

Paolo Grossi, El orden jurídico medieval (Madrid: Ediciones jurídicas y sociales, 1996 [1995]): 71-79.

4. PLURALISMO DEL DERECHO MEDIEVAL

En el párrafo precedente, hemos hablado en más de una ocasión de la pluralidad de fuerzas que convergen en la construcción medieval del orden jurídico. Si esto puede ser ideado imaginariamente casi como una red entre lo que es formalmente jurídico y la gran masa de los hechos (fenoménicos, sociales, económicos) para filtrarlos, controlarlos, digerirlos, ciertamente el nuevo orden se nos presenta con mallas anchísimas, incapaz de toda operación de tamizado.

En la siempre creciente impotencia del mecanismo estatal romano, se debilita todo el aparato constrictivo, y las fuerzas anteriormente contenidas y reprimidas renacen con vigor y valor. Desde el siglo iv en adelante, los historiadores realzan y siguen un cauce «vulgar» del Derecho que se perfila siempre más nítido y que viene a discurrir en paralelo al «oficial»¹⁹, en un movimiento que, originándose por vez primera en las provincias más periféricas, se expande lentamente a toda la realidad del Imperio.

«Vulgaridad» del Derecho significa extraestatalidad, recurso a fuerzas alternativas destinadas a llenar el vacío dejado por la debilidad política; significa un estilo y una mentalidad e incluso construcciones y soluciones que adquieren forma espontáneamente en las comunidades particulares, colocándose en el lugar del Derecho oficial para intentar responder adecuadamente a la nueva idealidad y a las nuevas necesidades. El así llamado «Derecho vulgar» es, por ello, un filón alternativo: se trata de instituciones viejas que se deforman, instituciones nuevas que se crean, mediante una libre extracción del gran aljibe de la vida cotidiana.

Desde un punto de vista rigurosamente histórico-jurídico el itinerario del Derecho medieval ya está ahí puesto en marcha²⁰. Con

¹⁸ Por los motivos que precisaremos más adelante (cfr. p. 88).

¹⁹ Aunque implicando, posteriormente, también al mismo Derecho oficial.

²⁰ Los romanistas han debatido amplia y doctamente acerca del asunto durante la segunda posguerra mundial sobre todo siguiendo las reconstrucciones amplias de Ernst LEVY, pero sobre

el fenómeno de la «vulgarización» ya ha rebasado los confines de la nueva experiencia. Y se confirma de hecho la consolidación de la tolerancia por parte del régimen político hacia otros procesos de formación del Derecho, en tanto que la experiencia jurídica —desde ahora ya no de modo latente, sino sobre todo bien visible— reasume toda su complejidad. Complejidad que, en el plano socio-cultural, significa pluralidad de valores y, en el plano jurídico, pluralidad de tradiciones y de fuentes de producción en el interior de un mismo ordenamiento político.

En el primer medioevo, cuando la pertenencia a una stirpe y el consiguiente mito de la sangre representan valores indiscutibles, el principio que circula y que vemos largamente difundido y confirmado, no es la territorialidad, antes bien —según la usual expresión de los historiadores— la «personalidad» del Derecho²¹; con ello no se pretende del todo decir que cada persona tiene un derecho propio, sino más exactamente que cada persona, bajo el mismo régimen político, lejos de estar sofocada por un Derecho unitario con proyección territorial, es portadora —según las particularidades del propio tronco étnico— de un Derecho específico y diferenciado, de tal manera que —recurriendo al ejemplo de la situación italiana— el romano podrá profesar y usar el patrimonio de su propia tradición jurídica del mismo modo que el longobardo el suyo; de idéntico modo, personas ligadas funcionalmente a grupos socialmente fuertes pretenderán estar sometidas a la disciplina y juzgadas en conformidad al Derecho elaborado dentro de esos grupos y acaso por juicios explícitos de los mismos grupos y juzgadores en base a aquellos derechos especiales: tal será ya en el primer medioevo el caso del clérigo, a quien se reconoce sujeto del Derecho canónico como *ius ecclesiae*²², y más tarde el caso del mercader, que se creará sometido a aquel Derecho especialísimo pro-

