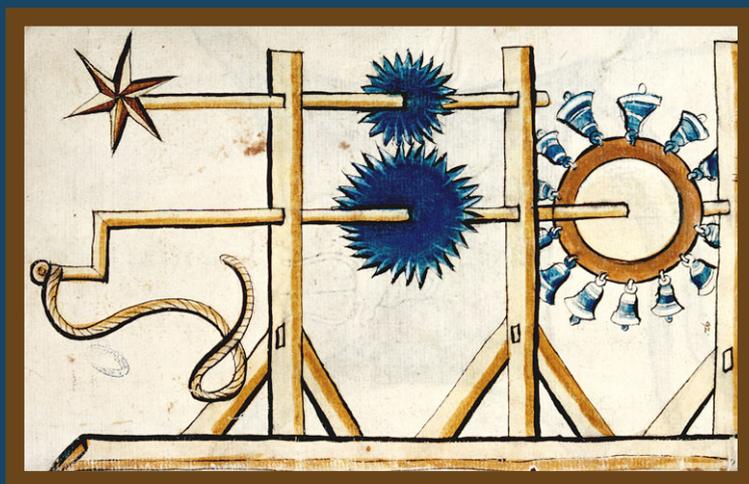


ARTIFICIOS PASADOS

Nociones del derecho medieval



ELEONORA DELL'ELICINE

PAOLA MICELI

ALEJANDRO MORIN

(Compiladores)

ARTIFICIOS PASADOS
NOCIONES DEL DERECHO MEDIEVAL

The Figuerola Institute
Programme: Legal History

The Programme "Legal History" of the Figuerola Institute of Social Science History –a part of the Carlos III University of Madrid– is devoted to improve the overall knowledge on the history of law from different points of view –academically, culturally, socially, and institutionally– covering both ancient and modern eras. A number of experts from several countries have participated in the Programme, bringing in their specialized knowledge and dedication to the subject of their expertise.

To give a better visibility of its activities, the Programme has published in its Book Series a number of monographs on the different aspects of its academic discipline.

Publisher:
Carlos III University of Madrid

Book Series:
Legal History

Editorial Committee:
Manuel Ángel Bermejo Castrillo, *Universidad Carlos III de Madrid*
Catherine Fillon, *Université Jean Moulin Lyon 3*
Manuel Martínez Neira, *Universidad Carlos III de Madrid*
Carlos Petit, *Universidad de Huelva*
Cristina Vano, *Università degli studi di Napoli Federico II*

More information at www.uc3m.es/legal_history

Eleonora Dell'Elicine
Paola Miceli
Alejandro Morin
(Compiladores)

ARTIFICIOS PASADOS. NOCIONES DEL DERECHO MEDIEVAL

Eleonora Dell'Elicine – Arnaud Fossier – Marta Madero
Céline Martin – Massimo Meccarelli – Paola Miceli
Alejandro Morin – Franck Roumy – Julien Théry

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID
2017

Ilustración de cubierta: engranaje para tocar campanas, detalle de Bellifortis, (Konrad Kyeser, s. XV) / cliché CNRS-IRHT
© Bibliothèque municipale de Besançon, Ms. 1360 f. 133v.

Historia del derecho, 51

© 2017 Autores

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-16829-15-6

ISSN: 2255-5137

Versión electrónica disponible en e-Archivo
<http://hdl.handle.net/10016/24514>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

SUMARIO

Eleonora Dell'Elicine, Paola Miceli, Alejandro Morin Entre el museo y el taller: recorriendo itinerarios jurídicos del pasado . . .	11
Céline Martin <i>Tyrannus</i> . Usurpador y rey injusto en época visigoda	19
Marta Madero Nota sobre la dignidad del hombre en el derecho romano medieval	37
Massimo Meccarelli Las categorías doctrinales del proceso y la efectividad de la justicia penal en el tardomedioevo	57
Julien Théry <i>Atrocitas / Enormitas</i> . Esbozo para una historia de la categoría de “enormidad” o “crimen enorme” de la Edad Media a la época moderna	83
Paola Miceli El eterno “renacer” de la costumbre	151
Franck Roumy El nacimiento de la noción canónica de <i>consanguinitas</i> y su recepción en el derecho civil	181
Alejandro Morin <i>Sicut cancer, amplius serperet in occulto</i> . La herejía oculta en el derecho bajomedieval y tempranomoderno	209
Arnaud Fossier <i>Propter vitandum scandalum</i> . Historia de una categoría jurídica (siglos XII-XV)	245

Nota al texto

Este libro reúne trabajos originales y otros que han sido ya publicados en otro idioma en revistas o libros especializados. Los compiladores agradecen a los autores el haberles concedido el placer de traducir su producción y a las casas editoriales respectivas por facilitar la publicación en castellano de los textos que ya conocieran una versión impresa. En este último caso se trata de los siguientes trabajos:

ARNAUD FOSSIER, “*Propter vitandum scandalum*. Histoire d’une catégorie juridique (XII^e-XV^e siècle)”, *Mélanges de l’École Française de Rome – Moyen Âge*, 2009, 121/2, pp. 317-348.

MARTA MADERO, “Note sur la dignité de l’homme dans le droit romain médiéval”, *Droits. Revue française de théorie juridique, de philosophie et de culture juridiques*, 2012, 53, pp. 241-257.

MASSIMO MECCARELLI, “Le categorie dottrinali della procedura e l’effettività della giustizia penale nel tardo medioevo”, en J. Chiffolleau, C. Gauvard & A. Zorzi (eds.), *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l’Occident à la fin du Moyen Âge*, Roma: École Française de Rome, 2007, pp. 573-594.

FRANCK ROUMY, “La naissance de la notion canonique de *consanguinitas* et sa réception dans le droit civil”, en MAAIKE VAN DER LUGT & CHARLES DE MIRAMON, *L’hérité entre Moyen Âge et Époque moderne*, Florencia: Sismel-Edizioni del Galluzzo, 2008, pp. 41-66.

JULIEN THÉRY, “*Atrocitas/Enormitas*. Esquisse pour une histoire de la catégorie d’«énormité» ou «crime énorme» du Moyen Âge à l’époque moderne”, *Clio@Themis. Revue électronique d’histoire du droit*, 2011, 4.

Las traducciones estuvieron a cargo de Eleonora Dell’Elicine (los trabajos de C. Martin y M. Meccarelli), Paola Miceli (el de M. Madero) y Alejandro Morin (los de A. Fossier, F. Roumy y J. Théry).

ENTRE EL MUSEO Y EL TALLER:
RECORRIENDO ITINERARIOS JURÍDICOS DEL PASADO

ELEONORA DELL'ELICINE

PAOLA MICELI

ALEJANDRO MORIN

En el año 2015 entró en vigencia en Argentina un nuevo Código Civil y Comercial con significativas modificaciones a su antecesor de 1871 elaborado por Dalmacio Vélez Sarsfield y de fuerte influencia napoleónica. La noticia de la modificación fue retratada con el siguiente titular en uno de los diarios más importantes del país: “Hoy cambian las reglas de juego de la vida cotidiana. Ya nada es igual ante la ley: nacer, casarse, tener hijos e incluso morir”¹. Más allá del objetivo mediático, la frase expone de forma palmaria el carácter performativo del discurso jurídico e incluso su capacidad instituyente. Expresa, por un lado, que con la puesta en vigencia del nuevo Código Civil hasta las cuestiones básicas de la vida cotidiana se verán afectadas. Por el otro, y en un plano más profundo, la frase da cuenta de la capacidad que tiene el derecho de cualificar e instituir un real que impacta en lo que suele considerarse como perteneciente al ámbito de lo “biológico” o lo “natural”: morir, nacer, tener hijos no serán lo mismo con el nuevo Código. Basten como ejemplos los artículos dedicados a la compleja cuestión de la concepción, la persona, la muerte digna, etc. ².

Continuidad, ruptura e invención de nuevos objetos y dispositivos institucionales. En la larga historia de Occidente, el derecho fue y sigue siendo el medio por excelencia para la construcción institucional. A partir de montajes hechos de palabras, proferidas por quien tiene el poder para hacerlo, el derecho tiene la singularidad de promover existencia a lo que ellas enuncian³. Esta capacidad de artificio que contiene el discurso jurídico se remonta a la tradición latina, romana y medieval, que designaba al derecho como un arte,

1 Diario La Nación, 1 de agosto de 2015: <http://www.lanacion.com.ar/1814707-nuevo-codigo-civil-el-impacto-en-la-vida-cotidiana-de-los-argentinos>.

2 Ver *Código Civil, y Comercial de la Nación*, Aprobado por ley 26.994, promulgado según decreto 1795/2014. Especialmente el Título 1 dedicado a la persona humana http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf.

3 THOMAS (1999: 9).

un saber sistemático y técnico que movilizaba su interpretación al servicio de la práctica. A partir de relevar la construcción técnica e histórica de ciertos artificios y operaciones jurídicas que tuvieron un lugar clave en el derecho europeo medieval y moderno y, que, en la actualidad, o bien ya no existen bajo forma jurídica o han cambiado radicalmente su sentido, proponemos una reflexión sobre la capacidad de intervención y producción de efectos del discurso jurídico. Focalizar en estos artificios del pasado nos ofrece una saludable distancia que hace más visibles las operaciones técnicas presentes en los textos a la vez que entrena la mirada para abordar las intervenciones del presente por fuera de todo efecto de naturalización.

En efecto, historizar se presenta como la estrategia más eficaz para reivindicar este carácter técnico y ficcional del derecho. Pero historizar no es solo procurar un contexto espacio-temporal para comprender los orígenes de instituciones o prácticas actuales pues, en ese sentido, no tendría razón de ser historizar lo que ya está muerto y enterrado y, sin embargo, a la vez, como dice Michel de Certeau, sólo tenemos posibilidad de historizar verdaderamente aquello que ya ha muerto. Historizar, ante todo, es una operación científica (por sus métodos) y política (por sus fines) que busca desactivar los procesos de naturalización que continuamente generan los entramados ideológicos de las distintas sociedades humanas. La naturalización de los artefactos sociales manifiesta en su persistencia, bien el fracaso social de una perspectiva científica (que no logra romper con el sentido común), bien el éxito logrado por determinados artefactos (que logran instalarse socialmente de tal manera que se obliteran su origen histórico y su entidad de artificio para devenir así un dato del paisaje).

Ahora bien, como se verá en los trabajos que forman parte del libro, esta historización se aparta de aquella que caracteriza tanto a la Historia de las Ideas como a la Historia Conceptual. Si bien ambas brindan herramientas para recorrer las continuidades y cambios en la vida de un concepto, se adaptan mal a la especificidad del derecho, discurso que se instala en la brecha entre normatividad y realidad. La Historia de las ideas por un lado, aun cuando no desconoció el hecho de que las ideas o los términos cambian su significado según su contexto de enunciación al abstraer estas alteraciones semánticas de la idea en que se manifiestan, llevó a construir narrativas históricas fundadas en identidades puramente nominales, es decir, basadas en la mera recurrencia terminológica (Lovejoy, Spitzer). La Historia Conceptual, por otro lado, se distancia de la corriente anterior al considerar que no existe un núcleo esen-

cial que se mantenga intacto por debajo de los cambios de sentido que se le imponen y al afirmar que lo que articula un concepto es el entretejido particular de experiencias históricas que se encuentran en él sedimentadas y que el investigador busca reconstruir (Koselleck). Sin embargo, termina por ser una exégesis de los conceptos bajo el supuesto de que el lenguaje político-social es la marca material de los cambios de época (Palti). En definitiva, ambos abordajes se asientan en la idea de que la historia de los conceptos es la forma privilegiada de acceder a la realidad, a las experiencias históricas pasadas, a las sociedades pretéritas.

Si bien los conceptos jurídicos, obviamente, no son nociones cerradas a las condiciones sociohistóricas que las producen, su carácter performativo –es decir, su vocación de producir efectos tanto discursivos como extradiscursivos sobre un real– los vuelve particularmente resistentes a un tipo de análisis que distribuye de modo simplificado “ideas” por un lado y “contexto” por el otro. Yan Thomas, en combate permanente con las interpretaciones que leían el discurso jurídico desde el sentido común, había planteado que el derecho no debía ser pensado desde la experiencia inmediata sino como un saber técnico que diseña objetos sociales, remodela la realidad y ordena el mundo social redefiniéndolo y recalificándolo siempre por fuera de la inmediatez⁴.

Llegados aquí, se advierte muy claramente que el derecho requiere de operaciones de historización *ad hoc*, es decir, diseñadas especialmente para dar cuenta de su naturaleza eminentemente performativa: un modo de historización que no se obsesione por la búsqueda del origen y la supuesta pureza del diseño institucional sino que permanezca atento a despejar el carácter técnico del montaje jurídico, a resaltar su cualidad de artefacto, a desnaturalizar la esfera de su eficacia. La genealogía de las construcciones abordadas en este libro resulta bien ilustrativa de este punto. En efecto, solo rescatando su carácter técnico (con las limitaciones de cada caso) se puede comprender la naturaleza jurídica de categorías como la consanguinidad (ROUMY) que hoy parece remitirnos al ámbito de la biología; el escándalo (FOSSIER) que reenvía en el lenguaje común a la esfera de los hechos morales; la costumbre (MICE-LI) inscripta a menudo en el marco de la antropología y el folklore; la tiranía

4 Conf. THOMAS (1999) y MADERO (2014). En esta misma línea, dos trabajos que integran este *dossier* han abordado un conjunto de operaciones muy precisas en torno de la casuística (FOSSIER, MORIN) la cual, lejos de una recepción literal de los datos de la experiencia, parece proceder a una desingularización y abstracción de la materia de acuerdo con parámetros propios.

(MARTIN) que vemos como asunto puramente político o la herejía (MORIN) como otro puramente teológico, etc.

Los artículos compilados en este libro permiten asimismo inventariar una parte de la riquísima variedad de procedimientos a través de los cuales el derecho medieval consigue actualizar una voluntad de poder, formalizar la experiencia y adaptarla a los esquemas que dispone: en efecto, los operadores medievales (legislador, juez, inquisidor a su turno) apelan con gran libertad a desplazamientos de sentido (el escándalo en FOSSIER, por ejemplo), a la flexibilidad de las figuras (el “tirano” en MARTIN); a préstamos entre dispositivos (la *dignitas* en MADERO), al establecimiento de distinciones (“poder de orden” y “poder de jurisdicción” en MORIN), a la recontextualización de figuras de la tradición (la *enormitas* analizada por THÉRY, la *consanguinitas* trabajada por ROUMY), etc. Eminentemente técnicos, estos procedimientos constituyen otros tantos modos que dispone el derecho para incorporar a la historia en su dominio y bajo sus parámetros.

¿Qué puede aportar este libro en torno de la tecnicidad de las operaciones jurídicas premodernas a los lectores convocados por estos trabajos? Lectores que son múltiples por cuanto se interpela a juristas, a historiadores y a historiadores del derecho, quienes imprimirán en cada caso su mirada peculiar.

Para los historiadores, poner de relieve el carácter técnico de las categorías jurídicas permite, en primer lugar, romper con el sentido común (el actual o el de las sociedades pasadas, da igual) y esta ruptura es en sí tanto un presupuesto de cientificidad como una tarea homóloga a la de evitar anacronismos, tan imprescindible como ella para los cánones de la disciplina. En segundo lugar, posibilita evitar el prejuicio de la inmediatez que ha signado y signa aún a muchas corrientes historiográficas que toman a los documentos jurídicos desde una óptica de la transparencia con la realidad social y los vuelven “fuentes” de la Historia sin el necesario tamiz crítico. El auge de una historia que concibe al derecho como reflejo de lo social ha dejado casi sin territorio propio al derecho, abandonando los interrogantes que la función normativa plantea en lo que tiene de ficcional e ilusoria, invisibilizando, de esta manera, las operaciones propiamente técnicas del discurso jurídico⁵. En tercer término, una obviedad: las construcciones ficcionales del derecho son *per se* legítimos objetos del discurso histórico al igual que tantas otras técnicas y creaciones del hombre en sociedad. Conocer los alcances y las limitaciones de los procesos de construcción ficcional en una sociedad, además, nos dice mu-

5 Conf. THOMAS (2002).

cho sobre la complejidad de sus modalidades y mecanismos de organización, particularmente si tenemos en cuenta la incidencia de un discurso performativo como el derecho en la construcción misma de realidades sociales. Como dijimos, en este libro se analizan artificios jurídicos del pasado, muchos de los cuales en la actualidad ya no existen bajo forma jurídica o han cambiado radicalmente su sentido o su dimensión. Algunos abandonaron directamente el campo jurídico como los de tiranía (MARTIN) o herejía (MORIN) al no sobrevivir a la separación de las esferas de política, religión y derecho que acompaña a las grandes transformaciones de los s. XVIII y XIX. En otros casos, se trata de relevar la particular genealogía de categorías actuales poniendo énfasis en las distancias que separan la práctica y la concepción premodernas de las contemporáneas, como en lo que concierne al proceso (MECCARELLI) o la consanguinidad (ROUMY). De todos modos, y este el cuarto punto a señalar, aun en el caso de construcciones abandonadas o profundamente transformadas, le conciernen al historiador cuando esos artificios, como fue el caso a menudo, resultaron en su momento cruciales por su papel en el desarrollo del derecho y los sistemas legales y políticos de Europa. A manera de ejemplo, la categoría de escándalo (FOSSIER), que hoy conforma una figura absolutamente menor de los ordenamientos normativos, supuso en la Edad Media el mecanismo que habilitaba la diferenciación entre pecados y crímenes así como la conformación misma de un espacio de lo público⁶. Por su parte, la categoría de enormidad (THÉRY) fue punta de lanza de la instalación de regímenes de excepcionalidad que están en la base de la expansión del proceso inquisitorio, del empoderamiento de los jueces en el mundo occidental y de los poderes absolutos con que se muñirán las autoridades que ejercerían el poder.

6 Los artículos compilados aquí no sólo trabajan sobre unos conceptos, sino que plantean o se posicionan acerca de problemas intensamente debatidos en las diferentes disciplinas que convoca el libro. Como en pocas páginas más advertirán los historiadores, los trabajos de FOSSIER y de MORIN por un lado, y el de MECCARELLI por otro plantean una cronología y por ende un concepto diferente de “lo público”. Para FOSSIER y MORIN, la esfera de lo público se recompone a partir del siglo XIII como efecto de operaciones y procedimientos ligados de modo directo o indirecto al quehacer de la Iglesia. El carácter público de un hecho, de acuerdo con este autor, se define entonces por el lugar donde ese hecho se deposita y se registra. Para MECCARELLI, en cambio, el carácter público no lo confiere el lugar sino quién lo lleva a cabo, el poder. Un hecho adquiere esa cualificación en la medida que es decidido por una autoridad reconocida. Unos lo definen según el depositario, otro según quién deposite: de acuerdo a la perspectiva que adhiramos, muy diferente será el modo de entender el surgimiento de los Estados.

Para los historiadores del derecho en particular, reivindicar el carácter técnico de los artificios premodernos podría parecer una tarea redundante. Y sin embargo la tendencia predominante en los estudios contemporáneos, que enfatiza la ruptura que significó la Codificación, ha llevado a olvidar el valor de artefacto técnico de las construcciones del derecho medieval. Poner de relieve estos aspectos previene contra la visión de un derecho arraigado en la tierra y el alma de un pueblo, recaídas románticas que se producen al seguir esta lectura exotista del mundo premoderno (MICELI).

Respecto de los lectores juristas, historizar y desnaturalizar suponen cartografiar unos itinerarios recorridos por colegas de generaciones pasadas. Su conocimiento es, en primer lugar, útil, incluso en lo que concierne a caminos ya agotados, pues visitarlos puede servir por homología para las construcciones ficcionales que demanda el presente, cuanto menos para prever los alcances posibles de determinado tipo de elaboración. Pero además, en segundo lugar, se trata de un conocimiento políticamente necesario para poder entrever, en los pliegues de las elaboraciones y su devenir, los peligros que eventualmente puede conllevar determinada construcción. Por dar un ejemplo bien gráfico que solía plantear Yan Thomas, siempre se debe tener presente que la apelación jurídica a la Naturaleza que está en la base de la defensa de los Derechos del Hombre opera también en la que justificaba y cimentaba la Inquisición. En este sentido, dar nueva vida a categorías jurídicas del pasado (como se releva en los trabajos de MADERO sobre la dignidad o de MICELI sobre la costumbre) o apelar por homología a determinadas construcciones ya contempladas en la tradición jurídica de Occidente sin desactivar la naturalización ejercida sobre ellas o ignorando las matrices conceptuales que se montaron para su estudio como categorías ya inscriptas en otras esferas, supone en un punto una operación políticamente riesgosa y un obstáculo epistemológico evitable en el desarrollo de la técnica del derecho.

Para un libro que se propone convocar lectores que provienen de campos profesionales tan distintos, lo interesante radica no sólo en las respuestas particulares de cada autor sino en el relevamiento de problemas comunes a juristas, historiadores e historiadores del derecho, capaces de articular una agenda de cuestiones útiles a trabajar en los diferentes registros. Para todos ellos, dejar claro que el pasado mismo es una *institución*, una creación de diferentes dispositivos de la cultura como tantas otras, no es tarea banal. También lo es desnaturalizar el presente y no dejarlo como dato cerrado a la mera gestión de los poderes de turno.

BIBLIOGRAFÍA

- MADERO, M. (2014): “Una lectura de Yan Thomas”, *Glossae: European Journal of Legal History*, 11, pp. 4-41.
- THOMAS, Y. (1999): *Los artificios de las instituciones*, Buenos Aires.
- THOMAS, Y. (2002): “La valeur des choses. Le droit romain hors la religion”, *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 57-6, pp. 1431-1462.

TYRANNUS
USURPADOR Y REY INJUSTO EN ÉPOCA VISIGODA*

CÉLINE MARTIN
(Université Bordeaux-Montaigne)

*Rex modestus et temperatus, tyrannus uero crudelis*¹. La palabra tirano, en su acepción más inmediata, remite a un soberano abusivo, de poder desenfrenado –el contrario de un rey, o su inversión monstruosa–. Así lo entiende, en este pasaje recogido de Mario Victorino, Isidoro de Sevilla. Sin embargo, tal como pusieron de relieve los investigadores², no es éste el único uso que Isidoro hace de *tyrannus*, una palabra, por lo demás, bastante ambigua en los últimos siglos de la Antigüedad, ya que puede designar también a un simple usurpador. Pese a su centralidad para el estudio de la ideología política visigoda, la cuestión de los distintos sentidos de *tyrannus* en esa época ha sido poco tratada. Mientras que contamos con unos cuantos trabajos dedicados a la teorización del poder real en la Hispania de los siglos VI y VII³, no creo errar mucho al afirmar que, en los últimos decenios, sólo dos autores han enfocado algún estudio en torno a ese problema terminológico: José Orlandis y, hace poco, Ariel Guance⁴. Ambos lo hicieron desde una perspectiva muy isidorocéntrica –si se me permite la expresión–, lo cual tiene cierta lógica, dadas la magnitud de la figura intelectual de Isidoro de Sevilla y la duradera impronta que dejó en la Edad Media occidental. No obstante, el inconveniente de tal perspectiva es que conlleva la idea de una irreductible especificidad de la historia peninsular a principios de la Edad Media, y, aunque profundamente enraizada en la historiografía del siglo XX⁵, me parece que esa idea

* Agradezco a Eleonora Dell’Elicine el haber repasado el texto y mejorado mi expresión.

1 Isidorus Hispalensis, *Etymologiae*, I, 31, 1.

2 En último lugar ORLANDIS (1959: 5-44); GUANCE (2001-2002: 29-39).

3 En orden cronológico, y sin vistas a la exhaustividad: ORLANDIS (1962); GIBERT (1969); BARBERO (1992); CLAUDE (1976); REYDELLET (1981); DÍAZ (1998); VALVERDE (2000); MARTIN (2003); JIMÉNEZ GARNICA (2004).

4 A las referencias de la nota 3 es preciso añadir otro estudio de ORLANDIS (1957).

5 Una nota bibliográfica tiene poco sentido aquí: haría falta un libro entero. Desde los años 50, la mayoría de los historiadores de la Alta Edad Media hispánica parece haberse dedicado a ilustrar, en su campo científico, un conocido lema de Manuel Fraga destinado

carece todavía de demostración. Prescindiremos, pues, de este postulado de partida, y procederemos a mirar primero a nuestro alrededor, es decir, fuera de la Península Ibérica. Empezaremos recordando cuáles son los sentidos con los que los textos tardoantiguos en general utilizaron el término *tyrannus*; sólo a continuación estableceremos nuestro “catálogo de tiranos” particular, una enumeración de las principales fuentes hispánicas de los siglos VI-VII en las que se puede encontrar algún *tyrannus*, incluyendo, por supuesto, las de Isidoro. Sobre esta base propondremos un balance de los distintos sentidos de la palabra y de su eventual evolución en Hispania, tanto respecto a la práctica del Imperio tardío como dentro del periodo que nos ocupa.

*
* *

A diferencia del caso visigodo, los usos de *tyrannus* en la documentación del Imperio tardío han sido bien estudiados. Se puede considerar que los especialistas han llegado a un consenso, al menos en líneas generales. Fue a partir del reinado de Constantino cuando la palabra *tyrannus* adquirió un significado nuevo, el de usurpador⁶. Según parece, esta innovación surgió por iniciativa del mismo emperador en los meses sucesivos a su victoria de 312 sobre Majencio⁷; en los años siguientes, el nuevo uso se convertiría paulatinamente en tópico político. Para conocer la evolución semántica general de las palabras *tyrannus* y *tyrannis* (tiranía) entre los siglos IV y V, resultan imprescindibles los dos estudios independientes, pero convergentes y casi simultáneos de Timothy Barnes y Valerio Neri⁸, respaldados muy poco después, para el momento constantiniano, por otro trabajo de M. Victoria Escribano⁹.

Según el *Oxford Latin Dictionary*¹⁰ retomado por Barnes¹¹, en época clásica la palabra *tyrannus* podía tener tres sentidos: uno, genérico, de soberano,

a promocionar el turismo exterior, destacando la diferencia insalvable de España con el resto de Occidente. Uno de los avatares de esta corriente es la comparación entre España y Bizancio que estuvo de moda en los años 80.

6 Una innovación terminológica alumbrada en los años 50 por F.-K. SPRINGER en su tesis doctoral (1952) y por WICKERT en la *Pauly-Wissowa* (1954, col. 2119-2223).

7 GRÜNEWALD (1990).

8 BARNES (1996); NERI (1997).

9 ESCRIBANO (1998: 307-338).

10 *Oxford Latin Dictionary* (1982: 1999).

11 BARNES (1996: 56).

que, por cierto, Isidoro refiere en las *Etimologías* como propio del pasado¹²; otro, técnico, limitado al ámbito de las ciudades griegas, para designar al que se hace con el poder por la fuerza y gobierna sin arreglo a la constitución de la *polis*; en tercer lugar, el sentido trasladado de monarca opresor y cruel que se remonta a Platón y Aristóteles y fue transmitido por la tradición retórica. Este último halló un desarrollo específico en la literatura cristiana, desde Cipriano de Cartago hasta Eusebio, pasando por Tertuliano y Prudencio: en estos autores *tyrannus* señala un perseguidor, bien de los Hebreos (en relatos bíblicos), bien del nuevo Israel, el pueblo cristiano. En este contexto, recalca Barnes, la innovación de Constantino resulta singularmente hábil: acuñar para *tyrannus* un nuevo uso no técnico (es decir, no limitado a la *polis* antigua) de “usurpador” le permitía valerse de la carga moral de un término *aparentemente* neutro para descalificar a sus adversarios. Antes de seguir con la evolución semántica posterior, me detendré un momento en esta idea pues revela la vanidad de una clasificación demasiado rígida de los tiranos en “tiranos de origen” y “tiranos de ejercicio”. Tanto Barnes como Neri apuntan que no se puede excluir totalmente uno u otro sentido de la palabra en cada ocasión. En efecto, la innovación de Constantino no llevó en ningún momento a la desaparición de su antiguo significado de condena moral, que siguió manifestándose en muchos textos ulteriores: residía, más bien, en llamar a los usurpadores “tiranos” antes que cualquier otro apelativo. Asimismo, independientemente de la motivación de cada autor a la hora de elegir esta palabra para señalar a un usurpador; admitiendo, incluso, la del mero conformismo, el sentido connotado permaneció siempre, virtual, tras el sentido denotado.

Sin duda, ésta fue una poderosa razón para el éxito del nuevo empleo de la palabra en los años consecutivos a la batalla del Puente Milvio. Tal como destaca Neri, se convirtió durante el resto del siglo IV en una herramienta propagandística que Constantino, su hijo Constancio II e incluso Juliano aplicarían a sus rivales políticos para mancillarlos; les ayudó la casualidad histórica de que, por lo general, fracasaron todos en sus intentos de usurpación. En los siglos V y VI, el nuevo sentido de *tyrannus* se terminó de consolidar, hasta el punto de que un soberano legítimo, pero abusivo, muy rara vez sería llamado

12 Isidorus Hispalensis, *Etymologiae*, IX, 3, 19: “Tyranni Graece dicuntur. Nam apud ueteres inter regem et tyrannum nulla discretio erat, ut: ‘Pars mihi pacis erit dextram tetigisse tyranni’”.

“tirano” por las fuentes¹³ que reservarían el vocablo para un monarca ilegítimo y, preferentemente, también injusto.

Aclarados estos puntos, conviene ahora interesarnos por las fuentes hispánicas de época visigoda, a las que repasaremos en orden cronológico. La primera es un breve pasaje del comentario al Cantar de los Cantares por Justo de Urgel, obispo en la primera mitad del siglo VI. El prelado glosa así las palabras del Amado a la Amada, “[eres] terrible como los batallones” (*Terribilis sicut castrorum acies*¹⁴): *Quanti tyranni et persecutores una cum auctore suo diabolo, conati sunt Ecclesiae uirtutem dirumpere et praeualere nullo modo potuerunt*¹⁵. La Amada, asimilada a Jerusalén o a la Iglesia, resiste los asaltos de los tiranos y de los perseguidores, así como de su instigador, el diablo. En clave militar, el pasaje remite a una ciudad asediada, pero para Justo prevalece el sentido espiritual, por lo que tiranos y perseguidores vienen a referirse ambos a los emperadores responsables de los martirios. Nos encontramos aquí ante la variante cristiana de la figura del “rey cruel”, el *tyrannus* de la literatura martirial; la frase de Justo de Urgel viene a punto a recordarnos que esta clase de tirano no es más que un juguete del demonio. Volveremos a dar con el diablo más adelante.

Otro autor más tardío del siglo VI es Martín de Braga. En su obra se encuentra la voz “tirano” en, por lo menos, una ocasión: el tratado *De ira*, un epítome del *De ira* de Séneca escrito entre 572 y 579¹⁶. Ahí Martín emplea *tyrannus* como un antónimo de *rex*:

Ira omnia ex optimo et iustissimo in contrarium mutat; quemcumque obtinuerit, nullius eum meminisse officii sinit. Da eam patri: inimicus est. Da filio: parricida est. Da matri: nouerca est. Da ciui: hostis est. Da regi: tyrannus est¹⁷.

Un tirano se define, pues, como un rey “invertido” por culpa de la ira: aira-

13 NERI (1997: 78).

14 *Cantica canticorum*, VI, 3.

15 Iustum Urgellensis, *Explicatio mystica in Cantica canticorum*, VI, 136, PL 67, col. 984.

16 ANDRÉS SANZ (2010: 73).

17 Martinus Bracarenis, *De ira*, III, 2: “La ira cambia todas las cosas de lo mejor y lo más justo a su contrario; a cualquiera que la albergue, no se le permite recordar su oficio. Si la das al padre, se hace enemigo. Si la das al hijo, se hace parricida. Si la das a la madre, se hace madrastra. Si la das al ciudadano, se hace hostil. Si la das al rey, se hace tirano.” (Martinus Bracarenis, *De ira*, III, 2, ed. C. Torre, *Martini Bracarenis de ira: introduzione, testo, traduzione e commento*, Roma, 2008).

do, el rey se olvida de su oficio y, en vez de proteger (como el padre), respetar (como el hijo) y alimentar (como la madre), se convierte en un agresor, al igual que el ciudadano airado se transforma en enemigo. Según la editora, es probable que esta secuencia retome el segundo capítulo, lagunoso, del libro primero de Séneca¹⁸. En todo caso, Martín de Braga utiliza aquí el término en el tercer sentido arriba caracterizado, el moral, pero fuera de todo contexto cristiano, reproduciendo simplemente el empleo propio de los retóricos.

Con Juan de Biclario, que probablemente redacta su *Crónica* en torno al año 602¹⁹, *tyrannus* aparece ya con otro matiz. El cronista emplea las palabras *tyrannus* o *tyrannis* en varias ocasiones, siempre en su acepción de “usurpador” y “usurpación”, respectivamente. Asimismo, apunta para el año 577 un balance de las victorias de Leovigildo sobre los “tiranos y usurpadores de Hispania”, en una frase que sigue muy de cerca, sin copiarlo, un fragmento de la *Historia Tripartita* referido a Constancio²⁰. La asociación con *peruasores* y el hipotexto de Casiodoro-Epifanio no permiten ninguna duda: *tyrannus* significa aquí usurpador, rebelde contra el poder establecido. Se trata del sentido neutro, o aparentemente tal, popularizado en la literatura posterior a Constantino. Cabe interpretar de igual forma el uso por el Biclarense de *tyrannus* y *tyrannis* en referencia a Hermenegildo²¹, a Malarico en la Galicia recién anexionada por Leovigildo²², y a las sediciones de Sunna y Segga²³, así como a la de Argimun-

18 TORRE (2005: 107-128, esp. 116).

19 C. Cardelle de Hartmann, *Victoris Tunnunensis Chronicon cum reliquiis ex consularibus caesaraugustanis et Iohannis Biclarensis Chronicon*, CC SL 173A, Turnhout, 2001, pp. 130*-131*.

20 Iohannis Biclarensis, *Chronicon*, 50, ad a. 577: “Leouegildus rex extinctis undique tirannis et peruasoribus Ispanie superatis, sortitus requiem propriam cum plebe resedit et ciuitatem in Celtiberia ex nomine filii condidit, que Recopolim nuncupatur...” («El rey Leovigildo, habiendo destruido por todas partes a los tiranos y vencido a los usurpadores de Hispania, alcanzado un duradero descanso, se asentó con su pueblo y fundó una ciudad en Celtiberia, con el nombre de su hijo; se la llama Recópolis.»). A modo de comparación, la *Historia Tripartita* reza así: “Sublatis itaque tyrannis requiem malorum uidebatur habere Constantius et deserens Sirmium ueniebat ad seniore[m] Romam illic uolens triumphum de tyrannicis exercere manubiis” (*Historia tripartita*, V, 12, 3).

21 Iohannes Biclarenis, *Chronicon*, 54, ad a. 578: “Nam eodem anno filius eius Ermenegildus factione Gosuinthe regine tyrannidem assumens in Ispali ciuitate rebellione facta recluditur et alias ciuitates atque castella secum contra patrem rebellare facit”; (*Ibid.*, 64, ad a. 581): “Leouegildus rex exercitum ad expugnandum tyrannum filium colligit”.

22 *Ibid.*, 76 (a. 584).

23 *Ibid.*, 87 (a. 587).

do²⁴ contra Recaredo. El mismo empleo neutro de “usurpador” es el que encontramos en los *Consularia Caesaraugustana*, de los que su última editora sugiere con prudencia que podrían deberse al mismo Biclaro²⁵. Sea como fuere, estas anotaciones marginales a las crónicas de Victor de Tununa y Juan de Biclaro llaman tirano a Odoacro²⁶ y al usurpador hispano Pedro²⁷, y hablan de la “tiranía” de Burdunelo para el año 496²⁸. El carácter seco y desencarnado de estos *marginalia* no deja aflorar ningún tipo de enjuiciamiento. En lo que atañe a la crónica de Biclaro, su género literario puede explicar también un uso neutro de la palabra *tyrannus*, pues se trata de una fuente tradicionalmente escueta y poco propicia a los comentarios partidistas. No obstante, la neutralidad de este uso no queda totalmente asegurada. En opinión de Suzanne Teillet, por ejemplo, la apelación “tirano” en Biclaro era claramente infamante²⁹, incluso aplicada a Hermenegildo. Y es que algunos indicios, en especial su cambio en la datación a partir del reinado de Leovigildo, apuntan a que el cronista sí toma partido, en cada caso, a favor del rey visigodo y, por consiguiente, en contra de sus competidores. José Orlandis dedicó gran parte de los dos trabajos arriba mencionados a intentar demostrar la neutralidad del empleo de “tirano” por Juan de Biclaro e Isidoro de Sevilla en referencia a Hermenegildo. Sin embargo, como objetara correctamente Abilio Barbero³⁰, es de temer que su agenda ideológica y el afán por reafirmar la santidad de Hermenegildo hayan embotado algo, en esta ocasión, la agudeza del gran estudioso.

Pasemos ahora a examinar los usos de *tyrannus* por el Hispalense. En sus obras históricas, Isidoro se conforma al ya caracterizado en Juan de Biclaro. Su *Crónica*, después de otros escritos tardoimperiales, califica sin más comentarios de “tiranos” a Máximo y Eugenio, los rivales de Teodosio³¹. Pero

24 *Ibid.*, 93 (a. 589).

25 C. Cardelle de Hartmann, *op. cit.*, pp. 123*-124*. Véase también, sobre esta fuente, JIMÉNEZ SÁNCHEZ (2007: 339-367), que por su parte se decanta por una autoría múltiple.

26 C. Cardelle de Hartmann, *Consularia Caesaraugustana*, 70 (ad a. 492), CC SL 173A.

27 *Ibid.*, 87a (ad a. 506).

28 *Ibid.*, 74a-75a. Sobre estos dos últimos usurpadores y su calificación de *tyranni* por los *Consularia*, cf. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (2012: 347-366). Agradezco al autor el permitirme leer este artículo cuando todavía estaba en prensa.

29 TEILLET (1984: 444-445). La autora cita a ORLANDIS (1957), aunque éste pretenda demostrar justamente lo contrario.

30 BARBERO (1992: 21-23).

31 Isidorus Hispalensis, *Chronica*, 359 y 364.

son sobre todo sus *Historias* las que están repletas de usurpadores “asumiendo la tiranía”: Atanagildo, Witerico³², Gilimero y Audeca³³, y por supuesto Hermenegildo³⁴, vencido por su padre cuando “tiranizaba” (*tyrannizantem*). ¿Son neutros estos empleos de *tyrannus*? Varios detalles incitan a dudarlo. La sublevación de Atanagildo, por ejemplo, la provoca su *cupiditas regnandi*, su avidez de poder, un rasgo de carácter típico del tirano “abusivo”, lo que sí apela a una descalificación moral. Por su parte, Witerico derroca con su usurpación a un Liuva II “en la primera flor de la adolescencia” y sobre todo “inofensivo” (*innocuus*); el alzamiento de Audeca, en el reino suevo, también se hace en detrimento de un joven (*adulescens*) Eborico. En este contexto, no es evidente que la tentativa de Hermenegildo no merezca ninguna condena según Isidoro, por más que él no la exprese claramente; puede incluso que la ambigüedad de la palabra *tyrannus*, que también admite una interpretación neutra, le venga al punto para no tomar partido en este espinoso asunto. Nadie tenía mejor conciencia que Isidoro de las potencialidades albergadas por las palabras – tal vez resulte ingenuo pensar que él las usara cada vez de forma unívoca, bien en sentido “erudito”, bien en sentido “vital”³⁵.

Acerca de las obras doctrinales del Hispalense mucho se ha escrito en anteriores estudios. En sus *Etimologías*, Isidoro distingue dos significados de la palabra *tyrannus*: el antiguo, el de “monarca” en general³⁶, y el nuevo, que es el contrario de *rex* y se caracteriza por su *crudelitas*³⁷, su *impietas* y su dureza (*immititas*)³⁸. No refiere el uso neutro de usurpador aparecido en el siglo IV, probablemente por ser demasiado nuevo, ya que muchas de sus fuentes remontan antes de Constantino. En cuanto a las *Sentencias*, nos proporcionan un interesante empleo de *tyrannice*, “tiránicamente”, aplicado a los pastores, es decir, tanto a los reyes como a los obispos³⁹:

Bonus doctor et rector est, qui et in humilitate seruat disciplinam, et per disciplinam

32 Isidorus Hispalensis, *Historia Gothorum*, 46 y 57 (ed. C. Rodríguez Alonso, *Las Historias de los Godos, Vandalos y Suevos de Isidoro de Sevilla*, León, 1975).

33 Id., *Historia Wandalorum*, 83 y *Historia Suevorum*, 92.

34 Id., *Historia Gothorum*, 49.

35 ORLANDIS (1959).

36 Cf. nota 13.

37 Isidorus Hispalensis, *Etymologiae*, I, 31.

38 *Ibid.*, II, 29,7.

39 Sobre la asociación (inspirada en Gregorio Magno) de ambos cargos por Isidoro, cf. CAZIER (1994: 240) y WOOD (2012: 146).

non incurrit in superbiam. Elati autem pastores plebes tyrannice premunt, non regunt, quique non Dei, sed suam gloriam a subditis exigunt⁴⁰.

Y allí posiblemente resida una originalidad de Isidoro: la de extender la noción de tiranía de un gobernante seglar a un obispo⁴¹. Lo confirma un canon del II concilio de Sevilla, presidido por él mismo en 619, que tilda de tiránico el poder de un obispo que había depuesto abusivamente a uno de sus clérigos. La frase llega a oponer su *tyrannica potestas* a la *canonica auctoritas* que debería caracterizar al obispo⁴².

Isidoro también presidió en 633 el IV Concilio de Toledo, cuyo último canon, el 75, *De commonitione plebis ne in principes delinquatur* (“Recuerdo al pueblo para que no delinca contra sus príncipes»), es conocido por condenar al recién depuesto rey Suintila y a su familia, así como por castigar de excomunión la ruptura del juramento de fidelidad prestado al rey goda⁴³. En esta ocasión, los obispos pronuncian anatema sobre aquellos que usurparen el reino por “presunción tiránica”⁴⁴, una expresión que, en lo sucesivo, se convierte en un estereotipo repetido una y otra vez por las actas conciliares⁴⁵. A todas luces, el uso de “tiranía” no tiene aquí un carácter neutro. El usurpador que osa (*praesumit*) incurrir en perjurio queda anatematizado. Llegamos a un punto en el que los dos sentidos de *tyrannus* se solapan, quedando muy

40 Isidorus Hispalensis, *Sententiae*, III, 41: “Es buen doctor y guía quien observa la disciplina en la humildad, y por disciplina no incurre en la soberbia. Los pastores orgullosos, en cambio, oprimen tiránicamente a sus pueblos, no los rigen, pues ellos no reclaman de sus súbditos la glorificación de Dios, sino la suya propia”.

41 Prudencio se había atrevido ya a llamar “tirano”, en el sentido de “perseguidor”, no sólo a monarcas, sino incluso a un simple gobernador provincial. Cf. BARNES (1996: 60).

42 *Conc. Hisp. II*, c. 6: “... multi sunt qui indiscussos potestate tyrannica non auctoritate canonica damnant [...]”. Es posible que la puesta en relación del canon con el texto de las *Sentencias* avale la idea de José Carlos Martín de una fecha mucho más temprana, para estas últimas, que la abogada por Cazier (MARTÍN [2000: 127-180]).

43 *Colección canónica hispana*, ed. G. Martínez Díez, F. Rodríguez, vol. V, Madrid, 1992, pp. 248-260.

44 *Ibid.*, p. 252: “Quicumque igitur a nobis uel totius Hispaniae populis [...] praesumptione tyrannica regni fastigium usurpauerit, anathema sit”.

45 Por ejemplo en 646: “Rege uero defuncto nullus tyrannica praesumptione regnum assummat...” (*Conc. Tol. VI*, c. 17, *ibid.*, p. 326); “nemo tyrannica praesumptione apicem regni sibi usurpet...”, (*Conc. Tol. VI*, c. 18, p. 327); y otra vez en 693: “Quicumque igitur [...] praesumptione tyrannica regni fastigium usurpare delegerit, anathema sit...” (*Conc. Tol. XVI*, c. 10, ed. J. Vives, *Concilios visigóticos e hispanorromanos*, Barcelona – Madrid, 1963, p. 510).

unidas la acción de alzarse ilegítimamente con el poder político y la conducta inmoral de un gobernante que no acata límites. Obviamente no es la primera vez que esto ocurre: al contrario, Neri ha demostrado cómo ambas figuras, la del usurpador y la del tirano cruel, a menudo vienen a confundirse desde los panegíricos de época teodosiana hasta bien entrado el siglo VI⁴⁶.

Nos hemos permitido un pequeño desliz en nuestra progresión cronológica a través de las fuentes. Queda en efecto por examinar un autor anterior a Isidoro de Sevilla, mucho menos conocido que éste y el único laico de nuestra lista: el conde Búlgar. En una carta dirigida al obispo Agapio, de sede metropolitana incierta, entre 610 y 612⁴⁷, Búlgar recuerda los malos tiempos vividos bajo el reinado del “tirano impío” Witerico, cuya cruel muerte ha presenciado poco antes⁴⁸. Después de derrocar y asesinar a Liuva –el joven hijo de Recaredo– y de hacerse con el trono, Witerico sometió a Búlgar al exilio y a incontables penurias, en medio de las cuales Agapio y otro obispo, Sergio, le aportaron su ayuda. La causa más probable de los malos tratos sufridos por Búlgar es que éste fue *fidelis* de Recaredo y luego de su hijo, es decir, que pertenecía a la facción aristocrática opuesta a la de Witerico. En esta ocasión, la voz *tyrannus* se justifica por la forma en la que Witerico había ascendido al trono⁴⁹ y también porque era adversario político de Búlgar. Como en los casos referidos por Neri, la derrota final del usurpador da al partido adverso la oportunidad de desarrollar una propaganda en su contra, presentándolo, no simplemente como un rey ilegítimo, sino también como un monarca impío y cruel. Otra carta de la colección evidencia las buenas relaciones que Búlgar mantiene con el nuevo rey, Gundemaro –autor en 610 del golpe que derribó a Witerico–, al que se presenta en cambio como un “ladrón malísimo”⁵⁰.

