

LOS APORTES DEL DERECHO PÚBLICO MEDIEVAL A LA TEORÍA DEL ESTADO Y DE LA CONSTITUCIÓN. (DIÁLOGO CON PAOLO GROSSI)

Raúl Pérez Johnston

I.- INTRODUCCIÓN

II.- UN ORDEN JURÍDICO GENUINAMENTE MEDIEVAL BASADO EN UN SISTEMA DE VALORES QUE REFLEJAN LA VIDA COTIDIANA

III.- EL ESTADO MEDIEVAL ¿DÉBIL O INEXISTENTE?

IV.- LA UNIFORMIDAD DEL DERECHO PÚBLICO EN LA EDAD MEDIA

4.1.- La teoría de la soberanía popular en el medioevo a través de casos concretos

4.1.1.- *El pueblo soberano en el Reino de Aragón*

4.1.2.- *La soberanía popular en el Reino de Francia*

4.1.3.- *La teoría de la soberanía del pueblo en el Imperio Germánico*

4.1.4.- *Las teorías de la soberanía popular en la doctrina medieval*

4.2.- El incipiente control de constitucionalidad de leyes en la Edad Media

4.2.1.- *El control de constitucionalidad en la Inglaterra medieval*

4.2.2.- *El control de constitucionalidad en el Reino de Aragón y la institución del Justicia*

V.- LA “INSULARIDAD” DE LA EDAD MEDIA

5.1.- La Edad Media como transición entre lo antiguo y lo moderno

5.2.- La evolución implica transición, no inmovilismo

5.3.- La Edad Media como anagrama de la civilización jurídica; 5.4.- La continuidad del derecho público medieval

VI.- LA TEORÍA MEDIEVAL DE LAS CORPORACIONES

6.1.- El Derecho Canónico, consecuencia de la gran comunidad cristiana

6.2.- El Derecho Canónico, clasificación en derecho divino y derecho humano, como consecuencia de la vida cotidiana del corporativismo medieval

6.3.- La teoría de las corporaciones, fundamento para el establecimiento de un derecho común

VII.- LAS FUENTES DEL DERECHO MEDIEVAL, ESPLENDOR Y OCASO DE UN SISTEMA

7.1.- La costumbre medieval como fuente del derecho

7.2.- La equidad como jurisdicción, consecuencia lógica del derecho canónico y del derecho natural

7.3.- El redescubrimiento de los textos griegos y romanos

7.4.- La “descomposición” del régimen medieval

VIII.- CONCLUSIÓN

I.- INTRODUCCIÓN.

1. El libro de Paolo Grossi, titulado *El Orden Jurídico Medieval*, es, según su autor, una monografía “elemental” sobre el sistema jurídico imperante en el medioevo; pero a pesar de las advertencias del autor de que dicho libro no debería caer en manos de conocedores de la Historia del Derecho en el medioevo¹, puntualiza una serie de concepciones muy agudas y audaces sobre lo que él entiende sobre la Edad Media como imagen de un sistema u orden jurídico determinado. Con la virtud de expresar mucho en pocas palabras, Grossi nos lleva a un viaje por medio del cual se nos da a conocer la idea muy particular que el propio autor tiene sobre este periodo tan particular de la historia de la Humanidad. Concepciones, que dentro de su audacia resultan algunas muy acertadas y otras un tanto controvertidas, en virtud de que a lo largo del libro, se presencia la lucha épica y constante del autor por tratar de derribar mitos en torno al periodo medieval, lucha

¹ Grossi establece textualmente sobre este punto a quienes debe dirigirse este libro: “(...) no son (...) ni los historiadores del Derecho, ni los juristas cultos, sino los estudiantes de una Facultad de Derecho, o juristas e historiadores que poco o apenas sepan del Derecho medieval.” PAOLO GROSSI, *El Orden Jurídico Medieval*, traducción de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 39.

que va incesantemente acompañada de “neologismos *grossianos*”, en virtud de que para dar coherencia científica a su texto, no duda en redefinir conceptos que para la ciencia del derecho estaban ya muy establecidos y en hacer a un lado aquellos que pudieran ponerlo en entredicho.

2. Así pues, retomando las ideas anteriores, *El Orden Jurídico Medieval* de Paolo Grossi, merece nuestra atención en razón de constituir un profundo análisis sobre el derecho en el Medio Evo, explicando éste como un sistema relacionado con la vida cotidiana de la Edad Media. En este sentido, Grossi peca de exceso de modestia al advertir, como ya se mencionó, al lector que dicho libro no debería caer en manos de “conocedores”, en razón de que a lo largo del desarrollo del libro se establece de manera por demás profunda, una concepción compleja sobre cómo entender el medioevo en función de las ideas del propio Grossi, queriendo evitar criticismo e interrupciones que podrían poner en peligro la comprensión del edificio grossiano. Si bien es cierto que se trata de una obra que por su eclecticismo intenta ser a la vez una obra al alcance de todos, pero también una que por su contenido suscite el interés de juristas especializados, también lo es que el contenido, aunque sea de manera involuntaria, se revela de un gran tecnicismo y conocimiento del Medio Evo, que no cualquier persona ajena al ámbito del derecho puede comprender. Los conceptos que expone Grossi en el libro en comento, son pues, como ya mencionamos, la concepción particular del autor sobre el Medio Evo; es la forma personal y hasta un tanto nostálgica de una época a la que el autor profesa en sus páginas un claro cariño, en donde el autor entabla un diálogo permanente y explicativo con el lector sobre sus ideas muy particulares en relación con el tema, al grado de que muchos términos de uso común los va acotando y dándoles un nuevo significado a lo largo de las páginas, en lo que ya denominados *supra* como neologismos grossianos. Así pues, con la debida proporción guardada, cuando entablamos la lectura de tal obra, ante el posible desconcierto sobre el desconocimiento de muchos aspectos del tema abordado y de tantos neologismos, nos sentimos como el gran Dante, desolado en esa selva espesa, áspera y oscura a la mitad del viaje de su vida, hasta que de pronto se aparece Virgilio y posteriormente, Beatrice, quienes lo reconfortan y lo guían a lo largo de ese viaje a través del infierno, el purgatorio y el paraíso; epopeya dantesca que constituye el medioevo jurídico a través de la travesía por las eras experimental y sapiencial. Es la experiencia de dicha epopeya, la que intentaremos narrar y comentar a lo largo de las siguientes páginas; es la experiencia medieval de Paolo Grossi. Atento a lo anterior, al mismo tiempo que iremos observando las posturas de Grossi sobre el medioevo, también iremos haciendo comentarios, e incluso planteando ese debate omitido a lo largo de la obra en comento, que pudiera fracturar la unidad de ese “viaje” ambicioso en el que Grossi toma la mano del lector y lo guía por “su medioevo jurídico”².

II.- UN ORDEN JURÍDICO GENUINAMENTE MEDIEVAL BASADO EN UN SISTEMA DE VALORES QUE REFLEJAN LA VIDA COTIDIANA.

3. El primer punto sobre el que Grossi construye la base de nuestro viaje, es el de la idea de la existencia de una “mentalidad genuinamente medieval”, la cual tiene una cierta uniformidad dentro del campo del derecho privado en un territorio comprendido básicamente por la Europa continental y más en específico, por la Italia centro-septentrional³. En este aspecto, hace un poco

² Sobre este aspecto, se pide una disculpa al lector en la medida en que la reflexión pudiera parecer un tanto desordenada, pero el objeto de dejarla así ha sido la de seguir, en la medida de lo posible, la ilación que Grossi hace de su esquema sobre el orden jurídico medieval, tocando así, los puntos más importantes de la obra analizada, en el orden en que lo va tocando el autor italiano, sin hacer, sin embargo, reiteración alguna sobre los temas, como él lo hace, en la medida en que analiza separadamente la etapa experimental y la etapa sapiencial del derecho medieval.

³ Grossi parte, para demostrar su teoría del ejemplo de las ciudades municipales de la Italia centro septentrional, ya que considera que esta es la región más significativa del Medio Evo Europeo, como expresión de una cultura jurídica. Esto al establecer: “(...) La región italiana constituye, para la historia del Derecho, un momento central y vital situado verdaderamente en el corazón de toda la dinámica histórica: baste pensar que aquel gran fenómeno europeo, al cual apuntaba hace un momento, el *ius commune*, es un fenómeno por sus orígenes y por su impronta exquisitamente italiano, que fue adquiriendo forma y contenido en el florecimiento italiano del siglo XII.” PAOLO GROSSI, *El Orden Jurídico Medieval*, p. 30. Sin embargo, la delimitación del concepto territorial de este *ius commune*, al cual Grossi se va a referir constantemente, como reflejo de una mentalidad medieval expandida por toda Europa, puede llevar a equívocos, ya que por ejemplo, Inglaterra parecería no estar contemplada enteramente

de lado el aspecto del derecho público, ya que cree encontrar en el derecho privado los signos inequívocos que reflejan esta “mentalidad jurídica circulante”⁴.

4. Así, el libro de Grossi permanece en el campo de las ideas y hace a un lado el aspecto político e histórico de los conflictos que rodean a la Edad Media y que fracturan en cierta medida esa unidad; sin embargo, esto no es, en nuestra opinión, sino por aquella voluntad muy positivista, en la que se desprende la influencia de grandes juristas italianos como Santi Romano, de separar los fenómenos políticos y sociales del derecho, aunque posiblemente es en la Edad Media en que esta separación, si es que podemos decir que la hay, es más ambigua.
5. El medio evo, es visto pues por Grossi como un *ordo iuris medievalis* el cual traduce como: “un valor inmanente, la naturaleza de las cosas, y un valor trascendente, el Dios creador de normas propio de la tradición canónica, uno en absoluta armonía con el otro según los dictados de la teología cristiana, constituyen un *ordo*, un *ordo iuris*. El Derecho es así “una dimensión óptica”, y la ciencia del Derecho, o el Derecho como ciencia, es la percepción o la declaración de ese *ordo* interno a la realidad, es *interpretatio* de algo que no se crea por el jurista, sino que más bien se declara o se hace explícito partiendo de un Derecho que está más allá de la pura interpretación, como algo que ella misma presupone.”
6. Grossi ve asimismo en dicha era, un concepto orgánico, vivo, “un tejido vivo de una realidad europea”, una concepción organicista; “la sociedad medieval es jurídica” y ello le da unidad. El Derecho es orden, orden ideal. Idea muy acorde al medioevo, tal como lo comenta Gierke: “El pensamiento medieval procedía de la idea de un Todo unitario. Por tanto, una construcción orgánica era tan familiar a ella, como una construcción mecánica y atomista le era originalmente ajena. Bajo la influencia de alegorías bíblicas y de modelos elaborados por escritores Griegos y Romanos, la comparación de la Humanidad en su conjunto y de cada grupo pequeño en un cuerpo animado era universalmente adoptada (...)”⁵
7. En este sentido, el medioevo es una mentalidad jurídica, en donde se funden todos los campos de la experiencia para la formación del derecho. Por ello es lógica la factualidad a la que el propio Grossi se refiere, puesto que la vida cotidiana, en la medida en que la atribución legislativa está más cercana a los distintos sectores sociales, ya que ellos, con un grado de autonomía son los que legislan, se hace evidente, puesto que el derecho es reflejo de todos los aspectos de la vida, al normar las conductas dentro de un determinado grupo o estamento y dentro de una jurisdicción

dentro de este esquema, ya que si analizamos las instituciones de derecho privado inglesas, sobre todo a la luz de la obra de autores como Ranulph of Glanville, (*Tractatus de Legibus & Consuetudinibus regni Angliae*, 1555) Henri de Bracton, (*De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, 1569), o Edward Coke (*The Institutes of the Laws of England*, 1628), encontraremos notables diferencias con ese *ius commune* europeo, aun cuando esta similitud fáctica del derecho con el derecho continental en realidad se pronuncie a través de las instituciones de derecho público, más que del privado.

⁴ Al respecto, el propio autor establece textualmente: “Los instrumentos más seguros nos parecen aquellos órdenes de la vida cotidiana (...): adopciones y tutelas, ventas y arrendamientos, testamentos y donaciones (institutos que hoy calificaríamos de Derecho privado) parecen las piedras más dignas de confianza para la edificación de este libro, los signos más expresivos de idealidad, de ideologías y convicciones tenazmente observadas y establemente inscritas en el tejido de una civilización histórica. Y eso por dos excelentes motivos: el primero, porque (...) expresan el Derecho como experiencia y mentalidad, y en segundo lugar, porque (...) estas estructuras son las que están menos condicionadas por injerencias de la autoridad y nos transmiten el mensaje más genuino de las fuerzas – espirituales, culturales, sociales – efectivamente circulantes en la sociedad.

He ahí por qué en nuestras páginas los aspectos públicos y penales de la dimensión jurídica tendrán una consideración menor. (...)”*Ibid.*, p. 29.

⁵ OTTO GIERKE, *Political Theories of the Middle Age*, traducción de F. W. Maitland, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1900, p. 22. (traducción del autor) Esta visión antropomórfica de la sociedad, perdurará incluso más allá de la Edad Media, al grado que en autores como George Buchanan y Johannes Althusius, en los siglos XVI y XVII, encontraremos enfoques organicistas del Estado. Al respecto, *vid.* GEORGE BUCHANAN, *De Jure Regni Apud Scotos or, a Dialogue Concerning the due Privilege of Government in the Kingdom of Scotland. Betwixt George Buchanan and Thomas Maitland*, Ed. Richard Baldwin, Londres, 1689, pp. 9-10 y JOHANNES ALTHUSIUS, *The Politics*, Ed. Beacon Press, Boston, 1964, pp. 197-199.

determinada. Por lo que en este sentido, podríamos decir, como lo hace Peter Häberle⁶, que el derecho encuentra una gran expresión cultural. Así pues, el derecho en la Edad Media es “democrático” o “naturalista”, para emplear un término *grossiano*, y no reservado a las élites académicas o universitarias como será el caso posteriormente, sobre todo a raíz de la “caída” del monopolio cultural de los monasterios y el esplendor de las primeras universidades en los siglos XII y XIII. Y por ello, se desprende también, de tal situación, la historicidad del derecho a que Grossi hace referencia. Al respecto, el profesor italiano, establece:

“(…) Por historicidad se entiende aquí la fidelidad de la representación jurídica hacia las fuerzas circulantes y operantes en la sociedad, por las cuales el tejido formal del Derecho – lejos de separarse de la sociedad a lo largo de su devenir – se adapta, por lo contrario, al discurrir de ésta, manteniéndose en estrecha adherencia con las necesidades y con la idealidad que emerge progresivamente en la vida asociada.”⁷

8. Así pues, a través de esta historicidad del derecho medieval, tal como nos lo hace entender acertadamente Grossi, la praxis y el dogma son uno, que se mezclan al grado en que en la Edad Media difícilmente se puede separar la doctrina de la experiencia, como ocurriría sobre todo en la Modernidad, ya que la praxis es la fuente de la doctrina, que se funden para conformar un todo unitario indisoluble; por ello, expresa el autor italiano:

“(…) El Derecho es la traslación de ciertos esquemas organizativos del instinto social al terreno más específico de los valores, y en cuanto percepción de valores, no puede dejar de ser recorrido por una tendencia a consolidarse, a echar raíces a menudo profundas, a convertirse incluso en esquema lógico, en sistema.”⁸

9. Grossi concibe entonces al sistema jurídico medieval como el reflejo de un sistema de valores, entre los que destacan, según él, un poder político incompleto, una relativa indiferencia del poder político hacia el derecho, con la relativa autonomía y pluralismo del mismo, y como consecuencia de esto, la factualidad o historicidad del derecho y la concepción de la imperfección del individuo y de la perfección de la comunidad.

III.- EL ESTADO MEDIEVAL ¿DÉBIL O INEXISTENTE?

10. En este contexto, como primera característica de este orden jurídico medieval historicista, Grossi parte de la idea de que el mosaico político en la Edad Media está fragmentado, habla atinadamente de poliarquía, para utilizar el término *hegeliano*, mientras que el tejido jurídico (del derecho privado) continúa conservando una substancial capacidad unitaria. Esto en opinión de Grossi, se debe a la debilidad notoria del Estado, ver incluso su inexistencia.
11. No obstante lo anterior, ¿podemos decir que el Estado no existe, en la medida en que pasa de una forma de Estado a otra? En nuestra opinión disgregamos del postulado del autor, ya que la Edad Media, no sólo tiene Estado como lo entendemos actualmente, sino que además es uno de los periodos más fecundos en ideas políticas de la historia, al grado que, como lo veremos más adelante, constituye una época fundamental para poder comprender incluso el derecho constitucional contemporáneo. Así, retomando la afirmación de Grossi con respecto a la inexistencia del Estado en el medioevo, podemos establecer sin problema, que por ejemplo, el paso de un centralismo a un federalismo no tiene por qué implicar el derrumbamiento total del

⁶ Al respecto, *cf.* PETER HÄBERLE, *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000.

⁷ GROSSI, *op. cit.*, p. 78. Esta historicidad del derecho medieval, se traduce, según nos comenta el autor, por una experiencia jurídica medieval, emanada de las soluciones peculiares que para los grandes problemas de derecho puso el medioevo dentro de sus distintos contextos históricos. En este sentido, la historicidad es esencia del derecho para Grossi, puesto que es “(…) su consistir en una dimensión misma del vivir asociadamente, expresión natural e inseparable de la comunidad que produciendo Derecho vive su historia en toda su amplitud.” GROSSI, *op. cit.* p. 41.

⁸ GROSSI, *op. cit.* p. 43.

aparato político. Grossi, opina al respecto que la levedad del poder político se manifiesta por una carencia de vocación totalizante del poder político en el medioevo ya que de las ruinas del aparato estatal romano no se edificará una estructura de la misma intensidad o cualidad; sin embargo, lo único que sucede en la realidad, es la existencia de una redistribución del poder político. Si el imperio romano, unitario y totalizante, puede verse como el prototipo del Estado que Grossi preconiza, en la Edad Media se da un fenómeno que llamaríamos la “democracia de las corporaciones”, ya que esta poliarquía consiste en el cúmulo de las distintas corporaciones económicas, militares, eclesiásticas, etc. quienes se reparten el poder con el monarca, quien ejerce un papel secundario⁹. La poliarquía, típica del Medioevo hace que el Estado sea particular, no que haya carencia de él como lo sostiene Grossi, aunque esté en lo correcto si tomamos en cuenta que él parte de la idea de un Estado totalizante, de ese *principatio* en el que la figura principal es el *Principe nuovo* que pregona Maquiavelo, idea del Estado con la que difícilmente concordamos.