ello tendría ojos más libres el medievalista como personaje despojado de modelos imitadores y dispuesto a captar las primeras coagulaciones de la nueva experiencia jurídica. Entre las contribuciones nomanistas es un placer aislar las agueridas observaciones desarrolladas por F. WIEACKER en una reciente puesta a punto: «Diritto volgare» e «vulgarismo». Problemi e discussioni», en *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana*, IV (1981), particularmente p. 513; una recensión sobresaliente de 1951 de G. PUGLIESE a LEVY, *West Roman vulgar law. The Law of Property*, ahora en *id.*, *Scritti giuridici scelti*, vol. II, Nápoles, Jovene, 1985, donde se sitúan las consonancias entre Derecho bárbaro y Derecho romano vulgar no como recepción del uno en el otro —según la visión metodológicamente discutible de Levy—, sino como coincidencia de soluciones y de respuestas frente a idénticas condiciones socioeconómicas y culturales (*vid.* pp. 126-27); y, sobre todo, una bastante sagaz (y, por tanto, digna de meditación) nota de A. GUARINO, ««Vulgarismus» e diritto privato postclassico», en *Labeo*, 6 (1960), a propósito del segundo volumen del «römische Privatrecht» de KASER.

²¹ Un cuidado esbozo del complejo debate historiográfico sobre el tema de la personalidad del Derecho puede verse en M. BELLOMO, *Società e istituzioni dal medioevo agli inizi dell'età moderna*, Roma, Il Cigno, 1993 (6), p. 37.

²² Cfr. más adelante el cap. V.

ducto del *coetus mercatorum*, primer embrión del futuro «Derecho mercantil».

En el segundo medioevo —medioevo sapiencial— otra convivencia singularísima nos señalará el marcado pluralismo de esta experiencia jurídica: en el mismo territorio tendrán vigencia y aplicación —en la manera que se intentará precisar más adelante²³— ya sean los denominados *iura propria*, es decir, las normas particulares consolidadas en costumbres, o emanadas localmente del monarca y de las ciudades libres, ya sea el *ius commune*, esto es, el majestuoso sistema jurídico universal elaborado sobre la plataforma romana y canónica por un estamento de muy aguerridos juristas (maestros, científicos, prácticos), patrimonio científico presente en todas partes para aportar esquemas interpretativos, invenciones técnicas, soluciones para tantos casos no previstos localmente por la miopía de los legisladores individuales.

El poder político respeta esta pluralidad de tradiciones convecinas, manifestando así la postura de general indiferencia hacia buena parte de lo jurídico. La producción de esta naturaleza se remite a otras fuerzas. Los príncipes, sus funcionarios, sus jueces contemplan este pluralismo y le conceden crédito con su respeto. El juez está allí para levantar acta, cuidando el orden de las tradiciones jurídicas del actor y de lo acordado, anotando las profesiones solemnes de pertenencia a uno u otro Derecho y estudiando en consecuencia las posibles soluciones²⁴; y los documentos judiciales y notariales, aportando menciones de los diversos derechos de comparecientes y contrayentes, y haciendo continua referencia a ellos, nos recuerdan un tejido peninsular italiano, donde se entretajan, a menudo en el mismo lugar, los más variados *iura* del filón germánico, el Derecho teodosiano, el Derecho Justiniano, con las florecientes costumbres locales.

La llamada a la costumbre parece advertirnos, sin embargo, de que el pluralismo jurídico medieval no es solamente coralidad de culturas jurídicas, antes bien se concretiza dentro de un plano exquisitamente técnico en una coralidad de fuentes de producción. La clave interpretativa esencial de todo el orden jurídico medieval —que aquí se pretende resaltar para el lector— es que los detentadores del poder constituyen una fuente entre las muchas llamadas para la edificación de este orden; sin duda, no la única, y mucho menos la más sobresaliente. El problema de las fuentes —problema estructural de cada construcción histórica *sub specie iuris*— se resuelve en una coralidad de aportaciones que respetan fielmente la coralidad de fuerzas de las que el Derecho es espejo y forma consumada. Y la aportación de los príncipes (ya sean monarcas o ciudades libres), incluso si es

²³ Cfr. p. 221.