El doble sentido de *tyrannus* es también el que mejor se ajusta a la formulación del VII Concilio de Toledo, convocado por el rey Chindasvinto en 646, cuatro años después de su propio levantamiento contra el joven Tulga. El canon primero, luego de constatar los estragos causados al reino y al ejército por todos los que se pasan al enemigo, decreta la deposición inmediata de éstos, si son clérigos, y su sometimiento a la penitencia hasta el día de su

46 NERI (1997: 76 ss.).

47 Es decir, durante el reinado de Gundemaro. Cf. IRANZO ABELLÁN (2010:100-102).

48 *Epistolae wisigothicae*, XIV, ed. W. Gundlach, *MGH Epistolae*, III-1, Berlin, 1892, p. 682, l. 34-35.

49 Cf. la calificación por Isidoro, arriba nota 33.

50 *Epistolae wisigothicae*, XVI, *ibid.*, p. 685, l. 25: “nequissimus praedo”.

muerte. La formulación de su *narratio*⁵¹ evoca la de una reciente ley civil a la que el canon hace, además, explícita referencia un poco más abajo⁵²; pero -a diferencia de ésta que se dirige a los *refugi siue insolentes* (prófugos y rebeldes)-, el canon apunta a *tyrannos et refugas* (tiranos y prófugos). En ambas redacciones se menciona la *superbia* de unos y otros, extremo que, junto con los daños que se les imputa, evidencia la carga moral negativa de la palabra *tyrannus*.

En las *Vidas de los Santos Padres de Mérida*, aparentemente escritas dos veces a lo largo del siglo VII⁵³, volvemos a encontrarnos con numerosas menciones de *tyrannus*, casi todas relativas a Leovigildo en su enfrentamiento con el santo obispo de Mérida, Masona. El rey arriano aparece así como *crudelissimus tyrannus*⁵⁴, *atrocissimus tyrannus*⁵⁵, *impius tyrannus*⁵⁶ y *profanus tyrannus*⁵⁷. La legitimidad de Leovigildo no está en tela de juicio: el autor anónimo le otorga este título porque lo retrata como un ser poseído por el diablo⁵⁸. El choque de Leovigildo y Masona reproduce el antiguo *topos* de la confrontación entre un monarca endemoniado y un hombre santo; Antonio Maya señala incluso que, más precisamente, sigue el modelo de las *passiones*⁵⁹, lo cual encuadra este empleo de *tyrannus* en el uso propio de la literatura martirial. Sin embargo, las *Vitas* también utilizan en una ocasión la palabra *tyrannis* en el sentido post-clásico de “usurpación”. Se trata del

51 *Conc. Tol. VII*, c. 1, ed. G. Martínez Díez, F. Rodríguez, vol. V, Madrid, 1992, p. 340: “Quis enim nesciat quanta sint hactenus per tyrannos et refugas transferendo se in externas partes illicito perpetrata et quam nefanda eorum superbia iugiter frequentata, quae et patriae diminutionem afferrent et exercitui Gotorum indesinentem laborem imponerent?” («¿Quién desconoce cuántos actos ilícitos han sido perpetrados hasta hoy por causa de tiranos y prófugos que se trasladaban al extranjero, y cuán sacrílega su incesante soberbia, por lo que debilitan la patria e imponen al ejército de los godos un esfuerzo sin tregua?»).

52 *LV*, II, 1, 8 de 643 contra sediciones.

53 Según su último editor, cabe identificar una primera redacción durante los años 630, seguida por otra entre 672 y 681 aproximadamente (Antonio Maya Sánchez, *Vitas Sanctorum Patrum Emeritensium* (= *VSPE*), *CC SL* 116, Turnhout, 1992, pp. *LV* ss.).

54 *VSPE*, V, 5, 1.

55 *Ibid.*, V, 6, 9.

56 *Ibid.*, V, 6, 14.

57 *Ibid.*, V, 6, 23.

58 En palabras, por cierto, tomadas literalmente de la *Vita Desiderii* de Sisebuto (Isabel Velázquez, *Vidas de los Santos Padres de Mérida. Introducción, traducción y notas*, Madrid, 2008, p. 98).

59 MAYA (1994: 167-186).

pasaje en el que se descubre una conspiración contra el rey Recaredo en la que participaba el obispo arriano Sunna de Mérida, rival de Masona. Amonestan entonces a Sunna para que se someta a la penitencia, pero él se niega, “sin desdecirse de su tiranía anterior”, y responde que ignora qué es la penitencia⁶⁰. La frase es curiosa, pero Isabel Velázquez da de ella una explicación convincente: la “tiranía” en cuestión es doble, ya que hace referencia tanto a su usurpación de la sede emeritense, de la que Leovigildo expulsó a Masona y le entregó las iglesias católicas, como a la conspiración junto a magnates laicos para derrocar al rey⁶¹. El significado de “usurpación” con matiz negativo queda, pues, también representado en esta fuente hagiográfica; es más, como Isidoro, el autor no vacila en aplicarlo a un obispo en vez de a un rey.

La dedicatoria de sus *Sentencias* al obispo Quírico de Barcelona por Tajón de Zaragoza es nuestra siguiente fuente⁶². Es probable que Tajón la haya escrito en torno al año 654, durante los primeros meses del pontificado de Quírico. En ella justifica el retraso que ha sufrido su obra por las calamidades a las que se ha visto expuesto, una de las cuales fue la usurpación de uno llamado Froia, “hombre funesto y de mente perturbada” que asumió la tiranía (*tyrannidem sumens*) después de que “la tortuosa serpiente de boca funesta” hubiera sembrado cizaña y llevado a muchos hombres a la perdición. Tajón considera al *tyrannus* Froia como suscitado por el diablo contra “el ortodoxo y gran adorador de Dios, el príncipe Recesvinto”⁶³. Resalta su carácter diabólico describiendo grandes masacres de cristianos y la deportación de numerosos cautivos, la profanación de los templos, la destrucción de altares, la decapitación de clérigos así como, finalmente, el abandono de los cadáveres a las aves y alimañas⁶⁴. A pesar de que cita explícitamente el salmo 78, esta descripción es genuina, y del salmo sólo proceden los cadáveres dejados sin

60 *VSPE*, V, 11, 13: “... pristinam non amittens tyrannidem hec respondit: ‘Ego quid sit penitentiam ignoro’”.

61 I. Velázquez, *Vidas...*, *op. cit.*, p. 120.

62 Taio Caesaraugustanus, *Epistola ad Quiricum Barcinonensem*, *PL* 80, col. 723-728.

63 “... adversus orthodoxum magnumque Dei cultorem Recesuinthum principem”.

64 Taio Caesaraugustanus, *Epistola...*, col. 727: “Innoxius quippe multorum christianorum sanguis effunditur: alii iugulis, nonnulli missilibus, plerique diuersis iaculis sauciantur, innumerabiles multitudo captiuorum abducitur, immensa spolia subtrahuntur, templis Dei infaustum bellum infertur, sacra altaria destruuntur, plerique ex clericatus officio ensibus obruncantur, atque inhumata canibus auibusque multorum exponuntur cadauera occisorum: ita ut septuagesimi octaui psalmi non immerito illi ea calamitati congrua uideatur inscriptio”.

sepultura. No impide que el trasfondo bíblico sea aparente: es una escena de fin del mundo la que Tajón retrata, una escena en la que el protagonista, Froia, asume el papel del Anticristo⁶⁵. La intervención del diablo y la “pareja” formada por un usurpador diabólico y un rey religioso se vuelven a encontrar unos años más tarde, en época de Wamba.

Julián de Toledo es nuestra principal fuente sobre una usurpación en el reino visigodo, la del *dux* Paulo contra Wamba en 673. Su *Historia de Wamba*⁶⁶, escrita probablemente a principios del reinado siguiente, hacia 681⁶⁷, abunda en menciones al tirano y a su tiranía⁶⁸, a menudo presentados en oposición a Wamba, *princeps religiosus*. Como lo señaló Suzanne Teillet en unas páginas muy acertadas⁶⁹, esta contraposición se remonta a los historiadores del Imperio tardío, en especial a Rufino, y permite presentar a Wamba como un nuevo Teodosio. En cuanto a Paulo, un análisis terminológico⁷⁰ demuestra que no se trata simplemente de un *tyrannus*-usurpador, sino que posee las características morales del *tyrannus*-rey cruel. Su relación con el diablo, que le acercaría además a la figura del perseguidor, es más problemática. Para Suzanne Teillet, que –advirtámoslo– no distingue claramente entre los distintos valores de *tyrannus*, dicha relación es indudable⁷¹; Ariel Guance, en cambio, la refuta. Si la lectura *rex perditionis*⁷², sobre la que él centra su crítica, es correcta⁷³, poco hay que objetar, pues *filius perditionis*, de la que *rex perditionis* es una variante, es un hebraísmo bíblico para designar al Anticristo⁷⁴. Pero el argumento más importante al respecto no se encuentra en la *Historia Wambae*, sino en un texto, visiblemente anterior, que aparece a continuación en

65 Sobre la escatología de Tajón, cf. DELL'ELICINE (2011:76-78). No creo, como Manuel Díaz y Díaz, que semejante acumulación de desgracias se reduzca a unos «tópicos literarios relacionados con la descripción de guerras» (DÍAZ Y DÍAZ [1986: 451]).

66 Iulianus Toletanus, *Historia de Wambae regis Gothorum Toletani expeditione* [= HW], ed. W. Levison, MGH SSRM, V, Hannover-Leipzig, 1910.

67 GARCÍA LÓPEZ (1993).

1993), pp. 121-139. No hay consenso sobre la datación de la *Historia*, que podría ser más cercana a los hechos o, al contrario, fecharse en época de Égica: cf. MARTÍN (2010: 162).

68 Cf. la relación por GUIANCE (2001-2002: 35).

69 TEILLET (1984: 591 ss.).

70 *Ibid.*

71 *Ibid.*, pp. 605-606.

72 Iulianus Toletanus, HW, XXX.

73 GUIANCE (2001- 2002) prefiere la lectura alternativa de algunos manuscritos.

74 Jn 17, 12 y 2Ts 2, 3.

la tradición manuscrita de ésta, el *Iudicium in tyrannorum perfidia*⁷⁵. Parece poco probable la autoría de Julián, que sí lo debió usar como fuente, dadas las convergencias entre ambos textos. El *Iudicium* aparenta ser un documento oficial. En la *narratio* previa a la *dispositio*, Paulo y sus socios testifican que fueron empujados por el diablo:

Mox idem nefandissimus Paulus uoce clara testatus est, dicens: «Per Deum, quia neque a gloria tua laesum me esse sensi neque a uobis mali aliquid pertuli, sed tantum boni in me impertire iussisti, quod percipere omnino non merui. Ego tamen diaboli instinctu prouocatus id feci.» Similiter jam dicti socii quaesiti sunt, et omnes similiter responderunt⁷⁶.

Sea o no de Julián –poco importa aquí–, este texto demuestra que la usurpación contra Wamba, una vez reducida, fue presentada por las autoridades como obra del demonio, al igual que veinte años antes lo hiciera Tajón para la sublevación de Froia.

Sólo nos queda por reseñar una última aparición de un derivado de *tyrannus* en las fuentes de fin de siglo VII. Se trata de las actas del XVII Concilio de Toledo, convocado por Égica en noviembre de 694. Entre sus cánones destaca el octavo, que esclaviza a los judíos hispánicos, confisca sus bienes y los dispersa por toda la geografía peninsular. Esta radical degradación cívica la motiva una supuesta sublevación que, según afirma el rey en su discurso inaugural (*tomus*), los judíos proyectaban llevar a cabo contra los cristianos en concertación con sus correligionarios de ultramar. El canon recoge las acusaciones regias:

[...] super talia sua scelera non solum statum ecclesiae perturbare maluerunt, uerum etiam ausu tyrannico inferre conati sunt ruinam patriae ac populo uniuerso, ita nempe ut suum quasi tempus inuenisse gaudentes, diuersas in catholicos exercerent strages⁷⁷...

⁷⁵ *Iudicium in tyrannorum perfidia*, ed. W. Levison, *MGH SSRM*, V, pp. 529-535.

⁷⁶ «Luego el abominable Paulo testificó con voz clara, diciendo: ‘Por Dios, ni he pensado ser lastimado por tu gloria, ni he sufrido mal alguno por tí, sino que sólo mandaste hacerme partícipe de lo bueno, lo que en verdad no merecí reconocer. Pero yo lo he hecho instigado por el diablo.’ Sus socios ya mencionados fueron interrogados del mismo modo, y todos respondieron igual.» (*Iudicium*, VI).

⁷⁷ *Conc. Tol. XVII*, c. 8, ed. J. Vives, p. 534: «Por encima de tantos crímenes, no sólo quisieron remover los fundamentos de la Iglesia, sino que también, con tiránico atrevimiento, intentaron provocar la ruina de la patria y de todo el pueblo, de modo que, alegrándose de haber encontrado su tiempo, como quien dice, pudiesen cometer diversos estragos entre los católicos...».

Los judíos, dicen los obispos, además de ser culpables de sacrilegio y de perjurio y responsables de la muerte de Cristo, han intentado arruinar “la patria y el pueblo”. Se trata de una variante de la formulación clásica del crimen político en el reino de Toledo, el atentado contra “el rey, la *gens* y la patria”⁷⁸; poco después el canon también menciona la “conspiración de los infieles” (*infidorum conspiratio*). Los obispos admiten, por tanto, la inculpación de sedición política presentada por Égica. Sin duda, esto explica la curiosa expresión “tiránico atrevimiento” aplicada a todo un colectivo, más aún, a personas que no pueden optar al trono: en efecto, esta expresión no es sino una variación del estereotipo *tyrannica praesumptio* que calificaba la usurpación en los concilios desde el IV de Toledo⁷⁹. Parece que, en 694, la idea de tiranía se ha difundido hasta tal punto que se puede aplicar, ya no sólo a un potencial usurpador, sino incluso a los enemigos de los cristianos. La asociación de ideas pudo verse facilitada por el ambiente escatológico que rodea el XVII Concilio, y que estas mismas líneas dejan entrever con la palabra *tempus [perditionis]*⁸⁰: precisamente, como acabamos de ver, en la segunda mitad del siglo VII dos usurpadores fueron designados como sendos Anticristos después de su derrota.

*
* *

Podemos intentar ya resumir las ideas aportadas a lo largo de nuestro estudio. Desde el siglo VI aparecen en las fuentes tres significados de *tyrannus* legados por la tradición tardoantigua: el de rey malo, que se remonta a la *República* de Platón y ha recorrido toda la Antigüedad a través de la retórica y la filosofía; otro –afín pero no idéntico– de perseguidor que procede de la literatura cristiana, en especial de las *passiones*; finalmente, el de usurpador popularizado a partir de Constantino, con o sin matiz de condena moral explícita. Sobre esta base, Isidoro de Sevilla no innova, sino que emplea, según casos, los significados primero y tercero; eso sí, proporciona a la Edad Media incipiente un ideario preparado sobre reyes buenos y malos, en el que la pa-

78 Cf. MARTIN (2003: 361 ss.).

79 Cf. notas 45 y 46.

80 Se trata del periodo de tiempo otorgado por Dios a los judíos justo antes del final de los días y precedido por Isidoro en sus *Sentencias* (Isidorus Hispalensis, *Sententiae*, I, 25, 6). Cf. GIL (1977: 110); NEMO-PEKELMAN & MARTIN (2008: 242).

labra tirano ocupa un lugar preeminente⁸¹. Tal vez se desprenda de la obra isidoriana, todo lo más, cierta predilección por el término, predilección que puede explicar su boga durante el resto del siglo VII.

Aunque Isidoro no aporte cambio alguno en el empleo de las voces *tyrannus* y *tyrannis*, una evolución sí se deja entrever en el resto del siglo: la tendencia de las figuras del tirano-usurpador, del tirano-rey cruel e incluso del tirano-perseguidor inspirado por el diablo a confundirse cada vez más. Ciertamente es que, desde el origen, la aplicación del vocablo a un usurpador no tenía por qué ser una mera constatación de ilegitimidad, sino que podía conllevar, de forma más o menos discreta, una connotación despreciativa. Pero en la segunda mitad del siglo VII parece que los autores prescinden ya de semejante “discreción”: Tajón y Julián, por lo menos, no reparan en presentar a un rebelde como un juguete del demonio. Dos factores pueden explicarlo: la progresión de los temas escatológicos a finales de siglo VII⁸² y la tendencia ya tradicional a considerar que cualquier levantamiento contra el poder establecido es obra del diablo, tendencia que se reafirma dentro del contexto de unión íntima entre el poder seglar y la Iglesia visigoda. Conviene, sin embargo, mantener cierta prudencia, debido a la creciente escasez de la documentación a lo largo del siglo y al diferente manejo del término por cada texto según su género: una crónica breve es el lugar más idóneo para un uso neutro de *tyrannus*-usurpador; pero a finales de siglo este tipo de fuente no está representado.

Otra evolución notable, que hay que relacionar con la difusión creciente de la palabra, es su aplicación a nuevos objetos: a un obispo (una extensión del uso que se remonta al mismo Isidoro) o, incluso, a los judíos. Como ocurrió en los siglos IV y V, *tyrannus* y *tyrannis* se convierten en la clave de un lema propagandístico disponible para ser aplicado a cualquier adversario.

La idea de una desaparición de la tiranía de ejercicio hasta ser reintroducida por la influencia francesa en el siglo XII es correcta hasta cierto punto⁸³. Ciertamente es que, en la segunda mitad del siglo VII, ningún rey legítimo es llamado ya *tyrannus* por ser mal gobernante, lo cual parece confirmar la evolución destacada por Neri para los siglos V y VI. De todas formas, cabe preguntarse si los contemporáneos tenían el concepto de “legitimidad” tan claro como lo tuvo, por ejemplo, José Orlandis, que llega a hablar tranquilamente de “prin-

81 Sobre este legado, ORLANDIS (1959).

82 Cf. GIL (1977) y MARTIN (2003: 325-329).

83 MARAVALL (1955: 32), recogido por ORLANDIS (1959).

cipio constitucional de elegibilidad” en el reino visigodo⁸⁴. A diferencia del vecino reino merovingio, en el siglo VII ése no cuenta con una familia real en la que elegir sus reyes. La sucesión de un hijo a un padre es una opción, que por supuesto no “viola de hecho” ningún anacrónico principio constitucional, pero no es ninguna norma. En cuanto a la elección y al golpe militar, las otras dos vías teóricas de acceso al trono, conviene suavizar sus diferencias teniendo en cuenta la importancia, hoy reconocida por los historiadores de la alta Edad Media, de la noción de negociación y de consensualidad en el gobierno. Durante toda la historia del reino visigodo, el caso más claro de ilegitimidad es, sin duda, el que contempla el canon I de Toledo VII: la llegada al poder de la mano de tropas extranjeras⁸⁵. Por lo demás, la legitimidad es un concepto flexible, que se aprecia en función de la pertenencia de cada autor a un grupo aristocrático determinado. Si se puede dudar que los autores visigodos hayan cumplido “una función ideológica de defensa” manipulada por la monarquía⁸⁶, es cierto en cambio que ninguna de las fuentes llegadas hasta nosotros se dedica a criticar al rey, ni siquiera a un monarca anterior⁸⁷; no conocemos al Zósimo o al Procopio visigodo, si es que existió. Sea o no fruto de los azares de la transmisión textual –y yo apostaría que sí lo es–, esto deriva en que, en la península del siglo VII, un tirano es, casi siempre, un usurpador fallido.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS SANZ, M. A. (2010): “Martín de Braga”, en C. Codoñer (coord.), *La Hispania visigótica y mozárabe. Dos épocas en su literatura*, Salamanca, pp. 71- 81.
- BARBERO, A. (1992): “El pensamiento político visigodo y las primeras uncciones regias en la Europa medieval», en *La sociedad visigoda y su entorno histórico*, Madrid, pp. 1-77 [= *Hispania* 30 (1970)].
- BARNES, TH. (1996): “*Oppressor, persecutor, usurper: the meaning of ‘tyrannus’ in the 4th century*”, en G. Bonamente & M. Meyer (eds.), *Historiae Augustae*

84 ORLANDIS (1959: 40).

85 Cf. n. 52.

86 HILLGARTH (1970: 261-311).

87 El caso de Chindasvinto es aparte, pero la prudencia de las fuentes con él es tan extrema que en general su crítica no ha sido percibida como tal hasta hoy. Podemos apuntar que, precisamente, no utilizan en ningún momento la palabra *tyrannus*, aunque el retrato que hacen del viejo usurpador sea perfectamente congruente con el tópico del rey cruel. Cf. MARTIN (2008: 37-57).

- Colloquium Barcinonense. Atti dei convegni sulla Historia Augusta*, IV, Bari, pp. 55-65.
- CAZIER, P. (1994): *Isidore de Séville et la naissance de l'Espagne catholique*, Paris.
- CLAUDE, D. (1976): "The Oath of Allegiance and the Oath of the King in the Wisigothic Kingdom", *Classical Folia*, 30, pp. 3-26.
- DELL' ELICINE, E. (2011): "Si queremos evitar la ira divina: Impacto y vicisitudes del proyecto eclesiológico de Isidoro de Sevilla (c. 630-c. 690)", *Espacio, tiempo y forma, Serie III, Historia medieval*, 24, pp. 69-90.
- DÍAZ Y DÍAZ, M. (1986): "Notas históricas en dos himnos litúrgicos visigóticos", en *Los Visigodos. Historia y civilización. Antigüedad y Cristianismo III*, Murcia.
- DÍAZ, P. C. (1998): "Rey y poder en la monarquía visigoda", *Iberia*, 1, pp. 175-195.
- ESCRIBANO, M. V. (1998): "Constantino y la *rescissio actorum* del tirano-usurpador", *Gerión*, 16, pp. 307-338.
- GARCÍA LÓPEZ, Y. (1993): "La cronología de la 'Historia Wambae'", *Anuario de Estudios Medievales*, 23, pp. 121-139.
- GIBERT, R. (1969): "La sucesión al trono en la monarquía española", en *La monarchie, Recueils de la Société Jean Bodin*, XXI-2, pp. 447-546.
- GIL, J. (1977): "Judíos y cristianos en la Hispania del s. VII", *Hispania Sacra*, 30, pp. 9-110.
- GRÜNEWALD, TH. (1990): *Constantinus Maximus Augustus. Herrschaftspropaganda in der zeitgenössischen Überlieferung*, Stuttgart.
- GUIANCE, A. (2001-2002): "'Rex perditionis': la caracterización de la tiranía en la España visigoda", *Cuadernos de Historia de España*, 77, pp. 29-39.
- HILLGARTH, J. (1970): "Historiography in Visigothic Spain", en *XVII Settimana di studio del Centro italiano di studi sull'alto medioevo*, Spoleto, pp. 261-311.
- IRANZO ABELLÁN, S. (2010): "Bulgarano", en C. Codoñer (coord.), *La Hispania visigótica y mozárabe. Dos épocas en su literatura*, Salamanca, pp. 100-102.
- JIMÉNEZ GARNICA, A. (2004): "Sobre *rex* y *regnum*. Problemas de terminología política durante el primer siglo de historia de los visigodos", *Pyrenae*, 35-2, pp. 57-78.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, J. A. (2007): "Acerca de la denominada Crónica de Zaragoza", *Helmántica*, 58/177, pp. 339- 67.
- (2012): "El recurso a la tiranía como respuesta a la dominación visigoda en la Tarraconense (siglos V-VI)", *Hispania*, 72, pp. 347-366.
- MARAVALL, J. (1955): "La 'morada vital hispánica' y los visigodos. (En torno al libro de Castro)", *Clavileño*, 34, pp. 28- 34.

- MARTIN, C. (2003): *La géographie du pouvoir dans l'Espagne visigothique*, Ville-neuve d'Ascq, Paris.
- MARTÍN, J.-C. (2000): “Une nouvelle édition critique de la *Vita Desiderii* de Sisebut, accompagnée de quelques réflexions concernant la date des *Sententiae* et du *De uiris illustribus* d'Isidore de Séville”, *Hagiographica*, 7, pp. 127-180.
- (2010): “Julián de Toledo”, en C. Codoñer (coord.), *La Hispania visigótica y mozárabe*, Salamanca.
- MAYA, A. (1994): “De Leovigildo persecuidor y Masona mártir”, *Emerita*, 62-1, pp. 167-186.
- NEMO-PEKELMAN, C. ; MARTIN, C. (2008): “Les juifs et la cité. Pour une clarification du statut personnel des juifs de l'Antiquité tardive à la fin du royaume de Tolède (IV^e-VII^e siècles)”, *Antiquité tardive*, 16, pp. 223-246.
- NERI, V. (1997): “L'usurpatore come tiranno nel lessico politico della tarda Antichità”, en F. Paschoud; J. Szidat (eds.), *Usurpationen in der Spätantike*, Stuttgart, pp. 71-86.
- ORLANDIS, J. (1957) “Algunas observaciones en torno a la ‘tiranía’ de San Hermenegildo”, *Temis*, 2, pp. 67-75.
- (1959): “En torno a la noción visigoda de tiranía”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 29, pp. 4- 44.
- (1962): *El poder real y la sucesión al trono en la monarquía visigoda (Estudios visigóticos III)*, Roma-Madrid.
- Oxford Latin Dictionary*, Oxford, 1982.
- REYDELLET, M. (1981): *La royauté dans la littérature latine de Sidoine Apollinaire à Isidore de Séville*, Roma.
- SPRINGER, F. (1952): *Tyrannus. Untersuchungen zur politischen Ideologie der Römer*, Diss. Colonia, (dact.).
- TEILLET, S. (1984): *Des Goths à la nation gothique : les origines de l'idée de nation en Occident du V^e au VII^e siècle*, Paris.
- TORRE, CH. (2005): “Nuovo e antico in un'epitome senecana del VI secolo: Martino di Braga, *De ira*”, *Acme*, 58/3, pp. 107-128.
- VALVERDE, R. (2000): *Ideología, simbolismo y ejercicio del poder real en la monarquía visigoda: un proceso de cambio*, Salamanca.
- WICKERT, L. (1954): “*Princeps*”, *RE*, XXII (col. 2119-2223).
- WOOD, J. (2012): *The Politics of Identity in Visigothic Spain. Religion and Power in the Histories of Isidore of Seville*, Leiden – Boston.

NOTA SOBRE LA DIGNIDAD DEL HOMBRE EN EL DERECHO ROMANO MEDIEVAL*

MARTA MADERO

(Universidad Nacional de General Sarmiento)

«Parfois, ce sont des principes nouveaux que l'on croit découvrir pour interdire certaines pratiques du marché, tel le principe de la dignité humaine, dignité indisponible aux tiers comme au sujet lui-même, sans prendre garde [...] que, à définir la dignité de la personne humaine comme cette part d'indisponible que chacun doit à son appartenance à l'humanité tout entière, l'on s'oblige, si l'on veut qu'une telle catégorie ait le moindre sens pratique, à définir précisément cette part...»

Yan Thomas¹

Un pasaje citado de forma sistemática por los civilistas durante la Edad Media, para significar la dignidad de la criatura humana es la alegación del Digesto (21.1.44²) donde se encuentra la expresión: *dignitatem hominum*. Pero los juristas de la Edad Media no ignoraban que esto se aplicaba a un caso particular en el cual la validez legal del sintagma estaba considerablemente inhabilitada. Se trata de un fragmento de Paulo (comienzos del siglo III) sobre el *Edicto de los ediles* –que contiene las acciones que un comprador puede intentar para forzar a un vendedor a retomar la cosa vendida, o para demandarle lo que exigió y recibió por el valor de mercado real de la cosa–, donde el tema de la dignidad era atribuido a Pedio (50-120). Veamos el contenido del fragmento:

Es con razón que los ediles han prohibido que un esclavo sea visto como accesorio de una cosa de menor valor que él, con el fin de evitar los fraudes que se habrían podido imaginar

* Esta nota es un homenaje a la memoria de Yan Thomas, brillante jurista tempranamente desaparecido.

1 THOMAS (1998: 86-87).

2 *Digesto*, a partir de ahora D. Del mismo modo, como es de uso corriente, C. significa *Codex*, e I. *Institutiones*.

para evadir las disposiciones del derecho civil, y, como dice Pedio, debido a la dignidad del hombre. Se razona de la misma forma en relación con todas las demás cosas. ¿No sería absurdo que un fundo sea considerado como el accesorio de un abrigo (que sería por lo tanto la cosa principal)? Sin embargo, puede ser considerado como el accesorio de un esclavo vendido, ya que a menudo (cuando se vende un esclavo con un peculio) el peculio es de un precio mayor que el esclavo, y el esclavo que está en ese peculio es a veces de un precio más grande que el del esclavo al cual él acrecienta (del cual no es más que el accesorio).

Lejos entonces de ser un principio de validez jurídica general que sitúa a la humanidad, en términos de derechos, en una posición singular, marcada por una cuota de indisponibilidad, el término surge en un contexto muy preciso y extremadamente limitado. Lo esencial aquí es que en razón de una cualidad, la dignidad humana, cualidad no regida por el valor de mercado o por la subordinación de la parte al todo, el hombre no puede devenir el accesorio de una cosa ontológicamente menos digna que él.

Hay, en el corpus del derecho romano, diversos sentidos de la palabra *dignitas* –categoría, además, absolutamente central en la sociedad romana. La glosa a D. 50.13.5.1 *Dignitas*, ofrece dos de ellos. Debe ser entendida, bien como una potencia dada a todos los hombres por la naturaleza en su calidad de hombres, por ser la más digna de las criaturas y todas le están sometidas, como se dice en D. 21.1.44; bien, según el sentido dado por *Codex 12.1 De dignitatibus* que trata de los privilegios jurídicos inscriptos en el orden social. La dignidad está ligada, por lo tanto, a tres palabras que la glosa da como sinónimos: *existimatio*, *fama*, *opinio*, y está determinada por las leyes y los *mores*, susceptible de disminuir o aumentar dependiendo de la aplicación de las leyes, hasta llegar a la pérdida parcial o total, según los diversos grados de la infamia como castigo.

Hay, por supuesto, diferencias mayores de rango y de dignidad, pero se trata entonces de una dignidad anclada en la jerarquía y por principio contraria a la idea de una humanidad homogénea. Esta dignidad que designa el status socio-jurídico tiene, en efecto, consecuencias jurídicas extremadamente concretas, pero la que es inherente al lugar del hombre en la creación parece ser una afirmación más bien retórica en la reflexión de los civilistas en la Edad Media. Esto no contradice la convicción, indiscutible en cualquier otro plano que concierna a la sociedad medieval, de la dignidad particular del hombre en la creación, pero se debe decir que, aun si es invocada de forma insistente en las glosas y comentarios, ella tiene pocos efectos jurídicos concretos respecto de la humanidad en tanto tal.

Trataremos de mostrar que en el derecho romano medieval la dignidad del hombre, su naturaleza esencial en tanto que hombre, prohíbe muy pocas operaciones jurídicas. No hace falta decir que la existencia de esclavos hace que el hombre pueda ser sometido a operaciones de alienación, uso y apropiación que afectan a las cosas. En este contexto, probar que la dignidad humana no es respetada en tanto los hombres son sometidos a las operaciones que afectan a las cosas, no tendría por supuesto ningún sentido. Se tratará, por el contrario, de ver, al interior de este universo de asuntos jurídicos de los cuales los hombres pueden ser el objeto, cuáles son esas operaciones que la naturaleza del hombre impide, cuáles son las razones sobre las cuales estos límites se fundan, y en qué medida, más allá de las declaraciones de principio, tienen una dimensión práctica para los hombres que serían su objeto.

El hombre no puede acrecentar una cosa (D. 21.1.44)

Tal como es concebido en la Edad Media, la *accessio* designa, por una parte, el caso en el que el dueño de una cosa adquiere otra por el mero hecho de que la segunda es el fruto de la primera (frutas, animales recién nacidos³); por otra parte, designa la adquisición de las cosas que se unen. La adquisición de *dominium* produce la “consecuencia jurídica de atribuir al dueño de la propiedad de la cosa la propiedad de aquello que la completa, la enriquece, la agranda”⁴. Existe un cierto número de casos clásicos, como la construcción, la plantación y la siembra de la tierra, regidos, en efecto, por el principio *superficies solo cedit* (la superficie acrecienta al suelo), o la unión de metales preciosos o los trozos de madera. Sin embargo, si por el ensamble constituido mediante la *inaedificatio*, *plantatio* y *satio*, la tierra absorbe todo lo que hace cuerpo con ella, la unión de dos cosas muebles es gobernada por el principio según el cual una cosa *accessoria* debe acrecentar a la que es percibida como principal. Es decir, que el elemento dominante es el que asume la función del todo y que la cosa subordinada no constituye más que el complemento u ornamento. La *accessio* puede tener como consecuencia la extinción jurídica –el fin de la existencia individual reconocida por el derecho– de la cosa, que hará cuerpo a partir de ahora con la cosa principal, pero permitiendo igualmente guardar, en ciertas condiciones, la separación de lo accesorio de lo principal.

3 La bibliografía sobre la categoría de fruto es inmensa. Ver en la bibliografía reciente, el excelente trabajo de CARDILLI (2000) con una bibliografía comentada y puesta al día.

4 BRANCA (1958: 261).

La excepcionalidad del hombre se planteará precisamente en relación con la lógica de la *accessio*, a la que reenvía D. 21.1.44, y a una de esas formas en particular: la del fruto que concierne al *partus ancillae*⁵, a propósito del cual se dirá que es absurdo –en el sentido de irracional– que el hombre sea colocado en la categoría de fruto, cuando la naturaleza crea para él todos los frutos.

Veamos en primer lugar el tema de la *accessio* tal como es propuesto en el pasaje D. 21.1.44. El *casus* propuesto por Viviano da perfectamente cuenta del sentido del fragmento⁶. Imaginemos que me has vendido una tierra que más tarde es considerada defectuosa, un esclavo fue vendido con ese fundo ¿estás obligado a devolver al esclavo no defectuoso junto con el fundo? Esto sería cierto si se considerara que un hombre puede acrecentar a un fundo, como se afirma en D. 21.1.33.1 donde se dice que “*si la cosa principal es devuelta al vendedor como viciosa, el esclavo que acrecienta a esa cosa debe también ser devuelto, aun cuando él no sea defectuoso*”. Sin embargo, no es razonable (*absurdum*) que un hombre, que es una criatura de gran valor (*pretiosissima creatura*), sea devuelto en razón de una cosa de poco valor a la cual acrecienta, siendo que él no posee defectos. Podemos entonces decir que el hombre no puede ser el accesorio de una cosa menor en razón de su dignidad.

Azon, cuya lectura integra la glosa ordinaria, explicaba que no se trataba de una cuestión de precio, porque una cosa de un precio elevado, en efecto, puede ser considerada como el accesorio de otra de menor precio, como lo indica *Institutiones* 2.1 *Si tamen alienam*, donde se dice que la púrpura que habría servido para teñir una prenda de vestir, aun teniendo un precio superior a la prenda, acrecienta a la misma. El principio que determina esta norma es el de *superficies solo cedit* que rige el destino de las cosas plantadas, sembradas, construidas, así como también el de la escritura, de la pintura y de la púrpura las cuales acrecientan (es decir, devienen accesorios, que enriquecen, complementan a la cosa principal) a la cosa soporte sin la cual no pueden existir⁷.

5 La *vetus questio* del *partus ancillae* ha dado lugar, así como la categoría de fruto con la cual se relaciona y de la cual se distingue, a numerosos trabajos. Para una puesta a punto bibliográfica se puede ver igualmente CARDILLI (2000: 82 y ss.).

6 Viviano es un autor muy mal conocido. Savigny lo considera prácticamente como contemporáneo de Accursio; se trataría de Vivianus Tuscus, hijo de Oseppus Tuscus, jefe del partido popular en Bolonia durante los enfrentamientos de 1228. Su nombre se encuentra en el registro de la sociedad de los Tusci en 1259. Ha planteado *casus* para el *Vetus*, el *Infortiatum* y el *Codex*, VON SAVIGNY (1839: 160).

7 Sobre esta cuestión me permito reenviar a MADERO (2004).

El precio, continúa Azon, no es entonces el principio que rige esta declaración sobre el valor del hombre, sino más bien la *dignitas*, porque el hombre no puede acrecentar a una cosa de mayor precio pero de menor dignidad, del mismo modo que un hombre puede acrecentar a otro hombre que fuera de un precio mayor que él, en la medida en que sean iguales en dignidad. La contradicción entre este pasaje y el que le precede inmediatamente (D. 21.1.33), en el cual no hay límite a la lógica de la accesión no es enteramente resuelto por la glosa, y Accursio propondrá así dos excepciones a esta regla que prohíbe considerar a un hombre como el accesorio de una cosa: el del *adscriptitius* (que contrariamente al esclavo no puede ser vendido con el fundo al cual está atado⁸), porque en este caso el hombre acrecienta al fundo; y el del hombre que acrecienta a otro hombre –la cuestión jurídica concreta, desarrollada en otro lugar, será la de los esclavos que son parte del peculio de un esclavo legado– como se ve en la segunda parte del pasaje citado⁹.

Casuística del hombre como accesorio

Partamos de un párrafo de *Institutiones* 2.20.17 que habla de los legados.

I. 2.20.17: “Si se han legado esclavas con sus hijos, estos, a pesar de la muerte de sus madres, quedan contenidos en el legado. Sucede lo mismo con el esclavo *ordinarius*¹⁰ que se habría legado con sus *vicarii*, porque a pesar de la muerte de los *ordinarii*, los *vicarii*

8 Sobre la diferencia entre *servus* y *adscripticii*, ver CONTE (1996: 52-54; 56-57).

9 No deja de ser interesante señalar que estos pasajes del D. 21.1 no son tratados por los grandes comentaristas. Bartolo, Baldo de Ubaldis y Jason de Maino apenas hablan del tema. Por el contrario encontramos lecturas de Odofredo y de Alberico de Rosate. El comentario de Alberico *ad* D. 21.1.44 (*Comentarii in secundam digesti veteris partem*, Venecia, 1585, reprod. facsim., Bolonia: Forni, 1974) acumula argumentos en favor de la superioridad del hombre: “...homo est dignissima creaturarum, [...] Anima enim pretiosior est corpore [...] homo carens ratione non potest dici homo [...] formavit deus ad imaginem suam [...] omnia subiecit sub pedibus eius [...] et ideo poena corporalis in homine maior censetur quam quaelibet pecuniaria”; pero no dice nada sobre las consecuencias jurídicas que se plantean en este fragmento. Odofredo (Roffredo da Benevento, *Lectura super Digesto Veteri*, Lyon, 1550, reprod. facsim., Bolonia: Forni, 1967), en relación al mismo pasaje, prosigue la argumentación general de los límites de la *accessio*, e incluso dirá “propter dignitatem humanae conditionis [...] non possit esse accessio”, contradiciéndose inmediatamente después “dicatis homo non adscriptus non accedit alteri rei”.

10 El adjetivo *ordinarius* sirve para designar al esclavo que tiene uno o dos esclavos *vicarii* en su peculio, ver ERMAN (1896: 391-532).

quedan comprendidos en el legado. Pero cuando se ha legado un esclavo con su peculio, la muerte, la liberación o la alienación del esclavo extingue el legado del peculio. Sucede lo mismo cuando se dice que se ha legado un '*fundus instructus*' o '*cum instrumento*', porque entonces la alienación del fundo extingue igualmente el legado de los instrumentos¹¹.

El texto describe tres casos distintos: el de los hijos del esclavo, el de los *vicarii* que forman parte de su peculio (repitiendo D. 33.8), y el de los que forman parte de los instrumentos (D. 33.7) del fundo.

La glosa ordinaria dirá que los que son nacidos de un esclavo y han sido objeto de un legado, aunque su madre esté muerta, permanecen como objeto del legado, porque se considera que había dos legados distintos (alegación a D. 33.8.3). Una alegación en sentido contrario, que postula la unidad entre madre e hijo, es la del D. 25.4.1 sobre la inspección del vientre, retomada muy frecuentemente, según la cual el *partus*¹², antes de que haya nacido, es “parte integrante de la mujer y sus vísceras” (*mulieris portio est vel viscerum*) pero, dice la glosa, hablamos de los que no han nacido todavía¹³.

La glosa a *extinguitur* (“*extinguido el legado del peculio*”) dirá que esto (cuando se habla de *servus cum peculio*, la muerte, la liberación o la alienación del esclavo extingue el legado del peculio) se produce en razón de la *accessio*, y hará una oposición entre esta situación jurídica y la que concierne al legado de los hijos del esclavo para los cuales no hay accesión en razón de la dignidad del hombre. Pero, ¿qué sucede si todo el peculio está constituido de *vicarii*? ¿Podemos decir, entonces, dado que su mención explícita permite considerarlos como un doble legado y por ello se preserva su individuación, que es lo mismo si solo ellos se encuentran en el peculio? No, responde la

11 Este pasaje es contradictorio con D. 33.7 que considera que la adjetivación permite la individuación. Bartolo hace sobre este texto, se verá más adelante, un comentario extremadamente interesante pero la contradicción no es un problema en sí. Son las diferentes maneras de concebir la adjetivación lo que nos interesa.

12 Sobre la cuestión del *partus* en el derecho medieval, ver LEFEBVRE-TEILLARD (1994: 499-525), incluido en LEFEBVRE-TEILLARD (2008: 53-86).

13 El tema del *nasciturus* dio lugar a la interrogación sobre su estatus jurídico: ¿el derecho romano lo considera como un ya nacido (*iam natus*), o como una parte de la madre sin existencia autónoma? Yan Thomas mostró de manera decisiva que la pregunta estaba mal hecha; no se trataba de una oposición de naturaleza doctrinal, sino estatutaria y social: la ficción según la cual “el que ha sido concebido es de cierta manera considerado como existente en la naturaleza” (D. 38.16.7) concierne sólo al *nasciturus* de un ciudadano. A los niños que nacen de la mujer esclava no se les concede ninguna suerte de existencia ficticia. Conf. THOMAS (2007: 29-68).

glosa, porque el hecho de que el testamento diga “*cum peculio*” perjudica al legatario (es decir, los *vicarii* pierden su individuación y “se extinguen” con la extinción del peculio debida a la muerte, la manumisión o alienación del esclavo legado en el título primero).

Este fragmento de *Institutiones* sobre los esclavos *vicarii* y su relación con el peculio retoma los cuatro primeros párrafos de D. 33.8 *Del legado del peculio*. La extinción del derecho del legatario sobre el esclavo que había sido legado suprime el derecho del legatario al peculio, comprendiendo a los *vicarii* en el mismo, porque la extinción de la cosa principal determina la de la accesoria¹⁴. Sin embargo, en el caso del esclavo “*cum suis natis*” hay dos legados y el legatario tiene derecho a los niños después de haber perdido su derecho sobre su madre. La palabra *cum*, sin embargo, exige un comentario. En efecto, dice la glosa, hay allí dos legados y no es uno accesorio del otro; se debe entonces leer *cum* como si se tratara de *et*; esto permite decir que tanto los esclavos como los infantes son dos legados distintos.

Lo que el uso de la palabra *cum* entraña se hace explícito en el pasaje de Bartolo (*ad D. 33.8.1*), incluido en numerosas ediciones del *Corpus Iuris Civilis*: la extinción de la cosa principal extingue a la accesoria y la palabra *cum* une *en tanto que accesorio* a aquellas cosas que por su naturaleza acrecientan a la cosa principal; pero si el *cum* es utilizado para las cosas que no pueden devenir accesorias, entonces no hace más que unir dos cosas sin subordinarlas¹⁵.

El comentario de Bartolo a D. 33.7 y 8, donde desarrolla sus reflexiones sobre el rol de las palabras *cum* y *et* y los adjetivos tales como *instructus*, expresa en verdad un matiz, porque las cosas que acrecientan tienen una naturaleza que “*solet*”, “*consuet accedere*”, sin hacerlo de forma sistemática. Entre *cum* y *et* no hay distinción en cuanto a la conjunción pero sí hay una diferencia en la manera de unir. El *et* preserva siempre la individuación, mientras que el *cum* se lee de dos maneras, según que se lo utilice para unir dos cosas en las que una, de acuerdo a su naturaleza, “*tiende*” (*solet*) a devenir accesoria de la otra, como es el caso del peculio y los instrumentos, o, al contrario, para poner en relación cosas que habitualmente no acrecientan a otra, como es el caso del hombre, o incluso cosas totalmente distintas, como en la expresión *ancillas cum liberis*.

14 Bartolo de Sassoferrato (*Commentaria in secundam infortiati partem*, Lyon, 1555, misma edición para todas las citas de Bartolo) *ad D. 33.8.3*: “*Nam quae accessionum locum obtinent, extinguuntur cum principales res peremptae fuerint*”.

15 *Ibid.*, “*Extinctio principali, extinguitur accessorium [...]. Et dictio cum coniungit accessorie in his, quorum natura est, ut una res alteri accedat, in aliis coniungit principaliter*”.

