometía el porvenir”, desdibujaba las fronteras tradicionales de lo jurídico (pasado y presente), para introducir un elemento nuevo, el futuro, en el sentido de perdurabilidad de la propia normativa que se creaba.

castellano-leonés Y eso sin hablar de toda la tradición alemana de compilaciones particulares de Derechos, más o menos de alcance general, con inserciones de la tradición feudal. Debemos a Armin Wolf la fijación geográfica y cronológica de todo esto proceso⁶⁸, pero no ha sido el único pronto a señalar ese movimiento hacia la escritura de lo jurídico⁶⁹.

⁶⁸ Para una completa enumeración, vid. Wolf, A., “Die Gesetzgebung der entstehenden Territorialstaaten”, en Coing, H. (dir.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte. Erster Band. Mittelalter (1100-1500). Die Gelehrte Rechte und die Gesetzgebung*, Munich, 1973, pp. 517-800 (publicado como libro independiente bajo el título de *Gesetzgebung in Europa, 1100-1500. Zur Entstehung der Territorialstaaten*. 2ª edición. Munich, 1996, por donde citamos); del mismo Wolf, A., “Europäischen Rechtsgeschichte in Geschichtsatlanten”, en Walter Wilhelm (hrsg.), *Studien zur europäische Rechtsgeshichte*, Frankfurt am Main, 1972, pp. 304-315; “Forschungsaufgaben einen europäischen Gesetzgebungsgeschichte”, en *Ius Commune*, V (1975), pp. 178-191; “Gesetzgebung und Kodifikationen”, en Peter Weimar (hrsg.), *Die Renaissance der Wissenschaften im 12. Jahrhundert (= Zürcher Hochschulforum, 2)*, Zurich, 1981, pp. 143-171; “Zur Methode europäischen Rechtsgeschichte: Länder und Rechtsgebiete”, en *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main, 1982, pp. 457-474; “Legislación y Codificaciones”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, IX (1984), pp. 81-109; “Die Gliederung Europas in Nationen im Spiegel von Recht und Gesetzgebung des Mittelalters”, en *Ansätze und Diskontinuität deutscher Nationsbildung im Mittelalter*. Herausgegeben von Joachim Ehlers, Sigmaringen, 1989, pp. 83-96; “El movimiento de legislación y de codificación en Europa en tiempos de Alfonso el Sabio”, en *Alfonso X el Sabio, vida, obra y época. I. Actas del Congreso Internacional*. Edición preparada por J. C. De Miguel Rodríguez, A. Muñoz Fernández y C. Segura Grañó, Madrid, 1989, pp. 31-37; “Los iura propria en Europa en el siglo XIII”, en *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, 5-6 (1993-1994), pp. 35-44; y “La prima ondata di codificazioni in Europa (1231-1281): concetti e nessi”, en *Colendo Iustitiam et Iura Condendo*, ed. cit., pp. 91-106.

⁶⁹ A mayor abundamiento, vid. Gagnér, S., *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung (= Acta Universitatis Upsaliensis. Studia Iuridica Upsaliensia, I)*, Upsala, 1960, pp. 288 ss.; Vanderlinden, J., *Le concept de code en Europe occidentale du XIII au XIX siècle. Essai de définition* Bruselas, 1967, pp. 21 ss.; Genicot, L., *La Loi*, en L. Genicot (dir.), *Typologie des Sources du Moyen Âge occidental*. Fasc. 22., Turnhout, 1977; Berman, H. J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, ed. cit., pp. 404 ss. (= *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, ed. cit., pp. 424 ss.); Diestelkamp, B., “Einige Beobachtungen zur Geschichte des Gesetzes in vorkonstitutionellen Zeit”, en *Zeitschrift für historische Forschung*, 10 (1983), pp. 385-420; Schlosser, H., “Rechtsgewalt und Rechtsbildung im ausgehenden Mittelalter”, en *ZSS (GA)*, 100 (1983), pp. 9-52; Astuti, G., “La nozione di legge nell’esperienza storico-giuridica”, en *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*. Edizioni Scientifiche Italiane, Roma, 1984. Tomo I, pp. 517-579; y “Legge (Diritto intermedio)”, en *ibidem*. Tomo III, pp. 2.049-2.092; Janssen, W., “... na gesetze unser lande ...”. Zur territorialen Gesetzgebung im späten Mittelalter”, en *Gesetzgebung als Faktor der Staatsentwicklung (= Beihefte zur Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte. Heft. 7)*, Berlín, 1984, pp. 7-40; Pennington, K., “Law Codes: 1100-1500”, en *Dictionary of the Middle Ages*. Joseph R. Strayer, Editor in Chief. Nueva York, 1986. Tomo VII, pp. 425-431; Caravale, M., *Ordinamenti giuridici dell’Europa medievale*, Bolonia, 1994, pp. 243 ss.; Tamm, D., *Roman Law and European Legal History*, Copenhagen, 1997, pp. 191 ss.; Johanek, P., “Rechtsbücher”, en *Lexikon des Mittelalters*, Munich, 1995. Tomo VII, cols. 519-521; Köbler, G., “Rechtsbuch”, y concordantes, en *Lexikon der europäischen Rechtsgeschichte*, Munich, 1997, p. 472; Wagner, W., “Las Constituciones del emperador Federico II para el reino de Sicilia y la legislación de Alfonso el Sabio”, en *España y Europa, un pasado jurídico común*, ed. cit., pp. 63-79.

¿Cómo explicar esta vorágine normativa, esta “primera ola de la codificación europea” como la ha denominado Armin Wolf⁷⁰, esta auténtica tendencia material a la expansión de un estilo concreto —la escritura— para la presentación de lo jurídico? ¿Cómo justificar ese ímpetu, ese impulso, esa proliferación?⁷¹ ¿Cómo argumentar que en el tiempo hayan coincidido obras tan similares, fruto de necesidades diferentes en espacios políticos separados en lo geográfico y en su misma dinámica interna? ¿Qué mueve a reyes y papas legisladores a desarrollar esos proyectos? ¿Qué los une por encima de las diferencias regnícolas? ¿Por qué nace cuando nacen y de la manera exacta en que nacen todas estas normas que actúan de una forma ambigua respecto del antiguo Derecho de los Reinos, ora confirmándolo simplemente, ora sustituyéndolo por uno nuevo, ora expandiendo ese antiguo Derecho por medio de la adición o suma del nuevo, ora simplificándolo? Varios factores pueden servir para trazar una respuesta inmediata: los juristas que circulan por toda Europa, formados en el Derecho justiniano y canónico, y que conocían la forma, modo y pasos para proceder a una compilación del Derecho existente o del Derecho nuevo, conforme al modelo suministrado por Justiniano o por Graciano, en cada uno de los campos. Pueden servir también los vínculos de parentesco existentes entre las principales cortes europeas implicadas en ese movimiento renovador, que presuponen una cierta regularidad en la comunicación cultural y una cierta comunidad en cuanto a la educación análoga de los príncipes, pero también el —muy humano— juego de deseos, emulaciones, imitaciones y envidias. Son factores instrumentales, decisivos, porque muestran la faceta humana de todo este proceso desarrollado⁷². Pero esas conductas humanas aparecían guiadas por ansias más elevadas, por fines más a largo plazo, por conquistas que se estimaban más duraderas. Se buscaba, sobre todo, la construcción de una nueva constitución política, la generación de una nueva realeza, cuyo modo de actuar iba a ser el Derecho, un nuevo Derecho, y que se desarrollaba entorno al Derecho mismo como punto de confluencia de los varios intereses. La batalla es batalla jurídica. La suma de dos elementos entrelazados permite esbozar una respuesta unitaria. La explicación supone la confluencia de dos destinos. Dos tendencias intelectuales se dan la mano: el tránsito de la oralidad a la escritura y el tránsito de la pluralidad a la unidad en la creación del orden jurídico. Por tanto, la búsqueda de un Derecho escrito, que asimismo sea un Derecho único, cuyas garantías pasaban por reconsiderar el papel del monarca como operador jurídico,

⁷⁰ Cfr. Wolf, A., *Gesetzgebung in Europa, 1100-1500*, ed. cit., p. 48: “Wir können diesen Prozess eine erste europäische Kodifikationswelle nennen”.

⁷¹ La expresión (“Drang zur Kodifikation”) la emplea Gagnér, S., *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, ed. cit., p. 288.

⁷² Para ese entrecruzamiento parental, vid. los esquemas genealógicos propuestos por Wolf, A., “Derecho electivo y sucesión hereditaria en los reinos y en el Imperio de Alfonso el Sabio”, en *España y Europa, un pasado jurídico común*, ed. cit., pp. 223-257; “Los iura propria en Europa en el siglo XIII”, cit., p. 44; y “La prima ondata di codificazioni in Europa (1231-1281): concetti e nessi”, cit., p. 101.

como receptor de todos aquellos poderes que, de acuerdo con la *lex regia* insertada en la compilación de Justiniano⁷³, ahora correspondían al monarca que no reconocía superior en lo temporal, dentro de sus respectivos reinos⁷⁴. El nuevo mundo jurídico que amanece parte y termina en la titánica figura del monarca, el cual será garante de la escritura, de la certeza y de la seguridad del Derecho, y también será garante de la unidad en la creación y en el desarrollo de ese mismo Derecho para el porvenir que se advierte y adivina complejo.

4.- Pero, ¿por qué sucede así? ¿Por qué se escribe el Derecho? ¿Por qué el texto tiene el inmenso poderío de sojuzgar una realidad hasta ese instante oral? ¿Qué posición ocupa la escritura en la visión del Derecho? ¿Descansa en la escritura la fuerza misma del Derecho y su decisión? ¿Se le quiere atribuir fuerza, valor, a través del texto duradero o solamente se le quiere dar publicidad, se quiere darlo a conocer? ¿Dónde se separa de la Justicia y adquiere valor como Derecho en sí mismo considerado?⁷⁵ La respuesta tiene que guiarnos a la misma idea de escritura y a lo que ella comporta. El Derecho se plasma por escrito por todo lo que el texto en sí mismo trae consigo: la escritura se superpone a la oralidad vinculada al Derecho consuetudinario altomedieval, un Derecho primitivo, rudimentario, en cierto modo salvaje por cuanto que abandonado de la racionalidad; la escritura, decíamos, implica seguridad, rigor, certeza, conocimiento, y, con todo ello, plenitud de las normas, una carácter completo, de totalidad, de capacidad para absorber toda la realidad, caudal de armas e instrumentos lógicos a partir de los cuales proceder a la exégesis de los textos. Con estos mecanismos, se está en condiciones de hallar respuesta a cualquier problema que se plantee en la realidad cotidiana por parte de la escritura de la que se dispone o de la que se puede disponer. La escritura, el texto, la letra, se

⁷³ Derivada del famoso texto de Ulpiano, según el cual lo que place al príncipe tiene fuerza de ley porque así lo ha querido el pueblo, quien le transfiere plenamente el *imperium* y la *potestas*. Vid. Morel, H., "La place de la Lex Regia dans l'Histoire des idées politiques", en *Études offertes à Jean Macqueron*, Aix-en-Provence, 1970, pp. 545-555.

⁷⁴ Vid. Ullmann, W., *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, ed. cit., pp. 117 ss. (= *Principios de gobierno y política en la Edad Media*, ed. cit., pp. 121 ss.) ; Pennington, K., "Law, Legislation Authority and Theories of Government, 1150-1300", en *The Cambridge History of Medieval Political Thought, c. 350-c.1450*. Edited by J. H. Burns, Cambridge, 1988, pp. 424-453; y su continuación-consolidación cronológica: Canning, J. P., "Law, Sovereignty and Corporation Theory, 1300-1450", en *ibidem*, pp. 454-476; y Gouron, A., "La double naissance de l'État législateur", en *Théologie et Droit dans la Science Politique de l'État Moderne. Actes de la table ronde organisée par l'École Française de Rome avec le concours du CNRS*, Roma / París, 1991, pp. 101-114. Una gran exposición del pensamiento vertebrado entorno a la máxima *princeps a legibus solutus est*, en Pennington, K., *The Prince and the Law, 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Berkeley, 1993, pp. 8 ss.

⁷⁵ Cfr. Classen, P., "Zur Einführung", en *Recht und Schrift im Mittelalter*. Herausgegeben von Peter Classen (= *Vorträge und Forschungen, Band XXIII*), Sigmaringen, 1977, p. 12. A estas cuestiones y otras más conexas, nos referimos *infra*.

erigen en un instrumento real de protección del Derecho mismo y no sólo en su continente. Además la sabiduría, toda ella, es escrita, no es oral. Los modelos que la representan son escrituras, sacras o en vías de adquirir sacralidad. El libro, por antonomasia, aquél que es la fuente de toda la sabiduría, la autoridad suprema, es precisamente un texto de perfiles inmutables y eternos, no una oralidad más o menos extendida: ese lugar de preferencia corresponde a la Biblia⁷⁶, directamente, pues es *sacra scriptura, verbum Dei, divina eloquia, evangelica vox*⁷⁷, o por vía de lectura patristica, mediante toda aquella gama de comentarios y reflexiones vertidos por los Padres de la Iglesia⁷⁸. Es el triunfo literario de la Biblia y, con ella, de la cultura cristiana, repensada por romanos y por monjes medievales⁷⁹, lo cual provoca una consolidación y progreso del propio ambiente cultural, de la expresión literaria y de las diferentes lenguas romances, enriquecidas por el caudal que supone el lenguaje de los textos sagrados⁸⁰. Pero textos escritos son también los elementos que componen la compilación justiniana o las diferentes colecciones canónicas. Son un modelo de orden y perfección, pero, sin olvidarlo nunca, bajo forma escrita, hasta el punto de que esos dos elementos acaban identificándose con aquélla. El texto implica la perfección o el anhelo de devenir perfecto. El deseo de imitación de esa sabiduría condensada se proyecta en la mente de los reyes y príncipes europeos. El monumento normativo que quieren configurar, jugando a partes iguales con el antiguo Derecho y con el nuevo, es un claro intento de emulación de los precedentes citados. Es el propósito de crear una “Biblia” para su reino, una compilación jurídica propia, un *corpus totius iuris* que cumpla la función de globalidad que se predica de los textos de referencia. Ello exige un cambio de la mentalidad respecto al modo clásico de expresión, de formulación del Derecho hasta ese instante vivido. La reformulación

⁷⁶ Vid. Goody, J., *The Logic of Writing and the Organization of Society*, ed. cit., pp. 1 ss.; y *La logique de l'écriture*, ed. cit., pp. 13 ss. A mayor abundamiento, vid. VV. AA., *La Bibbia nell'Alto Medioevo* (= *Settimane di Studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo*), Spoleto, 1963. Tomo X. Impregnando incluso las llamadas legislaciones bárbaras. Vid. Nehlsen, H., “Der Einfluss des Alten und Neuen Testaments auf die Rechtsentwicklung in der Spätantike und im frühen Mittelalter bei der germanischen Stämmen”, en *Leges, Gentes, Regna*, ed. cit., pp. 201-218.