²⁴ Véase la síntesis ofrecida por CALASSO, *Medioevo del diritto*, cit., p. 117.

o pueda parecer en ocasiones cuantitativamente eminente, apenas toca los temas centrales de la construcción jurídica de la sociedad.

De «leyes» —es decir, de actos autoritarios generales y rígidos destinados a todos los súbditos o a una parte sobresaliente de ellos— ni siquiera el primer medioevo está escaso. Los monarcas visigodos en España y los longobardos en Italia, en la cumbre de los reinos que constituyeron un régimen estable durante más siglos en toda la península Ibérica y buena parte de la Italia centro-septentrional (siglos VI-VIII), respectivamente, están comprometidos en una reiterada actividad legislativa. Pero ¿qué es lo que quieren estas «leyes» y en qué consiste su contenido? Examinemos una, la más celebrada e incluso la más relevante entre la normativa de la península Itálica, el amplio *Edictum Longobardorum* elaborado por el rey Rotario en el 643 con la asistencia y aprobación de los notables del Reino: si alguien creyese encontrar, en los 388 capítulos que lo integran, un diseño orgánico, un compacto conjunto sistemático, quedaría desilusionado. La atención preferente del legislador se orienta al Derecho penal y al de familia, salpicados marginalmente por un amasijo de capítulos deslabazados destinados a las más diversas materias. La de Rotario es, sobre todo, una obra consolidadora de antiguas costumbres, obviamente no escritas, del *populus longobardorum*, sin ninguna pretensión de encerrar allí la totalidad del ordenamiento, pero presuponiendo, por el contrario, que éste se había formado y se estaba formando gracias a la confluencia de costumbres y tradiciones emanadas fundamentalmente de fuentes muy distintas al príncipe²⁵. Se trataba, en resumen, de una contribución normativa limitada por el objeto y sin grandes ambiciones.

Idéntico discurso, al menos en lo que se refiere a la política legislativa, debe hacerse sobre los actos normativos de los monarcas francos, los así llamados *Capitularia*, que, muy numerosos, aparecen a partir de finales del siglo VIII. Incluso en estos testimonios la obra del legislador, que, sin embargo, aparece aquí claramente impulsado por la exigencia apremiante de reducir a unidad el mosaico jurídico del Imperio, se concentra sobre determinadas materias de relevancia «pública» con una nítida preponderancia de normas reguladoras de la administración del *Imperium* y de los *Regni* y, sobre todo, de las relaciones entre poder político y poder eclesiástico²⁶.

²⁵ BELLOMO, *Società e istituzioni*, cit., pp. 175 ss. Para un encuadre no formal del Edicto, cfr. G. BOGNETTI, *L'Editto di Rotari come espediente politico di una monarchia barbarica* (ed. orig. 1957), ahora en *id.*, *L'età longobarda*, vol. IV, Milán, Giuffrè, 1966. A este respecto ha escrito páginas sugestivas P. M. ARCARI, *Idee e sentimenti politici dell'alto medioevo*, Milán, Giuffrè, 1968, sobre todo pp. 651-52.

²⁶ F. GANSHOF, *Recherches sur les capitulaires*, París, Sirey, 1958, pp. 72-74.

5. Y SU FACTUALIDAD

La «ley» del príncipe se nos presenta, por tanto, como un canal menor por donde se desliza la experiencia jurídica medieval. En aquel entonces, contribuyó a una mínima parte de su producción; en la actualidad, sólo puede contribuir de una forma bastante relativa a su conocimiento. La producción del Derecho reside sobre todo en otras manos; la experiencia discurre por otros canales.