Estas cosas que habitualmente no acrecientan parecen generalmente agregarse y el uso de adjetivos designa la misma forma de agregación sin fusión¹⁶.

En efecto, ¿qué significa la fórmula *fundus instructus*, siendo que el texto romano afirma que en ese caso se trata de dos cosas y no de una? ¿Cómo se puede, si la palabra *instructus* indica cierta cualidad, demandar esta cualidad que estaría privada de sustrato (*subiectum*) una vez que este último desapareciera? Bartolo mismo afirmaba, y remite a esta afirmación, que una cualidad no puede existir sin una sustancia en la que ella adviene¹⁷. La respuesta será que *instructus* no es una cualidad sino una palabra que indica una cierta relación, de la misma manera que la palabra padre e hijo indican una relación. Así, reclamando el instrumento del fundo, yo reclamo una cosa, el instrumento, que tenía una relación con otra cosa, el fundo. Si, por el contrario, el adjetivo se relaciona con la cosa en sí misma y no con otra, entonces la extinción de la primera entraña la de la segunda. Por ejemplo, si yo digo: « *lego servum totum* », una vez extinguido el legado del esclavo, tú no puedes reivindicar la cualidad ella misma “*ipsam qualitatem totam*”¹⁸. Hay, sin embargo, una regla convencional: Bartolo afirma que los adjetivos tales como *instructus*, del mismo modo que con la palabra *cum*, permiten ser reivindicados como principales y no como formando parte del fundo, las cosas que *habitualmente* en un fundo conservan su individualidad formarán parte, por el contrario, del *fundus* perdiendo su autonomía las que *habitualmente* forman parte de él.

No hay nada de esencial, de ontológico en esta lógica, es simplemente una cuestión de semántica jurídica. Ni el instrumento está destinado en sí a acrecentar al fundo, ni los hombres escapan a la accesión; y no se puede decir que la razón por la que un hombre no puede acrecentar una cosa sea que la *accessio* produce la extinción del objeto.

El hombre no puede ser un fruto. Tramo de la glosa ordinaria a D. 22.1.28

Una segunda categoría que la naturaleza humana prohíbe atribuir es la del fruto, que constituye, como vimos, una forma particular de la categoría más

16 Bartolo, *ad D. 33.7 Si cui fundum*.

17 Es interesante notar que estas reflexiones conciernen a las servidumbres, *ad D. 33.2.1*: “*servitus servitutis esse non possit [...] quia servitus est quaedam qualitas, non autem substantia, ut D. 50.16 Quid aliud. Cum ergo qualitas non possit esse sine subiecto, ut D. 7.1.2, de necessitate concluditur quod servitus servitutis esse non posset, sicut non posset esse qualitas qualitatis: quia requiritur substantia aliqua in qua sit*”.

18 Bartolo, *ad D. 33.7 Si cui fundum*.

general de la *accessio* pero que se construye sobre un caso particular, el de la parte de la mujer esclava. El hombre no podía ser un fruto para el hombre porque todos los frutos de la tierra han sido creados para él. Sin embargo, esta argumentación clásica, que se encuentra en el pensamiento antiguo¹⁹ y cristiano constituye también un límite parcial. Debemos ver ahora, –aunque sea solo en parte porque el tema es inmenso– la casuística de la *vetus quaestio* –así designada por Ulpiano (D. 7.1.68pr)– del *partus ancillae*. Ella ofrece la segunda *sedes materiae* en favor de una excepción que refleja la superioridad del hombre en tanto que tal.

D. 22.1.28: “La lechigada de los animales, así como la leche, la lana y el pelo son frutos. Por lo tanto, corderos, cabritos y terneros, ni bien nacen pertenecen al poseedor de buena fe y al usufructuario. Pero el *partus* de una esclava no forma parte de los frutos y por lo tanto pertenece al propietario. Parecería absurdo, en efecto, que un hombre se incluyera en la categoría de fruto, cuando la naturaleza prepara todos los frutos para él”.

Sin embargo, la glosa ordinaria a este texto no retoma esta última afirmación que aparece por el contrario extraída de su contexto en numerosas otras glosas. Se ocupa, en cambio, de ver su aplicabilidad y sus límites en derecho. Que el fruto de las ovejas, así como la leche y la lana pertenecen al poseedor de buena fe, también se dice en D. 41.1.48; que la lechigada de los animales vuelve al usufructuario pero no el *partus* de la esclava es dicho en D. 7.1.68 que afirma sin embargo, por un lado, que “*el hombre no puede estar en la categoría de fruto de hombre*” y, por el otro, que el *partus* puede ser objeto de legado en calidad explícita de fruto. No obstante, estas restricciones apenas conciernen a la naturaleza de *res* del *partus*, ya que se limitan al estatus de fruto, pero no impiden de ningún modo su apropiación bajo otro título, en este caso por el titular del *dominium* del esclavo, como lo explica la glosa a D. 21.1.28, que reenvía primero a I. 2.1 *In pecudum*, que en una argumentación circular reenvía a D. 21.1.28: el *partus* no puede ser adquirido a título de fruto y pertenece pues al propietario de la esclava porque “*parecería en efecto absurdo que un hombre esté en la categoría de los frutos, mientras que la naturaleza prepara todos los frutos para él*”.

Ahora bien, vimos que era completamente posible en efecto que el *partus*

19 Cicerón, *De natura deorum*, II. 14.17 “Scite enim Chrysippus, ut clipei causa involucrum, vaginam autem gladii, sic praeter mundum caetera omnia aliorum causa esse generata, ut eas fruges atque fructus, quos terra gignit, animantium causa, animantes autem hominum, ut equum vehendi causa, arandi boves, venandi et custodiendi canem”. Y también, *De officiis*, I. 7.22.

en tanto fruto sea objeto de un legado y, en ese caso, a título primero de legado (conteniendo el usufructo de la esclava) puede pertenecer al legatario que se beneficiaría del legado del fruto²⁰; es en efecto lo que afirma, como acabamos de ver, D. 7.1.68, y la glosa a I. 2.1 *In pecudum* señala esta contradicción: es absurdo que el hombre esté en la categoría de fruto, porque los frutos están destinados a él, sin embargo, forma parte del legado en tanto que fruto²¹. Inmediatamente después, en la glosa a la palabra *natura*, se citan los pasajes de Ovidio y Virgilio sobre el origen celeste del hombre²²; no obstante el hombre, en ciertas condiciones, puede ser tanto un accesorio como un fruto.

El poseedor de buena fe tiene derecho al *partus* de la esclava, dice aún la glosa a D. 22.1.28, incluso si ella no da a luz estando en su posesión, a condición de que haya concebido mientras estaba en su posesión. Esto sucede en razón de la acción publiciana (D. 6.2), por la cual el pretor da una acción al poseedor de buena fe que habría adquirido una cosa de la que no era propietario, si perdía la posesión antes de haber adquirido la propiedad por prescripción (de otro modo esto sería derecho civil y no pretoriano), porque, como dice la glosa a D. 6.2.11, lo que está en el útero es como una parte de las vísceras de la madre.

Así, el momento de la concepción determina la emergencia de esta parte de víscera y determina quién es el futuro titular del *nasciturus*; aun cuando viniera de dar a luz siendo la propiedad de otro, lo que lleva en el vientre pertenecería al propietario de la esclava en el momento de la concepción, a menos, desde luego, que se haga mención del *partus* en la venta.

Por razones totalmente diferentes, el póstumo de un ciudadano comienza su existencia en el momento de su concepción. Esto es dicho claramente por Jacques de Révigny y constantemente repetido: la ficción que dice que “*lo que está en el útero debe ser considerado como ya nacido*” no quiere de ninguna manera decir que se tiene por nacido al que está todavía en el vientre de su madre, sino que, una vez nacido, podrá entrar en la sucesión como si hubiera nacido en el momento en el que ha sido concebido. No se trata pues de una ficción de existencia, sino más bien de una ficción que opera sobre el tiempo; suspende el tiempo de la gestación e identifica concepción y nacimiento²³.

20 I. 2.1. “In pecudum, partus. Pertinet ad plenam proprietatem, nisi etiam et in partu sit usufru.legatus.ut D. 7.1.68”.

21 “In fructu. scilicet, ut ipse fit fructus, sed tamen in eo relinquitur”.

22 “Natura [...] Ovidium. Pronaque cum spectant animalia cetera terram. Os homine sublime dedit celumque videre. Iussit et erectos ad sidera tollere vultus, sic D. 21.1.44, et D. 47.2.48.6 et D. 5.3.27pr”.

23 Alberico de Rosate, *ad* D. 1.5.7, reenvía a Révigny. A propósito de la interpretación

Pero si para él se trata de preservar sus propios derechos sucesorios –los derechos de “heredero propio” (*suus heres*²⁴)–, para el que está en el vientre de la esclava el momento de la concepción permite proteger los derechos del propietario de la esclava.

En ningún caso, por lo menos en cuanto al derecho sucesorio o en relación con los derechos sobre las cosas, es cuestión de una excepción hecha en términos de autonomía de la vida naciente y esto no se debe olvidar a fin de no caer en lecturas en las que se vería un sentimiento de humanidad difuso o explícito que prefiguraría aquello de lo que se habla en nuestros días. El derecho que preserva la vida del niño por nacer en caso de condena a muerte de la madre constituye, en efecto, un reconocimiento del ser en potencia en el marco del derecho penal. Pero aun en este caso, habría que distinguir los argumentos empleados con el fin de determinar en qué medida esta regla ofrece derechos al *nasciturus* o más bien a su destinatario verdadero, sea éste el padre o la ciudad²⁵.

En cuanto a los derechos de propiedad y de sucesión, se protegen ciertos derechos pero no el derecho a la vida. Será siempre cuestión de los derechos de un sujeto que existirá enteramente en el momento de su nacimiento, el póstumo del ciudadano (que preserva su vocación de heredero por la operación que retrasa la muerte del padre al momento de su concepción), los derechos del propietario de una esclava (que habría concebido siendo suya aunque viniera de dar a luz siendo propiedad de otro), el derecho del padre a tener un heredero, o el de la ciudad a tener un ciudadano (cuando el pretor decide alimentar el “vientre”).

*Principal y accesorio en una repetitio de Pierre de Belleperche retomada por Cino de Pistoia*²⁶

La *accessio*, tal como los textos invocados la formulan, y el *partus* como fruto, las dos situaciones donde aparece la cuestión de la excepción debida a

de la ficción del “habetur pro nato” se habían opuesto THOMAS (1986: 211 y ss) y LAMBERTI (1996: 112-113). En cuanto a la lectura medieval, hay plena coincidencia con la interpretación de Yan Thomas.

24 Debemos a Yan Thomas el tratamiento más claro sobre esta categoría, THOMAS (1987: 157-172) (2007). Uno de los libros que no pudo terminar tenía un capítulo consagrado a este tema: *La mort du père*, capítulo IV, “L’enfant à naître, l’héritier sien et le pouvoir du mort” (manuscrito).

25 Ver, para el período romano, THOMAS (2007: 34-35 en particular).

26 *Repetitio*: género didáctico, lección, lectura.

la naturaleza humana, reenvían en términos de categorías a dos formas de *accessio*:

1- la que se desprende, se escinde del cuerpo que la produce, como los frutos de los árboles, las que provienen del vientre de un animal que, perteneciéndome, acrecientan mi propiedad, tanto como el niño nacido de mi esclava;

2- la que se añade al bien de alguien, que une dos cosas en una relación donde una de ellas ve su destino subordinado al de la cosa principal.

La dignidad humana, pues, se formula en el marco de las relaciones entre lo accesorio y lo principal; el hombre no puede añadirse hasta el punto de desaparecer, de desvanecerse en otra cosa, no puede tampoco ser considerado, excepto por el propietario de la esclava, como lo que se desprende de un cuerpo del que formaba parte, con el fin de servir de fruto para alguien que tenga, sobre este cuerpo-madre, sólo el usufructo.

Un texto fundamental, en lo que concierne a las relaciones de lo accesorio con las cosas principales, es la *repetitio* de Pierre de Belleperche incluida por Cino de Pistoia en su comentario al *Codex* que se debe leer de cerca²⁷.

Un fragmento de C. 8.30 (31 de la versión *vulgata*) afirmaba que la acción contra las prendas era independiente de la acción personal. Esta norma permitía plantear un problema mucho más vasto. En primer lugar, ¿acaso una acción accesorio continuaba existiendo cuando la acción principal dejaba de tener lugar? Pero esencialmente, se trataba de saber si, una vez quitado el elemento principal cualquiera que él fuera, lo accesorio podía continuar teniendo una existencia jurídica autónoma.

El texto contiene una serie de distinciones sucesivas que parten de una clasificación de formas de la *accessio*: la accesión de las personas, la de las cosas, la de las obligaciones, y la de las acciones en derecho (únicamente las dos primeras nos conciernen aquí). Se advierte al lector: lo que sigue forma parte de las *theorica iurium*. Belleperche fue en efecto el primer jurista en utilizar

²⁷ El original de este texto se conserva en el manuscrito de San Marino, Huntington Library EL 7 H 9. BEZEMER (2005: 64, n. 70), obra fundamental en lo que concierne al jurista de Orleáns, no ofrece transcripción en razón del estado del ms. He podido consultar el manuscrito de la lectura en el *Codex* de Belleperche (Cambridge, Peterhouse College, 34 y Florencia, Biblioteca Medicea-Laurentiana, Plut. 6 sin. 6) e ignoro, por lo tanto, si este texto está allí retomado. La única indicación dada por Bezemer es la del manuscrito de San Marino. Seguiremos aquí la *Lectura super Codice* de Cino de Pistoia (muerto en 1336), en la edición de Venecia, Andreas Torresanus, 1493. El texto es ampliamente retomado por Alberico de Rosate. Bartolo reenvía a él, pero no lo reproduce.

de modo frecuente la palabra *theorica* –la habría empleado una docena de veces, mientras que la palabra aparece sólo raramente en sus predecesores, esencialmente en Odofredo y Jacques de Révigny– para designar una doctrina fundada sobre una trama textual²⁸.

Sic et non en la *accessio personarum et rerum*

La primera categoría, la que concierne a la accesión de las personas, designa a los niños que acrecientan a la madre esclava. El texto reenvía a la rúbrica de la glosa ordinaria a D. 22.1 *Sobre los intereses de los frutos y sobre todas las acciones* –en la cual los compiladores bizantinos habían compuesto una serie con rasgos comunes, sin diluirlos por eso en una categoría única–, donde se dice que la usura “es llamada accesión de derecho civil (*accessio civilis*), porque proviene del exterior del cuerpo”, en oposición a una accesión natural de los frutos propiamente dichos. El *partus* de la esclava es considerado como una *accessio civilis*, dice el texto de Cino, tal como lo vemos en D. 22.1.14.1. He aquí el contenido.

Fulano ha sido responsable de devolver después de su muerte un fideicomiso guardando las rentas; se pregunta si estaba también obligado a devolver el *partus* de la esclava que nació en vida del heredero. Paulo respondió negativamente: las rentas son debidas al fideicomisario sólo a partir del día en que debía entrar en posesión del fideicomiso; sólo puede reclamar entonces a los niños nacidos después de esta fecha. Y la glosa ordinaria explica que esto no es debido al hecho de que el *partus* no puede entrar en la categoría de *redditus*, ya que no hay en esto inconveniente alguno (en efecto, si los romanistas son reticentes en ubicar al hombre en la categoría de los frutos, no tienen reparos para ubicarlo bajo la de *redditus*), sino simplemente porque el fideicomiso excluía explícitamente las rentas producidas antes de la fecha de entrega.

Sin embargo, el *partus*, dice el texto, “*dicitur accessio civilis*”, incluso si esta accesión se considera inapropiada (*reperiatur impropria*), ya que todos los frutos de la tierra han sido creados para el hombre y es absurdo pues que la persona del hombre forme parte de los frutos, como se dice en D. 22.1.28 (la continuación de la *repetitio* mostrará que esta advertencia no impide de ninguna manera el desarrollo de la casuística del hombre como *accessio*).

El segundo *genus* es el de la accesión de las cosas, en el que una cosa acre-

²⁸ Sobre esta cuestión, ver BEZEMER (2005: 61 y ss.). La palabra parece encontrarse en derecho y en medicina. En la obra de Belleperche las *theorica* juegan un rol mayor.

cienta a otra cosa o a una persona, así como el bozal o la silla acrecientan al caballo o la vestimenta acrecienta al hombre, como se dice en D. 16.3.15 cuyo contenido es el siguiente: las cosas que acrecientan a otra que ha sido objeto de un depósito no son consideradas ellas mismas como depósito; así, una vestimenta que acrecienta a un hombre entregado en depósito, o un bozal accesorio a un caballo, no están allí a título de depósito, sino de accesión a la cosa depositada; no tienen, en cierto modo, individualidad alguna. Debemos ver ahora si la regla que dice que “una vez quitado lo principal, lo accesorio no subsiste” (*sublato principali remanet accessorium*) se aplica y en qué casos.

Accessio personarum

En cuanto a la accesión de las personas podemos decir que la regla de extinción de lo accesorio es válida, si se sigue D. 18.2.4. El caso contiene una condición, la *additio in diem*: se trata de una venta bajo la condición de que el vendedor guarde el derecho de rescindir el acuerdo de venta si encuentra una propuesta más ventajosa antes de cierta fecha. La pregunta planteada es la siguiente: ¿si la cosa o la esclava desaparecen, al morir, antes del día fijado para la *additio*, se puede aceptar la sobreoferta para el *partus* o los frutos? Julián lo niega porque se acepta la oferta más fuerte sólo respecto de la cosa que ha sido vendida (en ese caso, para la esclava madre) pero, si por el contrario (D. 18.2.5), había dos cosas distintas en la *additio*, como dos esclavos, entonces podríamos aceptarla en caso de que uno estuviera muerto y el otro quedara vivo. Es claro aquí que el *partus* y los frutos no se distinguen de la cosa cuando no se hace ninguna mención específica. El caso contrario reenvía a D. 33.8.3 y 4, donde se dice que la muerte de la madre extingue (Cino emplea el verbo *perimere* –destruir, aniquilar– en lugar de *extinguere*) el derecho a los hijos ya nacidos.

Primera distinción de la *accessio personarum*: *necesse in se*

La solución es la siguiente: es necesario preguntarse si la extinción de la cosa (accesoria) es necesaria en sí (*in se*), porque la muerte de la madre no hace necesaria la de los hijos, como en D. 48.19 *Praegnantis*, donde se dice que se debe aplazar el suplicio de la madre encinta hasta el nacimiento del niño.

Segunda distinción: *ad dispositionem de se factam*

La segunda distinción es la que concierne, no a la necesidad de la extinción en sí misma, sino en cuanto *ad dispositionem de se factam*. Si la cosa principal, antes de morir, había entrado ya en el *dominium* de aquel al que

estaba destinada, entonces una vez quitado lo principal no quitamos lo accesorio, como se dice en D. 6.1.49.1: “Lo que *queda de* mi cosa, y lo que puedo reivindicar, me pertenece”. La glosa a la palabra “queda” muestra que lo que queda de mi cosa, como la piel en el caso del buey que me pertenece, retorna a mí, y lo que es dicho en D. 31.49*pr*, no es un obstáculo, porque es cuestión en este último fragmento de un buey transferido que muere antes de la entrega del legado, y en ese caso, el legatario no podía reclamar la piel y la carne. El derecho de recuperar los restos se aplica sólo al propietario y no al legatario a quien la cosa todavía no había sido entregada – el *casus* de Viviano explica que si un buey muere mientras está con el que detenta la posesión sin tener la propiedad y el poseedor despelleja y consume sus carnes, el propietario tiene derecho de exigir la restitución de la piel y de los cuernos.

Tercera distinción: *aut erat facta mentio de principali et accessorio expresse*

Si la cosa principal no había sido entregada al destinatario antes de su extinción, entonces hay que distinguir si se había o no hecho mención expresa de lo que era principal y lo que era accesorio, porque si se había dicho “te lego una esclava con sus hijos” y la esclava moría antes de haber sido entregada al legatario, la muerte de la madre no privaba al legatario de su derecho a lo accesorio, es decir, a los niños de la esclava, como en D. 33.8.3 y 4. Si, al contrario, no había mención expresa de lo accesorio y el objeto principal desaparecía, no se tenía derecho alguno sobre lo accesorio, como se dice en D. 18.2.5, anteriormente citado.

Accessio rerum

En lo que concierne a la accesión de las cosas, ¿se puede decir que lo accesorio permanece cuando la cosa principal dejó de existir? Si se mira D. 31.49*pr* anteriormente citado sobre la imposibilidad hecha al legatario de reclamar la piel y la carne de un buey muerto antes de que le haya sido entregado, entonces la respuesta es negativa. Pero en el caso del legado de un esclavo con su peculio vemos que la muerte del esclavo no extingue el derecho al peculio, como es el caso de D. 33.8.1 y 2, y D. 16.3.1.5. Esta última alegación sirve aquí a un propósito completamente diferente al del marco en el que esta ley fue citada anteriormente, porque si había primeramente servido para decir la no individuación de las cosas accesorias (un abrigo que acrecienta a un hombre objeto de depósito no es un depósito en sí mismo), en este contexto permite añadir una distinción a los accesorios que descansa sobre una forma parti-

cular de autonomía que determina en cierto modo, y en ciertos contextos, su subordinación, su desaparición podría decirse, plena o relativa.

Primera distinción: *per se stare*

Es necesario, dice la *repetitio*, distinguir si lo accesorio es de naturaleza tal que permita *stare*, subsistir, podría decirse, una vez quitada la cosa principal. Es seguro que la chaqueta, el abrigo en cuestión en esta ley, no deja de existir como cosa corporal con la muerte del hombre al cual acrecienta. Pero, si la cosa accesoria misma es incorpórea, no puede *stare*, subsistir por ella misma, como es el caso de una servidumbre que se apoya en un fundo o de la igualdad (*aequalitas*) –ella supone en efecto la comparación con otros objetos, no puede ser “en sí misma”. No se puede en efecto constituir una servidumbre sin la cosa sobre la cual se apoya (D. 8.4.1); ¿y en qué otra cosa podrían consistir los derechos sobre un fundo más que en el disfrute de sus cualidades, tales como la fertilidad, la salubridad y la extensión del terreno? (D. 50.16.86).

Segunda distinción: *ad dispositionem de se factam*

La segunda distinción se refiere a la realización de la *dispositio*: si la cosa objeto de legado o de venta había sido restablecida a su destinatario antes de la destrucción o de la desaparición de la cosa principal, la extinción de la cosa principal no implica la de lo accesorio, como en D. 6.1.49.1 donde, se recordará, el propietario de un buey podía reclamar la piel y la carne de su buey muerto en las manos del poseedor. Pero si el destinatario todavía no había recibido la cosa principal antes de su extinción, había que distinguir si se hacía mención expresa de la cosa principal tanto como de lo accesorio, o lo accesorio estaba solamente implícito.

Tercera distinción: *aut erat facta mentio de principali et accessorio expresse*

Si se había hablado de la cosa principal únicamente (D. 31.49pr, y D. 18.2.4), silenciando lo accesorio, entonces no había para el destinatario ningún derecho a reivindicar sobre lo accesorio. Pero si los dos fueron nombrados, había entonces que distinguir entre dos modos de nominación. El uso –conjuntivo– de la palabra *cum* anulaba la existencia autónoma de lo accesorio produciendo una suerte de extinción por incorporación en la cosa principal (D. 33.8.1 y 2), mientras que el copulativo *y* permitía conservar la individualidad de ambas cosas y preservaba así el derecho sobre lo accesorio después de la extinción de la cosa principal (D. 33.7.5).

En este punto, la accesión de las cosas difiere de la accesión de las personas para las cuales el *cum* no produce extinción de la individualidad. La razón radica en que las personas no acrecientan, no se añaden, hablando con propiedad, pero las cosas sí lo hacen. Y esto es lo que determina que el uso de la palabra *cum* no tenga los mismos efectos.

Algunas observaciones

Tres criterios ordenan pues las distinciones sucesivas que determinan la posible existencia de lo accesorio una vez que la cosa principal muere, desaparece o se extingue jurídicamente. El primero es el de la posible autonomía de lo accesorio, en qué medida puede *in se*²⁹ continuar existiendo una vez que la cosa principal ha dejado de ser. Una manera analógica, se podría formular la hipótesis, de extender el principio de *superficies solo cedit*, el que rige la accesión postulando que la cosa que no puede subsistir una vez quitado lo que constituye su soporte, debe acrecentar a la cosa principal. Así como las semillas deben acrecentar al suelo y los árboles a la tierra en la cual sumergen sus raíces y de la cual se alimentan.

Se puede, en efecto, pensar en la autonomía de las personas a partir del nacimiento, y este principio, el de un hombre que existe sólo una vez que ha nacido, es incluso el que se aplica a los esclavos (“en cuanto al vientre de la esclava encinta [...], el niño todavía no nacido no puede ser considerado como habiendo sido un ser humano” D. 35.2.9), que no son jamás pensados como póstumos, es decir, como niños que forman parte de la sucesión del padre. Es posible, en efecto, legar a un niño que va a nacer, pero no porque se pueda recurrir a la ficción empleada para los *nascituri* de los ciudadanos, sino porque es posible legar lo que todavía no existe. “Las cosas que no están aún en el mundo natural (in rerum natura), a condición de que puedan existir un día, pueden válidamente ser objeto de legados, como los frutos que nacerán en tal fundo, o los niños nacidos de tal esclava” dice I. 2.20.8; no se puede legar en efecto una quimera, dice la glosa, o un hombre ya muerto porque en estos casos, o bien nunca existirá, o bien habría dejado de existir. El argumento, vemos, no es el de la vida naciente sino el de los límites de lo posible. Una vez nacidos, los hombres son dotados de una autonomía plena, se separan

²⁹ Esta distinción es además la única que gobierna las relaciones entre accesorio y principal en lo que concierne a las obligaciones y las acciones, que tienen una existencia enteramente jurídica.

totalmente del cuerpo de la madre que produjo su existencia y es esto lo que permite pensar que no es necesario *en sí mismo* que dejen de existir.

En cuanto a las cosas, el principio *superficies solo cedit* ordena de manera más directa y más inmediata las relaciones entre cosas. Las cosas que pueden *per se stare* no están destinadas a desaparecer cuando su “soporte” se extingue en términos jurídicos. Si pierdo mi derecho sobre el fundo, ¿cómo podría gozar de su fertilidad? ¿Cómo exigir el ejercicio de una servidumbre si el bien de la que era el objeto no existe más? Las cosas incorporales, en particular, no pueden subsistir sin la cosa material a la cual se refieren. Una cualidad, decía Bartolo, no puede subsistir sin sustrato (*subiectum*).

El segundo criterio muestra que los límites que la dignidad impone apenas permiten hacer escapar a los hombres a su destino de cosa. Sirven, más bien, para proteger los derechos de los que son propietarios por oposición a los usufructuarios, o los del poseedor de buena fe y no de quienes poseen de manera fraudulenta, etc. Los límites se aplican en general de modo que los títulos más frágiles, podría decirse, los que invisten la cosa de manera más parcial, menos estable, puedan ser apartados en provecho de los que poseen los derechos más plenos y más permanentes. El hombre a quien la dignidad preserva no goza, escapando al nombre de fruto, más que del privilegio de no ser adquirido por el usufructuario en detrimento del propietario (quien, al contrario, lo posee de pleno derecho) o el de deber ser objeto de usucapición por el poseedor de buena fe que no tiene tampoco la posibilidad de apropiárselo –jurídicamente hablando– de manera inmediata, pero que puede hacerlo por prescripción adquisitiva. Mientras que los límites a la accesión lo preservan de seguir, en efecto, los destinos de una vestimenta que tendría sobre sí, pero no de hacer cuerpo con la tierra que trabaja o con otro hombre en el peculio del cual él se encuentra. La segunda distinción, pues, no dice nada sobre los derechos de aquel que está en posición de cosa; ella sólo reivindica un orden de prioridad, una jerarquía de derechos de los cuales es el objeto y que no le permiten ver en qué su naturaleza de hombre constituye una salvaguarda o lo desvía de un destino.

La tercera distinción es totalmente nominal. Solamente las cosas nombradas pueden ser consideradas como dotadas de autonomía. Esta cuestión cotidiana supone numerosos problemas, como dirá Bartolo (ad D. 33.7.2), porque no sólo las fórmulas *cum, et* o la adjetivación pueden establecer relaciones de distinción o de fusión entre las cosas, sino que también existe una infinidad de cosas que pueden ser consideradas como una parte, un ins-

trumento indispensable de otra, con el fin de evitar que sean divididas. La nominación produce entonces una garantía de existencia, una individualidad que no tiene, una vez más, nada de ontológico. Y a falta de nominación será el sentido común en la comprensión de una palabra, de una frase, y de lo que constituye el carácter completo de un objeto, el que deberá determinar los límites de las cosas entre sí.

En último lugar, la categoría en la cual el texto ubica al *partus ancillae* invita a un comentario. El *partus* acrecienta a la madre esclava en tanto que *accessio civilis*. Ahora bien, la principal definición de esta categoría, la que la distingue de la *accessio naturalis*, es que la *accessio civilis* es exterior al cuerpo de la cosa principal, que no se desprende de ella, materialmente hablando, de un cuerpo fértil que la hace nacer y del que se separa, como los frutos de los árboles. El ejemplo mismo de lo que la compilación bizantina considera como lo que escapa a la lógica natural, dominada por la expresión “ex ipso corpore”, es el de la usura, que no es propiamente hablando un fruto, porque no proviene de un cuerpo, sino que es percibido “ex alia causa, id est nova obligatione” (D. 50.16.121). La glosa a este pasaje dice que lo que es extrínseco (al cuerpo de la cosa principal) está en efecto en el dominio de la *accessio civilis*.

Es fácil imaginar que el *partus* pueda ser debido en razón de una estipulación, de una causa de orden estrictamente jurídico, lo que coincide con la expresión de Papiniano “non natura peruenit, sed iure percipitur” (D. 6.1.62), pero es menos evidente percibir, si se sigue una lógica naturalista que conforma en general el telón de fondo de reivindicaciones de una dignidad esencial e indisponible, por qué la excepcionalidad del hombre se funda sobre el hecho de que el *partus* no proviene del cuerpo de la cosa madre o principal. Se debe entonces constatar que lo que afirma una cierta excepción de la naturaleza humana es precisamente que no se conforma a una lógica natural, enteramente dominada por la relación necesaria entre cuerpo-madre y su producto. Es precisamente en contra de una lógica de derecho natural, el más natural posible en cierto modo, que el *partus* de la esclava no se “comporta” como un fruto. El *partus* se “comporta” como la usura, que no proviene del cuerpo del dinero, y no como el fruto producido por la naturaleza. El hombre rompe precisamente, a fin de afirmar una esencia, marcada por la *dignitas*, la lógica de la naturaleza, y crea la paradoja según la cual el *partus* no es considerado como lo que se desprende del cuerpo de la madre.

No es, por lo tanto, el recurso a la naturaleza lo que permite construir una singularidad humana, sino más bien por el contrario la ruptura que el

derecho postula con una lógica que, ontológicamente hablando, gobierna la reproducción humana. Sería saludable recordar esto hoy en día, a fin de poder fundar derechos que no necesiten de la naturaleza, y menos aun de Dios, para afirmar que existen formas de indisponibilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- BEZEMER, K. (2005): *Pierre de Belleperche. Portrait of a legal puritan*, Frankfurt am Main.
- BRANCA, G. (1958): “Accessione”, en *Enciclopedia del diritto*, Milán, t. 1, p. 261.
- CARDILLI, R. (2000): *La nozione giuridica di fructus*, Nápoles.
- CONTE, E. (1996): *Servi medievali. Dinamiche del diritto comune*, Roma.
- ERMAN, H. (1986): *Servus vicarius, Recueil publié par la Faculté de Droit de Lausanne*, Lausana.
- LAMBERTI, F. (1996): *Studi sui ‘postumi’ nell’esperienza giuridica romana I*, Nápoles.
- LEFEBVRE-TEILLARD, A. (1994): “*Infans conceptus*. Existence physique et existence juridique”, *Revue historique de droit français et étranger*, 72, pp. 499-525.
- (2008): *Autour de l’enfant. Du droit canonique médiéval au Code Civil de 1804*, Leiden-Boston.
- MADERO, M. (2004): *Tabula picta. La peinture et l’écriture dans le droit médiéval*, París.
- THOMAS, Y. (1987): “Du sien au soi: *pro suo, suus heres*”, *L’écrit du temps* 15, pp. 157-172.
- (1986): “Le ventre. Corps maternelle, droit paternel”, *Le Genre humain*, 14, pp. 211-236.
- (1998): “Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit”, *Le Débat*, 100, pp. 87-107.
- (2007): “L’enfant à naître et l’héritier sien’. Sujet de pouvoir et sujet de vie en droit romain”, *Annales. Histoire. Sciences Sociales*, 62, pp. 29-68.
- VON SAVIGNY, F. (1839): *Histoire du droit romain au Moyen Âge*, París, tomo 4.

LAS CATEGORÍAS DOCTRINALES DEL PROCESO Y LA EFECTIVIDAD DE LA JUSTICIA PENAL EN EL TARDOMEDIOEVO

MASSIMO MECCARELLI
(Università di Macerata)

En la percepción de la cultura jurídica contemporánea que se consolida a partir del siglo XIX y de sus códigos, el proceso es visto como un rito –garantizado en la medida en que está predefinido– que confirma una responsabilidad penal a través del ejercicio de un poder público, orientado a administrar justicia, vinculado a una función de protección de la comunidad y sustitutivo, por esto, de otras prácticas de solución de los conflictos, las cuales son en cambio expurgadas del área penalística y destinadas a difundirse acaso en el ámbito privado.

Este esquema reconstructivo se muestra de forma invariable poco adecuado a la hora de actuar de modelo para la comprensión de los ordenamientos procesales de otras épocas como la medieval. Él induce a observar las dinámicas de composición de los conflictos, limitando la atención a aquellas situaciones públicas (de acuerdo a las percepciones actuales) en el supuesto de que ellas agotan sustancialmente la esencia del sistema procesal. Las otras dinámicas “privadas” de solución de los mismos conflictos permanecen en el fondo como respondiendo a una lógica diferente y a una exigencia sistemática separada respecto al verdadero proceso penal.

Podemos en cambio reflexionar acerca de tal complejidad en tanto sistema¹, examinarla buscando percibir la acción simultánea o correlacionada de niveles cualitativa y teleológicamente distintos en los cuales despunta el sentido profundo de los diversos segmentos de la justicia tardomedieval. A esto va ligada la clave de aquella experiencia de justicia.

Se trata de una operación posible pero compleja; los datos a tener presentes son múltiples y analizables sólo recurriendo a múltiples competencias historiográficas que sepan percibir, junto al perfil más estrictamente jurídico de la cuestión, también los aspectos de los procesos sociopolíticos tanto en su particularidad local como en el contexto global.

Por tales razones el presente trabajo intenta limitarse sólo a la formulación

1 Puede consultarse SBRICCOLI (2001: 346-350; 1998: 233); ZORZI (1996: 20 y 36); ROUSSEAU (1996: 91); VALLERANI (1999: 314-318); TAVILLA (2001: 285-287).

de algunas hipótesis iniciales, verificando con qué caracteres teórico-sistemáticos se construye un ordenamiento procesal en el cual se integran caracteres hegemónico-adjudicativos y contractuales². Aquí prestaremos atención a la doctrina jurídica, verdadero lugar de elaboración de esta importante porción de los ordenamientos jurídicos tardomedievales. Se buscará explicar el tipo de disposición que tenía el sistema procesal de derecho común al vincularse con la dimensión concreta del *facere iustitiam*. Se trata de una disposición orientada a la efectividad, que se expresa en un entramado de dinámicas de desarrollo de la historia procesal recíprocamente significativas.

Con esto se buscará también poner en evidencia un perfil genético de las categorías del proceso penal: ellas fueron producidas por la *scientia iuris* en tanto urgida por la dimensión efectiva y factual de los problemas con vistas a implementar una operación de sistematización. El espacio para las políticas penales se presenta a partir de esta tensión constructiva entre dimensión factual y científica en el universo jurídico.

2 Sobre el plano ideal típico, ROUSSEAU (1996: 277-278) caracteriza la *négociation* como un proceso social de decisión en el cual “deux ou plusieurs parties ou leurs représentants se font face autour d’une table ou dans un espace ouvert”, elaborando conjuntamente la solución. La *adjudication* en cambio es un proceso social de decisión en el cual “deux ou plusieurs parties séparées les unes des autres font face à un adjudicateur qui siège en face d’eux et souvent au-dessus d’eux”; el juez funda la decisión “sur la comparaison des arguments des parties, en référence à des principes formels ou ‘conceptuels’” imponiéndola a las partes. Los dos modelos de solución del conflicto, continúa Rousseau, sólo raramente se desarrollan en la realidad en estado puro; “le plus souvent on retrouve dans la pratique un mélange des deux”. Utilizamos las categorías de “justicia hegemónica” y “justicia negociada” en el sentido precisado recientemente por SBRICCOLI (2001: cit. n. 1, p. 356-364). La justicia negociada “signada por un marcado carácter comunitario, fundada sobre la pertenencia” comprende “varias figuras de justicia que se alcanza con la mera negociación entre los interesados a exclusión de cualquier formalidad - aquellas que implican una mediación social y también aquellas que se benefician de la estructura judicial pública” que puede hacerse promotora, fiduciaria y garante (p. 356). La justicia hegemónica está en cambio “caracterizada por un marcado carácter de aparato, fundada en la sumisión” y “se encardina sobre cuatro presupuestos técnicos: la ley, la acción, la prueba, la pena” (p. 360). Los dos niveles de justicia conviven en la Edad Media de acuerdo a una tendencia de emersión progresiva de la justicia hegemónica; sin embargo, prosigue SBRICCOLI, “entre los dos niveles parece realizarse una verdadera y auténtica ósmosis de los estilos de conducta, en el sentido que la justicia negociada sufre la hegemonía de la justicia de aparato y se conforma en torno a ella de modo insensible, terminando esta última por aportar más de uno de los rasgos de la primera” (pp. 363-364).

Los presupuestos de la construcción sistemática

Debemos ante todo determinar cuáles son los presupuestos de la construcción sistemática en el plano socio-jurídico.

Un dato relevante para nuestros análisis está ciertamente representado por el perfil comunitario de la sociedad medieval³; aquí el individuo encuentra su identidad en el grupo social de pertenencia y tiende a constituirse jurídicamente, en cuanto sujeto singular, sólo portando en sí mismo esta pertenencia.

El poder político que da forma a esta sociedad comunitaria –esto es ya un segundo presupuesto de la construcción sistemática– se basa sobre los equilibrios derivados de un comportamiento dialéctico de los cuerpos sociales.

De la base del razonamiento jurídico de estos siglos se deriva un dato constitutivo ulterior: en un contexto socio-político tal, la administración de la justicia sirve también de lugar de regulación de la extensión recíproca de los grupos de poder: esto determina una articulación del *facere iustitiam* en una pluralidad de jurisdicciones. Resta luego recordar otro presupuesto fundamental de cada construcción jurídica en el mundo medieval: el poder de producción del derecho no se concibe jamás en términos de monopolio de una autoridad, sino como resultado de una armonización de lugares concurrentes de creación jurídica.

El cuadro sistemático del ordo iudiciarius

La preocupación constructiva de los juristas en el tema del proceso cobra impulso a partir de tales presupuestos. Para construir un ordenamiento abierto a la necesaria evolución, estos se apoyan sobre dos columnas sistemáticas: la extraordinariedad y la ordinariedad. Existe un nivel identificado como *ordinarium* y que representa la modalidad usual, difundida, preexistente al momento histórico mismo que el jurista vive y del cual intenta identificar los signos de la transformación. Existe luego un segundo nivel, el de lo *extraordinarium*, que integra al primero⁴; está relacionado a él en cuanto constituye su nivel de actualización, de adecuación permanente. Del lado de la extraordinariedad se experimentan modalidades de solución de

3 GROSSI (1993: 195-201).

4 Acerca de este punto, consúltese MECCARELLI (1998: 288-298, 367-376) y a la bibliografía allí citada.

los conflictos que tienden ellas mismas a convertirse en ordinarias⁵; de hecho *ordinarium* y *extraordinarium* no se relacionan en términos de negación recíproca sino de combinación efectiva. El problema de la garantía se desplaza de las formas al juicio⁶ y el sistema procesal se libera de dinámicas

5 Típico es el ejemplo de la *inquisitio* respecto a la *accusatio* y a la *denuntiatio*. La categoría *inquisitio*, fundamental para la justicia de la edad tardomedieval y para el derecho común en general, es de origen *extraordinario*. Conf. de los últimos SBRICCOLI (1998: cit. n. 1, p. 233 y 246-247); GARLATI GIUGNI, (1999: 82); VALLERANI (2001: 379s.); ALONSO ROMERO (2001: 26); LATINI (2002: 175); BIROCCHI (2002: 253-269).

6 La capacidad de modificación de la práctica procesal así consignada puede determinar la negación misma del proceso. La doctrina, sin embargo, parece querer asegurar una utilidad suya real a las exigencias de reforma del sistema en su conjunto subrayando la necesaria orientación a la *iustitia* y a la *veritas*. Se lo advierte bien en los *doctores* que comentan la clementina *Saepe*, cuyas escasas indicaciones en relación al vínculo de las *probationes necessariae et defensiones legitimaes* son interpretadas como ejemplo de una orientación finalística del proceso sumario consistente en el alcance de la *iustitia*. Véase por ejemplo el pseudo-Vitalini, *Commentarii in Clementinas Constitutiones*, Venecia, 1574, c. *Saepe*, tit. *De verborum significatione*, n. 24; Johannes Andrea en su *Glossa* a las *Constitutiones Clementis quinti*, Venecia, 1572, c. *Saepe*, tit. *De verborum significatione*, glo. *Defensiones legitimaes*, como así también en su *In secundum Decretalium librum novella commentaria*, Venecia, 1581, c. *Novit*, tit. *De iudiciis*, n. 45; Francisco Zabarella, *In Clementinarum volumen commentaria*, Venecia, 1579, c. *Saepe*, tit. *De verborum significatione*, § *Non sic tamen*, n. 5, *in princ.*; Nicolás de Tudeschis, *Commentaria in Clementinas epistolas*, Venecia, 1587, c. *Saepe*, tit. *De verborum significatione*, n. 39. El *arbitrium* determinado por el uso de una cláusula, lejos de poner en discusión la *iustitia*, se propone como instrumento especialmente reconvertido para garantizar precisamente de manera más eficaz la tarea de *facere iustitiam*. Connotada de esta forma, la cláusula promueve y contribuye a la actividad del juez en su función judicial precisamente porque determina un proceso más veloz y porque no permite desviar la acción procesal con un uso impropio e instrumental de las *subtilitates* previstas en el proceso ordinario. Es el razonamiento de Johannes Andrea, *Constitutiones Clementis quinti*, cit., c. *Saepe*, tit. *De verborum significatione*, glo. *Defensiones legitimaes*, y glo. *Exceptiones*, en relación al *strepitus advocatorum*. Junto al cumplimiento de la *iustitia* se prevé el logro de la *veritas*. El mandato deducible de una *clausula* es de hecho proceder, explica Bartolo de Sassoferrato, *In secundam Digesti veteris partem commentaria*, Venecia, 1580, l. *Si fideiussor*, § *Quaedam*, tit. *Mandati vel contra*, n. 2, *non inspectis apicibus iuris qui veritatem negotii non tangunt*. Concuerdan Baldo de Ubaldis, *In quartum et quintum codicis libros commentaria*, Venecia, 1577, l. *Si pro ea*, tit. *Mandati vel contra*, n. 22. La referencia a los *apicibus iuris* se halla ya en Enrique de Susa, *In secundum Decretalium librum commentaria*, Venecia, 1581, c. *Dilecti*, tit. *De iudiciis*, n. 1, v. *Subtiliter*, sobre la base del principio enunciado también en la l. *Fideiussor*, tit. *Mandati*, § *Quaedam* del *Digestum Vetus* (la misma que luego habría comentado Bartolo).

de clausura autorreferencial⁷ –carácter eventualmente no buscado por los sistemas contemporáneos fundados sobre el derecho positivo–, es decir por aquel tipo de clausura sistemática que se determina cuando la dimensión factual a la cual se aplica el derecho se convierte en punto de aterrizaje de un discurso jurídico ya consumado en el interior de las disposiciones normativas ya dadas.

En el ámbito del *ius commune* no se busca el resultado autorreferencial, no habiendo disponible un aparato normativo con características de generalidad y abstracción y no operando un legislador que ejercite el poder de producción del derecho de modo exclusivo⁸. De fondo, en cambio, existe un poder político articulado y cuyos equilibrios cambian en tiempos relativamente rápidos⁹. En un contexto similar, la clausura autorreferencial no desempeña necesariamente la función de garantía que estamos habituados a reconocerle en la modernidad; antes bien puede favorecer derivaciones patológicas debido a la producción de una diferencia entre derecho y realidad.

El *ordo iudiciorum* se elabora entre los juristas hasta conseguir una consistencia relativa¹⁰; es una materia que se modifica en el tiempo en tanto es el resultado de actualizaciones continuas. Este, conviviendo con el *ordo non servatus* constituye el punto de estabilización relativa del sistema¹¹. No se

7 Conf. SCHUTZ (1995: 113-123 y en particular p. 120).

8 De aquí se produce aquel mecanismo por el cual la validación y la permanencia de las normas en derecho común subsisten en la medida en que sea posible prever su suspensión cuando resulten inadecuadas. SCHUTZ (1995: cit. n. 7, p. 123), en su interesante reflexión, aclara también el método diverso de resolución de los problemas de autorreferencialidad que caracteriza a los sistemas de derecho común respecto a los actuales. Los primeros confían en los mecanismos de la “politique fictive de l’autodéfense du droit”, los segundos en la “politique constructive de la réponse à la transgression”.