⁷⁷ Vid. Lobrichon, G., “Gli usi della Bibbia”, en *Lo spazio letterario del Medioevo. I. Il Medioevo Latino*. Guglielmo Cavallo, Claudio Leonardi, Enrico Menestò (dirs.), Roma, 1992. Volume I. *La produzione del testo*. Tomo I, pp. 523-562.

⁷⁸ Vid. Moreschini, C., “I Padri”, en *ibidem*. Volume I. Tomo I, pp. 563-604.

⁷⁹ El protagonismo del pensamiento cristiano es decisivo como puso de relieve en su momento Oldenheimer, M. J., *Der christlich-kirchliche Anteil an der Verdrängung der mittelalterlichen Rechtsstruktur und an der Entstehung der Vorherrschaft des staatlich gesetzten Rechts im deutschen und französischen Rechtsgebiet* (= *Basler Studien zu Rechtswissenschaft, Heft 46*), Basilea, 1957, pp. 42 ss., tanto por las bases del propio pensamiento como por sus proyecciones posteriores (corrección de las malas costumbres, movimiento de paces y treguas de Dios, papel del Derecho canónico, etc.).

⁸⁰ Vid. Catalán, D., “La Biblia en la literatura medieval española”, en *Hispanic Review*. Vol. XXXIII, 3 (junio, 1965), pp. 310-318.

implicará costes como el abandono, no definitivo, de la oralidad y de su expresión jurídica por antonomasia: el Derecho consuetudinario.

Así era el Derecho altomedieval. La costumbre, elemento preponderante en el orden jurídico anterior al siglo XII, es fuente de Derecho, pero ciertamente es una fuente etérea, impalpable, nada tangible, desdibujada en cuanto a sus perfiles, volátil, porque no está realmente y, sin embargo, se nota su presencia⁸¹. Para combatir esa aparente ausencia y/o presencia, se ve sujeta a ulteriores procesos de concreción, que acaban desembocando en un documento, ya judicial, ya real. Esto demuestra a todas luces la necesidad imperiosa de escribir ese Derecho, o, cuando menos, de proceder a su declaración como miras a garantizar su propia persistencia⁸². El Derecho medieval, de raigambre consuetudinaria descansa, pues, no en la escritura, que no se

⁸¹ Así, destaca Zumthor, P., *La letra y la voz. De la literatura medieval*, ed. cit., p. 105, que nos hallamos ante un “conservadurismo móvil y viviente” éste de la costumbre, difícil de ser codificado y así petrificado: “Este derecho consuetudinario implicaba así, dentro de un grupo social claramente identificable por cada uno de sus miembros, adhesión común a una norma oralmente transmitida, que emana de la memoria colectiva interiorizada y que suscita, con el pasado social, una relación ontológica: la costumbre. Ésta procede de dos fuentes confluyentes: la antigüedad y la repetición; se manifiesta en la palabra, generalmente formularia, suficiente para dar testimonio. Distinta de los que llamaríamos uso, es concebida como inmemorial; de hecho, ciertas costumbres a veces son invocadas (sobre todo las tocantes a la propiedad autoritaria) y sabemos que se remontan apenas a una o dos generaciones. La edad avanzada y una gran memoria capacitan al testigo o al juez para dar prueba de ella en viva voz. Se requiere, si es necesario, en la comunidad los recuerdos de cada uno: es el derecho consuetudinario, junto a expertos portavoces de la norma colectiva. Al rey, al señor, corresponde un poder legal. Pero ¿qué es hacer una ley, sino restaurar una costumbre en decadencia o en olvido? Ningún otro reglamento tiene la autoridad plenaria de una costumbre demostrada, presente en la palabra que pronuncia: propiedad inalienable del pequeño número de hombres y mujeres que constituyen, hic et nunc, la entidad social, en un espacio al alcance de la voz; recuerdo, más allá de la fragmentación excesiva de las primeras feudalidades, de prácticas germánicas de la alta Edad Media, que hacían de la asamblea (en principio general) de los hombres libres el origen de todo derecho; el placitum, o mallus de los francos latinizados, el holimote anglosajón, el Allthing de Islandia. De ello se deduce una gran diversidad, de provincia a provincia, de pueblo a pueblo; pero también una gran flexibilidad: la costumbre aconseja más que ordena; múltiple, a veces se contradice; es más o menos notoria, de ahí los arreglos, innovaciones disimuladas”.

⁸² Para unos breves perfiles, vid. Grossi, P., *L'ordine giuridico medievale*, Roma / Bari, 1995, pp. 87 ss.; Vinogradoff, P., *Custom and Right* (Reedición de la publicada por el Instituttet for Sammenlignende Kulturforskning, Oslo, 1925), Nueva Jersey, 2000, pp. 21 ss.; e Iglesia Ferreirós, A., “Consuetudine”, en *A Ennio Cortese*, Roma, 2001. Tomo II, pp. 196-207. Más en profundidad, vid. Gilissen, J., *La Coutume*, en L. Génicot (dir.), *Typologie des Sources du Moyen Âge Occidental*. Fasc. 41, Turnhout, 1982, pp. 41 ss.; VV. AA., *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions*. Vol. LII, 2ª Parte. *La Coutume*, Bruselas, 1990; Dilcher, G., Lück, H., Schulze, R., Wadle, E., Weitzel, J. y Wolter, U., *Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter*, Berlín, 1992. Para el desarrollo hispánico, vid. Pacheco Caballero, F. L., “Ley, costumbre y uso en la experiencia jurídica peninsular bajomedieval y moderna”, en *El Dret Comú i Catalunya. Actes del IV Simposi Internacional. Homenatge al professor J. M. Gay Escoda*. Edició d'Aquilino Iglesia Ferreirós, Barcelona, 1995, pp. 75-146.

considera necesaria, ni esencial, sino en la oralidad y, junto a dicha oralidad, en su complemento indispensable: el gesto, el símbolo, la señal, que opera como exteriorizador de una voluntad que no se puede plasmar en escritura alguna. Frente al valor de la palabra, el gesto, el hecho, la oralidad, lo factual, lo simbólico inmediato e immanente que lleva aparejado, suplanta a la simbología intelectual, que lleva tras de sí la reflexión, el pensamiento, la trascendencia⁸³. Si es algo externo, gesticular, que depende de actos, actitudes, conductas y comportamientos, hay que materializarlo y darle forma. Lo que implica, paradójicamente, que aquella autoridad, en principio desvinculada, separada de la costumbre, sea finalmente la que se encargue de velar por su realización. Nadie, curiosamente, hace más por las costumbres medievales que los mismos monarcas y la Iglesia, en principio tan alejados de su órbita generadora, a pesar de no interferir para nada en su proceso creativo, mas sí en el declarativo, en el que operan como protectores y correctores de las mismas. El proceso jurídico, por tanto, se muestra absolutamente mediatizado por la interferencia entre un Derecho pretendidamente popular y una corrección o matización de ese Derecho efectuada por los jueces más elevados de la estructura política medieval (reyes, papas u obispos), en el sentido de dar la forma definitiva a lo que se considera como buena costumbre, buen uso o buen fuero. Purgar el Derecho de sus corrupciones es la misión de aquellas potestades⁸⁴. La vivencia del Derecho altomedieval no puede ser explicada sin la interferencia continua de ambos elementos: creación y corrección, en el sentido de mejora, de avance de ese Derecho. Ello nos lleva a coincidir, entre otros con G. Köbler, que en el Derecho medieval, existen costumbres, usos y prácticas a los que se les llega a reconocer una importancia jurídica. De esto se sigue que no podemos afirmar la existencia de un pretendido Derecho consuetudinario, como categoría jurídica autónoma⁸⁵. Como concepto, solamente será gestado en tiempos de los glosadores para contraponerlo al superior Derecho legal⁸⁶.

⁸³ Un ejemplo hispánico sobre este valor de la simbología lo proporciona García de Valdeavellano, L., "Sobre simbología jurídica de la España medieval", en *Homenaje a don José Esteban Uranga*, Pamplona, 1971, pp. 87-134.

⁸⁴ Vid. Krause, H., "Königtum und Rechtsordnung in der Zeit der sächsischen und salischen Herrscher", en *ZSS (GA)*, 82 (1965), pp. 1-98.

⁸⁵ Vid. Köbler, G., "Consuetudo und Gewohnheit: Gewohnheit und Gewohnheitsrecht im deutschen Frühmittelalter", en *Recueils de la Société Jean Bodin. La Coutume*, ed. cit., pp. 63-87.

⁸⁶ La construcción del nuevo orden jurídico provoca de inmediato una confrontación entre el Derecho romano y las costumbres existentes, un dualismo en el sistema medieval que expresa a la perfección una lucha entre tradición y modernidad. El Derecho romano no sólo es testimonio de un mundo desaparecido, sino que aparece como un sistema jurídico más completo y elaborado. La costumbre no desaparece; asume un ropaje jurídico, se le reconoce una función específica y el uso ancestral deviene Derecho consuetudinario, integrado ahora en un orden jurídico construido por referencia al Derecho romano. Consagrada como fuente del Derecho, comparada a la ley misma, se produce su jerarquización. Su Historia será paralela a la de la ley y serán su contrapunto indispensable para el desarrollo de un sistema jurídico armónico. Vid. Mayali, L., "La coutume dans la doctrine romaniste au Moye Âge", en *Recueils de la Société Jean Bodin. La Coutume*, ed. cit., pp. 11-31.

Hay costumbres diversas y plurales, decimos, pero no llega a haber un Derecho consuetudinario. El Derecho altomedieval es, por tanto, costumbre o series de costumbres, en proceso de juridificación, uso antiguo y tradicional con implicaciones en el campo del Derecho. Hay hecho que deviene norma y nunca al revés. Por esa razón, nos hallamos ante un Derecho no escrito, sino oral, en cuanto a su gestación y en cuanto a su transmisión, que emplea la oralidad como la forma típica de su difusión, que no precisa de soportes físicos colectivos, ya que basta la memoria individual de cada uno de los miembros de una comunidad como soporte singular que permite la persistencia de ese Derecho maleado por el tiempo y por la memoria de los destinatarios⁸⁷. El recuerdo operaba así una doble función de fuente del Derecho y de prueba de la existencia del Derecho mismo, porque en él y a él se le encomendaba la función de garantizar la perduración del orden jurídico en su totalidad. El Derecho era solamente memoria, mediata e inmediata en el doble sentido bergsonian: una directa que retenía los recuerdos de una vida, y otra más profunda, organizada por el hábito social mismo, recuerdos inconscientes que inspiran acciones, espontánea memoria, misteriosa, hereditaria, que condicionaba comportamientos y mentalidades. Aquella jugaba el doble papel de reflejo formalizador del entorno social, catalizador de las múltiples realidades que estaban en la base de todo el aparato jurídico, al mismo tiempo que ordenaba mediante sus representaciones y diseñaba comportamientos, indicaba conductas, disponía preceptos, operaba de un modo normativo. Actuaba como norma misma, en un sentido performativo o consolidador, pero también preceptivo u ordenador de la realidad misma⁸⁸. La memoria conduce a la individualidad. Es el sujeto individualmente considerado el que porta el Derecho, el que lo tiene, el que lo defiende y el que es capaz de enunciarlo. No hay escritura porque, al tener un origen divino, el Derecho no precisa soporte físico o material alguno. Se puede encontrar rastreando el mapa del plan que Dios ha instituido: la propia creación nos sirve de guía para hallar una y otra vez ese Derecho, que está insertado de modo indeleble en la totalidad de la obra divina. El Derecho es flujo constante y por ello no puede ser apresado en las líneas de un texto o de un documento, más que en supuestos excepcionales. Su esencia, en cuanto proyección de Dios, apenas puede ser aprehendida por los limitados mortales. Los pretendidos reyes legisladores medievales, figuras de alcance mítico, reyes y condes de los “buenos fueros” en el caso hispánico, en realidad, pasan a la posteridad por haber sido los impulsores no de una real actividad normativa. Son más ordenadores que legisladores. Son los que han procedido a la ordenación en un momento dado del

⁸⁷ Vid. Ourliac, P., “Coutume et Mémoire: las coutumes françaises au XIII^e siècle”, en Zumthor, P. y Roy, B. (eds.), *Jeux de Mémoires. Aspects de la mnémotechnie médiévale*, Montreal, 1985, pp. 111-122.

⁸⁸ Vid. Mazzacane, A., “El jurista y la memoria”, en Petit, C. (ed.), *Pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, Madrid, 1997, pp. 75-102. A mayores, sobre ese papel de la memoria en el Medievo, vid. Yates, F. A., *El arte de la memoria*, Madrid, 1974, pp. 69 ss.