No debemos olvidar que, hasta para la relativa indiferencia del poder político hacia el Derecho, el momento constructor del orden jurídico se significa por una libertad sustancial. Más allá de programaciones y sistematizaciones centralizadoras, el Derecho reencuentra también sus manantiales en la parte más baja, su naturaleza de compartimentación espontánea en el tejido social. Sin más vínculos para retenerlo, amputarlo, condicionarlo, renace de los hechos y se construye sobre los hechos. En un mundo donde el poder político parece renunciar al propio deber ordenador en el plano jurídico y donde se han enrarecido los modelos a observar, la esfera de lo jurídico y la de lo factual tienden a fundirse; la dimensión de la «validez» cede ante la de la «efectividad».

Si validez significa correlación con ciertos arquetipos, si los arquetipos se han disuelto en la disolución del Estado y de la cultura precedentes, la organización jurídica deberá descansar sobre otros cimientos. El hecho no se convertirá en derecho porque una voluntad política se apropie de él después de hacer constar su coherencia con determinados valores que ella estima relevantes, o sea, después de una criba filtradora totalmente confiada a aquella voluntad. El hecho aquí es ya derecho por su fuerza intrínseca, desde el mismo momento en que ha demostrado la propia eficacia, o sea, la capacidad que encuentra en sí mismo para incidir de forma duradera sobre la experiencia.

En un mundo tan privado de revestimientos forzados, el Derecho se distingue por su decisiva «factualidad»: lo que no quiere decir que nazca del hecho (esto sería una banalísima observación), sino sobre todo que el hecho mismo tiene aquí una carga lo suficientemente vital para poder proponerse, sin el concurso de intervenciones extrañas, sino con la única condición de mostrarse dotado de eficacia, como un hecho auténticamente normativo, revelando la innata capacidad de ser protagonista *per se* de los distintos ordenamientos, donde llega a ser fuente en sentido formal.

Préstese atención. Si se quiere dar un contenido históricamente válido de esta noción de hecho, no se ha de recurrir mentalmente al hecho del que hablan los modernos teóricos del Derecho, que es ya un hecho jurídico, fruto de una impostación voluntarista que no

puede sino desviarnos²⁷. Por hecho ha de entenderse, en cambio, una entidad de la naturaleza física y social que, sin abandonar la propia cualidad de fenómeno tosco y primordial, es ya intrínsecamente derecho, posee en sí mismo una potencialidad jurídica destinada a manifestarse y a incidir sobre la experiencia histórica.

El medioevo jurídico tiene su origen precisamente en el clima de intenso naturalismo que, en Occidente, se adueña de todo desde el siglo v en adelante. La naturaleza de las cosas físicas y sociales, ya no más reprimida o ensalzada, pretende llevar en su seno la regla jurídica y asigna a los hechos, los hechos primordiales entre los que fatigosamente se desenvuelven los hombres durante su vida terrenal, una función primaria. Si, por un momento, se presta atención al paisaje histórico que aquellos siglos nos ofrecen, al aspecto político, al desorden social, a la concatenación de invasiones, guerras, epidemias, carestías, a la crisis demográfica general, a la penosa y fatigosa supervivencia cotidiana, la naturaleza de las cosas físicas y sociales, con su estabilidad metahumana, aparece como la única certidumbre, la única guía y, en cuanto tal, la única fuente de reglas.

Factualidad del Derecho quiere decir el intento desesperado de encontrar estabilidades más allá de lo convencional y de lo artificial, en un mundo simple de hechos que el operario respeta con absoluta humildad. Sin presunciones nos deslizamos sobre las cosas —realidad misteriosa e indómita pero fuerte— para intentar leer el mensaje que proviene de ellas, la regla ahí inscrita desde el comienzo de los siglos.

Es un arranque de la enseña de la discontinuidad: es nueva la incandescencia de los hechos sociales y económicos y es nueva la conciencia y el sentimiento que se tiene de la naturaleza cósmica. Con estos hechos nuevos, con esta conciencia, se mezcla la imagen real del nuevo orden. De este modo, como ya habíamos señalado, se destierran entre las maniobras más estériles aquel volver a preguntarse si lo nuevo tiene analogía con posturas preclásicas o directamente prerromanas²⁸, y entre las maniobras más arriesgadas aquella dispuesta a descubrir —más con ánimo de histólogo que de historiador— «elementos» romanos, germánicos, orientales.