9 Véase por último la convincente contribución de ZORZI (2001: cit. n. 1, p. 13-34, en particular p. 24-26).

10 Lo observa también FOWLER MAGERL (1994: 20).

11 Alberico de Rosate, *In primam Digesti infortiati partem commentarii*, Venecia, 1585 (reedición anastática Bolonia, 1978), l. *Hoc edicto*, tit. *Si mulier ventris nomine in possessionem missa*, § *Necessario*, n. 4, como de costumbre partiendo de la regla fundamental, explica: *In criminalibus et in civilibus regulariter servandus est ordo iudicialis... Item videtur contra quod dicitur aliquando extraordinario iure subveniri... Sed dic quod illi sunt casus speciales et fiunt etiam cum aliquali causae cognitione, licet summaria*. Aunque especiales y extraordinarios no son casos infrecuentes; lo recuerda el propio Alberico, *In secundam Codicis partem commentaria*, Venecia, 1585 (reedición anastática Bolonia, 1979), l. *Non videtur*, § *Prolatum*, tit. *De sententiis et interlocutionibus omnium*

trata únicamente o sobre todo de una convivencia de grandes tendencias; *ordinarium* y *extraordinarium* operan dialécticamente en el interior de cada acontecimiento procesal concreto; es sobre la base de estos que se determinan concatenaciones procesales entre las dos dimensiones del proceso. Esto puede suceder ya sea por impulso del juez, como en el caso del *arbitrium procedendi*, sea por un impulso externo al *iudex* y dependiente o de las partes mismas o de los requerimientos sociales.

He aquí entonces que se delinea un nivel ulterior de complicación del sistema: no sólo la práctica procesal puede caracterizarse de manera diversa, oscilando entre *ordinarium* y *extraordinarium* en el interior del momento “hegemónico-adjudicativo”; esto también puede deslizarse al registro “negociador”. Esto, por ejemplo, se perfila en el complicado nivel de la solución de los conflictos que transfiere al proceso al plano de la paz, de la *transactio* y de la dislocación de *iurisdictio*.

Un orden procesal flexible

El resultado de aquella elaboración doctrinal consiste entonces en poner a disponibilidad de la práctica un sistema procesal flexible bajo diversos perfiles. Podemos analizar brevemente algunos:

a- *Modulabilidad y reversibilidad de la práctica procesal*: Esto puede variar en determinados contextos, sustentado por una concesión de *clausulae diminuentes iuris ordinem*, esto es de *clausulae* que autorizan al juez a modificar *cum arbitrio* la composición serial del proceso a fin de favorecer un cumplimiento más rápido y eficaz del *facere iustitiam*.

La construcción del *ordo iudiciarius* elaborada por los juristas prevé de hecho la posibilidad de que su composición serial se modifique, sin renunciar sin embargo a detectar un nivel de uniformidad constituido por algunos momentos del proceso considerado *de substantia*¹² e indisponibles como ta-

iudicum, n. 2: *Multi tamen sunt casus in quibus ordo ex toto non servatur, ut in summaris... item in notoriis et extraordinariis.*

12 Véase a este propósito Bartolo de Sassoferrato, *In secundam Codicis partem commentaria*, Venecia, 1580, l. *Prolatam*, tit. *De sententiis et interlocutionibus*, n. 1-4, donde recuerda el principio del cual partir: *Sententia lata contra ordinem iudiciorum est nulla*: Se considera quebrado l'ordo *substantialis*; *secus in ordine qui non est de substantia*. El mismo reitera el concepto en *In primam Digesti infortiati partem commentaria*, Venecia, 1581, l. *Si quaeramus*, tit. *De testamentis et qui testamenta facere possunt quemadmo-*

les a las operaciones de abreviación o desviación del propio procedimiento. Tal nivel inderogable no aparece determinado taxativamente¹³, sino a través de criterios de orientación general. De este modo se termina por configurar también la “limitación” en un momento ulterior de potencial variabilidad del rito procesal.

b- *Carácter “abierto” del momento de clausura del proceso*: No resulta insólito para el jurista anticipar las posibles soluciones del proceso sin una condena o una absolución. El proceso puede asimismo concluirse con un juicio de absolución parcial o condicionada, con una composición, una paz, o interrumpirse sólo temporalmente.

El problema con el cual los juristas se confrontan no parece consistir tanto en comprender si se está dentro o fuera del proceso, sino principalmente en establecer qué articulación adecuada pueda eso tomar sobre la base del acontecimiento procesal delineado hasta ese punto.

Es a ese nivel que el proceso consigue desempeñar, en esa sociedad, una función de garantía para el orden social. Tal perfil original se esclarece considerando otros dos: la ausencia de centralidad del sujeto de derecho y la ausencia de una separación entre derecho sustancial y procesal.

c- *“Accidentalidad” del sujeto de derecho*: El sistema procesal –entendido en el sentido amplio arriba indicado– no coloca su centro de gravedad en el sujeto de derecho considerado como individuo digno de tutela o de una punición individual y personal; aquello que cuenta es la paz social, el equilibrio interno entre cuerpos sociales; estas urgencias tienen implicaciones necesarias sobre el asunto procesal que afecta al individuo¹⁴ puesto que no

dum testamenta facere, cuyo objeto es establecer cuándo el *ordo missus vitiet iudicium*: el criterio es que *non vitiat* en el caso en que *non est de substantialibus*. Conf. MECCARELLI (1998: cit. n. 4, p. 122-123); ALONSO ROMERO (2001: cit. n. 4, p. 37-38); NORR (1992: 192-203).

13 Asimismo en Bartolo de Sassoferrato, *In secundam Codicis partem commentaria...* cit. n. 12, l. *Prolatam*, tit. *De sententiis et interlocutionibus*, n. 5: *dicitur de substantia illius rei quo cessante res esse non potest*. Así por ejemplo *si removemus examinationem testium vel publicationem, sententia est et esse potest*; de hecho, prosigue, no es necesario probar por testimonio; se puede probar también con otros medios. En tanto ofrece una enumeración, no se trata de una individualización taxativa de segmentos de la práctica procesal sustanciales; también esto es significativo.

14 Esta es una justicia estructurada por una sociedad, como lo es la medieval, en

están confiadas por completo al cuidado de otros sectores del sistema de prevención penal. Por esto, el proceso público, aunque dedicado a identificar las responsabilidades penales personales y las penas relativas o a vehiculizar las políticas de protección de la comunidad mediante el castigo del reo, acepta también vías de salida diferentes a su conclusión o permite que se lo anticipe en la solución del conflicto abierto.

d- *Ausencia de una separación entre momento sustancial y procesal*: el derecho penal del tardomedioevo aparece procesalizado, se apoya sobre un plano en el cual no existe separación entre momento sustancial y procesal¹⁵. Es un dato que corresponde a la ausencia de centralidad del sujeto. Para operar jurídicamente¹⁶, el derecho penal sustancial debe combinarse con una dimensión procesal. El proceso, construido en esta perspectiva, no puede ajustarse a un procedimiento predefinido de modo rígido; ni siquiera está orientado a encontrar necesariamente una conclusión absoluta o totalmente irreversible.

e- *Jurisdicción concurrente/excluyente, articulable*: Como ya se ha mencionado, el asunto procesal puede ser objeto de dislocaciones dependientes de un entrecruzamiento de jurisdicciones concurrentes. La solución es jurídicamente tangible pero no precisamente predefinida. Los juristas elaboran criterios que permiten identificar una solución, poniendo en contacto las exigencias sistemáticas del proceso con la especificidad del asunto procesal. No parece poder detectarse el empleo de criterios jerárquicos, los cuales harían pensar en una jurisdicción unitaria. Se trata de combinar la coexistencia de jurisdicciones concurrentes, asumidas como un dato fisiológico de la realidad

la cual el conflicto aparece, para usar las palabras de ZORZI (1996: cit. n. 1, p. 21), como “un mode de relation ordinaire, comme un processus social ouvert”. Como ha observado VALLERANI (1990: 271), en la sociedad comunal el delito “no es sólo la infracción del ordenamiento normativo vigente, sino una forma de manifestación de las disputas [...] Tal conflictividad no encuentra salida predeterminada hacia un tipo de resolución único, sino que se define de modos diversos, sea en oposición recíproca, sea en una convivencia tolerada y en tanto sea posible disciplinada”.

¹⁵ Este es un dato que persiste también en el sistema penal de la Edad Moderna. Conf. MECCARELLI, (2002: 706-707); SBRICCOLI (2002: 177-178).

¹⁶ Se piensa, por ejemplo, como la combinación procesal de pena extraordinaria y tortura permitida para dar espacio a la ponderación de las circunstancias y al perfil psicológico del delito; conf. MECCARELLI (1998: cit. 4, p. 225-237) y bibliografía allí citada.

política¹⁷. Estudios autorizados han demostrado hasta qué punto el pluralismo jurisdiccional era fundante para el orden jurídico¹⁸.

La jurisdicción penal del Medioevo, en suma, no está repartida sino que es compartida; el sistema procesal en acto se funda en la actividad de jurisdicciones concurrentes, la justicia administrada es resultado del arreglo efectivo que ellas asumen recíprocamente cada vez.

Existe luego un segundo aspecto que también parece tener su importancia respecto a los caracteres que puedan tomar las políticas penales vehiculizadas por el proceso. Es propiamente la *iurisdictio* lo que legitima los poderes procesales extraordinarios como el *arbitrium procedendi* de modo de ligarlos con los equilibrios reales entre poderes internos de una comunidad. Tienen esta valencia las *iurisdictiones delegatae* que pueden sostener buena parte de un sistema institucional comunal o señorial¹⁹.

Tal línea de distribución de los poderes, configurable al interior de cada una de las jurisdicciones concurrentes, introduce un grado ulterior de complicación de la red jurisdiccional que sostiene el proceso, confiriéndole una

17 Para esto, por ejemplo, en el caso, descrito por Bartolo de Sassoferrato, *Tractatus de iurisdictione*, n. 12, en *Consilia, quaestiones et tractatus Bartoli a Saxoferrato*, Venecia, 1581, en el cual muchos jueces *habent iurisdictionem in causis, ut puta potestas et capitaneus quorum uterque habent iurisdictionem in maleficiis* (este es, recuerda Bartolo, el caso de Perugia) *praefendus est qui in citatione praevenit*. Donde no se pueda definir quién ha citado primero, la solución es que *inter se debent convenire quis eorum procedat et alter desistat*. También existe aquí la percepción de una convivencia de jurisdicciones, no de su división o incluso de una articulación funcional recíproca. Otro ejemplo que se resuelve con el mismo criterio de la *praeventio* resguarda la hipótesis en la cual el delito es cometido *in confinio duarum civitatum et dubitatur in cuius territorio est commissum*. *Nam ratione dubii uterque civitatis rector procedere potest* (n. 14). Aquí incluso no tenemos *officiales* internos que concurren a ejercitar la *iurisdictio* propia sobre el mismo delito; los *officiales* implicados son los de dos comunidades diversas. Conf. MARCHETTI (2001a: 213-218; 2001b: cit. n. 1, 85-99; 97-98). La concurrencia entre *iurisdictiones* podía resolverse, gracias a normas estatutarias, también a través de la determinación de las incapacidades de *inquirere* que imponía la dislocación del procedimiento *ex officio in accusatio*. Lo desarrolla VALLERANI (1999: cit. n. 5, p. 411-415).

18 Conf. GROSSI (1993: cit. n. 3, *passim*, en particular p. 29-35, 130-135, 223-235); CHITTOLINI (1994: 553-589); COSTA (1999: 9-19); MANNORI & SORDI (2001: 17-20).

19 Ciertamente, la categoría de la *iurisdictio delegata* en la doctrina del *ius commune* se emplea justamente para regular los regímenes de titularidad de los poderes arbitrarios en el ordenamiento jurídico. Conf. MECCARELLI (1998: 302-306, 134-146).

posibilidad adicional de articulación funcional y estratégica respecto a los desarrollos de la confrontación política.

Algunos ejemplos de flexibilidad procesal

El arbitrium procedendi

Lo que hemos argumentado puede ser detectado fácilmente en algunas categorías típicas que informan la teoría del proceso penal.

Piénsese en la relación entre *ordo*, régimen de las excepciones y espacios o soluciones procedimentales de carácter discrecional.

Es la teoría del *arbitrium procedendi* lo que permite que el *ordo* se proponga como utensilio dúctil para la administración de la justicia. Ésta concierne a todos los perfiles decisivos del curso de un proceso: de las modalidades de asunción de las pruebas a la ponderación de las propias pruebas, a los regímenes de la condena y/o de la absolución. El valor estratégico del *arbitrium procedendi* está en su propia naturaleza compleja, que lo vuelve, por un lado, afín a la tradición transaccional pacticia de la solución de los conflictos, y, por el otro, muy eficaz respecto a las exigencias de creación –en el hecho procesal que contrapone dos partes– de un punto de vista, de una representación de intereses, de un espacio de terceridad, públicos.

El *arbitrium procedendi*, verdadero motor de variabilidad de la práctica procesal en el proceso sumario, en efecto, se funda sobre una estructura de tipo transaccional. Este asume en sí mismo las dinámicas reconocibles en la figura del *amicabilis compositor*²⁰, que termina por atribuir al juez una capacidad de juicio consistente en una ponderación equitativa de los intereses deducidos a partir de la causa, para efectuar una *aestimatio* correcta de la solución. Simultáneamente, todo esto se propone y se legitima como ejercicio de una *iurisdictio* y no como resultado de una justicia privada arbitral. La titularidad del *arbitrium procedendi* permite al juez conducir el proceso en relación a las exigencias específicas del caso y de su contexto socio-político. Es un poder permanente que lo asiste durante todo el transcurso del procedimiento. En efecto, podemos también afirmar que el *arbitrium procedendi* es atribuido precisamente para permitir al juez alcanzar con mayor eficacia los *finis* que se han depositado en su *iurisdictio*. Ciertamente se recuerda

²⁰ Conf. MECCARELLI (1998: 54-61). En relación a la aparición y a las valencias sistemáticas de la tipología del proceso sumario respecto a la consolidación de la *inquisitio* véanse pp. 254-306 y, por último, ALONSO ROMERO (2001: cit. n. 4, p. 40-43).

que el *arbitrium* tiene una connotación objetiva; se lo utiliza sobre la base de una *conscientia publica iurium* que es un asunto diferente, también para los juristas medievales, de la *conscientia privata*²¹.

Esta valencia doble, que torna al juicio del juez con *iurisdictio* y *arbitrium procedendi* contiguo y sistemáticamente compatible con las prácticas de composición “privada” de los conflictos²², aparece bien ejemplificada por el pasaje en el cual Bartolo, con un giro de timón interpretativo, razonando sobre la valencia transaccional detectable en el juicio del *arbitrator*, termina por conceder legitimación plena a la modalidad de juicio *ad arbitrium* consistente en condena o absolució²³.

La función sistemática de la discrecionalidad emerge asimismo de algunas instituciones específicas. Piénsese en la pena extraordinaria y en el régimen probatorio. Esta puede ser aplicada por el juez sobre la base de indicios indubitables, indicios convincentes que sin embargo no poseen los requisitos formales de la prueba típica. Se trata de ofrecer al juez una posibilidad entre otras para desarrollar el procedimiento, evitar la tortura o atenuar los efectos absolutorios en el caso de confesión faltante. Se trata de permitirle no frustrar pruebas indiciarias convincentes y de conducir también además situaciones conflictivas, que configuran más un elemento de peligrosidad social que un delito en sentido propio²⁴.

Otro ejemplo interesante se puede hallar en la disciplina de la *absolutio*. También en el Medioevo resulta válido para el asunto el principio de *ne bis*

21 Conf. Jasón de Mayno, *In secundam Codicis partem commentaria*, Venecia, 1590, l. *Certum*, tit. *Unde legitimi*, n. 13, pero también Enrique de Susa, *In primum Decretalium librum commentaria*, Venecia, 1581, c. *Canonum statuta*, tit. *De constitutionibus*, n. 12.

22 Como ha recordado SBRICCOLI (1998: cit. n. 1, p. 245-246), es el mismo escenario político del tardomedioevo el que favorece la combinación entre un procedimiento penal *ex officio* y una persistencia del “sistema de la negociación”.

23 Este *arbitrium procedendi* es *transactio in genere*, explica Bartolo de Sassoferrato, *In secundam Digesti veteris partem...* cit. n. 6, l. *Societatem*, § *Arbitrium*, tit. *Pro socio*, n. 7-8, *transactio* entendida como *genus a contractus continens sub se omnem modum per quem a lite receditur (...) non intelligas de transactione in specie, in qua requiritur quod aliquid detur vel retineatur, et sic poterit in totum absolvere vel in totum condemnare*. Conf. MECCARELLI (1998: cit. n. 4, p. 59).

24 Respecto al carácter proactivo de los aparatos de justicia, requeridos para la protección también preventiva de la *pax civitatis*, además de para el castigo de la violación del orden público interno, véase SBRICCOLI (1998: cit. n. 1, p. 245). En relación a las valencias sistemáticas de la pena *ad arbitrium* véase MECCARELLI (1998: cit. n. 4, p. 240-254).

*in idem*²⁵ y vale también el principio de que cada proceso debe concluirse con una condena o con una absolución²⁶. Existe sin embargo un principio ulterior que completa tales perfiles sistemáticos y establece que la *absolutio* puede ser condicional y por lo tanto no productora de efectos definitivos si en el proceso no se ha cumplido *el onus probandi* de modo adecuado²⁷. Se trata de las fórmulas absolutorias que asumen denominaciones varias como *absolutio cum clausula, rebus sic stantibus, o ab instantia, ab observatione iudicii, absolutio ad cautelam, etc.*

El carácter abierto de la *absolutio* responde a un criterio de naturaleza sistemática; forma parte entonces ésta también de las geometrías y de los equilibrios procesales. La absolución condicionada constituye en suma una ulterior vía potencial de salida del procedimiento y termina por configurar un nuevo grado intermedio de “punibilidad” entre la condena a la pena ordinaria y la plena absolución²⁸, que se añade a lo ya existente de la pena arbitraria.

25 Bartolo de Sassoferrato, *In secundam Digesti novi partem commentaria*, Venecia, 1585, l. *Si cui*, § *Iisdem*, tit. *De accusationibus*, n. 1: *Absolutus non potest de eodem crimine accusari ad eodem vel ab alio, nisi fuerit ignorans et suam iniuriam persequatur*. Vale, especifica Bartolo, no solo para l'*accusatio* sino también para l'*inquisitio* [n. 4]. Lo confirma *ibidem*, en la l. *Divus Adrianus*, tit. *De custodia et exhibitione reorum*, n. 11: *Finaliter credo idem iuris esse sive quis absolvitur super denunciatione, sive super accusatione, sive super inquisitione*.

26 Conf. Bartolo de Sassoferrato, *In secundam Digesti novi partem...* cit. n. 25, l. *Denunciasset*, § *Quid tamen*, tit. *Ad legem Iuliam de adulterii et stupro*, n. 6-7 y del mismo *Tractatus de ordine iudicii*, n. 22, in *Consilia, quaestiones, tractatus...* cit. n. 17.

27 Jasón de Mayno, *In primam Codicis partem commentaria*, Venecia, 1590, l. *Properandum*, § *Et si quidem*, tit. *De iudiciis*, n. 19. Las causas podían ser diversas y no necesariamente vinculadas (como más explícitamente sucederá en la Edad Moderna) a la evidencia probatoria parcial que las pruebas asumidas habían sabido producir. Entre ellas está la *ineptitudo libelli*, la *absentia accusatoris*, de la cual Jasón habla *ibidem*, n. 16, y también *In secundam Digesti veteris partem commentaria*, Venecia, 1590, l. *Iusiurandum*, § *Cum res*, tit. *De iureiurando* n. 2; también habla Bartolo de Sassoferrato, *In secundam Digesti novi partem...* cit. n. 25, l. *Titia*, tit. *De accusationibus et inscriptionibus*, n. 4. Razones de *absolutio ab observatione iudicii* pueden ser luego representadas por las *exceptiones peremptoriae*; lo explica asimismo Bartolo de Sassoferrato, *In secundam Digesti veteris partem...* cit. n. 6, l. *Iusiurandum* § *Cum res*, tit. *De iureiurando*, n. 2: *Quandoque supervenit reo aliqua exceptio peremptoria pendente iudicio, qua tamen actionem ipso iure non perimit, et tunc si quidem est de exceptionibus impedimentibus processus, ut iusiurandi, transactionis, et rei iudicatae, si opponatur ad processum, absolvetur ab observatione iudicii*. Conf. SCHMOECKEL (2000: 360-384) y (1998: 173-187).

28 Conf. SCHMOECKEL (1998: cit. n. 27, p. 173-174) y (2000: cit. n. 25, p. 360-366 y p.

El juez, al interior del procedimiento penal en sentido estricto, tiene a su disponibilidad en consecuencia un abanico de posibilidades procesales para desarrollar su *facere iustitiam* y proseguir en el plano efectivo la necesidad de orden general. Esto no implica un debilitamiento del perfil público de la justicia; favorece antes bien un potenciamiento de los poderes políticos que la administran²⁹.

Momentos de clausura del proceso distintos de la condena y absolución:
La *transactio* y la *pax*

Observemos ahora cómo operan en el ordenamiento medieval las dinámicas de justicia negociada para la clausura de conflictos penalmente relevantes. En particular podemos detenernos en dos figuras distintas que los juristas individualizan (aunque con márgenes definitorios no demasiado nítidos): la *transactio* y la *pax*.

La extensión y el régimen de los efectos de la *transactio in criminalibus* son objeto de un debate que contiene orientaciones diversas y conoce fases distintas. Haremos únicamente algunas referencias para investigar, dentro de las variantes doctrinales, la clave que expresa la valencia sistemática reconocida en el costado negocial del proceso. La posibilidad de *transigere in criminalibus* se funda desde la glosa sobre el principio *culibet est licitum redimere sanguinem suum*³⁰. Para elaborar el perfil transaccional de la jus-

370-373), donde también se ilustran las líneas del debate doctrinal de los siglos XIII-XIV. En la economía del proceso, tal tipología de *absolutio* permitía evitar la fase de la tortura conservando los índices de la carga; en caso de que la tortura hubiese sido realizada sin obtener una confesión, la *absolutio ab instantia* representaba una vía de salida para impedir que la confesión faltante produjera el efecto de purgar los índices impidiendo en el futuro reabrir el procedimiento. En la Edad Moderna, el recorrido se esclarece de manera explícita: la *absolutio* se regula sobre la calidad de las pruebas existentes; léase por ejemplo G. D. Raynaldi, *Observationum criminalium civilium et mixtarum*, Venecia, 1699, t. III, *capitulum XXXII, suppletio VII*, n. 232, que afirma: *absolutio regulanda venit ex processu juxta scilicet qualitatem probationum in processu existentium, et sic non potest impartiri semper eodem modo*. Son formas absolutorias en las cuales sin embargo *macula et deminutio existimationi remanet*, explica Raynaldi, *ibidem, capitulum XXXII, suppletio VII*, n. 240-241. Conf. SCHMOECKEL (2000: cit. n. 27, p. 374-375) y MECCARELLI (2002: cit. n. 15, p. 699-702).

29 A las mismas conclusiones ha llegado SCHMOECKEL (1998: cit. n. 27, p. 175).

30 Glosa *Prohibitum* a la l. *Transigere*, tit. *De transactionibus* del *Codex* (edición Venecia, 1592), *post princ*. El principio es confirmado entre los otros en Alberto de Gandino, *Tractatus de maleficiis*, Venecia, 1555, tit. *Transactio in criminalibus*, n. 1, y en la

ticia penal, los juristas tuvieron a disposición un sostén inmediato en el *Corpus iuris civilis*; la *lex Transigere* del *titulus De transactionibus* del *Codex* permitía de hecho amplias posibilidades de construcción teórico-sistemática, admitiendo ella ya el *transigere de crimine capitali* de modo expreso³¹

Es la necesidad de otorgarle una interpretación a la luz de la contemporaneidad lo que determina la apertura de los espacios de discusión. No obstante la diversidad de argumentos y orientaciones, el abordaje parece sin embargo ser el mismo: se identifica en el hecho de que las transacciones *operari non possunt, quoad praeiudicium iuris publici*³². Éstas se destacan en la medida en que manifiestan estar coordinadas con el interés público que subyace en el ejercicio de la justicia penal.

Transactio y proceso en sentido estricto aparecen como modalidades distintas, pero coordinadas, de solución de la controversia. La *transactio*, en tanto legitimada para interactuar con el proceso, no lo coloca en una condición de incertidumbre permanente. Su coexistencia posible atañe sólo a la *res dubia*³³. Tanto la negociación como el juicio pueden resolver la cuestión

apertura de los comentarios a la l. *Transigere*, como por ejemplo en los casos de Cino de Pistoia, *In Codicem et aliquot titulos primi Pandectorum tomi, id est Digesti veteris, doctissima commentaria*, Frankfurt, 1578 (reimpresión anastática, Turín, 1964); Bartolo de Sassoferrato, *In primam Codicis partem commentaria*, Venecia, 1581; Alberico de Rosate, *In primam Codicis partem commentarii*, Venecia, 1586 (reimpresión anastática, Bolonia, 1979).

31 Reproducimos a continuación el texto de la *lex Transigere*, tit. *De transactionibus*, contenido en el *Codex: Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est; in aliis autem publicis criminibus, quae sanguinis poenam non ingerunt transigere non licet citra falsi accusationem*. Conf. SBRICCOLI (1998: cit. n. 1, p. 235); PADOA SCHIOPPA (1976: 277); para referencias al debate doctrinal de los siglos XII-XIII véase la reconstrucción hecha por este último en las p. 278-282.

32 Alberico de Rosate, *In primam Codicis partem...* cit. n. 30, l. *Transigere*, tit. *De transactionibus*, n. 6. Del mismo signo es el razonamiento con el que se explica la exclusión de la aplicabilidad de las transacciones a los *crimina publica* que no implican *poena sanguinis*, como en el caso de Cino de Pistoia, *In Codicem et aliquot titulos...* cit. n. 30, l. *Transigere*, tit. *De transactionibus*, n. 8, precisamente con la razón de que no se desvirtúe el *publicus zelus puniendi delicta propter publicum interesse*. Lo dirá también Bartolo de Sassoferrato, *In primam Codicis partem...* cit. n. 30, l. *Transigere*, tit. *De transactionibus*, n. 3.

33 Por ejemplo se confirma el principio, como recuerda Bartolo de Sassoferrato, *ibid.*, l. *Si causa cognita*, tit. *De transactionibus*, n. 1, *che transactio sit de re dubia, e super eo quod est iudicatum non potest transigi*. Sobre las sentencias definitivas no se puede transigir *nisi ex aliqua causa revocaretur in dubium*. La opinión es sostenida por Bartolo

jurídica todavía no definida, otorgando una solución que, mientras satisfaga el sentido de justicia, resulta válida para el ordenamiento.

Así pues, el empleo de las modalidades negociadas de composición de los conflictos no corresponde, en la percepción de nuestros juristas, a una suspensión del carácter “publicístico” de la justicia penal. La *transactio*, que ciertamente satisface sobre todo el interés de las partes, se acoge porque y en la medida en que contribuye a la tutela del *publicum interesse*. Donde esto no sucede, la *transactio* no encuentra razón en sustituir al proceso penal. Con la *transactio* no se prevé, en suma, una alternativa separada o en competencia; es sólo concurrente donde su intervención puede resultar funcional a la valencia “publicística” del sistema punitivo, porque, por ejemplo, garantiza efectos de deflación y atenuación de las sanciones extremas y una mayor eficacia en el mantenimiento de la paz social.

Esta es la orientación que los juristas siguen cuando reconocen la legitimidad de una negociación impuesta por el juez³⁴. Y también la orientación a partir de la cual se articulan los puntos de vista acerca de cuestiones controvertidas, como las relativas a la titularidad de la iniciativa de *transactio*³⁵ o

también en *In secundam Digesti veteris partem...* cit. n. 6, l. *Eleganter*, tit. *De iureiurando*, n. 1.

34 Véase Alberico de Rosate, *In primam Codicis partem...* cit. n. 30, l. *Transigere*, tit. *De transactionibus*, n. 13. En particular se pregunta si *nunquid potestas cogere possit aliquos ad pacem seu transactionem super crimine faciendam* y responde afirmativamente. Conf. *infra*, nota 46. Está también el ejemplo de la composición rendida por las partes ante un sacerdote que viene sobre la base de la misma *ratio* considerada o no considerada válida; la respuesta de Alberico (n. 14), respecto a la cuestión si la paz *facta in manibus sacerdotis recipientis nomine offensoris valeat*, se centra en la posibilidad o no de reconocer en el sacerdote la cualidad de *publica persona*. Para un encuadramiento de las valencias de la *compositio* realizada mediante la *intercessio* de la Iglesia (en una perspectiva de la Edad Moderna) véase LATINI (2002: cit. n. 5, p. 386-425).

35 La Glosa *Prohibitum* a l. *Transigere*, C., tit. *De transactionibus*, dejaba a la reflexión tardomedieval una indicación restrictiva, circunscribiendo la facultad de solicitar una *transactio* solo al *accusatus*; *accusanti est prohibitum unde si pacisceretur, vel transigeret, incideret in Turpillianum*. La línea de la glosa es sostenida también por Alberto de Gandino, *Tractatus de maleficiis...* cit. n. 30, tit. *Transactio in criminalibus*, n. 2. De esta impostación incluso los comentaristas parecen tomar distancia terminando por autorizar la transacción también sobre la iniciativa del acusador, a condición que de que se perfilara *ante inscriptionem*; conf. Bartolo de Sassoferrato, *In primam Codicis partem...* cit. n. 30, l. *Transigere*, tit. *De transactionibus*, n. 6; Cino de Pistoia, *In Codicem et aliquot titulos...* cit. n. 30, l. *Transigere*, tit. *De transactionibus*, n. 2-3; Alberico de Rosate, *In primam*

al régimen de los efectos³⁶. Precisamente respecto a la diversidad de orientaciones doctrinales en referencia a los efectos de la *transactio*, parece significativo para nuestro argumento detenernos brevemente en dos opiniones. Alberico de Rosate recuerda la orientación atribuida a Guido de Suzzara: acerca del supuesto de que *transactio omnibus praeiudicet*, se prohíbe al juez proceder de oficio. Hay una sola excepción: el caso en el cual el estatuto a establecer sea que *non obstante pace vel transactione, iudex deberet procedere*. Existe luego una orientación opuesta, que tiende a reconocer al juez en cambio poder de iniciativa *ex officio*, incluso donde haya intervenido la *transactio*³⁷. Pero también en este ámbito encontramos juristas que aceptan la excepción, donde el estatuto tenía una previsión contraria³⁸.

Las dos opiniones, por lo tanto, aunque contrapuestas, reconocen la posibilidad de que sea el Estatuto –el documento base que cristaliza los equilibrios internos de la comunidad– el que tenga la última palabra acerca de

Codicis partem... cit. n. 30, l. *Transigere*, tit. *De transactionibus*, n. 2, que recuerda orientaciones en tal sentido también por parte de Durante y Pierre de Belleperche.

36 Por ejemplo Bartolo de Sassoferrato, *In primam Codicis partem...* cit. n. 30, l. *Transigere*, tit. *De transactionibus*, n. 7, parece inclinado a reconocer efectos *ad impediendum processum* a la transacción acaecida; esto sin embargo sólo cuando la transacción se perfecciona antes de la apertura del procedimiento, de lo contrario el arreglo acaecido entre las partes no impide al juez proceder de oficio. Confirma el concepto *ibidem*, l. *Sub praetextu*, tit. *De transactionibus*, n. 3, donde reconoce que *eiusdem conditionis est transactio et sententia*, y en la l. *Accusationis*, tit. *De his quae vi, metu causa gesta sunt*, n. 3, en la cual precisa ulteriormente: *In casibus in quibus licet transigere, transactio impedit processum, et agenti potest opponi*. Acerca del régimen de los efectos, como también ejemplificamos en el texto, las *opiniones* son no obstante bastante diferenciadas. Véase por ejemplo Alberico de Rosate, *In primam Codicis partem...* cit. n. 30, l. *Transigere*, tit. *De transactionibus*, n. 5 y 8, que resume algunas.

37 Alberico de Rosate, *In primam Codicis partem...* cit. n. 30, l. *Transigere*, tit. *De transactionibus*, n. 8. La orientación de signo contrario al de Guido de Suzzara es atribuida a Jacobo de Arena *et sequacium*; y fundado sobre el principio que *quoad vindictam publicam, non praeiudicet nisi transigenti*. Conf. SBRICCOLI (1998: cit. n. 1, p. 236-237, 268); VALLERANI (1998: cit. n. 1, p. 319-320). También el pseudo-Vitalini, *Tractatus super maleficiis*, en *Tractatus diversi super maleficiis*, Venecia, 1555, tit. *De pace*, n. 4, explicaba la *ratio* de la posibilidad de proceder de oficio no obstante la negociación acaecida, en el sentido que *rei publicae interest ne maleficia sint impunita*; lo sostienen, subrayaba, *communiter, los doctores*.

38 Pseudo-Vitalini, *Tractatus super maleficiis...* cit. n. 37, tit. *De pace*, n. 4.

la determinación de la disposición correcta de relaciones entre justicia hegemónica y justicia negociada. Pero esto quiere decir que ambas modalidades de composición de conflictos son utilizadas o utilizables para vehicular las políticas penales de relevancia pública en la gestión de la *pax civitatis*. Menos significativo, pero digno de ser señalado, es el enfoque descubierto a propósito de la definición del ámbito de aplicación³⁹, asunto sobre el cual los comentaristas permanecen fieles a la línea que pasa del *Codex* a la glosa, confirmando la posibilidad de transigir sólo en los delitos que implican *poenae sanguinis*⁴⁰, a excepción sin embargo del delito de adulterio⁴¹. Resulta significativo en particular el modo con el cual los juristas explican la excep-

39 Como las investigaciones de PADOA SCHIOPPA (1980: 557-575) han puesto en evidencia, la tarea de especificar los casos de transigibilidad posible ha sido desarrollado mayormente por la legislación estatutaria; el aporte de la *scientia iuris* en la materia ha consistido sobre todo en definir las reglas de conexión procesal entre el procedimiento penal y la composición pactista.

40 Conf. Alberico de Rosate, *In primam Codicis partem...* cit. n. 30, l. *Transigere*, tit. *De transactionibus*, n. 9; Bartolo de Sassoferrato, *In primam Codicis partem...* cit. n. 30, l. *Transigere*, tit. *De transactionibus*, n. 3: respecto a la prohibición de *transactio* en el caso de *crimina* que *poena sanguinis non ingeritur, ratio est favor publicae vindictae, qua reipublicae expedit ut maleficia non remaneant impunita*. La transigibilidad no es admitida siquiera para los *crimina* de *poena sanguinis* para los cuales los estatutos prevén una *subrogatio* con pena pecuniaria. Cesada la *ratio* que la consentiría, explica Cino de Pistoia, *In Codicem et aliquot titulos...* cit. n. 30, l. *Transigere*, tit. *De transactionibus*, n. 17. Este consigna, sin embargo, la opinión contraria de Guido de Suzzara.

41 La exclusión del adulterio de la categoría de los delitos transigibles parece reconocida universalmente por los juristas pero explicada de modo diverso: según Bartolo de Sassoferrato, *In primam Codicis partem...* cit. n. 30, l. *Transigere*, tit. *De transactionibus*, n. 2, por ejemplo, la *ratio* reside en la *frequentia delicti*, si la iniciativa proviene del acusado; donde en cambio la propuesta es *ex parte accusatoris*, está el impedimento de la *Lex Iulia*, que castiga a quienes aceptan dinero para ocultar un adulterio. Hay otros juristas como por ejemplo Cino de Pistoia, *In Codicem et aliquot titulos...* cit. n. 30, l. *Transigere*, tit. *De transactionibus*, n. 7, que revisan la *ratio* en base a la cual *lex in subditis pudicitiam inviolatam prae caeteris exigit*. También otros ubican la *ratio* en el hecho que sea *maius crimen*, o visto que *imperator est amator castitatis*. De modo similar, la no aplicabilidad de la l. *Transactio* a la materia canónica se coloca en esta línea: está explicada por Bartolo de Sassoferrato, *Tractatus de differentia inter ius canonicum et civili*, n. 54, en *Consilia, quaestiones et tractatus...* cit. n. 17, como derivada del hecho de que en derecho canónico se excluye la aplicación de *poenae sanguinis*. Como se ve, son todos argumentos que atienden a preocupaciones de orden público (por ej., la *frequentia delicti*) o a exigencias sistemáticas (por ej., la particularidad del derecho canónico).

ción del delito de falsedad. Tal crimen de hecho es considerado transigible aunque no implique una *poena sanguinis*, puesto que, explican los *doctores*, produce consecuencias sancionadoras muy graves y por lo tanto, bajo este aspecto, no difiere de los crímenes capitales⁴². El dato no carece de relieve porque muestra cómo los juristas reconocen en la *transactio* un instrumento de moderación de la sanción penal, lo que enriquece el panorama de perfiles sistemáticos reconocibles en el esquema procesal de la transacción.

La *transactio* en efecto aparece concebida como parte de la economía del sistema procesal, en relación a las exigencias de gestión y estabilización de la paz social, que constituyen exigencias especiales en aquel mundo inmerso en un tipo peculiar de complejidad política.

Consideremos ahora la categoría doctrinal de la *pax*. Ella parece desarrollar una función del todo similar a aquella hallada en la *transactio*. La paz se vuelve disponible precisamente en estos casos donde la transigibilidad queda excluida⁴³. *Pax* y *transactio* son diferenciadas por los juristas por el criterio de los efectos. La primera determina una reducción de los efectos sancionatorios debidos al hecho que el *rancor quod est in animo iniuriati reiicitur*; la segunda, en cambio, impide la prosecución del procedimiento. Por esto la *pax*, contrariamente a la transacción, *in omni maleficio est licita*⁴⁴.

Los dos dispositivos de los que estamos hablando expresan dos niveles distintos de “contaminación negociadora” de la práctica procesal, pero, justamente por esto, pertenecen a la misma panoplia de instrumentos “alterna-

42 Bartolo de Sassoferrato, *In primam Codicis partem...* cit. n. 30, l. *Transigere*, tit. *De transactionibus*, n. 4-5: también si *hominem non interimat, vel poena sanguinis non ingerat, tamen eum totaliter vituperat [...], immo in eo omnino est eadem ratio quae est in criminibus ingerentibus poenam capitaleam*. Es esta, lo recuerda el mismo Bartolo, la *opinio* de Cino de Pistoia, *In Codicem et aliquot titulos...* cit. n. 30, l. *Transigere*, tit. *De transactionibus*, n. 9; conf. Alberico de Rosate, *In primam Codicis partem...* cit. n. 30, l. *Transigere*, tit. *De transactionibus*, n. 25.

43 Así es por ejemplo para el adulterio, donde la pacificación operada produce el efecto de una remisión parcial de la pena asignada. Bartolo de Sassoferrato, *Consilia, quaestiones et tractatus...* cit. n. 17, cons. CLXXV, *Domine*, n. 1, explica que la *pax* induce a una *remissio certae partis condemnatae ex forma statuti*. Es aquella dinámica descrita ya por SBRICCOLI (1998: cit. n. 1, pp. 256-257), de la “doble partida” que se desarrolla en el perímetro de la *actio iustitiae*; junto a la acción del juez está la tratativa entre los *entourages* familiares implicados en el conflicto.

44 Bartolo de Sassoferrato, *Consilia, quaestiones et tractatus...* cit. n. 17, cons. CLXXV, *Domine*, n. 1.

tivos”. Ellos desarrollan la misma función con efectos y en relación con fases distintas del proceso; los juristas los consideran como temas *tangentes*⁴⁵ y por esto someten *pax* y *transactio* a algunas reglas comunes.

Como ejemplo, también la *pax*, como la *transactio*, puede ser impuesta *ex officio*. En particular esto se hace posible cuando *verisimile esset ex hoc tumultum in civitate oriri posse*⁴⁶. El *potestas* puede utilizar también medios de persuasión coactiva, como por ejemplo amenazar a los *guerrantes sibi ad invicem ponere ad confines si nolunt facere pacem*. O bien puede *accipere fideiussores a qualibet parte, et postea eis praeceptum facere quod unus alterum non offendat sub certa poena*⁴⁷. Acá nos trasladamos al terreno de la

45 Esto está demostrado también por las referencias a la *pax* en los comentarios desarrollados acerca de la l. *Transigere*; por ejemplo, Alberico de Rosate, *In primam Codicis partem...* cit. n. 30, l. *Transigere*, tit. *De transactionibus*, n. 11, advierte que los temas ligados a la *pax non directo sunt de materia nostrae legis, tamen commode adaptantur e tanguntur hic per doctores*.

46 Alberico de Rosate, *In primam Codicis partem...* cit. n. 30, l. *Transigere*, tit. *De transactionibus*, n. 13. Acerca de la misma, está sustancialmente también el pseudo-Vitalini, *Tractatus super maleficiis...* cit. n. 37, tit. *De pace*, n. 7: *Sed nunquid offensus possit compelli a iudice ad faciendum pacem cum offendente? Respondeo sic videtur: quia iudex habet procurare quod civitas quam regit sit in pacem*. Conf. *supra* nota 34. La intervención de la autoridad pública tendiendo a promover composiciones pacíficas pertenece a la fisiología de la composición de los conflictos en la vida de las ciudades medievales. Conf. ZORZI (2001: cit. n. 1, p. 25-26); ROUSSEAU (1996a: cit. n. 1, p. 97; 1996b: cit. n. 2, p. 289). El derecho en otras palabras constituye un instrumento de gestión de la dialéctica entre conflicto y sociabilidad y favorece a veces exigencias específicas. Tal resultado es interesante también en la perspectiva de una lectura de la experiencia jurídica que no se limite únicamente en las áreas europeas al “derecho sapiencial”; véase por ejemplo la interesante reconstrucción desarrollada sobre territorio suizo en HURLIMANN (2000). La relación entre el plano jurídico y otros planos de regulación de las relaciones sociales, como lo ha observado también R. Garrè en la *Recensione* hecha para *Ius commune* (XXVIII, 2001, pp. 408-410), emerge claramente. Esto parece sugerirnos que tal tipo de percepción de la dinámica de administración de la justicia alcanza a los niveles profundos y efectivos de la percepción, antes de transformarse en objeto, como sucede para nuestros *doctores*, de tratamientos científicos refinados.

47 Pseudo-Vitalini, *Tractatus super maleficiis...* cit. n. 37, tit. *De pace*, n. 11. Otro ejemplo es el caso de fórmulas absolutorias concedidas compositivamente a los rebeldes a cambio de su *redentio ad oboedientiam*, y bajo la condición de revocación *si de caetero similia attentabitis*. Bartolo de Sassoferrato, *In secundam Digesti novi partem...* cit. n. 25, l. *Non solum*, § *Iniuriarum actio*, tit. *De iniuriis et famosis libellis*, impugna la legitimidad de la cláusula que haría reabrir el proceso en caso de reincidencia de los rebeldes absueltos

*cautio de non offendendo*⁴⁸.

La razón que autoriza es siempre el fin público de la paz social. Incluso en el caso de la *pax*, el momento compositivo se coloca plenamente en el cuadro teleológico del *facere iustitiam* públicamente considerado. Esto tiene el mismo alcance vinculante de la sentencia verdadera y propia, aunque consiste en un pacto.

En última instancia, toda la reflexión acerca de las alternativas a la condena y a la absolución entendida en sentido estricto pone en evidencia el esfuerzo creativo del jurista, a fin de establecer una plataforma sistemática flexible, capaz de registrarse con el concreto interés de la comunidad.

Esta es una vía con la cual asignar relieve jurídico a los equilibrios entre grupos de familia en el cuidado del *publicum interesse ne crimina remaneant impunita*; un relieve jurídico correspondiente al *pondus* político de aquellos *entourages*. Respecto del resto, ya fue demostrado por Sbriccoli que el proceso de aparición de un orden penal público “tiene que ver solo limitadamente” con el advenimiento de la práctica inquisitoria⁴⁹, y que la concordia entre familias hegemónicas constituye un valor primario al cual corresponde el bien político del orden público⁵⁰. En esto importa mucho la paz entre las familias; también sobre la base de ella cobra forma la justicia practicada. Se trata de un rasgo peculiar de la edad medieval que es el resultado jurídico de una vicisitud peculiar y consistente en el “reconfigurarse sobre el plano institucional de las políticas actuadas por las nuevas familias y por nuevos grupos sociales en vías de afirmación”⁵¹. La concreta dinámica sistemática que se determina

compositivamente; el pacto, explica Bartolo, tiene la fuerza de impedir la condena, pero no de hacer revivir la imputación. El caso citado concierne a *officiales Ecclesiae* que *consueverunt facere pacta et conventiones cum rebellibus redentibus ad obedientiam, hoc modo: Liberamus et remittimus vobis omnia delicta et omnes sententias, omnes poenas spirituales et temporales quas incurrunt usque in presente die hoc pacto si de caetero similia attentabitis, reinedentis in omnes istas sententias*.

48 En materia de *cautio de non offendendo*, conf. TAVILLA (2001: cit. n. 1, p. 287s); MECCARELLI (2002: cit. n. 15, p. 702-706).