Derecho tradicional de su pueblo, los que ha decidido vencer al olvido y al paso del tiempo, colocando frente a él todo un instrumental que permita a los hombres, a los habitantes de sus reinos, saber en todo instante cuál es ese Derecho encarnado en la tradición de los respectivos pueblos, según los casos, y demostrar la existencia, la vigencia, la fuerza del mismo ante quien se oponga a su cumplimiento. O bien han conseguido perdurar por la labor de corrección y mejora efectuada en todo el orden jurídico, recuperando el antiguo y buen Derecho. Pero en ambas actuaciones, hallamos un elemento común: están recogidas por escrito. La sabiduría, una vez más, se vincula a la escritura. Tampoco hay aquí legislación, propiamente dicha, en el sentido de normación nueva, sino que encontramos compilación, acumulación del antiguo Derecho, de las viejas costumbres, enumeración de tradiciones. Sirve, no obstante, para presentar un discurso valioso: el de la necesidad de la memoria, del recuerdo, en la vida tanto como en el Derecho, y lo imperativo de su fortalecimiento a través de recursos gráficos que vayan más allá de la palabra dada o del gesto cumplido. Son, de todos modos, supuestos excepcionales. El mundo jurídico discurre fuera del documento, fuera de los papeles, en la conciencia pretendidamente popular, en la memoria de los poderosos o de los ancianos de los diversos lugares, a los que se acude como si de una enciclopedia abierta al mundo se tratase con la finalidad de plantear cualquier duda o aclaración respecto al Derecho que se tenía o se pretendía tener. Testimonios de esos individuos parecen conformar la base del orden jurídico medieval.

Si se admite la visión proporcionada por Fritz Kern acerca del Derecho altomedieval, se deben inferir una serie de elementos calificativos del orden jurídico conforme a la su ya clásica exposición. Partimos de que todo el Derecho es una muestra más del plan universal divino que rige desde la creación⁸⁹. Dios ha generado un

⁸⁹ Vid. Kern, F., a modo de esbozo “Über die mittelalterliche Anschauung vom Recht”, en *Historische Zeitschrift*, 115 (1916), pp. 496-515; más en profundidad, “Recht und Verfassung im Mittelalter”, en *Historische Zeitschrift*, 120 (1919), pp. 1-79, con posteriores ediciones en forma de libro; y, del mismo, aunque en otros ámbitos más político-constitucionales, *Derechos del Rey y Derechos del Reino*, Madrid, 1955, pp. 124-139. En la misma línea de Kern, con algunas objeciones referidas, sobre todo, al problema de la innovación jurídica, que no empecen al resultado final de su propuesta, vid. Ullmann, W., *The Medieval Idea of Law as represented by Lucas de Penna. A Study of Fourteenth-Century Legal Scholarship*, Londres, 1946; y “Law and the Medieval Historian”, en *IX Congrès International des Sciences Historiques, Stockholm, 21-28 Août 1960. Rapports. III. Moyen Âge. Comité International des Sciences Historiques*, Upsala, 1961, pp. 34-74; Krause, H., *Kaiserrecht und Rezeption (= Abhandlungen der Heidelberg Akademie der Wissenschaften Philosophisch-historische Klasse)*, Heidelberg, 1952, pp. 26 ss.; y “Dauer und Vergänglichkeit im mittelalterlichen Recht”, en *ZSS (GA)*, 75 (1958), pp. 206-251; Odenheimer, M. J., *Der christlich-kirchliche Anteil an der Verdrängung der mittelalterlichen Rechtsstruktur und an der Entstehung der Vorherrschaft des staatlich gesetzten Rechts im deutschen und französischen Rechtsgebiet (= Basler Studien zu Rechtswissenschaft, Heft 46)*, Basilea, 1957, pp. 1 ss.; Brunner, O., *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter*. 4ª edición, Viena / Wiesbaden, 1959, pp. 133 ss.;

orden perfecto, que comparte con Él mismo todos sus atributos, todas sus virtudes, todas sus gracias. El plan infinito y eterno que gobierna el universo, solamente cognoscible por la propia divinidad, tiene pretensiones absolutas: alcanza a todo ser, viviente o no, humano, animal, vegetal o mineral. Es un plan, por supuesto, de inexcusable cumplimiento, obligatorio, sin excepciones, global en su realización. Dentro del mismo y por lo que se refiere al ser humano, se exterioriza mediante el Derecho. Éste es aquel elemento del plan trazado por Dios que tiene como objetivo encauzar la conducta de los seres humanos de cara a la salvación. Ése es el propósito esencial. El hombre puede y debe conocerlo, pero no lo hará nunca en su integridad al pertenecer al campo de la sabiduría divina. Esto hace que la imperfección humana recubra muchas veces con el manto del misterio y de la magia, exteriorizada mediante ciertos actos simbólicos, la vida del Derecho y que éste aparezca como algo incognoscible, remoto, arcano, mítico⁹⁰. Si encauzar la conducta de los hombres es la finalidad que se persigue y si la creación del mismo se debe a Dios (la bondad absoluta), hallaremos el primer calificativo que sirve para entender qué es el Derecho en la mentalidad medieval: la bondad. El Derecho es bueno, en el sentido de justo, pues junto a la Justicia camina de forma conjunta. No hay escisión entre

Hattenhauer, H., “Minne und Recht als Ordnungsprinzipien des mittelalterlichen Rechts”, en *ZSS (GA)*, 80 (1963), pp. 325-344; Brynteson, W. E., “Roman Law and Legislation in the Middle Ages”, en *Speculum. A Journal of Mediaeval Studies*, XLI (1966), pp. 420-437; García-Pelayo, M., “La idea medieval del Derecho”, en *Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político*, Madrid, 1968, pp. 66-97 (= *Obras Completas*, Madrid, 1991. Tomo II, pp. 1.073-1.118); Klinkenberg, H. M., “Die Theorie der Veränderbarkeit des Rechts im frühen und hohen Mittelalter”, en *Miscellanea Mediaevalia*, 6 (1969), pp. 157-188; Köbler, G., *Das Recht im frühen Mittelalter. Untersuchungen zu Herkunft und Inhalt frühmittelalterlicher Rechtsbegriffe im deutschen Sprachgebiet (= Forschungen zur deutschen Rechtsgeschichte. 7. Band)*, Colonia / Viena, 1971, pp. 12 ss.; Schmelzeisen, G. K., “Zu frühen Gewohnheitsrecht”, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XLII (1974), pp. 313-324; Van Caenegem, R. C., “Law in the Medieval World”, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XLIX (1981), pp. 13-46; Gurievich, A., *Las categorías de la cultura medieval*, Madrid, 1990, pp. 181 ss.; Kroeschell, K., “Der Rechtsbegriff der Rechtsgeschichte. Das Beispiel des Mittelalters”, en *ZSS (GA)*, 111 (1994), pp. 310-329; Petit, C. y Vallejo, J., “La categoría giuridica nella cultura europea del Medioevo”, en *Storia d'Europa. Volume Terzo. Il Medioevo, Secoli V-XV*. A cura di Gerardo Ortalli, Turín, 1994, pp. 719-760; Grossi, P., *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 1995; Willoweit, D., “Vom alten guten Recht. Normensuche zwischen Erfahrungswissen und Ursprunglegenden”, en *Jahrbuch des historischen Kollegs*, Munich, 1997, pp. 23-52; y Trusen, W., “Gutes altes Recht und Consuetudo. Aus den Anfängen der Rechtsquellenlehre im Mittelalter”, en *Gelehrtes Recht im Mittelalter und in der frühen Neuzeit*, Goldbach, 1997, pp. 721-736. Trasposición hispánica en Iglesia Ferreirós, A., *La creación del Derecho. Una historia del Derecho español. Lecciones*, Barcelona, 1989. Tomo II, pp. 70 ss.; *La creación del Derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, Barcelona, 1992. Tomo I, pp. 272 ss.; y *La creación del Derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*. 2ª edición corregida, Madrid, 1996. Tomo I, pp. 277 ss.; y, a modo de síntesis, del mismo “El derecho del año mil”, en *La Península Ibérica en torno al año 1000. VII Congreso de Estudios Medievales*. Fundación Sánchez-Albornoz, Ávila, 2001, pp. 105-130.

⁹⁰ Por ese motivo, el viejo y buen Derecho ha de ser primeramente creído y, después, por esa misma razón, cumplido. Vid. Hattenhauer, H., “Zur Autorität des germanisch-mittelalterlichen Rechts”, en *ZSS (GA)*, 83 (1966), pp. 258-273.

Derecho y Justicia porque ambas atribuciones se predicán de un mismo sujeto, como sus creaciones. Por ende, todo Derecho es justo y la Justicia se exterioriza por medio de ese Derecho. La bondad, elemento primario, nos lleva de inmediato al segundo calificativo: ¿por qué es bueno ese Derecho? La respuesta es clara: porque ha sido creado por Dios. Luego, el Derecho suma a la bondad otro calificativo definidor, cual es la antigüedad. El Derecho es bueno y además, por eso mismo, es antiguo. Su fundamento es la tradición que nos conduce al instante mismo de su creación y comporta así la repetición en su formulación y en su conservación. A mayor vigencia en el tiempo, mayor será la fuerza que permite acreditar ese Derecho. Ése y solamente ése es el elemento que certifica la validez del Derecho en una primera vista, con independencia de su autenticidad o de su falsedad. La memoria, el testimonio, juegan como definidores y delimitadores de los que es o no es, en primera instancia, lo jurídico⁹¹. Siempre el Derecho bueno es antiguo, pero no siempre el Derecho antiguo es bueno: pueden haber sido los hombres quienes, con el paso del tiempo, hayan procedido a obstaculizar la labor divina y se hayan encargado de presentar como Derecho algo que realmente no lo es. El Derecho presupone siempre un componente ético de adecuación al plan divino, una *ratio*. Si éste falta, falta la Justicia y, por ende, falta el Derecho mismo. Aquí la antigüedad es indiferente. La injusticia no puede sanarse con el tiempo, bajo ningún concepto, porque sería tanto como corromper los atributos de Dios: imputarle al mismo Dios la maldad, cosa que es inconcebible conforme al principio de no contradicción. Ese mal Derecho, que es *abusus* y no simple *usus*, no se puede imputar a la divinidad, sino a su criatura por excelencia, el hombre. Él es el solo responsable de haber oscurecido con sus con-

⁹¹ Cfr. Mazzacane, A., "El jurista y la memoria", cit., pp. 90-91: "En la experiencia jurídica medieval (mas tal vez habría que analizar si ello ocurre también en la edad moderna, y de qué modo) los preceptos no tienen vigor solamente por descansar en una formulación textual, cualquier que sea la autoridad de la que dimanen. Su vigencia depende más del testimonio de quien los afirma con el prestigio adecuado. El requisito formal de las leyes es determinante, pero decisiva es la confirmación de su uso. Todavía a mediados del siglo XIII Graciano escribe: "leges instituuntur cum promulgantur, firmantur cum moribus utentium approbantur". Son reglas de derecho las máximas y los ceremoniales que le dan vida y se divulgan mediante cualquier forma posible de representación, y que están asentados en los inatacables depósitos del tiempo. Por eso en el medioevo germánico la memoria no es sólo prueba, sino también fuente de la norma. Esta última se asienta gracias a la autoridad del tiempo, del que sólo la memoria (de visu o de auditu, o en cualquier otra versión) puede dar certeza. El tiempo legitima el ordenamiento y la constitución; la memoria asegura la coexistencia, para el cristiano, de los valores del derecho, ontológicamente fundados en la verdad de la fe. La eficacia de la memoria se expande así a lo largo de toda la escala de las relaciones humanas. Son justamente célebres las páginas de Marc Bloch en las que se describe cómo en la Francia carolingia una situación subjetiva asume fuerza y relevancia jurídica no tanto por venir demostrada por un documento (esto sólo de modo subordinado), cuando por venir testificada por su existencia en el tiempo, certificada, precisamente, por una memoria. Memoria y tiempo son las piedras angulares en la fundación del derecho. Y son también un instrumento para la práctica administrativa y judicial: la eficacia probatoria de un acto, por ejemplo, depende preferentemente de su antigüedad, antes que de su autenticidad".

ductas el brillo refulgente de la Justicia divina expresada por medio del Derecho. Por ese razonamiento, en principio, cualquier innovación normativa (Derecho nuevo) es reputada de inmediato como mal Derecho, a salvo, claro está, que esa novedad se presente como una revivificación del antiguo Derecho, ahora redescubierto o reformulado. Pero lo nuevo, por su esencia, el pecado de la innovación, es, desde la perspectiva medieval, la encarnación de la maldad.

Tarea del hombre, en concreto del gobernante, instrumento puesto por Dios para realizar su Justicia en la tierra, es precisamente erradicar esos abusos y hacer que el Derecho generado por Dios vuelva a tener el lugar preponderante que tiene asignado desde la creación del mundo. Es una función de limpieza, de depuración, de eliminación de los malos usos practicados bajo la apariencia de Derecho⁹². Realmente no existe una distinción entre Derecho nuevo y Derecho antiguo, ni se puede hablar de una promulgación o derogación del Derecho. No hay base ontológica para que se pueda admitir tal diferenciación. El Derecho es un todo completo, es una atmósfera que envuelve al hombre y que existe desde el instante mismo que el hombre ha sido puesto en la tierra. Lo que da la apariencia de antigüedad es el proceso de paulatino descubrimiento de ese Derecho. Lo que es reciente y lo que es viejo es el descubrimiento que el hombre efectúa de ese Derecho que está ya creado, no su creación misma, ni su esencia originaria. La creación jurídica, la promulgación, diríamos en expresión moderna, del Derecho se retrotrae al momento mismo de la creación del universo y de su propia ordenación. No hay función creadora, pues ésta solamente corresponde a Dios. En consecuencia, el hombre no puede en puridad crear Derecho, elaborar un Derecho nuevo, modificar a su sola voluntad el orden jurídico existente. Tampoco promulgarlo, ni abrogarlo. Su papel es otro distinto. El hombre poco a poco va tratando de conocer y de comprender el proyecto divino⁹³. Halla el Derecho ya creado y lo formula con arreglo a su propio lenguaje. El Derecho, por tanto, existe desde siempre y lo que aparece externamente como una creación de nuevo Derecho es, en realidad, un proceso de recuperación del antiguo Derecho, un proceso de depuración, de limpieza en el viejo tronco jurídico de todas aquellas impurezas que el paso del tiempo y la labor corruptora de los hombres habrían conseguido introducir en ese inmaculado altar incorrupto⁹⁴. Por ese motivo, el

⁹² La labor del rey se realiza contraponiendo las costumbres buenas, legítimas, aprobadas, razonables, a aquellas que merecen el calificativo de malvadas, inicuas, perversas. Las primeras prevalecen; las segundas son erradicadas del orden jurídico. Vid. Olivier-Martin, F., "Le roi de France et les mauvaises coutumes au Moyen Âge", en *ZSS (GA)*, 58 (1938), pp. 108-137.