²⁷ El primer pensamiento se dirige a dos ensayos bastante difundidos en Italia, y precisamente: A. E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del «fatto» nell'esperienza giuridica* (ed. orig. 1929), ahora en *id.*, *Formalismo e sapere giuridico*, Milán, Giuffrè, 1963; Cesarini SFORZA, *Ex facto ius oritur*, cit.

²⁸ Observaciones oportunas en B. PARADISI, «Quelques observations sur un thème célèbre à propos de E. Levy», *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht* (Weimar, Böhlau, 1956) (ed. orig. 1959), ahora en *id.*, *Studi sul medioevo giuridico*, cit., vol. I, p. 25 [véase también, a este respecto, la sugerente introducción (p. vii) de este volumen colectivo], y en G. VISMARA, *Le fonti del diritto romano nell'alto medioevo secondo la più recente storiografia (1955-1980)* (ed. orig. 1981), ahora en *id.*, *Scritti di storia giuridica*, vol. I, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 519 ss.

El medioevo jurídico nace del derrumbamiento de una civilización, del modo como se reaccionó ante aquella caída, haciéndole frente con los hechos concretos de aquel tiempo, con la concreta conciencia que entonces se tenía de aquellos hechos. Afinidades, asonancias con vivencias más o menos lejanas pero extrañas a aquella *koiné* histórica, no tienen sentido sino en la fantasía de algunos investigadores. Lo relevante es la afloración, sin duda al principio rala y fragmentaria, de un nuevo modo de concebir y vivir el Derecho, de una nueva experiencia, de nuevas figuras factuales que corresponden a las demandas contingentes; más que deformaciones o alteraciones de viejas figuras (aunque sean clásicas) son ante todo células portaestandartes de una nueva civilización proyectada en un itinerario que nace entonces pero que tendrá una larga vida. En resumen, más que reliquias distorsionadas del pasado, presagio y anticipación del futuro.

Si bajo una mirada estetizante este mundo empachado de figuras torpes y pesadas que se asoman sobre la escena occidental puede parecer un «regresión», ojos históricamente más provistos deben retener ahí la separación de lo jurídico del abrazo condicionante de lo político, la recuperación de lo jurídico con la vestimenta apropiada y congenial de lo social, casi realidad infraestructural, sorprendida como está en lo profundo de los hechos. Aún es necesario repetir una vez más: un Derecho que no es la voz del poder y que no colude con el poder; que es, por el contrario, emanación de fuerzas profundas que están más allá y por encima del poder.

El panorama que se presenta a los ojos del historiador es extremadamente variado, complejo, incluso quizá confuso. Si pluralismo significa corralidad de aportaciones y un precioso concurso de experiencias, no pueden dejar de registrarse combinaciones, superposiciones, conflictos en la convivencia del modesto ámbito de la vida cotidiana. El principio de la así llamada personalidad del Derecho no puede dejar de mostrar los muchos inconvenientes del fraccionamiento jurídico al que da lugar.

Es obligado resaltar que será la misma vida cotidiana —más que el príncipe relativamente indiferente— la que aspire a la superación del principio de personalidad. Y serán sobre todo las costumbres —más que los actos normativos— las que promuevan intentos de composición elaborando reglas y soluciones unitarias para una definida área territorial y creando, por ello, los embriones de futuros derechos territoriales²⁹. El momento de cimentación de la experiencia jurídica medieval demuestra ahí —también en el desarrollo de su devenir— una dimensión meramente consuetudinaria. En esta dimensión, que es ínti-

²⁹ CALASSO, *Medioevo del diritto*, cit., pp. 184 ss.

mamente pluralista, residen su posibilidad de recuperación y su fuerza histórica. Pero veremos esto mejor un poco más adelante.

