

## LEGISLACION Y CODIFICACIONES \*

ARMIN WOLF

Max Planck-Institut f. europ. Rechtsgeschichte

Quien trate acerca del tema general *Renacimiento de las Ciencias en el S. XII* aplicado a la legislación y las codificaciones, debe plantearse el problema de qué tengan que ver la legislación y las codificaciones con las ciencias, especialmente en el S. XII. En correspondencia con estos cinco conceptos del tema específico y del tema general, se tratará en primer lugar acerca de la legislación y luego sobre las codificaciones. En la tercera parte nos preguntaremos qué tengan que ver ellas con la ciencia; en la cuarta, en qué medida podemos observar en todo ello un *Renaissance*, y en la quinta, qué sentido tenga éste en el S. XII.

### I. LEGISLACIÓN

Conforme con una extendida opinión, en la edad media no hubo en absoluto legislación, y menos, codificaciones.

Así se expresaba Fritz Kern en un famoso estudio de 1919:

“Uno encuentra que la edad media no conoce en absoluto una auténtica legislación estatal... Pasan siglos enteros sin el más tenue inicio de una actividad legislativa o reglamentaria en el sentido nuestro de los términos”. Conforme con Kern, el derecho medieval no conoció los términos promulgación y derogación. Precisamente un momento que es típico para la legislación —delimitación temporal de su vigencia— es aquí negado. Aún más, Kern llega incluso

\* El presente artículo, dedicado por el A. a Sten Gagner en sus 60 años, apareció en el volumen titulado *Die Renaissance der Wissenschaften im 12. Jahrhundert* (Zürich y München 1981), pp. 143-171. Con autorización del autor se publica aquí. La traducción ha estado a cargo del prof. Enrique Aimone.

a caracterizar la edad media por la “falta de códigos ordenados y completos . . . , por la ausencia de jueces y de legisladores letrados”<sup>1</sup>.

Con esta conocida posición —también llevada a extremos— pretendo enfrentarme: la legislación es, en los países europeos, una conquista de la edad media<sup>2</sup>, en especial, del siglo XIII, pero en sus inicios, incluso ya del siglo XII.

<sup>1</sup> FRITZ KERN, *Recht und Verfassung im Mittelalter*, en *HZ.* 120 (1919), pp. 1-79. Edición especial Darmstadt 1952, citas pp. 71, 24, 48. La doctrina de Kern mantiene su influencia incluso en la sociología jurídica y en la teoría jurídica moderna. Así NIKLAS LUHMANN, *Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft*, en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 1 (1970), p. 175-202, parte de un “desarrollo del derecho desde el tradicional, pasando por el orientado conforme al derecho natural para llegar al positivo” (p. 176), etapas que, a todas luces, deben corresponder a la edad media, a los tiempos de la ilustración y al S. XIX. Este autor representa la concepción: “Algunos sistemas políticos de Europa alcanzan en el S. XIX, por primera vez, esta condición de la positividad del derecho” (p. 184). Recién entonces *el buen derecho viejo* —aquí se trasluce claramente la idea de Kern— deja de servir para la delimitación de acciones legislativas (misma obra, nota 34). JÜRGEN RÖDIG, *Zum Begriff des Gesetzes in der Rechtswissenschaft*, en *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung* (ed. por Jürgen Rüdig, Berlín, 1976), p. 13, afirma la “conexión del concepto de ley con el antiguo liberalismo”, sin preocuparse, por cierto, del tratamiento más intensivo que la historia del derecho aporta a la doctrina de la legislación. “Tampoco nos es posible, por mucho que nos esforcemos, aprender de la historia aquellos criterios cualitativos, a cuya luz se ha querido —y se sigue queriendo— caracterizar materialmente las leyes” (p. 15). De todos modos, merece observarse que el volumen ofrece material histórico en varios pasajes, especialmente en las contribuciones de STIG STROMHOLM, *Charakteristische Merkmale schwedischer Gesetzgebung* (pp. 50-78); DIETRICH RETHORN, *Verschiedene Funktionen von Preambeln* (pp. 296-327) y FRIEDRICH EBEL, *Beobachtungen zur Gesetztechnik im 19. Jahrhundert* (pp. 337-352). De todos modos, rige aún en Rethorn la idea de que la edad media hubiera concebido el derecho sólo como algo dado y duradero, imposible de ser generado como nuevo derecho (p. 300). No obstante, JÜRGEN RÖDIG, *Gesetzgebungstheorie, Vorstudien zu einer Theorie der Gesetzgebung* (St. Augustin 1975), p. 18 “llamó expresamente a la historia del derecho . . . a colaborar”. HARALD KINDERMANN, *Plan und Methode der Gesetzgebungstheorie*, en *Rechtstheorie* 9 (1978), p. 321 hace, con justicia, alusión a que “no hay investigación posible acerca de teoría de la legislación sin investigaciones previas de historia del derecho, de derecho comparado, de sociología jurídica y de estadística, las que, al fin de cuentas, tienen la función de aportar los datos de los que se parta. PETER KOCH / EDDY WALPEN / ANNE-MARIE LUETHY / ANDREAS BRUNNER, *Die motivierenden Ideen der Kodifikationen*; Kurt Eichenberger y otros, *Grundfragen der Rechtssetzung* (Social Strategies 11, Basilea 1978), p. 41-43, saltan, sin embargo, de manera inmediata de la codificación de Justiniano a las codificaciones de la Ilustración, sin entrar a discutir lo que haya significado el período intermedio para la historia de la legislación y de la codificación. Cfr. ahora la sobresaliente síntesis de RAOUL C. VAN CAENEGEM, *Das Recht im Mittelalter, en: Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen* (ed. por Wolfgang Fikentscher et al., Friburgo/Munich 1980), pp. 609-667.

<sup>2</sup> ARMIN WOLF, *Die Gesetzgebung der entstehenden Territorial Staaten in Europa*, en *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen*

La legislación se nos presenta hoy como una obvia institución para la organización de la convivencia humana. No obstante, no siempre ni en todas partes ha habido legislación. Porque también la institución "legislación" tiene su sitio histórico. Para la determinación más precisa de este lugar histórico no pienso en tratar aquí sobre teorías acerca de la legislación, sino que acopiar algunos ejemplos históricos de la práctica legislativa que, frente a nuestro tema, se demuestren importantes.

Si pasamos revista a las colecciones de leyes de los países europeos, más allá de la frontera de 1800 hacia el pasado, podemos descubrir una continuidad de formulación legislativa, que alcanza hasta el S. XIII, y cuyos primeros inicios se pueden percibir ya en el S. XII. Al respecto, algunos ejemplos:

La gran colección de las *Ordonnances des rois de France de la troisième race*, iniciada en el S. XVIII, arranca sus primeros textos legales ya desde el S. XII<sup>3</sup>. Las decisiones imperiales (*Reichs-Abschiede*) que publicaran Senckenberg y Schmaus en 1747 parten con la *Constitutio de expeditione Romana*, presumiblemente originaria de la época carolingia, pero falsificada hacia 1160. Después del Concordato de Worms de 1122 vienen las leyes pacificadoras de Barbarroja de los años 1152, 1158 y 1184<sup>4</sup>. En el reino de Nápoles, en una edición del derecho vigente publicada ya en 1773, se menciona el *Liber Augustalis*, el código para Sicilia del emperador Federico II, al comienzo de una colección de leyes de los reyes sicilianos<sup>5</sup>. En ella, Federico II había recogido algunas leyes que provenían de los reyes normandos del S. XII. El *Jyske Lov*, menos antiguo, pues data de 1241, mantuvo su vigencia en el reino de Dinamarca hasta 1683; y en el ducado de Schleswig, incluso hasta

---

*Privatrechtsgeschichte*, vol. I: Mittelalter (ed. por Helmut Coing, Munich 1973), pp. 517-800, con los más importantes argumentos. Cita p. 517: Cfr. también ARMIN WOLF, *Forschungsaufgaben einer europäischen Gesetzgebungsgeschichte*, en *Ius Commune* 5 (1975), pp. 178-191, y el informe breve de ARMIN WOLF, *Die Anfänge der Staatlichen Gesetzgebung*, Bericht über die 32. Versammlung deutscher Historiker in Hamburg, 4 a 8 de octubre de 1978, Suplemento a *Geschichte in Wissenschaft und Unterricht* (Stuttgart, 1979), pp. 65-66.

<sup>3</sup> *Ordonnances des rois de France de la troisième race recueillies par ordre chronologique par Eusebe de Lauriere*, I-XXI (París 1723-1849, Reedición Farnborough 1967/1968). Algunos textos van todavía más atrás, pero no pueden ser considerados leyes.

<sup>4</sup> *Neue und vollständigere Sammlung der Reichs-Abschiede*, I (Frankfurt am Mayn 1747).

<sup>5</sup> *Constitutiones Regni Siciliarum Libri III Cum Commentariis Veterum Jurisconsultorum*. (Neapoli 1773, sumptibus Antonii Cervonii).

la puesta en vigencia del Código Civil Alemán (BGB), en 1900<sup>6</sup>. El derecho inglés del *Common Law* estuvo determinado, fundamentalmente hasta los umbrales del S. XIX, por los *Statutes* de Eduardo I, del S. XIII<sup>6a</sup>.

En España existen disposiciones de leyes medievales en el marco de los derechos forales que son, aún en nuestros días, derecho vigente. Así, por ejemplo, en el territorio del antiguo reino de Aragón rige aun hoy la norma, que discrepa de la vigente en el moderno derecho español general, la cual prescribe que la viuda adquiera, a la muerte de su marido, el usufructo del patrimonio común de ambos. La vigencia legal de esta disposición puede ser retrotraída al *Código de Huesca* del año 1247<sup>7</sup>.

Nos encontramos aquí, asombrados, frente a una continuidad legislativa, que es característica de los países europeos a partir de los s. XII y XIII.

Para mí, sin embargo, lo asombroso no lo constituye sólo la continuidad de vigencia de unas disposiciones aisladas, que se han conservado a través de los siglos por encima de las alteraciones políticas y de las reformas legislativas. Esto son sólo escasos residuos, de los que podría prescindir como curiosidades. Lo significativo de nuestro tema está más bien en el hecho de que estas antiguas legislaciones constituyen en su existencia, documentos de esa institución jurídica que llamamos "legislación".

¿Qué es lo típico de la "legislación" a partir de los s. XII y XIII? No podemos verificar el renacimiento de esta institución tomando en cuenta la terminología. Fuera del concepto de "ley" (*Gesetz*), encontramos, entre otros, los de "estatuto" (*Satzung*); "ordenanza" (*Ordnung*); "arbitrio" (*Willkür*); en los textos latinos, los de *constitutiones, leges, decreta, statuta, ordinationes, fori, stabilimentum*; también aparece la expresión *codex*. Las lenguas romances tienen las innumerables

<sup>6</sup> *Das Jütsche Recht, aus dem Altdanischen übersetzt und erläutert von Klaus von See* (Weimar 1960) Cfr. también la introducción de Klaus von See: *Jutisch Lowbok* (Mittelalterliche Gesetzbücher europäischer Länder in Faksimiledrucken, ed. por Armin Wolf, Band V, Glashütten 1976).