49 SBRICCOLI (1998: cit. n. 1, p. 233).

50 Conf. SBRICCOLI (1998: 260; 254); PADOA SCHIOPPA (1976: cit. n. 39, p. 575-578). La confrontación y el choque violento entre las familias constituye, en efecto, una expresión de las modalidades originarias del discurso y del conflicto político en la ciudad medieval; conf. ZORZI (1996: cit. n. 1, p. 24); TAVILLA (2001: cit. n. 1, p. 285-287, 303); GAMBERINI (1996: 149-152); CHIODI (1997: 277); STORTI STORCHI (1984: 223-232).

51 ZORZI (2001: cit. n. 9, p. 33-34). El autor de estas páginas eficaces tiene el mérito de

depende de la prevalencia efectiva de los intereses contemporáneamente presentes en la comunidad.

El espacio para el desarrollo de políticas penales

Un dato que me parece importante poner en evidencia, en una perspectiva de análisis que busca reflexionar acerca de políticas judiciales y resoluciones de conflictos, es que la construcción de un proceso penal con características tales no es de tipo vertical. Ciertamente no podemos decir que desde la *scientia* se proyecte en la vida práctica un modelo de solución de los conflictos. Sobre todo asistimos a un circuito de creación horizontal y en sentido doble: la doctrina efectivamente orienta su reflexión en aquella dirección porque se deja guiar por la factualidad y por la factualidad trabaja⁵².

Busquemos ahora sin embargo comprender en qué medida tal sistema procesal se presta al desenvolvimiento de políticas penales e instaura un lazo entre la administración de la justicia y la estrategia política.

Su flexibilidad lo vuelve disponible a una justicia efectiva y por lo tanto idóneo para la persecución de políticas penales, aunque en un sentido que no corresponde al actual, en particular por el hecho de que estas derivan de un conjunto de poderes concurrentes y recíprocamente autónomos. Debemos, además, recordar que la legitimación jurídico-política de algunos estatutos estratégicos, como por ejemplo el *arbitrium procedendi* hace referencia, más que a lo científico/doctrinal, a un nivel dependiente de relaciones de instrumentalidad con los poderes políticos.

El nivel de la práctica local resulta ciertamente indispensable para entender qué clase de justicia había conocido una comunidad determinada, cuáles habían sido sus prácticas judiciales de composición de los conflictos. El nivel erudito –que es el que en estas páginas estamos limitados a considerar– nos permite sin embargo entender qué sistemática regularía el proceso de “efectivización” del procedimiento en el hecho procesal específico.

haber iluminado caracteres del *publicum* en la edad tardomedieval que la historiografía jurídica –la que, sin embargo, al menos en algunos de sus resultados, estaría alineada en el horizonte interpretativo en el cual se coloca el propio Zorzi– no había explicitado de modo suficiente. En este sentido, compartimos plenamente también la precisión acerca del hecho de que tales experiencias tardomedievales no pueden ser consideradas como anticipatorias de las tendencias de signo estatalista.

52 Con referencia precisamente a la construcción del sistema procesal, véase SBRICCOLI (1998: cit. n. 1, p. 235); se trata de un aspecto que pertenece en general a la dinámica de producción del derecho en la edad medieval; conf. GROSSI (1993: cit. n. 3, p. 151-182).

Los rasgos del proceso penal no pueden explicarnos el contenido, mas pueden indicarnos las modalidades bajo las cuales las políticas penales se vehiculizaban. En particular parecen surgir en el cuadro de una concurrencia de los diversos poderes para el desarrollo de instrumentos jurídicos siempre más eficaces para la lucha política. Las estrategias concurrentes convergían en el proceso como lugar para la creación de circuitos representativos de un poder que, administrando la justicia, legitimaba la propia posición de dominio.

Los instrumentos procesales, por lo tanto, permitían una política penal diferenciable en su intensidad, capaz de favorecer el establecimiento de una relación estrecha entre ductilidad del instrumento represivo y reforzamiento del poder político de quien fuese titular de su gestión en el contexto particular de pluralismo de los poderes. Podemos en cierto sentido decir que a través de este tipo de proceso, en la Edad Media, la lucha por el poder entra cotidianamente en el “discurso jurídico” y compone el derecho viviente.

En el fondo es la propia centralidad del proceso en la cuestión penal aquello que constituye el carácter principal de las políticas penales del derecho común.

Consideraciones conclusivas

Nuestros juristas utilizan los subterfugios jurídicos de la contingencia, en la turbulenta vida medieval, logrando mostrarnos la posible y adecuada valencia sistemática que esconden. Los doctores del *Trecento* en particular, sobre los cuales nos hemos basado principalmente en nuestra indagación, realizaron tal obra de sistematización con particular eficacia respecto a sus predecesores porque el cuadro estaba quizás en camino de una consolidación progresiva⁵³. La naturaleza de la relación entre elaboración teórica y realidad de la cuestión jurídica (que podemos también definir como dimensión teórica de la experiencia práctica del derecho) es sin embargo siempre la misma.

Asimismo, tales juristas desarrollan su labor de científicos teniendo presentes las relaciones de poder vehiculizadas o vehiculizables mediante la estructura de un proceso penal con las características arriba descritas; no se trata de un poder político unitario que se confronta con la sociedad; más bien se trata de un entramado complejo que se teje entre el jurista intérprete, el juez del proceso, el vértice político-institucional, las partes de la sociedad implicadas por el acontecimiento procesal.

53 ZORZI (2001: cit. n. 9, p. 13).

Todo esto sirve para justificar las transformaciones de los equilibrios institucionales acordados o para apoyar a estos o a los que están en vía de aparición durante este último tramo de la experiencia jurídica medieval⁵⁴. Frente a tales transformaciones, la justicia puede fácilmente transferirse a la nueva jurisdicción dominante nacida del nuevo cuerpo social hegemónico, puede adaptarse también a las exigencias aggiornadas de la política criminal, reabriendo circuitos de solución de los conflictos potencialmente disponibles.

Los juristas preocupados por el sistema⁵⁵ elaboran un orden jurídico, un sistema capaz de relacionarse con la complejidad de la realidad socio-política. El proceso constituye el resultado de una combinación entre el problema político y el problema técnico-jurídico.

La capitalización a nivel estructural de los resultados de la combinación descrita arriba está garantizada por la doctrina que confiere a la solución jurídica el sentido jurídico y con eso un valor útil y permanente.

Los juristas que realizaron tal operación pertenecen a la agitada vicisitud (micro) histórica; se colocan en la cotidianidad estando profundamente sincronizados con el tiempo de la experiencia, en sus niveles estables. Son, ciertamente, parte de la contingencia de lo jurídico, manteniéndose en la posición de quien percibe el punto de permanencia detrás de las (y en apoyo de las) transformaciones.

En ciertos sentidos, la historia del proceso penal, vista desde su costado doctrinal, puede ser también considerada la historia de uno de los modos con los cuales un sistema jurídico se liga a los regímenes políticos, acompaña su nacimiento, sostiene los equilibrios, sin haber sido, sin embargo, arrollado por sus fines.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ROMERO, M. (2001): "El solemne orden de los juicios. La lentitud como problema en la historia del proceso en Castilla", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5.
- BIROCCHI, I. (2002): *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Turín.

54 Conf. ZORZI (1996: n. 1, p. 32). Piénsese también en la reconstrucción realizada acerca de Bolonia por VALLERANI (2001: cit. n. 5, p. 386 y 412-415), y por MILANI (1997: 43-74 y en particular p. 65-66).

55 Conf. SBRICCOLI (1969: 459-467).

- CHIODI, G. (1997): “Scelte normative degli Statuti di Spoleto del 1296”, en MENE-
STO, G. (ed.) *Gli Statuti comunali umbri*.
- CHITTOLINI, G. (1994): “Il ‘privato’, il ‘pubblico’, lo Stato”, en CHITTOLINI, G. ; MOHLO,
A. y SCHIERA, P. (ed.), *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in
Italia fra medioevo ed età moderna*, Bologna.
- COSTA, P. (1999), *Civitas: storia della cittadinanza in Europa, 1. Dalla civiltà
comunale al Settecento*, Bari-Roma.
- FOWLER MAGERL, L. (1994): *Ordines iudicarii and libelli de ordine iudiciorum*,
Turnhout.
- GAMBERINI, A. (2001): “La faida e la costruzione della parentela. Qualche nota su-
lle famiglie signorili reggiane alla fine del medioevo”, *Società e storia*, 94.
- GARLATI GIUGNI, L. (1999): *Inseguendo la verità. Processo penale e giustizia nel
ristretto della pratica criminale dello Stato di Milano*, Milán.
- GROSSI, P. (1993): *L'ordine giuridico medievale*, Bari-Roma.
- HURLIMANN, K. (2000): *Soziale Beziehungen im Dorf. Aspekte dörflicher Soziabi-
lität in den Landvogteien Greifensee und Kyburg um 1500*, Zürich.
- LATINI, C. (2002): *Il privilegio dell'immunità. Diritto d'asilo e giurisdizione
nell'ordine giuridico dell'età moderna*, Milán.
- MANNORI, L. ; SORDI, S. (2001): *Storia del diritto amministrativo*, Bari-Roma.
- MARCHETTI, P. (2001a): *De iure finium. Diritto e confini tra tardo medioevo ed età
moderna*, Milán.
- (2001b): “I limiti della giurisdizione penale. Crimini, competenza e territorio
nel pensiero giuridico tardo medievale”, en BELLABARBA, M; SCHWERHOFF, G. y
ZORZI, A. (eds.), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giu-
diziarie e linguaggi giuridici tra tardo Medioevo ed età moderna*, Bologna.
- MECCARELLI, M. (1998): *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giu-
ridici in età di diritto comune*, Milán.
- (2002): “Tortura e processo nei sistemi giuridici dei Territori della Chiesa. Il
punto di vista dottrinale (secolo XVI)” II, en DURAND, B. (ed.), *La torture judi-
ciaire. Approches historiques et juridiques*, Lille.
- MILANI, G. (1997): “Dalla ritorsione al controllo. Elaborazione e applicazione del
programma antighibellino a Bologna alla fine del Duecento”, *Quaderni stori-
ci*, 94.
- NORR, K. (1992): “Prozesszweck und Prozesstypus: der kirchliche Prozes des Mittel-
alters im Spannungsfeld zwischen objektiver Ordnung und subjektiven Inte-
ressen”, en *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, kanonisti-
sche Abteilung*, 78.
- PADOA SCHIOPPA, A. (1976): “Delitto e pace privata nel pensiero dei legisti bologne-
si. Brevi note”, *Studia gratiana*, XX.
- (1980): *Delitto e pace privata nel diritto Lombardo: prime note*, in *Diritto*

- comune e diritti locali nella storia dell'Europa. Atti del Convegno di Varenna (12-15 giugno 1979)*, Milán.
- ROUSSEAU, X. (1996a): "Entre accommodement local et contrôle étatique: pratiques judiciaires et non-judiciaires dans le règlement des conflits en Europe médiévale et moderne", en GARNOT, B. (ed.), *L'infrajudiciaire du Moyen Âge à l'époque contemporaine*, Dijon.
- (1996b): "De la négociation au procès pénal: la gestion de la violence dans la société médiévale et moderne (500-1800)", en GERARD, P. ; OST, F. y VAN DE KERCHOVE, M. (ed.), *Droit négocié, droit imposé?*, Bruselas.
- SBRICCOLI, M. (1998): "“Vidi communiter observari”. L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII", *Quaderni fiorentini*, 27.
- (1969): *L'interpretazione dello statuti: contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'eta comunale*, Milán.
- (2001): "Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase di studi della storia della giustizia criminale", en BELLABARBA, M. ; SCHWERHOFF, G. y ZORZI, A. (eds.), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo Medioevo ed età moderna*, Bologna.
- (2002): "Giustizia criminale", en M. FIORAVANTI (ed.), *Lo Stato moderno in Europa*, Roma-Bari.
- SCHMOECKEL, M. (1998): "L'absolutio ab instantia. Son développement en Europe et ses implications constitutionnelles", *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 19.
- (2000): *Humanität und Staatsraison. Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozess- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter*, Colonia.
- SCHUTZ, A. (1995): "L'immaculée conception de l'interprète et l'émergence du système juridique: à propos de 'fiction' et 'construction' en droit", *Droits: Revue Française de Théorie Juridique*, 21.
- STORTI STORCHI, C. (1984): *Diritto e istituzioni a Bergamo dal comune alla signoria*, Milán.
- TAVILLA, C. (2001): "Paci, feudalità e pubblici poteri nell'esperienza del Ducato estense (sec. XV-XVIII)", en CAVINA, M. (ed.), *Duelli, faide e rappacificazioni. Elaborazioni concettuali ed esperienze storiche*, Milán.
- VALLERANI, M. (1990): "Conflitti e modelli procedurali nel sistema giudiziario comunale. I registri di processi di Perugia nella seconda metà del XIII secolo", *Società e storia*, 48.
- (1999): "Pace e processo nel sistema giudiziario del comune di Perugia", *Quaderni storici*, 101.
- (2001): "Il potere inquisitorio del podestà. Limiti e definizione nella prassi bo-

lognese di fine Duecento”, en BARONE, G. ; CAPO, L. y GASPARRI, S. (eds.), *Studi sul Medioevo per Girolamo Arnaldi*, Roma.

ZORZI, A. (1996): “Conflits et pratiques infrajudiciaires dans les formations politiques italiennes du XIII^e au XV^e siecle”, en GARNOT, B. (ed.), *L'infrajudiciaire du Moyen Âge a l'époque contemporaine*, Dijon.

– (2001): “Negoziazione penale, legittimazione giuridica e poteri urbani nell'Italia comunale”, en *Istituto storico italo-germanico in Trento*, Trento.

ATROCITAS / ENORMITAS.

Esbozo para una historia de la categoría de “enormidad” o “crimen enorme”
de la Edad Media a la época moderna*

JULIEN THÉRY

(Université Lyon II Louis Lumière)

“Cette action énorme, faite presque à nos yeux outrage la nature et blesse jusqu’aux Dieux”

(Corneille, *Horace*, V, 3)

1. Hacia el fin del siglo XIII el vocabulario de la enormidad era utilizado en la mayoría de las jurisdicciones superiores de Occidente para designar los ataques más graves al derecho y al orden legítimo. Las fuentes hablan de “crímenes enormes”, de “excesos enormes”, de “hechos enormes”, “enormidades” (*enormitates*) o incluso *enormia* (“cosas enormes”). Esta semántica atestigua la existencia, hasta el fin de la Edad Media y más allá, de una categoría que era desconocida, en cambio, en la Antigüedad romana y en la Cristiandad latina antes del siglo XII¹. La calificación de “enorme” a menudo implicaba excepciones a las disposiciones jurídicas ordinarias para facilitar o endurecer la represión de un hecho delictivo. Su historia atañe a esos juegos entre derecho y suspensión del derecho que caracterizan, hasta nuestros días, el ejercicio del poder de Estado en Occidente – y de los cuales Carl Schmitt o Walter Benjamin en su tiempo, Giorgio Agamben más recientemente, se esforzaron por dar cuenta.

2. Dos aproximaciones pueden ser combinadas para ver en qué participaba la categoría de enormidad de las formas específicas de la esfera judicial y, más ampliamente, de las del gobierno en los últimos siglos de la Edad Media. Una consiste en reconstituir sus condiciones de emergencia y en describir su difusión. Presentando aquí los primeros resultados de una investigación en curso, me limitaré primero a este aspecto. Veremos cómo la noción de *enormitas* fue elaborada progresivamente en la Iglesia a partir de los años 1130

* Una primera versión de este texto, aquí modificado y aumentado, fue editada en italiano en THÉRY (2009).

1 PETERS (2001) ofrece un estudio general sobre el “crimen de excepción” en Occidente a través de las épocas pero no se interesa en la noción de enormidad.

antes de entrar en el lenguaje de los poderes seculares. Ella estuvo desde entonces, y hasta el siglo XVIII, frecuentemente asociada con la noción romana de *atrocitas*, con la cual presentaba fuertes similitudes.

3. La otra aproximación apunta a delimitar los usos de la categoría. Se trata de captar su valor como calificación de derecho (y muy particularmente sus funciones procesales), sin descuidar sus empleos no técnicos, extrajurídicos. Vastas investigaciones todavía deben ser llevadas adelante antes de toda conclusión definitiva. Pero intentaré desde ahora sugerir en qué punto la enormidad medieval tuvo un lugar estructural, a diferencia de la antigua *atrocitas*, en la constitución y luego en el funcionamiento de un orden criminal específico, influido por la lógica penitencial y fundado sobre una cierta forma de excepcionalidad procesal (lo “extraordinario”): el orden proto-penal, o, si se quiere, lo penal de Antiguo Régimen.

I. Atroci­dad, enormidad, del derecho romano imperial a los penalistas modernos

A. La *enormitas* en las compilaciones justinianas

4. La noción de enormidad no tenía gran importancia ni consistencia particular en el derecho romano. En el conjunto de las compilaciones justinianas no aparece sino en cinco ocasiones, exclusivamente en el *Código*.

5. Tres de las cinco constituciones concernidas atañen a la anulación de donaciones o ventas. Un propietario podía cuestionar la venta por sus acreedores de un bien depositado en prenda si de ello había resultado para él un *enorme dampnum*, un “daño enorme” (C. 2.28.1). Un padre podía esperar revertir una donación irreflexivamente consentida por su hijo si el juez reconocía allí un carácter de “improbable enormidad” –significando aquí *improbabilis*, literalmente, “que no merece ser aprobado” pero remitiendo ciertamente también a la imposibilidad de apreciar la donación según una medida concebible (C. 3.29.4). Un hermano podía atacar por su “enormidad” las donaciones hechas por su padre a otro hermano antes del reparto por testamento de los otros bienes paternos (C. 3.29.6). En estos casos y en ciertas condiciones, el juez tenía la posibilidad de romper contratos (válidos, sin embargo, en el plano formal) ordenando una *restitutio in integrum*, es decir, un retorno a la situación previa. Esta vía de excepción permitía en particular volver sobre alienaciones aberrantes consentidas o sufridas por menores.

6. Desde el momento en que el vocabulario de la *enormitas* se hizo de uso frecuente en el Occidente medieval, primero en la Iglesia y luego en las otras jurisdicciones, ello ocurrió particularmente en utilizaciones en lo civil que no estaban por cierto desvinculadas de las materias abordadas en estas tres constituciones del *Código*. Tales utilizaciones estuvieron principalmente ligadas en efecto a la noción de “lesión enorme”, elaborada por los juristas en el siglo XII y pronto empleada corrientemente para calificar perjuicios susceptibles de justificar sea una acción en restitución, sea una acción en rescisión de venta (acciones reaparecidas con el descubrimiento del derecho romano)². Pero la elección por los hombres de la Edad Media del adjetivo “enorme” para designar este tipo de daño probablemente no se relacionó con una influencia determinante de los tres textos imperiales. En efecto, ninguno figura entre las principales fuentes romanas que fueron movilizadas para definir el régimen de la “lesión enorme”. El léxico de la enormidad, por otra parte, está ausente de estas principales fuentes (particularmente de la constitución C. 4.44.2, llamada también *lex secunda*, sobre la rescisión de venta)³.

7. De las dos otras menciones de la *enormitas* en el derecho imperial, no presenta interés particular aquella encontrada en la constitución C. 12.25.4.1 que concedía privilegios judiciales a ciertos dignatarios de palacio entre otros para ahorrarles gastos de justicia “demasiado grandes” o “excesivos” (*enormia dispendia*). La segunda, en cambio, merece una gran atención. Ella concernía a una materia de orden criminal, en una constitución de los em-

2 Ver, por ejemplo, III Comp. 1, 24, 4 [1198-1210] (= X, 1, 41, 5: “Gravem Ilerdensis ecclesie intelleximus questionem per sententiam felicis recordationis Eugenii Pape predecessoris nostri super ecclesiis quibusdam prolatam se lesam enormiter et olim et nunc etiam conquerentis”); *Liber Augustalis* [1231], II, 44, ed. Alphonse Huillard-Bréholles, *Nove constitutiones regni Sicilie a Friderico variis temporibus et locis post Melfiense consistorium edite*, t. IV/1, París: Plon, 1852-1861, p. 114: “Mulieres Longobardorum seu Francorum jure viventes in judiciis tantum restituendas esse sancimus cum per negligentiam vel fraudem mundualdorum seu procuratorum suorum enormiter lese probantur (...). Item, si propter nimiam simplicitatem ipsorum enorme damnum incurrant”); Anatole de Charmasse, *Chartes de l'abbaye de Corbigny*, Autun, 1889, pp. 33-37, n° XXVI (para una ocurrencia de la cláusula de renuncia a la “excepción de lesión enorme”, en un acta de 1274: “Renunciamus enim quoad eadem exceptioni enormis lesionis, alienationis et distractionis illicite omnique privilegio nobis seu nostro ordini indulto et etiam indulgendo, beneficio restitutionis in integrum actionique in factum de dolo, conditioni sine causa et ob causam et omnibus actionibus et exceptionibus facti et juris que contra presentes litteras possent dici necnon omni juri canonico et civili”).

3 Ver para este tema DEKKERS (1937: 11-12 y 46); CARRELLI (1937) y KALB (1992) y (2000).

peradores Valentiniano I y Valente⁴ fechada en 365. Si un *enorme delictum*, es decir, un crimen el que “la atrocidad excedía el marco de la corrección doméstica”, fue cometido por un menor, su conocimiento no correspondía a sus mayores (los *seniores propinqui*) como era el caso para las infracciones ordinarias sino que salía del marco de la familia, del ejercicio privado de la *patria potestas*, para corresponder a un juez (C. 9.15.1.2): “Quod si atrocitas facti jus domesticae emendationis excedit, placet enormis delicti reos dedi iudicium notioni”.

Había allí una excepción a un principio típicamente romano, la preeminencia de la justicia doméstica⁵. El carácter absolutamente aislado y muy tardío de esta ocurrencia atestigua bien que el vocabulario de la *enormitas* no pertenecía a la semántica específica del tratamiento de los crímenes privados (*delicta*) o públicos (*crimina*) en el mundo romano, así como por otra parte tampoco pertenecía a la del tratamiento de los ataques al derecho (*iniuriae*) en general.

B. La *atrocitas* romana

8. Independientemente de sus usos en lo civil, la noción de enormidad fue a menudo utilizada en la segunda parte de la Edad Media para calificar o designar pecados y crímenes. Además, ella fue asociada corrientemente a la noción de atrocidad, como ya era el caso en la constitución de los emperadores Valentiniano y Valente. Es pues útil, antes de hablar más ampliamente sobre la *enormitas* medieval, detenerse un poco en las características de la *atrocitas* en el derecho romano.

9. No existe, que yo sepa, un estudio consagrado a esta cuestión⁶. Una investigación rápida permite constatar la importancia de la noción de atrocidad en las compilaciones justinianas, donde aparece en 64 ocasiones (16 en el *Código*, 43 en el *Digesto*, 5 en *Instituciones*), en general para distinguir las *injuriae* (los actos reprimidos por el derecho) más graves. Más de la mitad de las menciones relevadas en el *Digesto* está concentrada en los libros 47 y 48, consagrados a la represión de los crímenes. Un texto de Justiniano inserta-

4 Conf. PERGAMI (1997) y (1993).

5 Ver para este tema, por ejemplo, THOMAS (1984).

6 Sobre lo criminal en derecho romano, ver MOMMSEN (1899); FERRINI (1976); COSTA (1921); BRASIELLO (1937); DE ROBERTIS (1987-2000); CERAMI (1991) y (1993); SCAPINI (1992); SANTALUCIA (1994), (1998) y (2009); PIETRINI (1996); VENTURINI (1996).

do en el *Código* (C. 1.17.2.8a) presenta por otra parte ambos libros en estos términos: “Y después fueron ubicados dos libros terribles sobre los delitos privados y extraordinarios así como sobre los crímenes públicos, que prevén toda severidad y atrocidad de las penas”.

Contrariamente a la enormidad medieval, que calificaba solamente las faltas y no su retribución, la *atrocitas* romana podía pues también designar la dureza, la intensidad, el mismo salvajismo de los castigos (numerosos ejemplos lo confirman)⁷.

10. En el título del *Digesto* consagrado a los *injuriis et famosis libellis*, Ulpiano precisaba que “se considera atroz una injuria muy ignominiosa y muy grande” (“Atroce in iuriam quasi contumeliosiore et maiorem accipimus” –los comparativos sin complemento *contumeliosior* y *major* tienen un sentido intensivo que puede apenas ser traducido de otro modo que por superlativos). Este texto abría una serie de seis fragmentos sucesivos (D. 47.10.7.7 a D. 47.10.9.2, debidos a Ulpiano y a Paulo) que definían la *atrocitas* en función de diversos tipos de circunstancia agravante susceptibles de caracterizar la injuria. Esta última devenía “atroz sea por la persona, sea por el momento, sea por la cosa misma” (D. 47.10.7.7), por ejemplo si era infligida a un magistrado, a un patrón o a un *paterfamilias* (D. 47.10.9.2), si ella se efectuaba en el foro o en el teatro (D. 47.10.9.1), a la vista del pretor o durante el tiempo de los juegos públicos, finalmente, si se trataba de una herida, en función de su importancia y de su lugar exacto en el cuerpo (D. 47.10.8). La *atrox injuria* podía también ser no corporal y consistir por ejemplo en invectivas o en un ataque dirigido a las vestimentas (D. 47.10.9.pr.).

11. Las infracciones atroces no formaban pues una categoría de crímenes o delitos definidos por su naturaleza (así como, por ejemplo, los crímenes de lesa majestad) o por la pena que ellos implicaban (como los crímenes “capitales”). La *atrocitas* aportaba un complemento de calificación que se presentaba como un marcador de intensidad. Ella era objeto así de un *aestimatio* (“Atrox

7 Ver por ejemplo C. 9.13.1.3b; Inst., 1,16: “Maxima est capitis deminutio, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit. Quod accidit in his qui servi poenae efficiuntur atrocitate sententiae”. En este tipo de casos la *atrocitas* puede traducirse por dureza o severidad. Puede ser opuesta a la *pietas*, en el sentido de clemencia, como en D. 48.9.5: “Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse, quod latronis magis quam patris iure eum interfecit. Nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere”.

injuria aestimatur vel ex facto [...], vel ex loco”, precisan las *Institutiones*)⁸, de una evaluación que tenía en cuenta todos los aspectos del hecho. Desde el primer siglo de nuestra era, Quintiliano en su *De institutione oratoria*, en el capítulo consagrado a la manera de emocionar a los jueces, daba así una lista de los tipos de circunstancias por las cuales “la atrocidad crece”⁹. En cierto modo, la *atrocitas* formaba el polo superior de una escala de gravedad de las infracciones: “una infracción (*factum*) es más o menos atroz o ligera (*vel atrocius vel levius*)”, leemos en D. 48.19.16.6. Comparativos o superlativos tienen aquí un papel primordial. Los saqueadores (*expillatores*) eran así “ladrones más atroces” o “muy atroces” (*atrociore fures*) según D. 47.18.1.1. Los “crímenes capitales” que, según los términos de un edicto de Augusto retomado en el *Digesto*, imponían el recurso a la tortura contra los esclavos del acusado, también eran designados como “muy atroces” o “los más atroces” (*capitalia et atrociora maleficia*, D. 48.18.8.pr.).

12. Los efectos jurídicos de la *atrocitas* romana pueden ser repartidos manifiestamente en dos tipos: efectos de agravación, efectos de excepción. Por una parte, la imposición de una pena particularmente severa e intensa podía derivarse de la atrocidad de un crimen. Los ladrones con fractura, después de haber sufrido azotes, eran así entregados sea a trabajos forzados ordinarios, si habían cometido su delito durante el día, sea, si eran *effractores nocturni* y por lo tanto *atrociore*, enviados a las minas, castigo más duro todavía (D. 47.18.2). Por otra parte, el carácter atroz de un crimen podía implicar derogaciones a un régimen jurídico ordinario. Excepciones de tipo procesal ligadas al estatuto de las personas, como en el caso citado más arriba del recurso a la tortura contra los esclavos de un acusado de *capitalia et atrociora maleficia*, o cuando los emperadores Diocleciano y Maximiano fueron incitados por la *atrocitas sceleris* a admitir a un esclavo, pese a su condición servil, en la acusación contra los asesinos de su amo (C. 1.19.1)¹⁰. Derogaciones a las reglas de derecho

8 *Instit.*, 4, 4. El pasaje da, esencialmente, la misma definición de la *atrocitas* que aquella formulada en los seis fragmentos del *Digesto* ya mencionados (D. 47.10.7.7 a D. 47.10.9.2).

9 Quintiliano, *De institutione oratoria*, VI, 1, 15. Conf. también VI, 1, 17. Las formulaciones de Quintiliano están próximas a aquellas aparecidas mucho más tarde en los fragmentos compilados en el seno del *Digesto* y en las *Institutiones*.

10 Conf. también D. 48.5.39.9: Aun si era “difícil permitir a un liberado de atacar la fama de su patrón”, el jurisconsulto Papiniano reconocía al *libertus* el derecho de acusar a su antiguo amo de adulterio si la injuria sufrida era “atroz”.

sustancial también, como cuando Justiniano, reafirmando el carácter irrevocable de las donaciones hechas legalmente, preveía sin embargo una excepción para despojar a los ingratos autores de injurias atroces para con sus donadores (C. 8.55.10.pr).

13. Podemos concluir de este breve análisis que la *atrocitas* romana era una noción innegablemente técnica y operatoria, pero muy flexible y relativamente imprecisa, que implicaba el ejercicio del *arbitrium* del juez. A este último correspondía una tarea de evaluación, de identificación del umbral más allá del cual podía ser declarada la atrocidad (es decir, la extrema gravedad o intensidad del crimen), la cual autorizaba un castigo más severo que de ordinario o una excepción a las reglas.

14. Hay que señalar desde ahora que este conjunto de características generales será igualmente válido para describir las funciones tomadas por la *enormitas* a partir de finales del siglo XII.

C. Lo atroz y lo enorme: una asociación de larga duración (s. XII-XVIII)

15. En los últimos siglos de la Edad Media y a lo largo de la época moderna, atrocidad y enormidad fueron asociadas de manera recurrente, tanto en la esfera eclesiástica como en el mundo laico. La segunda noción parece, en cierto modo, haber vuelto innecesaria la primera. Esta impresión es confirmada por una fuente del fin del Antiguo Régimen como el *Dictionnaire critique de la langue française* de Jean-François Féraud (1787), según el cual

enormidad se dice algunas veces en sentido propio, del tamaño de la talla; pero se emplea más ordinariamente en sentido figurado, para atrocidad. La enormidad del crimen, del hecho, del caso, etc.¹¹.

11 Jean-François Féraud, *Dictionnaire critique de la langue française*, 2 vol., Marsella: Mossy, 1787-1788, reimp. Tübingen: Niemeyer, 1994, t. II, p. 99. Ver también por ejemplo, Pierre Richelet, *Dictionnaire de la langue française et moderne*, t. II, Lyon, 1759, p. 77. El adjetivo “enorme” fue relacionado por Richelet con los términos latinos *atrox* e *immanis*, con este comentario: “esta palabra se dice de los crímenes y de las faltas y significa grande, atroz (Un crimen enorme, una falta enorme)”. El sustantivo “enormidad” fue relacionado con los términos latinos *enormitas*, *excessus*, *atrocitas*, con este comentario: “Esta palabra se dice de los crímenes y de las faltas y significa grandeza de falta o de crimen”.

16. A fines del siglo XII, por ejemplo, el teólogo parisino Pedro el Chantre designaba como *atrociora et enormia* los pecados más graves (de los cuales él hacía la hipótesis de que sólo ellos justificaban una excepción a la regla del silencio monástico para aplicar el precepto evangélico de corrección fraterna)¹². A partir del siglo XIII, la retórica pontificia a menudo asoció lo atroz y lo enorme en sus juegos de hipérbole y de redundancia, particularmente con fórmulas del tipo *atroces et enorme injurie*¹³. Citemos también una célebre bula de excomunión, fulminada en 1254 por Inocencio IV contra Ezzelino da Romano, el terrible señor gibelino de Italia nororiental. Este texto, fundador de la tradición que hizo de Ezzelino el modelo del tirano sanguinario hasta el Renacimiento, retrata a un monstruo “que la enormidad de su malignidad funesta hizo insigne y que hizo eminente la multitud de sus delitos atroces”¹⁴.

Las cancillerías seculares imitaron rápidamente a la del papa. En 1344,

12 *Petri Cantoris Parisiensis Verbum adbreuiatum*, (Monique Boutry, ed.), *textus conflatus*, Turnhout: Brepols, 2004, I, 77, p. 514: “Dicunt quidam quod mandatum evangelicum datum est de atrocioribus et enormibus peccatis, set in minoribus socius socium proclamat in capitulo; si vero viderit eum fornicari, dubium est nobis an coram omnibus turpitudinem ejus revelet, an abbatem tantum”.

13 Ver por ejemplo Jean Guiraud & Suzanne Clémencet, *Les registres d'Urbain IV (1261-1264)*, París: École française de Rome, 1892-1956, nos 546 et 649 (“Nos igitur, qui fratrum et coepiscoporum nostrorum offensas proprias reputamus, illatas tibi tam graves, tam atroces et enormes injurias non tam in tuum obprobrium, quam in illius contemptum cedere, qui evangelica veritate testante, se in suis ministris recipi testatur et sperni...”), 633a (“Et post occupationem regni Sicilie, quod est Sedis apostolice speciale, post quam plurimos magnates et alios devotos Sedis ipsius afflictos exilio, nonnullos horribilibus et clandestinis insidiis morti traditos, plures etiam sevis et apertis debachationibus interemptos aliasque atroces et enormes injurias eidem Ecclesie irrogatas...”). Las variantes eran numerosas. Ver por ejemplo una carta de Gregorio IX para denunciar las fechorías cometidas por un potentado de Umbria contra la Iglesia romana (1231), Augustin Theiner (ed.), *Codex diplomaticus domini temporalis Sancte Sedis*, t. I, Roma: Imprimerie du Vatican, 1861, n° 160, p. 94: “Notum est quod nobilis vir Raynaldus, natus quondam C. ducis Spoletani, atroces injurias, enormes jacturas et multimodas molestias Ecclesie Romane superba nequitia et nequam superbia irrogavit”.

14 “Ezilin[us] videlicet de Romano, quem dire malignitatis enormitas fecit insignem et mundo non incognita factorum atrocium multitudo spectabilem”: Carolus Rodenberg (ed.), *Epistolae s. XIII e regestis pontificum romanorum*, t. I, Berlín, MGH, 1883, n° 278, pp. 242-244; el texto latino fue retomado y traducido en GILLI & THÉRY (2010). Conf. el pasaje en pp. 92-93.

Pedro IV de Aragón evocaba así “enormes *injurie* y atroces ofensas” cometidas por el rey de Mallorca Jaime III “contra él y toda la cosa pública”, las cuales “no podían ser toleradas sin pecado ni ofensa a la majestad divina”¹⁵. Las jurisdicciones más modestas conocían el mismo vocabulario. En 1512, por ejemplo, ante el tribunal señorial de Montreuil-Bellay, en Anjou, se le reprochó a uno llamado Galays de haber insultado a un sargento que le notificaba una citación judicial,

*lesquelles parolles ledit procureur disoit et dit estre mal dites, mal parlé et qui denote injures enormes et atroces, et aussi estre offense mauvese faite à mondit sieur de la court de ceans et aux officiers et supposetez de sa justice*¹⁶.

Una pieza de teatro alegórico, la *Condena de banquette*, denunciaba en la misma época como “atroxitez enormalles” los perjuicios de la buena comida¹⁷. El libro de consejos redactados en 1598 para su hijo por Jacobo VI de Escocia (futuro Jacobo I de Inglaterra) todavía puede proporcionar un ejemplo, extraído de otro tipo de contexto. El rey le recomendaba a su heredero moderar su severidad, excepto para el castigo de “ciertos crímenes tan atroces y enormes que no permiten remisión alguna”¹⁸. Finalmente, podemos ilustrar

15 *Memorial histórico español. Colección de documentos, opúsculos y antigüedades que publica la Real Academia de la Historia*, t. III, Madrid, 1852, p. 391: “Animadvertens igitur dominus rex quod predictas enormes injurias et atroces offensas sibi et toti rei publice, nec minus habitonibus dictorum locorum feudalium, per dictum inclytum Jacobum irrogatos [sic] sine peccato et divine magestatis offensa non debebat nec poterat amplius tollerare vel sub conniventa preterire pro conservatione et reintegracione juris suis et rei publice...”.

16 Archives départementales de Maine-et-Loire, 12 B 387, fol. 41-42, citado por MATHIEU (2009: 561). [Nota del traductor: “las cuales palabras el susodicho procurador decía y dice estar mal dichas, mal hablado y que denota injurias enormes y atroces, y también ser ofensa mala hecha a mi señor del presente tribunal y a los oficiales y subordinados de su justicia”].

17 Nicolas de la Chesnaye, *La condamnation de Bancquet* [v. 1500], Jelle Koopmans & Paul Verhuyck (eds.), Ginebra: Droz, 1991, v. 2218-2225: “Qu’il soit vray, ilz ont tant grevé / Mes gens et femmes principales / Qu’il y en a sur le pavé / Demouré quatre mors et pales. / Telles oeuvres rudes et malles / Formidables a referer / Et atroxitez enormalles / Ne se doivent point tollerer”.

18 Jacobo I [de Inglaterra; Jacobo VI de Escocia hasta 1603], *Basilikòn dònron, sive regia institutio ad Henricum principem primogenitum suum et heredem*, Hannover: G. Antonius, 1604, p. 76: “Sed cum isti tuae severitati et modus et tempus, quod antea dixi, statuenda sint, tum alia quaedam ita atrocita et enormia crimina reperiuntur, ut nullam vel remissionem vel moderationem admittant”.

la permanencia larga de la asociación entre ambos calificativos con una carta redactada hacia 1740 por un procurador del rey de Francia en Gaillac. El oficial se decía “inundado de informes frecuentes sobre bandas de ladrones y de crímenes enormes que quedan impunes”, y concluía:

“Conociendo como conozco el carácter de los jueces inferiores [...], no hay otro remedio para conseguir la pena de crímenes atroces que de cuidar a lo que pasa en sus garitos [...], lo que no puede ser practicado sin hacer el gasto”¹⁹.

17. En las *Practicae criminales* de los siglos XVI-XVIII (comentarios de los grandes textos legislativos europeos en materia penal)²⁰, el vocabulario de la atrocidad y el de la enormidad aparecen más o menos intercambiables – aun si el primero es mucho más usado que el segundo²¹. Benedict Carpzov, uno de los más grandes criminalistas europeos del siglo XVII, plantea por ejemplo (en un tratado fechado de 1635) un límite a la regla de la confusión de las penas

“si la enormidad y la atrocidad de los crímenes cometidos requieren una severidad particular de la pena”, añadiendo que “nada, ciertamente, impide aumentar el suplicio debido a la enormidad del crimen y agravar la pena para un crimen muy atroz”²².

Antoine Bruneau (1640-ca. 1720), en el prefacio a la segunda parte de sus *Observations et maximes sur les matières criminelles*, recurre a ambas nociones para presentar la escala de gravedad de los crímenes: “Hay crímenes

19 Citado por CASTAN (1980: 123).

20 Las ordenanzas de Blois (1498) y Villers-Cotterêts (1539), luego la gran ordenanza de 1670 en Francia, la Carolina de Carlos V (1532) en el Imperio.

21 LAINGUI & LEBIGRE (1979) dan por hecha esta equivalencia sin interrogarse sobre el tema (ver en particular I, pp. 54, 88, 89, et II, p. 97, nn. 62-63). Conf. para ejemplos LAINGUI (1986: 214, 268); Antoine Bruneau, *Observations et maximes sur les matières criminelles*, París, 1715, en especial en pp. 365, 368, 401-3; P.-F. Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel ou principes généraux sur ces matières*, París, 1768, particularmente pp. 20, 304 (“...es necesario sin embargo distinguir a este respecto entre los crímenes enormes, los crímenes ordinarios y los delitos extremadamente ligeros”), 344; Daniel Jousse, *Traité de la justice criminelle en France*, París: Debure, 1771, en especial en pp. 56, 63, 132-133, 144, 435-436, 703, 776; Guy Du Rousseaud de La Combe, *Traité des matières criminelles* [1741], París: Libraires Associés, 1788, en particular en pp. 65-66, 168, 404, 523-524, 533, 570-571, 640. Sobre la atrocidad en el derecho penal moderno, ver también, en particular, ORTOLAN (1855: 116); SCHNAPPER (1973/1974: 90); CARBASSE (2006: 259).

22 Benedict Carpzov, *Practicae novae imperialis saxoniae rerum criminalium*, Leipzig, 1739, Pars III, *Questio CXXXII*, 58, pasaje reproducido en DURAND (1993), en anexos sin paginación.

graves, atroces y extraordinarios: esta gradación y división de los crímenes muestra bastante que hay varias suertes de grados, más o menos enormes”²³.

En cuanto al *Dictionnaire de droit et de pratique* de Claude-Joseph Ferrière (muerto en 1748), muy utilizado en Francia, explica en su definición de crimen que “las circunstancias aumentan o reducen considerablemente la atrocidad”, precisando un poco después que “hay crímenes tan enormes que no podemos imaginar que un hombre pueda ser culpable de ellos”²⁴. Así como lo sugiere esta última observación, la enormidad parece haber implicado en ciertos contextos por lo menos, de modo más o menos nítido, un aumento de gravedad con relación a la atrocidad²⁵.

18. En una tradición directamente nacida de las compilaciones justinianeas, la gradación de los crímenes entre “ligeros” y “muy atroces” o “enormes” iba a la par, en los penalistas modernos, de la posibilidad de una agravación de las penas por derogación del régimen jurídico ordinario. Así, el juez, en caso de atrocidad o enormidad del crimen, podía sustraerse a la obligación ordinaria de hacer detener la instrucción (y por lo tanto la tortura) después de las confesiones del acusado, o permitirse no infravalorar la pena cuando una tentativa de crimen no había llegado a concretarse. Podía también negarse a tomar a cuenta las circunstancias atenuantes (por ejemplo, la minoridad del culpable), o incluso hacer caso omiso de la regla según la cual la pena de muerte no debía ser infligida para un crimen ignorado en los textos normativos²⁶.

19. Podríamos caer en la tentación de ver en el desdoblamiento de la noción romana de atrocidad por la de enormidad un hecho de lenguaje superficial, susceptible de ser explicado simplemente por una influencia tardía de la constitución de los emperadores Valentiniano y Valente (en la que, recordémoslo, la *enormitas delicti* estaba asociada a la *atrocitas facti*). Intentaré, al contrario, sugerir que este desdoblamiento constituye el indicio de una transformación profunda de la atrocidad/enormidad medieval y moderna con relación a la atrocidad antigua. Pero para captar las diferencias entre ambas, hay que comenzar por definir los rasgos específicos de la categoría de *enormitas* en la Edad Media.

23 Antoine Bruneau, *Observations et maximes sur les matières criminelles*, París: G. Cavelier fils, 1715, prefacio de la segunda parte, no paginada, entre pp. 331 y 332.

24 Claude-Joseph de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, París: Veuve Brunet, 1769, I, pp. 405-406.

25 Para este tema ver LAINGUI (2003: 338).

26 Ver los relevados de LAINGUI & LEBIGRE (1979: 54, 56-57, 87-88, 97, 106, 131).

20. A pesar de fuertes similitudes, esta categoría no se confundía con la *atrocitas* de las compilaciones justinianas. Una constitución del *Liber Augustalis* (1232), la primera gran suma legislativa secular de la Edad Media, es explícita a este respecto. El emperador y rey de Sicilia Federico II, en este texto, autorizaba las transacciones privadas antes de la citación de las partes delante del juez en materia criminal, pero exceptuaba de este régimen a las *enormes injurie*, precisando en seguida que él pretendía en la materia “considerar como enormes solamente aquellas [las *injurie*] designadas como atroces por el derecho común” (“preterquam in enormis injuriis, ex quibus illas tantum reputari censemus enormes que per jura communia designantur atroces”)²⁷.

El Hohenstaufen suponía pues que las “injurias enormes” de su tiempo eran más numerosas que las “injurias atroces” romanas, mientras sobreentendía que los juristas eran entonces susceptibles de confundir unas y otras.

21. ¿Qué características distinguían la nueva categoría de la antigua y, finalmente, por qué la segunda Edad Media inventó la *enormitas*? Encontraremos los primeros elementos de respuesta reconstituyendo las etapas de esta invención.

II. La emergencia de la categoría de *enormitas*: reforma eclesiástica y gobierno pontificio en el siglo XII

22. La emergencia del vocabulario de la enormidad en los textos de la práctica se observa en el s. XII en el seno del mundo eclesiástico. Y antes que nada, al parecer, en las cartas de los papas.

A. Una inflexión en el segundo cuarto del siglo XII

23. En el curso de la Alta Edad Media, sólo el adverbio *enormiter* era empleado con una cierta frecuencia por los redactores de la cancillería pontificia. Las tres ocurrencias del vocabulario de la *enormitas* entre las 159 cartas de Nicolás I (858-867) publicadas en la *Patrología Latina*²⁸ o las nueve que pueden ser relevadas en las 382 cartas de Juan VIII (872-882)²⁹ aparecen así con la forma

²⁷ *Liber Augustalis*, I, 56, t. IV/1, p. 196. Sobre este pasaje, en particular en torno del empleo del plural *jura communia*, que no remite sino al derecho romano, ver MONTI (1987: 210-211) que cita también en nota la glosa de Andrea da Barletta (que remite a D. 47.10.7.8, D. 47.10.7.8. 8 y 9, e *Instit.* 4.4.9).