12. Esto es así ya que lo anterior no quiere decir que este grado de autonomía implique un Estado menos fuerte, ya que en lugar de Nación unitaria, como en el Siglo XVIII, los comentaristas sobre la Edad Media, sobre todo en los países germanos (*vid.* Althusius o incluso la obra de Hugo Grotius), hablan de federalismo o de confederaciones, entendiendo de tal suerte el poder político como la suma de la unión de los distintos feudos del reino. Esto máxime si vemos que el derecho canónico va a contribuir ampliamente a dicha distribución “federalista” de las competencias del derecho público, en la medida en que pone como modelo y ejemplo a seguir, una organización administrativa interna extremadamente descentralizada, con las parroquias como células de dicha organización, a las cuales habrán de parecerse posteriormente los municipios medievales de la baja Edad Media¹⁰.
13. De tal suerte que en este caso, el poder político del Estado sigue siendo el mismo, aunque su repartición sea distinta del prototipo del Estado unitario maquiavélico, que veía en César Borgia, el hombre fuerte que pudiera personalizar el Estado y ejercer individualmente el derecho de soberanía, tal como afirmaría posteriormente Luis XIV, al sentenciar: “*L’État, c’est moi*”¹¹. Por ello, el significado que debe darse a la acepción de que el Estado es un sujeto político fuerte, no forzosamente debe implicar el que ese sujeto sea un solo hombre, una sola corporación o un único orden de gobierno, entendido como “el gran títere que mueve todos los hilos”.
14. Lo anterior, sobre todo si atendemos a las palabras del propio Grossi, en el sentido de que la actividad legislativa del Estado se centraba en el Derecho público, al considerar que para el legislador del Medio Evo, es de poca importancia la regulación del derecho privado, ya que considera su competencia meramente legislar en el ámbito del derecho público; con lo que, al haber una organización constitucional y administrativa, difícilmente podríamos aseverar una ausencia de Estado, tal como lo pretende el maestro florentino en la Edad Media. Al respecto, las palabras del propio Grossi son reveladoras con relación a este punto:

“(…) al legislador comunal el Derecho le interesa en un plano crudamente instrumental: lo que le interesa es establecer las reglas que hoy calificaríamos de Derecho

⁹ Esta idea de una distribución distinta del poder a través de las corporaciones en el Medio Evo, se refuerza con la opinión de Gierke, cuando expresa: “Era admitido por todas las partes (de la doctrina medieval) que el objeto del derecho público debe ser el de decidir sobre la distribución del poder, y siendo esto así, cada atribución de tipo político aparecía más claramente llevar el carácter de una competencia constitucional de alguna parte del cuerpo político para “representar” al Todo. (...) Todos estos puntos de la doctrina del Estado coincidieron con la doctrina de las corporaciones, y entonces, (...) el publicista no tenía más que hacer que tomar prestadas las nociones que habían sido elaboradas por los juristas en su teoría de las corporaciones.” OTTO GIERKE, *Political Theories of the Middle Ages*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1900, p. 61. (traducción del autor)

¹⁰ La idea de que el feudalismo es en sí una especie de confederación de señoríos feudales, en donde el Rey está a la cabeza de una serie de pequeños Estados soberanos dentro del ámbito de su competencia, es apoyada también por JEAN BRISSAUD, *A History of French Public Law*, traducción al inglés de James W. Garner, Ed. Little, Brown and Company, Boston, Mass., 1915, p. 210 y ss.

¹¹ El Estado, soy yo.

“constitucional” y “administrativo”, es decir, las concernientes al aparato organizador del poder, y de Derecho “penal”, dedicando al Derecho de la vida cotidiana una atención dispersa y desorganizada.”¹²

15. Lo mismo sucede con el concepto de soberanía, puesto que no se puede decir que no existe un concepto de soberanía como tal en la Edad Media, por el simple hecho de considerar restrictivamente la soberanía como esa concentración del “... poder absoluto y perpetuo de una república*...”¹³, ya que no forzosamente la soberanía debe recaer, una vez más, en un solo sujeto o corporación. Asimismo, la indiferencia del monarca frente al derecho se va a justificar en la medida en que las atribuciones legislativas estén distribuidas entre los distintos factores reales de poder. Así como estaría en la competencia del monarca, la emisión de leyes o decretos que establecen derechos y prerrogativas a favor de ciertos grupos de personas, como el caso más notable de la legislación del Rey Juan de Inglaterra, quien emitiera *Magna Charta* en 1215, no sería extraño que si entendemos la fragmentación del poder en la Edad Media como una distribución del poder político de forma parecida a una confederación, que las villas, ciudades o burgos, pudieran emitir legislación sobre su administración interna y sobre las reglas de conducta sociales dentro de dicha comunidad, o que un gremio, como el de los comerciantes, pudiera emitir estatutos por los que se regula la actividad comercial, formas y métodos de impugnación en casos de incumplimientos, etc.¹⁴, llegando inclusive al grado, de reconocer, sobre todo en tratándose de tribus antiguamente germánicas, sin derecho escrito, aunque esto dentro de la doctrina italiana (desde grandes teóricos como Santi Romano o Norberto Bobbio hasta la actualidad) pudiera ser más difícil de encuadrar, la costumbre y al derecho divino o natural como fuente de derecho.
16. Esto máxime si se parte de la idea, que Grossi comparte, de un orden medieval de corporaciones, en donde cada una de ellas se diferencia de las demás en la medida en que tiene derechos distintos; por tanto, dentro de esa concepción, lo lógico, es que cada corporación se arregle entre ella; así la legislación y la justicia, quedaría a cargo de los “pares”. En tal medida, no forzosamente debe concebirse la pluralidad de la legislación como una falta total de interés de parte del Estado hacia el derecho, sino que lo que sucede en la Edad Media, en cierta medida, es una distribución *sui generis* de la importancia de las fuentes del derecho así como de la atribución legislativa, en donde sería sobre todo esa distribución la que diera una característica esencial al Medio Evo, más que el concebir que en la Edad Media hay un relativo desinterés del Estado (como poder central), hacia el derecho. Además, no debe olvidarse tampoco, que la concepción del monarca y de sus atribuciones en la Edad Media es un tanto distinta a lo que ocurrirá con el Estado moderno surgido de las teorías de Maquiavelo y Bodino, ya que en términos generales, el monarca es el árbitro de la vida social, en la medida en que es quien ejerce la *iurisdictio*, sin llegar a equiparar esta actividad, por supuesto, con ninguna concepción de poder neutro o moderador como después lo haría Benjamin Constant, dejando la actividad legislativa a las competencias de los distintos órdenes del reino; de tal suerte surgen los parlamentos en toda la Europa medieval y un sistema limitado y mixto de distribución del poder, que darán paso, posteriormente, a los conceptos modernos de la división de poderes.
17. Por ello, no sólo no estamos de acuerdo con el postulado de Paolo Grossi, sino que además, podemos decir, que esta “ausencia del Estado” resulta contradictoria con parte de sus propios postulados, en el sentido de que él trata de evitar y critica severamente la carga inconsciente que

¹² GROSSI, *op. cit.*, p. 229.

¹³ “* *Majestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas.*” JEAN BODIN, *Los Seis Libros de la República*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000, Lib. I, cap. VIII, p. 47.

¹⁴ Esta cuestión se corroboraría por el hecho de que el propio Grossi reconoce (p. 145) que la ley en el Medio Evo, es una cuestión substantiva, no de forma como estamos acostumbrados a ver en la postmodernidad, ya que para ser *lex* debe atenderse a la materia, no a quién y cómo la emite, y si tomamos en consideración el mismo concepto de Grossi, del sistema jurídico medieval como expresión de la vida cotidiana, era lógico que el Estado, que busca en el Derecho, la expresión de su identidad cultural, “distribuyera” las atribuciones legislativas en los grupos que estuvieran en contacto con dicha experiencia.

la visión contemporánea del derecho imponen al jurista que analiza una época histórica diferente, con las consecuentes y engañosas analogías entre una época y otra. En este sentido, al afirmar la “levedad del poder público”, Grossi está cayendo en aquello que quiere evitar, ya que está identificando al derecho público como un “conjunto de preceptos y al productor del derecho a la autoridad provista de eficaces poderes de coacción” y, por tanto, cae en ese “monismo rígido en el ámbito de las fuentes” del derecho público, que él mismo critica y hace a un lado con el objeto de demostrar la validez de su teoría. Por lo que, parafraseando a Grossi (pp. 226-227), se trata seguramente de la incoherencia de un gran hombre: una incoherencia que nace de que Grossi no consiguió liberarse totalmente de la propia conciencia postilustrada y estatalista, sin pensar de prevenciones y prejuicios en la teoría romaniana de un Estado unitario y totalizante.

18. En consecuencia, en este sentido, más que ausencia de poder político, hay una distribución *sui generis* del mismo. Esta distribución peculiar era bastante compleja y refleja asimismo, una cierta unidad por cuanto a sus características en casi toda Europa.

IV.- LA UNIFORMIDAD DEL DERECHO PÚBLICO EN LA EDAD MEDIA.

19. Para demostrar lo anterior, precisaremos brevemente dos ejemplos de la uniformidad del derecho público medieval: en primer término, la soberanía y la sujeción del monarca al pueblo; y en segundo lugar, el reconocimiento de la supremacía de un orden jurídico (leyes fundamentales del reino) frente al monarca y la existencia de un incipiente control de constitucionalidad de los actos de autoridad en el sistema jurídico medieval.
20. En este sentido, tal como lo expresa atinadamente el propio Grossi, la revolución filosófico-teológica del siglo XIV, lleva a nuevas alturas el concepto de universalismo al considerar al pueblo como una unidad y por tanto, como al sujeto a quien compete la potestad normativa por excelencia, por lo que la *lex* se convierte en *constitutio populi*, ligada al *consensus* de la comunidad, dejando a los individuos, con la mera tarea de obedecerla y hacerla cumplir, de lo que se desprende una supremacía del pueblo como corporación frente a los demás. Así pues, el que puede instituir puede abrogar¹⁵, y por lo mismo, hasta la autoridad estaría sujeta al control del pueblo, originando el concepto de soberanía popular y de contrato social¹⁶. En este sentido se

¹⁵ *Cuyus est instituere eyus est abrogare*. Para mayor desarrollo sobre este principio, puede consultarse la obra de ALGERNON SIDNEY, *Discourses Concerning Government*, editado por F. Darby en Bartholomew Close, Londres, 1704.

¹⁶ “(...) Es una parte esencial de la libertad, que las cuestiones sean administradas bajo el consejo y autoridad de aquellos que deben soportar su riesgo: ya que (es un antiguo dicho) que “lo que concierne a todos debe ser aprobado por todos.” FRANÇOIS HOTMAN, *Franco-Gallia: or, an account of the ancient free State of France, and most other parts of Europe, before the loss of their Liberties*, Ed. Edward Valentine, Londres, 1721, cap. X, pp. 66-67; (traducción del autor). En sentido similar, años después, en el siglo XVII, Johannes Althusius establecería lo siguiente: “(...) Es justo que lo que concierne a todos, sea resuelto por todos.” JOHANNES ALTHUSIUS, *The Politics*, Ed. Beacon Press, Boston, 1964, p. 85. (Traducción del autor). Esta idea, según Otto Gierke, es algo que proviene incluso desde de la Edad Media, por lo que para los siglos XVI y XVII, en que escribirían Hotman y Althusius, esto ya sería un pensamiento adquirido y normal para todo aquel que escribiera sobre el tema; al respecto, *cf.* OTTO GIERKE, *Political Theories of the Middle Ages*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1900, p. 44. Esto se refuerza con lo que el propio Gierke establece en relación con el origen de la idea del contrato social y de la superioridad del pueblo sobre el príncipe, mediante un contrato en el que se provocaría un mero usufructo de la soberanía al monarca, reteniendo su posesión original el pueblo, y que se desprendería de las ideas de los glosadores, tal como nos lo manifiesta el autor en comentario: “(...) la segunda de las explicaciones propuesta por los Glosadores [para el texto clásico referente a la *Lex Regia*] – meramente la doctrina de que el pueblo otorgaba al monarca el mero “uso” del poder supremo – surgió, cuando se desarrolló consistentemente la idea de la soberanía popular pura: una soberanía que permanecía en el pueblo a pesar de la institución de un monarca. Ciertamente, que incluso los que abogaban por este sistema sostuvieron rápidamente el pensamiento – y la idea de un contrato con el gobernante lo favorecía – que la relación entre pueblo y gobernante era una relación legal bilateral, que confería al gobernante un derecho independiente de señorío, del cual no podía ser privado mientras fuere fiel al pacto. Sin embargo, independientemente de la forma de gobierno, el pueblo siempre era el verdadero soberano, y esto era expresamente establecido por la máxima “*Populus maior principe*”. De lo que se desprendería generalmente la idea de que la

entiende que la *lex* y la *iurisdictio* del príncipe pertenecen a un orden jurídico superior, lo que genera una idea de soberanía originaria, ya sea de Dios con la Iglesia (en tratándose del poder espiritual y temporal de la Iglesia), o de los hombres, en los casos del poder político de los reyes.

21. En este tenor, la concepción de constitución en la Edad Media, se empieza a entender como un documento que tiende a limitar el poder del soberano. Al respecto, el maestro Tamayo y Salmorán establece:

“Existe, así, en el origen de la concepción del *pactum subjectionis* la idea de establecer las bases y límites del *gubernaculum* (arbitrio del gobernante) y los derechos de los súbditos, las viejas leyes y costumbres del reino (*id est*, la *Common Law*: la *iurisdictio*). Era en cierto sentido la *lex regia* (...) aquella por la cual el *populus* otorgaba la potestad al *princeps* conservando, sin embargo, ciertos privilegios y libertades otrora obtenidos en las cartas otorgadas a sus villas o ciudades o por costumbre consentida por el *princeps*. Ya no hay más sumisión sin condición, sino un pacto, una *constitución* de la que nacen, para cada una de las partes, derechos y obligaciones. Éste es el efecto principal de estas cartas o constituciones. Un efecto secundario sería importante: la idea de que mediante estos pactos se establecen límites al *gubernaculum*, límites al arbitrio del monarca. “Constitución”, desde entonces connotará: límite al ejercicio del poder. Algo que muy difícilmente podrá ser disociado de cualquier futuro significado de “constitución”.¹⁷

22. De tal suerte que en la medida en que las leyes fundamentales del reino, entendidas en la Edad Media como pactos de sujeción al monarca, con una base contractualista, son el reflejo de instituciones diseñadas a limitar el poder, creemos que existen bases para hablar de una uniformidad del derecho público en la Edad Media, tal como lo veremos a continuación con ejemplos concretos, puesto que tales leyes “constitucionales” o pactos de sujeción de las autoridades gobernantes, encuadrarían perfectamente con las características que pueden atribuirse a las constituciones modernas en la medida en que, tal como lo afirma K. Löwenstein, su finalidad es la creación de instituciones diseñadas a distribuir y limitar el poder.¹⁸ Por ello, en la medida en que de los ejemplos de la soberanía popular y de la supremacía de estas leyes fundamentales junto con un incipiente control de constitucionalidad de leyes y actos de la autoridad medieval, podamos desprender ese objeto de “domar al Leviatán”, es que podremos hablar con toda la extensión de la palabra de un derecho público en la Edad Media, el cual además, reviste características de uniformidad.¹⁹

4.1.- La teoría de la soberanía popular en el medioevo a través de casos concretos.

23. Esta tendencia, puede demostrarse a través de ejemplos prácticos, entre los que citaremos los del Reino de Aragón, del Reino de Francia y del Sacro Imperio Romano Germánico, así como un par de ejemplos doctrinarios.

comunidad retenía aún una potestad legislativa sobre el monarca y un control permanente sobre el ejercicio de los derechos de gobernar.” OTTO GIERKE, *Political Theories of the Middle Ages*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1900, p. 44. (traducción del autor). Las fuentes que Gierke utiliza para llegar a esta conclusión, son, entre otras, la obra de Baldo, Cino y Ockham.

¹⁷ ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN, *Introducción al estudio de la Constitución*, Ed. Distribuciones Fontamara, México, 1998, p. 58.

¹⁸ Abundando un poco sobre este punto, debemos decir que según el autor germano citado, la finalidad de una constitución por esencia es la de limitar el poder político. Al respecto, Karl Löwenstein escribió: “En un sentido ontológico, se deberá considerar como el *telos* de toda Constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político.” KARL LÖWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 1964, p. 151.

¹⁹ Sobre esta concepción, Cfr. KARL LÖWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 1964, p. 152 y ss.

4.1.1.- El pueblo soberano en el Reino de Aragón.

24. Del derecho foral aragonés, podemos desprender estas teorías de la soberanía popular y del gobierno limitado de los reyes. Sobre este punto, las palabras del maestro Jean Jacques Burlamaqui, son reveladoras:

“(…) Una nación puede requerir de un soberano, que se comprometa, mediante una promesa particular, no elaborar nuevas leyes, ni levantar nuevos impuestos para gravar ciertas cosas en particular, ni otorgar plazas y empleos mas que a un cierto grupo de personas, ni tomar bajo su presupuesto tropas extranjeras, etc. En dado caso, la autoridad suprema se encuentra limitada en esos aspectos, de tal forma que aun cuando el rey realice cualquier tentativa al respecto, contraria al compromiso formal que celebró, será nula y sin efecto. (...) Pero para una mayor seguridad sobre el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el soberano y que limitan su poder, resulta propio requerir explícitamente de él, que convenga una asamblea del pueblo, o de sus representantes, o de la nobleza del país, cuando haya cuestiones que sean materia de debate y que habrían sido concebidas impropias de dejarse a su decisión. O de otra forma, la nación puede establecer previamente un consejo, un senado, o un parlamento, sin cuya anuencia el príncipe será incapaz de actuar con respecto a ciertas cosas, que la acción haya considerado que no fuera idóneo dejar a su arbitrio.