<sup>6a</sup> THEODORE F.T. PLUCKNETT, *Legislation of Edward I* (Oxford 1949, 2 1962), p. 157. Cfr. WOLF (nota 2), p. 787.

<sup>7</sup> *Fori Aragonum vom Codex von Huesca (1247) bis zum Reform Philippps II (1547)* edición facsimilar con una introducción por Antonio Pérez Martín (Mittelalterliche Gesetzbücher Länder in Faksimiledrucken, ed. por Armin Wolf, Vaduz 1979), vol. VIII, p. 73: *De iure dotium. Defuncto viro uxor vidua, licet ab eo filios habuerit, omnia que simul habuerant, possidebit: ea tamen vidua existente* (Código de Huesca, V 3). En relación con la vigencia ininterrumpida hasta la fecha, cfr. José Castán Tobeñas, *Aragón y su derecho* (Zaragoza, 1968), p. 40, nota 75, y p. 84. Cfr. también Jesús Lalinde Abadía, *Los Fueros de Aragón* (Zaragoza 1976).

análogas derivaciones como *ordenanzas*, *ordonnances*, *établissements*, *fueros*, etc.<sup>8</sup>. La edad media no tuvo un concepto unitario en la materia que aquí pesquisamos. Aisladamente se encuentran ya conceptos como los de *legum latores* (p. ej. en Federico II)<sup>9</sup>, y *legislator* (ya en la *Defensio Henrici IV* hacia 1080/1100)<sup>10</sup>.

Tampoco tiene sentido definir la legislación según su contenido. Desde la elección de rey hasta la organización de tribunales, desde la prueba testimonial hasta las funciones del notario, desde el robo de animales hasta la determinación de los muchachos y niñas que pueden ser invitados por los novios en la despedida de solteros a la sala de baños, desde el contrato de capitulaciones matrimoniales hasta el testamento, lo regulado en las leyes medievales es de una variedad infinita, que se sustrae a ser objeto de definición.

Es por ello recomendable trabajar con una definición puramente formal. En Isidoro de Sevilla se lee: *lex est constitutio scripta*<sup>11</sup>. Graciano, hacia 1140, en conjunción con esta idea escribe: *Quae in scriptis redacta est, constitutio sive ius vocatur; quae vero in scriptis redacta non est, generale nomine, consuetudo videlicet, appellatur*<sup>12</sup>. Es decir, son la escritura y una formal estatución los elementos de que está hecha la ley. Así, ella se diferencia, por un lado, de la costumbre no escrita; por otro, de la "consignación privada", la que, siendo escrita, no recibe, sin embargo, sanción formal.

Bajo ley, por tanto, yo entiendo una norma jurídica general en forma de documento (o al menos parecida al documento). El renacimiento de la legislación que podemos apreciar en Europa hacia los siglos XII y XIII —y precisamente en un avance desde el norte hacia el sur— está constituido por la aparición y la expansión de tales normas jurídicas generales en forma escrita sancionada por una autoridad, es decir, en forma documentaria. Esta formulación jurídica en forma de ley es, frente a la antigua formulación verbal, algo

<sup>8</sup> WOLF, *Gesetzgebung* (Nota 2), p. 552.

<sup>9</sup> WOLF, *Gesetzgebung* (Nota 2), p. 699.

<sup>10</sup> MGH. *Libelli de lite 1444: Unde fit, ut consuetudo, quam legislator commendat, legum vicem in iudiciali amplectatur causa*. Más tarde, en tiempo del emperador Luis el Bávaro se dice que corresponde al *legislator rationabiliter inmutare et aliud statuere* (MGH. *Const.* 6 N<sup>o</sup> 612). En relación con la continuidad y con el cambio de la lengua conceptual, cfr. los ricos aportes de la literatura teórica de siglos posteriores en HEINZ MOHNHAUPT, *Potestas legislatoria und Gesetzesbegriff im Ancien Régime*, en *Ius Commune* 4 (1972), pp. 188-239. Una comparación sistemática de los conceptos que reflejan la legislación en la edad media y tiempos modernos, con consideración, precisamente, de los textos legislativos, constituye en sí misma un desiderátum de la investigación.

<sup>11</sup> *Etymologiae* V 3, 2.

<sup>12</sup> D. 1 c. 5.

novedoso. ¿Dónde radica la diferencia? ¿Y cuándo tuvo lugar la transición?

Ocasionalmente tomamos conocimiento de antiguas formulaciones verbales del derecho a través de actas, como por ejemplo, en la paz de Maguncia de 1103. Allí se dice que el emperador Enrique (IV) había jurado e instituido la paz (*pacem sua manu firmavit et instituit*)<sup>13</sup>. También los Grandes espirituales y temporales habían firmado la paz. En consecuencia, el juramento fue celebrado con palabras. A pesar de ello, aquí estamos en presencia de una formulación jurídica verbal, pero no de una ley. Ello difiere totalmente de lo que ocurrirá medio siglo más tarde: Federico Barbarroja promulga la paz del territorio en 1152 en forma de un documento emanado de él y redactado en primera persona<sup>14</sup>.

La primera paz territorial en forma de ley tuvo lugar en Francia tres años más tarde, en 1155<sup>15</sup>. En España, la paz del país de Oviedo de 1115 se ha conservado aún bajo la forma del acta con el tenor del juramento<sup>16</sup>. Después de ésta, las resoluciones de las Cortes de León de 1188 y, más claramente, las *leges Adefonsi* de 1208<sup>17</sup> adoptan forma de ley. Ya antes en Italia, la ley feudal de Lotario del año 1136<sup>18</sup> y en Francia la *ordonnance*, de Luis VII, contra los judíos (1144)<sup>19</sup> adoptaron forma de acta real.

En Inglaterra, aún Glanvill, es decir, por los 1188, considera la normativa verbal como ley: "Aún cuando las leyes inglesas no están escritas, no debe parecer absurdo que se llame *leges*, ... a aquellas, en efecto, que versando sobre cuestiones dudosas son promulgadas *in concilium* con el Consejo de los Grandes y la autoridad del rey"<sup>20</sup>.

En Francia, San Luis Rey, en la *réformation des moeurs*, de 1254, obligó a todos sus funcionarios, sin consideración de la persona, a juzgar según los *iura, usus et consuetudines in locis singulis approbates*. Si bien es cierto que a estos derechos preexistentes fa-

<sup>13</sup> MGH. *Const.* 1 N° 74.

<sup>14</sup> MGH. *Const.* 1 N° 140.

<sup>15</sup> *Recueil général des anciennes lois françaises*, vol. 1 (ed. A. Isambert etc., Paris 1822), pp. 152-153.

<sup>16</sup> *Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla*, publ. por la Real Academia de la Historia (Madrid 1861), vol. 1, pp. 29-36. Cfr. WOLF, *Gesetzgebung* (Nota 2), p. 669.

<sup>17</sup> CORTES (Nota 16), pp. 39-42 y 46-52.

<sup>18</sup> MGH. *Const.* 1 N° 120.

<sup>19</sup> *Monuments historiques* (ed. Jules Tardif, Paris 1866) N° 470.

<sup>20</sup> GLANVILL (ed. G.D.G. Hall, London/Edinburgh, 1965), p. 2. Como fundamentación de esta *absurda* denominación, Glanvill recurre a la famosa *lex regia: quod principe placet, legis habet vigorem*. Cfr. *Codex* 1.4.1. pr. e *Institutiones* 1.2.6.

taba, fuera de toda duda, el carácter de ley, la *réformation des moeurs*<sup>21</sup>, empero, sí lo tuvo.

Que nosotros podamos seguir la transición de la legislación oral a la escrita en un preciso y mismo caso material, queda claro en un estatuto de la Provenza. Poco antes de la extinción de la dinastía del conde de Forcalquier, en 1209, se dispuso en una ley que las *filles dotées*, es decir, las hijas dotadas, serían más tarde incapaces de heredar. En el acta se dice: Se confía a la escritura, para que perdure en la memoria, a fin de que los hechos no sean olvidados. Por ello damos a conocer a todos *hoc presenti scripto*, que nos, Conde Guillermo, hemos resuelto tal y tal cosa. Lo interesante es que lo material de la regulación no es decidida en ese momento, pues entonces sólo recibe su forma escrita, legal. El conde relata en el estatuto que él, cuando niño, estuvo bajo la guarda de su abuela y que entonces él había redactado y jurado junto con el consejo de los grandes, de los barones, y con su abuela, esta ley (*statutum*) y que ahora —como había dicho: *hoc presenti scripto*— daba fe de ello. El estatuto concluye con la orden escrita, dada a todos los jueces y árbitros del condado, de no dictar sentencia o laudo contra este *statutum*, de lo contrario, tales sentencias y laudos serán nulos<sup>22</sup>. El acto verbal es datado a 1162; el acta se levanta poco antes de 1209; el manuscrito más antiguo viene de 1257. En 1472 la ley fue introducida en toda la Provenza y mantuvo su vigencia hasta la revolución francesa. Aquí podemos entonces revivir claramente cómo se sintió hacia el 1200 la necesidad de dar a las normas de derecho una forma legal, a todas luces fundada en el deseo de garantizar de mejor manera la seguridad jurídica (*lex certa*).

Séanos permitido resumir lo dicho hasta aquí: No podemos describir con un determinado concepto el renacimiento de la legislación en los s. XII y XIII; ni tampoco referirlo al inicio de la regulación de determinadas materias jurídicas, pero sí podemos afirmar que a partir de entonces se fijarán las normas jurídicas generales por escrito y en forma documentaria, lo que quiere decir: con fecha, emisor, sanción, etc.

Ello, a primera vista, podría parecer algo exterior y nimio; por la circunstancia de que, para el derecho, resultaría ser indiferente que una norma sea transmitida en forma oral a través de órdenes, por escrito en un libro privado, o por medio de una ley oficial contenida en un documento. Una segunda mirada a la cuestión, sin embargo, revela que el lugar constitucional de la norma en la

<sup>21</sup> *Ordonnances* (Nota 3), 1, pp. 65-75; *Recueil* (Nota 15) 1, pp. 264-274.

<sup>22</sup> WOLF, *Gesetzgebung* (Nota 2), p. 535 n. 2.

ley ha pasado a ser otro. Lo nuevo, aparentemente sólo formal, es —visto desde la perspectiva histórica y constitucional— también materialmente algo nuevo.

Mientras el derecho fue transmitido verbalmente, pudo —en forma apenas sensible— ser adecuado a nuevas realidades; allí, sin embargo, mantuvo su carácter subjetivo, lo que Kern denomina el bueno y viejo derecho. También fueron todavía capaces de adaptación los así llamados “libros jurídicos privados”, como lo muestran las distintas versiones y variantes, por ejemplo, del *Espejo de Sajonia* y del *Espejo de Suabia*. Pero cuando el derecho quedó atado a la ley, cesó la posibilidad de adaptación insensible<sup>23</sup>. Toda necesaria modificación hizo necesaria a partir de entonces una expresa nueva legislación, modificatoria, complementaria o incluso derogatoria de la antigua.