²⁸ Jean-Paul Migne (dir.), *Patrologie latine*, París, 1844-1855, 216 vol. (en adelante con la sigla PL seguida del tomo), t. 119, cc. 787, 788 y 799.

²⁹ PL 126, cc. 830, 886, 887, 894, 921, 929, 932, 933.

adverbial. El uso del adverbio, pero también el del sustantivo *enormitas* y del adjetivo *enormis*, conocieron un crecimiento inédito en las cartas de los papas del período post-gregoriano –es decir, en la época cuyo principio se fija tradicionalmente en 1122 (fecha del Concordato de Worms, una etapa mayor para el fortalecimiento de la posición pontificia en la relación de fuerza con el Imperio) y el fin en 1198 (fecha del advenimiento de Inocencio III, que abrió el período “teocrático”). La existencia de una versión digitalizada de la Patrología Latina, donde está editado un gran número de cartas pontificias del siglo XII, permitió establecer algunos datos estadísticos. Éstos tienen por cierto sólo un valor indicativo, estando fundados sobre un corpus no exhaustivo y arbitrariamente delimitado. Son suficientes, sin embargo, para una primera identificación del fenómeno³⁰.

Cuadro 1. Ocurrencias del sustantivo *enormitas*, del adverbio *enormiter* y del adjetivo *enormis* en las cartas pontificias (principalmente de acuerdo con las ediciones de la Patrología Latina³¹)

	NÚMERO DE OCURRENCIAS	NÚMERO TOTAL DE CARTAS EDITADAS	FRECUENCIA
Gregorio VII (1073-1085)	1	445	1/445
Pascual II (1099-1118)	0	538	0
Calixto II (1119-1124)	0	530	0
Honorio II (1124-1130)	1	112	1/112
Inocencio II (1130-1143)	2	598	1/249
Eugenio III (1145-1153)	11	592	1/54
Alejandro III (1159-1181)	45	1521	1/34
Inocencio III (1198-1216)	171	3024	1/18

30 Por otra parte, resultados estadísticos más satisfactorios habrían sido obtenidos si hubiera sido posible tener en cuenta la tipología de las cartas apartando del conteo los numerosos privilegios y confirmaciones de privilegios, los cuales nunca encierran ocurrencias del vocabulario de la *enormitas*. Tal selección previa, sin embargo, habría agravado excesivamente la tarea.

31 Para Gregorio VII, se ha considerado el conjunto íntegro de cartas conocidas, es decir las 362 cartas del *Registrum* (ed. PL 148, cc. 283-644; Erich Caspar, *Gregorii VII registrum*, Berlín, MGH, 1955) y las 83 *extravagantes* (ed. PL 148, cc. 643-734; Herbert E. J. Cowdrey, *The Epistolae Vagantes of Gregory VII*, Oxford: Clarendon Press, 1972). Para Calixto II, se han tomado en cuenta, no las 282 cartas editadas en PL 163, sino las 530 cartas (que incluyen aquellas de la PL) editadas o analizadas por ROBERT (1874), y, sobre todo, en su *Bullaire du pape Calixte II*, París: Imprimerie nationale, 1891, 2 vol.

24. El segundo cuarto del siglo XII constituyó una inflexión. La semántica de la *enormitas* está totalmente ausente del corpus de más de 1060 cartas emitidas por Pascual II (1099-1118) y Calixto II (1119-1124). En cambio, se encuentra una ocurrencia entre las 112 cartas publicadas de Honorio II (1124-1130), dos entre las 598 cartas de Inocencio II (1130-1143) –a las cuales podemos añadir una ocurrencia en un canon común a los tres concilios de Clermont (1130), Reims (1131) y Letrán II (1139), cuyas actas fueron redactadas bajo la autoridad del mismo papa– y 11 (es decir, una cada 54 cartas) entre las 592 cartas de Eugenio III. Bajo este último papa, el crecimiento del uso –ya detectable en las cartas del pontificado precedente, por cierto desde una mirada *a posteriori*– se ha pues acelerado. Se puede hablar de un *take off*, ya que la frecuencia monta luego a una ocurrencia cada 34 cartas redactadas durante los 22 años del pontificado de Alejandro III (1159-1181), luego a una cada 18 cartas en tiempos de Inocencio III (1198-1216). Este aumento es tanto más significativo que el número de cartas anualmente emitidas por la cancillería pontificia se incrementó continuamente en el curso del período (los *corpora* considerados comprenden 1521 cartas de Alejandro III y 3024 del Inocencio III). El número de cartas de Inocencio III tomadas en cuenta es dos veces más grande que el de las cartas de Alejandro III, pero las ocurrencias del vocabulario de la “enormidad” allí son 3,8 veces más numerosas. Hacia 1200, la *enormitas* había triplicado su frecuencia respecto de en las cartas emitidas hacia 1150 por la Sede Apostólica. Se convirtió en un concepto corriente del lenguaje pontificio.

B. La enormidad como irregularidad canónica (ca. 1130 - ca. 1150)

25. En latín clásico, lo que era “enorme” podía serlo en dos sentidos principales. Bien se trataba de algo contrario a la regla, a las costumbres o a la armonía (Tácito habla de *vici enormes* para designar calles irregularmente edificadas, Quintiliano de *enormis toga* para designar una toga cortada de forma extraña³²), bien se trataba de algo sobreabundante, desproporcionado, aquello cuya cantidad, amplitud o intensidad fueran desmesuradas. Ahora bien, desde que el vocabulario de la *enormitas* comenzó a tomar un lugar nuevo en las cartas pontificias, fue inmediatamente y, en un primer momento exclusivamente, con una acepción que no había tenido (o apenas)³³ curso en

³² Ejemplos dados por GAFFIOT (1934).

³³ Conf. una carta de Víctor I (189-199c.) –si no se trata de un documento falso forja-

la Antigüedad y que había permanecido bastante rara, marginal, en los siglos de la Alta Edad Media.

Cuadro 2. El vocabulario de la *enormitas* en las cartas pontificias, de Gregorio VII a Eugenio III: formas y contextos de las ocurrencias (relevamiento no exhaustivo)³⁴

Gregorio VII, 1075	propter tam enormem inobedientie temeritatem ^a
Honorio II, 1129	ut enormitates regni tui corrigat ^b
Inocencio II, 1130, 31, 39	prelati tantae enormitati consentientes et non corrigentes ^c
Inocencio II, 1138-40	quatenus tantam enormitatem nullatenus attentare presumas ^d
Inocencio II, 1141-43	ut alii eandem enormitatem non audeant attentare ^e
Inocencio II, 1142	pro enormitatibus corrigendis destinamus ^f
Eugenio III, 1146	de incontinentiis clericorum et sacerdotum et aliis enormitatibus ^g
Eugenio III, 1146	de clericorum incontinentia et aliis enormitatibus ^h
Eugenio III, 1146	enormitates illius populi et precipue clericorum incontinentias ⁱ
Eugenio III, 1146	istis enormitatibus tanquam catholicus princeps contradicis ^j
Eugenio III, 1147	pro multis enormitatibus propellendis concilium celebrare decrevimus ^k
Eugenio III, 1147	pro multis enormitatibus propellendis concilium celebrare decrevimus ^l
Eugenio III, 1150	vir discretus qui enormitates monachorum ejusdem loci corrigeret ^m
Eugenio III, 1150	unde enormitates fratrum quietem disturbantes audivimus provenire ⁿ
Eugenio III, 1150	monasterium in quo clerici seculares enormiter conversati sunt ^ñ

do en el curso de la Alta Edad Media—, Julius von Pflugk-Harttung (ed.), *Acta pontificum romanorum*, op. cit., II, n° 4, p. 2: “Interea scitote quia aliud est presulem nullo intercedente examine repente ac mendaciter deicere et aliud est licet enormiter iudicatum tamen quoquo modo expertum in culpa depellere”.

34 No todos los pontificados son tomados en cuenta. Además, solo son consideradas las cartas editadas en la *Patrologia latina* y en la recopilación de Julius von Pflugk-Harttung, *Acta pontificum romanorum inedita. Urkunden der Päpste vom Jahre 748 bis zum Jahre 1197*, Stuttgart: W. Kohlhammer, 3 vol., 1880-1186 (a excepción del pontificado de Gregorio VII, para el cual, como vimos, son tomadas en cuenta todas las cartas conocidas).

Eugenio III, 1150-52	ecclesia enormitatibus et excessibus prioris turbata est °
Eugenio III, 1152	ut ubi omnis enormitatis malitia exstitit regularis ordo refloreat p

a. PL 148, c. 409. b. PL 166, c. 1303. c. Canon 9 del Concilio de Letrán II (Giuseppe Alberigo et alii, ed., *Les conciles oecuméniques*, París, 1994, t. II/1, pp. 434-436; Gian Domenico Mansi, *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, t. XXI, Venecia, 1776, c. 528), ya promulgado por Inocencio II en los concilios de Clermont en 1130 (canon 5, ed. G. D. Mansi, *Sacrorum conciliorum*, op. cit., c. 439) y de Reims en 1131 (canon 6, ed. op. cit., c. 459; PL 179, c. 681). d. Julius von Pflugk-Harttung, *Acta pontificum romanorum*, op. cit., t. II, 1884, n° 346, p. 308. e. PL 179, c. 636. f. *Ibid.*, c. 597. g. PL 180, c. 1143. h. *Ibid.* i. *Ibid.* j. *Ibid.* k. PL 180, c. 1284 l. *Ibid.* c. 1285. m. *Ibid.* c. 1422. n. *Ibid.* c. 1434. ñ. *Ibid.* c. 1435. o. *Ibid.* c. 1485. p. *Ibid.* c. 1509.

26. En las primeras 16 ocurrencias localizadas para el siglo XII –las de los pontificados de Honorio II, Inocencio II y Eugenio III–, la *enormitas* tiene en efecto el sentido muy preciso de infracción a los cánones. Por oposición, el adjetivo *enormis* tiene un sentido puramente retórico en la única ocurrencia entre las cartas de Gregorio VII, citada en la primera línea del cuadro 1 (se refiere a la desmesura y no a un eventual carácter ilegal de la temeridad reprochada a un obispo desobediente). En Honorio II, Inocencio II y Eugenio III, la *enormitas* designaba, literalmente y de forma cercana a la etimología, lo que es exterior a la norma (*enormitas*); pero la norma aquí concernida, contrariamente a la que estaba en cuestión en el primer sentido clásico (en la expresión *enormis toga* de Quintiliano, por ejemplo), no tenía nada genérico, de variable o de indeterminada. Ella no tenía sino una naturaleza posible: se trataba exclusivamente de unas leyes o, más bien, de reglas de la Iglesia. En las cartas de los primeros papas post-gregorianos, una “enormidad” es una irregularidad, con una acepción estrechamente técnica de este último término, que excluye toda referencia a una desarmonía. “Irregularidad”, aquí, en el sentido estricto de no conformidad a la regla canónica.

27. Así cuando Honorio II, en 1129, recomendaba a la protección del rey de Castilla un legado que le enviaba para que, “sostenido por la potencia real y con la gracia del Espíritu Santo, corrija las enormidades del reino y confirme lo que está bien establecido (*bene statuta*)”³⁵ o cuando Eugenio III, en 1146, animaba al duque de Bohemia Ladislao para “extirpar vigorosamente

35 PL 166, c. 1303.

las enormidades de su pueblo”³⁶. Las *enormitates* son aquí las infracciones a la disciplina cristiana cometidas por poblaciones recientemente o mal cristianizadas, o todavía reacias a las nuevas normas promovidas desde la reforma gregoriana e impuestas con un rigor creciente por la Iglesia del siglo XII. Son también las infracciones cometidas por los clérigos, muy particularmente respecto de los cánones que les imponen con un rigor inédito el celibato y la continencia, y las faltas de los monjes a tal o cual artículo de su regla de vida.

28. Desde 1130 (es la segunda ocurrencia relevada), la “corrección” de las “enormidades” fue evocada en un canon conciliar, el quinto promulgado durante una asamblea de prelados reunida en Clermont bajo la presidencia de Inocencio II. En esta ocurrencia, la “enormidad” a corregir consistía en una “mala costumbre” (*prava consuetudo*) según la cual ciertos monjes o canónigos regulares, con desprecio de las reglas de San Benito y de San Agustín, se habían acostumbrado a enseñar el derecho y la medicina. Este canon luego fue retomado por el mismo papa al concilio de Letrán II³⁷. Ocho años más tarde, en 1147, Eugenio III advirtió a prelados alemanes de la reunión de un concilio destinado a “cazar (*propellere*) las enormidades”³⁸. En 1178 finalmente, en la circular por la cual convocó a los prelados de Occidente al concilio universal de Letrán III –el más importante del siglo XII–, Alejandro III fijó como misión a la futura asamblea

“hacer lo que se debería tanto para corregir las enormidades como para establecer lo que agradaría al Dios”³⁹.

Así como en la primera ocurrencia relevada, la de la carta de Honorio II al rey de Castilla en 1129, el gobierno eclesiástico consistía pues a la vez en erra-

36 PL 180, c. 1143.

37 Cf. Canon 9 del Concilio de Letrán II (Giuseppe Alberigo et alii, ed., *Les conciles oecuméniques*, París, 1994, t. II/1, pp. 434-436; Gian Domenico Mansi, *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, t. XXI, Venecia, 1776, c. 528), ya promulgado por Inocencio II en los concilios de Clermont en 1130 (canon 5, ed. G. D. Mansi, *Sacrorum conciliorum*, op. cit., c. 439) y Reims en 1131 (canon 6, ed. op. cit., c. 459; PL 179, c. 681).

38 PL 180, c. 1284 (la misma expresión es retomada en otra carta de convocatoria al mismo concilio, *Ibid.*, c. 1285).

39 PL 200, c. 1184: “Quocirca per apostolica vobis scripta mandamus qualiter huic nostre dispositioni plenis desideriis cooperari curetis et prima Dominica advenientis Quadragesime ad Urbem Romam, ducente Domino, veniatis et, cooperante sancti Spiritus gratia, tum in corrigendis enormitatibus, tum in statuendis que Deo grata fuerint, communi studio quod fuerit agendum agatur”.

dicar los malos usos corrigiéndolos (*enormitates corrigere*) y en establecer (*statuere*) buenas reglas.

29. Los papas de la Alta Edad Media por cierto habían utilizado de vez en cuando el adverbio *enormiter* para acusar ciertos hechos de irregularidad canónica. Tal era el sentido de esta palabra, por ejemplo, en las ocurrencias señaladas más arriba en los papas del siglo IX Nicolás I y Juan VIII (a menudo se trataba de elecciones o de consagraciones episcopales efectuadas *enormiter*)⁴⁰. En ausencia de rastros más consistentes en las fuentes, podemos no obstante considerar que el concepto de *enormitas* no estaba plenamente constituido en aquella época. Por oposición, sorprende comprobar que 14 de las 15 primeras ocurrencias del léxico de la enormidad localizados para el siglo XII se presentan, no bajo la vieja forma adverbial de los siglos precedentes, sino bajo una forma sustantiva –e incluso bajo una forma sustantiva absoluta (no “la enormidad de algo” sino “una enormidad” a secas). Antes, la palabra “enormidad” no era empleada –o muy poco– de este modo⁴¹. Entre

40 Por ejemplo “[consecratio episcopi] enormiter et contra sanctorum Patrum institutiones peracta est” (Nicolás I, PL 119, c. 788); “... justitie censura ea scilicet emendanda deliberare que perperam atque enormiter fuerint alicubi commissa” (Nicolás I, op. cit., c. 799); “et quia nondum a vinculis excommunicationis absolutus in Vercellensi ecclesia episcopum enormiter ordinare presumpsit” (Juan VIII, PL 126, c. 886). Ver también cartas de Juan VIII (872-873) contra un abad que hizo mal juicio de la vida del precedente papa Adriano II (“Epistola tue religionis accepta diligentique curiositate scrutata, quasi zeli reperiris obtentu longius a te professionis proposito recessisse, quin potius a christiane religionis regula enormiter deviasse, dum scilicet improbe vite decessoris nostri derogare dinosceris et ipsius quodammodo carnes rodere conprobaris”: Samuel Löwenfeld, *Epistolae pontificum romanorum ineditae*, Leipzig: Veit, 1885, n° 45) y de Esteban V (887-888), contra un arzobispo que hizo elegir a su sucesor (“decretum super hoc fieri tuorumque quorundam sacerdotum ac laicorum manibus firmari enormiter consenseris”: *ibidem*, n° 62). Preparo un artículo sobre la noción de enormidad en las cartas pontificias de la Alta Edad Media.

41 La única ocurrencia del vocabulario de la *enormitas* en las 111 cartas de León IX (papa de 1049 a 1054 y considerado como el primer pontífice en haber promovido la reforma llamada bastante más tarde “gregoriana”) editadas en la PL, por ejemplo, es un sustantivo, pero remite antes que nada a la magnitud de un crimen y no a su carácter de irregularidad. El papa designa en efecto como una *enormitas vel horror* (el *vel* marca la equivalencia) un *abominabile scelus detestabileque facinus* (PL 143, c. 760). No obstante, no podemos excluir que la “enormidad” también reenvíe aquí a un grado menor –como en filigrana–, a la infracción de los cánones, puesto que el “crimen abominable” y “detestable” en cuestión consiste en la práctica de la ordenación de las mujeres imputada a la iglesia de

1130 y 1150, la emergencia de una categoría específicamente post-gregoriana de la *enormitas* fue pues a la par de la difusión inédita del uso del sustantivo en una acepción (el sentido de irregularidad canónica) y un uso lingüístico (la sustantivación absoluta) que hasta entonces habían sido raros, más aún desconocidos o casi desconocidos.

C. La emergencia de un nuevo sentido compuesto (segunda mitad del s. XII)

30. Después del pontificado de Eugenio III, en la segunda parte del siglo XII, no sólo el léxico de la “enormidad” se hizo cada vez más corriente en las cartas de los papas, como se ha visto, sino que la noción misma conoció una mutación determinante. La primera observación: mientras que casi todas las ocurrencias de los años 1130-1150 eran sustantivos, el adjetivo y el adverbio luego se hicieron también tan frecuentes. Las 75 menciones que pude relevar al examinar la casi totalidad de las cartas editadas de Alejandro III (a saber, cerca de 3000 cartas), por ejemplo, se reparten bastante equitativamente entre *enormitas* (27 ocurrencias), *enormis* (30) y *enormiter* (un poco menos corriente, con 18 ocurrencias⁴²). El sustantivo por otra parte no se encuentra

Constantinopla. Hay que señalar también un caso en el preámbulo de una carta borgoñona fechada en 1106, en que se encuentra evocada la necesidad de evitar “la enormidad de los futuros litigios” (“Quum diuturna lubrici temporis revolutio labili memorie hominum intersecanie oblivionis fuco consuevit injuriare, queque inconvulsum soliditatis valorem in reliquum deposcunt habere utile perpendimus pellibus vervecum insertis signis apicum nostrorum noticie declarare ut eorum nimirum veritatis inconcussionem tueri futurarumque litium enormitatem reprimendo valeat compescere”: M. C. Ragut, *Cartulaire de Saint-Vincent de Mâcon connu sous le nom de Livre enchaîné*, Mâcon: Protat, 1864, pp. 321-322). La evolución general del sentido de la *enormitas* después de 1150, descripta poco después, parece aquí anticipada.

42 Referencias de las 74 ocurrencias: Stanley Chodorow & Charles Duggan, *Decretales ineditae seculi XII from the Papers of the Late Walther Holtzmann*, Ciudad del Vaticano, BAV, 1982, n° 90, pp. 158-159 (JL —); X, 1, 14, 2 (JL 13808); X, 3, 7, 3 (JL 13817); X, 2, 28, 31 (JL 13875) [2 ocurrencias], X, 3, 30, 8 (JL 14023); X, 4, 16, 1 (JL 14055); X, 5, 14, 1 (JL 14091); X, 1, 17, 4 (JL 14138); X, 2, 28, 22 (JL 14152); Paul Fr. Kehr, *Papsturkunden in Spanien. Vorarbeiten zur ‘Hispania pontificia’. II. Navarra und Aragon*, Berlín: Weidmann, 1928, n° 94, p. 415 (JL —); PL 200, c. 184 (JL 10792); Rudolf Hiestand, *Vorarbeiten zum Oriens pontificius I. Papsturkunden für Templer und Johanniter. Archivberichte und Texte*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1972, n° 48, pp. 247-248 (JL —); PL 200, cc. 1006-1007 (JL 12416); PL 200, cc. 211-215 (JL 10855); X, 5, 4, 3 (Concile de Tours, c. 5); PL 200, cc. 1280-1281 (JL 14222); PL 200, c. 306 (JL

11053); Walter Holtzmann, *Papsturkunden in England. III.* Oxford, Cambridge, Kleiner Archive und Bibliotheken und Nachträge aus London, Göttingen: Weidmann, 1952, n° 151, p. 293 (JL --; cf. JL 11004 et 11006); PL 200, cc. 327-328 (JL 11104); Paul Fr. Kehr, *Papsturkunden in Italien. Reiseberichte zur 'Italia pontificia'*, Ciudad del Vaticano, BAV, 1977, t. III, p. 504, n° 14 (JL --); Demetrio Mansilla, *La documentacion pontificia hasta Inocencio III (965-1198)*, Roma: Instituto español de estudios eclesiasticos, 1955, n° 111, pp. 129130 (JL 11253); PL 200, c. 416 (JL 11275); PL 200, c. 417 (JL 11278); PL 200, cc. 430-431 (JL 11306); PL 200, n° 428, cc. 437-438 (JL 11324); PL 200, n° 438, cc. 443-444 (JL 11347); PL 200, n° 494, c. 495 (JL 11413); Rudolf Hiestand, *Vorarbeiten zum Oriens pontificius. III. Papsturkunden für Kirchen im Heiligen Lande*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1985, n° 101, pp. 260-261 (JL 11568); PL 200, n° 763, cc. 700-702 (JL 11835); PL 200, n° 764, cc. 703-705 (JL 11836) [2 ocurrencias]; PL 200, n° 765 c. 705 (JL 11837); PL 200, n° 767, cc. 706-707 (JL 11840); PL 200, n° 770, cc. 708-709 (JL 11843); PL 200, n° 771, cc. 709-710 (JL 11844); PL 200, n° 772, cc. 710-711 (JL 11845); PL 200, n° 807, cc. 741-742 (JL 11925); PL 200, n° 825, cc. 753-754 (JL 11947) [2 ocurrencias]; PL 200, n° 827, cc. 755 (JL 11948); PL 200, n° 873, c. 784 (JL 11994); Julius von Pflugk-Harttung, *Acta pontificum romanorum*, op. cit., t. I, n° 271, pp. 250-251 (JL 12068); PL 200, n° 966, c. 844 (JL 12104); PL 200, n° 979, cc. 854-860 (JL 12117); Julius von Pflugk-Harttung, *Acta pontificum romanorum*, op. cit., t. III, n° 227, pp. 229-230 (JL 12179); Walther Holtzmann, *Papsturkunden in England, III.*, op. cit., n° 327, p. 441 (JL --; cf. JL 16210); PL 200, n° 1002, cc. 883-884 (JL 12162); PL 200, n° 1003, cc. 884-885 (JL 12163); PL 200, n° 1004, cc. 885-886 (JL 12164); PL 200, n° 1078, cc. 947-948 (JL 12286); PL 200, n° 1086, c. 952 (JL 12297) [2 ocurrencias]; PL 200, n° 1086, c. 952 (JL 12297); PL 200, n° 1087, cc. 952-953 (JL 12298); Dietrich Lohrmann, *Papsturkunden in Frankreich. Neue Folge, 8. Diözese Paris. I. Urkunden und Briefsammlungen der Abteien Sainte-Geneviève und Saint-Victor*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1989, n° 138, pp. 330-331 (JL --); Julius von Pflugk-Harttung, *Acta pontificum romanorum*, op. cit., t. III, n° 231, pp. 231-232 (JL 12326); Johannes Ramackers, *Papsturkunden in den Niederlanden (Belgien, Luxemburg, Holland und Französisch-Flandern)*, Berlin, Weidmann, 1933-1934, n° 148, p. 289, (JL --) [2 ocurrencias]; Paul Fr. Kehr, *Papsturkunden in Spanien*, op. cit., t. II, n° 137, p. 477 (JL --); PL 200, n° 1143, cc. 994-996 (JL 12390) [4 ocurrencias]; PL 200, n° 1144, cc. 996-997 (JL 12391); PL 200, n° 1145, cc. 997-998 (JL 12392); Stanley Chodorow, Charles Duggan, *Decretales ineditae saeculi XII from the Papers of the Late Walther Holtzmann*, op. cit., n° 51, p. 92 (JL --); PL 200, n° 1181, cc. 1023-1024 (JL 12490); PL 200, n° 1193, cc. 1037-1038 (JL 12706) [2 ocurrencias]; Paul Fr. Kehr, *Papsturkunden in Spanien*, op. cit., t. I, n° 171, pp. 464-465 (JL --); PL 200, n° 1356, c. 1184 (JL 13097); Emil Friedberg, *Die Canonessammlungen zwischen Gratian und Bernhard von Pavia*, Leipzig: Tauchnitz, 1897, p. 54, et Rudolf Hiestand, *Papsturkunden für Templer und Johanniter. Neue Folge*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1984, n° 42, p. 260 (JL --); Paul Fr. Kehr, *Papsturkunden in Italien*, op. cit., t. II, p. 210 (JL --); Emil Friedberg, *Die Canonessammlungen*, op. cit., p. 62 (JL --); David Wilkins, *Concilia*

en Alejandro III más solo en un uso absoluto (por ejemplo cuando el papa lamenta que los clérigos ingleses “ofrecen el ejemplo de la disolución y la enormidad” a los laicos)⁴³, sino también con un complemento del sustantivo que lo caracteriza (“enormidad de una elección”⁴⁴, “enormidad de los peajes” impuestos por el conde de Melgueil en la provincia eclesiástica de Narbona⁴⁵).

31. La evolución más notable es, no obstante, de otro orden. Reside no sólo en la reaparición masiva del sentido cuantitativo o superlativo (la “enormidad” como desmesura o exceso), que cohabita en lo sucesivo con el sentido de irregularidad, sino también y sobre todo en la indistinción, la fusión de estos dos sentidos en muchas ocurrencias.

32. Los ejemplos que siguen están extraídos, allí también, de cartas de Alejandro III. Cuando el papa califica de “mala y enorme” (*prava et enormis* – expresión habitual) tal “costumbre” de los señores del reino de Francia que hacen pagar a los clérigos la atribución de la *licencia docendi*⁴⁶, podemos seguramente considerar que la “enormidad” no designa sino la simple

Magnae Britanniae et Hiberniae, I, Londres, 1737, p. 539 (JL 13572). Preparo un artículo centrado en este pequeño corpus.

43 Walther Holtzmann, *Papsturkunden in England*, op. cit., t. III, Göttingen, 1952, n° 151, p. 293: “Non videtur ulla ratione mirandum si laici in clericos [et] precipue Anglicos incandescunt, qui, cum deberent vitam suam informare honestis [et] modicis et de se bonam aliis opinionem proferre, potius dissolutionis et enormitatis exemplum preterdunt et, quod in laicis foret non modicum reprehensibile, illud intentare nulla [et] ratione formidant”.

44 Stanley Chodorow & Charles Duggan, *Decretales ineditae seculi XII from the Papers of the Late Walther Holtzmann*, op. cit., n° 90, pp. 158-159: “Quia non pro vitio personarum, sed pro enormitate electionis earum electiones cassantur”.

45 PL 200, cc. 327-328: “Susceptis litteris quorundam ex vobis, gratum admodum tenuimus quod vos, sicut earum tenor exposuit, super pedagogorum enormitate tollenda studiosi et vigilantes estis”.

46 Concilioe de Tours (1163), canon 5, luego Comp. I, 5, 3, 3, luego X, 5, 4, 3: “Quoniam enormis quaedam consuetudo in quibusdam locis contra sanctorum Patrum institutiones invaluit, ut sub annuo pretio sacerdotes ad ecclesiarum regimen statuatur”. Conf. también Paul Fr. Kehr, *Papsturkunden in Spanien*, t. I, Berlín, 1926, n° 171, pp. 464-465 (“Quoniam igitur consuetudo ista prava est admodum et enormis et ideo ad eam radicitus extirpanda promptus debes et studiosus existere”), y X, 3, 7, 3 (“Ex frequentibus querelis personarum satis manifeste didicimus, in partibus vestris consuetudinem pravam admodum et enormem, et sanctorum Patrum constitutionibus omnimodo contrariam a multis retro temporibus invaluisse”).

irregularidad canónica sin referirse directamente a la gravedad del hecho – así como en los tres ejemplos de empleo del sustantivo *enormitas* citados un poco más arriba (“enormidades” cometidas por los clérigos, la “enormidad” de una elección, de un peaje) o en la carta de convocatoria al concilio de Letrán III “para corregir las enormidades”. Asimismo cuando el pontífice subraya que la misión del arzobispo de Canterbury consiste en “corregir lo que ha sido hecho *enormiter* y contra la justicia”⁴⁷ (se podría también traducir aquí por “o” la conjunción *seu*, que denota tanto una equivalencia como una alternativa).

33. Al contrario, la *enormitas* es claramente entendida en el sentido de amplitud desmesurada, en las cartas de Alejandro III, no sólo cuando es cuestión de *enorme dampnum* o *detrimentum* de una iglesia⁴⁸ (en relación con el régimen civil de la “lesión enorme”, cuya elaboración comenzó de ahí en más), sino también cuando el pontífice califica unos desórdenes de “enormes” o habla de crímenes como de “enormidades”. Tales casos son muy frecuentes en lo sucesivo – mientras que no se encuentra ninguno en las cartas de los años 1130-1150. El papa evoca así los “males no sólo enormes, sino también intolerables”⁴⁹ que provienen en Suecia de la colación de los beneficios por laicos, o las “enormidades de los malvados”⁵⁰ responsables del asesinato del arzobispo de Tarragona (quienes, según una fórmula luego corriente, *graviter et enormiter delinquerunt*)⁵¹.

34. La *enormitas* remitía a la magnitud, en particular, desde el momento

47 X, 1, 14, 2: “Ex ratione commisse tibi dignitatis et consideratione legationis ad universas ecclesias tue legationis aciem sollicitudinis tue debes extendere et que enormiter seu contra justitiam facta fuerint pastoralis cura corrigere et emendare”. Conf. también PL 200, cc. 753-754 (“Unde, quoniam, sicut nobis ex voluntate divine Providentie ecclesiarum omnium sollicitudo incumbit, sic quoque unicuique in suo jure providere tenemur et que inordinate aut enormiter fiunt consideratione injuncti nobis officii compellimur ad statum rectitudinis revocare”) y c. 755 (mismas fórmulas).

48 Tres ejemplos: PL 200, cc. 430-431, 554-555, 753-754.

49 *Ibid.*, c. 855: “Audivimus enim et audientes non potuimus non dolere quod apud vos, tam in Suecia videlicet quam in Gothia, ex nimia et perversa non libertate, sed abusione potius et insolentia laicorum, consuetudo pessima et detestabilis inolevit ex qua etiam multa illicita provenerunt et mala non solum enormia, verum etiam intolerabilia pullularunt”.

50 *Ibid.*, c. 952. Se trata del *incipit* de la carta: “Officio nostro congruit scelera et enormitates sceleratorum corrigere et delinquentium culpas debita animadversio punire”.

51 *Ibid.*, inicio de la *narratio* en la misma carta: “Sane quam graviter et enormiter deliquerint qui necem bone memorie Hugonis quondam Tarraconensis archiepiscopi”.

en que estaba asociada a la noción de “exceso”⁵². Esta última tomó un lugar importante en las cartas de los papas, precisamente en el siglo XII, para designar las infracciones graves a los cánones. En una carta emitida entre 1150 y 1152, hacia el fin de su pontificado, Eugenio III ya había hablado de «numerosas enormidades y excesos» cometidos por un prior en detrimento de la iglesia romana de Santa Maria Novella⁵³. Había quizá allí ya un poco más que una simple redundancia –aún si la *enormitas* y el *excessus* correspondían tanto el uno como el otro a la definición formulada un poco después en la misma carta, cuando el papa afirmaba la necesidad de “reconducir a la regla de rectitud lo que excede la norma y el orden”⁵⁴. Una *enormitas*, un *excessus* todavía entonces significaba simplemente salirse del marco legítimo. En las cartas de Alejandro III, en cambio, se observa una asociación corriente de ambas nociones, no sobre el modo de la equivalencia, sino en expresiones donde la “enormidad” califica al “exceso”. El involucramiento de clérigos en los duelos judiciales⁵⁵ constituye así un “exceso enorme”, así como la práctica de los laicos del matrimonio consanguíneo o el mantenimiento público de concubinas por los clérigos en Inglaterra⁵⁶, la lealtad prestada por un abad italiano a los antipapas sostenidos por el emperador Federico Barbarroja⁵⁷ o incluso la vio-

52 En la literatura cristiana de la Antigüedad tardía, el exceso había tenido un contenido esencialmente moral y había designado las desviaciones (*ex-cedere* significa literalmente salir de un marco, sobrepasar un límite), faltas a la disciplina de vida, es decir faltas o pecados. El sentido de infracción a los cánones se sobreimpuso y devino el dominante, probablemente desde la Alta Edad Media.

53 PL 180, cc. 1485-1486 (“*Frequenter insinuavit auribus nostris dilectus filius noster J., diaconus cardinalis Marie Nove, quod ecclesia sua multis enormitatibus et excessibus ejusdem ecclesie prioris, sicut tibi notum esse credimus, ita interius et exterius turbata sit, ut compage charitatis dissoluta totum edificium boni operis nutare videatur*”).

54 Op. cit., c. 1486: “*sollicitudini nostre incumbit quod in eadem ecclesia normam dicitur et ordinem excedere ad rectitudinis regulam summopere revocare*”.

55 X, 5, 14, 1: “*Si clericus alicui sponte duellum obtulerit vel, si oblatum susceperit et subierit, sive victor sive victus fuerit, de rigore juris est merito deponendus. Sed quantumque ejus in hoc gravis sit et enormis excessus, evadere potest depositionis sententiam*”.

56 PL 200, cc. 1280-1281: “*Significatum est nobis quod quidam parochiani vestri cum consanguineis et affinibus suis illicita passim matrimonia contrahunt et clerici etiam plerique concubinas publice introducunt et ipsas sibi sub jurisjurandi religione conjungere non verentur. Unde, quoniam tam graves et tam enormes excessus incorruptos relinqui nolumus vel inultos...*”

57 *Ibid.*, c. 495: “*Accedit ad hoc quod prius damnate memorie Octaviano heresiarche et demum Guidoni Cremando illud nefandissimum prestitit juramentum; qui non solus*

lación por el obispo de Pamplona del privilegio de inmunidad concedido por la Sede Apostólica en un monasterio de su diócesis⁵⁸. La *enormitas* no es más aquí sinónimo simple de *excessus norme*, de fractura del marco impuesto por la norma, sino que viene a indicar la muy grande gravedad de una infracción. Las fórmulas la asocian por otra parte a la *gravitas* en más de un cuarto de las 75 menciones relevadas en Alejandro III (*gravis et enormis excessus*⁵⁹, *enormiter y graviter excedere*⁶⁰, *gravia plurima y enormia perpetrari*⁶¹).

35. Para numerosas ocurrencias, es sin embargo muy difícil o imposible determinar si la *enormitas* remite más bien a la irregularidad de un hecho o más bien a su gravedad. Cuando Alejandro III evoca las “enormidades y los crímenes” cometidos por los sacerdotes de la iglesia de Bruselas –que se entregan a las “voluptuosidades” y celebran la misa muchas veces al día con fines lucrativos⁶²–, cuando denuncia en una serie de cartas “las enormidades y los vicios” o “la enormidad y la impureza de los vicios” del pueblo irlandés –que no respeta regla alguna de la disciplina cristiana, practica el incesto, se niega a pagar el diezmo y desprecia a los eclesiásticos⁶³–, la irregularidad

peccare voluit, sed alios in precipitium trahere non formidavit. Unde, quoniam tam graves et tam enormes excessus nolumus sub silentio praeterire...”

58 Paul Fr. Kehr, *Papsturkunden in Spanien*, t. II, Berlín, 1928, n° 137, p. 477: “Nolentes tam gravem et enormem excessum impunitum relinquere...”.

59 Por ejemplo X, 5, 14, 1. Ver *supra*, nota 55.

60 Por ejemplo PL 200, cc. 1280-1281. Ver *supra*, nota 56.

61 Por ejemplo op. cit., c. 704 (sobre las malas acciones de Enrique II Plantagenet contra las libertades de la Iglesia de Inglaterra): “Quod si ad excusationem tante prevaricationis quisquam objiciat in aliis quoque regnis gravia plurima et enormia perpetrari, in veritate possumus respondere quod nullum adhuc regnum in tantum divine legis contemptum invenimus corruisse ut scriptis et juramentis episcoporum tam manifestas enormitates fecerit communiti”.

62 Johannes Ramackers, *Papsturkunden in den Niederlanden*, Berlín, 1933-1934, n° 148, p. 289: “Gravis et enormis ad nos querela pervenit quod sacerdotes et vicarii Brucsellensis ecclesie et capellarum ejus, pro terrenorum compendio eternorum dispendium non abhorrentes, cum deberent divinis obsequiis intendere, potius voluptatibus suis intendunt et sepius una die quatuor vel tres ad minus missas, detestabili cupiditate, celebrare presumunt. (...) Precipimus quatinus, si res ita se habet, hujusmodi enormitates et facinora maturitate provida corrigatis et radicitus, appellatione postposita, extirpare curetis”.

63 PL 200, cc. 883-886 (tres cartas). En la primera: “Nam ut alias enormitates et vitia quibus eadem gens, omitta religione Christiane fidei, satis irreverenter deservit presentialiter omittamus, (...) novercas suas publice introducunt et ex eis non erubescunt filios procreare; frater uxore fratris, eo vivente, abutitur; unus duabus se sororibus concubinis immiscet et

canónica y la amplitud desmesurada de las faltas están en cuestión indistintamente. Ahora bien, esta indistinción en el uso tendía a acercar, a hacer fusionar ambos sentidos.

36. En verdad, los casos en los que la *enormitas* se refería de manera completamente unívoca bien a la simple irregularidad, sin alusión posible a su gravedad particular, bien, al contrario, a la sola magnitud, son minoritarios. No es posible excluir que la calificación de “enorme” ligada a una “mala costumbre”, por ejemplo, haya podido remitir no sólo a su disconformidad a los cánones, sino también, como en sordina o de modo “subliminal”, a su carácter excesivamente perjudicial y reprehensible. El otro sentido de la “enormidad”, el que se refería a la desmesura, no era en efecto ignorado por nadie y permanecía siempre susceptible de contaminar más o menos nítidamente el sentido del sustantivo, del verbo o del adverbio empleados en una acepción técnica. Y cuando, a la inversa, la referencia a la magnitud era manifiestamente dominante, la enormidad no por ello dejaba de remitir también, en la mayoría de los casos y de modo más o menos claro, a un aspecto cualitativo particular de la mala acción –vale decir, a su carácter de irregularidad canónica.

37. La asociación de la *enormitas* al *excessus* o a la *gravitas* en las cartas de Alejandro III –que siguió siendo en lo sucesivo muy frecuente en la lengua eclesiástica hasta el siglo XV incluido– no era pues simple redundancia. Un “exceso enorme” era una infracción, o irregularidad o incluso fractura del marco normativo (es el sentido simple de *excessus*), tenida por extremadamente grave y reprehensible (*enormis*) en tanto atentaba contra un cierto tipo

plerique illorum, matre relicta, filias introducunt; et omnes passim in Quadragesima vescuntur carnibus nec solvunt decimas nec sacras Dei ecclesias et personas ecclesiasticas, prout debent, aliquatenus reverentur”. En la segunda: “Ubi communi fama et certa relatione plurimum nobis innotuit quod vos charissimum in Christo filium nostrum H[enricum] regem Anglie illustrem in vestrum regem et dominum suscepistis et ei fidelitatem jurastis, tanto ampliorem letitiam in corde concepimus, quanto per ejusdem regis potentiam in terra vestra, cooperante Domino, major pax erit atque tranquillitas, et gens Hybernica, que per enormitatem et spurcitiam vitiorum adeo videbatur longius recessisse, divino cultu propensius informabitur et melior Christianae fidei suscipiet disciplinam”. En la tercera (*incipit*): “Quantis vitiorum enormitatibus gens Hybernica sit infecta et quomodo, Dei timore et Christiane fidei religione postposita, ea sequatur que pericula pariunt animarum ex vestrarum serie litterarum nobis innotuit et aliorum etiam veridica relatione nihilominus ad notitiam apostolice Sedis plerumque pervenit”. Ver también una carta del antipapa Víctor IV contra Alejandro III fechada en 3 diciembre 1159, Julius von Pflugk-Harttung (ed.), *Acta pontificum romanorum*, op. cit., II, n° 432, p. 379: “Et nephande enormitates ab ecclesia emendare”.

de norma y por ello mismo contra los fundamentos del orden eclesial postgregoriano. *Graviter et enormiter delinquere* o *excedere*, era hacerse culpable de una falta no sólo “grave”, sino también “enorme”, porque atentaba contra los cánones en tanto que apuntaban a la imposición de la nueva disciplina cristiana, a la preservación de las “libertades” clericales o a la reforma eclesiástica bajo cualquier aspecto que sea (comenzando con la afirmación de la preeminencia pontificia). En la mayoría de las ocurrencias relevadas entre las cartas de Alejandro III, la *enormitas* recubre efectivamente infracciones a las normas que 1) bien definían al buen cristiano (prohibición de la sexualidad extramatrimonial, respeto de las prohibiciones de parentesco para el matrimonio, etc.), 2) bien determinaban la separación de estatuto entre clérigos y laicos (imposición del celibato de los clérigos, prohibición de la simonía o del acceso al beneficio por intermediación de laicos, etc.), 3) bien, incluso, fundaban la preeminencia de los primeros sobre los segundos (obligación de pagar el diezmo, la interdicción de toda violencia sobre los clérigos, etc.), 4) bien, finalmente, hacían prevalecer el principio jerárquico en la relaciones de poder internas al mundo clerical (obligaciones de los obispos para con los arzobispos, por ejemplo⁶⁴) y muy particularmente la autoridad superior de la Sede Apostólica (imposición de la exención, condena de los cismáticos, etc).

38. De allí esta conclusión: el concepto de *enormitas* designó, a partir de la segunda mitad del siglo XII, un mezcla de irregularidad, de pecado y de subversión al menos potencial del orden cristiano. Es muy con razón que el *Mediae latinitatis lexicon minus* de Niermeyer da al adjetivo *enormis* el sentido compuesto de “impío, criminal, inmoral” (un sentido desconocido, hace falta subrayarlo, en la Antigüedad)⁶⁵. Y presentimos la necesidad de medidas de excepción para la represión de las enormidades.

39. Un marcador lingüístico del advenimiento de esta nueva categoría puede ser identificado con la emergencia del adjetivo sustantivado en neutro plural *enormia* para designar “cosas enormes” (según el mismo principio de sustantivación que permitía por ejemplo hablar de *spiritualia* o de *temporalia*⁶⁶).

64 Ver por ejemplo PL 200, cc. 705, 994-998.

65 Sin dar ejemplos, REY (2006) fecha en los alrededores de 950 la aparición para el término *enormitas* del sentido de “perversidad, ultraje”, “por la idea de rebasamiento de las reglas”. Si no está aquí fuertemente antedatada, como las presentes investigaciones permiten pensar (conf. también *infra*, § 41), esta emergencia no tuvo resultado jurídico y judicial antes del siglo XII.

66 Ver para este tema el artículo reciente de DE MIRAMON (2006).

La ocurrencia más antigua, que yo sepa, se encuentra en una carta de Adrián IV fechada en 1155: “Verum quoniam in pastoris absentia plura enormia consueverunt ecclesiis provenire”⁶⁷... El caso es aislado, ya que se encuentra sólo un solo ejemplo entre las cartas emitidas durante el muy largo pontificado de Alejandro III (1159-1181), el sucesor de Adrián IV⁶⁸. Inocencio III (1198-1216), en cambio, utilizaba corrientemente el neutro plural sustantivado⁶⁹.

40. Resumamos la cronología a grandes rasgos –a riesgo de simplificar por deseo de claridad. Durante la Alta Edad Media, los papas no conocían la noción de “enormidad” (aun si se podría considerar retrospectivamente que ella existía en estado latente, ya que el adverbio *enormiter* fue empleado ocasionalmente para calificar acciones o hechos contrarios a los cánones). Los años 1130-1150 vieron la plena emergencia de una categoría de la *enormitas*. En su primera forma, efímera, esta categoría reagrupaba las irregularidades canónicas –muy particularmente las que trababan la reforma eclesiástica– sin darles una neta connotación de gravedad o de inmoralidad. A esta *enormitas* que se podría decir estrictamente post-gregoriana la sustituyó progresivamente una nueva, a partir de los años 1150-1160, que designaba un carácter compuesto de infracción, de mancilla y de subversión potencialmente radical atribuido a un hecho reprehensible⁷⁰. Esta nueva categoría permaneció funcional durante siglos.

67 Samuel Löwenfeld, *Epistolae pontificum Romanorum ineditae*, op. cit., n° 224, pp. 121-122 (29 de enero de 1155).

68 X, 2, 28, 22 (*pars decisa*): “Preterea de his qui ad Sedem apostolicam appellant et postea gravia et enormia committentes se, dum conveniuntur, appellatione tuentur...” Otra carta de Alejandro III habla de *gravia plurima et enormia* (PL 200, cc. 703-705) – la sustantivación de *enormia* no es certera aquí, ya que puede también referirse a *plurima*, que se ha de considerar, por consiguiente, como calificado por los dos adjetivos.