⁹³ Motivo que provoca la identificación de todo el Derecho consigo mismo, es decir, todo el Derecho es, al mismo tiempo, positivo, divino, natural o moral. Cfr. Kern, F., "Recht und Verfassung im Mittelalter", cit., p. 8.

⁹⁴ Ofrece varios ejemplos G. Dilcher, al examinar las leyes de los pueblos germánicos, donde la motivación que fuerza a la escritura y la renovación del orden jurídico siempre se remite a la idea de mejora del presente en aras del pasado, en búsqueda del pasado perfecto donde no existían las corrupciones

Derecho antiguo es el que arrumba al Derecho nuevo⁹⁵, el que se impone finalmente, el que acaba recuperando su poder regulador, una vez eliminadas las corrupciones que los hombres habían colocado en el sacro edificio jurídico. Porque ese Derecho nuevo realmente no es tal y no lo ha sido nunca. La función del hombre es descubrir y formular ese viejo y buen Derecho. Esto se hace a través de un trámite esencial y una potestad decisiva: la función jurisdiccional, la labor de dicción del Derecho, es decir, de la determinación exacta de cómo es y cómo se debe aplicar a ese caso concreto un Derecho que ya existe y que el hombre ha encontrado finalmente. Ésa es la suprema misión de los buenos gobernantes, aquellos puestos por Dios para regir rectamente a los diferentes pueblos: la función de juzgar, de descubrir y proteger el caudal jurídico por medio de su aplicación, operando de ese modo como defensores y garantes del mismo, como tutores del efectivo respeto al Derecho universal divino ya elaborado. Como el Derecho simplemente es y está, y no puede ser adjetivado, como antiguo o como nuevo (en realidad, todo el Derecho es antiguo, porque el nuevo se considera realmente como una recuperación del viejo Derecho), tampoco tiene interés compilarlo, recogerlo, ponerlo por escrito. Ese Derecho no va a cambiar, porque es, como su creador, eterno e inmutable. En suma, dado que el Derecho está ya creado y está además cerrado, ya existe como tal, la única tarea que corresponde al hombre es su localización, descubrimiento y exteriorización, así como la remoción, en su caso, de aquellas corruptelas humanas que ha teñido de injusticia lo que solamente puede ser calificado de lo contrario, de expresión suma de la Justicia.

Formalmente, en expresión de Kern, el Derecho antiguo y bueno es un Derecho no legal (no impuesto de un modo general) y no escrito: “*Das gute alte Recht ist ungesetzt und ungeschrieben*”⁹⁶. Con lo primero, se quiere afirmar que no existe realmente legislación en sentido propio y estricto a lo largo de la primera Edad Media, si por legislación entendemos la capacidad de crear un Derecho eminentemente humano y novedoso, de alcance general. Como afirmamos antes, no hay propiamente una actividad creadora del Derecho, sino básicamente declarativa del mismo, operada por jueces de distinto signo y variados nombres. El hombre medieval ve la ley como algo remoto, como algo que solamente puede ser predicado de Dios, único legislador existente. Lo que el hombre hace es indagar en esa voluntad o razón divinas, ver sus huellas en la creación, e inferir a partir de todo ello trazos que permitan la construcción de un Derecho propiamente humano en dependencia

precisamente erradicadas: así se explican las voces usadas, como corregir, enmendar, mejorar, restituir, reformar o revocar, que implican cambios moderados, no radicales, ni revolucionarios, esto es, presuponiendo la vigencia y la continuidad de buena parte del caudal jurídico del que se trate. Vid. Dilcher, G., “Gesetzgebung als Rechtserneuerung. Eine Studie zum Selbstverständnis der mittelalterlichen Leges”, en *Rechtsgeschichte als Kulturgeschichte. Festschrift für Adalbert Erler*, Aalen, 1976, pp. 13-35.

⁹⁵ Cfr. Kern, F., “Recht und Verfassung im Mittelalter”, cit., pp. 17-23.

⁹⁶ Cfr. Kern, F., “Recht und Verfassung im Mittelalter”, cit., pp. 12-17.

del divino, del que no puede emanciparse. No hay legislación porque tampoco había garantías para que los mandatos de los reyes y señores pudieran ser cumplidos. Ni organización administrativa, ni centralización, ni dominio total sobre territorios (es época de proliferación de inmunidades), ni control absoluto del reino, pueden ser predicados de las monarquías existentes. El poder del rey es un poder más intensivo que extensivo, más teórico que práctico, más elaborado en una suerte de laboratorio político que la Iglesia controla, que fruto real de la experiencia directa. Al tratarse de un Derecho no legal, no impuesto, sino emanado de la misma naturaleza, la cual a su vez depende de Dios⁹⁷, su textura es abierta, es decir, es un Derecho que se presenta ante los ojos humanos (aunque en realidad no sea así) como inacabado, no finalizado, escrito en la propia naturaleza de las cosas y sometido a un perenne proceso de interpretación. Incensante en su afloración, una suerte de aparente espontaneidad parece recubrir su aparición. No es fruto de una voluntad consciente y deliberada, ni de un rey legislador, ni de cualquier otro juez, ni de algún remoto jurista. Aparece como el resultado de un plan divino ya instituido que aguarda determinadas circunstancias para salir a la luz y que se adapta de una manera permeable a la misma realidad que trata de regular⁹⁸. Es un Derecho más libre, no sujeto a formalidades, perfectamente natural en cuanto que semeja que de la misma naturaleza emana, un Derecho cuya base última radicará en la amplia libertad interpretativa de que gozan aquellos que quieren ser las palabras del mismo Derecho⁹⁹. No es fijo, sino cambiante, porque no se ha solidificado, ni condensado. Al no haber base física para el mismo, la interpretación juega el rol de determinación exacta de su contenido en cada momento concreto. Pero no hay innovación, ni imposición: el Derecho surge, emana, fluye. Tampoco es un Derecho promulgado por el poder, ni tampoco derogado por el mismo. Lo primero no le corresponde, dado que la creación es atributo exclusivo de Dios; lo segundo tampoco puede hacerlo porque sería tanto como enfrentarse al Derecho divino. Las innovaciones, los privilegios, los cambios, las acciones dirigidas a completar el Derecho (que realmente son novedades), se presentan a los ojos del Medievo como revivificaciones del pasado, como remociones de los obstáculos intermedios con una orientación clara, como comple-

⁹⁷ La factualidad que propugna Grossi, P., *L'ordine giuridico medievale*, ed. cit., pp. 56 ss., conducente al naturalismo jurídico, al primitivismo y a un reicentrismo, opuestos a todo lo que el Derecho moderno nos enseña.

⁹⁸ De ahí que la costumbre jurídica pueda ser definida en negativo, es decir, es aquella norma que no nace de la voluntad de un legislador, ni de la decisión de un juez o de un árbitro, ni tampoco de la reflexión de un jurista, conforme a Iglesia Ferreirós, A., "Consuetudine", cit., p. 206.

⁹⁹ Al no haber una base física concreta donde el Derecho se halle verdaderamente, la libertad interpretativa es amplísima y de ahí el enorme poder que implica la jurisdicción y las personas que ejercen la misma, que lleva a un sistema de declaración-creación absolutamente libre, sin frenos o cortapisas. Vid Ebel, W., *Die Willkür. Eine Studie zu den Denkformen des älteren deutschen Rechts (= Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Heft. 6)*, Gotinga, 1953, pp. 7 ss.

mentos positivos que auxilian la labor divina: recuperar el primigenio Derecho creado por Dios, restablecer la verdadera Justicia. Nuevamente, el origen del poder real lleva al monarca a jugar un papel protagonista de primer orden en esta limpieza del orden jurídico¹⁰⁰. El Derecho no es Derecho escrito y no se concibe que la escritura forme parte indisociable del aparato jurídico o de la esencia de una norma concreta. No hay, dice Kern, durante siglos enteros ningún atisbo de legislación generada por el poder público, con su eterna secuela de la promulgación y la derogación¹⁰¹, no existen libros jurídicos ordenados y completos¹⁰², no hay jueces, juristas y legisladores letrados, que puedan desempeñar esa función. Falta un aparato que se dedique a la creación del Derecho en su sentido regulador y en su sentido científico. Falta el sistema, el orden mismo, el cultivo erudito de la disciplina más allá de la praxis. Todo ello, todo el instrumental necesario para superar este vacío conceptual, lo va a proporcionar el renacimiento cultural que se está viviendo en ese tiempo de cambio. Allí nacerá un sistema, un orden, una jurisprudencia.

En las centurias de referencia, en los siglos XII y XIII, la oralidad comenzará a ser desplazada y la escritura aparecerá como un elemento definidor del nuevo orden jurídico¹⁰³, aunque hay excepciones puntuales¹⁰⁴. La ley, ha dicho Jack Goody, se vincula siempre a un código escrito que se contraponen a una más flexible costumbre, típica de las sociedades orales, la cual puede reaccionar de un modo más permeable a las exigencias del grupo, sin necesidad de cambios o de modificaciones sustanciales en su esencia, sin tener que ser expresamente derogada con toda la complejidad que ese sistema trae consigo¹⁰⁵. La mayor parte de los juristas serán partidarios a ultranza de la escritura como uno de los elementos sustanciales del orden jurídico. Lo que se reivindica es, sobre todo, la seguridad que aporta la escritura a

¹⁰⁰ Donde juega la Iglesia un papel decisivo, a través de la búsqueda de la Verdad y de la Justicia, es decir, de Dios mismo, por encima de la sola costumbre. Vid. Gouron, A., "Non dixit: Ego sum consuetudo", en *ZSS (KA)*, 105 (1988), pp. 133-140.

¹⁰¹ Cfr. Kern, F., "Recht und Verfassung im Mittelalter", cit., p. 49.

¹⁰² Cfr. Kern, F., "Recht und Verfassung im Mittelalter", cit., pp. 27-28.

¹⁰³ Sobre el papel del Derecho escrito, pueden consultarse varias colaboraciones de interés en VV. AA., *Recht und Schrift im Mittelalter*. Herausgegeben von Peter Classen (= *Vorträge und Forschungen, Band XXIII*), Sigmaringen, 1977; VV. AA., *Pragmatische Schriftlichkeit im Mittelalter. Erscheinungsformen und Entwicklungstufen*. Hagen Keller, Klaus Grussmüller y Nikolaus Staubach (hsgb.), Munich, 1992; y VV. AA., *Leges, Gentes, Regna. Zur Rolle von germanischen Rechtsgewohnheiten und lateinischer Schrifttradition bei der Ausbildung der frühmittelalterlichen Rechtskultur*. Gerhard Dilcher y Eva-Marie Distler (hsgb.), Berlín, 2006.

¹⁰⁴ Es el caso de la Rota romana estudiado por Dolezalek, G., "Scriptura non est de substantia legis. À propos d'une décision de la Rote romaine, de l'an 1378 environ", en *Diritto Comune e Diritti Locali nella Storia dell'Europa*, ed. cit., pp. 49-70. Sin embargo, el dominio absoluto de las concepciones de Baldo y de Decio hacen de esta posición minoritaria: en su presentación, la ley debe ser escrita y, con ella, todo el Derecho.

¹⁰⁵ Cfr. Goody, J., *The Interface between the Written and the Oral*, ed. cit., p. 55.

los efectos probatorios de toda suerte de normas, no solamente las leyes. La escritura sigue siendo considerada un accidente, necesario, que no implica diferencias en la sustancia de la norma jurídica, puesto que la base de ésta va a ser siempre un fondo o contenido ético. Criterio formal, pero criterio necesario por práctico, útil y cómodo. La doctrina isidoriana se manifiesta con claridad, esa referencia que iluminaba los manuscritos de las *Etimologías* V, III, 2-4, auténtico elemento de referencia para abordar esta cuestión en el Medioevo¹⁰⁶. El fundamento es la razón, no la forma en la que esa razón se manifiesta. Pero la salvaguardia de ese carácter ético tiene maneras y maneras. Hay formas específicas que permiten conservar ese fondo moral que sustenta la norma y esa forma es la escritura, dado que objetivamente es el elemento que permite dicha seguridad. Además reconduce al sujeto que encarna esa moralidad colectiva, que debe luchar por la misma: el rey. La escritura es expresión de seguridad, la seguridad es elemento que no puede ser desprendido del fin ético del Derecho, por lo que, finalmente, el garante de todo ese orden jurídico y, a la par, moral, el rey ha de expresarse mediante la escritura¹⁰⁷. Se detecta ya desde el siglo XII en adelante un movimiento tendente a lo escrito. Si el Derecho no se redacta, su único destino será el olvido, la victoria sobre la memoria, el destierro del mundo humano nuevamente por falta de palabras que tengan su apoyo en documentos que lo registren. Si cae en el olvido, si se evapora, evidentemente estamos asistiendo a su desaparición, a su abolición, a su no cumplimiento. La única forma de conservación del patrimonio jurídico va unida indisolublemente a la escritura, que es recordatorio de la vivacidad del Derecho, de su existencia y de su imperatividad. La escritura es hermana de la verdad. Es sinónimo de buena fe, de razón, porque solamente lo razonable podrá ser apresado por las palabras escritas. Deviene, en cierta forma, sacra. La función que el monarca tiene de tutelar el Derecho de los antepasados, de conservarlo y evitar que el mismo se pierda, hace recaer sobre aquél la función de redactar en su corte los escritos del Derecho o de ratificar con su lectura las redacciones que otros sujetos interesados le presentan. Solamente por medio de este camino, el Derecho podrá devenir firme, estable, cierto, seguro. Y estos adjetivos pertenecen ya por su propia esencia al orden natural de las cosas¹⁰⁸. El Derecho sigue siendo bueno y antiguo por definición. Asistimos ahora a dos novedades que no tienen porque poner en cuestionamiento los epítetos empleados: va a aparecer un Derecho nuevo, no simplemente descubierto, y va a aparecer un Derecho escrito,

¹⁰⁶ *Etymologiarum Libri XX*, ed. cit.