25. La historia nos informa que ciertas naciones han llevado sus precauciones aún más lejos, insertando en términos simples en sus leyes fundamentales, una condición o cláusula, por la cual el rey declare renunciar a su corona si viola tales leyes. Puffendorf nos da un ejemplo de esto, tomado del juramento de fidelidad que el pueblo de Aragón hacía formalmente a sus reyes. *Nosotros, que tenemos tanto poder como vos, le hacemos nuestro rey, bajo la condición de que mantenga la inviolabilidad de nuestros derechos y libertades, y no bajo otras circunstancias.*
26. Es por medio de precauciones como éstas, que una nación realmente limita la autoridad que le confiere al soberano y asegura su libertad. Ya que, como hemos observado, la libertad civil debe ir acompañada no sólo por un derecho de insistir que el soberano haga uso debido de su autoridad, sino además, una certeza moral que ese derecho será efectivo. Y la única manera de hacer que el pueblo esté seguro de tal cosa, es mediante el uso de precauciones adecuadas contra el abuso del poder soberano, de tal suerte que tales precauciones no puedan ser fácilmente eludidas.”²⁰

²⁰ JEAN JACQUES BURLAMAQUI, *The Principles of Natural and Politic Law*, Ed. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1807, volumen II, pp. 47-48. (traducción del autor) Al respecto, la referencia del juramento de los fueros aragoneses, puede consultarse en SAMUEL VON PUFFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium, Libri Octo*, volumen II, traducción al inglés de C.H. Oldfather y W.A. Oldfather de la edición latina de 1688, Ed. The Clarendon Press, 1934, p. 1071. Igualmente, referencia sobre el pacto celebrado por el Rey ante el Justicia de Aragón aparece en FRANÇOIS HOTMAN, *Franco-Gallia: or, an account of the ancient free State of France, and most other parts of Europe, before the loss of their Liberties*, Ed. Edward Valentine, Londres, 1721, p. 71, aun cuando los términos del juramento varían, puesto que establece: “*Nos qui valemus tanto come vos, y podemos mas que vos, vos eligimos rey, con estas y estas condiciones: intra vos y nos, un que manda mas que vos.*” Ahora bien, sobre la forma que revestía el juramento del Rey de Aragón que nos presenta Hotman, hay que recalcar que es muy interesante la parte final del mismo en el que establece, como ya vimos las palabras: “*intra vos y nos, un que manda mas que vos*”, ya que representa la firma de un pacto entre el Rey (*vos*) y el pueblo (*nos*), en donde al momento de la firma, el monarca reconoce la supremacía del pueblo sobre su investidura (*un que manda mas que vos*), y de ahí, un principio de soberanía popular originaria, delegada mediante un mandato en un representante (el rey), quien debe atenerse a los términos estipulados en el mismo. Este último punto, se corrobora incluso con lo que Bodino escribirá tres años después a la publicación de *Franco-Gallia*, en su célebre obra *La República*, en seis libros, quien claramente trata de refutar el punto establecido por el profesor, jurista e historiador reformista. Sin embargo, la refutación de Bodin, se limita a establecer que en Aragón, tal costumbre ya no sigue vigente a la fecha, y que en Francia, al no existir la obligación del monarca de sujetarse a las leyes previamente establecidas ni a las costumbres antiguas, éste no está obligado a cumplirlas; sobre este aspecto, Bodin establece: “(…) y pese a todo cuanto se escriba sobre el reino de Aragón (haciendo alusión a Hotman), las formas antiguas que se observaban en este reino no se guardan ya, ni el rey reúne los estados, como me ha referido un caballero español.” JEAN BODIN, *Los Seis Libros de la República*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000, Lib. I, cap. VIII, p. 52. Así como: “El juramento de nuestros reyes, que es el más bello y breve que pueda

27. De tal forma, los municipios exigían el respeto de sus leyes fundamentales como condición de validez del acto de coronación. En tal virtud, en los fueros aragoneses, cada que un nuevo rey debía ser coronado, éste debía prestar juramento ante las autoridades del ayuntamiento y el Justicia, quien, como garante del orden constitucional, pronunciaba las frases sacramentales de la coronación en el sentido de que le hacían su rey bajo la condición de que respetara las leyes fundamentales de Aragón, y si no, no; lo que implicaba el derecho de los ayuntamientos de desconocer el acto de coronación y de reasumir su derecho originario de soberanía, en donde una vez más, se condiciona la lealtad del ayuntamiento o del reino a que el rey respete ciertos fueros o privilegios, que están por encima de su esfera de poder.

4.1.2.- La soberanía popular en el Reino de Francia.

28. Por su parte, en Francia, la potestad del príncipe al emitir legislación alguna, debía ser aprobada por la asamblea representativa de los distintos órdenes del reino, quienes aprobaban el actuar del Rey, puesto que los primeros, en tanto que representantes del *populus*, eran los detentadores originarios de la soberanía.²¹ En este sentido, no resulta difícil ver que también en Francia, tal como sucede en España, los Estados Generales se vean como el detentador originario de la soberanía, la cual radica en el pueblo a quienes representan y que la legitimidad de la autoridad real está condicionada al respeto de los actos de la asamblea, sobre todo en tratándose de

imaginarse, nada dice de guardar las leyes y costumbres del país, ni las de sus predecesores.” *Ibid.* p. 55. Pero a pesar de la refutación de Bodino, que lo lleva a justificar el poder absoluto del monarca, lo establecido por Hotman en relación con el reino de Aragón es válido en la Edad Media, y posteriormente, siempre y cuando, el Rey expresamente haya pactado con el pueblo en esos términos, ya que el propio Bodino, escribe: “De esta conclusión podemos deducir otra regla de estado, según la cual el príncipe soberano está obligado al cumplimiento de los contratos hechos por él, tanto con sus súbditos como con los extranjeros. Siendo fiador de las convenciones y obligaciones recíprocas, constituidas entre los súbditos, con mayor razón es deudor de justicia cuando se trata de sus propios actos... Su obligación es doble: por la equidad natural, que quiere que las convenciones y promesas sean mantenidas, y, además, por la confianza depositada en el príncipe, quien debe mantenerla, aunque sea en perjuicio suyo, ya que él es formalmente el fiador de la confianza que se guardan entre sí todos los súbditos.” JEAN BODIN, *op. cit.*, Lib. I, cap. VIII, p. 62. De lo que puede concluirse, que, incluso desde el punto de vista de los absolutistas que interpretaron a la Edad Media, en las monarquías en que se pactaban entre el rey y el pueblo los términos en que el primero habría de gobernar a los segundos, debe reconocerse un principio de soberanía originaria del pueblo, en la que éste, está por encima del rey, a pesar de los argumentos que pretende plantear Bodino para descalificar la validez del ejemplo traído a colación por Francisco Hotman y sus sucesores que hemos mencionado.

²¹ “(...) Todo el poder de administrar el reino estaba claramente investido en el consejo público, el cual, como dijimos arriba, se llamaba el “*placitum*”. Esto es porque el término *placitum** en el uso latino se refería a algo que había sido investigado y debatido por medio de consulta por varios hombres, y sobre lo cual finalmente habían llegado a un acuerdo, siendo resuelto por ellos. De ahí la expresión *placita philosophorum* utilizada por Cicerón y otros autores antiguos. Y como esto es así, no resulta absurdo, pienso, llegar a la conjetura (...) que la fórmula común, “*Quia tale est placitum nostrum*” [ya que tal es nuestro *placitum*], que el secretario del Rey usaba para concluir leyes y ordenanzas, deriva de esta palabra *placitum*. Ya que antiguamente todas estas leyes se escribían en Latín (...). Pero después, cuando los oficiales o secretarios reales empezaron a usar la lengua vulgar, sin querer, o tal vez artificiosamente, tradujeron la frase como, – *Car tel est nostre plaisir: ya que tal es nuestro placer.*” FRANÇOIS HOTMAN, *Franco-Gallia: or, an account of the ancient free State of France, and most other parts of Europe, before the loss of their Liberties*, Ed. Edward Valentine, Londres, 1721, pp. 83-84. (traducción del autor) Hay que notar sin embargo, que esta frase sacramental, con la que concluían todas las leyes o decretos de naturaleza legislativa, y que refleja la expresión de la voluntad general a través de los representantes del pueblo reunidos en una asamblea popular, fue variada para significar el absolutismo de los reyes en Francia, cuando, establecido el poder absoluto, firmaban “*Car tel est mon bon plaisir*”, guardando la forma, pero cambiando el sujeto del contenido, de tal suerte que significara ya no esa unión del pueblo y el rey para gobernar, sino el ejercicio del poder sin riendas de ningún tipo. Esto lo atestigua en cierta manera Jean Bodin, al establecer: “(El rey no puede estar sujeto a sus leyes.) Razón por la cual al final de los edictos y ordenanzas vemos estas palabras: *Porque tal es nuestra voluntad*, con lo que se da a entender que las leyes del príncipe soberano, por más que se fundamenten en buenas y vivas razones, sólo dependen de su pura y verdadera voluntad.” JEAN BODIN, *Los Seis Libros de la República*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000, Lib. I, cap. VIII, p. 53.

* *Placitum* es un nombre hecho del participio pasado del verbo *placere*, que significa complacer o ser agradable.

derechos y privilegios arrancados a la corona, ya que el pueblo sólo cede de manera condicionada esa atribución, ya que nadie puede ser más que aquello que lo creó²².

29. Así pues, podemos ver cómo en el año de 1460, bajo el argumento de una violación generalizada de los derechos fundamentales, los Estados Generales levantan un ejército para resistir al rey Luis XI y lo obligan a dar marcha atrás a diversas resoluciones de importancia nacional en donde se vulneraban o modificaban ciertos derechos o privilegios, sin haber consultado previamente a la asamblea representativa de los distintos órdenes del reino.²³

4.1.3.- La teoría de la soberanía del pueblo en el Imperio Germánico.

30. La misma idea se desprende del Imperio Germánico, para lo cual resulta de gran relevancia, consultar las palabras de Althusius:

“Es evidente que el poder de administrar la república y sus derechos está encargado a los ministros electos y curadores por acuerdo realizado en el nombre de la totalidad del pueblo, o por el cuerpo de la asociación universal. Estos ministros deben hacer el bien y no el mal en su administración delegada de la república y servir para la utilidad y bienestar del cuerpo político asociado dedicando a él, toda su inteligencia, celo, labores, trabajo, cuidado, diligencia, en efecto toda su riqueza, bienes, fuerza y recursos, y sin retenerlos para la persecución de sus intereses personales... Puesto que la república o reino no existe para el rey, sino el rey y todos los demás magistrados existen para el reino y la *polis*. Por naturaleza y circunstancia el pueblo es anterior a, más importante

²² Principio de soberanía originaria y de contrato social que el propio Hotman, citando el título tercero de la *Lex Saxonica*, establece de manera clara en la Edad Media: “(...) La relación de un rey hacia su reino es la misma que aquella entre un padre y su familia, de un tutor hacia su pupilo, de un guardián hacia quien debe cuidar, de un capitán hacia su barco y de un general hacia con su ejército. De ahí que, como el pupilo no fue creado con motivo o para el bienestar (*sake*) de su guardián, ni el barco del de su capitán, ni el ejército del de su general, sino que por el contrario, estos últimos para los primeros a quienes tienen a su cargo, así un pueblo no fue concebido ni procurado con la finalidad y para la existencia de un rey, sino un rey para el del pueblo. Ya que un pueblo puede existir sin un rey, siendo gobernado por su propio Consejo, o por sus nobles, o directamente. Mientras que un rey sin un pueblo no puede siquiera imaginarse.” FRANÇOIS HOTMAN, *Franco-Gallia: or, an account of the ancient free State of France, and most other parts of Europe, before the loss of their Liberties*, Ed. Edward Valentine, Londres, 1721, pp. 107-108. (traducción del autor)

²³ Extensa referencia sobre este acontecimiento histórico puede consultarse en la obra citada de François Hotman, *Franco-Gallia*, en donde el capítulo XVIII (páginas 118 a 124 de la edición en consulta), es consagrado íntegramente a los acontecimientos del año de 1460 en los que el parlamento francés se habría enfrentado con el rey Luis XI. Aun cuando para el mencionado año, técnicamente ya habríamos abandonado la Edad Media, lo cierto es que el ejemplo es ejemplificativo de la fuerza y tradición parlamentaria del medioevo, ya que la reacción parlamentaria se da con fundamento en instituciones vigentes durante toda la Edad Media. Para no entrar en demasiados detalles sobre el tema, basta decir que el propio Hotman demuestra su hipótesis a través de varios casos, ricamente ilustrados con citas de historiadores y cronistas de la época, como sería el de la deposición del Rey *Childéric III* y el advenimiento al trono de *Pépin le Bref* (padre de Carlomagno) al trono de Francia, en el año 752, en donde paralelamente al ungimiento papal, fue necesaria la aprobación de la deposición por parte del Consejo General de la Nación, representante del pueblo en su conjunto (posteriormente se integraría formalmente por los diversos estamentos del reino) y la aprobación del mismo del nuevo rey (*cf.* pp. 90-97); o la elección de los reyes Merovingios, Carolingios y Capetos de los siglos VIII a XV, en donde siempre el ente legitimador de la soberanía delegada al monarca provenía de la asamblea representativa de los distintos órdenes o *estados* del reino (para parafrasear a Hotman) (*cf.* caps. XIII, XV, XVI y XVII) siendo éstos ejemplos claros de la aplicación de las teorías de la soberanía popular en el medioevo, ya que, como se diría posteriormente, el que instituye es el que abroga, existiendo de tal suerte una vinculación importante entre el pueblo y el monarca. Situación en donde el Consejo y el “poder ejecutivo” del monarca estarían plenamente separados, al grado en que, cuenta el propio autor, en el año de 1356, estando el rey Juan, prisionero en manos de los ingleses, ante la insistencia de los consejeros del rey de asistir a las sesiones del Consejo Público, quien debía resolver sobre tan grave situación nacional, éste habría decretado la suspensión de sus sesiones mientras perdurara la presencia de tales consejeros y prohibido la entrada al sagrado recinto de dicho consejo de tales funcionarios reales, para impedir cualquier intento de injerencia en las funciones de la asamblea popular (*Vid.* cap. XV, p. 109, hecho basado en la cita de la Gran Crónica, escrita en francés, Vol. 2 *sub Rege Johanne*, fol. 169). En adición a lo anterior, con respecto a la existencia de asambleas populares y de notables durante los reinos francos en la Edad Media, puede consultarse también a JEAN BRISSAUD, *A History of French Public Law*, p. 79 y ss.

que, y superior a sus gobernantes, de la misma manera que todo cuerpo constituyente es previo y superior a aquello que constituye.”²⁴

31. La idea en comento sigue siendo desarrollada en las páginas 92 y siguientes, para lo cual adiciona que incluso ésta es la razón por la que los decretos del Emperador de los Germanos se emitían bajo la fórmula *Uns und dem heiligen Reich* (nosotros y el sacro imperio) o *In unser und des heiligen Reichs statt* (en nombre nuestro y del sacro imperio), fórmula que dicho sea de paso recoge el principio de la soberanía popular que incluso reconocían los romanos en el empleo de la máxima *SPQR*, “el senado y el pueblo de Roma”. Prosigue argumentando pues, que en virtud de que el pueblo es el detentador de la soberanía, los gobernantes están sujetos a los límites establecidos en los pactos y leyes, así como en el derecho natural recogido en el decálogo, y que cualquier transgresión a los límites de su autoridad puede ser desobedecida por el pueblo, puesto que ya no actúa en virtud del mandato otorgado, sino como ente particular: “Todo poder es limitado por fronteras definidas y leyes. Ningún poder es absoluto, infinito, sin riendas, arbitrario y sin ley. Todo poder está sujeto a las leyes, al derecho y a la equidad.”²⁵
32. En tal virtud, el rey, no es más que un usufructuario del poder soberano que reside en el pueblo. Así pues, podemos concluir la idea estableciendo que:

“(…) La ley está pues por encima de todos y todos los hombres la reconocen como superior. El rey que gobierna la república de conformidad con la ley está por encima y es superior a la comunidad de la república, mientras gobierna según lo prescrito por las leyes presidiendo como superiores. Por tanto, si gobierna contra lo prescrito por la ley, se convierte en castigable por la ley y cesa de ser superior. Así ocurre cuando ejerce la tiranía, en donde se encuentra por debajo del cuerpo unido. Cuando abusa de su poder, cesa de ser rey y persona pública y se convierte en persona privada.”²⁶

4.1.4.- Las teorías de la soberanía popular en la doctrina medieval.

33. Una situación análoga ocurre con el ejemplo que pone Grossi del concepto de ley según Santo Tomás de Aquino y San Alberto Magno, en donde se parte de la base que la ley racional, para que sea justa, debe tener el consentimiento del pueblo, que la observa y para cuyo bien se dicta²⁷, con lo que la ley tiene que tener vinculación, además, con las actividades y comportamientos de los hombres, ya que de lo contrario, no se establecería para su beneficio colectivo. Por lo que difícilmente podemos decir que no había una concepción de poder político y de soberanía en términos modernos que se desprendiera de las instituciones del bajo medioevo, sino que lo único que ocurre, es que la distribución del poder político era mayor y no concentrada en ese ente totalizante al que Grossi se refiere.²⁸
34. Esto se corrobora aún más, si analizamos la obra de algunos de los pensadores más significativos del Medio Evo, como podría ser el caso de Marsilio de Padua o de Guillermo de Ockham, de cuyas páginas se desprenden los fundamentos teóricos para la soberanía popular, el contrato social, el derecho de resistencia a la opresión, la existencia de un gobierno limitado, etc.

²⁴ JOHANNES ALTHUSIUS, *The Politics*, Ed. Beacon Press, Boston, 1964, p. 88. (traducción del autor)

²⁵ *Ibid.* p. 110. (traducción del autor)

²⁶ *Ibid.*, p. 106. (traducción del autor)

²⁷ *Cfr.* GROSSI, *op. cit.*, pp. 148-150.

²⁸ Podríamos seguir citando ejemplos de documentos y acontecimientos históricos que demuestren el principio de un contrato social en el que el pueblo como soberano pacta con el rey ciertos fueros y privilegios, entre los que podríamos incluir las *Constituciones de Clarendon* de 1164, la *Magna Charta* de 1215 y sus diversas ratificaciones, pero creemos que con los ejemplos hasta aquí expuestos, el punto queda por demás ilustrado.

35. Sobre este punto, cabe decir que Marsilio de Padua, altamente influenciado por la obra de Aristóteles, como sería también el caso de Santo Tomás de Aquino, concibe un sistema de corte democrático en el que el pueblo (concepto representativo de la mayoría de una comunidad política), es el soberano, y aquél en quien debe recaer la potestad legislativa a través de asambleas primarias o representativas; mientras que el poder ejecutivo debe recaer en una persona distinta, bajo un principio monárquico, con el consentimiento de la comunidad. Entonces, quien ejerce el poder, al ser una parte del todo, nombrado por éste para que lo gobierne para el beneficio de la colectividad, está sujeto a la autoridad popular, y por ende, a las leyes que el pueblo dicte, siendo en consecuencia que un gobierno será mejor, en la medida en que refleje de manera más adecuada la voluntad del todo.²⁹
36. En términos similares, el incendiario Guillermo de Ockham, establece una radical teoría del poder derivado de las pugnas constantes entre el Papa y el Emperador. Dentro de su forma de pensar, establece un principio de soberanía popular y de contractualismo social basado en el respeto del derecho Natural y de las Sagradas Escrituras como límite de la autoridad temporal. En este sentido, si un monarca, o incluso el Papa, actúan en violación al derecho natural o a lo dispuesto en las escrituras, comete herejía y por tanto pierde la legitimidad de su cargo para seguir siendo obedecido; por tanto, constituye de tal suerte, una de las primeras fundamentaciones teóricas del derecho de resistencia a la opresión que habríamos de ver de forma más desarrollada durante la Reforma, la Revolución Puritana y finalmente durante las revoluciones americana y francesa del siglo XVIII.³⁰

4.2.- El incipiente control de constitucionalidad de leyes en la Edad Media.

37. Pasando a otro punto, el segundo caso de esta unidad del derecho público que pregonamos en el medioevo, como consecuencia lógica del principio anterior, es el de la superioridad del orden jurídico frente al poder político y la existencia de un primer principio de control de constitucionalidad de leyes. De tal forma que se señala, desde la Edad Media, la garantía y el garante de los derechos fundamentales del reino, ya que como diría Bracton, ¿de qué sirven los derechos si no hay alguien que los haga efectivos?. De tal suerte, que planearemos de manera breve, dos casos, el inglés y el español con el objeto de ilustrar mejor lo anterior.

4.2.1.- El control de constitucionalidad en la Inglaterra medieval.