A mi juicio, tal situación ha contribuido a hacer consciente la diferencia entre el antiguo derecho y el nuevo. Y con ello asumió eficacia la conciencia, característica del Estado moderno, acerca de la variabilidad del derecho y de su capacidad de manejar dicha variabilidad. Ella se expresa, por ejemplo, en reservas de reforma, como son las contenidas en la *Réformation des moeurs*. En ella, el rey se reservaba expresamente el derecho de promulgar la ley, modificarla, incluso corregirla, hacerle agregados y cortes (*declarandi, mutandi vel etiam corrigendi, addendi vel minuendi*)<sup>24</sup>.

Nuestra definición de la ley, que hemos expresado como “una legislación general en forma documentaria”, ha sido desarrollada pragmáticamente sobre la base del referido material. Ella es formal y, conscientemente, no tiene en cuenta si una ley contiene derecho nuevo o viejo. Porque hay casos de leyes que simplemente se limitan a fijar derecho existente; casos hay en que aparece derecho nuevo junto a otro preexistente, y, finalmente, hay otros en que expresamente se deroga el viejo derecho<sup>25</sup>.

## II. CODIFICACIONES

Una especial —y especialmente artística— forma de ley está constituida por la codificación. En su significado fundamental, codificación no es más que la confección de un *Codex*, es decir, de un

<sup>23</sup> WOLF, *Gesetzgebung* (Nota 2), p. 534. Cfr. THEODOR BÜHLER, *Ge-wohnheitsrecht - Enquête - Kodifikation* (*Rechtsquellenlehre* 1, Zurich 1977), p. 16, y WORMALD (Nota 93), p. 111.

<sup>24</sup> Vid. nota 21: Art. 39.

<sup>25</sup> WOLF, *Gesetzgebung* (Nota 2), pp. 548-552.

libro, en oposición a la *charta*, al simple documento en que se podrá contener una sola ley.

La codificación del derecho de una nación o de una ciudad debe regular en su conjunto este derecho, o, al menos, una parte mayor y determinable de este derecho, en cuanto sea posible, asumiendo la forma de ley. En tal sentido, no sólo los tiempos modernos, sino ya la edad media conocieron las codificaciones. La exigencia, derivada de la Ilustración y planteada en el s. XVII, en el sentido de que una codificación fuera completa<sup>26</sup> y exenta de

<sup>26</sup> No así en KERN (v. nota 1), p. 28, quien postula una contradicción entre derecho medieval: consuetudinario, simplemente consignado por escrito; y derecho moderno: estatutario, recogido en un código, "con pretensión de integridad sistemática". En tal contexto, Kern pensaba sin duda más bien en los libros jurídicos alemanes y no en las obras legislativas de la edad media, de que aquí se trata. Si se quiere reservar la expresión codificación —connotada acaso por la exigencia de una sistemática moderna— para obras legislativas de los tiempos modernos, se nos crea el problema de cómo designar entonces las codificaciones medievales, las que se diferencian sensiblemente de los libros de derecho y de las compilaciones. Una definición como la referida tendría también la desventaja de sacar del campo visual la continuidad de la historia de la codificación europea a partir del S. XIII. Las codificaciones medievales, de este modo, no serían más que precursores esporádicos y anticipados (así Bühler, nota 23, p. 103). Pero ésta sería una ahistórica denominación, que hace de un determinado tiempo la vara de medir otro. Es, en consecuencia, recomendable dar a la voz codificación una tal extensión, que bajo ella puedan entenderse tanto las obras correspondientes a partir del S. XII, como asimismo el modelo de éstas, el *Codex Justinianus*, y también las nuevas codificaciones que lo derogaron temporalmente (Cfr. nota 29 a). En la medida en que sea necesario calificar las comprensiblemente grandes diferencias estilísticas que existen entre estas codificaciones, ello es posible con adjetivos como temprana, moderna, sistemática, completa u otras similares. Por lo demás, la expresión codificación es también para el medievo ampliamente apropiado. STEPHAN KUTTNER, *Introduction*, en JOHANNIS ANDREAE, *In quinque decretalium libros Novella commentaria* (reed. Torino 1963, p. V), denomina el liber Sextus, "no longer the traditional type of compilation, but a work of systematic and often innovating codification". OTTHMAR HAGENEDER, *Papstregister und Dekretalenrecht*, en *Vorträge und Forschungen* 23 (1977), pp. 319-347, ve la escisión entre compilación y codificación, ya entre la *compilatio tertia* de 1209/10 y la *compilatio quinta* de 1226. STEN GAGNER (nota 30), pp. 288-366, dedica a la "historia de la codificación en la edad media que fenece" un capítulo entero. HEINZ LIEBERICH en HEINRICH MITTEIS, *Deutsche Rechtsgeschichte* (München<sup>14</sup>), p. 288, trata acerca de la "gran ola de codificación de la alta edad media". Los ejemplos pueden multiplicarse. En las lenguas romances se habla, con más intensidad que en alemán, también para la edad media, de *codificazione*, *codification*, *codificación*. Recién cuando se presta atención a los elementos comunes de las codificaciones europeas antiguas y nuevas, se puede reconocer más precisamente sus notorias diferencias en cuanto a forma, contenido, estilo, etc. Cfr., por ejemplo, la caracterización de los libros de leyes de derecho natural como codificaciones modernas, por FRANZ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (Göttingen<sup>2</sup>, 1976), p. 323: "Ellas se distinguen desde ya de todas las anteriores consignaciones del derecho, en que no fijan, ni ordenan, ni mejoran ("reforman"), ni pretenden desarrollar para el futuro, de-

lagunas<sup>26a</sup>, no se presta, a mi juicio, para la definición de la codificación, por ser utópica y por no haber sido cumplida, ni siquiera en su tiempo. Jeremy Bentham observó acertadamente: *Entre todos los "codes" que los legisladores consideraron completos, no hay siquiera uno, que a la vez lo sea*<sup>27</sup>. El concepto de *codification*, por lo demás, aparece sólo más tarde. Se tomó por primera vez nota de él en Jeremy Bentham, en una carta de éste, de junio de 1815, dirigida al zar Alejandro I<sup>28</sup>; pero en la obra de Bentham es usada raramente<sup>29</sup>.

En una codificación se incluye leyes regulares más antiguas. Mientras tales leyes sean recopiladas con posterioridad en un libro

---

recho vigente (como acaso en las ordenanzas francesas y las reformas alemanas del S. XVI); ellas apuntan más bien a una planificación social general a través de una reordenación exhaustiva y sistemática del material jurídico". Este juicio ha tenido amplia aceptación; Cfr., por ej., WALTHER HUG, *Gesetzesflut und Rechtssetzungslehre*, en: *Gesetzgebungstheorie, Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig* (Berlín, 1978), p. 6. Pero las investigaciones venideras, a escala comparativa europea, indicarán si este juicio deba o no ser modificado, en qué grado también las codificaciones medievales generaron reformas y en qué grado las modernas codificaciones sirvieron también para preservar derecho viejo.

<sup>26a</sup> La más antigua alegación conocida hasta ahora referente a la pretensión de integridad de una colección de leyes (*Corpus Juris Danicum eller den Fuldkommene Danske Lov-Bog*, Copenague, 1668) fue comprobado por WOLFGANG WAGNER, *Handbuch der Quellen und Literatur der neuen europäischen Privatrechtsgeschichte* (ed. por Helmut Coing, Munich, 1976), vol. II, 2, p. 509.

<sup>27</sup> *De tous les codes que les législateurs ont considérés comme complets, il n'en est aucun que le sont*: JEREMY BENTHAM: *Traité de législation civile et penale* (Paris, 1802), vol. I, p. 354. Texto inglés: *The works of Jeremy Bentham* (ed. John Bowring, Londres 1838-43, reimpr. Nueva York, 1962), vol. VIII, p. 206. Tampoco basta a ningún estado contemporáneo contar tan sólo con constitución y código civil, sin necesitar de una continua producción de leyes, que complementen o modifiquen aquellas codificaciones. Es frecuente que de las codificaciones se desprendan ramas especiales. Que el problema de la integridad y ausencia de lagunas no esté resuelto, a pesar de todas las codificaciones modernas, es consecuencia que puede desprenderse, por ejemplo, del trabajo de DIETER FREISCHMIDT: *Aspekte des Lückenproblems in der Gesetzgebungstheorie*, en *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung* (Nota 1), pp. 421-431.

<sup>28</sup> Jeremy Bentham distinguió aquí *codification* de *ordinary legislation* y definió: "The case (it may be called) of codification: where of the entire field of law —a field little less extensive than whole field of human action—some very large portion (a third, a fourth, a fifth, or some such matter) —and which in some way or other, is— and for ages has (in some shape or other at successive times, though, hitherto, as to a large proportion of it, in a bad enough shape) lain covered with law, —is to receive an entire new covering all at once". *The Works of Jeremy Bentham* (publ. by John Bowring, London, 1838-1843, Nachdr., New York, 1962), vol. IV, p. 518.

<sup>29</sup> JACQUES VANDERLINDEN, *Code et codification dans la pensée de Jeremy Bentham*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 32 (1964), p. 46.

y su pretensión de vigencia resida en cada ley aisladamente considerada, nos encontramos sólo frente a una colección de leyes (compilación). Únicamente cuando tal colección sea redactada bajo determinados puntos de vista y sancionada cual un solo todo, en un acto formal como ley, podemos denominarla codificación<sup>29a</sup>.

Fue Sten Gagnér, en sus *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, de 1960, que constituyó el inicio de la investigación sobre la historia de las codificaciones europeas, el primero en hacer referencia a la “tendencia hacia la codificación” en el s. XIII<sup>30</sup>. Vanderlinden consideró en 1967, en su obra titulada *Le concept de code en Europe occidentale du XIII<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle*, ocho codificaciones medievales<sup>31</sup>. Hoy en día estamos en situación de individualizar —incluyendo las obras de las grandes comunas italianas— cerca de 40 codificaciones anteriores a 1500<sup>32</sup>.

En la ciudad de Pisa encontramos, ya en la *Constitutata usus et legis*<sup>33</sup> fechada en 1160, una obra que, de acuerdo con las investigaciones de Peter Classen, podemos calificar como codificación<sup>34</sup>. Se trata del resultado de una consciente actividad legislativa, en la que determinadas *Constitutata* fueron reformadas o incluso rehechas, mediante adiciones, tarjas y correcciones (*auxerimus, diminuerimus, correximus vel fecerimus*)<sup>35</sup>.