69 Por ejemplo, en 1212, criticando a unos monjes por no haber señalado a la Sede Apostólica los *enormia* cometidos en su comunidad (PL 216, c. 617): “Praeterea quia vix aliquis de fratribus Montis Jovis a culpa vel negligentia est immunis, quorum quidam principaliter vulneratoribus astiterunt, quidam vero enormia quae acciderant neglexerunt deferre ad nos...”.

70 La desaparición del sentido simple, no hiperbólico, de *enormitas* es bien ilustrada por la comparación entre las cartas de convocatoria de los concilios del siglo XII y aquellas del siglo XIII. En 1213, en la llamada al concilio de Letrán IV, o en 1272, en la llamada al de Lyon II, no se trataba de “corregir” más las “enormidades”, como en tiempos de Eugenio III y de Alejandro III (conf. *supra*, § 28), sino los “excesos” (PL 216, c. 824; Jean Guiraud, *Les registres de Grégoire X (1272-1276)*. *Recueil des bulles de ce pape*, París, 1892-1960, n° 160). En el siglo XIII, *excessus* y *enormitas* no podían ser considerados más sinónimos, como era el caso en 1178.

41. Este esquema de conjunto encuentra unos elementos de confirmación con un análisis rápido de las definiciones del adjetivo *enormis* en las grandes obras que jalonan la historia de la lexicología medieval –fuentes por cierto alejadas de la práctica gubernamental, pero cuya confrontación puede ilustrar cambios generales en los usos lingüísticos. Isidoro de Sevilla, en las *Etimologías* (a principios del siglo VII), se atenía a ambos sentidos heredados de la Antigüedad definiendo lo enorme “como lo que sobrepasa la norma y la medida” sin sugerir una aceptación específicamente jurídica o canónica de la palabra *norma*: “Aenormis, eo quod normam et mensuram excedat”⁷¹. La temática del exceso, notémoslo, estaba ya ligada pues a la enormidad. En el siglo XI, el italiano Papias Vocabulista dejaba de lado toda referencia a la infracción de las costumbres o a las reglas y no retenía sino las ideas de deformidad y de magnitud infinita (“Enormis ingens, sine mensura vel forma, cui nihil addi minuive potest”)⁷². En la segunda mitad del siglo XII, en cambio, las *Derivationes* del gramático Huguccio de Pisa⁷³ integraban en la definición de *enormis* los componentes de la nueva noción de *enormitas* entonces en curso de elaboración a favor de la reforma eclesiástica. Para Huguccio, el adjetivo “enorme” podía calificar no sólo lo que era «deforme» (*deformis*) o “muy grande” (*grandis*), o incluso lo que “no estaba circunscrito, limitado” (*illimitatus*), sino también lo que era “irregular” (entre otros, probablemente, en sentido canónico) y, por otra parte, *lo que era reprehensible en el plano moral*: el término remitía por una parte a *turpis*, es decir “vergonzoso”, “asqueroso” o “deshonroso”⁷⁴, y, por otra parte, a *immanis*, calificativo que

71 Isidoro di Siviglia, *Etimologie o origini*, A. Valastro Canale (ed.), Turín: UTET, 2004, t. I, p. 794.

72 Papias Vocabulista, *Vocabularium ou Elementarium doctrinae rudimentum*, Venecia: Philippum de Pincis, 1496 (reimpr. Turín: Bottega d’Erasmus, 1966), p. 106.

73 La identificación de este autor con el gran decretista homónimo, que fue obispo de Ferrara de 1190 a 1210, es hoy puesta nuevamente en cuestión. Ver MÜLLER (1994). Por otra parte, la fecha de composición de las *Derivationes* es discutida. Durante mucho tiempo ubicada a principios de la década de 1190, hoy se la sitúa más bien en la década de 1160. Conf. la recensión de Wolfgang P. Müller de la edición de las *Derivationes* dirigida por Enzo Cecchini (citada *infra* en nota 93) en *Speculum*, 81, 2006, p. 931-932.

74 *Deformis* podía también tener este sentido. Anotemos que se encuentra el término asociado con el adjetivo *enormis* (y también con *grandis*, también citado por Huguccio en su definición) en una carta de Inocencio III que denunciaba las *injurie* cometidas por un prior cluniacense: “Cum olim grandes et graves, deformes et enormes injurie quas Gaufridus, tunc prior, et conventus monasterii de Caritate dilecto filio Cluniacensi abbatu dice-

podía significar “desmesurado”, pero también “horrible” o “salvaje” (lo que lo acercaba a *atrox*)⁷⁵. A finales del siglo XIII, por último, en su *Catholicon* (que devino el principal “diccionario” latino de fines de la Edad Media), el hermano predicador y obispo de Génova Giovanni Balbi retomó los elementos de definición dados por Huguccio (reemplazando *immanis* por *inanis*, es decir “vano” o “frívolo”)⁷⁶. El sentido compuesto que fue el de la *enormitas* durante la segunda mitad de la Edad Media estaba pues fijado desde los finales del siglo XII.

42. Evidentemente, la formación de la categoría de *enormitas* resultó de una dinámica religiosa y política general en marcha en el siglo XII en la esfera clerical. Para describir mejor el proceso, habrá por supuesto que extender las búsquedas a otros tipos de fuentes. Los primeros sondeos en los *corpora* digitalizados de textos narrativos permiten ya adelantar la idea de que la semántica de la norma y de la “enormidad” estuvo en boga particularmente entre los letrados (todavía todos clérigos) desde la primera mitad del siglo XII –hasta tal punto que un monje de Waulsort (provincia de Namur) pudo crear en una crónica fechada de los años 1130-1140 la forma verbal *enormitare*, en el sentido de “infringir la norma”⁷⁷ (pero este neologismo no tuvo perennidad). Habrá por otra parte que explorar las numerosas correspondencias, en particular las de los preladados (aquella del arzobispo de Canterbury y gran reformador Tomás Beckett, por ejemplo, encierra numerosos casos de la “enormidad”).

bantur temere irrogasse seriatim fuissent exposite coram nobis...”, en Auguste Bernard & Alexandre Bruel (ed.), *Recueil des chartes de l'abbaye de Cluny*, t. 6, París, 1903, reeditado en Francfort, 1974, pp. 15-21, n° 4465.

75 Huguccio da Pisa, *Derivationes*, Enzo Cecchini *et alii* (ed.), Florencia: SISMEL, 2004, 2 vol., t. II, N 56. Siguiendo a Horacio, Huguccio todavía añade el sentido de “iletrado”, “ignorante” (*illiteratus*) y (*crassus*) “grosero” o “estúpido”. Se ha de notar que Huguccio no saca su definición de las *Derivationes* de Osbernus de Gloucester (mediados del siglo XII), las cuales constituyen su principal fuente y no dan definición alguna de *enormis* o de *enormitas*.

76 Johannes Januensis, *Catholicon magnum quod etiam Januensis seu vocabularius grammaticae nuncupatur*, Ruán, 1511, no paginado: “Enormis (...) scilicet deformis turpis inanis grandis irregularis illiteratus crassus sine mensura vel forma”.

77 *Historia Walciodorensis monasterii, Acta Sanctorum*, Apr., t. III, c. 828, y MGH, *Scriptores*, t. XIV, p. 512, § 20 –conf. también MISONNE (1967: 203): “Et hoc ordine diffinita concessit quatinus Metensis ecclesia contra Walciodorensem recto tramite incedens, ab omni ecclesiastico jure illi justitiam faciat; et ne recedens ab eadem justitia contra eam enormitet, sanxit ut...”.

43. Además, una atención muy particular deberá ser acordada a las fuentes jurídicas, es decir a las *summae* redactadas en la segunda mitad del siglo XII por los comentadores de Graciano. Se partirá de esta observación: en Rufino, Esteban de Tournai, Simón de Bisignano y otros decretistas, la *enormitas* era una noción corriente, ordinariamente utilizada⁷⁸ para glosar pasajes del *Decreto* cuando estos últimos, en cambio, ignoraban el vocabulario de la enormidad. Este vocabulario no tiene en efecto ningún lugar notable ni en los textos compilados por Graciano, ni en sus *dicta*⁷⁹. Es pues solamente a partir de los años 1150-1160, época de las primeras obras de los decretistas, que la nueva noción se impuso en el lenguaje de la ciencia canónica. Su emergencia estaba entonces en curso desde hacía ya varias décadas en las cartas de los papas. El trabajo teórico de los juristas intervino pues solamente en un segundo momento. El impulso había provenido en la práctica de la reforma eclesiástica, en el ejercicio del gobierno pontificio en pleno crecimiento. Estos orígenes romanos de la enormidad eran seguramente ignorados por los anglicanos, en 1547, cuando ellos introdujeron en la liturgia de su Iglesia recientemente emancipada esta oración:

“From all sedition and privy conspiracy, from the tyranny of the bishop of Rome and all his detestable enormities, from all false doctrine and heresy, from hardness of heart and contempt of thy word and commandment, Good Lord deliver us”⁸⁰ ...

78 Ver, por ejemplo, los pasajes relevados en KUTTNER (1936: 234-240) y notas 11, 13, 17, 18, 21.

79 Cinco ocurrencias solamente en el *Decreto*: C. 10, q. 3, c. 10 (*prandia enormia*); C. 12, q. 1, c. 27 (*enormiter locupletare*); C. 23, q. 5, c. 39 (*enormia flagitia*, expresión dada en el título y repetida en el texto); C. 30, q. 3, c. 2 (*enormiter contigit* que un hombre se case con la ahijada, es decir a la hija espiritual, de su padre). Se puede comparar esta cifra de 5 ocurrencias de la *enormitas* con la de las 10 ocurrencias de la *atrocitas* en el *Decreto* (conf. *infra*, n. 104) y, por otra parte, con la treintena de ocurrencias de la *enormitas* en el *Liber Extra*.

80 Adaptación inglesa de la plegaria luterana “Ut ab hostium tuorum, Turcae et Papae blasphemiis, caede et libidinibus clementer nos conservare digneris”. Conf. por ejemplo Edward Rutledge, *History of the Church of England: From the Earliest Periods to the Present Time*, Middletown, E. & H. Clark, 1825, pp. 95-96; John Hawkins, *A general history of the science and practice of music*, Londres: J. A. Novello, 1853, t. II, p. 542; John Dowden, *The Workmanship of the Prayer Book in its Literary and Liturgical Aspects*, 1899, Londres: Methuen, p. 146 y 201. Ver también Antoine Fusi, *Le franc-archer de la vraye Eglise: contre les abus et enormitez de la fausse*, s. d., edición del autor, 1619, obra publicada en Ginebra por un cura parisino en quebrantamiento de destierro y convertido al calvinismo...

D. La difusión en los contextos no técnicos (un bosquejo)

44. Así constituida, la categoría medieval de *enormitas* tuvo, por lo menos hasta el siglo XV incluido, unos usos específicos que la distinguieron de la *atrocitas* heredada del mundo romano. Unas palabras, antes de seguir su devenir en la esfera judicial, sobre las ocurrencias frecuentes de la nueva noción en las fuentes narrativas. El fenómeno atestigua que había entrado plenamente en el universo común de los letrados. Desde 1146, el obispo Otón de Freisinga evocaba a los hombres retirados del mundo para entregarse al servicio de Dios como “intercesores benévolos de nuestra enormidad”, en la conclusión del libro VII de su *Crónica*⁸¹. La *enormitas* tenía aquí más o menos el mismo sentido que en las cartas de Eugenio III, el papa contemporáneo. En 1189, el cortesano inglés Giraldus Cambrensis alababa los méritos de Ricardo Corazón de León acreditándole haber “vuelto a poner en forma lo que era informe y reconducido a la norma los *enormia*” en el ducado de Aquitania⁸². Menos de una treintena de años después, el cisterciense Pedro de Vaux-de-Cernay, en su *Hystoria Albigensis*, justificaba la confiscación de las tierras del conde de Toulouse por sentencia pontificia (en relación con la Cruzada contra los albigenses) retratando terriblemente a Raimundo VI, en un pasaje que vale la pena citar:

81 Adolf Hofmeister (ed.), *Otoni episcopi Frisingensis Chronica sive Historia de duabus civitatibus*, Hannover, MGH, 1912, p. 373: “Omnes hii ab omni misero mundi rotatu de quo *supra* disputatum est seclusi, post senarii laboris perfectionem in veri sabbati pace eternam quietem pregustando positi, nostre enormitatis benigni et idonei intercesores, hujus septimi operis terminus existant nosque ad ea que secuntur, quis scilicet finis civitati Dei maneat, que perditio reprobam mundi civitatem expectet, dicenda precibus suis aptos efficiant”.

82 Giraldus Cambrensis, *Topographia Hibernica* [segunda recensión], James F. Dimock (ed.) en *Giraldi Cambrensis opera*, Londres, *Rerum Britannicarum Medii Aevi Scriptores*, 1861-1891, t. V, 195: “In formam igitur informia redigens, in normam enormia queque reducens, fortia confundens et aspera complanans, antiquos Aquitanie terminos et jura reformavit” (el mismo pasaje fue retomado en *Giraldi Cambrensis de instructione principum libri III*, John S. Brewer (ed.), Londres: Anglia Christiana Society of London, 1846, cap. VIII, p. 104). Se notará aquí la sustantivación del neutro plural, de la cual se ha visto que comenzó a afirmarse bajo el pontificado de Alejandro III (1159-1181). BOIVIN (1993), traduce así: “Remitiendo el orden en el desorden, reconduciendo la regla en todos los desarreglos, derribando los obstáculos y aplanando las dificultades, restauró las fronteras y las leyes antiguas de Aquitania”.

“Era tan lujurioso y lúbrico que, como nosotros lo establecimos con certeza, él abusaba de su propia hermana con desprecio de la religión cristiana. Desde su primera juventud, buscaba con ardor a las concubinas de su padre y se acostaba con ellas con mucho apetito, porque ninguna mujer le gustaba si no sabía que su padre ya se hubiera acostado con ella. De esta manera, aun su padre le predecía muy a menudo su desheredación, tanto a causa de su herejía como a causa de esta enormidad”⁸³.

Aproximadamente en el mismo momento (hacia 1223 como fecha más tardía), Giraldus Cambrensis también recurría al vocabulario de la enormidad para evocar lo que se calificaría hoy de incesto de segundo tipo:

“El conde de Anjou Godofredo, mientras era senescal de Francia, había abusado de la reina Leonor. Se dice que repetidas veces él impidió a su hijo [Enrique Plantagenet] poseerla, porque ella era la esposa de su señor [el rey de Francia Luis VII] y porque él mismo la había conocido antes. Para colmo de excesos muy enormes, el rey Enrique, como lo difundió el rumor, osó manchar a esta supuesta reina de Francia con un comercio adulterino; y se la quitó así a su propio señor y *de facto* se unió a ella maritalmente. ¿Cómo, me pregunto, de tal matrimonio podría nacer una descendencia feliz?”⁸⁴.

Hacia 1315, finalmente, el juez güelfo de Cremona Gasapino Antenati, en las notas sobre la historia de su ciudad, lamentaba que hubiera podido ser en el pasado un lugar de concentración de herejes. Los desviados convergían allí en efecto, según él, en tiempos de la dominación del vicario imperial Oberto

83 Pedro de Vaux-de-Cernay, *Hystoria Albigensis* [escrita entre 1213 y 1218], Pascal Guébin, Ernest Lyon (ed.), t. I, París: Honoré Champion, 1926, § 41, citada en ZERNER (2005: 88): “Adeo etiam semper fuit luxuriosus et lubricus dictus comes quod, sicut pro certe didicimus, sorore propria abutebatur in contemptum religionis christiane; ab infantia etiam sua concubinas patris sui diligentissime querebat et cum illis libentissime concumbebat: vix enim aliqua ei placeret, nisi sciret patrem suum prius concubuisse cum ea. Unde etiam pater ipsius, tam propter heresim quam propter enormitatem istam, exheredationem suam ei sepissime predicebat”.

84 Giraldus Cambrensis, *De principis institutione*, dist. III, c. 27, G. F. Warner (ed.) en *Giraldi Cambrensis Opera*, op. cit., t. VIII, p. 298-301, y *Giraldus Cambrensis de instructione principum libri III*, op. cit., p. 153: “Item comes Andegavie Gaufredus regina Alienora, quando senescallus Francie fuit, abusus fuerat. Super quo et filium suum Henricum pluries, ut dicitur, premunivit, mones et prohibens modis omnibus ne tangeret illam, tum quia domini sui sponsa, tum etiam quoniam a patre suo fuit ante cognita. Ad cumulum igitur excessuum nimis enormium, sic dictam Francie reginam rex Henricus adulterino concubitu, sicut fama dispersit, polluere presumpsit, dominoque suo sic ipsam subtraxit sibique maritaliter eandem de facto copulavit”.

Pelavicini, que les dejaba tener allí con toda impunidad sus *enormia concilia*⁸⁵... Sería inútil multiplicar los ejemplos. Anotemos que por lo menos en los tres últimos casos citados (incestos imputados al conde de Toulouse y al rey de Inglaterra, reuniones de herejes), la enormidad es invocada en contextos que remiten directamente a los orígenes canónicos de la categoría. La difusión de esta semántica en las fuentes narrativas de finales del siglo XII al siglo XV merecería un estudio especial. Nos contentaremos aquí con remarcar que el vocabulario de la atrocidad no fue objeto de empleos comparables.

III. *Enormitas* y «arbitrariedad del juez», siglos XIII-XV

A. Jurisdicciones de Iglesia

45. Concerniendo al lenguaje de las jurisdicciones –al que en primer lugar pertenecía la categoría de enormidad–, hay que subrayar ante todo que el vocabulario de lo “enorme” estuvo hasta el fin de la Edad Media mucho más presente en la documentación eclesiástica que en aquella producida por los poderes seculares. Sorprende por otra parte constatar que la *enormitas*, aunque fuera ciertamente un *nomen juris*, provisto de un valor técnico aun en las jurisdicciones laicas, no parece (bajo beneficio de inventario) haber sido objeto de definiciones en los *vocabularia juris*, los diccionarios de derecho compilados a partir del siglo XIII. A la inversa, los manuales de confesión y las sumas penitenciales le consagraban una rúbrica más a menudo.

46. Aun si sus usos no se limitaron al marco eclesial, la categoría siguió siendo típica de la esfera del derecho canónico y del gobierno pastoral. En esta esfera, el vocabulario de la *enormitas* fue sistemáticamente privilegiado para cumplir funciones similares a las tenidas por la *atrocitas* en los textos romanos (y en aquellos de civilistas medievales que los comentaban). Mientras que los cánones reunidos en el *Decreto* de Graciano⁸⁶ (cuyas versiones

85 Gabriele Zanella (ed.), *Note cronistiche del cremonese Gasapino Antegnati (sec. XIII-XIV) da un manoscritto del Pomerium Ravennatis Ecclesie di Riccolbaldo da Ferrara*, Cremona: Turrís editrice, 1991, § 73, 4, p. 82: “Ibi enim [in] infiniti patarini erant; ibi per totum orbem sese ad eorum enormia conveniebantur concilia”.

86 C. 3, q. 6, c. 8; C. 11, q. 3, c. 69; C. 23, q. 5, c. 1 (2 ocurrencias); C. 23, q. 5, c. 2; C. 23, q. 5, c. 3; C. 25, q. 2, c. 25; C. 33, q. 2, c. 8; C. 36, q. 2, c. 2; *De penitentia*, D. 1, c. 19. Todas las ocurrencias, a excepción de la primera y las dos últimas aquí enumeradas, figuran en el *Decreto* desde su primera versión (menos marcada por el derecho romano), según la tabla ofrecida por WINROTH (2000: 197-227).

fueron compiladas entre 1139 y 1158) contenían 10 ocurrencias del léxico de la atrocidad, el *Liber Extra* (promulgado bajo la autoridad de Gregorio IX en 1234) no presentaba más que tres, en contextos muy romanizantes⁸⁷. En cambio, el mismo *Liber Extra* mencionaba la *enormitas* en una acepción criminal en 15 oportunidades⁸⁸ – y aun en 28 oportunidades si se tiene en cuenta las *partes decise*⁸⁹, es decir los pasajes del texto original de las decretales recordados por el compilador y restablecidos en el siglo XIX en la edición de Emil Friedberg (por oposición, los textos del *Decreto* no mencionaban la enormidad sino en 5 oportunidades⁹⁰). El derecho canónico clásico, que se ha podido describir como un “segundo derecho romano”⁹¹, fue influido en tal medida por los modelos nacidos de las compilaciones justinianas (y particularmente por el modelo de la *injuria*), que no operó pues reinversión alguna específica de la noción de *atrocitas* y prefirió la de *enormitas*.

47. Así como la *atrocitas* estaba situada en la cumbre de la escala de gravedad de las *injurie* en las compilaciones justinianas, la *enormitas*, en los decretistas y luego en el *Liber Extra* o en los decretalistas y en las sumas penitenciales, distinguía corrientemente los crímenes y los pecados más graves, por oposición a los *levia* o *modica* y a los *mediocria crimina*⁹². El modelo general para evaluar la intensidad de la infracción era bien aquel del dere-

87 X, 3, 1, 9, texto de Gregorio VII; X, 3, 24, 10 – directamente derivado de C. 8. 55. 10. pr. – y X, 5, 31, 18, textos de Gregorio IX.

88 11 veces en el cuerpo de las decretales (X, 2, 21, 5; X, 2, 28, 31; X, 4, 13, 8; X, 4, 13, 9; X, 5, 1, 19 – 2 ocurrencias; X, 5, 1, 27; X, 5, 14, 1; X, 5, 37, 5; X, 5, 39, 14; X, 5, 39, 17) y 4 veces en los *summaria* – los resúmenes, redactados en los siglos XIII y XIV y tradicionalmente vueltos a copiar encabezando las decretales (X, 5, 9, 1; X, 5, 34, 1; X, 5, 39, 14; X, 5, 39, 23).

89 Ocurrencias en lo criminal en las *partes decise*: X, 1, 9, 6; X, 1, 11, 14; X, 1, 11, 15; X, 1, 14, 2; X, 1, 43, 5; X, 2, 14, 8; X, 2, 28, 2; X, 2, 28, 31; X, 3, 8, 7; X, 4, 16, 1; X, 5, 1, 15; X, 5, 39, 14; X, 5, 39, 14. Contando las ocurrencias en lo civil (*enormis lesio*), aquellas que conciernen a las malas costumbres (*prava et enormis consuetudo*) y aquellas que remiten a la irregularidad sin referencia evidente a la magnitud, el vocabulario de la *enormitas* aparece en total en 50 oportunidades en el *Liber Extra*.

90 Conf. *supra*, nota 79.

91 Según la expresión de LEGENDRE (1993: 113).

92 Ver por ejemplo KUTTNER (1936) en las páginas y notas citadas en nota 96; KÉRY (2006: 388-390; 592-593, etc.); Raimundo de Peñafort, *Summa de jure canonico* [1220-1226], Javier Ochoa & Aloisio Diez (ed.), Roma, *Universa bibliotheca iuris*, 1975, cc. 59, 140; Bartolomeo de San Concordio, *Summa de casibus consciencie*, Pisa, 1475, fol. XXXVIII y siguientes.

cho romano, aun si los clérigos estaban bien dispuestos a utilizar la noción de enormidad que la de atrocidad. Los estatutos sinodales de la diócesis de Cambrai fechados en 1287-1288 ofrecen una buena ilustración de ello. En el capítulo de los casos reservados, para aclarar las condiciones de aplicación de una decretal de Clemente III (1187-1191) que diferenciaba las ofensas “enormes” y “ligeras” hechas a clérigos⁹³, el obispo les explicaba a los confesores de su diócesis cómo definir una *gravis vel enormis injuria*. Para hacerlo, él retomaba tal cual la tipología de las circunstancias que definían la *atrocitas* en el Digesto y en las Instituciones (*ex facto, ex persona, ex loco*)⁹⁴. En el mismo texto, el obispo hablaba por otra parte también de *atrox injuria* y de *atroces percusiones*⁹⁵. De manera similar, el dominicano de Pisa Bartolomeo de San Concordio, en una *Summa de casibus consciencie* redactada a principios del siglo XIV, completaba su definición de los *enormia*, llevada *secundum canones*, con un párrafo consagrado a la *enormis injuria* que remitía finalmente al pasaje de las *Instituciones* sobre las «injurias atroces»⁹⁶. En el siglo XVI, el obispo español Juan Bernal Díaz de Lugo, en su *Practica criminalis cano-*

93 X, 5, 39, 17.

94 Joseph Avril (ed.), *Les statuts synodaux français du XIII^e siècle. IV. Les statuts synodaux de l'ancienne province de Reims*, París: CTHS, 1995, p. 128: “Cum non solum ipsum factum verum etiam facti qualitas percutiendi ac injuriandi, modus hoc diligentius attendatur et ex ipsis locis circumstanciis, videlicet et persone que sit levis vel modica, gravis vel enormis injuria manifestius cognoscatur, loco quidem ut si in foro iniecerit vel coram iudice vel rege vel prelado vel in ecclesia vel coram multis vel in aliquo loco publico alicui injuria inferatur persone, veluti si magister, iudex vel magistratus, dominus vel prelatus, pater aut patronus vel aliquis dignitate constitutus ab inferiori vel humili contra juris normam injuriam paciatur, per hoc quidem que graves injurie, que leves, vel modice sint ipso facto cognoscitur” [la sintaxis latina parece aproximativa pero no fue corregida por el editor]. Conf. D. 47.10.7.8 a D. 47.10.9.2; *Inst.* 4,4.

95 Joseph Avril, *Les statuts synodaux français du XIII^e siècle*, op. cit., p. 128: “...nec tamen si levissimo ictu vel unguis percussione sanguis exierit transire in atrocem iniuriam profitemur...; ...sic tamen nostram potestatem temperetis ut potius citra metas hujusmodi quam ultra procedatis, ne de absolutione confisi de facili in atroces prorumpant percusiones vel injuriam vel sententiam canonis periculosius contempnentes excommunicacionem citius prolabantur”.

96 Bartolomeo de San Concordio, *Summa de casibus* op. cit., fol. LII: “Enormis injuria in clericum dicitur quando ad mutilationem membri seu effusionem sanguinis, scilicet per vulnus illatam processum fuerit aut si in episcopum vel abbatem proprium manus violenta injecta sit, Exa De sen. ex Cum illorum. Aut etiam dicitur enormis arbitrio boni viri et ex circumstanciis locorum et temporum ac personarum ut Insti. de Injur. § atrox”.

nica, dividía principalmente los crímenes de los clérigos entre *levia*, *gravia*, *graviora* y *gravissima*⁹⁷ (y se puede ver allí un indicio de una probable pérdida de vitalidad de la categoría de enormidad en la época moderna incluida la esfera eclesiástica). El mismo autor, sin embargo, no ignoraba la *enormitas* como polo superior de intensidad del crimen. Pero hacía un uso mucho más restringido que sus predecesores medievales. Él la reservaba para la calificación del caso más extremo, el de “parricida”, es decir, de homicidio de un padre biológico o espiritual (obispo o sacerdote)⁹⁸.

48. Como la *atrocitas* romana, la *enormitas* canónica implicaba agravaciones de pena y excepciones a los regímenes jurídicos ordinarios. En general, el carácter “enorme” de una infracción hacía salir su conocimiento de las jurisdicciones ordinarias. En todas las diócesis de Occidente, a partir de finales del siglo XII o de la primera mitad del siglo XIII, los *peccata enormia* o *enormes injurie* de los fieles exigían así condiciones excepcionales de absolución, que los sustraían de las competencias de los confesores habituales, sacerdotes de parroquia u otros⁹⁹. Estos “pecados enormes” constituían “casos reservados” de los que los culpables, para obtener la absolución, debían presentarse ante su obispo o incluso, cada vez más frecuentemente a fines de la Edad Media, ante el papa, en la Penitencería Apostólica. Asimismo, las comisiones o privilegios pontificios del siglo XIII que les permitían a los prelados conferir la absolución en circunstancias particulares o a los laicos de recibirla según un régimen especial imponían, no obstante, una excepción para los pecados o crímenes “enormes”, con una fórmula usual. Así Martín IV, en una carta fechada en 1281 en la que le permitía al rey de Francia Felipe III escoger a su confesor, le daba a este último el poder de absolver al monarca, incluídas las sentencias de excomunión, “excepto si los excesos son tan graves y enormes que necesiten la consulta a la Sede Apostólica”¹⁰⁰.

97 Juan Bernal Díaz de Lugo [muerto en 1556], *Practica criminalis canonica*, Lyon, 1549, p. 22-23.

98 *Ibid.*, pp. 167-174.

99 Conf. por ejemplo X, 5, 39, 17 (texto de Clemente III) o los estatutos sinodales de Cambrai citados *supra* en notas 94 y 95.

100 François Olivier-Martin, *Les registre de Martin IV*, París: École française de Rome, 1911-1935, n° 45: “Ceterum eidem confessori absolvendi te juxta formam Ecclesie ab excommunicationum canonum sententiis, si quas forsitan incurristi vel incurrere te contigerit in futurum, nisi adeo graves et enormes excessus existerent, propter quos esset apostolica Sedes merito consulenda, plenam tenore presentium concedimus facultatem”. Las fórmulas del tipo “nisi adeo graves et enormes” o “illis tamen exceptis quorum exces-

49. Desde el punto de vista de las penas incurridas, la enormidad también iba a la par de la excepcionalidad. En su *Summa de penitentia* el gran cano-nista (y compilador de *Liber Extra*) Raimundo de Peñafort recordaba que una penitencia de siete años era tradicionalmente impuesta para los princi-pales crímenes, pero afirmaba también que

“muy numerosos casos son excepción a esta regla, en los cuales una penitencia más grande es impuesta en razón de la dignidad del pecador o de la enormidad del crimen”¹⁰¹.

El dominico Juan de Friburgo (muerto en 1304), en su influyente *Summa confessorum*, reservaba una forma excepcional de penitencia, llamada “so-lenne” (que se oponía a las penitencias “pública” y “privada”), a los crímenes que “habían trastornado la ciudad” (dicho de otro modo, la sociedad local) a la vez por su fuerte grado de publicidad y por su enormidad, es decir, su fuerte grado de gravedad intrínseca¹⁰². Esta *solennis penitentia*, cuyo ritual preveía una ceremonia pública tenida durante la Cuaresma, era particularmente in-famante; implicaba para un eclesiástico una irregularidad definitiva¹⁰³. Por otra parte, en el dominio de la disciplina de los clérigos, la *Summa de casi-bus* de Bartolomeo de San Concordio testimonia la existencia a principios del siglo XIV de una definición restringida de los *enormia* fundada sobre el carácter excepcional de su sanción (definición que cohabitaba siempre con otras, mucho más amplias). Para el Predicador de Pisa, una acepción de los *enormia* los limitaba en efecto a los únicos crímenes que impedían la pro-

sus adeo sunt difficiles et enormes” –conf. GILLI & THÉRY (2010: 604)– son muy corrientes en las cartas pontificias del siglo XIII.

101 Raimundo de Peñafort, *Summa de Paenitentia* [1226 o 1227] op. cit., c. 844: “Ab ista regula excipiuntur plerique casus, in quibus, propter peccantis dignitatem vel crimi-num enormitatem, imponitur major penitentia”. La *enormitas* no era pues el único crite-rio que implicaba excepciones a la regla. El texto precisa por otra parte también que otras causas podían, en sentido contrario, acarrear disminuciones de la penitencia. Podemos así subrayar, desde ahora, que una flexibilidad generalizada tiende a instalarse.

102 Juan de Friburgo, *Summa confessorum*, París, 1519, fol. 185v: “Pro quibus pec-catis injungenda est solennis penitentia respondeo secundum Host. ubi sa pro publico et enormi crimine et vulgatissimo quod totam commoverit urbem (...). Puta pro homicidio et sacrilegio et incestu ac consimilibus que gravia, horrenda et publica sunt”.

103 *Ibid.*, fol. 185r: La *penitentia solennis* tuvo lugar “in capite Quadragesime cum so-lennitate”. Además, “dicitur etiam solennis licet non ita proprie quando aliquis invitus ad pe-nitentiam agenda mittitur ad monasterium. [...] Item non debet imponi clerico nisi depo-sito, quia qui semel egit eam non debet postea promoveri nec ministrare in ordine suscepto”.

moción del culpable a las órdenes y a los oficios eclesiásticos o imponían la deposición de su oficio y le prohibían el ejercicio de su orden (porque la penitencia exigida por tales crímenes no podía nunca ser terminada)¹⁰⁴. Estos *enormia* comprendidos *stricto sensu* eran en total tres: la herejía, la simonía *in ordine* (es decir, en la administración de los sacramentos) y el homicidio. A fines del siglo XII y en el siglo XIII, los decretistas y los decretalistas, así como Raimundo de Peñafort en su *Summa de Penitentia*, ya consideraban que la simonía y el homicidio se distinguían de los otros *crimina enormia* por sus consecuencias excepcionales. Contrariamente a todos los demás, implicaban en efecto la deposición o impedían la promoción del culpable aun si la penitencia fuera debidamente cumplida y aun si se trataba de “crímenes ocultos”, es decir secretos y por lo tanto no susceptibles de suscitar el escándalo¹⁰⁵. Mucho más tarde, Juan Bernal Díaz de Lugo justificaba por el carácter “enorme” del crimen de parricidio el hecho de que los clérigos que habían sido encontrados culpables debían ser degradados y entregados al brazo secular para recibir el suplicio. Había allí una derogación de la inmunidad eclesiástica como de todas las reglas del derecho canónico. Los autores de los otros tipos de homicidios, aun agravados (*graviora*), debían solamente ser depuestos y encarcelados en el monasterio en condiciones más o menos duras¹⁰⁶.

50. Como la antigua *atrocitas*, la *enormitas* suponía el ejercicio del *arbitrium* del juez que debía evaluarla. “Confiamos a vuestro *arbitrium* el cuidado de decidir si su *injuria* es ligera o enorme”¹⁰⁷, decía el obispo de Cambrai

104 Bartolomeo de San Concordio, *Summa de casibus*, op. cit. : “Crimina quedam sunt enormia, inter que heresis, homicidium voluntarium et symonia in ordine et beneficio. Etiam post penitentiam impediunt promovendum et deiciunt jam promotum, sive sint occulta sive manifesta (fol. XXXIII); Que sint enormia r[espondo] secundum canones. Enormia dicuntur dupliciter [sic pour dupliciter]. Uno modo illa que ad normam plene penitentie reduci non possunt quin semper remaneat aliquid de pena. Nam et impediunt ordinis executionem et beneficii retentionem. Talia enim sunt tria, scilicet homicidium, ho. di. miror. i. q. vii. Quisquis hominem de con. di. i. c. i. Item heresis, in qua post vulnus sanatum remanet cicatrix, i. q. i. Ventum. Item simonia in ordine, extra. De Accu. Inquisitionis (fol. LII)”.

105 KUTTNER (1936: 238-240), que se apoya sobre la glosa ordinaria al *Liber Extra*; Raimundo de Peñafort, *Summa de jure canonico*, op. cit., c. 140.

106 Juan Bernal Díaz de Lugo, *Practica criminalis canonica*, op. cit., p. 163-174.

107 Joseph Avril, *Les statuts synodaux français du XIII^e siècle*, op. cit., p. 127-128: “Sane quia natura negotii non patitur ut ad plenum omnia referantur in iudicium talium an sit modica vel enormis injuria vestro duximus arbitrio committendum”.

a los confesores de su diócesis en 1287-1288 a propósito de los autores de violencias contra clérigos, retomando así una formulación del *Liber Extra* extraída de una carta de Clemente III (X, 5, 39, 17)¹⁰⁸. Una diferencia fundamental entre el orden jurídico romano y el sistema canónico concernía sin embargo, precisamente, a las mucho más grandes importancia funcional y libertad dadas a la “arbitrariedad del juez” en la Iglesia de los siglos XII-XV. La tradición romana y civilista siempre le había puesto límites estrechos¹⁰⁹. El derecho canónico clásico, al contrario, lo promovía muy ampliamente¹¹⁰. Ahora bien, la especificidad de la *enormitas* medieval era indisociable de tal extensión, inédita, estructuralmente conferida a la libre facultad del juez de evaluar y de decidir en conciencia.

51. La esfera penitencial proporciona ciertamente un modelo para esta extensión. El principio dominaba, desde la Antigüedad tardía, según el cual la naturaleza y la duración de las penitencias a infligir para la absolución de los pecadores eran dejadas a la apreciación del confesor¹¹¹. Este último debía por cierto tener en cuenta ciertas reglas tradicionales (como aquella, evocada un poco más arriba, de los siete años de penitencia impuestos para los principales crímenes). Pero estas reglas seguían siendo indicativas. El sacerdote debía modular la pena “en función de lo que exigían la magnitud o la modicidad del crimen y otras circunstancias”, según los términos de Raimundo de Peñafort en su *Summa*¹¹². La flexibilidad general de las reglas de juicio que caracterizaban desde siempre la esfera penitencial tendió a marcar fuertemente también las esferas disciplinaria y judicial a partir del momento –los siglos XII-XIII– en el que las justicias de Iglesia tomaron su autonomía. La diferenciación

108 “De his absolvendis qui clericis non enormem sed modicam et levem iniuriam irrogarunt tuae fraternitatis arbitrio duximus committendum”.

109 PADOA-SCHIOPPA (1999).

110 FRAHER (1989).

111 Conf. por ejemplo C. 26, q. 7, c. 2. ; C. 26, q. 7, c. 8, citados por Raimundo de Peñafort, *Summa de Paenitentia*, op. cit., cc. 842-843. Y, para la práctica, el ejemplo de los estatutos de Sisteron (primera mitad del siglo XIII), Odette Pontal (ed.), *Les statuts synodaux français du XIII^e siècle*, t. II, Paris, CTHS, 1983, § 41, p. 202: “Cum autem penitentie arbitrarie sint, quanta singulis peccatis *supradictis* pena debeat injungi discretioni providi confessoris relinquimus”.

112 Raimundo de Peñafort, *Summa de Paenitentia*, op. cit., c. 844: “Verumtamen, licet pro singulis peccatis talibus sit statuta paenitentia septennis, magis vel minus aspera debet imponi prout majoritas vel minoritas criminis cum ceteris circumstanciis hoc exposcit”.

entra fuero interno y fuero externo que se afirmó entonces progresivamente no sucedía evidentemente sin la persistencia de continuidades estructurales –comenzando por la que, desde San Agustín, hacía del crimen un *peccatum grave*¹¹³. La categoría de la enormidad tenía precisamente como característica de ir a la par, en el fuero interno como en el criminal, con una flexibilidad de las normas canónicas y la extensión del *arbitrium iudicis* impulsados al máximo.

52. Tal como ella fue concebida y manejada en la práctica por los eclesiásticos, la *enormitas* era en efecto una noción estructuralmente inestable, proteiforme. El perímetro de su campo de aplicación como calificación variaba según la apreciación del juez. Cuando las Constituciones narboneses de la orden de los Hermanos Menores (1260) preveían que “ninguno fuera expulsado ni encarcelado, sino por exceso manifiesto y enorme”, por ejemplo, se precisó en seguida que

“se llama enorme a un exceso bien en razón del tipo de pecado, como la falta de la carne (*lapsus carnis*) o la perfidia de la herejía, bien en razón de las circunstancias, como lo es el robo de una cosa importante o efectuado de modo notorio o frecuentemente reiterado”.

Esta definición volvía a extender el crimen enorme (y la excepción que permitía expulsar o encarcelar a su autor) a todos los actos al que los jueces consideraran oportuno de incluir en esta categoría –tanto más cuanto que la constitución terminaba con una generalización: “Y que se haga el mismo juicio para hechos similares”¹¹⁴. La presentación de la *enormitas* dada por Bar-

113 Agustín, *In Iohannis Evangelium tractatus CXXIV*, Augustin Mayer (ed.), Turnhout: Brepols, 1990, p. 362 (XLI, 9).

114 Cesare Cenci (ed.), “De fratrum minorum constitutionibus Praenarbonensibus”, *Archivum franciscanum historicum*, 83/1-2, 1990 pp. 50-95, en p. 77 (§ VII, 3): “Nullus eiciatur vel incarceretur nisi pro manifesto et enormi excessu. Enormem dicimus excessum vel ratione generis peccati, ut est lapsus carnis aut perfidia heresis, vel ratione circumstantie, sicut est furtum rei notabilis vel notorie factum vel quia frequentius iteratum. Et de similibus idem iudicium habeatur”. En una primera versión de esta constitución datable (sin certeza) para 1239, el comentario después de la primera frase se limitaba a un reenvío al “consejo de los sabios” para determinar si los hechos correspondían a la calificación de *enormis et manifestus excessus* (§ 34, *Ibid*). Es posible ver en el añadido de las precisiones dadas por las Constituciones narboneses el signo de que la práctica del gobierno de los hermanos había suscitado interrogaciones sobre la definición de los “crímenes enormes” y dado lugar a una acepción cada vez más extensible de esta noción (lo que confirmaría una tendencia probablemente detectable en el curso del siglo XIII). Agradezco vivamente

tolomeo de San Concordio a principios del siglo XIV en su *Summa de casibus* bien sugiere, de modo condensado, hasta qué punto la categoría tenía por cualidad intrínseca (tal vez al término de cierta evolución desde finales del siglo XII) el hecho de ser “de geometría variable”. Después de haber comenzado, al principio de su rúbrica consagrada a los *enormia*, por restringirlos a la herejía, al homicidio y a la simonía *in ordinatione*, como se ha visto¹¹⁵, el hermano pisano daba una segunda definición muy distinta, mucho más amplia pero todavía marcada por la excepción, ya que ella recubría “todas las infracciones que no admiten dispensa” (hay que comprender por ello todos los casos que escapaban a la facultad de dispensa conferida a los obispos e imponían por lo tanto el recurso al papa, sin certeza de éxito, por otra parte, desde el momento en que las infracciones más graves estaban en cuestión)¹¹⁶. En la entrada *Crimen* de la misma obra, Bartolomeo había indicado por otra parte que algunos *enormia* más allá de los tres más graves (sin más precisión sobre su naturaleza), si eran “ocultos”, no impedían el ejercicio de las órdenes o de los oficios¹¹⁷. Más aún, la rúbrica *Enormia* terminaba con una brusca generalización: “Se llama hoy ‘enormes’ a todos los crímenes (*delicta*) que acarrear la infamia civil”¹¹⁸. Lo que tendía a incluir en definitiva bajo esta calificación a la mayoría de las infracciones al orden público.

53. De hecho, desde el siglo XIII, en ciertos contextos eclesiásticos, la noción de *enormitas* se extendía potencialmente a todo crimen. Ello ocurría así, por ejemplo, en el marco de la represión por la Sede Apostólica de los

a Clément Lenoble (que defendió en septiembre de 2010 en la Universidad de Lyon 2 una tesis titulada *L'exercice de la pauvreté. Les franciscains d'Avignon, l'incertitude économique et la circulation de la richesse à la fin du Moyen Âge*) por haber atraído mi atención sobre estos dos textos.

115 Conf. *supra*, nota 104.

116 Bartolomeo de San Concordio, *Summa de casibus*, op. cit, fol. LII: “Secundo dicuntur enormia quia dispensationem non recipiunt ut simonia in beneficio i. q. i. Erga”. En el artículo *Crimen* (*Ibid.*, fol. XXXIII), respecto de la simonía como “crimen enorme”, Bartolomeo remitía a la vez al artículo *Enormia* y a los apartados 6 y 7 del artículo *Dispensatio*, los cuales trataban de casos sustraídos a la facultad de dispensa de los obispos y reservados sólo al papa (*ibidem*, fol. XLV).

117 *Ibid.*, fol. XXXIII: “Alia vero enormia occulta post peractam penitentiam non impediunt promovendum nec deiciunt jam promotum ut in dicto c. Quesitum”.

118 *Ibid.*, fol. LII: “Hoc etiam modo enormia dicuntur omnia illa delicta que inducunt infamiam civilem iii. q. vii. § Porro et ii. q. iii. licet § Hinc colligitur. L'édition d'Albi datée de 1477 environ omet le terme delicta”.

excessus prelatorum. A partir del pontificado de Inocencio III y por lo menos hasta el fin de su estancia aviñonesa, los papas frecuentemente ordenaron investigaciones judiciales (*inquisitionis negocia*) contra arzobispos, obispos o abades de toda la Cristiandad acusados de infracciones graves en el ejercicio de su oficio y/o en su conducta personal¹¹⁹. En las cartas que lanzaban estos procedimientos o intervenían en el curso de su desarrollo, el término de *enormia* recubría todos los tipos de faltas imputadas. Por ejemplo, aquellas del obispo de Vintimille Nicola Lercari, finalmente depuesto por Inocencio IV en 1244 (entre otras cosas por simonía, incontinenencia, dilapidación)¹²⁰, o aquellas del arzobispo de Tréveris Heinrich von Vistingen, quien fue durante más de diez años objeto de persecuciones (entre otras cosas por profanación del culto, perjurio, homicidio, simonía, dilapidación, pillajes e incendios) antes de ser liberado por Gregorio X en 1272¹²¹. A partir de los primeros años del siglo XIV a más tardar, ciertos preámbulos-tipo utilizados en la cancillería pontificia para las cartas relativas a estos asuntos empleaban *enormia*, *enormitates*, *sinistra* y *excessus* como términos más o menos equivalentes¹²². Otro

119 Intenté una historia de estos procedimientos de investigaciones, a partir de un corpus de 473 casos, en una tesina original con el título de “*Excès*” et “*affaires d’enquête*”: *les procès criminels de la papauté contre les prélats, XIII^e-mi-XIV^e siècles*, presentada para la habilitación para dirigir investigaciones defendida el 23 de noviembre de 2010 en la Universidad de Montpellier III. Conf. en particular, THÉRY (2003) y (2008).