38. En Inglaterra, resulta de gran importancia ver como el origen del control de constitucionalidad de leyes se da por medio de la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales contenidos en *Magna Charta*³¹. Esto al grado que, independientemente del desarrollo del *Habeas Corpus*, Sir Edward Coke, al exponer sobre el contenido de los capítulos XXVI y XXIX de *Magna Charta*, narra también sobre la existencia de una ley votada por el Parlamento Inglés (42 E. 3. Cap. I), por la que se determinó que toda ley contraria a *Magna Charta*, en cualquiera de sus ramas, debía rechazarse por los jueces, por ser contraria a la ley del país (*law of the land*), creando el *writ of*

²⁹ Cfr. MARSILIUS OF PADUA, *The Defender of Peace, The Defensor Pacis*, traducción del latín al inglés de Alan Gerwith, Ed. Harper & Row, Publishers, Inc., Nueva York, 1967, Lib. I, caps. VIII, XII, XIII y XV, pp. 27-28, 44-55 y 61-67.

³⁰ Sobre estos puntos, pueden consultarse los famosos *Diálogos* del autor en comento, o incluso, algunas de sus obras menos conocidas, Vid. WILLIAM OF OCKHAM, *A Short Discourse on Tyrannical Government*, traducción del latín al inglés de John Kilcullen, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1992.

³¹ La pertinencia de este caso, nos es corroborada por las palabras de Edward Corwin, quien estableciera: “La idea de un control de constitucionalidad de las leyes es visto hoy en día como el producto de las constituciones escritas, pero históricamente ambos provienen de un mismo origen, de la idea de ciertos principios fundamentales que sujetan y controlan al gobierno. En la historia angloamericana, esta idea debe rastrearse a los conceptos feudales y encuentra su más notable expresión en Magna Carta. La noción era bastante adecuada para un periodo en el que las grandes instituciones de la Humanidad eran vistas como sagradas, permanentes, inmutables y en efecto eran alteradas muy lentamente.” EDWARD S. CORWIN, *Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review*, en *The Doctrine of Judicial Review, its Legal and Historical Basis and other Essays*, Ed. Princeton University Press, Princeton, 1914, p. 27. (traducción del autor).

error y reviviendo así los *writs* de *de odio et atia* y *de ponendo in ballium*, entre otros³². Dicho estatuto, dictado en el cuadragésimo segundo año del reinado de Eduardo III³³, lo relaciona Sir Edward Coke también con el capítulo II de la Confirmación de la Gran Carta que hiciera Eduardo I en 1299 (25 E. 1. Cap. II), al comentar al respecto que “cualquier sentencia dictada en contra de *Magna Charta*, o de la *Charta de Foresta*, se declara nula por este acto y puede ser revertida mediante *writ of error*, ya que la sentencia habrá sido dictada contra la ley, puesto que este estatuto establece que sea deshecho y tenida por no puesta (*soit defait, et pur nient tenus*).”³⁴ Tal precedente histórico no sólo revisa las posturas tradicionales que sobre el control de constitucionalidad de leyes en Inglaterra se han establecido, sino que apoya, lo que en este punto estamos tratando de probar, ya que antes de que triunfara el absolutismo parlamentario inglés, al instituirse en él los *Jura summi imperii*, a que refiere Sir William Blackstone, en el siglo XVIII, ya había existido, un control de constitucionalidad de leyes en el Reino de Inglaterra, defensor, ante todo, de los derechos fundamentales del hombre³⁵.

39. La presente opinión, es incluso contraria a lo que Georg Jellinek establece, puesto que él considera que *Magna Charta* no establece derechos substantivos como los que pretendemos nosotros que eran materia de control de constitucionalidad. Sobre este punto, el maestro alemán indica: “La misma *Magna Charta* no contiene ningún derecho, como ya sir Edward Coke, el gran jurisconsulto del Derecho inglés, reconocía a principios del siglo XVII.”³⁶
40. No obstante lo anterior, disgregamos con la opinión de Georg Jellinek, puesto que no consideramos, del análisis que se realiza a la obra de Sir Edward Coke, que él haya establecido que *Magna Charta* no contenía derechos, y mucho menos, que la interpretación de Sir William Blackstone de la obra de Coke sea en el sentido que el profesor teutón establece, ya que si consultamos la obra de Blackstone, en la referencia citada, éste establece textualmente:

“First, by the great charter of liberties, which was obtained, sword in hand, from king John, and afterwards, with some alteration, confirmed in parliament by king Henry the Third, his son. Which charter contained very few new grants; but as Sir Edward Coke observes, was for the most part declaratory of the principal grounds of the fundamental laws of England. Afterwards by the statute called *confirmatio cartorum*, whereby the great charter is directed to be allowed as the common law; all judgments contrary to it are declared void (...)”³⁷

³² Vid. EDWARD COKE, *The Second Part of the Institutes of the Laws of England; Containing the Exposition of Many Ancient and other Statutes*, Ed. W. Clarke and Sons, Londres, 1817, pp. 42-43 y 50-55. Sobre el *writ of error* tal como lo describe Sir Edward Coke en la Inglaterra medieval y del renacimiento, puede consultarse por cuanto a su contenido, la misma obra a páginas 426-428, así como por cuanto al procedimiento y forma de substanciación, del propio autor, *The Fourth Part of the Institutes of the Laws of England; Concerning the Jurisdiction of Courts*, en las páginas 21-22, 71-72, etc.

³³ Aproximadamente el año de 1369.

³⁴ EDWARD COKE, *The Second Part of the Institutes of the Laws of England*, proemio y pp. 526-527 (traducción del autor).

³⁵ Hay que notar que la plena eficacia de los conceptos establecidos aquí dependerá de la ampliación de las categorías o grupos protegidos por este tipo de legislación y de la legitimación que a los mismos se haga de estos derechos subjetivos, en la medida en que la ley o la costumbre vayan ampliando sus esferas de aplicación, porque si nos quedamos meramente con lo que en 1215 protegía *Magna Charta*, refiriéndose a los barones y hombres libres de Inglaterra, nos quedaríamos con un grupo muy reducido de personas, que con duras penas rebasaría un poco más que el estamento de la nobleza inglesa.

³⁶ Afirmación que soporta con la cita que realiza de William Blackstone, en los siguientes términos: “Véase Blackstone, *Commentaries of the Laws of England*, t. I, 1, p. 127 (...)” Vid. GEORG JELLINEK, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Ed. UNAM, México, 2000, p. 108 y nota 57.

³⁷ WILLIAM BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. I, cap. I, pp. 127-128. El pasaje en cita, el cual transcribimos en el lenguaje original para demostrar que no hay forma que Jellinek haya podido interpretarlo correctamente con su aseveración, puede traducirse al español de la siguiente manera: “Primero, a través de la Gran Carta de libertades, la cual fue obtenida, espada en mano, del rey Juan, y posteriormente, con cierta alteración, confirmada en el parlamento por el rey Enrique Tercero, su hijo. Carta que contenía muy pocos privilegios nuevos otorgados por el rey; pero como Sir Edward Coke observa, era en gran medida, declaratoria de los principales fundamentos de las leyes fundamentales de Inglaterra. Posteriormente a través del

41. En este mismo sentido, Blackstone hace referencia al proemio escrito por Sir Edward Coke en sus *Instituciones*, de cuya lectura podemos corroborar lo contrario de lo que establece Jellinek, como se desprende claramente del texto del mencionado proemio:

“(…) Estamos en esta segunda parte de las *Instituciones* para hablar de *Magna Charta* (...). Se le llama *Magna Charta*, no porque sea grande en cantidad, puesto que hay cartas muy voluminosas comúnmente olvidadas, (...) sino con respecto a su gran importancia, y al gran peso del tema, tal como aquí lo haremos aparecer: (...) (por ello también se le llama *Magna Charta libertatum Angliae*). (...)”

Y es también llamada *Charta libertatum regni*; y con gran razón es así llamada por el efecto, *quia liberos facit*. y a veces, por la misma causa, *communis libertas*, y *le charte des franchises*. (...)”

Era en su mayor parte, declaratoria de los principales fundamentos (*grounds*) de las leyes fundamentales de Inglaterra (...)”³⁸

42. Idea que es confirmada por el contenido del artículo primero de la *Magna Charta*, que establece el otorgamiento por parte del rey a los miembros del clero, de la nobleza y todos los hombres libres del reino, en el sentido de que tal concesión consiste en “las libertades que se establecen a continuación, para que sean mantenidas en nuestro reino por siempre.” Con lo que podemos concluir válidamente que la *Magna Charta* sí es una carta que contiene derechos individuales en favor de los ingleses, aspecto que queda aún mejor corroborado del análisis de los 38 artículos de la misma, de donde se desprenden un sinnúmero de derechos individuales, predecesores de los textos de corte iusnaturalista del siglo XVIII en las colonias británicas en América y en Francia. A lo que Coke y Blackstone se referían es que *Magna Charta* no establece derechos nuevos, lo cual es muy distinto a lo que Jellinek pretende al decir que no contenía derechos, ya que como se ve, al menos, reconocía los antiguos derechos ya existentes en el derecho inglés. De lo que es dable finalizar esta idea en el sentido de que el control de constitucionalidad establecido en *Magna Charta* versa sobre derechos y libertades muy similares a lo que hoy en día tendemos a proteger mediante instrumentos análogos.
43. Aunado a lo anterior, por cuanto a este control de constitucionalidad de leyes, es necesario establecer también que éste se complementa, derivado de la carta Magna, por otra acción, el *Writ of Habeas Corpus*, encaminado a garantizar la libertad personal en contra de las detenciones arbitrarias de la Corona. Sobre este punto, es importante hacer notar, sin embargo, que estamos parcialmente en desacuerdo con la postura del maestro Rolando Tamayo y Salmorán por cuanto se refiere a que el *writ of habeas corpus* habría surgido tan sólo de manera embrionaria a partir del reino de Eduardo I y que no fue sino hasta el siglo XVI en que se consolidó el medio de control con la expedición del *Habeas Corpus Act*, puesto que de atender al contenido de la obra de Sir Edward Coke, cuya autoridad hace a un lado la del teórico anterior, notablemente en *The Institutes of the Laws of England*, partes primera y cuarta, podemos ver, por la exposición de diversos casos, que dicho medio de control sí surge directamente del contenido del artículo 39 de la Carta Magna, sin necesidad de la interposición de un *writ of certiorari*, cuya finalidad es distinta a la apuntada, aunque hay que reconocer que la regulación expresa del recurso a finales del siglo XVII, vino a consolidar plenamente el medio de control. Lo anterior deriva del hecho de que si consideramos bien lo que Sir Edward Coke establece, podemos ver que el *Habeas Corpus* sólo constituye un medio que favorece la libertad personal del individuo, mientras que el control verdadero de constitucionalidad, como ya se mencionó, se daba mediante el ejercicio del *writ of error*, del *writ de odio et atia* y finalmente del *writ de ponendo in ballium*, por medio de los cuales estaban facultados para declarar nulo todo acto, incluso legislativo, de ser contrario a *Magna*

estatuto llamado *confirmatio cartorum*, en el que la gran carta se establece como parte del derecho común; cualquier sentencia contraria a ella, es declarada nula.”

³⁸ SIR EDWARD COKE, *The Second Part of the Institutes of the Laws of England; containing the exposition of many ancient and other statutes*, Ed. W Clarke and Sons, Londres, 1817, Proemio. (traducción del autor)

Charta o al *Common Law*, basado en el concepto de la *Lex Terrae*, o *Law of the Land*. Por eso podemos establecer, tal como lo hace el maestro Tamayo y Salmorán que he aquí el origen de la *judicial review*, que posteriormente se daría de manera más extensa en Estados Unidos.³⁹

4.2.2.- El control de constitucionalidad en el Reino de Aragón y la institución del Justicia.

44. En segundo lugar, y de forma análoga a lo que sucedía en Inglaterra, en el Reino de Aragón se establecían instituciones encaminadas al control de constitucionalidad de leyes, facultando al Justicia, para poder declarar nulos los actos de la autoridad que contravinieran los derechos fundamentales del Reino. Así pues, según se desprende de algunos textos, como la recopilación de Huesca, en el siglo XIII, los actos del rey que violaran los derechos y privilegios contenidos en el derecho foral aragonés podían ser impugnados ante el Justicia, mediante la expresión de *greuges* o agravios a través del amparo, recurso de fuerza, obedécese pero no se cumpla, o el *interdictio homo libere exhibendo*, equivalente en cierta medida, del *habeas corpus* inglés, quien estaba facultado para declarar la nulidad de dichos actos⁴⁰. Sobre este punto en concreto, nos parece útil transcribir lo siguiente, que resume de manera clara lo hasta aquí expuesto:

“3. ... Quando los aragoneses se eligieron Rey, le dieron ya las Leyes, baxo las que los había de gobernar: Y por si sucediese venir contra ellas, de forma que resultasen agravios a los Vasallos, o para quando entre estos se originasen algunas discordias, eligieron un Juez medio entre ellos, y su Rey, a quien después distinguieron con el nombre de *Justicia de Aragon*, para que oyese las quejas de los que se decian oprimidos por la transgresión de sus Leyes, y quitar las violencias, que les irrogasen contra sus Derechos. No le dieron al Justicia la facultad legislativa; ántes se la reservaron para el Rey, y para el Reyno. Hicieronlo solo zelador fiel de las Leyes, con cargo de que velase sobre las opresiones contra todos, de forma, que ni la Soberania pudiese jamas irrogarles ningun agravio...”⁴¹

45. De ello se desprende que aquí encontramos un primer sistema en tierras hispanas en donde no sólo se garantizan los derechos fundamentales, sino que se busca darles también eficacia por la vía jurisdiccional. Sistema que, al igual que el inglés, aunque haya tenido eficacia limitada durante su vigencia, sirvió indudablemente de vínculo y fundamento teórico a las instituciones y doctrinas de las épocas posteriores a la Edad Media.

³⁹ Sobre la opinión del maestro Tamayo y Salmorán puede consultarse ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN, *Introducción al Estudio de la Constitución*, Ed. Ediciones Fontamara, México, 1998, pp. 178-181. Con respecto a este punto, es posible que estas ideas de Coke en torno a Magna Carta, sean las que sirvieran de fundamento ideológico para que él mismo dictara el famoso caso *Bonham* en 1610, en donde un estatuto del parlamento habría sido declarado nulo por violar el derecho a un juicio justo, en el que quien multó al Dr. *Bonham* y previno que éste pudiera seguir ejerciendo libremente su profesión (el Colegio de Médicos de Londres), era, por virtud de tal ley, juez y parte en la controversia. Al respecto, se ha escrito que el caso *Bonham* ha sido en realidad la fuente y el origen de la idea del control de constitucionalidad en las colonias británicas de América. Sobre este aspecto, puede consultarse a EDWARD S. CORWIN, *Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review*, en *The Doctrine of Judicial Review, its Legal and Historical Basis and other Essays*, Ed. Princeton University Press, Princeton, 1914, p. 27 y ss.

⁴⁰ Sobre los antecedentes aragoneses del control de constitucionalidad, las funciones del Justicia de Aragón, su competencia y la materia de los “*greuges*” o agravios, se puede consultar a VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, *Antecedentes aragoneses del juicio de amparo*, en *Historia del Amparo en México*, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2000, Tomo I, pp. 23-40. De igual manera, puede consultarse: RODOLFO REYES, *La Defensa Constitucional, Recursos de Inconstitucionalidad y Amparo*, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1934, pp. 25-27 y 327-329.

⁴¹ JUAN FRANCISCO LA RIPA, *Segunda ilustración a los quatro procesos forales de Aragon: Orden de proceder en ellos según el estilo moderno y reglas para decidir conforme a la naturaleza de cada uno*, Zaragoza, 1772, citado por RODOLFO REYES, *La Defensa Constitucional, Recursos de Inconstitucionalidad y Amparo*, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1934, p. 327. Si bien es cierto, el extracto que se toma es ya de entrada el siglo XVIII y narra los procesos forales aragoneses según “el estilo moderno”, también lo es que el principio proviene de la Edad Media y que en la modernidad tales procesos habían caído poco a poco en desuso, por la incomodidad que ellos presentaban al poder absoluto del monarca; al grado de que para el año de 1707, el rey Felipe V, mediante cédula real habría abolido tales procesos forales, por sus consecuencias “odiosas”, ordenando que en su lugar se observasen las Leyes de Castilla que no contenían ningún remedio procesal de este tipo.

46. Recapitulando, podemos ver como el carácter representativo del monarca y de las demás autoridades se desprende de la existencia de un contrato social, así como de los ejemplos citados, ya que la soberanía sólo se otorgaba en usufructo. Este contrato social se ve claramente influenciado en la Edad Media, y ello es refuerzo de su autenticidad, no de un esfuerzo de “reconstrucción” como lo llamaría Grossi, por aquel aspecto por el que se tiende a las corporaciones en el derecho público de la Edad Media, que nos lleva a la distinción entre el hombre actuando como ente individual y ese mismo hombre como parte de un todo que se expresa a través de un cuerpo, como lo serán las asambleas representativas, en donde el hombre es representado en función de su profesión, status, etc. como parte del “todo” superior a lo individual, e incluso al usufructuario de la soberanía; aspecto que se fortalece por la concepción canónica medieval de la Edad Media, en la que el hombre imperfecto, pecador, es concebido como miembro de una comunidad perfecta superior a éste, que influye de manera primordial a todo el sistema jurídico imperante en el medioevo, como se verá más adelante.
47. De tal suerte que podemos ver en la Edad Media un sistema bastante uniforme de derecho público en el que la idea de la supremacía de las leyes fundamentales frente al monarca, que hace que en caso de su violación exista un derecho de deponerlo y de resistirle, lleva imbuida la idea misma de derechos naturales y fundamentales del hombre, como irreductibles, inviolables y sagrados; posición no muy distinta de lo que habremos de ver en el siglo XVIII. Con lo que, la existencia de instituciones más o menos uniformes en distintos sistemas feudales, que reconocen la soberanía del pueblo, el poder limitado del monarca, así como la eficacia y garantía contra los actos inconstitucionales, nos lleva a hablar no sólo de una cierta uniformidad, sino también de un cierto poder político “existente”, aunque distinto al concepto moderno del Estado, que Grossi quiere traspolar al Medio Evo.

V.- LA “INSULARIDAD” DE LA EDAD MEDIA.

48. Por otro lado, concibe Grossi al medioevo como un “planeta jurídico separado y cerrado”, que se caracterizaría por una substancial ruptura o discontinuidad con lo clásico y lo moderno, lo llama insularidad y rechaza categóricamente el que la Edad Media sea una transición entre lo antiguo y lo moderno⁴².

5.1.- La Edad Media como transición entre lo antiguo y lo moderno.