El volumen en su conjunto (*totum hoc volumen*) llegó a tener eficacia jurídica formal, a través de su publicación oficial (*per publicationem*) a partir de un determinado día (*ex eo die vim cons-*

<sup>29a</sup> STANISLAW SALMONOWICZ, en su interesante estudio acerca de: *Die neuzeitliche europäische Kodifikation (S. XVI-XVII), Die Lehre und ihre Verwirklichung*, en *Acta Poloniae Historica* 37 (1978), pp. 29-69, define codificación como “...colección de preceptos... que revela el carácter de una unidad mayor, y que constituye derecho vigente por efecto de un acto autónomo de manifestación de voluntad jurídica” (p. 34).

<sup>30</sup> STEN GAGNÉR, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung* (Acta Universitatis Upsaliensis, Studia Juridica Upsaliensia 1, Uppsala, 1960), pp. 288-307.

<sup>31</sup> JACQUES VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle. Essai de définition* (Bruxelles 1967).

<sup>32</sup> WOLF (Nota 2), pp. 553-555. Las obras ahí mencionadas deben complementarse con otra serie de codificaciones de ciudades.

<sup>33</sup> *Statuti inediti della Città di Pisa dal XII al XIV secolo* (per cura di Francesco Bonaini, II, Firenze 1870), pp. 813-1026.

<sup>34</sup> PETER CLASSEN, *Kodifikation im. 12. Jahrhundert: Die Constituta usus et legis von Pisa*, en: *Recht und Schrift im Mittelalter* (Vorträge und Forschungen 23, Sigmaringen 1977), pp. 311-317.

<sup>35</sup> AUGUSTO GAUDENZI, *A proposito di un nuovo manoscritto del costituto pisano*, en *Rendiconti della R. Accademia dei Lincei*, Serie V, Vol. 3 (1894), pp. 690-701.

*titute habere firmamus*)<sup>36</sup>. El *Constitutum usus* contenía también la pretensión, típica de las codificaciones, de vigencia exclusiva: “Si se encontrare, fuera de este volumen, otro *Constitutum* de usibus, decidimos que él no tenga vigencia alguna” (*extra quod volumen, si quod aliud Constitutum de usibus scriptum invenitur auctoritatem non habere constituimus*)<sup>37</sup>.

En los 50 años que median entre 1231 y 1281 se deja ver en la Europa latina una ola codificatoria<sup>38</sup>, de la que se ha tomado conocimiento recién en estos años. Esta ola se inicia en Sicilia con el *Liber Augustalis* del emperador Federico II (1231). Siguió gran número de ciudades de la Alta Italia —cito tan sólo Venecia, con el *Liber Statutorum* de 1242, de Jacopo Tiepolo. En los reinos españoles comenzó Santiago el Conquistador en la recién dominada Valencia con los *Fori Valentiae* (1238/39) y el *Codex de Huesca* para Aragón (1247). En Castilla se originó, bajo el reinado de Alfonso el Sabio, como derecho ciudadano, el *Fuero Real* (1252/55) y como derecho nacional, el *Libro de las Leyes* (1256/1258), que fuera conocido en redacción posterior y debido a su configuración en siete partes, como *Siete Partidas*.

En los territorios que no pertenecieron al antiguo Imperio romano, la ola de codificación se inició más tarde: con el *Jyske Lov* de Waldemar II en Dinamarca (1241); con el *Landslög* de Magnus Lagaboetir, es decir, el corrector legislativo, en Noruega (1274); y con la *Löbbók Islendinga*, conocida como *Jónsbók*, para Islandia, de 1281.

Vemos, pues, en el sur y en el norte de Europa, dos zonas con países que llegan, en el s. XIII, a la primera codificación. Se trata aquí no de libros jurídicos como los así llamados trabajos privados sin fuerza legislativa oficial; tampoco de simples compilaciones, sino que realmente de codificaciones, es decir, de conjunciones en un libro o *codex*, el que recibe como un todo y en determinada fecha su fuerza jurídica formal.

Las codificaciones medievales, en el curso del tiempo, fueron complementadas o también modificadas; ocasionalmente y luego de correr un tiempo más largo, pasaron a formar parte de un nuevo *codex*. Ciertamente tienen estos códigos medievales, en cuanto a su contenido, otros centros de gravedad y una menor velocidad en

<sup>36</sup> GAUDENZI (Nota 35), p. 693; ADOLF SCHAUBE, *Zur Entstehungsgeschichte des pisanischen Constitutum usus*, en *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht* 46 (1897), pp. 1-47. CLASSEN (Nota 34), p. 314.

<sup>37</sup> BONAINI (Nota 33), p. 814.

<sup>38</sup> WOLF (Nota 2), p. 553.

su proceso de reforma; su articulación es menos sistemática y su cumplimiento menos efectivo que los de las correspondientes obras de los s. XVIII y XIX, que constituye la segunda gran época de la codificación europea. Frente a estos últimos, los primeros, para decirlo gráficamente, son lo que Castel del Monte frente a Schönbrunn Pero, abstracción hecha de todas las diferencias, ambos tipos constituyen manifestaciones de la voluntad de dar al derecho de una nación o ciudad, en lo posible globalmente, un marco firme. Que ello se conecta con determinados objetivos políticos, es obvio<sup>39</sup>.

Entre ambas zonas, en el sur y norte de Europa, ya mencionadas, se ubica una serie de países en los cuales encontramos, en lugar de códigos, un registro oficial y correlativo de leyes individuales. A ellos pertenece, en primer lugar, Francia con las *Ordonnances royales*. La *ordonnance* más antigua inscrita en el registro del Parlamento de París, abierto poco después de 1328, es la ya citada *Reformation des moeurs dans le Languedoc et le Languedoil*, de San Luis Rey, de 1254.

En Inglaterra se confeccionó una serie de *Statutes* fundamentales, especialmente en los años a partir de 1267, bajo Eduardo I. Ellos fueron registrados oficialmente en la Cancillería real, en los *Statutes rolls* establecidos en 1299 y que funcionaron con posterioridad.

Tales series de leyes específicas, registradas sistemáticamente, conforme a la teoría de Theodor Bühler sobre las fuentes del derecho, constituyen casos que deben ser considerados "más bien codificaciones" y no forma de compilaciones a posteriori<sup>40</sup>.

Por el contrario, en Alemania, a partir del *interregnum* las leyes de Barbarroja y del emperador Federico II hallaron continuidad

<sup>39</sup> Así, afirmándose en el ejemplo de leyes medievales suecas, ELSA SJÖHOLM, *Rechtsgeschichte als Wissenschaft und Politik* (Berlín, 1972), demostró que... "Los códigos son documentos políticos; ellos constituyen el resultado de una lucha entre distintos grupos de poder dentro del estado, que se precipita, en determinada oportunidad, en la legislación. A la luz del ejemplo del derecho sucesorio pudo ella demostrar cómo "tuvo lugar un cambio, desde un sistema que consideraba una relativa libertad de disposición, a otro sistema de reparto legalmente prefijado, en el cual la hija hereda conjuntamente con el hijo", y cómo aquí hubo *intereses litigiosos*, acaso, intentos de ir en *contra de la formación de las grandes haciendas*. ELSA SJÖHOLM, *Gesetze als Quellen mittelalterlicher Geschichte des Nordens* (Stockholm, 1976), pp. 176 y 178. En qué grado puedan las legislaciones ser políticamente explosivas, queda demostrado también en las dificultades que debieron sufrir los Kovachich, padre e hijo, al querer, durante el S. XIX reeditar leyes medievales redescubiertas. Tales intentos fueron rechazados por la autoridad con la expresión de que constituían "inmaduros y peligrosos delirios de un escritor". Cfr. GYÖRCY BÓNIS, *Decreta Regni Hungariae, 1301-1457* (Budapest, 1976), p. 12.

<sup>40</sup> BÜHLER (Nota 23), p. 97.

sólo en una proporción comparativamente limitada. No se conoce un registro oficial. Asimismo la ley imperial más importante de la edad media, la bula de oro de 1356, denominada por el emperador Carlos IV como “nuestro libro de derecho imperial”<sup>41</sup>, contiene tan sólo la pequeña parte de una concepción codificadora, originariamente muy vasta. Los intentos de codificación podían también fracasar totalmente por razones políticas, como por ejemplo los de Bohemia en 1272 y 1294, porque —según se afirmaba entonces— ellos no gustaban a los barones: éstos temían el *rigor scripti iuris*<sup>42</sup>.

En contraposición a las codificaciones centrales de Sicilia, los reinos españoles, Francia e Inglaterra, en Alemania, Italia imperial y Borgoña encontramos legislación y codificaciones, principalmente, en la grandes ciudades libres y, algo más tarde, en los Estados territoriales.

Klinkenberg denominó este impulso de codificación en el medievo como “un descendimiento del derecho, de la inasible esfera divina a la disposición humana”<sup>43</sup>. Al respecto, los legisladores de los s. XII y XIII estaban por demás conscientes de la necesidad de preservación del derecho antiguo, pero también de la creación de algo nuevo que caía bajo la condición mudable de todo orden temporal.

Ya el *Constitutum usus*, de Pisa, la más antigua codificación de una ciudad europea, que data de 1160, regulaba en su primer capítulo desde cuándo hasta cuándo debían regir las leyes contenidas en este volumen (*huius voluminis constituta*): ellas no debían ser aplicadas a casos pasados, salvo que no estuvieran aún resueltos por sentencia o transacción, o que estuvieran aún pendientes. Asi-

<sup>41</sup> ARMIN WOLF, *Das Kaiserliche Rechtbuch, Karls IV (sogenannte Goldene Bulle)*, en *Ius Commune* 2 (1969), pp. 1-32.

<sup>42</sup> WOLF (Nota 2), p. 732 con comprobaciones. Este temor tiene que haber existido, aun cuando haya leyes que, siendo confeccionadas, no siempre han llegado a regir. BERNHARD DIESTELKAMP: *Das Verhältnis von Gesetz und Gewohnheitsrecht*, en *Rechtshistorische Studien, Festschrift Hans Thieme* (Colonía/Viena, 1977), pp. 1-33, en especial p. 16, ha demostrado, a la luz de ejemplos tomados de Hesse, cómo, aún en el s. XVI, la modificación de la costumbre en materia de bienes matrimoniales y sucesorios, por medio de ordenanzas condales era “considerablemente pobre”. Tan sólo llegaron a tener eficacia regulaciones puramente formales (como por ejemplo el catálogo de bienes muebles y de plazos en la retroventa). Por otro lado, es difícil asumir que la antigua legislación haya quedado totalmente destituida de eficacia, porque en tal caso hubieran cesado pronto los esfuerzos legislativos. Las innumerables copias y las posteriores impresiones habrían sido superfluas. Incluso hoy en día, no se cumplen en todas partes todas las leyes.

<sup>43</sup> HANS MARTIN KLINKENBERG, *Die Theorie der Veränderbarkeit des Rechtes im frühen und hohen Mittelalter*, en *Miscellanea mediaevalia* 6 (1969), pp. 157-188.

mismo, y en el futuro, si una disposición (*constitutio*) fuera alguna vez modificada, todo lo que hubiera ocurrido antes de dicha disposición sería válido conforme a la primitiva constitución y no sería alterada en nada por la nueva <sup>44</sup>.