¹⁰⁷ Con ello se acentúan las diferencias entre los siguientes binomios: *mens-verba*; *aequitas-rigor*; *ius non scriptum-ius scriptum*. Vid. Cortese, E., *La norma giuridica. Spunti teorici nel Diritto Comune classico*, Milán, 1962-1964. Tomo II, pp. 355-362.

¹⁰⁸ Vid. Pacheco Caballero, F. L., "Reyes, leyes y derecho en la Alta Edad Media castellano-leonesa", en *El Dret Comú i Catalunya. Actes del V Simposi Internacional*. Edició d'Aquilino Iglesia Ferreirós, Barcelona, 1996, pp. 197-199.

elemento formal que permite condensar precisamente los atributos de bondad y de antigüedad referidos, dado que facilita la creación de un modelo a imitar (en este sentido, solidifica la bondad, la codifica) y facilita también la repetición de la conducta aceptada o reprobada (consolida la antigüedad). El texto no combate ni lo uno, ni lo otro, sino que más bien refuerza tales caracteres y contribuye a la profundización en su esencia. Con estos mimbres, el crecimiento intelectual respeta los precedentes, mas camina de modo decidido hacia nuevos horizontes. El Derecho sigue siendo bueno y antiguo, éticamente fundado y susceptible de repetición. Los elementos que ahora se añaden (la posibilidad de creación y la posibilidad de escritura) son contrafuertes que inciden en las dos líneas maestras de la generación jurídica, en cuanto que permiten actualizar el fondo moral de lo justo por medio de una creación que ya no es simplemente decir el Derecho o buscarlo en la naturaleza de las cosas, y en cuanto que ese nuevo Derecho tendente a la Justicia aparece ahora conformado y confirmado para todo el mundo con arreglo a un documento que gozará también de posibilidad de reproducción infinita con arreglo al original que deberá siempre ser respetado bajo severas sanciones.

Con la escritura, se determina el grado de veracidad (esto es, de certeza y credibilidad) necesario para que el contenido de un determinado discurso logre adquirir pleno sentido y así pueda cumplir las funciones para las cuales ha sido pensado (sobre todo, su realización a medio o a corto plazo). La escritura es la punta de lanza para que el mensaje en ella recogido despliegue toda su efectividad en el presente y en el futuro, apoyándose en ocasiones en los resortes que proporciona el pasado de forma directa o de modo simulado. El Derecho, con la escritura, se alza sobre las voces disonantes de la oralidad, consigue un modelo único de melodía coordinada desde el poder y, en suma, conduce a la unidad mayor que conforma el libro y su articulación plural dentro del orden que la misma escritura proporciona en su peculiar técnica compositiva (libros, títulos, leyes, párrafos). El libro triunfa por su utilidad indiscutible, pero también porque contribuye a un claro reforzamiento del poder, por lo que es en sí mismo y por lo que, a su vez, contiene¹⁰⁹.

El viejo Derecho y el nuevo Derecho se ven separados desde el instante preciso en que los reyes comienzan a recabar para sí el uso de una función legislativa, el poder de hacer leyes, la *potestas condendi leges* de las fuentes romanas. Nace ahí precisamente la diferenciación entre lo nuevo y lo viejo, desde el momento mismo en que el rey puede crear y con ello postergar algunos componentes del universo normativo. El rey abandona la simple labor de declaración o de interpretación de la vida jurídica, de esa vida jurídica natural¹¹⁰. Su labor hermenéutica se modifica y de

¹⁰⁹ Siendo en esto el Derecho una regla —y no una excepción— a la finalidad que persigue toda construcción prosística. Vid. Gómez Redondo, F., *Historia de la prosa medieval castellana. I. La creación del discurso prosístico: el entramado cortesano*, Madrid, 1998, pp. 82 ss.

¹¹⁰ Insistimos en este punto: desde el siglo XII en adelante, el rey crea Derecho, no simplemente lo declara como hacía en las centurias anteriores. Una actividad exclusivamente jurisdiccional aparece

la simple interpretación se pasa al complejo mundo de la creación: antes aplicaba lo dado, lo existente; ahora renueva el orden jurídico. Antes estaba subyugado por el mismo orden, mientras que ahora lo domina, lo crea, lo modifica, lo altera. Hay ya un Derecho nuevo, el creado, y un Derecho antiguo, el descubierto en tanto en cuanto no hubiese sido alterado por la voluntad regia. Antes no era factible proceder a tal separación, porque el Derecho era unidad, existía desde siempre, no era posible diferenciarlo cronológicamente. Cuando hace su aparición el hombre como creador, la situación cambia y esa distinción comienza a tener protagonismo. Eso es así porque supone, en primer lugar, dejar a Dios en una posición secundaria por lo que al Derecho se refiere. Evidentemente Dios no desaparece, ni se evapora, sino que se reconsidera su función. Sin menoscabar su actividad creadora, sin embargo, en el campo jurídico, el hombre comienza a actuar con ansias nuevas de creación, de renovación. El hombre puede hacer algo nuevo y no simplemente ser correa de transmisión del plan divino. Para ello, se elabora un elemento intermedio entre Dios y su Derecho, por una parte, y el hombre y el Derecho humano, por otra. Ese elemento es la Justicia, creación divina y como tal, eterna, norte hacia el cual debe tender el orden jurídico. La Justicia es el punto final de la evolución del Derecho, el destino de todo orden jurídico, la estación final de aquella norma que expresa la voluntad del príncipe con arreglo a la existencia de una causa¹¹¹. Pero no se identifica plenamente con el Derecho, esto es, el Derecho puede ya ser injusto, puede separarse del camino recto que la Justicia imponer. Porque ese Derecho ahora depende del hombre, mientras que la Justicia se refiere a Dios¹¹². Hay una separación clara entre esas dos órbitas. Para hallar la Justicia, el Derecho es el camino. Si la Justicia se equipara a la ruda equidad, y ambas se refieren o predicen de Dios mismo, es preciso un ulterior proceso de concreción, que no ha de ser necesariamente ahora jurisdiccional, para transformar la ruda equidad en equidad constituida, para que la Justicia pueda ser aprehendida por los lazos del Derecho, para traducir al lenguaje jurídico de los hombres el lenguaje de la Justicia divina. Si aquella se integra por las notas conocidas de la Paz y el Orden, es precisa la consecución de una tranquilidad que solamente se puede obtener desde la óptica de la seguridad y de la certeza. Por ese mismo motivo, la unidad anterior de todo el orden jurídico se fragmenta. Ya no se puede hablar de un único Derecho, sino de varios campos en los cuales

como reflejo de la construcción doctrinal de los juristas del Derecho Común (en un plano teórico, por tanto), y con muy desiguales aplicaciones y extensiones en Europa. Vid., al respecto de este paradigma jurisdiccional, Costa, P., *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicista medievale (1100-1433)*. Ristampa (= *Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 62), Milán, 2002; y Vallejo, J., *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normattiva (1250-1350)*, Madrid, 1992.

¹¹¹ Vid. Cortese, E., *La norma giuridica*, ed. cit. Tomo II, pp. 1. ss.

¹¹² Esa humanización del Derecho, ese nuevo aspecto del Derecho que ahora presenta un rostro humano, llega al punto de identificar al emperador como una "lex animata". Vid Mayali, L., "Lex Animata. Rationalisation du pouvoir politique et science juridique (XII^{ème}-XIV^{ème} siècles)", en *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'État*, ed. cit., pp. 155-164.

éste goza de aplicación: hay un Derecho divino, otro natural, un tercero de gentes; uno común, otro civil o particular, con el consiguiente esfuerzo de los juristas por trazar los rasgos que armonicen, que hagan uniforme esta nueva experiencia jurídica, que conviertan a la totalidad de los órdenes implicados en otro orden de carácter más general y envolvente, superpuesto a todos los anteriores. Se trata, como habló Ennio Cortese, de sistemas jurídicos concéntricos, que basculan en torno a un mismo punto de apoyo, pero con diferencias de trato, de regulación, de resultado¹¹³.

Empieza a aparecer ya la necesidad de la escritura como elemento identificador del Derecho. Pero, ¿cómo se llega a la misma? ¿Quién escribe? ¿De qué se escribe? Esto se relaciona con la idea de la creación normativa apuntada, dado que el acto de la escritura es equiparable a un acto de creación, en el cual el Derecho surge por vez primera ante los ojos de los mortales bajo apariencia material y tangible. Si bien la escritura es en la mayor parte de los casos reproducción que no producción, desde el instante mismo en que lo escrito queda como el único remanente del horizonte jurídico, se puede observar la tiranía que aquella escritura, que aquel Derecho escrito comporta, con su nota de exclusividad: sólo es Derecho aquello escrito y fuera del texto no hay nada relevante. El texto marca una cesura porque concentra en sí mismo todo lo que se entiende creado y todo lo que se entiende jurídico. A sus márgenes, nada hay. El elemento escriturario significa un avance que permite pasar de la autoridad del Derecho, así en abstracto, en general, concebido como una atmósfera, a la potestad de la ley, ya entendida como un fenómeno singular meteorológico, de concreción y definición. De la generalidad pasamos a la especie, o, en acertada expresión de Laurent Mayali, de la *iuris auctoritas* a la *legis potestas*¹¹⁴. El pensamiento jurídico romano y canónico, sobre los que se construye la jurisprudencia medieval, son unánimes al respecto. Frente a la pluralidad de centros creadores e interpretadores del Derecho, se había levantado una operación de unificación, tendente a la uniformidad. El papa en el caso de la Iglesia, el emperador en el Imperio, eran los garantes de que existiese una sola normatividad, una unidad que, no obstante, toleraba en ciertos casos la disparidad en su seno, de modo tácito o de modo expreso. La pluralidad, como enemigo a batir, presentaba varios frentes abiertos. Uno es el que ya hemos indicado: el polo generador de Derecho en una época, la altomedieval, en donde la centralización del poder, en el sentido de totalización del mismo, es realmente una reminiscencia del Imperio romano, que no se da ya en la realidad, sino bajo forma mitológica. El Derecho de generación —más que de creación— voluntaria, libre, espontánea, que no sigue un estricto procedimiento normativo, es desconocido. Son las propias demandas de la comunidad, las propias exigen-

¹¹³ Vid. Cortese, E., *La norma giuridica*, ed. cit. Tomo I, pp. 37 ss.

¹¹⁴ Vid. Mayali, L., “De la *Juris auctoritas* a la *Legis potestas*. Aux origines de l’État de Droit dans la science juridique médiévale”, en Krynen, J. y Rigaudière, A. (eds.), *Droits savants et pratiques françaises du pouvoir (XI-XV^e siècles)*, Burdeos, 1992. Tomo I, pp. 128-149.

cias de cada colectivo o de cada estamento, o la misma naturaleza de las cosas, las que permiten paulatinamente que una relación de poder o de dominación acabe desembocando en el reconocimiento de un privilegio, de una *libertas*, de unos “Derechos”, que desembocan en un Derecho objetivo, inexistente de por sí, en el sentido de principio o comienzo de todo el orden jurídico, sino existente como yuxtaposición o coordinación de plurales situaciones individualizadas a las que se consolida como “Derechos”¹¹⁵. De ahí la fragmentación del orden jurídico, tanto en el plano personal como en el plano territorial. La ausencia de unidad es el mal que hay que erradicar. Pero a la falta de unidad creadora, se le suma otra pluralidad: la de la aplicación del Derecho. Si el hombre es, sobre todo, en relación al Derecho divino, un juez que ha de buscar y adoptar como propio ese Derecho, la solución coherente hubiera sido que existiese una sola instancia organizada de poderes jurisdiccionales. Los mismos problemas se repiten aquí. El rey es incapaz de asegurar un aparato institucional uniforme y único, por lo que surgen por doquier asimismo varios focos de aplicación del orden jurídico, varias jurisdicciones, concurrentes en algunos casos, varios poderes judiciales, varios descubridores de esa realidad natural que está llamada a transformarse en orden imperativo. Si la función del juez, conforme a la etimología del vocablo *iurisdictio*, es decir el Derecho, ser la voz del Derecho, la situación en que nos hallamos responde a la misma idea, llevada a su máxima expresión: habrá muchas voces que conciben la declaración del Derecho en su seno y no una voz dominante. Hallamos un coro de voces que se apuran a establecer en cada caso concreto cuál es el Derecho, con posibles interferencias. Nuevamente hace su aparición la escritura. La palabra hablada tiene el inconveniente de la pluralidad de focos productores de la misma. Todos hablan. No conoce ninguna suerte de restricción o de freno, por lo que puede ser transmitida libremente e incluso ser manipulada, cambiada o alterada, en función de los intereses de aquél que la pronuncia. En una expresión: es más maleable, es más interpretable, más discutible, dado que el mensaje que en ella se contiene ha de ser forjado novedosamente desde sus mismos inicios. Cada expresión de aquél es un renacimiento, una vuelta a la vida. Por el contrario, la palabra escrita opone una seguridad al mensaje que, en suma, reconduce a una unidad en la creación y en la formulación del mensaje expresado. Una sola voz y una sola voz verdadera, auténtica: la escrita. La pluralidad coral deja paso a una unidad no tanto en la generación, sino sobre todo en la expresión, que conduce a una clara delimitación de autoría e interpretación, tendentes a la unidad. Solamente habrá una voz que se expresa y ese mensaje ahora es el único que

¹¹⁵ El proceso de construcción del orden jurídico no es vertical descendente (de lo objetivo a lo subjetivo), sino que recorre el camino inverso: asciende y coordina subjetividades para llegar a la suma objetividad. Vid. Schmelzeisen, G. K., “Objektives und subjektives Recht. Zu ihren Verhältnis im Mittelalter”, en *ZSS (GA)*, 90 (1973), pp. 101-120. Tampoco Roma ofrece un precedente en este caso concreto, al menos, en el pensamiento clásico. Vid. D’Ors, A., “Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de Ius”, en *Studi in memoria di Emilio Albertario*, Milán, 1953. Tomo II, pp. 277-299.

cuenta, el único que se requiere y el único que se impone. Nada hay fuera del texto y toda la realidad acaba siendo cristalizada o atrapada entre las líneas escritas del mismo. Fuera está el vacío, porque solamente en el interior del texto se puede alcanzar el orden íntimo de las cosas, su más preciada esencia, la sustancia expresada con toda la pureza, su verdadero ser.