49. So riesgo de crear modelos culturales con los cuales pudiéramos “distorsionar, oscurecer y desconocer la tipicidad medieval”, podemos decir que la insularidad del derecho medieval es relativa, ya que es, en buena medida, del choque dicotómico entre la antigüedad (rescatada desde los glosadores y autores posteriores) y lo medieval, que surge el Estado y la concepción cultural del derecho moderno, ya que es en éste, en que los postulados del derecho de la Edad Media van a ver su plena consolidación y sistematización.
50. En efecto, el derecho de la Edad Media, no es un “derecho romano modernizado”⁴³, como podrían haber establecido algunos autores, tiene elementos propios, ya que es el producto de la

⁴² Es interesante analizar las propias palabras del autor, con el objeto de resaltar esa autonomía que pretende a la Edad Media, al establecer que: “La retórica ideológicamente cara el humanismo renacentista, marcando como medio evo (...) la edad a él precedente (...) ha pretendido indicar con ello, realizando maliciosamente su carácter de edad transitoria, su no-autonomía, su debilidad como momento histórico. (...)” GROSSI, *op. cit.*, p. 31.

⁴³ Para Grossi, aun cuando no compartimos del todo su opinión, sobre todo en el ámbito del derecho público, el derecho común medieval no puede ser un derecho romano modernizado en la medida en que los glosadores interpretan los textos, es decir amoldan los textos para hacerlos compatibles con los hechos y la realidad medieval, sino que es un “gran hecho de la civilización medieval”. (pp. 225-226). De ello desprende que tiene características propias y por ello, podría insistirse en su insularidad. Una de las características de ello, se da según Grossi, sobre todo en el plano de los derechos y contratos reales, en donde los negocios *inter vivos*, en el medioevo tomarían un cauce completamente distinto al que en su momento tomaron en el mundo romano.

fusión cultural entre diversos pueblos⁴⁴; pero tampoco puede llegar a establecerse ese cambio absoluto de valores entre una época y otra, en virtud de que esa continuidad histórica sí se da en la medida en que la Edad Media conserva muchos elementos del mundo romano. En este sentido, si tomamos en consideración sobre todo la estructura del derecho público medieval, no encontraremos mayores diferencias entre la organización corporativa de la sociedad en estamentos y los distintos sectores sociales en Roma, ya que salvo por la inclusión del clero, como factor corporativo de poder junto con la nobleza, se pueden asimilar perfectamente a la aristocracia con los órdenes nobleza/clero y la plebe o sector popular, con el tercer estado o estamento. En el mismo sentido, Esmein, al hablar de la Ley Sállica, al efecto nos establece claramente su influencia de tipo romano, al escribir que: “una redacción tan desarrollada supone el uso de la escritura que los francos no utilizaban; supone aun más un contacto prolongado con la civilización romana.”⁴⁵ Asimismo, tampoco podemos hablar de una ruptura fundamental entre las concepciones del derecho natural de la antigüedad, y los de la Edad Media, incluso anteriores al descubrimiento de los textos romanos, a través del derecho canónico, como veremos más adelante.⁴⁶

⁴⁴ Ejemplo de esto es François Hotman, quien en este sentido es muy acertado al titular su obra cumbre editada en 1573, *Franco-Gallia*, en la que se hace un análisis de las instituciones de derecho público francés mediante el análisis histórico de la antigüedad y la Edad Media, cuyos valores de esta última resalta, con el objeto de buscar un patrón recurrente de instituciones encaminadas a limitar el poder absolutizante del monarca, no como el producto de la obra de los franceses, ni de los galos-romanos, ni de los francos, sino como el resultado de la fusión de la Galia (fusión ella misma entre los pueblos celtas y los romanos) y el Reino de los Francos quienes se instalarían en Francia en el Siglo V. Sin embargo, tampoco podemos hablar de una ruptura drástica entre lo antiguo y lo medieval, ya que por ejemplo, en la etapa tardía del Imperio Romano, mediante el cambio de concepción de *lex*, entendida ya como una *communis reipublicae sponsio* y el otorgamiento de esferas de autonomía a las *civitates*, se dan las mismas características a la ley “constitucional” que las que tendrían en la Edad Media como pactos de sujeción al monarca. Al respecto, las palabras de Rolando Tamayo y Salmorán, comentando la expedición de la *lex coloniae genitivae juliae*, de tiempos del Emperador Caracalla, son de gran utilidad: “Esto explica por qué el Imperio Romano fue convirtiendo, progresivamente, ciertas comunidades en *civitates*, imponiéndoles una constitución de estilo republicano, esto es, la forma que Roma tenía en la época de la República. Esta práctica era vieja. Un típico ejemplo lo constituye la *lex coloniae genitivae juliae* por la cual se daba un gobierno cívico a la *Colonia Genitiva Julia* (...). Esta ley regula la tenencia de la tierra, el procedimiento judicial, la hacienda, el culto, las obras públicas, etcétera.

Esta colonia alcanza el carácter de municipio; hecho que no es de extrañar: toda ciudad fuera del territorio itálico durante el Principado recibe el nombre de “municipio”, al extenderse el régimen municipal a Italia, el término se generalizó y se equiparó a “ciudad”. Por ello es altamente probable que mediante *constitutiones* (...) se otorgara a una comunidad una estructura para su cuerpo cívico, un gobierno local. (...) En esta forma *constitutio* significa, por un lado, “fundación o establecimiento de una *civitas* o comunidad política” y, por otro, “otorgamiento de cierto *status* a sus componentes” (ciudadanía). (...)

Aun muy avanzada la Edad Media, cuando una comunidad recibía el carácter de ciudad la comunidad recibía su mayoría de edad. No hay que olvidar las prerrogativas que tenía una ciudad. Este es un dato que a mi juicio hay que tener presente para entender por qué las constituciones medievales serán primordialmente, pactos de privilegios celebrados con los estamentos dentro del Estado.

En la Edad Media la estructura de la Iglesia y del Imperio era un complejo de *civitates* a las cuales se les otorgaba ciertos estatutos exactamente igual como la Roma Imperial cuando convertía en *civitas* a una comunidad, dotándole de una constitución de tipo oligárquico, similar a la que Roma conoció en los tiempos republicanos...” ROLANDO TAMAYO Y SALMORAN, *Introducción al estudio de la Constitución*, Ed. Distribuciones Fontamara, México, 1998, pp. 44-45. En este sentido, como lo afirmaría D’Entreves, “fue a través de su derecho que Roma reconquistó las provincias que había perdido en el campo de batalla.” ALEXANDER PASSERIN D’ENTRÈVES, *Natural Law*, Ed. Hutchinson and Co., Londres, 1955, p. 18. (traducción del autor).

⁴⁵ ADHÉMAR ESMEIN, *Cours Élémentaire d’Histoire du Droit Français*, Ed. Librairie du Recueil Sirey, París, 1925, pp. 94-95. (traducción del autor)

⁴⁶ Con respecto a este punto, en el sentido de que el concepto de derecho natural que proviene de los romanos sigue permaneciendo el mismo con los escritores de la Iglesia cristiana, resulta de interés atender a lo escrito por A.P. D’Entrèves, quien estableció: “(...) Este pasaje de la República de Cicerón establece claramente la doctrina del derecho natural que había sido elaborada por los Estoicos. La Humanidad es una comunidad universal o cosmópolis. El derecho es su expresión. Partiendo de la base de una naturaleza común entre los hombres, es verdaderamente universal. Estando patrocinada por el señorío soberano de Dios, es eterno e inmutable. La doctrina pasó al *ius naturale* de los juristas romanos, así como a la enseñanza de la Iglesia Cristiana. Es significativo que la definición de Cicerón haya sido preservada para nosotros a través de un escritor cristiano, Lacantius. No resulta sorprendente que Justiniano, el creador de derecho cristiano, haya tomado la idea del derecho natural como la piedra angular de su sistema. (...)”. ALEXANDER PASSERIN D’ENTRÈVES, *Natural Law*, Ed. Hutchinson and Co., Londres, 1955, p. 21. (traducción del autor).

51. De igual forma, entre la Edad Media y la modernidad, hay que recordar que la reacción que se da en contra de la transformación renacentista del Estado absolutista, se basa en el rescate de las instituciones de la Edad Media, puesto que la postura de la concepción del Estado como producto del derecho natural basado en un contrato social, es la que rescatando la experiencia medieval, logra sentar los pilares del mundo contemporáneo. Así, Tomás Moro (*Utopía*, 1516) reacciona resaltando las virtudes del sistema jurídico medieval frente a esa nueva tendencia; igualmente sucede con el *Plato Redivivus* de Neville y el *Oceana* de Harrington, sin olvidar a los utilizadores del método historicista como Hotman, Bodino, Du Plessis-Mornay, Buchanan o Althusius, ni tampoco a Sir Edward Coke quien en Inglaterra, al comentar sus instituciones, rescata toda la “herencia medieval”. En este sentido, hay una revolución ideológica en el renacimiento que consolida lo que aisladamente se fue dando, de manera espontánea, en la Edad Media⁴⁷. En ello pueden intervenir los medios de difusión, Gutemberg con la imprenta, el absolutismo y el concepto del nuevo Estado nacional surgido de la conciencia de las cruzadas.
52. En este sentido, el anagrama del mosaico se rescata y sus piezas continúan revolviéndose continuamente para darle forma a nuestras sociedades contemporáneas.⁴⁸
53. Igualmente, el *ius commune*, construcción y producto del Medio Evo (siglos XII a XIV), basado en el derecho natural proveniente del derecho canónico, se va a consolidar de manera más eficaz a través de la interpretación que del Medio Evo se hizo, por medio de obras como la de Grocio, Vitoria, Suárez, etc. Esto es así en razón de que la concepción misma del derecho natural, que será la base para todo el derecho público de la época moderna, con secuelas muy importantes aún en la actualidad, surge en la Edad Media, derivado en parte de la concepción de un Dios legislador, cuya ley dada a los hombres es superior a las normas que dicten los seres humanos, tal como se puede desprender de la obra de Tomás de Aquino o de Guillermo de Ockham. Esta idea de la existencia de un derecho natural en la Edad Media, es prácticamente unánime, puesto que incluso los opositores al concepto del Dios legislador, consideraban que Dios, a través de la razón, nos habría permitido descubrir las leyes naturales que regían a la humanidad en su conjunto; postulados que no difieren en nada esencial con lo que veríamos en siglos posteriores, sobre todo al momento de la creación de las concepciones internacionalistas del derecho natural o del *ius gentium*⁴⁹.

⁴⁷ Con respecto a la continuidad de los postulados teóricos del medioevo mediante su reutilización por pensadores de la época que le siguió, el mencionado A.P. D’Entrèves establece lo siguiente, que corrobora nuestra postura: “En mi opinión estos tres nombres (Aquino, Marsilio y Hooker) pueden tomarse perfectamente como expresión de los aspectos fundamentales del pensamiento político medieval, puesto que es en los trabajos de Tomás de Aquino que este pensamiento viviente encuentra su más alta y completa expresión; Marsilio nos proporciona con la mejor ilustración de su súbita y extensa crisis; y Hooker nos proporciona evidencia convincente de la continuidad de las ideas medievales durante las grandes revoluciones espirituales que conocemos bajo el nombre de Renacimiento y Reforma.” ALEXANDER PASSERIN D’ENTRÈVES, *The Medieval Contribution to Political Thought*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 1939, p. 6. (traducción del autor). Para corroborar el vínculo que existe entre el derecho público medieval y la obra de Richard Hooker, en los términos planteadas por D’Entrèves, puede consultarse: RICHARD HOOKER, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*, dos volúmenes, Ed. J.M. Dent & Sons, Ltd., Londres, 1963.

⁴⁸ En relación con este aspecto, puede consultarse a OTTO GIERKE, *Natural Law and the Theory of Society 1500 to 1800*, traducción de Ernest Baker, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1950.

⁴⁹ Al respecto, hemos sostenido en alguna ocasión, con motivo del análisis de la obra de Hugo Grocio, que su voluntad no era tanto la de fundar una ciencia del derecho internacional, sino fundamentar un esquema de derecho natural aplicable a toda la humanidad y al concierto de naciones, por lo que hemos afirmado que Grocio, como ocurrió también con Suárez y Vitoria, es un padre accidental del derecho internacional. Al respecto, se puede consultar: RAÚL PÉREZ JOHNSTON, *Hugo Grocio, padre accidental del Derecho Internacional*, publicado en la revista *ADE, Revista de la Asociación de Diplomáticos Escritores*, año 2, número 4, julio de 2002. En este mismo orden de ideas, A. P. D’Entrèves nos demuestra cómo los postulados del derecho natural en el renacimiento provienen directamente del escolasticismo, aunque el método de estudio haya cambiado; sobre esta cuestión, el profesor mencionado escribe: “No hay nada nuevo ni original (...) en la noción de derecho natural que Grocio utilizó como la base de su tratamiento sobre las *Leyes de la Guerra y de la Paz* (1625). La tradición del derecho natural había continuado a florecer en Europa durante el siglo XVI (...). Grocio no hizo otra cosa que tomarla prestada de los escolásticos tardíos, particularmente de los teólogos y filósofos legales españoles a quienes reconocía estar en deuda con ellos. Su pensamiento, en consecuencia, es “una continuación directa de la gran tradición del Derecho Natural que se extiende desde Sn. Agustín hasta Suárez, y que culminó en Sto. Tomás.” ALEXANDER PASSERIN D’ENTRÈVES, *Natural Law*, Ed. Hutchinson and Co.,

54. Finalmente, la consolidación del derecho privado, tal como se entendió en la Edad Media, se dará, en cierta medida, y sobre todo en relación con instituciones de derecho social, con la modernidad y la codificación hasta los siglos XVIII y XIX, en donde se retoman muchas de las instituciones de derecho social que provienen desde la Edad Media (ej. El patrimonio de familia que proviene del antiguo derecho foral español, etc.), aun cuando en muchas instituciones, si habrá esa ruptura de la que Grossi habla, ya que el concepto de insularidad, si es que pudiese llegar a ser aplicable, sería en el plano del derecho privado, mas no en el campo del derecho público.
55. En efecto, no podemos asegurar que los valores eran exactamente los mismos hoy que en el Medio Evo, pero lo que sí se puede observar, de interpretar los textos legales de la época, así como los comentaristas de las instituciones medievales, es una cierta similitud; con lo cual tal vez no sea una continuidad absoluta, pero en la medida en que sean las bases del Derecho medieval, las que han de forjar el Estado contemporáneo, es muy factible la existencia de ese *continuum*, tal vez no en línea recta, pero al menos sí sin una ruptura substancial y radical, ya que aún en la transformación hay evolución, y si hay evolución, no podemos hablar de discontinuidad. Por ello, es muy poco factible el que conceptos como el Estado, soberanía, ley, legalidad, o interpretación rompan con la era moderna, ya que sí existe una cierta permanencia ideológica de dichos conceptos a través de los tiempos⁵⁰.

5.2.- La evolución implica transición, no inmovilismo.

56. Por último, dentro de todos estos conceptos que involucran esa insularidad del sistema jurídico medieval, cabe hacernos una pregunta como lectores: ¿Hay *status quo* de 1000 años en el Medio Evo? ¿Es la Iglesia quien lo mantiene?, ¿Por qué se da esta homogeneidad en la Edad Media? o acaso, ¿hay evolución profunda entre la alta y la baja edad media? Grossi opina lo segundo, al establecer dos fases, una de fundación y otra de edificación⁵¹. Luego entonces, si la propia Edad

Londres, 1955, pp. 50-51. (traducción del autor). Por otro lado, hay que establecer que otro aspecto en consolidación que proviene de la Edad Media, puede ser considerado el derecho canónico, el cual fue evolucionando de manera continua hasta nuestros tiempos, sin que haya habido una verdadera ruptura en ningún momento. ¿Acaso, el primer código canónico de 1917, no es la consolidación de la obra iniciada por Ivo de Chartres y Graciano, en el siglo XII? Esto sobre todo en función de que el *Corpus Iuris Canonici*, elaborado en el siglo XVI, es el que recopila los principios anteriores y sirve como fuente principal para el código nuevo, tal como lo reconoce Grossi (pp. 208-209); en la obra de éstos, comienza la sistematización del derecho canónico y posteriormente, las semillas de la codificación, no solo en el ámbito canónico, sino también en el ámbito temporal, del derecho civil y penal, siguiendo, en cierta medida, el patrón del *Corpus Iuris* de Justiniano.

⁵⁰ Sobre este punto, puede verse ya la doctrina contractualista del Estado en la obra de Ockham, Marsilio de Padua, Manegold de Lautenbach, Baldo y otros más, desde los siglos XI y XII, pero la verdad es que su parte más importante es la puesta en práctica que va a perdurar y ser el fundamento del contractualismo social en el siglo XVI, en donde realmente tienen difusión universal estos conceptos, con el objeto de sembrar las semillas de la revolución de finales del siglo XVIII y del siglo XIX. Vid. Gierke, *Political Theories of the Middle Ages*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1900, p. 88 y ss. En relación con este mismo aspecto, hay que decir también que independientemente de que en las indias occidentales, se haya mantenido durante toda la modernidad una estructura legal de corte medievalista, sobre todo en las posesiones españolas, a través de las Leyes de Indias, cómo no recordar, que el fundamento ideológico para la declaración de independencia de la Nueva España por parte del Ayuntamiento de la Ciudad de México en el año de 1808, sería precisamente el antiguo derecho foral español, derivando de ahí, conceptos como el de la reasunción de soberanía por parte del pueblo cuando el monarca (José Bonaparte) es ilegítimo y usurpador, implicando el rompimiento del pacto social existente entre pueblo y monarca, que facultaría al primero a re-constituir al Estado, de la misma forma en que los órdenes reunidos del Reino de Aragón habrían depuesto a más de un monarca español por no respetar las leyes fundamentales del reino, en ejecución del juramento que el rey habría realizado frente al Justicia de Aragón. El texto del Acta de Ayuntamiento de México de 1808, puede consultarse en FELIPE TENA RAMÍREZ, *Leyes Fundamentales de México 1808-1995*, Ed. Porrúa, México, 1995, pp. 4-20. Con relación a este punto, el profesor Ricardo Levene asegura también que el derecho municipal de los fueros castellanos verá en las Indias un renacimiento con un vigor insospechado, al mismo tiempo que las mismas instituciones estaban en profunda crisis en la metrópoli. Al respecto, y en general sobre la aplicación y vigencia del derecho indiano en el Cono Sur, puede consultarse a RICARDO LEVENE, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985.

⁵¹ Sobre esta cuestión establece: “El medioevo tiene una compactibilidad propia, pero obviamente no es una realidad inmóvil; la inmovilidad no se acomoda con la vida. La experiencia, esta experiencia, como toda experiencia, tiene su momento de

Media está en plena evolución, posiblemente no podamos establecer ese aislamiento del Medio Evo por el que tanto lucha Grossi en la obra que se comenta.