Federico II se refiere en el *Liber Augustalis*, en 1231, expresamente al derecho nuevo: *de nostro gremio nova iura producimus* (I, 38). Tomás de Aquino dio una justificación de la reforma legal: "también debido a la alteración de las condiciones de vida de los hombres puede modificarse una ley" (*lex recte mutari potest propter mutationem conditionum hominum*) <sup>45</sup>. Correspondiente con lo dicho, las *Upplandslagen*, de Suecia (1295), fueron modificadas con el siguiente fundamento: "no obstante ser el viejo derecho digno de venerarse, sin embargo, a veces se llega a un punto en que se modifican los estatutos jurídicos... Porque, tal como el tiempo transcurre y los hombres mueren y otros nacen, así se modifica la convivencia humana, ya que en un tiempo largo pueden ocurrir algunos casos nuevos, y además porque en el derecho antiguo se dicen algunas cosas con sólo pocas palabras, y no con la claridad que se precisa..." <sup>46</sup>.

La disponibilidad acerca del derecho legal aparece también en aquellas formulaciones conforme con las cuales se deroga conscientemente un derecho antiguo <sup>47</sup>, como, por ejemplo, en las *Constitutiones Egidiane*, el código del Estado pontificio, de 1357: "Todas las *constitutiones* que no estén contenidas en este volumen, quedan derogadas" (*alias constitutiones... in hoc volumine non insertas, cassantes et viribus vacuantes*) <sup>48</sup>. Idea semejante se encuentra en el *Constitutum usus*, de Pisa de 1160. En muchos casos es difícil decidir si nos enfrentamos a derecho material nuevo o viejo, porque los antecedentes no han sido conservados. El hecho de que también se haya codificado derecho antiguo no debe impedirnos hablar de leyes o, en su caso, de codificaciones. Tampoco las modernas codificaciones sistemáticas como el *Code Napoléon* o el *BGB* cayeron del cielo, sino que incorporaron innumerables instituciones preexis-

<sup>44</sup> BONAINI (Nota 33), pp. 814-815.

<sup>45</sup> *Summa theologiae* I, 2, q. 97, 1 resp. ad 2.

<sup>46</sup> Según traducción de Claudius Frhr. v. Schwerin: *Schwedische Rechte* (Weimar, 1935), p. 65.

<sup>47</sup> Cfr., acerca de la fundamentación teórica de ROLF GRAWERT: *Historische Entwicklungslinien des neuzeitlichen Gesetzesrechts*, en *Der Staat* 11 (1972), p. 5: "Así, en la edad media quedan formados los presupuestos intelectuales para un derecho que es puesto y del que se puede disponer de modo instrumental y objetivo-funcional, y que es temporal y mutable según la situación".

<sup>48</sup> *Costituzioni Egidiane dell'anno 1357* (ed. Pietro Sella, Roma, 1912), p. 2

tentes <sup>49</sup>. No obstante, hay unanimidad en que tales casos constituyen códigos. Lo nuevo puede residir bien en la formulación, bien en la selección a partir de reglas de derecho preexistentes, pero contradictorias, bien, finalmente, en el especial modo de refundir.

Las protestas contra las *novitates* de la legislación son a veces señas indirectas de que en la legislación medieval existieron efectivamente novedades. Tales protestas condujeron, al producirse un cambio de soberano, en determinados casos, a que una ley todavía más nueva reimplantara el derecho antiguo <sup>50</sup>. Las protestas, en tal contexto, constituyen una confirmación de la doctrina de Kern, quien afirma que en la edad media el derecho antiguo era mirado como el buen derecho.

Según Kern, la reforma legislativa en la edad media era considerada "reimplantación del buen derecho antiguo, no evolución ni revolución, sino reforma" <sup>51</sup>. Pero, ¿fue tal idea realmente sólo medieval? Aún hoy día existen innovaciones que se califican de reformas: reforma de la ejecución penal; reforma del derecho matrimonial; reforma territorial.

Por ello, a pesar de toda la afinación que entretanto ha ganado la sistemática jurídica, de la traslación de peso entre distintos ámbitos jurídicos, de la aceleración en la velocidad de las reformas e, incluso, a pesar del cambio en los intereses políticos, del tratamiento de materias totalmente nuevas y de un deterioro de la cultura lingüística legal, yo creo en una continuidad de legislación y codificación en las naciones europeas desde el s. XII a la fecha. Es éste el sentido de la tesis afirmada, al comenzar, contra Kern: La legislación y las codificaciones constituyen en los países europeos una conquista de la edad media.

### III. CIENCIA

¿Qué tienen que ver la legislación y las codificaciones con la ciencia?

Veamos de nuevo, bajo este punto de vista, el *Constitutum usus* de la ciudad de Pisa, por ser la única codificación del s. XII y

<sup>49</sup> WALTER WILHELM, *Gesetzgebung und Kodifikation im 17. und 18. Jahrhundert in Frankreich*, en *Ius Commune* 1 (1967), p. 267.

<sup>50</sup> Para comprobaciones al respecto, vid. WOLF (Nota 2), pp. 551, 727 y 789.

<sup>51</sup> KERN (Nota 1), pp. 37 y 39, nota 1. Cfr. GERHARD DILCHER, *Gesetzgebung als Rechtserneuerung, Eine Studie zum Selbstverständnis der mittelalterlichen Leges*, en: *Rechtsgeschichte als Kulturgeschichte. Festschrift für Adalbert Erler* (Aalen, 1976), pp. 13-35.

por ser un precursor de la ola legislativa del s. XIII. Varios *sapientes* de la ciudad, que estuvieron encargados de la redacción del código, explican en un prólogo que, por una diversidad entre la ciencia y el intelecto (*ex diversitate scientie atque intellectus*) en tiempos distintos, hubo casos iguales y similares que fueron resueltos de muy diferente manera. Por ello los pisanos, que estaban empeñados, frente a todos los ciudadanos, en observar siempre la justicia y la equidad, se propusieron asentar por escrito las costumbres que seguirán en el intercambio que tenían con distintos pueblos, y que hasta entonces conservaban sólo en su memoria, —y ahora viene una importante formulación— para conocimiento de todos los que quieran conocer esto (*pro cognitione omnium ea scire volentium*)<sup>52</sup>. Lo que había que corregir, lo habían corregido los *sapientes* y distinguido los casos y cuestiones jurídicas derivados de las costumbres de los casos y cuestiones jurídicas derivados de las leyes, cuyo resultado consignaron por escrito. Así, tal volumen (*volumen*), elaborado (*compositum*) por ellos y luego confirmado (*confirmatum*) por los concejales, sería en seguida publicado<sup>53</sup>.

Vemos aquí una serie de elementos que confirman el carácter científico de esta empresa, a saber:

(i) recurso a especialistas; (ii) recopilación de material; (iii) corrección de errores; (iv) ordenación y refundición del material corregido; (v) confirmación por parte de los poderes políticamente competentes; (vi) publicación de los resultados.

Un procedimiento similar es posible verificar en otras innumerables legislaciones medievales.

Theodor Bühler hizo, en el primer volumen de su *Rechtsquellenlehre*, importantes observaciones acerca de la función de la *enquête* (lat. *inquisitio*) como puente entre oralidad y escritura. También Bühler formula el siguiente juicio: la necesidad de preocuparse del derecho vigente antes de pasar a la codificación, la preparación de esta legislación, pero con ello también la legislación misma es una tarea científica<sup>54</sup>.

Por ello no nos debe extrañar que los legisladores políticos hayan recurrido a expertos en derecho para la conformación del contenido de su legislación. Ellos no precisaron siempre ser juristas formados en altas escuelas.

En las codificaciones escandinavas del s. XIII y aún del s. XIV, fueron “Lagmänner”, es decir, portadores de la tradición jurídica,

<sup>52</sup> Hg. BONAINI (Nota 33), p. 813.

<sup>53</sup> Hg. BONAINI (Nota 33), p. 814.

<sup>54</sup> BÜHLER (Nota 23), p. 45, cita p. 54.

quienes tuvieron decisiva tarea en la redacción. Es el caso, por ejemplo, del islandés Jón Einarsson en el *Lögþók Islendinga*, de 1281. Pero ello no ocurrió así sólo en el norte. También en Francia se comprometió a *sapientes* en la fijación de las *coútumes*, a través de la *enquête*<sup>55</sup>. Incluso en el territorio central del derecho culto, en Nápoles, las *Consuetudines* se fijaron (1306) sobre la base del testimonio de doce hombres (*virii probi*) elegidos por la comunidad, antes de que el rey les confiriera fuerza de ley (*vim legum obtineant*)<sup>56</sup>.

A pesar de ello, la participación de los juristas letrados fue a todas luces decisiva en la legislación y en su renacimiento en los s. XII y XIII. En primer lugar y sobre todo es éste el caso de Europa meridional, es decir, de los territorios del fenecido antiguo imperio romano. Desafortunadamente, en muchos casos no conocemos quiénes redactaron las leyes. Como es sabido, Federico Barbarroja se hizo asesorar, para las leyes de Roncaglia, de 1158, por cuatro doctores boloñeses, Bulgarus, Martinus, Ugo y Jacobus. En la redacción del *Constitutum usus* pisano de 1160 participó —según lo presume Peter Classen— Burgundio, jurista letrado y uno de los *iudices publici*<sup>57</sup>. El emperador Federico II indica al legista Petrus de Vineia como redactor del *Liber Augustalis* (1231). Ramón de Peñafort, quien redactó las *Decretales*, de Gregorio IX, de 1234, que constituyen la primera recopilación del derecho canónico en ser dotada como un todo de vigencia legal, fue durante un tiempo *professor iuris canonici* en Bolonia. Sabemos también el nombre de quien asesoró al rey Santiago el Conquistador en sus codificaciones para los reinos de Valencia (1238/39) y Aragón (1247), y que redactó el *Vidal mayor*: Vidal de Cañellas<sup>58</sup>, un *consanguineus* del rey<sup>59</sup>, que estudió en Bolonia y que luego fue Obispo de Huesca.

<sup>55</sup> BÜHLER (Nota 23), p. 38.

<sup>56</sup> *Consuetudines Neapolitanae* (Neapoli, 1775), vol. 1, pp. 69/70, 153/154.

<sup>57</sup> CLASSEN (Nota 34), p. 313. Cfr. también PETER CLASSEN: *Burgundio von Pissa: Richter, Gesandter, Übersetzer* (SB Heidelberg, 1974, N. 4). Sin embargo, PETER WEIMAR, en ZSS. Rom. Abt. 93 (1976), pp. 551-553, manifiesta dudas de que Burgundio haya sido un jurista letrado.

<sup>58</sup> Después de ambos prólogos, el manuscrito comienza con las siguientes palabras: *Aquí comienzan los títulos del libro de los fueros que ha no(m)pne Vidal Mayor. Vidal Mayor, Traducción aragonesa de la obra In excelsis Dei thesauris, de Vidal Cañellas* (ed. por Gunnar Tilander, Lund, 1956), aquí, II, p. 12. Respecto del manuscrito cfr. C. M. KAUFFMANN: *Vidal Mayor, Ein spanisches Gesetzbuch aufs dem 13. Jahrh. in Aachener Privatbesitz*, en *Aachener Kunstblätter Heft 29* (Aachen, 1964), pp. 108-138.