6. Y SU HISTORICIDAD

De todo cuanto hemos dicho hasta ahora, de cada una de las peculiaridades expuestas hasta aquí, se desprende la última característica calificadora del nuevo Derecho: la historicidad. Y 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 el contrario, al discurrir de ésta, manteniéndose en estrecha adherencia con las necesidades y con la idealidad que emerge progresivamente en la vida asociada.

No puede sino ser así. El Derecho, sobre todo por su a-estatalidad y por su continuo nacer en lo social y por lo social, no sufre los artificios de una fabricación en las cancillerías. Es y permanece como fruto de la historia, partícipe vigoroso de la historia. El hecho de canalizarse en los muy versátiles cauces de la costumbre, su repugnancia a ser anquilosado en la letra rígida de un mandato autoritario, le permiten adquirir y observar el bien sumo de una íntima coherencia con las estructuras y con el espíritu de la civilización que lo soporta. No es el Derecho instrumento coercitivo de esta civilización, sino su espejo y su intérprete.

Gracias a su factualidad y a su consiguiente vocación —como veremos— para expresarse en la más factual de las fuentes, la costumbre, no abdica jamás ante el requisito de la flexibilidad, apareciéndose nos generalmente como una sedimentación aluvional en movimiento y en permanente modificación, perennemente incierta en cuanto destinada a variar de lugar en lugar, de tiempo en tiempo.

A las bondades formales de la generalidad, de la abstracción, de la fijación —que son garantías anexas a la ley moderna—, el orden consuetudinario medieval contrapone la exigencia de la norma particular y flexible en perfecta adherencia con el cuerpo social. Y se prefiere pagar el precio —cierto aunque no exiguo— de las construcciones ordinarias: la aluvionalidad, la asistematización y, aun más, la incertidumbre.

Confiado a la sensibilidad de los operarios prácticos, privado casi totalmente de modelos prefabricados, aquel orden vive, como nunca antes, la experiencia de lo «cotidiano» y de lo «particular». Es suficiente, para darnos cuenta de ello, una mirada aunque sea fugaz a la práctica jurídica, campo seleccionado por aquella hormiga laboriosa del taller

jurídico de la cimentación medieval que es el notario³⁰: sobre viejos esquemas de los formularios romanos o prescindiendo completamente de ellos, con una libertad y una destreza notables, adecúa y modifica, intuye e inventa figuras, con diagnósticos que se basan siempre en los hechos, sobre instancias concretas respaldadas por los hechos. Y los instrumentos contractuales ensalzarán, con la variedad de su contenido (pensamos, por ejemplo, en la extremada variedad de los contratos agrarios), la llamada de la vida cotidiana, de las estructuras concretas, de los usos inscritos en la tierra³¹.

Bajo este perfil, el Derecho medieval, aun no estando ligado a este o aquel régimen político, e incluso estando íntimamente desvinculado de él, se tiñe de una intensa politicidad. Pero aquí politicidad debe entenderse en sentido amplio; equivale a historicidad, puntualiza sólo la fidelidad de la forma a la sustancia social y económica, a la idealidad y a las necesidades circulantes en la gran «polis» de la sociedad civil como hecho global.

³⁰ Acerca de esta función propulsora del notario, cfr., sobre todo, VISMARA, *Leggi e dottrina nella prassi notarile italiana dell'alto medioevo* (ed. orig. 1979), ahora en *id.*, *Scritti di storia giuridica*, cit., vol. II y G. NICOLAI, *Cultura e prassi di notai preimeriani. Alle origini del Rinascimento giuridico*, Milán, Giuffrè, 1991.

³¹ Acerca de todo esto cfr más adelante las pp. 118-120.

³² Asumimos aquí el término «cultura» en su acepción más específica de educación de las capacidades intelectuales y, por consiguiente, un conjunto de conocimientos. En el lenguaje de etnólogos y sociólogos, sobre todo de este siglo, el término ha sufrido una ampliación e incluso una deformación llegando a indicar el ambiente genérico en el que el proceso educativo se desarrolla, asumiendo, por tanto, un significado sinónimo de civilización.