57. Por ello, al aislar la Edad Media, Grossi comete en apariencia el mismo pecado que critica a los juristas que no toman en consideración a la historia, ya que hace a un lado que lo que “puede aparecer como natural e inmutable, constituye sólo el fruto de un modo recentísimo y peculiarísimo de entender el Derecho, y que no es lícito inmovilizarlo en una especie de modelo”, debido a que como él mismo reconoce, el derecho es “historia de una aglomeración social, pero jamás historia episódica entretrejida de datos transitorios y de hechos cotidianos, antes bien historia de equilibrios profundos de donde se extraen siempre las raíces de una sociedad”. En este sentido, no es inexacto hablar de la Edad Media como aquel del río de Heráclito que se constituye por un flujo perpetuo en el que ningún hombre puede hundir los pies dos veces; por lo que ese “*unicum*” que define Grossi como medioevo, producto de una experiencia jurídica, no muere ni entierra sus instituciones, sino que transforma las anteriores y es semilla de las futuras⁵², puesto que contra lo que pretende Grossi, se demuestra, como lo hemos visto, la unidad del derecho público, en el sentido de que “a pesar de la diversidad de sus fuentes y afluentes, la doctrina medieval del Estado y de la sociedad fluyeron sobre un mismo cauce. Dentro de este cauce había conmociones que habrían de estremecer al mundo.”⁵³
58. De tal suerte que no es correcto hablar, por cuanto a la “insularidad” del derecho público medieval, de un rompimiento de tajo con la edad moderna, ya que, como el propio Grossi lo reconoce, existe un proceso de descomposición de la Edad Media que dura alrededor de tres o cuatro siglos y que tiene como fuente precisamente, como veremos más adelante, el redescubrimiento de los textos de la antigüedad por parte de la Escuela de Bolonia en el siglo XI⁵⁴.

formación, su madurez, su decadencia. Las etapas que se abren ante nosotros, y en las cuales hemos pensado llevar a cabo nuestra aproximación, únicamente son dos: “cimentación y “edificación” (...)” De lo que se desprende que, aun cuando Grossi pretende demostrar la unidad de la Edad Media como un periodo homogéneo, cae en la misma crítica que realiza a aquellos que dividen a dicha época en Alta y Baja, puesto que si bien es cierto que no utiliza tal denominación, se ve obligado a dividir a la Edad Media en dos etapas, una de los siglos V al X, etapa de la praxis o de cimentación y otra de los siglos XI al XV, que denomina etapa sapiencial o de edificación, al grado que la estructura misma del libro se divide en el análisis separado de los temas relevantes del orden jurídico medieval en cada una de las mencionadas etapas.

⁵² Sobre este aspecto, la opinión de D’Entrèves es reveladora y se ajusta a lo que sostenemos: “No hay duda que todos los grandes pensadores tienen sus raíces en la Edad que los precedió. Pero el hecho de que Descartes (...) haya bebido abundantemente en el pozo de la filosofía escolástica, ciertamente no constituye una razón para confundirlo con un Escolástico. (...) Si Grocio (...) fue considerado por sus contemporáneos y sucesores inmediatos de haber roto con el pensamiento que lo precedió, debemos intentar comprender las razones que llevaron a esa opinión. Estas razones no son difíciles de demostrar. Hacen énfasis en la emergencia de aquella noción “racionalista” del derecho natural, que encontró su plena expresión un siglo y medio después.

No es en su contenido que la teoría sobre el derecho natural de Grocio rompe con el escolasticismo. Es en su método. Su definición de derecho natural no tiene nada de revolucionaria.” ALEXANDER PASSERIN D’ENTRÈVES, *Natural Law*, Ed. Hutchinson and Co., Londres, 1955, p. 51. (traducción del autor). En efecto, una época y otra son distintas, pero lejos de haber rompimiento entre ellas, una sirve de escalón para poder avanzar a la otra, como si se tratara de la ya mencionada alegoría del río.

⁵³ OTTO GIERKE, *Political Theories of the Middle Ages*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1900, p. 3. (traducción del autor).

⁵⁴ Esto aun cuando establece que: “(...) el particularismo tardo medieval no es una laceración, no es una ruptura de un gran orden unitario. Es el orden integrador que muestra mil facetas, se complica en autonomías, se articula en una pluralidad de ordenamientos que conviven: no olvidemos jamás que el contraste de un ordenamiento jurídico es la autonomía, una noción exquisitamente relativa, que nada tiene de absolutismo, que no significa independencia. El medioevo jurídico es un mundo de autonomías, fundado y construido sobre esta noción basililar y tipificadora, en relación con la cual es fácil y simple (casi obvio) formular la hipótesis en un mismo lugar y dentro de una misma entidad política de la concurrencia de una pluralidad de ordenamientos cada uno de los cuales tiene su ámbito específico, presupone la convivencia y el respeto con los otros, no tiene la pretensión de expansionismos omnicomprendivos.” GROSSI, *op. cit.*, p. 224. Lo anterior en virtud de que aquí entendemos que Grossi, a pesar de estar consciente de la fragilidad de su esquema, trata, a toda costa de mantener esa unidad del derecho medieval y evitar el que pudiera pensarse en una fractura entre el medioevo temprano (Alta Edad Media) y el tardío (Baja Edad Media).

5.3.- La Edad Media como anagrama de la civilización jurídica.

59. Por otro lado, y siguiendo con esta idea de la insularidad del medioevo, la caída del imperio romano produce, es cierto, un gran vacío político, el cual sería llenado por el derecho; aunque en la época tardía del imperio ya se empieza a dar, como hemos visto, esta estructura medieval en la que “se rompen” los vínculos de una autoridad estatal totalizante, “se fracturan los elementos cohesivos del mosaico” como diría Grossi. Por tal razón, la Edad Media es acertadamente vista por Grossi como anagrama de la civilización jurídica, pero este anagrama no forzosamente está roto o aislado. Al respecto, Grossi considera la Edad Media como “... un universo jurídico provisto de valores peculiarísimos, separado del moderno por una profunda ruptura en la medida que está concebido, sentido, construido con una función y en un espacio absolutamente singulares en relación con lo social y lo político. Un Derecho sin Estado, un Derecho que, sin vincularse a fuertes manifestaciones del poder político sino permaneciendo en estrecha alianza con la completa sociedad civil en toda su complejidad, no aparece fragmentado conforme a las diversas soberanías (como ocurre en el hemisferio moderno), sino como una amplia *koiné* unitaria, articulada (pero no fragmentada) en autonomías. El Derecho medieval, por tanto, no es Derecho español, italiano, francés sumados conjuntamente, sino un Derecho auténticamente europeo, que porta en sí muchas manifestaciones autónomas pero al que tales autonomías jamás le hacen perder su calidad de tejido esencialmente supranacional.”⁵⁵ Sin embargo, al leer las palabras de Grossi, no podemos dejar de pensar en Otto Gierke, como si existiera un paralelismo, una idea similar que nunca se toca, que no tiene puntos en común a pesar de tener bases parecidas, sobre todo en el plano del derecho público, ya que la Edad Media, para el teórico alemán, en muchos aspectos, es la pieza clave para entender el derecho hasta nuestros días, derivado de un proceso evolutivo, nunca una insularidad, tal como lo asevera Frederick William Maitland en la introducción a la obra de Gierke:

“... Las ideas que han de poseer y dividir a la humanidad del siglo dieciséis hasta el siglo diecinueve – Soberanía, Soberano, Pueblo Soberano, Representación Popular, Contrato Social, Derechos Naturales del Hombre, Derechos Divinos de los Reyes, Derecho positivo sujeto al Estado, Derecho Natural considerado por encima del Estado – estas son las ideas cuya historia temprana ha de ser detectada y nos son presentadas como ideas que, bajo la influencia de la Antigüedad Clásica, fueron tomando forma necesariamente en el transcurso del debate medieval. Y si las ideas son interesantes, también lo son los pensadores. En la lista de publicistas del Dr. Gierke, aparte de los teólogos y académicos, sobresalen grandes papas, grandes abogados, grandes reformadores, hombres que arrojaban proyectos concretos en vestiduras abstractas, hombres que moldearon los hechos así como las teorías de su tiempo.”⁵⁶

60. Razón por la cual, es en nuestra forma de ver infundada la opinión de Grossi en el sentido de que no puede hablarse en la Edad Media de conceptos como Estado y soberanía, para evitar equívocos, así como una confusión sobre la existencia o inexistencia de dicha fractura o gran surco que aísla a la Edad Media de la antigüedad y de la modernidad.⁵⁷

⁵⁵ PAOLO GROSSI, *El Orden Jurídico Medieval*, traducción de Francisco Tomás y Valiente y Clara Alvarez Alonso, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 14.

⁵⁶ OTTO GIERKE, *Political Theories of the Middle Age*, traducción de F. W. Maitland, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1900, Introducción, pp. VII-VIII. (traducción del autor). En sentido similar, D'Entrèves señala: “La noción Cristiana de obediencia, con el tiempo, se ha desarrollado en una doctrina de obediencia pasiva así como en una teoría del deber religioso de resistencia; la idea del carácter sagrado de la autoridad ha proporcionado el entorno tanto para el derecho divino de los reyes así como para el gobierno limitado y responsable. El pensamiento político medieval está profundamente involucrado en estos temas.” ALEXANDER PASSERIN D'ENTRÈVES, *The Medieval Contribution to Political Thought*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 1939, p. 9. (traducción del autor).

⁵⁷ Al respecto, Grossi establece textualmente lo siguiente: “(...) Para estos modelos – Estado, soberanía, principio de legalidad, jerarquía de las fuentes – es necesario hacer constar que “el curso de una evolución histórica” (...) se ha medido ciertamente en “etapas decisivas”, pero está sobre todo contrastado por un surco, por una fisura tan profunda que es inútil y

61. Por tales motivos, el medioevo no debe ser visto como una etapa extraña al proceso histórico de la humanidad, sino incluso, como la semilla de la época que le siguió. Así pues, la Edad Media, en realidad, es la semilla del Estado moderno, ya que a través de su propia descomposición o destrucción, fue creando paulatinamente los elementos para la edificación del Estado basado en los conceptos del Derecho Natural⁵⁸.
62. La idea anterior no es exclusiva de Gierke, como hemos podido ir viendo, sino que se ha visto apoyada por publicistas reconocidos, quienes ven en la Edad Media el fundamento ideológico de las teorías subsecuentes sobre el Estado y el Derecho Natural, e incluso, de los movimientos políticos que acontecieron en los siglos XVI, XVII y XVIII.⁵⁹ Por eso, sin problema alguno, en la medida en que en el medioevo encontramos todos los elementos del derecho público futuro, es que podemos hacer referencia al derecho público de la Edad Media como anagrama de la civilización jurídica.
63. Esta misma concepción, que venimos comentando, se fortalece de observar cómo, el propio derecho canónico, cuyo fundamento está claramente en el derecho natural o divino, va a ir paulatinamente “contaminando” la reflexión de lo social y de la vida cotidiana⁶⁰, al grado que los publicistas de la época moderna, claramente estarán hablando el mismo lenguaje, en materia de

dañoso – en nuestra opinión al menos – el intento de reencontrar tenues e improbables hilos de continuidad. Es útil tener en cuenta la “fractura” (...) y abandonar conceptos y términos que, como mínimo, no harán más que generar equívocos y dar ambigüedad a la aproximación historiográfica.

En este libro nunca hablaremos de Estado y de soberanía en relación con el medioevo, rehusamos incluso otorgar – como sin embargo se hace usual e inconvenientemente – a los dos términos contenidos absolutamente genéricos y neutros. (...) Lo que queremos dejar bien claro, convencido de que una elección tan rigurosa nos permitirá percibir sin obstáculos la tipicidad medieval.” GROSSI, *op. cit.*, p. 55.

⁵⁸ Sobre este punto, puede consultarse a Gierke, *Political Theories of the Middle Ages*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1900, p. 87 y ss, y sobre todo, del mismo autor, *Natural Law and the Theory of Society 1500 to 1800*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1950.

⁵⁹ En este sentido, por ejemplo, Brissaud concibe las teorías de la Edad Media como un antecedente de la Revolución de 1789; un antecedente que si bien queda fuera del juego político a partir del siglo XVI, permanece atrapado en los libros y en las escuelas junto con los doctrinarios. Salvo algunas excepciones, Brissaud nos confirma que las tesis de los teólogos de la Edad Media (derecho natural, soberanía popular, contrato social, pacto de sujeción o poder delegado, gobierno representativo o parlamentos y responsabilidad de los funcionarios públicos como mandatarios del pueblo) son retomadas por casi todos los grandes pensadores, generación tras generación, movimiento tras movimiento (en el Renacimiento, la Reforma, la Revolución Inglesa, la Revolución Americana y finalmente la Francesa) al grado en que tales ideas se ven secularizadas y se convierten poco a poco en doctrinas absolutas, en doctrinas que desafían constantemente la experiencia y la historia. *Cfr.* JEAN BRISSAUD, *A History of French Public Law*, p. 535 y ss. En términos similares, D’Entrèves establece: “Pero la mención de “derechos naturales” nos lleva de regreso a la *Déclaration* [de 1789] y a la tercera característica del derecho natural moderno. Radicalismo es un término menos ambiguo que individualismo o racionalismo. La teoría moderna del derecho natural era una construcción racional. Era una afirmación del valor del individuo. Pero era también y sobre todo, una reivindicación de derechos. Y como tal, se convertiría en una teoría de la revolución. Se había convertido en una para 1776 y 1789. Curiosamente, no había nada de revolucionario en la teoría moderna del derecho natural en sus inicios. La afirmación radical de Jefferson, que cualquier forma de gobierno que fuera destructiva de los “derechos inalienables” del hombre debía ser modificada o abolida, es más una reminiscencia de las declaraciones que no se comprometían de los abogados y filósofos medievales, que una especulación abstracta de los teóricos anteriores al derecho natural moderno.

La teoría política medieval había elaborado una doctrina de resistencia al gobierno injusto o contrario a derecho. Esta doctrina sobrevivió y pasó por el Renacimiento, la Reforma y la Contrarreforma. Tuvo una gran prominencia y actualidad en los grandes desórdenes políticos y sociales del siglo dieciséis. Fue plenamente desarrollada por ese grupo de escritores [Hotman, Beza y Du Plessis Mornay] que, por su defensa del derecho de rebelión, fueron llamados *Monarchomachi* (literalmente los enemigos de los monarcas). (...)” ALEXANDER PASSERIN D’ENTRÈVES, *Natural Law*, Ed. Hutchinson and Co., Londres, 1955, pp. 57-58. (traducción del autor). Los corchetes son míos.

⁶⁰ *Cfr.* GROSSI, *op. cit.*, p. 127. Así pues, pese a lo aseverado por Grossi, las obras de Santo Tomás, de Marsilio de Padua o de Guillermo de Ockham, proclaman muchas de las ideas que serían la base de la concepción estatal de derecho natural, de la Reforma y de la Revolución francesa.

derechos naturales y de un orden legislativo superior al humano, que la Iglesia de la Edad Media. Esto es así, en razón de que si en el pensamiento de la Iglesia del siglo XI, se ve a lo divino como inmutable y a lo humano como flexible, siendo el primero superior al segundo (Grossi, p. 133 y ss.) cómo no va a haber relación entre esto y la época moderna en la que el derecho divino-natural es visto como superior al derecho cambiante del Estado, tal como puede corroborarse de prácticamente la totalidad de los iuspublicistas de la modernidad, desde Thomas Hobbes y los absolutistas⁶¹, en un extremo, hasta Hugo Grocio y los partidarios de un gobierno limitado por el derecho natural y las leyes fundamentales del reino en el otro. Lo mismo habrá de ocurrir con la visión teológica de la persona en la Edad Media, como ente imperfecto miembro de un ente místico, persona ficta, compuesta por la totalidad de los fieles⁶², que va a favorecer claramente la teoría de las corporaciones y por lo mismo una idea moderna del Estado compuesto por un pueblo abstracto y unitario, que representa la voz del conjunto, tal como sucederá con la teoría del Estado como persona moral en autores como Althusius o Puffendorf.

64. De lo anterior, creemos firmemente en que no hay tal insularidad con respecto al derecho público entre el medioevo y la modernidad, lo que sí puede ocurrir, sin embargo, con el derecho privado, según las premisas del propio Grossi.

5.4.- La continuidad del derecho público medieval.

65. Sin embargo, para Grossi, esta ruptura insular entre el medioevo y la modernidad se va traduciendo por el cambio del sistema de fuentes autónomas del derecho a un monismo legislativo estatal, lo que va haciendo de cada Estado un particular sistema legal que rompe la unidad que existía en el medioevo, convirtiéndose Europa en un mosaico de derechos estatales territoriales que ve su máximo esplendor del particularismo del derecho privado en el Código.
66. No obstante ello, si esto puede ser cierto, hasta cierto punto dentro del ámbito del derecho privado, esta "unidad" no se va a romper en el plano del derecho público, ya que después de la Edad Media viene una uniforme tendencia hacia el absolutismo, característico de este monismo estatal, basado en algunas teorías doctrinales de la Edad Media, y dentro de la misma modernidad, la reacción hacia el rescate y perfeccionamiento de las instituciones de derecho público medieval a través de la doctrina, de los libros, de las universidades, como bien nos lo ha señalado Brissaud. Si para Grossi la doctrina medieval da unidad al ordenamiento, a falta de fuentes escritas del derecho, en la modernidad, la doctrina es la que rescata la unidad y transición del derecho público, con su consagración final, de los principios de la Edad Media, en la postmodernidad, notablemente en el siglo XIX.
67. Ello es así en razón de que a pesar de que Grossi, achaca al Estado moderno la separación del derecho de lo social, rompiendo la unidad medieval, para convertirlo en *instrumentum regni* (p. 52), en el ámbito del derecho público, son precisamente lo que él denomina "las grandes hojas de higuera del iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII", las que mantienen la unidad del derecho público, sobre todo a través de una doctrina, que salvo ciertos casos, se muestra bastante uniforme. Ello es así, en virtud de que hasta el más absolutista de los publicistas de la era moderna, va a fundar su teoría del Estado en el derecho natural, dándose por ende, una serie de similitudes incuestionables, en donde la variación reside, no tanto en cuestión de principio, sino en la forma de interpretar el derecho natural; la variación será de método, nunca de fondo.

⁶¹ En relación con este concepto, nos viene a la mente la obra política de Dante Alighieri, quien por su parte, cree en la necesidad de un Monarca, como cabeza de una estructura social, basada en un orden natural en cuya cabeza se encuentra Dios, compuesto por gobernantes y gobernados, fuertes y débiles, amos y esclavos, en donde la forma más apta y eficaz para poder expresar la voluntad y movimiento del grupo, es mediante la expresión de uno, en representación del todo; pensamiento que bien podría proporcionarnos algunos elementos para determinar posteriormente, el absolutismo y la monarquía de derecho divino de algunos pensadores posteriores como Thomas Hobbes. Al respecto, *cf.* DANTE ALIGHIERI, *De la Monarchie*, traducción del latín al francés de B. Landry, Ed. Librairie Félix Alcan, París, 1933.

⁶² *Vid.* GROSSI, *op. cit.*, pp. 219-220.