<sup>59</sup> ANTONIO DURÁN GUDIOL, *Vidal de Cañellas, obispo de Huesca*, en *Estudios de edad media de la Corona de Aragón* (Sección de Zaragoza) 9, (1973), pp. 267-369, aquí p. 268.

Con toda seguridad se puede afirmar que los catalanes Ramón de Peñafort y Vidal de Cañellas se conocieron<sup>60</sup>. Hay tres argumentos en sustento de lo dicho: 1. Vidal aparece documentariamente el 8 de febrero de 1221 en la Universidad de Bolonia, donde él atestigua un préstamo del magister Ramón a dos estudiantes catalanes<sup>61</sup>. Pero, precisamente entre 1218-21 enseña Ramón de Peñafort como *professor iuris canonici* en la Universidad de Bolonia<sup>62</sup>. Nosotros podemos aceptar que él era el mentado *magister* Ramón. 2. Vidal legó, en su testamento, 30 morebetinos<sup>63</sup> al convento de los dominicos en Barcelona, al que había ingresado Ramón de Peñafort en 1222. 3. Ramón de Peñafort fue uno de los tres obispos a quienes el Papa encargó, en 1237, ocupar la sede episcopal vacante de Huesca en Aragón. La elección recayó en Vidal de Cañellas<sup>64</sup>.

Esta relación personal (¿profesor-alumno?), entre Ramón, redactor del código papal de 1234, y Vidal, el más famoso redactor de leyes de España del s. XIII<sup>65</sup>, no ha sido nunca observada en relación con su significación para la historia de la legislación europea. El *Liber extra* fue objeto de la historia del derecho canónico; pero los códigos aragoneses lo fueron de la historia del derecho español. Nuestra investigación secundaria muestra cuántos descubrimientos cabe aún hacer en el marco de la historia comparada de la legislación.

Los años 1273-81, que vieron aparecer algunos de los más importantes *statutes*, de Eduardo I de Inglaterra, marcan la presencia

<sup>60</sup> Vidal nació probablemente en Barcelona. DURÁN (Nota 59), p. 273.

<sup>61</sup> DURÁN (Nota 59), p. 274.

<sup>62</sup> STEPHAN KUTTNER, *Repertorium der Kanonistik* (1140-1234), (Cittá del Vaticano, 1937), p. 440.

<sup>63</sup> DURÁN (Nota 59), p. 281.

<sup>64</sup> DURÁN (Nota 59), pp. 276-278.

<sup>65</sup> Luego de la entrega de Valencia era Vidal, probablemente, uno de los consejeros nombrados del rey Jaime I, en la asamblea de obispos, magnates y ciudadanos que promulgó los *fori Valentiae* (octubre, 1238/marzo, 1239): ... *voluntate et consilio episcoporum Aragonum et Catalonie ... V (italis) Oscensis. ... duximus compilandas.* (*Fori Antiqui Valentiae*, ed. Manuel Dualde Sarrano, Madrid/Valencia, 1967, p. 4). Pocos años después, con ocasión de la promulgación de las *fori Aragonum* en la *curia generalis* en Huesca (fiesta de Reyes de 1247) fue, además, el dueño de casa en el lugar de las sesiones. Conforme a la doctrina vigente, Vitalis fue el redactor del primer Código aragonés (JOSÉ MARÍA FONT RIUS, *Código de Huesca*, en *Nueva Enciclopedia jurídica*, IV, Barcelona, 1952, pp. 298-303). La relación de los *fori Aragonum* con el *Vidal Mayor*, que probablemente redactó Vidal (v. nota 58), no está aún totalmente aclarada. Cfr. ARMIN WOLF: *Quelques remarques sur la relation entre les Fori Aragonum (1247), le Vidal Mayor et le Privilegio General (1283)*, en *Revue Historique de droit français et étranger* 51 (1973), pp. 724/725, y por último, ANTONIO PÉREZ MARTÍN (Nota 7), pp. 10-13.

del hijo de Accursius, Francisco, que antes y después de tal estancia fue profesor en Bolonia, prestando al rey inglés servicios extraordinariamente bien pagados<sup>66</sup>. Wenceslao II de Bohemia llevó en 1294 a su corte a un profesor de ambos derechos, Gozzius de Orvieto; él debía *instaurare scriptas leges* y, presumiblemente, redactó el derecho minero bohemio<sup>66a</sup>. ¡Basta de ejemplos! La ulterior investigación podrá con certeza llegar a nombrar más juristas letrados que actuaron como redactores de leyes y codificaciones de los s. XII y XIII<sup>66b</sup>.

También bajo otra perspectiva es la legislación de entonces un signo del efecto de la nueva ciencia. Ella pasó a ser objeto de enseñanza en las altas escuelas. El emperador Barbarroja envió la auténtica *Habita*, el privilegio de protección para los estudiantes y profesores itinerantes del derecho, a la Universidad de Bolonia, en 1155, y ordenó que fuera incorporada en el *Codex* de Justiniano, conformando una base textual para la enseñanza. Igual cosa hizo el emperador Federico II con las leyes del día de su coronación romana, en 1220. Inocencio III envió en 1209/10 la recopilación de decretales por él promulgados (*compilatio tertia*) a la Universidad de Bolonia. Honorio III, incluso, ordenó expresamente en 1226 el uso de la *compilatio quinta* para la práctica y la enseñanza.

A partir del s. XIII se comenzó a comentar por los juristas las nuevas obras de las legislaciones nacionales, partiendo por Sicilia<sup>67</sup>.

Más allá de la redacción de las leyes y de su enseñanza y comentario por juristas letrados, las leyes en un sentido fundamental, son expresión de un empeño científico.

En 1156 se quejaron ante el emperador Barbarroja el obispo, el clero y la ciudad de Augsburgo, de que ésta sería administrada *nullo certo iuris ordine*, a lo que el emperador reaccionó fijando el derecho ciudadano en la forma de un documento<sup>68</sup>. Vidal de Cañellas se quejó de que no existiera un texto seguro y auténtico acerca del derecho de los aragoneses. Esta carencia de una *scriptura certa*

<sup>66</sup> ERICH GENZMER, *Zur Lebersgeschichte des Accursius*, en *Festschrift Leopold Wenger* (München, 1945), vol. II, p. 233.

<sup>66a</sup> WOLF (Nota 2), p. 732 con comprobaciones.

<sup>66b</sup> Cfr. provisionalmente WOLF (Nota 2), pp. 556-558.

<sup>67</sup> *Constitutiones Regni Siciliae Liber Augustalis* (Nápoles, 1475, impresión facsimilar con introducción de Hermann Dilcher, *Mittelalterliche Gesetzbücher europäischer Länder in Faksimiledrucken* ed. por Armin Wolf, vol. VI), Glashütten, 1973). Esta edición contiene también las glosas Cf. la Introducción, pp. 19-21.

<sup>68</sup> MGH. D. F I N° 147. Vid. infra nota 96 y Hans Patze, *Stadtgründung und Stadtrecht*, en *Recht und Schrift im Mittelalter* (Vorträge und Forschungen 23, Sigmaringen, 1977), pp. 163-196, aquí pp. 187/188.

*vel authentica* debía ser remediada por el código que él elaboró<sup>69</sup>. Las *consuetudines Neapolitanae* (1306) fueron fijadas por escrito, como lo prueba su aprobación real, cumpliendo el deseo de una *seriosa scriptura*, y con el fin de una *certa memoria*<sup>70</sup>. También el *Ordenamiento de Alcalá* castellano de 1348 habla de dar *leyes ciertas*<sup>71</sup>.

Con ello quiero decir que la legislación es un documento de la ciencia, no sólo desde un punto de vista material o de contenido, sino también formalmente, en su carácter de documento autorizado, y con ello en su existencia como medio para un saber cierto.

Este espíritu se muestra también en la preocupación de guardar un tal texto seguro. Por un prólogo escrito por el rey Alfonso el Sabio de Castilla al *Libro de las Leyes* (1256/1258), precursor de las *Siete Partidas*, nos enteramos de que una especie de ejemplar original debía quedar en la corte real, a fin de sacar de él todas las copias y de poder decidir las dudas que pudieran surgir<sup>72</sup>. De modo parecido, en las *Consuetudines Neapolitanae* (1306) se dispuso el depósito de un ejemplar *pro certiori... cautelae suffragio... in archivo regalis Curiae*<sup>73</sup>. El manuscrito original de los *Statuta* de la ciudad de Marsella, que fuera conservado y usado desde aproximadamente 1275/80 hasta 1319 *in aula regii palatii*, se conserva aun<sup>74</sup>. De los *Statuta* de la ciudad de Trieste, de 1350, sabemos que debían confeccionarse tres ejemplares: uno para el archivo de la comuna, uno para el podestá y otro para el uso general, que se ubicó en la sede del ayuntamiento fijado con cadena<sup>75</sup>.

Al imprimirse, a partir de 1471, los más importantes códigos, se imprimió, tanto en Cataluña como Polonia y Portugal, en cada

<sup>69</sup> LACRUZ, José Luis, *Dos Textos interesantes para la historia de la compilación de Huesca*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 18 (1947), p. 540.

<sup>70</sup> *Consuetudines Neapolitanae* (Nota 56), pp. 69/70.

<sup>71</sup> CORTES (Nota 16), vol. I, p. 541, cap. 84: *Nuestra entencion e nuestra voluntad es que los nuestros naturales e moradores delos nuestros rregnos sean mantenidos en paz e en justicia: et como para esto sea mester de dar leyes ciertas por do se libren las contiendas e los pleitos que acaescieren entre ellos, et maguer que en la nuestra corte usan del Fuero delas leyes...*

<sup>72</sup> WOLF (Nota 2), p. 537 con prueba. ALFONSO GARCÍA GALLO, *Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso X*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 46 (1976), pp. 648/649, presume que en 1348 se destinó un ejemplar auténtico del *Fuero Real* en la Cancillería Real.

<sup>73</sup> *Consuetudines Neapolitanae* (Nota 56), pp. 179/180.

<sup>74</sup> Oferta del anticuario Nijhoff, La Haya, con una extensa descripción del manuscrito de Harry Bober (septiembre de 1978). Por esta indicación agradezco al Prof. Dr. Hans van de Wouw, Leiden.

<sup>75</sup> *Statuti di Trieste del 1350* (ed. Marino de Szombathely, Trieste, 1930), *Proemium*, p. 27.

caso, un ejemplar en pergamino para el archivo<sup>76</sup>. Ello muestra cómo había aún conciencia del carácter de documento del código.

Como resultado de esta tercera parte valga afirmar: La legislación, es decir, la fijación escrita del derecho en la forma autorizada del documento, y el aseguramiento del texto a través del archivo de un ejemplar auténtico constituyen —abstracción hecha del efecto de intereses políticos y económicos, que aquí no vienen a cuento— también un efecto del espíritu científico.