El problema que se suscita no es solamente interpretativo: se puede dar asimismo un proceso intermedio de creación o alteración del material jurídico que se pretende consuetudinario, cambiarlo, malearlo conforme a las exigencias o intereses de aquel que tiene la capacidad para determinar cuál es el Derecho, en el momento de su puesta por escrito o en el momento en que se procede a la investigación del Derecho que más adelante será redactado¹¹⁶. El cambio hacia una nueva manera de comprensión y de formulación del Derecho no sólo procede de un deseo íntimo de reyes y príncipes de ver fortalecido su poder frente a las instancias hasta ahora dominantes, Papado e Imperio, que es evidente y primordial; también procede de un elemento que podemos calificar como técnico-jurídico: la renovación del Derecho, la cual se opera mediante el tránsito hacia la escritura de todo el material jurídico conocido (transcripción del antiguo Derecho propio) o bien a través del empleo del nuevo material descubierto en Bolonia y puesto en circulación por los mismos juristas (transcripción como propio del Derecho romano), soluciones ambas que pueden ser compatibles, es decir, presentar como Derecho propio lo que no es sino una mera copia del Derecho romano, hecha precisamente por quien tenía conocimiento del segundo. Es preciso contemplar esto desde la óptica de la praxis. El antiguo Derecho, pensado para una sociedad eminentemente rústica, dispersa, rudimentaria en cuanto al propio diseño y a la propia idea que de sí misma presentaba, no tiene cabida en el nuevo entramado social que se gesta en las centurias apuntadas, en esos siglos XII y XIII de incipiente burguesía y atisbos capitalistas: la comunidad es preferentemente urbana, con nuevas necesidades y nuevas exigencias, nuevas economías y nuevas producciones. A todo ello no puede dar respuesta un Derecho antiguo que nace en un momento de condicionamientos radicalmente opuestos a los que ahora dominan el panorama colectivo¹¹⁷.

¹¹⁶ De ahí, el peso decisivo que presenta la encuesta, la indagación, para convertir la costumbre en Derecho escrito, así como la posibilidad abierta para una posible manipulación de la primera en ese proceso que finalmente queda condensado en el libro jurídico como precipitado final del experimento normativo. Vid. Bühler, Th., *Gewohnheitsrecht-Enquête-Kodifikation. Rechtsquellenlehre. Band. 1*, Zurich, 1977, pp. 14 ss.

¹¹⁷ Además de una renovación por razones técnicas, no debe desdeñarse que ésta procedería asimismo por razones de prestigio, como ha señalado Van Caenegem, R. C., "Law in the Medieval World", cit, p. 32, es decir, se acude a esas fuentes por el intrínseco y excelente valor del Derecho romano en sí mismo considerado, donde se puede encontrar una guía del pensamiento jurídico, no solamente leyes, sino doctrina que las acompaña, y una exposición elegante de todo ese material. En comparación con el antiguo Derecho, rudimentario y primitivo, ciertamente escaso e incompleto para las nuevas necesi-

La escritura no debe ser considerada un estadio cultural superior a la oralidad, sino un estadio diferente, distinto, que responde a una idea diversa y tiene en su base igualmente fundamentaciones diferentes. Cuando el Derecho se pone por escrito, a primera vista lo que opera es una solidificación de su textura vital: ese magma incontrolable, incesante, casi perpetuo, detiene su caminar. Se paraliza, pues, el proceso de desarrollo, tal y como estaba siendo contemplado desde el observatorio medieval, Derecho ya creado, que había que reconocer y declarar. Mediante el reconocimiento y la declaración (auténticas novaciones jurídicas, aunque no se tuviese conciencia de ello), el Derecho avanzaba hacia el futuro precisamente por y mediante la recuperación del pasado. La oralidad es el cómplice perfecto a esta actuación porque implica la inexistencia de ataduras, de nudos gordianos que frenen el normal camino de lo jurídico. Como nada hay escrito, nada hay a que aferrarse, nada hay que obstaculice el descubrimiento de nuevas normas. Solamente el expediente se tramita, si las conductas respecto de las cuales se reclama la condición de Derecho cumplen los requisitos exigidos de bondad y antigüedad. Cuando el Derecho se escribe, la situación muda porque hay algo cierto, hay un elemento de referencia que se tiene que respetar, que no puede ser soslayada, ni obviado (independientemente de su posible alteración o abrogación). La escritura implica un *certum* y a ese *certum* se debe referir la actuación del operador jurídico. Al mismo tiempo, esa oralidad incesante significaba asimismo el reconocimiento implícito de multitud de cabezas y de voces que estaban en condiciones de decir cuál era el Derecho (unas más preferentes que otras, esto es evidente, por el peso de la autoridad y de la misma idea de jerarquía inherente al pensamiento medieval). La escritura supone la reducción del espíritu popular del Derecho, de esa pluralidad de formulaciones, puesto que deja de ser algo cotidiano, común, algo natural, para pasar a convertirse en un saber especializado, que requiere no solamente la comprensión de lo que está escrito, sino la primera y difícil prueba consistente pura, llanamente, en leer aquello que se ha redactado: la escritura implica, pues, una triple sucesión concatenada de interpretaciones, traducciones y explicaciones, de ver su sentido literal, su sentido espiritual y de comprender, al fin, ambos sentidos. Por ese motivo, deja de ser saber vulgar y deviene saber especializado, saber de unos pocos, aquellos letrados, aquellos juristas que estaban formados en las categorías del Derecho romano y que podía con éxito encontrar en los textos el precepto, la frase o la simple palabra que resolviese la controversia¹¹⁸. La diferencia entre Derecho oral y Derecho escrito cobra un sentido que se avecinaban. El grado de perfección de la compilación justiniana daba respuesta a la práctica totalidad de las materias jurídicas, sostenido todo ello además por el prestigio de un emperador cristiano, no pagano.

¹¹⁸ Lo ha puesto de relieve Goody, J., *The Logic of Writing and the Organization of Society*, ed. cit., pp. 142-144; y *La logique de l'écriture*, ed. cit., pp. 146-147: con la escritura, la profesión jurídica deviene la ocupación de especialistas letrados; el hombre de la calle, el aficionado, pierde la capacidad de control sobre el lenguaje jurídico. Las normas ya no residirán en el lenguaje de cada cual (de los más ancianos usualmente), sino que pueden ser rápidamente halladas en las líneas de los documentos, listas para ser exhumadas por los especialistas de la escritura. Es su dominio acotado.

tido asimismo material, no solamente formal: el Derecho escrito cambia nuestra idea de las fuentes del Derecho, de las formas del Derecho, del razonamiento jurídico mismo y también de la propia organización del Derecho, del aparato que procede a su aplicación. El Derecho puede caminar hacia una abierta posibilidad de abstracción, de universalidad, de formalidad, de seguridad. La forma escrita significa que las normas jurídicas se depositen tranquilamente, sin conflictos, en un texto auténtico. De aquí se infiere que exista una nueva conciencia de la distinción entre Derecho nuevo y Derecho viejo. Precisamente, esa diferencia comienza a existir desde el instante mismo en que se reconocer la capacidad de abrogar o alterar el antiguo Derecho. Los cambios del Derecho (necesarios a partir de las nuevas y complejas circunstancias sociales) serán cambios en el texto y serán efectivamente eso: cambios, modificaciones, renovaciones, alteraciones del orden jurídico, pero, sobre todo, auténticos, desde el momento mismo en que se incorporan al texto autenticado, protegido por el poder. Ya no se trata de la antigua reposición del viejo Derecho sepultado por los malos usos y fueros con los que los hombres emborronaron el buen Derecho por Dios creado. El nuevo Derecho, derivado de la autoridad competente para su creación, es aquel que se opone, completa o suple al Derecho ya escrito, al Derecho solidificado, al compilado, y que precisa, demanda, de un nuevo acto de legislación para su materialización. La consistencia del Derecho escrito a través de las diversas formas en que se exterioriza, puede ser alterada o abrogada, aunque se afirme solemnemente su validez eterna. La palabra escrita cobra así una dimensión de fuerza incuestionable: solamente lo escrito es el Derecho y fuera de lo escrito no existe nada que así pueda ser considerado. Si lo es, lo es en la medida en que la escritura lo recoge y porque la escritura así lo ha sancionado en forma explícita. La escritura adquiere una capacidad decisiva, vital: es el nervio central del Derecho porque es expresión del poder que se halla detrás del mismo. Con la escritura, se comienza la edificación de un nuevo discurso. Dado que la escritura, como ya se ha destacado, no es operación neutral, sino, al contrario, mecanismo que permite cambiar el formato externo de nuestros esfuerzos creativos, la forma de nuestro conocimiento, nuestra comprensión del mundo y nuestras actividades dentro del mismo¹¹⁹.

El Derecho escrito es la escenificación de una ceremonia que tiene como objeto esencial justificar la realidad circundante y reforzar el poder existente. Describe esa realidad y contribuye a fundamentar ese poder. Ambos efectos se cumplen. El Derecho, en primer lugar, desempeña la función de explicación del momento exacto que vive la realidad: nos dice cómo era esa realidad y cómo esa realidad presenta una serie de fallos o defectos. Lo veremos en los prólogos de las obras alfonsinas con mayor claridad. Pero además de explicar y justificar la situación fáctica que se

¹¹⁹ Con esas palabras lo destaca Goody, J., *The Interface between the Written and the Oral*, ed. cit., p. 298.

vive, el Derecho escrito, a modo de solidificación de esa realidad, hace que la misma devenga inmutable, fija, estática. Ésta puede cambiar, pero el Derecho solamente lo hará en la medida en que así lo decida el sujeto que tiene la atribución de la potestad de hacer ese cambio. La escritura pasa a jugar así un papel de seguridad intelectual, de sabiduría respecto de lo que se tiene, de comprensión de la totalidad del saber del que se dispone. Ello hace que, como en el discurso histórico foucaultiano¹²⁰, tres ejes aparezcan ante nosotros: el genealógico, el memorístico y el ejemplarizante. Ejes que asimismo puede ser reclamados y predicados del orden jurídico ahora ya documentado, finalmente escrito, de ese orden jurídico nuevo. Con un Derecho ya escrito, la genealogía cobra una nueva dimensión porque podemos afirmar que realmente nace esa visión retrospectiva hacia el pasado. Hay Derecho nuevo y Derecho antiguo, distinción que anteriormente no se estilaba pues el Derecho era temporalmente siempre uno. La genealogía del Derecho remitía siempre a Dios, y, con algunos intervalos, a los hombres. El nuevo Derecho nos permite un juego más complejo y más completo, dado que es genealogía humana lo que ahora se va a practicar, es búsqueda del Derecho de los hombres, creado por los hombres y aplicado por los hombres. La escritura permite trazar una genealogía exclusivamente humana y secularizar el campo jurídico inmediato. Y esa humanidad acaba remitiendo al rey, único ser dotado ahora de poder para con el Derecho, de crear el nuevo o de modificar en toda su extensión el antiguo. La dicotomía antiguo-nuevo Derecho existe. Su misma existencia plantea el nuevo problema: el Derecho antiguo siempre era buen Derecho. Pero, ¿y el nuevo? La respuesta es afirmativa: también el nuevo, gracias a la labor de actuación de un rey sabio, prudente y justiciero, puede convertirse en Derecho bueno, alcanzar un óptimo de juridicidad. La genealogía humana reconduce, pues, a una simple Historia del poder que no se ve interferida por Dios, sino que se explica por y para los hombres. La cesura, sin embargo, no quiere verse porque los monarcas legisladores actúan sobre moldes antiguos, es decir, no se presentarán casi nunca como los fundadores de un orden

¹²⁰ Cfr. Foucault, M., *Genealogía del Racismo*, ed. cit., pp. 74-76. En ese mismo sentido, vid. Foucault, M., *La arqueología del saber*, ed. cit., pp. 125-127: “En efecto, la costumbre de considerar que los discursos y su ordenación sistemática no son otra cosa que la fase última, el resultado en última instancia de una elaboración largo tiempo sinuosa en la que están en juego la lengua y el pensamiento, la experiencia empírica y las categorías, lo vivido y las necesidades ideales, la contingencia de los acontecimientos y el juego de las compulsiones formales (...) No se intenta, pues, pasar del texto al pensamiento, de la palabrería al silencio, del exterior al interior, de la dispersión espacial al puro recogimiento del instante, de la multiplicidad superficial a la unidad profunda. Se permanece en la dimensión del discurso”. Todo ello porque ese discurso no es ahistórico o atemporal, simplemente ideal, que tiene además una Historia, en ob. cit., p. 198: “El problema no consiste, pues, en preguntarse cómo y por qué ha podido emerger y tomar cuerpo en este punto del tiempo; es, de parte a parte, histórico: fragmento de historia, unidad y discontinuidad en la historia misma, planteando el problema de sus propios límites, de sus cortes, de sus transformaciones, más que de su surgir repentino en medio de las complicidades del tiempo”.