68. Debido a lo anterior, sería superfluo pretender comprender el derecho público moderno y consecuentemente postmoderno, sin hacer una referencia obligada al derecho público medieval⁶³. Esto podemos afirmarlo en razón de que a fin de cuentas, las preguntas que se han venido realizando los publicistas desde la antigüedad hasta nuestros días, han sido las mismas, basadas en una misma realidad social y cotidiana: una comunidad de seres humanos con las mismas características naturales. En efecto, las condiciones pueden variar en el grado de complejidad de las relaciones humanas, pero finalmente, la respuesta a la pregunta de porqué debe existir un Estado, cuál es la fuente de su legitimidad, qué funciones puede ejercer y cuáles son sus límites, será más o menos la misma. Por ello, más que un sistema jurídico aislado, como lo pretende Grossi, nosotros somos partidarios de su inclusión con las épocas que le sucedieron, puesto que las cuestiones planteadas en el derecho público de la Edad Media, finalmente, son cuestiones que trascienden a su época y que se repiten constantemente generación tras generación. Sobre este tema, las palabras de D'Entrèves nos parecen dignas de mención especial:

“Lo que hace esa historia, historia contemporánea, no es la proyección de nuestros esquemas insignificantes y preconcepciones hacia el pasado, sino el darnos cuenta que, sin importar qué tan remotas puedan parecer esas ideas y doctrinas, el problema al cual responden sigue siendo el mismo y, a pesar de los cambios de circunstancias, es el problema que todavía nos enfrenta en el momento en que empezamos a reflexionar e inquirir sobre los fundamentos de la autoridad así como de la obligación política.

(...) Es el estudio de una respuesta en particular que ha sido elaborada con respecto al problema de la obligación política, y de su significado para nosotros. Es el análisis de un sistema que llamamos medieval porque fue construido completamente por pensadores medievales, pero el que, como sistema de valores, llama obviamente a que sea considerado no solamente como *sub specie historiae*, sino también como *sub specie aeterni*. Puesto que sigue siendo una de las tantas respuestas posibles que pueden darse a aquél problema que primero se planteó como objeto de inquisición por los Griegos y ha sido desde entonces uno de los factores más estimulantes de nuestra cultura occidental: el problema de la autoridad, de la obediencia, y de la obligación política.”⁶⁴

69. Sobre este mismo punto, el autor en cita establece otro pasaje que complementa lo anteriormente establecido:

“Lo que en realidad importa son las ideas y las doctrinas en sí mismas y es común establecer que son atemporales. (...) Algunas ideas fundamentales e ideas principales, que encontraron a través de pensadores medievales forma y expresión, sobrepasan en sus efectos e influencia por mucho las fronteras convencionales que comúnmente limitan al periodo medieval. Han proveído la fuente principal de inspiración para varios de los grandes sistemas que pertenecen, desde un punto de vista meramente cronológico, a tiempos más recientes, y que a su vez aparecen como el filamento por el que la especulación política medieval se ha vuelto involucrada de cerca con la conciencia política del mundo moderno.”⁶⁵

70. Por lo que de ninguna manera, en tratándose de derecho público, creemos que sea compatible el concepto de insularidad del que habla Paolo Grossi con respecto a la Edad Media, puesto que no

⁶³ La cita transcrita a continuación corrobora la idea que acabamos de expresar: “No podemos entender en qué forma Aristóteles ha influenciado al pensamiento, o en la que Hobbes y Locke y Rousseau abordaron las cuestiones e impulsos políticos de su tiempo, si no sabemos nada sobre el incesante esfuerzo realizado por los hombres del Medio Evo para explicar su ambiente político.” F.M. POWICKE, *Estudio Introductorio* a ALEXANDER PASSERIN D'ENTRÈVES, *The Medieval Contribution to Political Thought*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 1939, p. viii. (traducción del autor).

⁶⁴ ALEXANDER PASSERIN D'ENTRÈVES, *The Medieval Contribution to Political Thought*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 1939, pp. 4-5. (traducción del autor).

⁶⁵ *Ibid.*, p. 6. (traducción del autor).

sólo existe una palpable transición entre la época anterior y la que le siguió, sino que además, las ideas expresadas en el medioevo, en la medida en que son universales, no pueden considerarse como una época aislada.

VI.- LA TEORÍA MEDIEVAL DE LAS CORPORACIONES.

71. En otro orden de ideas, para Grossi, la vida medieval se constituye de corporaciones como las *civitates, castra, burgi, villae, collegia, universitates*, etc., en quienes se deposita la jurisdicción de los distintos asuntos, como entidades autónomas, no como individuos en lo particular, por eso, los propios glosadores llegarán a interpretar la *iurisdictio* y la facultad de *condere leges* como del *populus* (como corporación), no de una persona en lo particular.⁶⁶ Así el acto legislativo, por ejemplo, para tener validez, aun cuando fuere elaborado por un individuo, tendría que ser sometido a la aprobación del cuerpo en su totalidad, como ya hemos explicado.
72. Esto se justifica por la estructura reicentrista y comunitarista que se adopta en dicho periodo; en donde son dos ejes primordiales, la tierra⁶⁷ y el hecho que los grupos valen más que el individuo, ya que la corporación es perfecta mientras que el individuo no.
73. Así pues, la estructura social parte de la idea de la perfección del grupo, y de la imperfección del individuo; idea de una *ekklésia*, como asamblea de todos los pueblos muy acorde a la concepción cristiana. Lo cual hace aquí intervenir a la Iglesia, puesto que ella es la que forma la primera gran comunidad, al grado de que todos los reinos temporales que pertenecen a dicha comunidad, y suelen desprender su legitimidad de la insaculación y aprobación del sumo pontífice; esto, en virtud de que la salvación del alma estaría vinculada, en cierta medida, a la pertenencia y al cumplimiento de las reglas de la comunidad. Aun cuando el cristianismo, será interpretado como fuente de enaltecimiento del individualismo a partir del siglo XIV, el Medio Evo temprano, ve una faceta más bien de consolidación de una comunidad cristiana, bajo la coordinación de la Iglesia, puesto que el mundo es creación de Dios y todos los seres humanos son hijos de Dios, creados a imagen y semejanza suya; entonces, se desprende un sentido de igualdad espiritual, de imperfección del individuo y de pertenencia a una comunidad perfecta.

6.1.- El Derecho Canónico, consecuencia de la gran comunidad cristiana.

74. Al respecto, en la medida en que la Iglesia se vuelve "*societas perfecta*"⁶⁸ y se convence de que la salvación de los hombres debe darse en la tierra mediante el respeto al mensaje divino, es que la Iglesia, fuente de ese "*ius gentium*" medieval y contemporáneo, es jurídica y se acerca a lo temporal (la ley es una ayuda material para evitar la fragilidad de las almas y propiciar la salvación eterna)⁶⁹. Esto parte de la idea de la imperfección del individuo y de la perfección de la comunidad en su conjunto; el hombre es pecador y débil, la comunidad no, por lo que tiene la fuerza de rescatar a la oveja descarriada. Lo que hace que la vida sea dentro de lo social y que el derecho y la religión se confundan, generando el derecho canónico⁷⁰. En este sentido, el derecho canónico tendrá pues, como base, el pretender auxiliar a la salvación de los hombres, creando un

⁶⁶ Vid. GROSSI, *op. cit.*, pp. 200 y 201.

⁶⁷ El propio significado de feudalismo proviene de una raíz germana que significa entre otras cosas la tenencia de la tierra en la que se produce el alimento.

⁶⁸ Al respecto son relevantes las palabras de Tertuliano, citado por Grossi: "(...) la comunidad de los cristianos es un *corpus*, es decir, una realidad orgánica y unitaria, merced a tres elementos unitivos, la creencia en la misma fe, la esperanza común en la salvación eterna, la unidad disciplinaria." GROSSI, *op. cit.*, p. 123.

⁶⁹ Cfr. GROSSI, *op. cit.*, p. 131.

⁷⁰ Cfr. GROSSI, *op. cit.*, p. 125.

nexo indefectible entre uno y otro concepto, relación sin la cual, el derecho canónico carecería de objeto alguno.⁷¹ Por ello, tal como bien tiene a decir Grossi:

“La opción por el Derecho es una opción por lo temporal y por lo social. Expliquémonos mejor: esta Iglesia no desconfía de lo temporal, antes bien se sumerge en él muy gustosa, convencidísima de que la salvación de los fieles se decide justamente aquí, en el tiempo y en la temporalidad, merced a una acción que se desarrolla inmensamente en el tiempo y la temporalidad. Pero en lo temporal no viven individuos aislados; consiste más bien en una red de relaciones que une a los individuos en la *societas*. El problema religioso como problema de salvación no se resuelve, o se resuelve con dificultad extrema, en el ámbito individual, sino más bien en una dimensión exquisitamente social.

75. La convicción profunda es, incluso en el plano religioso, la imperfección del individuo y de sus fuerzas y la perfección de la comunidad sacra. La comunidad protege, garantiza, interviene como mediadora; es el único procedimiento seguro para comunicarse eficazmente con la divinidad, para asegurar el flujo de la Gracia.⁷²

6.2.- El Derecho Canónico, clasificación en derecho divino y derecho humano, como consecuencia de la vida cotidiana del corporativismo medieval.

76. Como consecuencia de lo anterior, el derecho canónico se ve forzado a hacer una distinción entre dos tipos de derecho. El derecho proveniente directamente de los dogmas, un derecho que por su naturaleza esencial y fundamento de la religión, es inmutable y de interpretación estricta, denominado derecho divino, y otro, que como ya hemos visto, en la medida en que está dirigido a hacer posible el cumplimiento de ese derecho divino mediante su aplicación práctica en el mundo terrenal, es de naturaleza flexible, es humano. Así pues, surge esta dicotomía legislativa en el seno de la Iglesia, en donde existe un derecho superior que no se puede cambiar, y otro, que siendo mutable⁷³, debe estar conforme con el primero, puesto que le está supeditado. El primero, *ius divinum* es necesario porque revelado al hombre para su salvación, el segundo, *ius humanum*, es útil, forjado por el celo pastoral de la Iglesia, para permitir de manera práctica y facilitar el acceso de esta criatura imperfecta al Reino.

77. De tal concepción del derecho canónico, surgen pues dos postulados mayores, el primero, que es el derecho de las corporaciones, que tiene un reflejo evidente en lo medieval, tal como se está viendo y el segundo, el de un derecho humano supeditado por el derecho natural, como veremos más adelante con motivo de la equidad canónica.

6.3.- La teoría de las corporaciones, fundamento para el establecimiento de un derecho común.

78. Volviendo al tema de las corporaciones medievales, hay que establecer que de dicho concepto de comunidad se desprende también toda una idea de un orden jurídico homogéneo entre los miembros de dicha comunidad, en lo que finalmente será la base para la concepción del derecho natural como concepción estatal y del *ius commune* a que se refiere Grossi. Idea de comunitarismo que habrá de trascender, sobre todo en el derecho germano, en donde el Derecho

⁷¹ Al respecto, Grossi establece: “El nexo entre el Derecho canónico y la salvación eterna es indefectible, porque de otro modo la juridicidad en la Iglesia sería aberración, solamente aberración. Y es un nexo que, tanto como incita y exige la flexibilidad, exige – por otro lado – algunas inmovilidades inderrumbables. Y el orden jurídico canónico aparece aquí articulado en dos distintos planos: el primero, superior, contrastado por una inmutabilidad absoluta, universal, perpetua, es un patrimonio intocable (...) resistente a cada devenir histórico casi como una ciudadela inexpugnable; el segundo, e inferior – del que se ha hablado hasta ahora – flexibilísimo y mutabilísimo. Una dialéctica de contrarios (...).” GROSSI, *op. cit.*, pp. 131-132.

⁷² GROSSI, *op. cit.*, pp. 124-125.

⁷³ Dice Grossi que si la norma es instrumental, debe ser flexible, si es flexible, cabe interpretación y la aplicación variada de la misma en casos diversos, lo cual trae a colación la teoría de la dispensa canónica. Sobre estos puntos es dable consultar la obra citada de Grossi, en las páginas 131-133.

entendido como corporaciones se refleja incluso, como ya hemos mencionado, en la concepción misma que del Estado llegarán a tener Johannes Althusius, Samuel von Puffendorf y otros pensadores alemanes en los siglos XVII y XVIII, ya que este concepto de comunidad cristiana, será la que facilite el origen de la persona moral o persona jurídica ficta, aspecto que se adecuará con asombrosa facilidad a las teorías de la representación y de los cuerpos sociales, tanto en el derecho público, como en el privado.

VII.- LAS FUENTES DEL DERECHO MEDIEVAL, ESPLENDOR Y OCASO DE UN SISTEMA.

79. Otro aspecto fundamental del sistema jurídico de la Edad Media, es el de su sistema de fuentes del derecho. Su particular sistema, es en parte el motivo del esplendor y del ocaso del mismo, puesto que la costumbre fue congruentemente adicionada con la equidad basada en el derecho natural, y al derecho natural, se le sumaron las ideas y jurisprudencia de la antigüedad griega y romana, lo que fue erosionando las antiguas concepciones, lo cual, aunado a una situación política cambiante, fueron determinando el destino del sistema jurídico medieval.

7.1.- La costumbre medieval como fuente del derecho.

80. La costumbre tiene, tal como lo resalta Grossi, una gran importancia en el derecho medieval, al grado que las primeras leyes del Alto Medio Evo, consistirán en poner en ley escrita, las reglas que se venían aplicando de la costumbre.⁷⁴ En este sentido, cabe señalar que en principio, la fuerza de la costumbre en la Edad Media es lógica, si partimos de la base que no va a ser sino hasta la Baja Edad Media en que los textos de la jurisprudencia romana se darán a conocer, con lo que ante el caos de las invasiones bárbaras, por más que se mantuvo un cierto vínculo con el derecho romano, hay que tomar en consideración que las tribus germánicas partían, a diferencia de los romanos de tradiciones de derecho no escrito, y por tanto, en esa fusión forzosa que da origen a la Edad Media, no había realmente derecho escrito, por lo que las controversias tenían que substanciarse de conformidad con lo establecido por la costumbre. Por ello Grossi establece que la “*consuetudo* es una *lex* en potencia, y la *lex* es una costumbre certificada y sistematizada”⁷⁵.

81. Sin embargo, una cuestión interesante que plantea Grossi, es el hecho de que la costumbre como fuente de derecho es una fuente fuerte o radical, en el sentido de que proviene de lo más íntimo y cotidiano del orden socio-político, siendo que el origen del término alemán para Constitución (*Verfassung*) sería el de la representación de un momento fuerte. De lo que deduciríamos, al menos en el Medio Evo, una fuerte relación entre costumbre y constitución, sobre todo en la medida en que los propios órganos legisladores o de aplicación o interpretación de la ley, se ven maniatados por la fuerza vinculante de la costumbre, la cual rige para todo tipo de relaciones, tanto entre entes públicos, como entre particulares, negocios *inter vivos*, derechos “reales”, etc.

7.2.- La equidad como jurisdicción, consecuencia lógica del derecho canónico y del derecho natural.

82. También llama la atención el que Grossi señale como obligación del príncipe medieval el gobernar y reinar con base en la “equidad” y la justicia, entendiendo este primer término, como el decidir con base en el justo dicho de la naturaleza (San Isidoro)⁷⁶, de lo que se deduce que su

⁷⁴ Sobre la tendencia de redactar la costumbre en ley, primero por los señores feudales, luego por los reyes en el siglo XV, también puede consultarse a ADHÉMAR ESMEIN, *Cours Élémentaire de Droit Français*, Ed. Librairie du Recueil Sirey, París, 1925, pp. 708-723.

⁷⁵ GROSSI, *op. cit.*, p. 103.

⁷⁶ Para una mayor precisión sobre el significado de la *aequitas*, pueden consultarse las páginas 179 a 185 de la mencionada obra de Grossi, haciendo notar que la “quintaesencia” de este concepto de “equidad”, se basaría en las normas de derecho natural, que derivadas de la concepción cristiana de la sociedad, eran ya tan caras a todos los órdenes de la Edad Media.

función es más bien la de *iurisdictio*, que la de legislador, funciones que según Grossi, están separadas por naturaleza. Así, vemos como por ejemplo, en Inglaterra habrán de surgir los juicios o tribunales de *equity*, en donde el *Chancellor* del Rey, es encargado de resolver controversias de todo tipo, sobre todo las que no fueran competencia de los tribunales comunes (*courts of common pleas*), de manera expedita y con base en principios de justicia y equidad, sin estar sujetos al principio *stare decisis* de la jurisprudencia demasiado técnica y complicada de los tribunales comunes⁷⁷.

83. No obstante lo visto precedentemente, antes de proseguir, de interés nos parece abundar un poco más sobre este concepto de equidad, que proviene del derecho canónico y de su influencia en la justicia y legislación medieval posterior.
84. Sobre el aspecto de la *aequitas* canónica en la baja Edad Media, Grossi refiere que constituye una “dialéctica de contrarios: el Derecho natural instalado por el mismo Dios desde el comienzo de los siglos en lo más profundo de la conciencia humana e identificándose en una elección exquisitamente racional, por tanto, inmóvil, perpetuo, inatacable por las fuerzas históricas; el Derecho humano, que la Santa Iglesia no entumece en reglas absolutamente generales, sino que varía en conformidad con lo que le exija la *ratio aequitatis*, principio supremo del que ella no puede apartarse porque es garantía de justicia efectiva.”⁷⁸ Así la equidad canónica se convierte en la medida para la adecuación de la legislación positiva con el derecho natural, al grado de que en caso de que una norma de “derecho humano” fuese abiertamente contraria al derecho “divino”, se tendría como nulo a este último frente al primero⁷⁹; convirtiéndose así en “la constitución material de todo el ordenamiento de la Iglesia.” ya que es “la voz misma de la divinidad”. Como consecuencia de ello, siendo la equidad canónica un principio constitucional no escrito del derecho canónico, se desprende de ello que el juez, movido por la equidad, y merced de la equidad, colma con base en ella las lagunas de la ley positiva por un lado, y por otro, tiene el “poder-deber de no aplicar la ley positiva si, en el supuesto específico que le ha sido sometido, la considera (...) motivo de riesgo o de un detrimento espiritual para los sujetos que están ante él.”⁸⁰
85. De tal concepto de equidad, se desprende asimismo, el de superioridad del derecho canónico natural frente al derecho canónico humano, aspecto, que de acuerdo a la falta de separación clara entre lo civil y lo canónico, establecida *supra*, se desprende el fundamento de la superioridad del derecho natural frente al derecho legislado por los seres humanos, aspecto que incide también en la *iurisdictio* del príncipe de manera directa, al grado que posteriormente de ahí vendrán conceptos como el de la supremacía de cierto tipo de legislación asociada al derecho natural (declaraciones de derechos) con el objeto de poder declarar la nulidad de las leyes que contravengan tales disposiciones. Así pues, del reconocimiento de la existencia de un derecho

⁷⁷ Sobre estas atribuciones del *Chancellor* o de las *Courts of Chancery* para resolver casos con base en *equity*, puede consultarse a Sir EDWARD COKE, *The Fourth Part of the Institutes of the Laws of England*, Ed. W. Clarke and Sons, Londres, 1817, capítulo 8, p. 78 y ss., así como a FREDERICK WILLIAM MAITLAND, *The Constitutional History of England*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1908, p. 221 y ss. Sobre este aspecto, y trayendo a colación la relación entre derecho canónico y derecho “común”, es dable recordar que el *Chancellor*, encargado de los tribunales de “*equity*”, generalmente era un funcionario del clero nombrado por el rey, por lo que la *aequitas*, visiblemente tiene una raíz canónica, por lo que tiene una relevancia importante en el derecho civil anglosajón, tal como lo apunta acertadamente Frederick William Maitland en su obra citada. Sobre este punto, Grossi hace una referencia acertada a que no puede disociarse en la Edad Media lo civil de lo canónico, al grado que existe una influencia recíproca entre ambos órdenes: “Esto se puede intuir fácilmente para el Derecho Medieval, cuyo fondo era el resultado de una perfecta y armónica fusión entre dimensión religiosa y civil, pero puede, asimismo, individualizarse en trayectos aparentemente muy distantes y muy lejanos: se ha apuntado, por ejemplo, su influencia determinante en el nacimiento y desarrollo del *common law* del área anglosajona y no se ha dejado de señalar el peso de la noción de *aequitas canonica* sobre aquella de *equity*.” GROSSI, *op. cit.*, p. 215.