#### IV. RENACIMIENTO

¿En qué grado cabe verse en el impulso de la legislación a partir del s. XII un renacimiento?

Renacimiento (*Renaissance*) quiere decir, obviamente, volver a nacer. La legislación, que comienza en los países europeos en los s. XII y XIII, no es en absoluto el inicio de la historia de la legislación, pues tuvo modelos de siglos anteriores a los que se conecta, luego de una interrupción durante un tiempo escaso en escritura y en documentación.

Se discute en la investigación si cabe considerar o no como legislación las capitulares de Carlomagno. Según François Ganshof, el texto escrito de las capitulares carolingias servía exclusivamente a la comunicación. Para la legislación propiamente importaba “sólo una cosa: el acto verbal”. Así llegó Ganshof a esta conclusión: “la pregunta acerca de si Carlomagno fue un gran legislador, tiene sólo esta respuesta: no”<sup>77</sup>. Pero Reinhard Schneider ha demostrado contra Ganshof, de modo convincente, según me parece, que de todos modos cabe reconocer a una serie de capitulares la “forma escrita de promulgación”<sup>78</sup>, lo que quiere decir que cabe reconocerles también el carácter de ley.

A pesar de ello, es apenas posible ver en las legislaciones europeas a partir del s. XII un renacimiento de las capitulares carolingias. En todo caso, y abstracción hecha de la *Constitutio de Expeditione romana*, falsificada hacia 1160 en tiempos de Barba-

<sup>76</sup> Cataluña (*Usatges de Barcelona*), 1945; Polonia (*Statut Laskiego*), 1506; Portugal (*Ordenações Manuelinas*), 1512/13.

<sup>77</sup> François Louis Ganshoff, *Was waren die Kapitularien?* (Darmstadt, 1961), p. 158.

<sup>78</sup> REINHARD SCHNEIDER, *Zur rechtlichen Bedeutung der Kapitularientexte*, en *Deutsches Archiv* 23 (1967), pp. 273-294. REINHARD SCHNEIDER; *Schriftlichkeit und Mündlichkeit im Bereich der Kapitularien*, en: *Recht und Schrift im Mittelalter* (Vorträge und Forschungen 23, Sigmaringen, 1977), pp. 257-279, cita p. 279.

roja, y librada posiblemente en 790 por el rey Carlos, no percibo ninguna consciente conexión con la legislación carolingia <sup>79</sup>.

Si y en qué medida la alta edad media tuvo una conexión con la legislación de los reinos de la "Völkerwanderung", es cosa acerca de la cual se ha investigado poco hasta la fecha. En Inglaterra se lleva a cabo hacia 1120 una colección de leyes de reyes anglosajones, el así llamado *Codex Roffensis*. La existencia de esta colección confirma, pues, que el s. XII tenía evidentemente cierto interés en las viejas leyes anglosajonas. Pero al ser el *Codex Roffensis* la única constancia para muchas leyes anglosajonas, puede afirmarse que el interés y el efecto de esta colección no deben haber sido excesivamente grandes <sup>80</sup>.

En España, Fernando III de Castilla y León ordenó en el año 1241 una traducción al castellano de la *Lex Wisigothorum*, que viene del s. VIII, la que fue concedida, como *Fuero Juzgo*, a la ciudad de Córdoba, conquistada a los moros, y luego también a otras ciudades (Sevilla, Murcia, Alicante, Jerez). Esta ley, de antigüedad cercana al medio milenio, sin embargo, era en parte inaplicable e incomprensible, y fue luego, en algunas partes, sustituida por el nuevo *Fuero Real* <sup>81</sup>.

El derecho longobardo en Italia mostró cierta continuidad. Pero, en este caso, cabe que en el s. XII percibamos antes un retroceso que un renacimiento <sup>82</sup>.

Al coronarse en Solothurn, en 1038, al rey burgundo que sería después emperador bajo el nombre de Enrique III, él renovó la vigencia del primer libro de leyes longobardo, la *lex Gundobada* (480/501). Pero ya entonces tal ley era calificada como "largo tiempo fuera de uso y casi aniquilada" <sup>83</sup>. Incluso cuando, siglos después,

<sup>79</sup> MGH. *Const.* 1, N° 447. Tampoco constituye una conexión consciente con la legislación carolingia el hecho de que el Espejo de Sajonia, escrito en el s. XIII, haya sido considerado, desde poco después de escrito, como un código emanado de Carlomagno. Cfr. WOLF (Nota 2), pp. 536 y 591.

<sup>80</sup> WOLF (Nota 2), p. 784, con comprobaciones. Por lo demás DIRK KORTE: *Rechtbücher des 6. bis 12. Jahrhundert* (Archiv f. vergleichende Kulturwissenschaft 10, Meisenheim, 1974), p. 101, afirmó: que ya en "las primeras leyes anglosajonas... el orden de la materia... si no sistemático, es por lo menos lógico" y que (p. 103), estas leyes "son más racionales y mucho menos originales de que generalmente se acepta". Por lo demás, no constituían "cerradas exposiciones del ordenamiento jurídico, ni siquiera de partes de él".

<sup>81</sup> WOLF (Nota 2), p. 670 con comprobaciones.

<sup>82</sup> PETER WEIMAR, *Die legistische Literatur des Glossatorenzeit*, en: *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Vol. 1: *Mittelalter* (ed. por Helmut Coing, Munich, 1973), Vol. I, pp. 129-260, aquí, pp. 134 y 165.

<sup>83</sup> WOLF (nota 2), p. 627, con comprobaciones.

podieron verificarse, como lo demostrara Walliser<sup>84</sup>, elementos básicos del derecho burgundo en el derecho de Solothurn, con seguridad podemos afirmar que no cabe ver en ello una *renaissance* del derecho de los reinos germanos del tiempo de las grandes invasiones.

Pero, en todo caso, la legislación de los pueblos europeos a partir del s. XII puede ser considerada como renacimiento en relación con la antigua legislación del emperador Justiniano. Esto se puede demostrar con todo un conjunto de ejemplos, de los cuales sólo puedo exponer algunos. Barbarroja envió la *Authentica Habita*, en 1155, a la Escuela de Bolonia, con la orden de insertarla entre las leyes imperiales del *Codex* de Justiniano. En ello se vio un "acto demostrativo de señalar ostentosamente la conexión de la legislación de Barbarroja con la de Justiniano, y de subrayar la continuidad ininterrumpida"<sup>85</sup>. En la Dieta de Roncaglia de 1158 el Arzobispo de Milán, Ubaldo, saludó a Barbarroja con citas del *Codex Justinianus*: "Debes saber, en consecuencia, que se te ha transferido todo el derecho del pueblo, de crear leyes. Tu voluntad es ley, como se dice (en el *Codex*): "Lo que place al príncipe, tiene fuerza de ley (*quod principi placuit, legis habet vigorem*), porque el pueblo le ha comunicado a él su poder de mando y su potestad"<sup>86</sup>.

El *Codex Justinianus*, cuyos primeros nueve libros eran de nuevo totalmente conocidos a inicios del s. XII, pasó a ser, en distintos grados de intensidad, modelo de las codificaciones a partir del s. XII. Un notorio apoyo en las leyes introductorias *Haec, Summa* y *Cordi* del Código de Justiniano de 528/534 lo encontramos en el Prólogo al *Constitutum Usus* pisano de 1160 con la explicación de que, en el deseo de suprimir contradicciones que presentaba el derecho vigente hasta la fecha, se había constituido una comisión, que debería corregir lo necesario y refundir las *constituciones* en un tomo (en Justiniano *codex*; en Pisa *volumen*), y que tal colección sería confirmada y publicada sólo por una autoridad política. Las leyes que pudieran encontrarse fuera de este volumen quedarían en el futuro sin vigencia<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> PETER WALLISER, *Burgundische Rechtskultur im alten Solothurn*, en *Jahrbuch für Solothurnische Geschichte* 26 (1953), pp. 205/206.

<sup>85</sup> WINFRIED STELZER, *Zum Schlarenpivileg Friedrich Barbarossas (Authentica "Habita")*, en *Deutsches Archiv* 34 (1978), pp. 123-165, cita p. 154. Acerca de la fecha: (1155 en vez de 1158), pp. 152/153.

<sup>86</sup> MGH. SS rer. Germ. 46, p. 236. Ubaldo cita aquí C. 14.12.3 y C. 1.4.1.

<sup>87</sup> Cfr. supra, nota 37.

El *Liber Augustalis* del emperador Federico II de 1231 se apoya también por lo que respecta a la *Institutatio*<sup>88</sup>, como asimismo a la exigencia de inquebrantable vigencia *in futurum* y de aplicación dentro y fuera de los juzgados (*in iudiciis vel extra iudicia*)<sup>89</sup>, en el *Codex Justinianus*<sup>90</sup>.

En Aragón, Vidal de Cañellas explica, en el prólogo a la *Compilatio maior*, que él, cumpliendo un mandato del rey, había ordenado los *fori* (leyes del país) en libros y títulos, y que habiendo él imitado al respecto, lo más posible, la división del *Codex* y de las *Pandectae*, había dividido la obra, en correspondencia con el *Codex*, en nueve libros, y escogido los títulos a la manera de las *Pandectae*<sup>91</sup>. La codificación de los *Fori Aragonum* de 1247, que está con la *compilatio maior* en una conexión aún no totalmente aclarada, tiene, originariamente, sólo 8 libros; pero es aquel Código de la edad media el que de modo más claro se apoya en el *Codex* de Justiniano. Las reformas del sucesor del rey Jaime el Conquistador constituyeron el contenido primero, de un noveno, y luego de los libros décimo, undécimo y duodécimo. Cuando, sin embargo, en tiempos del rey Martín, a principios del s. XV, se alcanzaron los doce libros del completo Código justiniano, se agregaron nuevas reformas, pero sin que prosiguiera la numeración correlativa.

En qué grado haya entrado, en la edad media, derecho material justiniano en las codificaciones de los países europeos, es cosa que hasta la fecha no se ha estudiado de manera comparada. La historia de las codificaciones europeas se encuentra recién en sus inicios. Pero, ciertamente, en la fundamentación de las legislaciones, en el proceso de redacción, en el ordenamiento de las materias y en formulaciones individuales, es posible verificar el renacimiento

<sup>88</sup> *Imperator Fredericus Romanorum Cesar semper Augustus, Ytalicus, Siculus, Jerosolimitanus, Arelatensis, felix, victor, ac triumphator . . .*, en *Mittelalterliche Gesetzbücher* VI (Nota 67), Hoja 6. Asimismo conforme a la ed. de Cajetanus Carcani, Neapoli, 1786, p. 1.