jurídico, como los renovadores del ordenamiento. Sus declaraciones suelen ser más modestas y están en la línea de mantenimiento de la integridad del Derecho con sucesivas matizaciones o correcciones. Probablemente porque un discurso de auténtica renovación no habría sido admitido a su debido tiempo. En todo caso, esta referencia que se hace a la continuidad es recurso que se usa con finalidad de exaltación, de mostrar cómo ese monarca entronca con toda una saga o tradición de seres heroicos y justos, que legitiman así el presente. Además del discurso genealógico, el Derecho pasa a cumplir una función memorística: lo que ha hecho el monarca tiene que ser recordado. Todo lo que ha hecho, sin excepción alguna. Cualquier comentario, aunque aparezca como insignificante, es de inmediato convertido en recordatorio para el súbdito, que debe observar cada una de las conductas de su rey como una conducta obligatoria. Para recordar, nada mejor que memorizar. Para memorizar, nada mejor que la escritura. Es obligatoria esa conducta del monarca, pero ¿por qué? Porque en ella hay un ejemplo. Hay un modelo. Hay una tendencia o estilo de vida que se debe seguir¹²¹. Con esto, el nuevo Derecho escrito, genealógico, memorístico, ejemplarizante, juega el rol al que está llamado: deslumbrar y fortalecer. Deslumbra al colectivo al que va dirigido al presentarse como la forma más elevada de la sabiduría (la escritura) y además plasmada con unos conceptos a los que no se tiene acceso sin una formación profesional previa (el lenguaje jurídico). Fortalece así la posición del monarca porque es un lenguaje especial, es un lenguaje que vincula, que hay que seguir, bajo consecuencias no siempre agradables. Su intensidad obligatoria alcanza las cotas más altas, porque debe seguirse imperativamente¹²². El Derecho empieza así a cambiar, a ser modificado, y los hombres toman conciencia de esos cambios. El Derecho ya no es igual siempre a sí mismo, a su primera fundación o constitución, sino que va evolucionado y, con ello, va mejorando. La renovación implica, desde la perspectiva de quien la efectúa, siempre una innovación mejoratoria, un cambio hacia lo que se estima mejor¹²³.

¹²¹ Como dice Foucault, M., *Genealogía del Racismo*, ed. cit., pp. 75-76: “La tercera y última función de la historia como intensificación del poder es la de poner en circulación ejemplos. El ejemplo —que es la ley, viviente o resucitada— permite juzgar el presente y someterlo a una ley más fuerte. El ejemplo es de algún modo la gloria de la ley en vigor, es la ley que funciona en el esplendor de un nombre. Precisamente gracias al acoplamiento de la ley y del esplendor de un nombre, el ejemplo tiene la fuerza de, y funciona como, una especie de elemento a través del cual el poder saldrá reforzado”.

¹²² Cfr. Foucault, M., *Genealogía del Racismo*, ed. cit., pp. 76-77: “Es preciso advertir, empero, que representar el poder no significa solamente dar una imagen del poder. Significa además poner a punto los procedimientos para reforzarlo. La historia es por cierto el discurso del poder y de los deberes a través de los cuales el poder somete, pero es también el discurso del esplendor, a través del cual el poder fascina, aterroriza, inmoviliza. En síntesis, si el poder, obligando e inmovilizando, es fundador y garante del orden, la historia no es otra cosa que el discurso a través del cual las dos funciones que aseguran el orden serán intensificadas y hechas más eficaces”.

¹²³ Vid. Willoweit, D., “Gesetzgebung und Recht in Übergang vom Spätmittelalter zum frühneuzeitlichen Obrigkeitsstaat”, en *Zum römischen und neuzeitlichen Gesetzesbegriff. 1. Symposium der*

Para apoyar esa tendencia hacia la escritura y para justificarla nada mejor que acudir al pasado para buscar legitimaciones. Allí hallamos, a modo de ejemplo, uno de los textos más difundidos en la Alta Edad Media, la obra de Isidoro de Sevilla, para quien la ley ha de ser escrita, mientras que la costumbre, aun con la fuerza de la ley, es fuente no escrita¹²⁴. Primer argumento tradicional a favor de la escritura. Otro caso más cercano al momento que nos ocupa: el *Decretum* de Graciano cuando proclama, sobre la base de textos romanos e isidorianos, que la ley es constitución escrita y que se llama constitución o *ius* a lo que está redactado por escrito¹²⁵. La escritura es necesaria (aunque no esencial) como elemento de consolidación del Derecho, si bien la esencia de éste radica en la racionalidad que puede adoptar forma escrituraria o no. En todo caso, las ventajas de la escritura son mayores que sus inconvenientes. Puede ser visto como un mal, pero un mal necesario. Una vez que se acepta la necesidad de la escritura, el hecho incuestionable de que lo escrito es la mejor manera de luchar contra el olvido y de consolidar una memoria individual o una Historia de corte colectivo, el siguiente paso a dar es el que se refiere al contenido. ¿Qué es lo que se quiere recoger por escrito? ¿Solamente el Derecho antiguo? ¿El Derecho nuevo? ¿Ambos? No se puede dar una respuesta general, porque se hallarán ejemplos de todo signo. Habrá textos que compilen exclusivamente el Derecho tradicional (v. gr. los estatutos italianos o los fueros en el caso hispánico); otros que combinen el Derecho tradicional con el nuevo Derecho del rey y del reino (los Fueros de Aragón); unos terceros que se nutran de elementos del nuevo Derecho Común, combinados con privilegios regioes (Furs de Valencia), que combinen el Derecho tradicional, el Derecho común y el Derecho nuevo (Federico II), o que se decanten abiertamente por el Derecho Común admitido y aceptado como Derecho nuevo, del rey y del reino (*Partidas* de Alfonso X). Como destacó Wormald, en rela-

Komision Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart. Herausgegeben von O. Behrends und Ch. Link, Gotinga, 1987, pp. 123-146.

¹²⁴ Isidoro de Sevilla, *Etymologiarum Libri XX*, ed. cit., libro V, capítulo III, 2: “Lex constitutio scripta est. Mos est vetustate probata consuetudo, sive lex non scripta. Nam lex a legendo vocata, quia scripta est”. Y se añade que la costumbre vale como Derecho en defecto de ley, V, III, 3: “Mos autem longa consuetudo est de moribus tracta tantumdem. Consuetudo autem est jus quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lex. Nec differt, scriptura an ratione consistat, quando et legem ratio commendat”. Idénticas definiciones en *Etymologiarum Libri XX*, ed. cit., libro II, capítulo X, en sede de Retórica y Dialéctica.

¹²⁵ *Decretum Magistri Gratiani*, Pars 1, d. 1, c. 3: “Lex est constitutio scripta”. Por su parte, “mos autem est longa consuetudo, de moribus tracta tantumdem” y “consuetudo autem est ius quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lege. Nece differt, an scriptura, an ratione consistat, quoniam et legem reatio commendat. Porro si ratione lex constat, lex erit omne iam, quod ratione constiterit, dumtaxat quod religioni congruat, quod disciplinae conveniat, quod salutis proficiat. Vocatur autem consuetudo, quia in communi est usu” (en *Decretum*, Pars 1, d. 1. c. 4 y 5, respectivamente). En su *dictum* a *Decretum* 1, 1, 5, Graciano señala que si la costumbre está redactada por escrito recibe la denominación de constitutio o ius; si no lo está, simplemente se nombra como consuetudo. Citamos por *Corpus Iuris Canonici*. Edición de E. L. Richter y E. Friedberg. Akademische Druck-U. Verlagsanstalt, Fraz, 1959. Tomo I.

ción a los textos de los pueblos germánicos, lo que opera es una síntesis entre tradición y novedad: los monarcas germánicos, desprovistos de la protección superior que comportaba el Imperio, actúan como escritores de la ley, emulando a Moisés o a los propios emperadores romanos, al mismo tiempo que consiguen consolidar su nueva posición política en tanto que guardianes de la paz de sus respectivos pueblos¹²⁶. Algo así sucede en la Europa de los siglos centrales del Medievo, con el añadido de que frente al Derecho antiguo no escrito aparece una mole jurídica de textos macizos, compactos. El papel del Derecho Común depende, en última instancia, de las posturas políticas adoptadas en cada uno de los reinos y de la forma específica que, en virtud de lo anterior, tiene lugar el proceso de recepción. El contenido referido a Derecho antiguo y Derecho viejo es variable, porque muchas veces el escritor miente o no dice toda la verdad. Es decir, presenta como Derecho antiguo elementos de Derecho romano (así, por ejemplo, en el Fuero de Cuenca); sanciona el texto renovador como compendio del antiguo Derecho tradicional (el *Espéculo* de Alfonso X); articula su discurso renovador sobre la base de una revivificación del antiguo buen Derecho (*Fuero Real*); o bien el propio redactor introduce sus peculiares puntos de vista (*Sachsenspiegel*) también bajo el marchamo de Derecho tradicional al que se acoge¹²⁷. Bajo la apariencia de compilación del pasado, expresamente afirmada, pueden hallarse contenidos para todos los gustos y para todas las tendencias políticas e ideológicas, en función de las manos que redactan por escrito el Derecho o de los poderes que hayan impulsado tales redacciones. Cada texto, por tanto, es un mundo, pero ello no impide reconocer capacidad creadora en las diferentes versiones, capacidad generadora de un nuevo Derecho diferente del modelo que se tomó como punto de partida. Se gesta un Derecho nuevo y se insufla nueva vida al antiguo, ahora recuperado por obra y gracia de lo escrito. Diferente creación

¹²⁶ Vid. Wormald, P., "Lex Scripta and Verbum Regis: Legislation and Germanic Kingship, from Euric to Cnut", en *Early Medieval Kingship*. Edited by P. H. Sawyer and I. N. Wood, Leeds, 1979, pp. 105-138.

¹²⁷ Ello motiva que esas pretendidas compilaciones de un Derecho tradicional, como son los fueros, engañen al lector que se encuentra con algo más que ese Derecho tradicional. Lo demostró tiempo ha Otero Varela, A., "El Códice López Ferreiro del Liber Iudiciorum (Notas sobre la aplicación del Liber iudiciorum y el carácter de los fueros municipales)", en *AHDE*, 29 (1959), pp. 557-573 (= *Estudios histórico-jurídicos. Derecho Público*, ed. cit. Tomo I, pp. 299-321), expresamente en p. 572 (= pp. 320-321): "Los municipios decidieron llevar a cabo la redacción de su Derecho para presentarlo como una realidad vivida, basada en antiguos privilegios, que se pudiera oponer al Derecho que les disputaba el campo. Como el Derecho no constituía un sistema completo, hubo de utilizar los esquemas y principios del Derecho que trataba de combatir, al igual que los Derechos territoriales. Resultaba necesario, y era inevitable también, porque fueron juristas formados en el Derecho romano justiniano lo que recibieron los encargos de realizar las redacciones del Derecho local. De esta manera y por estos dos caminos penetró en los fueros municipales el Derecho justiniano. Es la primera recepción o avanzadilla de recepción que precede a la recepción total operada en las Partidas". Desarrolla estos indicios Iglesia Ferreirós, A., "Derecho municipal, derecho señorial, derecho regio", en *Historia, Instituciones, Documentos*, 4 (1977), pp. 115-197.

o diferente generación que no implica que ése sea el texto oficial, sino que su redactor, rey o no, siempre jurista, tuvo manos libres para presentar el Derecho que quería, tal y como lo quería y en la medida que lo quería. En palabras de Armin Wolf, tres círculos normativos diversos actúan, si bien normativamente hablando, sólo el primero y el segundo merecerían tal calificativo, dado que son los únicos que explícitamente se refieren a normas jurídicas con sustantividad propia y no a simples formas receptoras. Hallamos en un primer círculo el Derecho tradicional, consuetudinario o de otra procedencia, Derecho no escrito en suma, que establece el primer elemento de observación (la sustancia primigenia)¹²⁸; un segundo círculo lo formaría el elemento político o productor (la forma que lo produce, pero también la causa)¹²⁹, esto es, el creador del Derecho y el que está facultado para proceder a la ordenación del material jurídico todo; y el tercero, el elemento ordenador, la colección, el formato externo que se emplea para dicha finalidad (el resultado final de la combinación de esa sustancia y de esa forma)¹³⁰. La forma de entrecruzamiento de los tres círculos provoca resultados diversificados, en donde hay claramente un *leit-motiv* formalista, cual es la transición del Derecho no escrito al Derecho escrito. Es ése el móvil, si bien la manera de ejecutarlo admitirá modulaciones. Los emparejamientos que pueden ocurrir son múltiples: la costumbre, escrita o no escrita, que es sancionada por el poder, pasa a tener fuerza normativa legal, de suerte que muta, por tanto, su calificación jurídica al transformar su esencia, el origen de su fuerza. O bien se da el caso de la costumbre redactada, sin la fuerza del poder (sin la fuerza de la ley detrás), por un sujeto particular; hay aquí una recolección y sistematización del Derecho, como en el caso de los Espejos alemanes. En tercer lugar, la compilación, inicialmente privada, que no recibe la sanción oficial, de modo tal que todos y cada uno de sus preceptos comparten una misma fuerza originaria, sin que el monumen-

¹²⁸ Independientemente de la denominación: *Gewohnheit*, *Consuetudo*, *Coutume*, *Consuetudine*, no escrita pero en camino de serlo. Constituye el elemento primario, por tanto, del orden jurídico. Ello no implica que el texto posterior proceda a recoger miméticamente cada una de estas costumbres, sino que son dobles las alteraciones. Con una importante matización: Derecho antiguo o tradicional no es inmediatamente Derecho consuetudinario. Éste es una forma de expresión de la tradición, pero no la única. Lo antiguo no es sólo lo que no está formulado: otros componentes pueden sumarse, como sentencias de las autoridades locales, privilegios de los reyes, franquicias, textos bíblicos o de otros sistemas jurídicos (el canónico o el feudal). En suma, que no toda la tradición es costumbre, pero que ésta sí forma parte indefectible de aquélla.