⁷⁸ GROSSI, *op. cit.*, p. 210.

⁷⁹ Al respecto establece Grossi: “(...) la *aequitas* (...) se convierte en principio general e institución que actúa como gozne de un orden jurídico; se convierte en fuente formal del Derecho.” *Ibid.*, p. 211

⁸⁰ *Ibid.*, p. 212.

natural, superior al derecho positivo, surge en la Edad Media, igualmente, la teoría de los derechos fundamentales del hombre. En este sentido, dice Gierke, “la doctrina medieval estaba ya llena con la idea de derechos innatos e indestructibles del individuo.” La formulación y clasificación corresponderá a la época moderna, sin embargo, “todavía, como cuestión de principio, un reconocimiento de su existencia puede encontrarse ya en la filosofía del derecho medieval cuando atribuye una validez absoluta y objetiva a las máximas superiores del derecho natural y divino.” Aspecto revelado por el cristianismo a través el valor absoluto e imperecedero del individuo, hijo de Dios. Al respecto, basado en la obra de Dante y de Ockham, el maestro teutón, continúa diciendo: “Que todo individuo en virtud de su destino eterno está en el centro, de alguna manera sagrado e indestructible, incluso con relación al poder supremo: que la más pequeña parte tiene un valor por sí misma, y no meramente porque es parte de un todo: que cada hombre debe ser visto por la comunidad, nunca como un mero instrumento, sino también como un fin (...).”⁸¹

86. Por tanto, dentro de esta concepción del derecho natural y de una constitución por encima del actuar de los entes encargados del ejercicio de la soberanía estatal, podemos ver como Gierke confirma el sentimiento de la doctrina de la Edad Media en el sentido de que los actos, legislativos, ejecutivos o judiciales, que fueran contrarios al derecho natural, debían ser declarados nulos, al grado que el cumplimiento con tales normas era condicionante de la obediencia al soberano, siendo esto también, semilla para todas las teorías en relación con el derecho a la revolución y la resistencia a la opresión. Por lo que siendo la equidad patrón de impartición de justicia por parte del príncipe, éste tendría la obligación de actuar dentro de los cauces del derecho natural, de lo contrario, su actuar no sería válido y contrario al contrato social por el que se le habría otorgado su competencia; aspecto, que al igual que en la Edad Media, se reflejará en casi toda la doctrina de la era moderna.
87. Regresando a la cuestión de las facultades del príncipe que comenta Grossi, hay que decir que sin embargo, en la baja edad media, la relación del príncipe en el Estado va a ir cambiando paulatinamente, en el sentido de que independientemente de ser “el gran justiciero del reino”, con facultades limitadas, se va a ir convirtiendo poco a poco en “*conditor legum, pater legum*” hasta la caída total del Medio Evo con la consolidación del príncipe legislador del Estado moderno.

7.3.- El redescubrimiento de los textos griegos y romanos.

88. Casualmente, la transformación a que se refiere Grossi de las facultades del príncipe y del concepto mismo de *Lex*, va asociado, no sólo a la complejización de la sociedad, sino también al redescubrimiento de los textos antiguos (*cf.* Santo Tomás) y de la jurisprudencia romana⁸² (baste ver la obra de glosadores, comentaristas y postglosadores), que otorgan una nueva fuente de

⁸¹ *Cfr.* OTTO GIERKE, *Political Theories of the Middle Ages*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1900, pp. 81-82. Siguiendo el mismo patrón, Grossi confiesa: “A su vez el Derecho común tenía una sola ley de fondo como legitimación última y sustancial, una ley que era (...) un acto de voluntad suprema: nos referimos al Derecho divino, provisto en el seno de la sociedad medieval de una indudable positividad (...).” GROSSI, *op. cit.*, p. 227.

⁸² En este sentido, el redescubrimiento es relativo, puesto que independientemente de las reminiscencias del derecho romano en la Alta Edad Media, la Iglesia siempre basó su derecho canónico en el derecho romano, en lo que sí existe un redescubrimiento es por cuanto a los textos e instituciones originales. Al respecto, *cf.* GROSSI, *op. cit.*, pp. 162 y 163. Sin embargo, independientemente de la relatividad de dicho descubrimiento, éste será suficiente para transformar de manera paulatina, pero definitiva, muchos aspectos del derecho medieval. Sobre este punto, cabe resaltar que para Gierke, el derecho público surge, como ciencia, en la Edad Media a través de la interpretación profesionalizada de la jurisprudencia, lo que nos lleva al descubrimiento de los textos romanos en el siglo XI, en concreto con los glosadores, ya que “proveyó al filósofo y al político especulativo con una serie de conceptos legales útiles para la construcción de un sistema”. *Cfr.* OTTO GIERKE, *Political Theories of the Middle Ages*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1900, p. 3. En este sentido, el redescubrimiento de la “antigüedad” trae consigo las semillas de la destrucción del pensamiento medieval de la alta Edad Media, siendo un periodo de abierta transición hacia lo moderno. *Cfr. Ibid.*, p. 4 “Por tanto, establece Gierke, la historia de las teorías políticas de la Edad Media es al mismo tiempo la historia de la formulación teórica del sistema de la sociedad medieval y la historia de la erección de aquel edificio novedoso que sería construido sobre la base del Derecho Natural [en los siglos XVI a XVIII].” pp. 4-5 (traducción del autor).

validez para la doctrina del derecho⁸³, así como a las reformas (gregorianas) y crisis del poder temporal de la Iglesia, lo que irá determinando la crisis y desaparición del Medio Evo, para dar entrada a la Edad Moderna. El derecho, se vuelve incluso más científico y no tanto ligado a la factualidad que le caracterizó en la Alta Edad Media, en lo que el propio Grossi va a denominar “la experiencia confía a la ciencia su propia construcción”. Así, poco a poco, con el adelanto de la ciencia y el descubrimiento de los textos antiguos, la norma de validez va substituyendo la de efectividad y la costumbre se va viendo, poco a poco, relegada como fuente de derecho frente al derecho natural y al derecho positivo⁸⁴, hasta que llegue a abarcar el último lugar a partir del renacimiento, excepción guardada de algunos países anglosajones.

89. En este sentido, en la Edad Media, como bien resalta Grossi, se redescubre el derecho romano, se interpretan los textos antiguos con los glosadores, “enanos subidos en hombros de gigantes”, para después dar paso a los grandes teóricos.⁸⁵

⁸³ En este sentido, es a través de la interpretación de los textos romanos, en que se va a ir pudiendo substituir el orden jurídico en donde imperaba primordialmente la costumbre, con el objeto de adecuar el derecho a la dinámica social de los siglos XI y XII, antes que el monarca, quien, personalmente o por conducto de sus jueces, ejercía a través de la *iurisdictio* una función materialmente legislativa mediante la “interpretación” y la aplicación del derecho en casos concretos, con el cambio de era, asumiera de lleno una atribución formalmente legislativa. Esta interpretación, en muchos casos va a ser muy amplia y deformativa del texto romano, al grado de generar mediante decisiones judiciales, supuestos que no estaban evidentes en la letra de la ley, cuestión que podían hacer los jueces y persiste hasta la fecha en los países anglosajones, bajo el parámetro de conceptos de *aequitas* o *equity*, aplicando reglas como la *regulae iuris* (principios generales del derecho) o las *actiones utiles* (en donde a través de la analogía se extendía la aplicación de la ley a casos no previstos expresamente en ella). Cfr. GROSSI, *op. cit.*, p. 173 y ss. En este aspecto, cabe mencionar que esa deformación de los textos romanos atiende, como acertadamente lo menciona Alexandre Passerin D’Entrèves, a una voluntad de encontrar un sustento a las teorías del derecho natural, y que es en la medida en que se pudieron adecuar los textos romanos al derecho natural imperante en la Edad Media, en que tales textos fueron utilizados como fuente de derecho tanto por los jueces y glosadores, como posteriormente por los teóricos de los siglos XIII a XV. Con relación a este concepto, el autor en mención escribe: “Sin duda, el renacimiento del Derecho Romano fue un factor decisivo en la transformación del pensamiento político Europeo, y su importancia puede compararse perfectamente con el del redescubrimiento del Aristotelianismo en la esfera de la especulación filosófica. Hizo estragos con la arcaica concepción de la costumbre, que fue el punto de partida de las teorías medievales del derecho, y entonces proporcionó la base para esa concepción de la soberanía que es usualmente, aunque no muy acertadamente, asociada con aquella de absolutismo. Pero es importante recordar que su influencia no podría sino incubar la creencia en un derecho natural como la base de todo orden legal. Fue, en realidad, esta idea de derecho natural que ayudó a la restauración del sistema Romano, bajo el entendido de su alto grado de razonabilidad y de su valor universal, como el derecho de una civilización internacional. Y es a través del vehículo del derecho natural (...) que el reconocimiento de un orden legal superior al Estado encontró un gran desarrollo, incluso en tiempos más recientes, tal como la teoría moderna del derecho internacional nos lo prueba.” ALEXANDER PASSERIN D’ENTRÈVES, *The Medieval Contribution to Political Thought*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 1939, pp. 17-18. (traducción del autor). Sobre este último punto de la cita, cfr. *supra* puntos IV y V.

⁸⁴ Así, Grossi expresa con razón: “(...) se trastocará el sentido de la jerarquía constantiniana vinculando la costumbre solamente a aquella ley que tenga un contenido de Derecho natural (...)” GROSSI, *op. cit.*, p. 191.

⁸⁵ Al respecto, las palabras del maestro Salvador Munguujón sirven para ilustrar la presente afirmación: “*El Derecho Romano*. Es indudable la continuidad de la práctica del Derecho romano a través de todos los siglos de la Edad Media. Se mantuvo un Derecho consuetudinario que se ha llamado el Derecho romano vulgar, más adaptado que el romano clásico a las necesidades de la vida cotidiana, en la cual revivían usos antiquísimos, que la dominación romana no había hecho desaparecer por completo.

Renacimiento Romanista. Antes de fines del siglo XI el Derecho romano andaba mezclado con otros elementos y no era objeto de un estudio científico. “Se estaba – dice Fach – a cien leguas de los textos, se vivía sobre la tradición. Manuales o leyes bárbaras, el Derecho feudal, el Derecho canónico, se mezclaban a las leyes romanas deformadas y mal comprendidas y constituían la base de la enseñanza de la escuela y de la práctica judicial. En el siglo XII sale a la luz un renacimiento literario y artístico. En él tiene su parte el Derecho romano. Los jurisconsultos vuelven a las fuentes, las separan, las estudian, las comentan. Ahí está el gran mérito de la escuela de Bolonia...”

Este renacimiento correspondía al cambio que se operaba en la sociedad y en la economía. Decadente la organización feudal, despertando a nueva vida la industria y el comercio, las fuerzas económicas preponderan y tienden a desligarse de los organismos sociales y a establecer una solidaridad mundial. A la economía de base familiar y agraria reemplaza la economía del salario. Para tales corrientes, era cauce estrecho el derecho germano.” SALVADOR MUNGUIJÓN, *Historia del Derecho Español*, Ed. Labor, Barcelona, 1943, pp. 41-42.

90. Haciendo un paréntesis, es necesario establecer que como excepción a esto, en Inglaterra, no se preservó ni tuvo gran influencia la jurisprudencia romana como lo haría en el resto de Europa continental, aun cuando la Iglesia católica fue la responsable de difundir en Albión a través del derecho canónico, cierto tipo de leyes e instituciones que eran uniformes en el resto del continente, porque incluso en ese caso, su influencia no fue determinante en el establecimiento del sistema jurídico, por lo que tenemos que concluir que el derecho inglés, en buena medida, siguió su propio camino, distinto al del resto de Europa continental.⁸⁶
91. El derecho de la Edad Media, como bien afirma Grossi, es en realidad más que el mero derecho romano, es, como ya hemos dicho, el producto de la fusión entre el antiguo derecho romano y el derecho consuetudinario de las tribus germanas que invadieron toda Europa. Por ello es válido afirmar, como lo hace Grossi, que la Edad Media no es un apéndice ni un paréntesis del mundo romano, no es mera *interpretatio*, el mundo medieval tiene voz propia; en efecto, derivado de la mencionada fusión de culturas que se da a partir del siglo V; aunque dicha fusión, en nuestra opinión, tampoco nos autoriza a hablar de una radical insularidad entre el mundo romano y el mundo medieval como ya hemos visto. Sin embargo, este rescate de la obra romana, va a ser la que paulatinamente vaya destruyendo la misma concepción y esencia de la Edad Media.

7.4.- La “descomposición” del régimen medieval.

92. Por ello, no es extraño poder afirmar que el rescate de las ideas de la antigüedad y del Estado antiguo, aunado al concepto individualista de la libertad cristiano-germana, son las causas de la “ruptura” o descomposición, para ser más congruentes, del régimen medieval.⁸⁷ Sin embargo, aunado a esta cuestión jurídica que implica el redescubrimiento de los textos “antiguos”, existe otro elemento más que determina la suerte del medioevo, y éste es de índole político, aspecto que hace Grossi de lado.
93. En este sentido, el cambio de la Edad Media a la modernidad se da en efecto por el cambio de distribución del poder con el triunfo de los Estados unitarios, aspecto que se produjo en buena medida por la influencia de las cruzadas y el crecimiento del sentimiento de pertenencia a una nación, como fue el caso de Francia, o de España, quien, aunque no participó de forma tan directa en las cruzadas, estaba metida en la Reconquista de su territorio frente a los moros.⁸⁸ Si a eso le sumamos la pérdida del poder temporal del Papa, a través de conflictos innumerables en toda Europa, singularizando tal vez este fenómeno la Guerra de las Investiduras y las pugnas entre *Güelfos* y *Gibelinos* en la Italia septentrional, tan *cara* a Grossi, vemos que la estructura del Medio Evo, se va derrumbando poco a poco desde todos los aspectos, para los siglos XIV y XV.

VIII.- CONCLUSIÓN.

94. Para finalizar, cabe destacar que el viaje por el que nos lleva Grossi parte de varias premisas importantes: un orden jurídico uniforme, basado en la estrecha vinculación del derecho con la costumbre; una evidente levedad del poder político del Estado, en el que se manifiesta un desinterés por el derecho, una sociedad corporativista y finalmente, características propias de una era que rompe con su antecesora y que no guarda mayor relación con la que le sigue. Así pues, es a través de estos conceptos que Grossi, al igual que Virgilio, o Beatrice, nos va guiando para ir entendiendo la construcción del autor sobre el medioevo, aspecto que a pesar de la

⁸⁶ Al respecto, puede consultarse a FREDERICK WILLIAM MAITLAND, *The Constitutional History of England*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1908, pp. 1-6, o para detalles más extensos, la obra de Sir Edward Coke, *The Institutes of the Laws of England* y *The Reports*. Asimismo, sobre esta cuestión, puede consultarse a CHARLES HOWARD MCILWAIN, *Constitucionalismo Antiguo y Moderno*, traducción de José Rovira Armengol, Ed. Nova, Buenos Aires, 1958, p. 73 y ss.

⁸⁷ Vid. OTTO GIERKE, *Political Theories of the Middle Age*, traducción de F. W. Maitland, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1900, p. 87 y ss.

⁸⁸ Sobre este punto, *cf.* JEAN TOUCHARD, *Historia de las Ideas Políticas*, traducción de J. Pradera, Ed. Tecnos, Madrid, 2000, p. 179 y ss.

complejidad de la estructura, facilita su entendimiento y la comprensión de las razones detrás de tal edificación. Por ello, esta obra, aunque en apariencia no es un mero manual para inexpertos del derecho, logra cabalmente su objetivo en la medida en que lleva al lector a su destino; lo toma desde el principio de la obra y no lo suelta, lo protege, lo asesora, lo guía, hasta completar su travesía por el paraíso. La concepción medievalista de Grossi queda ahí para abrir el debate sobre este periodo interesante de la historia y su confrontación con las ideas de otras personas sobre el mismo periodo; debates que evita el propio Grossi, quien al igual que Dante se limita a llevarnos por todos los aspectos del medioevo y nos permite platicar con los personajes que en ese momento se encuentran, de la misma manera en que guiado por Virgilio, Dante escucha con apasionamiento el relato trágico de Francesca da Rimini, pero quien no permite que nos cuestionemos a través de la lectura la validez de sus postulados, ya que en el momento en que eso sucediera, seguramente nos perderíamos en un laberinto sin salida. Obra jurídica, casi literatura épica sobre el Medio Evo, es pues un postulado original que cumple con su objetivo de presentarnos una visión particular de una etapa de la civilización, como si fuera una visita guiada en la que el visitante no debe salirse del programa, so riesgo de no entender lo demás. Sin embargo, posiblemente, el espíritu científico tan precioso a los abogados, nos hace añorar un poco la falta de ese debate intelectual entre la obra de Grossi y lo que sus antecesores habrían dicho en contra de él. En este sentido, Grossi, evita perder tiempo en debatir la construcción y edificación o programación del viaje, con el objeto de concentrarse en que el que lo emprenda, comprenda bien todos sus términos, y por tanto quedará a obras futuras, presentarnos ese mismo debate sobre la validez y eficacia de la construcción de Grossi en torno a esta *Media Aetas*, ya que aun cuando en el presente artículo, se pretenden plantear los puntos esenciales de dicho debate, se requeriría de una obra mucho más completa para hacer frente de manera justa, a tan digna obra sobre el medioevo.

95. Así pues, cabe establecer que, indudablemente, a pesar de la carencia de uniformidad en relación con algunas de las concepciones del autor, debemos decir que este esfuerzo notable contribuye de forma substancial al debate histórico jurídico sobre la Edad Media, a pesar de ser una visión parcial sobre el problema, puesto que la tesis de una era independiente, fracturada de la antigüedad y de la modernidad, viva cuan organismo animal, es una tesis que más allá de su audacia y novedad, abre nuevos caminos para la exploración de tan interesante época de la historia del derecho, la cual merecería una mayor atención por parte de juristas e investigadores, en la medida en que, tal como se ha dicho a lo largo del presente trabajo, en la Edad Media están los fundamentos de todas las concepciones que han irradiado al derecho público de nuestras naciones contemporáneas, así como una parte importante de las relaciones del derecho privado también. Aspecto que hace de la obra de Grossi, un hito fundamental para enriquecer esta época trascendental del derecho, y convertirse en una piedra angular sobre la cual erigir una edificación mayor.