<sup>89</sup> El pasaje entero y conclusión del Proemio dice: *Praesentes igitur Nostris nominis sanctiones in regno Nostro Siciliae (tantum) volumus obtinere, quas, cassatis in regno praedicto legibus et consuetudinibus his Nostris constitutionibus adversantibus antiquatis, inviolabiliter ab omnibus in futurum observari praecipimus, in quas praecedentes regum Siciliae canctiones et Nostras iussimus esse transfusas, ut ex eis, quae in praesenti Nostrarum constitutionum corpore minime continentur, nec robur aliquod neque auctoritas aliqua in iudiciis vel extra iudicia possint assumi: Die Konstitutionen Friedrichs II. von Hohenstaufen für sein Königreich Sizilien* (ed. y trad. por von Hermann Conrad, Thea von der Lieck-Buyken und Wolfgang Wagner, Köln/Wein, 1973), p. 4.

<sup>90</sup> Justiniano dice en la *Constitutio Cordi*: *per omne tempus, o in omnibus rebus et iudiciis*.

<sup>91</sup> LACRUZ (Nota 69), pp. 540/541.

de ideas y de prácticas justinianas. En tal sentido, el poderoso impulso que toma la legislación a partir del S. XII es indudablemente un renacimiento. La "Conquista de la edad media" que es como yo he designado a la legislación en los países europeos, puede ser considerada, sin embargo, también como la toma y la apropiación de modelos más antiguos.

## V. EL S. XII

Debemos, por último, enfrentar la cuestión de por qué este renacimiento tuvo lugar precisamente en el s. XII. La respuesta a esta pregunta es extraordinariamente difícil, si no imposible.

Una explicación monocausal sería ciertamente insatisfactoria. El hecho de que el *Codex* de Justiniano fuera vuelto a ser conocido en su integridad en Italia a principios del s. XII no puede explicar por sí solo por qué fueron tantos los países y las ciudades libres de Europa que, en los s. XII y XIII, empezaron a codificar su derecho. ¿Por qué el *Codex* no fue descubierto 200 años antes o 200 después? ¿Fue esto coincidencia? Tal explicación sería aún menos satisfactoria. Con seguridad se precisó también de una determinada mentalidad para que, a partir de un texto antiguo redescubierto, se generara un renacimiento de la codificación.

Probablemente, sin embargo, no son sólo las explicaciones monocausales, sino la mayoría de las explicaciones causales las que resultan insatisfactorias. Me parece más satisfactorio observar en qué conexión funcional se encuentran el renacimiento de la legislación y su expansión por Europa a partir del s. XII<sup>92</sup>.

Al respecto quisiera hacer referencia a un solo aspecto: La historia de la legislación de los países europeos es un aspecto parcial del proceso de formación del estado. Una parte fundamental de la antigua legislación trataba de la organización de tribunales y del procedimiento; el derecho material de otras zonas del derecho era codificado a veces dentro del derecho procesal. Al mismo tiempo, se crearon tribunales, en que pasaron a desempeñarse jueces letrados en vez de legos. Estos interpretaron las leyes conforme al método científico, aprendido en las escuelas. Junto con la construc-

<sup>92</sup> Cfr. al respecto las valiosas consideraciones acerca de *Facteurs de transformation des droit aux XII<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècles, Naissance et développement de la législation*, en JOHN GELISSEN: *La loi et la coutume dans l'histoire du droit depuis le haut Moyen Age*, en: *Rapports généraux au VI<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé* (Hambourg, Bruxelles, 1962), pp. 63-75.

ción de las organizaciones territoriales de tribunales, la legislación sirvió a la pacífica composición de los litigios en sustitución de la autocomposición y del duelo. En tal sentido, la legislación constituye un medio para la vigencia de la paz.

Patrick Wormald encontró para las codificaciones del tiempo de las "Völkerwanderungen" esta fina formulación: "Kings made law-codes, because law-codes made kings"<sup>93</sup>. En correspondencia, podemos decir, para el renacimiento de la codificación a partir del s. XII: Los estados territoriales en formación generaron leyes, porque las leyes generaban estados territoriales.

Tal como lo demostró Otto Brunner, "país . . . es un territorio de derecho unitario; y señorío, el dominio de un señor, no importando si muestra o no unidad de su derecho"<sup>94</sup>. Podemos, modificándola, transportar esta doctrina también a la legislación. Tal como se comportó el derecho frente al territorio, lo hizo más tarde la ley frente al estado.

Los territorios que, luego de los inicios del s. XII, se integraron gracias a una continua y común actividad legislativa, llegaron a constituir estados territoriales. Las costumbres y los libros de derecho no estuvieron vinculados a fronteras estatales; pero sí lo estuvieron las leyes. En el caso de la ley, el derecho es limitado conscientemente en cuanto a tiempo y lugar.

Como los ámbitos jurídicos de los países, también los ámbitos de la legislación de los estados eran unidades muy independientes de quien a la sazón mandaba. Cuando se llegaba a uniones personales —como entre Escocia e Inglaterra, entre Aragón, Castilla y los países vascos, etc.— los países mantuvieron su propia legislación. Incluso cuando se comenzó, en el s. XVIII, a pasar por encima de las antiguas fronteras jurídicas, y cuando Gran Bretaña y España quedaron sometidas a una legislación desde entonces unitaria, aun permanecieron en esos países partes del antiguo derecho y de la antigua legislación que mantuvieron su vigencia. El *Allgemeines Landrecht* prusiano no fue promulgado por el estado prusiano, sino que para los estados prusianos. Los movimientos regionalistas e incluso separatistas de hoy, desde los vascos y catalanes hasta Escocia, nos muestran cuán vivo se mantuvo a través de los siglos la conciencia de estos viejos territorios jurídicos independientes.

<sup>93</sup> PATRICK WORMALD, *Lex Scripta and Verbum Regis, en: Early Medieval Kingship* (ed. P. H. Sawyer and I. N. Wood, Leeds, 1977), pp. 105-138. Cfr. *English Historical Review* 94 (1979), p. 441.

<sup>94</sup> OTTO BRUNNER, *Land und Herrschaft* (Wein 4, 1959), p. 182.

Debemos figurarnos la historia de la legislación europea temprana como una serie de arranques e intentos en el curso de un largo período, hasta que la ley llegara a conformar el instrumento estatal, comprensible por sí mismo, tanto de la seguridad jurídica como de la reforma del derecho, tal como la conocemos hoy en día.

En el siglo XII nos encontramos sólo en los inicios de la legislación, y podría decirse que la ciencia, lo cual significa: juristas letrados en derecho romano y canónico, tuvo en tales inicios un rol decisivo, y no sólo en la redacción de determinados textos de ley, pues la misma idea de legislación, es decir, la formación del derecho a través de un proceso regulado y a través del aseguramiento de un texto auténtico y comprobable, está en relación directa o indirecta con el renacimiento del cultivo del derecho por letrados. Hay una expresión de Justiniano que nos muestra gráficamente la función creadora de derecho que llevan a cabo las leyes. La frase, ya usada por Barbarroja en el aviso de su elección al Papa Eugenio II en 1152<sup>95</sup>, fue referida en 1156 en Augsburgo, claramente al emperador<sup>96</sup>. Fue también traída a colación hacia 1188 en Inglaterra<sup>97</sup>; más tarde en otros países, desde Portugal<sup>98</sup> hasta Hungría<sup>99</sup>, con el

<sup>95</sup> MGH. Const. I, N° 137, p. 191. *Patrem patriae decet veneranda instituta regum vigilanter observare et sacris eorum disciplinis tenaci studio inherere ut noverit regnum sibi a Deo collatum legibus ac moribus non minus adornare quam armis et bello defensare.*

<sup>96</sup> MGH. D. F. I, N° 147: *...lacrimabilem querimoniam super hoc moveret, quod civitas nullo certo iuris ordine vel temino fungeretur. Proinde pius et catholicus imperator utpote non solum armis ornatus, sed etiam legibus armatus eos ex communi consilio, quo iure ex antiqua et legali institutione gubernari deberent, pronunciare precepit.*

<sup>97</sup> GLANVILL (Nota 20), p. 1, *Prooemium*, comienzo *Regiam potestatem non solum armis contra rebelles et gentes sibi regnoque insurgentes oportet esse decoratam, sed et legibus ad subditos et populos pacificos regendos decet esse ornatam, ut utraque tempora, pacis scilicet et belli, gloriosus rex noster ita feliciter transigat...* Cfr. también alrededor de 1250, Bracton, *De legibus et consuetudinibus Angliae: Quae sunt regi necessaria. In rege qui recte regit, necessaria sunt duo haec, arma videlicet et leges, quibus utrumque tempus bellorum et pacis recte possit gubernari* Ed. Georges E. Woodbine, (Cambridge, Mass., 1968), *Introductio*.

<sup>98</sup> *Ordenações Alfonsinas* (1454), Prólogo: *Todo o poderio, e conservação da Republica procede principalmente da raiz, e virtude de duas cousas, a saber, Armas, e Leys: Colção Antiga e Moderna do Reino de Portugal, Parte I, Vol. I (Coimbra, 1792), p. 3.*

<sup>99</sup> Matthias CORVINUS, *Decretum secundum*, párr. 1 (1464): *decet igitur reges, et principes, in quorum manibus populorum, urbiumque ius est, non modo armis populum sibi creditum fortiter tueri; sed etiam in iuribus, libertatibus et constitutionibus utilibus conservare. Corpus iuris hungarici, Magyar Törvénytár 1000-1895, vol. I (Budapest, 1899), p. 342. Cfr. también el *Decretum sextum*, párr. 1, del año 1486 (misma obra, p. 402) y el *Decretum tertium* del rey Vladislav II, de 1498 (misma obra, p. 592).*

fin de fundamentar una legislación. Como idea estaba ya en la constitución confirmatoria del *Codex* de Justiniano la Constitución *Summa* del 529<sup>100</sup>. Su forma definitiva la adquiere al principio de las *Institutiones* de Justiniano: "La majestad del emperador no sólo debe estar adornada con armas, sino también armada con leyes, a fin de que pueda gobernar rectamente en ambos tiempos, de guerra y de paz" (*Imperatoriam maiestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus et bellorum et pacis recte possit gubernari*).

En tal sentido, los países europeos deben al renacimiento de las ciencias en el s. XII, junto con el inicio de su legislación, también su propia existencia.

<sup>100</sup> *Summa rei publicae tuitio de stirpe duarum rerum, ar morum atque legum veniens vimque suam exinde muniens felix Romanorum genus omnibus anteponi nationibus omnibusque dominari tam praeteritis effecit temporibus quam dep propitio in aeternum efficiet, istorum etenim alterum alterius auxilio semper viguit, et tam militaris res legibus in tuto collocata est, quam ipsae leges armorum praesidio servatae sunt.* La idea para Macchiavelli no debe referirse sólo al Imperio Romano, sino que a todos los Estados, antiguos y modernos: *I principali fondamenti, che habbino tutti gli Stati, cosi nuovi, come vecchi, o misti, sono le buone leggi e le buone armi: e perche non possono esser buone leggi, dove non sono buone armi, e dove non sono buone armi, conviene che siano buone leggi...* (*Il Principe*, cap. XII).