¹²⁹ *Legge*, *Gesetz*, *Constitutio*, *Statutum*, *Ordonnance*, *Ordenanza*, *Statute*, *Establecimiento*. Respecto de esta formulación normativa imperativa, adopta usualmente un marcado componente formalista con una retórica propia. Wolf diferencia tres modelos, que, de alguna manera, ya hemos apuntado en el texto: leyes que fijan el Derecho existente; leyes que establecen o imponen un nuevo Derecho junto al antiguo; y leyes en que el Derecho antiguo viene expresamente abrogado.

¹³⁰ *Sammlung*, *Buch*, *Rolle*, *Register*, *Libro Codice*, *Rotolo*, *Registro*. Es la *summa* donde se condensa ese Derecho, bien de forma oral (como sucede en Escandinavia), bien, lo usual, de manera escrita con una ordenación mínimamente sistemática.

to jurídico final resultante pueda ser considerado, en sí mismo, una propia ley: se trataría de una suma de leyes en un libro, que no es ley, si bien la fuerza de las primeras no se pierde por esa inserción en un superior cuerpo ordenado. Finalmente, el destino final es la suma de todos los elementos. Es esto lo que se buscará en la mayor parte de los casos y pocas veces podrá ser realizado: lo que Armin Wolf denomina codificación, en un sentido amplio, es el resultado de la interacción de todos los factores anteriores. El Derecho observado en la práctica, su compilación en forma ordenada, y la posterior sanción o producción política registrada por escrito. A diferencia del ejemplo anterior, aquí sí hay una creación normativa puesto que el texto final resultante se presenta con el carácter de una nueva ley y usualmente con una finalidad exclusiva y excluyente respecto al Derecho anterior (sucede, por ejemplo, con las colecciones de decretales de Gregorio IX y de Bonifacio VIII). Aquí la novedad normativa es más clara, sobre todo por lo que tiene de confrontación con el pasado: Derecho es lo que está escrito únicamente; lo que no está escrito, pasa a ser eliminado del mundo jurídico, bien de forma expresa (todo lo no recogido, se abroga), bien de forma implícita (lo que esté en contradicción con lo escrito, se entiende derogado). Lo primero exige simplemente una simple comprobación material; lo segundo implica ya una cierta labor de interpretación que toma como punto de arranque precisamente el documento escrito¹³¹.

Ante tal pluralidad, cabe formular una última pregunta: ¿Qué son realmente estos libros? ¿Son Códigos, no en un sentido moderno, sino, en una postura maximalista, libros procedentes de una sola autoridad, dotados de una cierta sistemática y una considerable unidad formal? ¿Son leyes, constituyen realmente legislación?¹³² ¿Simples libros de Derecho? Sí, pero algunos son más que libros; se configuran como leyes; y su contenido es más completo que el que se refiere a las simples soluciones jurídicas (piénsese en el carácter enciclopédico de *Partidas*) ¿Libros normativos, simples tratados? ¿Oficiales u oficiosos? ¿Públicos o privados?¹³³ Ante la avalancha de definiciones y de denominaciones, acaso la idea de “libro normativo”

¹³¹ Cfr. Wolf, A., *Gestetzgebung in Europa, 1100-1500*, ed. cit., pp. 50-51.

¹³² En el sentido que le da Krause, H., “Gesetzgebung”, en *Handwörterbuch zur deutscher Rechtsgeschichte*, Berlín, 1971. Tomo I, col. 1.606, esto es, creación de normas abstractas, de forma voluntaria y con validez general. O en el de Genicot, L., *La Loi*, en L. Genicot (dir.), *Typologie des Sources du Moyen Âge occidental*. Fasc. 22, Turnhout, 1977, pp. 11 ss., como norma escrita, constitutiva, general y definitiva. Niega esta condición, por ejemplo, Ebel, W., *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland* (= *Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Band. 24*), Gotinga, 1958, pp. 42 ss., para quien no se puede afirmar que se trate de leyes, pero sí que forman parte de la Historia de la Legislación, dado que en algunos casos explican, aclaran, muestran o extienden el Derecho, con remisión a algunas actuaciones creadores, normativamente hablando.

¹³³ Defiende el carácter oficial de esa hornada legislativa, por ejemplo, Classen, P., “Kodifikation im 12. Jahrhundert: Die Constituta Usus et Legis von Pisa”, en *Recht und Schrift im Mittelalter*, ed. cit., pp. 316-317.

parece lo más acertado y lo más próximo al heterogéneo contenido que aquellos libros presentaban. Libro por ser ése el recipiente formal que lo acoge; normativo, porque esa normatividad, el deseo de ser norma, directa o indirectamente, es la finalidad que persigue, convertirse en norma, pauta, canon, modelo (cuestión diferente es si este loable propósito se acaba consiguiendo). Como vínculo de unión entre todos ellos, se puede afirmar que en la mayor parte de los casos nos hallamos ante un texto que ha sido autorizado, expresa o tácitamente, por el poder establecido (cuando no impulsado por el mismo), y que ha fungido como ley, como norma aplicable, en sus inicios o con posterioridad, en el seno de la práctica jurídica, por tratarse de la única manera factible de agrupar privilegios, costumbres, leyes, sentencias, libros de Derecho, manuales, encuestas o códigos propiamente dichos¹³⁴. No puede haber una respuesta uniforme, por la concurrencia de factores variados en su gestación y en su desarrollo posterior. De ahí que toda respuesta general ha de ser matizada y solamente en el análisis concreto de los cuerpos normativos en cuestión podemos hallar los elementos que permitan concebir una visión más amplia que la simplemente particular. Algunos nacen con pretensiones claramente jurídicas, de convertirse en Derecho vigente, de aplicarse de forma total por encima de cualquier otra fuente. Otros parece referir en sus orígenes a una pretendida voluntad enciclopédica, de compilación del saber humano (en este caso, en lo que se refiere al Derecho), para que la totalidad de la población letrada tenga oportunidad de conocerlo. Algunos quieren aunar ambos destinos. Unos tienen éxito en la praxis; otros no pueden llegar a cumplir sus propósitos. Renuedan unos el orden jurídico; otros lo consolidan o juegan con ambas posibilidades. Libros normativos tan plurales como las intenciones de quienes los impulsan, pero que ponen de relieve la vinculación entre el Derecho, el poder y la escritura.

En definitiva, estos que hemos llamado libros normativos son la expresión depurada de la coexistencia dentro del nuevo orden jurídico resultante de tres subórdenes o subsistemas que luchan por la supervivencia, que van aflorando en proporciones diferentes: un Derecho tradicional de raigambre consuetudinaria, vinculado a un pretendido espíritu popular; un nuevo Derecho que se expresa por la vía legal escrita, cuya autoría corresponde al rey, solo o en compañía de sus consejeros; y un tercer eslabón, a modo de cierre de todo el orden, que lo conformaría el Derecho romano-canónico, que opera como elemento de cohesión del sistema (para hallar en su seno la respuesta a los casos no previstos), como elemento de perfección (por el elevado rango técnico que el mismo presenta), como elemento de reforzamiento del mismo. Es el cemento y el lenguaje que sirve de unión a todo lo anterior, donde se halla el conjunto de principios, valores y conceptos que actuarán sobre la totalidad del sistema para presentarlo como un todo permanente, constante y global, de alcan-

¹³⁴ Cfr. Diestelkamp, B., "Einige Beobachtungen zur Geschichte des Gesetzes in vorkonstitutionellen Zeit", cit., pp. 390-391.

ce generalizado, de aplicación única, uniforme y exhaustiva. Para que esta coexistencia se produzca, se requiere de nuevo el juego de la escritura (solamente con ella es posible proceder a la exacta delimitación de los ámbitos que corresponden a cada uno de esos pilares del sistema) y se exige una rigurosa determinación, esto es, que el operador jurídico sepa con certeza en cada momento a qué texto recurrir, dónde hallar ese texto y cómo proceder a su específica aplicación. Porque lo escrito goza de un valor de veracidad del que carecen las versiones orales. La versión escrita de un texto jurídico, aunque sea erróneamente transcrita o presentada, compite con las versiones orales en términos de verdadero y falso. La escritura genera el discurso de la verdad, crea la verdad oficial, como hemos postulado en la línea de Foucault¹³⁵. Se modifican técnicas y procedimientos de una ciencia jurídica todavía rudimentaria, pero en vías de crecimiento y de expansión, de suerte tal que, al existir ahora un material jurídico de primera mano sobre el que trabajar, se precisa de una nueva formulación de los instrumentos de la teoría y de la argumentación para adecuarse a la nueva realidad intelectual del momento. De nuevo, la escritura, la seguridad, la certeza; y con todas ellas, la posibilidad del rigor, de la exactitud, de lo científico en suma¹³⁶.

La escritura impone otro de sus argumentos, otro de sus destinos: la jerarquía, o, mejor dicho, el carácter preferente en su aplicación que actúa sobre ciertas fuentes normativas. No todas presentan el mismo valor. No todas quedan en idéntica posición de aplicabilidad. Aquí aparecen las diferentes posturas en relación al antiguo Derecho o al Derecho local. Lo escrito se presume verdadero y cierto, es lo justo y lo correcto. En líneas generales, plasmado por escrito el Derecho todo existente, los monarcas, ahora titulares de la suprema, única e indiscutible potestad legislativa, son los que se encargan de hacer triunfar, por vía preferencial, el Derecho nuevo frente al antiguo (a salvo, claro está, los mecanismos instituciones que cada reino articule para la defensa de sus tradicionales privilegios). Son ellos los que buscan la generalización del orden jurídico frente al localismo o particularismo del primer Medievo. Las reacciones no se hacen esperar y precisamente como reacción aparecen muchas redacciones particulares de los Derechos locales. La amenaza de la renovación jurídica, encarnada en el Derecho romano y en su inserción dentro de cada reino, así como el mismo Derecho generado por la sola voluntad regia, provoca de inmediato un efecto reflejo, cual es el de presentar el Derecho tradicional, el Derecho presuntamente amenazado con ese desplazamiento aplicativo, como algo vigente, vivo, completo, usado, y también escrito. Esas redacciones producidas como reacción, sin embargo, no pueden ocultar un elemento y es el carácter incom-

¹³⁵ Cfr. Goody, J., *The Interface between the Written and the Oral*, ed. cit., pp. 299-300.

¹³⁶ Vid. Dilcher, G., "Oralität, Verschriftlichung und Wandlungen der Normstruktur in den Stadtrechten des 12. und 13. Jahrhunderts", en *Bürgerrechte und Stadtverfassung in europäischen Mittelalter*, Colonia / Weimar / Viena, 1996, pp. 281-300.

pleto que muchos de estas tradiciones comportaba: costumbres, decisiones judiciales de diversas procedencias y autoridades, libertades, privilegios, franquicias, ordenanzas, etc., fragmentos de un orden que se quería completo, fuentes de origen dispar y de contenido dispar, estratos de una excavación de arqueología jurídica imprecisa y heterogénea, que indefectiblemente eran incapaces de proporcionar la totalidad que todo orden jurídico requiere, la plenitud que conduce a su autointegración, a la no dependencia de ningún otro ordenamiento externo al mismo. Para hacer frente precisamente a esa ausencia de plenitud, los anónimos redactores de estos textos proceden a suplir la creación de nuevas normas o a cubrir las lagunas existentes mediante el recurso al propio Derecho romano o al canónico, únicos cuerpos jurídicos completos que estaban en condiciones de jugar ese papel de cierre normativo de todo el sistema, únicos cuerpos escritos a los que acudir, único Derecho global que podía integrar el Derecho parcial de los ámbitos locales. Por ese motivo, el libro que compila es algo más que simple recolección de normas: es creador de un nuevo Derecho en cierta forma, es el que lo cristaliza, el que lo sedimenta y no sólo el que se encarga de efectuar la acumulación y recolección del modelo jurídico dado. Siente las bases definitivas del Derecho del pasado, lo fija, lo moldea y en cierta manera lo interpreta, pero, asimismo, se vuelve hacia el futuro donde encuentra su verdadera vocación normativa con arreglo a los postulados y mecanismos que en el mismo se diseñan. Consolida el antiguo Derecho, lo abre al presente, lo actualiza al traducirlo al idioma coetáneo y lo proyecta finalmente hacia la posteridad.¹³⁷

¹³⁷ De la compilación, con tres modelos concretos de referencia (Federico II de Sicilia, Jaime I de Aragón y Alfonso X de Castilla y León), ha dicho Álvarez Cora que presenta un carácter ciertamente fundacional del orden jurídico que la acoge como tal, “como fuente de producción jurídica, es una Jaula Abierta. Las piezas del orden jurídico están diseñadas y colocadas en la compilación, pero ella no predetermina novedades, que dependen de vaivenes políticos. Carece así de la petulancia filosófica del código, pero tiene arraigado el carácter de pilar jurídico; define una tradición o una renovación, pero como mapa más que como cabeza jerárquica. La compilación constituye un punto de enclave, un dibujo de fuentes que sin embargo laten con independencia recibida (...) en el cuadro compilador enraiza la ratio; el caso de la producción normativa más allá se retrotrea extrañamente a unos márgenes abiertos que la propia compilación dejó, y aun cuando lo nuevo no encuentre su sombra en aquellos disparos praeter por la compilación previstos, ésta resta como el monumento, la fijación jurídica desde la que arranca el sistema. Se diría que es una escritura sagrada o estómago en el que por principio debe digerirse la anarquía de la producción normativa práctica: es la dimensión de lo teórico en un mundo de raigambre teológico, esa fuerza casi sacramental. Explicar el mundo compilador es y no es, entonces, explicar la totalidad del orden jurídico de la producción normativa bajomedieval”. Cfr. Álvarez Cora, E., *La producción normativa bajomedieval según las compilaciones de Sicilia, Aragón y Castilla*, Milán, 1998, pp. 6-7.