120 *Archivio segreto Vaticano* [en adelante ASV], *Registra Vaticana* [en adelante *Reg. Vat.*] 21, n° 583, fol. 93v: “Deferente siquidem ad aures nostras clamosa insinuatione per fidedignos sepius inculcata quod quondam Vigintimiliensis episcopus symonia, incontinentia et aliis criminibus irretitus, bona Vigintimiliensis ecclesie dilapidans enormiter et consumens, subditis quibus esse debuerat via vite factus erat per illa que committebat enormia causa mortis...” Este caso es brevemente evocado en POLONIO (1990: 468-472), retomado en POLONIO (2002).

121 Georg Waitz (ed.), *Gesta Henrici archiepiscopi et Theoderici abbatis*, en *Monumenta Germaniae Historica, Scriptores*, t. XXIV, Hannover, 1979, pp. 414-456, en pp. 416-417: “In tantum quoque ipsius contemptus ad Deum superascendit et homines, quod idem nec illius iudicium nec horum scandalum pertimescens publice rapinis et incendiis se immiscet et alias etiam multa committit enormia, horrenda dictu et auditu plurimum detestanda”.

122 Charles Grandjean, *Le registre de Benoît XI*, Roma: École française de Rome, 1905, n° 990: “Licet excessus cunctorum fidelium (...) plurimum sint contrarii votis nostris, cum tamen de ecclesiarum prelati, qui debent ostendere in seipsis qualiter alii debeant in domo Domini ambulare, nobis enormia referuntur...”; ASV, *Reg. Vat.* 53, n° 46, fol. 146v: “Grave gerimus et molestum cum sinistra nobis de clericis et personis ecclesiasticis referuntur; sed in enormitatibus prelatorum, cum nostris inculcantur auribus, eo gravius

indicio que prueba la extensión tendencial de la *enormitas* a todo el campo criminal puede encontrarse en dos *summaria* del *Liber Extra* (anónimos pero seguramente redactados en el siglo XIII o en el XIV) que hablaban de *enormitates* para designar lo que una de las decretales resumidas, debida a Alejandro III, llamaba solamente *crimina*, y lo que la otra, debida a Clemente III, presentaba como el fruto de acciones que consistían simplemente en *excedere*, “cometer excesos”¹²³.

54. La variabilidad de las infracciones que calificaba, así como la ampliación potencial de sus utilizaciones, eran unos rasgos que distinguían radicalmente a la *enormitas* eclesiástica de la *atrocitas* romana. Tal maleabilidad era extraña al espíritu del derecho romano. Además, como vimos, el estatuto de marcador agravante propio de la atrocidad en las compilaciones justinianeas excluía toda posibilidad de concebir una categoría que reuniera los crímenes intrínsecamente atroces. Nada sorprendente, pues, el que no hubiera un neutro plural para designar los *atrocias*, “cosas atroces”, como *enormia* designaba las “cosas enormes”, ni tampoco una forma sustantiva absoluta para designar *atrocitates*. Esta diferencia lingüística correspondía a una profunda diferencia de naturaleza entre ambas nociones.

55. En el fuero externo, la gran libertad dejada al juez para definir el perímetro de extensión de lo “enorme” iba a la par con la creciente flexibilidad de los procedimientos puestos en ejecución para reprimir los hechos así

provocamur...” (se trata en los dos casos de mandamientos contra el obispo de Carpentras Berengario de Mazan, fechados en 1304 y 1306).

123 X, 5, 9, 1 cuyo *summarium* dice “Clericus qui dimisso habitu et tonsura immiscet se enormitatibus perdit privilegium canonis” y el texto de la decretal, “Preterea clerici qui, relicto ordine clericali et habitu suo, in apostasia tanquam laici conversantur, si in criminibus comprehensi teneantur, per censuram ecclesiasticam non precipimus liberari”. Y X, 5, 39, 23 cuyo *summarium* dice “Percutiens vel etiam interficiens clericum, se, dimisso clericali habitu, sevis enormitatibus immiscentem, non tenetur ire pro absolute ad Sedem apostolicam” y el texto de la decretal, “Perpendimus ex literis tuis quod quidam sacerdos tue dioecesis pro eo quod se filium regis falso nominare presumpsit, et, armis acceptis, seditionem fecit et guerram, a dilecto filio B. comite per vicos jussus est fustigari; qui postea ejus mandato traditus patibulo exspiravit. Fraternitati tue duximus respondendum, quod, si memoratus sacerdos tali modo excessit, et non propulsando, sed inferendo injuriam fuit occisus, non videtur nobis quod interfectores ejus propter hoc ad obtinendam absolute apostolicam Sedem adire cogantur...”). Ver también el comentario de Hostiensis citado por KÉRY, (2006: 593, n. 307): “Latro plus est quam fur, *supra* de homi. c. iii in fi. (X, 5, 12, 3). Videtur ergo loqui haec litera de his qui de nocte vadunt et enormitatibus se immiscent, *infra* de sent. exco. perpendimus (X5, 39, 23) unde et sequitur”.

calificados. La institución por Inocencio III (en el canon 8 del concilio de Letrán IV, *Qualiter et quando*, en 1215)¹²⁴ de un “modo inquisitorio” ordinario para reprimir los “excesos”, luego el desarrollo de usos del procedimiento sumario¹²⁵, en particular a partir de la década de 1260 con la introducción del cláusula *sine figura iudicii*, daban al juez poderes de modulación del *ordo* desconocidos hasta entonces en la tradición jurídica. La práctica de las *inquisitiones* pontificias contra los prelados ofrece una buena ilustración de ello¹²⁶. Las reglas del *modus inquisitionis* permitían en una medida muy amplia al papa, o al cardenal en quien delegaba el caso, de torcer, de orientar el procedimiento a su arbitrio. Desde la apertura de la instancia, les correspondía la elección de imponer a quienes habían señalado las faltas del prelado una constitución como parte acusadora (*inscriptio*), o bien de dejarles “promover la causa” como simples denunciante (lo que reducía los riesgos a los que se exponían), o bien incluso de actuar *ex officio* invocando la sola *fama denunciants*. En este último caso, el papa o su juez delegado decidían o no acordar al acusado una investigación previa sobre la realidad de la *infamia*. Ninguna decisión, sin embargo, era absolutamente definitiva a este respecto. Sucedía que en el curso del caso, el pontífice ordenase pasar de un *modus* a otro, para hacer aparecer en tal o cual estadio a un denunciador (lo que hizo por ejemplo Bonifacio VIII en un proceso contra el obispo de Coventry y Lichfield Walter Langton¹²⁷) o incluso un acusador (lo que hizo Juan XXII en un muy largo proceso contra el arzobispo de Benevento Monaldo de Monaldeschi¹²⁸). Todas las modalidades de desarrollo del *ordo* eran modulables según consideraciones de oportunidad (número de testigos examinados a cargo y a descargo, el

124 Canon retomado en el *Liber Extra*: X, 5, 1, 24. Conf. TRUSEN (1988); FRAHER (1992); THÉRY (2003).

125 Sobre la historia del procedimiento sumario, ver en especial LEFEBVRE (1956) y NÖRR (1995).

126 Conf. las referencias dadas *supra* en nota 119.

127 Conf. Rose Graham, *Registrum Roberti Winchelsey, Cantuariensis archiepiscopi*, A. D. 1294-1313, Oxford: Canterbury and York Society, 1952-1956, t. II, pp. 600-601, 648-651; ASV, *Reg. Vat.* 50, n° 326bis; Georges Digard, *Les registres de Boniface VIII*, París: École française de Rome, 1907-1939, n° 4849.

128 THÉRY (2011). Conf. ASV, *Reg. Vat.* 50, n° 135, fol. 336v; Georges Digard, *Les registres de Boniface VIII*, op. cit., n° 5253; ASV, *Registra Avinionensia* [en adelante *Reg. Av.*] 11, n° 19, fol. 4v-5; *Reg. Av.* 32, n° 339, fol. 185; *Reg. Av.* 38, n° 1424, fol. 102, y fol. 734; *Reg. Av.* 42, fol. 231-232; Georges Mollat, *Jean XXII (1316-1334), Lettres communes*, Roma: École française de Rome, 1904-1946, n° 8424, 42831, 54329, 54339, 57055.

tiempo concedido para las audiencias, las reactivaciones eventuales por la apertura de nuevas fases de investigación a título de *justitie complementum*, ritmo de progresión del procedimiento¹²⁹...). El resultado del proceso, finalmente, era dejado evidentemente al *arbitrium* del papa. Allí todavía, la gama de posibilidades era múltiple, del simple abandono de las persecuciones sin sentencia alguna (caso más frecuente, al parecer)¹³⁰ a la deposición¹³¹, pasando por el restablecimiento del acusado en estado de buena *fama* por medio de una *restitutio in integrum*¹³², raro, o, más corriente, la imposición de una purgación canónica (cuyas modalidades –lugar y número de compurgadores– estaban también bajo la apreciación del papa)¹³³. El lugar tenido por la “arbitrariedad del juez” en los “asuntos de investigación” contra los preladados era ciertamente más importante que en todo otro contexto en tanto el juez allí era el pontífice supremo, investido de la *plenitudo potestatis* y sustraído a toda posibilidad de apelación. Las disposiciones del canon *Qualiter et quando*, no obstante, valían para la represión de todos los “excesos”, fueran cometidos por los *subditi* o por los *prelati*. Hay motivos para pensar que la práctica episcopal del procedimiento inquisitorio en las diócesis era similar a la de los papas a escala de la Cristiandad.

129 Veintiocho años de procedimiento contra el arzobispo de Benevento Monaldo de Monaldeschi (conf. las referencias dadas en la nota precedente), alrededor de seis meses para el primer proceso de Juan XXII contra el obispo de Cahors Hugues Géraud en 1316-1317 y para el proceso del mismo papa contra el arzobispo de Aix-en-Provence Roberto de Mauvoisin en 1317-1318, menos de cinco meses para el segundo proceso de Hugues Géraud en 1317 – conf. en particular ALBE (1904); SHATZMILLER (1999); BOUDET & THÉRY (2012).

130 Por ejemplo al final del procedimiento conducido por tres papas sucesivos de 1261 a 1267 contra el obispo de Rodez Vivien, sin embargo acusado entre otras cosas de simonía, profanación del oficio divino y sodomía (conf. Edmundus Martène, Ursinus Durand, *Thesaurus novus anecdotorum*, París, 1717, t. III, cc. 1109-1010; Joannes Hyacinthus Sbaralea, *Bullarium franciscanum*, Roma: Typis Sacrae Congregationis de Propaganda Fide, 1765, t. III, n° 55, 108, pp. 54-57, 101-102).

131 La entrega al brazo secular del obispo de Cahors Hugues Géraud, acusado en 1317 de haber intentado asesinar a cardinales y al papa Juan XXII por maleficio y envenenamiento, constituye un caso único (conf. las referencias dadas *supra* en nota 129).

132 Fue el caso del resultado del proceso llevado en 1307-1308 por Clemente V contra el obispo de Albi Bernard de Castanet (edición de la carta de restitución de buena fama en Clément Compayré, *Études historiques et anciens documents inédits sur l'Albigéois, le Castrais et l'ancien diocèse de Lavaur*, Albi, 1841, pp. 249-250).

133 Tal fue el resultado, por ejemplo, de los procedimientos contra Walter Langton y Monaldo de Monaldeschi (conf. las referencias citadas *supra* en notas 127 y 128).

56. La flexibilidad del *ordo iudiciarius* y la de la calificación de *enormitas* no estaban por cierto directamente ligadas. El «modo inquisitorio» podía ser puesto en marcha para todos los “excesos”, fuesen o no expresamente llamados “enormes” (el canon *Qualiter et quando*, por otra parte, no hacía referencia a la enormidad). Pero el desarrollo considerable de los poderes conferidos al *arbitrium iudicis* en uno y otro dominio –derecho procesal, derecho sustancial que atañe en esta ocurrencia a la calificación de *enormitas*– respondía a una misma tendencia general. Esta convergencia es bien ilustrada por el hecho de que, en los mandamientos pontificios de investigación contra preladados, las enumeraciones de *enormitates* imputadas a los acusados eran a menudo presentadas como no exhaustivas, susceptibles de ser aumentadas por otras acusaciones que podrían surgir posteriormente en el curso de los casos (en particular por intermedio de nuevas malas *fame* descubiertas en el momento de las audiencias de testigos)¹³⁴. Tal fue el caso, por ejemplo, en el proceso llevado adelante en 1317-1318 por Juan XXII contra el arzobispo de Aix Roberto de Mauvoisin, en el curso del cual el número de artículos de acusación pasó de 11 a 15 entre el 7 y el 14 de enero de 1318¹³⁵. Tal apertura de la lista de cargos de inculpación habría sido inconcebible en el marco procesal que prevalecía hasta fines del siglo XII. Toda instancia acusatoria pasaba en efecto por una fase de *litis contestatio* en el curso de la cual el objeto del proceso era precisa y definitivamente delimitado. Con el desarrollo del modo inquisitorio, las cosas dejaron pues de ser tan claras. Una fuerte tradición jurídica mantenía el principio teórico de la protección de los acusados contra la aparición de nuevas quejas durante el curso del procedimiento. En la práctica, sin embargo, el papa (y probablemente otros jueces eclesiásticos) tendían a reservarse la posibilidad de ampliar el campo de sus investigaciones a eventuales *alia enormia*¹³⁶.

134 Conf. por ejemplo el inicio de la *narratio* de un mandamiento de Alejandro IV contra el obispo de Rodez Vivien: “Cum itaque de venerabili fratre nostro episcopo Ruthenensi multa nobis enormia et auditu nimis horrenda jam sæpius fuerint insinuata sinistra, videlicet quod excommunicatus et irregularis officia divina profanat, simoniacam pravitatem exercet et incontinentiæ vitio, eo præsertim quod propter sui horribilem abominationem nominare non licet, perniciose laborat, alias multis criminibus irretitus, quæ Deum offendunt et homines scandalisant...” (Edmundus Martène & Ursinus Durand, *Thesaurus novus anecdotorum*, op. cit., t. III, n° 55, cc. 1109-1010).

135 SHATZMILLER (1999: 169-173, 184-193).

136 Conf., entre otros numerosos ejemplos, una carta emitida por Gregorio IX en 1231 contra el arzobispo de Acerenza: “Hec et alia multa committens enormia que oculos divi-

B. Jurisdicciones seculares

57. En la lengua de las jurisdicciones seculares también, aun si aparecía mucho menos frecuentemente que en la de las autoridades eclesiásticas, la categoría de *enormitas* tuvo en los siglos XIII-XV una vida propia que la distinguía de la noción de atrocidad de modo mucho más nítido que en la época moderna. Los usos laicos del vocabulario de lo enorme resultaron mucho más de la influencia ejercida por el derecho canónico y por la práctica eclesiástica desde mediados del s. XII que de un conocimiento de la constitución de los emperadores Valentiniano y Valente donde estaban relacionadas atrocidad y enormidad. Volveremos después sobre esta preponderancia de la influencia eclesiástica, pero ya podemos remarcar que una cancillería particularmente propensa a la imitación de los modelos pontificios¹³⁷ como la de Federico II recurría de buena gana al léxico de la enormidad, a veces en utilizaciones o formulaciones directamente tomadas de la Sede Apostólica. Así cuando el emperador suprimía todas las comunas urbanas de Germania calificando su existencia de *enormitas* (1232)¹³⁸ o cuando, en tanto rey de la Sicilia, calificaba de *enormis insinuatio*, en el *incipit* de una carta, la noticia de que una orden suya no había sido respetada en Salerno¹³⁹. La misma observación vale para ciertos documentos redactados por los legistas de Felipe el Hermoso en el curso de un período en que la realeza francesa conocía un acceso fuerte de “pontificalización”, en relación con una serie de procesos resonantes que la confrontaban con la Sede Apostólica¹⁴⁰. Guillermo de Nogaret, el célebre

ne majestatis offendunt...” (ASV, *Registra Vaticana* 15, fol. 110v, c. 101, n° 686). Por otra parte, y sin que me sea posible por el momento establecer el lazo con los usos canónicos, la fórmula *et alia enormia* tuvo una vida propia en el *Common law* inglés, en particular en el “writ” *Trespas quare clausum fregit*, donde le dejaba la posibilidad al que denunciaba un robo con fractura de señalar con posterioridad daños o robos comprobados en su propiedad –conf. MAITLAND (1910). Esta cláusula todavía se estilaba en el siglo XIX, como lo demuestra la rúbrica *Alia enormia* del *Law Dictionary* de Bouvier (primera edición de 1839).

137 Sobre la retórica federiciana, ver el reciente trabajo de la tesis de GRÉVIN (2009).

138 L. Weiland (ed.), MGH, *Leges, IV, Constitutiones et acta publica imperatorum et regum*, t. II, Hannover, 1896, n° 156, pp. 191-194, citado en BOURGAIN & HUBERT (2005: 449): “Ut igitur talis omnino removeatur enormitas et abusus nec auctoritatis aliquo velamine pallietur...”

139 Alphonse Huillard-Bréholles, *Nove constitutiones regni Sicilie*, op. cit., t. IV/1, p. 186.

140 Ver THÉRY (2004), (2008), (2012a) y (2012b). Entre los numerosos elementos de

consejero real, habló de “enormidad de los crímenes” imputados al obispo de Pamiers Bernardo Saisset y calificó de *enormitas horribilis* a la persona misma de este campeón de la inmunidad eclesiástica (1301)¹⁴¹. Él denunció poco tiempo después los *manifesta crimina enormia infinita* (1303)¹⁴² o las *enormitates sodomitice* (1307)¹⁴³ del papa Bonifacio VIII, acusado de herejía. Un poco más tarde, Guillermo de Plaisians, el segundo de Nogaret, lamentó las “enormidades” o la *enormitas flagitiorum* de los “pérfidos templarios” (1308), cuya herejía amenazaba todo el reino¹⁴⁴.

58. Más importante: las ocurrencias del vocabulario de la enormidad no eran raras –aunque bastante esporádicas en general– en contextos seculares donde, por oposición a estos casos particulares, la imitación directa del lenguaje pontificio no tenía lugar alguno. Exceptuando su menor pregnancia, los caracteres generales de la categoría tal como ella tenía curso en el medio laico apenas parecen diferentes de aquellos que ella revestía en el mundo eclesiástico.

59. La *enormitas* podía, dado el caso, designar el máximo grado de magnitud de una infracción, como en el décimo artículo de los privilegios de la ciudad de Lille confirmados por Carlos VI en 1392, que prohibía el embargo de los bienes de los ciudadanos criminales incluso en los “casos más enormes y villanos que pudiesen ser”¹⁴⁵. Por otra parte, la calificación de enorme era

imitación de la teocracia pontificia por la monarquía francesa en aquella época, se puede citar por ejemplo la aparición de las referencias a la *plenitudo potestatis* del rey en los documentos de cancillería a partir de 1297, estudiada por KRYNEN (1988). Conf. también GUYOTJEANNIN (1999) y SCHMIDT (1999).

141 En un texto recientemente reeditado por DENTON (2007).

142 COSTE (1995: 117), artículos de acusación leídos por Guillaume de Nogaret.

143 *Ibid.*, p. 361 (informe redactado por Nogaret).

144 Georges Picot, *Documents inédits relatifs aux États généraux et assemblées réunis sous Philippe le Bel*, París, 1901, p. 491 (convocatoria de las ciudades a los Estados Generales de Tours); Heinrich Finke, *Papsttum und Untergang des Templerordens*, Münster, 1907, t. II, pp. 141-142 (discurso de Guillaume de Plaisians ante Clemente V y el consistorio en Poitiers).

145 Eusèbe de Laurière *et alii* (dir.), *Ordonnances des rois de France de la troisième race*, París, 1723-1849, t. VII, p. 544. Conf. también la ordenanza real de 1397, que garantizaba a los ciudadanos de Condom el privilegio de ser juzgados en su ciudad y no fuera de ella *pro quocumque crimine quantumcumque speciali et enormi* (*Ibid.*, t. VIII, p. 169). GAUVARD (1991) utiliza corrientemente el adjetivo “enorme” que toma de la documentación, para designar los casos situados en la cima de la jerarquía de crímenes (ver por ejemplo t. I, p. 140, 211, t. II, p. 789-792).

típicamente invocada cuando estaba en cuestión un ataque a la autoridad superior. Por ejemplo cuando el senescal de Agen, en una fecha situada entre 1256 y 1263, le presentaba al conde de Toulouse Alfonso de Poitiers la ruptura de la paz pública por nobles como “un hecho detestable, impío y enorme”¹⁴⁶, o cuando el emperador Enrique VII, en el curso de su traslado a Italia, en 1311, procedía contra las ciudades de Tuscia culpables de *rebelliones et alia enormia contra regiam majestatem et Romanum Imperium*¹⁴⁷. Asimismo, cuando los estatutos de la República florentina de los años 1322-1325 contemplaban las ofensas posibles *in facto vel dicto enormi* contra el *capitano del Popolo* y los miembros de su *familia*¹⁴⁸, o incluso cuando el rey de Francia, en cartas fechadas en 1411-1412, confiscaba los bienes de un partidario de los Armagnac culpable, según una fórmula bastante corriente, de “grandes rebeliones y desobediencias y otros enormes excesos, crímenes y delitos cometidos y perpetrados contra nosotros y nuestra real majestad”¹⁴⁹.

60. La calificación de *enormitas* iba a menudo a la par de las excepciones a las reglas ordinarias de derecho, como en la constitución del *Liber Augustalis*, citada más arriba, donde Federico II autorizaba las transacciones privadas en materia criminal salvo en caso de *enormes injurie*¹⁵⁰. Sucedió lo mismo en los artículos de las disposiciones de reforma emitidas por San Luis en julio

146 J. de Laborde (ed.), *Layettes du Trésor des chartes*, t. III, París, 1975, n. 672. “Casum inopinatum, factum detestabile, nefarium et enorme lugubremque fortunam in dyocesi Agennensi vestre excellencie nuncio”.

147 La fórmula proviene de una escritura notarial que certificaba la comisión dada por el emperador a dos jueces para proceder contra las ciudades rebeldes –J. Schwalm (ed), *Constitutiones et acta publica imperatorum et regum*, t. IV/1, Hannover-Leipzig, 1906, p. 710).

148 Romolo Caggese, *Statuti della Repubblica fiorentina*, nueva edición por Giuliano Pinto, F. Salvestrini, Andrea Zorzi, Florencia, 1999, t. II, p. 128: “Si quis, quod absit, presummeret offendere in facto vel dicto enormi dictum Capitaneum et Defensorem vel ejus judicem vel aliquem de sua familia durante eorum offitio, libere dominus Potestas possit et debeat ipsum talem punire in persona vel rebus secundum qualitatem offense, suo arbitrio et voluntate, secundum qualitatem excessus et personarum”.

149 M. Vallet de Vireville (ed.), *Chronique de la pucelle ou chronique de Cousinot suivie de la chronique normande de P. Cochon*, París, 1859, piezas justificativas, p. 73. La fórmula “rebeliones, desobediencias y otros excesos enormes” ya aparece, por ejemplo, en un mandamiento del rey Felipe VI contra los habitantes de Reims fechado en 1339 –P. Varin (ed.), *Archives administratives de la ville de Reims. Collection de pièces inédites*, t. II-2, París, 1843, n° 461, p. 816-18.

150 Referencia dada *supra* en nota 27.

y diciembre de 1254 que prohibía a los oficiales reales, “salvo si la enormidad del crimen lo requería”, prender a las personas de los justiciables bajo acusación pero prestos a “purgarse” o “dar reparación” (*satisfacere*)¹⁵¹. Así, también, en el estatuto del Breve de la Comuna de Pisa (1287) que preveía que todos los crímenes no previstos en el libro III (*De maleficiis*) serían castigados con multas de 20 o 25 libras salvo los *enormia maleficia* (en particular, la traición), castigados con multas más fuertes¹⁵². La enormidad del crimen cometido por un clérigo podía justificar también una excepción al privilegio del fuero eclesiástico para juzgarlo por una jurisdicción secular. Desde finales del siglo XII, el decretista Huguccio preveía así una derogación de *consuetudo* de los principios del derecho canónico con el fin de deponer y entregarles a los tribunales laicos a todo clérigo culpable de *publicus et enorme crimen*¹⁵³. Y hacia 1335, por ejemplo, el estilo del Parlamento de París tal como lo expuso Guillermo du Breuil daba a esta corte “auctorité de deffendre à l’ordinaire de non procéder à l’absolucion ou condampnacion du cleric emprisonné pour delict énorme, comme port d’armes ou sauvegarde enfreincte”¹⁵⁴.

61. Además, así como se puede observar en la esfera canónica, la *enormitas* de las jurisdicciones seculares, en ciertos contextos, parece haber cubierto tendencialmente el conjunto del campo criminal (aun si en el mundo laico era mucho más fuerte la competencia e incluso ella era en general suplantada por otras terminologías, en particular por la de la *gravitas*). El Breve del *Popolo* de Pisa (1287) obligaba así al *capitano del Popolo* y a los Ancianos a procurar que el *potestà* castigase efectivamente todo *grave seu enorme maleficium* (en particular aquellos cometidos por los *magnates* contra los *populares*)¹⁵⁵. El mismo texto estatutario exceptuaba a los prisioneros condenados *pro aliquo gravi, turpi seu enormi maleficio* del beneficio de las liberaciones tradicionalmente acordadas “por misericordia de la Pasión de nuestro señor Jesúcristo y de la bienaventurada María”, precisándose que en ese caso se debía entender por *enormia*

151 El texto ha sido recientemente editado por GIORDANENGO (2000).

152 GHIGNOLI (2003: 384).

153 Citado por KÉRY (2006: 592, n. 304).

154 Citado por Perrot (1910: 329). Gauvard (2007: 1026-1027) cita un abogado que se opuso en 1445 al traslado de un acusado a la justicia episcopal como clérigo puesto que este último había mutilado su víctima “por dinero”, lo que constituía un “caso muy enorme” [*Nota del traductor*: “autoridad de prohibir al ordinario de no proceder a la absolución o condena del clérigo encarcelado por delito enorme, como portación de armas o violación de salvaguardia”].

155 *Ibid.*, 6. 18, p. 484.

maleficia no sólo el homicidio, sino también el robo probado “por testigos o fama pública” y otras numerosas infracciones¹⁵⁶. En Treviso, una constitución de los estatutos de 1313 asimilaba a un *enorme crimen* tanto el homicidio o el robo como la intrusión nocturna en la casa de un tercero y el falso testimonio¹⁵⁷. La misma acepción ampliada a la mayoría de los hechos criminales, incluidos los más ordinarios, prevalecía en Francia desde fines del siglo XIII, por ejemplo en 1291 cuando un oficial del rey investigaba respecto de *plura mala et facta enormia* cometidos por los habitantes de Albi contra los de un pueblo vecino en respuesta a una riña cuando las fiestas de San Juan¹⁵⁸. En el mundo laico, tanto como en la Iglesia, la enormidad presentaba en definitiva una característica común con la lesa majestad: implicaba “en su misma indeterminación el principio de su despliegue”, para retomar una fórmula de Yan Thomas¹⁵⁹.

62. Como en la esfera eclesiástica, la aparición de la calificación de *enormitas* fue concomitante de la extensión de los poderes conferidos al *arbitrium iudicis*, muy particularmente en materia procesal. Hay allí, me parece, un punto esencial para captar la naturaleza y el papel histórico de la categoría: ella contribuyó a la delimitación del campo donde se aplicaba el procedimiento llamado “extraordinario”. La formación de este procedimiento comenzó en la práctica de las jurisdicciones seculares desde el siglo XIII y fue ratificada en los textos legislativos de fines de la Edad Media –por ejemplo, en Francia, en la ordenanza de Blois de 1498 (artículos 110-112). En Francia como en

156 *Ibid.*, 6. 68, p. 526: “Salvo quod hoc capitulum non prejudicet quominus homines et mulieres detenti et detente in carceribus liberari possint pro comuni ob misericordiam passionis domini nostri Iesu Christi et beate Marie virginis sicut consuetum est, ita quod in predictis non intelligantur homines exbanniti pro aliquo gravi, turpi seu enormi maleficio; inter que enormia maleficia intelligantur omicidium, furtum si ipsum furtum probatum esset per testes vel per publicam famam, multam et inditia rapina, robaria facta in terra vel in mari, tradimentum, falsitas, bugeria, offensa facta in antianum vel eorum notarium”.

157 Bianca Betto, *Gli statuti del Comune di Treviso, secc. XIII-XIV*, Roma: ISIME, 1984, t. I, lib. IV, c. 243 (*De non ponendo testes in carceribus*), p. 512: “Additum fuit per consilium Trecentorum quod si iudex malleficiorum presumptionem legitimam habuerit quod testes sciant veritatem qui producti fuerint pro homicidio, robaria, furto, assasinato, falsitate, raptu seu violencia mulierum, vel si aliquis accusatus foret quod intrasset de nocte in domum alicuius et si testes falsi dicerentur, vel alio enormi crimine pro quo deberet perdere vitam vel membrum, vel de sanguinis effusione, ipsos poni facere possit in carceribus comunis Tervisii vel alio sine tormento ubi placuerit iudici *supradicto*, ad hoc ut testimonium perhibeant veritatis”.

158 Archives départementales du Tarn, AM Albi, FF 4.

159 THOMAS (1999: 482).

otros lugares, en los últimos siglos de la Edad Media y durante toda la época moderna, lo “extraordinario” se caracterizaba por un reinado casi absoluto de la arbitrariedad del juez –una suerte de situación de excepción generalizada que implicaba el secreto, el recurso a la tortura (incluso eventualmente después de las confesiones, para investigar otros crímenes no comprendidos en la acusación inicial), la ausencia de abogado y de la mayoría de las garantías a favor de la defensa. Lo “criminal”, por oposición a lo civil, o lo “gran criminal” por oposición a lo “pequeño”, como se decía en Francia, definía por el recurso al procedimiento extraordinario. Este recurso era dejado en general, allí también, a la apreciación y a la decisión del juez¹⁶⁰.

63. En los cuerpos documentales que me fue posible abordar hasta aquí –que están evidentemente lejos de concernir a todas las jurisdicciones superiores de fines de la Edad Media y de la época moderna, y que al contrario se limitan, se ha visto, a textos producidos por la monarquía francesa, el Imperio y las ciudades italianas–, no hay lazo sistemático que sea explícitamente instituido entre la *enormitas* y la puesta en marcha del procedimiento extraordinario. Un caso particularmente claro está constituido sin embargo por la República de Venecia en la época moderna, cuyo sistema penal, recientemente estudiado por Giovanni Chiodi y Claudio Povolo, preveía el paso al régimen extraordinario en tres situaciones, entre las que estaba aquella en la que el juez decidía calificar un crimen de “enorme”¹⁶¹. Es verdad que, de modo general, en Francia por ejemplo, esta calificación no era única ni indispensable ni tampoco especialmente frecuente en los documentos producidos por la práctica o tendientes a la reglamentación de lo “gran criminal”, para designar las infracciones concernientes (y se puede por otra parte hacer la misma observación respecto del vocabulario de la atrocidad, que era menos frecuente

160 Sobre lo extraordinario y sus orígenes, ver particularmente LAINGUI & LEBIGRE (1979: 129) donde relevan que el *arbitrium iudicis* penetró el sistema criminal medieval “al principio bajo la forma de excepciones (en particular para los crímenes graves, cuyo autor es ‘abandonado’ al señor de justicia”); MECCARELLI (1998: 195-306, 365-367); CARBASSE, (2006a: 202-208) y (2006b).

161 CHIODI & POVOLO (2004). Su primer tomo brinda una edición de la *Prattica criminale* del canciller Lorenzo Priori (1622), la cual precisa en el tema de la “delegación” de casos en el Consejo de los Diez, que implica el recurso a lo extraordinario (p. CII): “Nota che la delegatione si fa per tre cause: o per la enormità del delitto la quale ricercasse maggior pena di quella che havesse autorità il giudice ordinario, overo per la disparità delle persone, offesa e rea, o pure per sospettione del giudice per le dipendenze et altre cause ch'egli havesse con alcuna delle parti”.

todavía, me parece, en todo caso en los últimos siglos de la Edad Media)¹⁶². Más a menudo, los textos hablan simplemente de “crímenes” o nombran el tipo de crimen (por ejemplo “homicidio”) sin otra precisión.

64. Ello no impide que la calificación de enorme, aun si el proceso de elaboración de los derechos penales no llegó o raramente llegó a darle un valor formal exclusivo de operador de lo extraordinario, fue como mínimo, en muchos contextos de fines de la Edad Media, un marcador de este procedimiento y del movimiento que tendía a su constitución. Desde principios del siglo XIII, por ejemplo, la costumbre de Carcasona autorizaba al señor a intervenir en las “discordias” y, pues, el paso a un procedimiento inquisitorio, si había habido “derramamiento de sangre, o muerte, o rapto, o robo, o si se había seguido de ello algo más enorme”¹⁶³. Pero el mejor indicio ha de ser encontrado en la *Somme rurale*, una recopilación de costumbres de Francia del norte redactada en el extremo fin del siglo XIV por Jean Boutillier, oficial real de las bailías de Vermandois, luego de Tournai. Esta “enciclopedia práctica”, que se hizo “*vade mecum* sintético de los jueces de la competencia de París y la referencia para varias generaciones de juristas”, según los términos de Jacques Foviaux¹⁶⁴, fue una de las primeras obras doctrinales que planteara claramente una distinción entre “proceso ordinario” y “extraordinario”. Ahora bien, en dos oportunidades Boutillier relaciona lo “extraordinario” al carácter “enorme” de los crímenes a juzgar. Primero en una definición, bien conocida por los historiadores del derecho penal, que comienza con la afirmación según la cual, por oposición a “ordinario”, “le procès extraordinaire doit estre traicté

162 Anotemos aquí, ya no concerniendo a Francia, sino a la Italia centro-septentrional de fines del siglo XIII, que el célebre *Tractatus de maleficiis* de Alberto Gandino no menciona la *enormitas* y prefiere el vocabulario de la *atrocitas*, directamente sacado de las compilaciones justinianas, cuando se trata de decir en qué caso la tortura debe ser aplicada: “Non tamen ex omni causa quilibet torquendus est nec quilibet persona, ut ff. eod. l. edictum [D. 48.18.8]. Unde videtur quod de aliquo libero homine non possit haberi questio nisi in atrocioribus et gravioribus delictis et non pro levibus, ut dicit dicta l. edictum” –Hermann U. Kantorowicz ed., *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik. II. Die Theorie*, Berlín-Leipzig: De Gruyter, 1926, p. 159.

163 GIRAUD (1846: 50), piezas justificativas, y Alexandre Teulet, *Layettes du Trésor des chartes*, t. I, París: Plon, 1863, p. 273: “De [aliis] discordiis, si proclamationes inde non fiunt domino vel curie, non debet dominus vel ejus curia interponere partes suas, nisi sanguis extractus fuerit vel mors vel raptus vel furtum vel aliud enorme secutum fuerit”.

164 Entrada “Boutillier Jean” por Jacques Foviaux, en ARABEYRE, HALPÉRIN & KRYNEN (2007: 130).

et fait en tout autre terme, par especial en grans crimes et énormes qui sont deniez et qui ont esté faicts repostement”¹⁶⁵.

Y, luego, evocando el caso de un escudero gravemente herido por un caballero que había roto traicioneramente una paz con él concluida. La víctima había requerido ante el Parlamento “que, consideré le cas tel et si enorme comme il estoit, que la verité en fust sçeuë par procez extraordinaire et comme la matiere le desiroit de justice et de raison”¹⁶⁶.

65. Se percibe bien, la *enormitas* estuvo vinculada en los siglos XII-XV a la emergencia de procedimientos criminales, inquisitorios o “extraordinarios”, que se definían primero por una dilatación sin precedentes del *arbitrium iudicis* y luego, como ya se ha subrayado, por una situación de excepcionalidad generalizada, teniendo en cuenta las reglas procesales tradicionales. Es necesario volver brevemente sobre la naturaleza mixta de la *enormitas*, indisolublemente criminal y penitencial, para captar mejor la relación estructural entre esta calificación y la formación del orden penal premoderno.

IV. Represión, regulación y omnipotencia: la *enormitas* y la constitución de la esfera penal a fines de la Edad Media (conclusiones provisionales)

A. Enormidad y regulación de la vida: los orígenes penitenciales de lo penal

66. En la esfera canónica, la *enormitas* implicaba un tipo de intervención que competía a la *correctio* – y no a la *sanctio*, en el sentido que revestía

165 Jean Boutillier, *Somme rural ou le grand costumier général de la pratique civil et canon*, París, 1603, Libro II, título 13, p. 765. La expresión “grans et enormes crimes” pertenece al formulario de los documentos emitidos por la justicia real francesa en los siglos XIV y XV. Ver por ejemplo dos fallos criminales del Parlamento de París, fechados en 1376 y 1412 citados por GAUVARD (1991), I, p. 149, n. 21, et p. 254, II, p. 935 (el primer fallo concierne un procedimiento “extraordinario” contra un criminal ordinario, el segundo condena al duque de Lorena al destierro por exacciones calificadas también de “crimen de perduellio y de lesa majestad y crimen de felonía”) [Nota del traductor: “el proceso extraordinario debe ser tratado y hecho en términos completamente diferentes, en especial en los crímenes grandes y enormes que son negados y que fueron hechos en secreto”].

166 Jean Boutillier, *Somme rural*, op. cit., libro II, título 28, p. 820. [Nota del traductor: “que, considerado el caso tal como era y tan enorme, que la verdad fuese sabida por proceso extraordinario y como la materia lo requería de justicia y de razón”].

este último término en derecho romano¹⁶⁷. La observación es válida tanto para la acepción estrictamente post-gregoriana de irregularidad simple, en los años 1130-1150, como para aquella de infracción grave e inmoral que se impuso luego. “Corregir” una “enormidad”, para los eclesiásticos, no era retribuir un delito o un crimen con el castigo correspondiente según la ley, sino enmendar, rectificar, reformar comportamientos. No sólo la naturaleza de la intervención, sino también su campo de aplicación eran pues muy específicos. No se trataba de proteger un objeto claramente circunscrito, una cosa o una persona, como en derecho romano, sino, con una amplitud mucho mayor, de reconducir a individuos y grupos a la observación de reglas de vida.

67. El vocabulario de las cartas pontificias es muy claro a este respecto, tanto en el siglo XII como más tarde: las “enormidades” debían ser “corregidas” (es el verbo más frecuentemente asociado a ellas)¹⁶⁸, “arrancadas”¹⁶⁹ o “erradicadas”¹⁷⁰, lo que a menudo implicaba, por supuesto, que los autores de “excesos enormes” fueran “castigados”¹⁷¹, pero después de “caritativas admoniciones” y siempre con el objetivo primordial de una vuelta a la *rectitudo*, al camino recto. Este objetivo concernía tanto al culpable como a la comunidad y los aprehendía a ambos en el tiempo largo, en la duración de su existencia. La “corrección”, por oposición a la *sanctio* o a la *ultio* romanas, apuntaba a la *satisfactio*, es decir, literalmente, a la enmienda suficiente (*satis facere*) por parte del culpable para que el buen curso de las cosas fuera restablecido. “Incumbe a nuestra solicitud reconducir a la regla de rectitud (*ad rectitudinis regulam revocare*) lo que excede la norma y el orden en esta iglesia”¹⁷², escribía Eugenio III entre 1150 y 1152 en una carta citada más arriba. “Incumbe a

167 Ver para este tema THOMAS (1988) y (1994).

168 Ver por ejemplo X, 1, 14, 2 (*corrigere et emendare*); X,4,16,1 (*pars decisa*); PL 200, c. 1184, etc.

169 Ver por ejemplo Paul Fr. Kehr, *Papsturkunden in Spanien*, op. cit., t. I, n° 171, p. 464-465.

170 Voir par exemple X, 1, 17, 4.

171 Ver por ejemplo Paul Fr. Kehr, *Papsturkunden in Italien*, op. cit., t. III, p. 504; PL 200, c. 705, etc. Pero los “excesos enormes” se corrigen también (PL 200, cc. 1280-1281, pero se trata acá del verbo *corripere*, que implica una acción más vigorosa que *corrigere* – el verbo *corripere* fue por otra parte elegido por Jerónimo en la *Vulgata* para su traducción del pasaje de Mateo concerniente a lo que se ha convenido en llamar corrección fraternal).

172 PL 180, c. 1486.

nuestra solicitud corregir los excesos y las enormidades de los otros y reconducirlos al modo y a la forma de rectitud (*ad modum et formam rectitudinis revocare*)”, repetía Alejandro III unos años más tarde¹⁷³. Este género de formulación (en el que los elementos distintos de la *enormitas*, como la *sollicitudo* o la *regula rectitudinis*, por otra parte no eran nuevos), permaneció típico de la lengua pontificia durante siglos.

68. La categoría medieval de la *enormitas* participaba así en una normatividad diferente de la juridicidad romana, consagrada no a sancionar daños sino a organizar, administrar, regular la vida. Una normatividad de orden disciplinario, pues, característica de un poder de naturaleza pastoral (para retomar una noción a menudo puesta de relieve por Michel Foucault¹⁷⁴). La *enormitas* de los siglos XII-XV descendía de la matriz evangélica, ya que remitía, por su tratamiento necesario, a la tradición de la corrección y de la denuncia fraternales fundadas en *Mateo* 18, 15-17. Ella tenía también una genealogía monástica, ya que la comunidad cenobítica era desde la Antigüedad tardía el lugar por excelencia de relaciones de poder ordenadas, no en el respeto de las leyes, sino en la observación de una regla de vida. La Regla de San Benito (siglo VI), en los orígenes del monaquismo occidental, afirmaba explícitamente el carácter propiamente normativo (y no legal) del marco consagrado a regir la vida cristiana subrayando que “toda página o toda palabra del Antiguo o del Nuevo Testamento” tenía valor de “muy derecha norma de vida humana” (*rectissima norma vitae humanae*)¹⁷⁵. Este principio era puesto de relieve al fin de la Regla, en un capítulo conclusivo que insistía en la pluralidad de las normas posibles, en el carácter abierto del sistema normativo del monasterio. La primacía de un objetivo único, la perfección de vida cristiana, era así opuesta a la multiplicidad y a la flexibilidad de los medios normativos de alcanzarla¹⁷⁶.

173 X, 4,16,1 (*pars decisa*).

174 Conf. especialmente, FOUCAULT (1994: 559-64).

175 Adalbert de Vogüé & Jean Neufville (ed.), *La Règle de saint Benoît*, t. II, Paris, Sources chrétiennes, 1972, § 73. 3, p. 672.

176 Conf. el título del capítulo: “De hoc quod non omnis justitiae observatio in hac sit regula constituta”. Este pasaje ha sido estudiado por Jacques Chiffolleau en su seminario de la École des Hautes Etudes en Sciences Sociales dedicado, en 2007-2008, al estudio del mundo monástico como matriz de una normatividad consagrada a regular la vida. El mismo año, Yan Thomas también consagró ciertos seminarios a la cuestión de las diferencias entre la juridicidad romana y la normatividad cristiana. Ver, por otra parte, los trabajos de Paolo Napoli sobre el lugar de las reglas monásticas en la genealogía de la normatividad administrativa en Occidente, particularmente su conclusión de NAPOLI (2004).

69. La “enormidad”, cualquiera fuera el contexto en el cual fuera invocada, implicaba pues siempre una referencia a la dimensión moral, pecaminosa de la infracción. Mixta por esencia, la categoría implicaba una continuidad entre el dominio del pecado y el del crimen. En la esfera canónica, tenía lugar en el seno de una zona de indistinción entre lo penitencial y lo judicial; participaba de las imbricaciones y las tensiones entre fuero interno y fuero externo (recientemente estudiados por Jacques Chiffolleau¹⁷⁷ para el fin de la Edad Media, como secuela de los análisis generales de Paolo Prodi¹⁷⁸ y en eco crítico a las investigaciones canonísticas de Stefan Kuttner¹⁷⁹).

70. En la esfera secular también es indudable que en todo “crimen enorme” había pecado¹⁸⁰ –y en todo castigo de tal crimen una parte primordial de enmienda, de corrección, por cierto impuesta primero al culpable pero que concernía al destino de toda la comunidad de fieles (fieles de Dios y/o del príncipe). Esta dimensión religiosa estaba ausente, en cambio, en la *enormitas delicti* relacionada con la *atrocitas facti* en la constitución de los emperadores Valentiniano y Valente.

71. El uso laico de la noción de enormidad a partir del siglo XIII traiciona así los orígenes parcialmente penitenciales del orden penal. Lo “extraordinario” o “gran criminal”, en tanto se caracterizaba por la dilatación del *arbitrium iudicis*, por la excepción generalizada, presentaba por otra parte una

177 CHIFFOLEAU (2005).

178 PRODI (2000).

179 KUTTNER (1935) y (1936).

180 De modo sintomático, las jurisdicciones seculares por otra parte recurrían muy a menudo al vocabulario de la enormidad cuando se trataba de reprimir la blasfemia. Desde principio del siglo XII, en su *Histoire de Philippe Auguste* (editada por Élisabeth Carpentier *et alii*, París, CNRS, 2006, pp. 128-130), Rigord evocaba los *juramenta enormia* reprimidos por Felipe Augusto. En 1571, un decreto del Consejo de los Diez de la República de Venecia ampliaba la jurisdicción de los “esecutori contro la bestemmia” que vigilaban las tabernas en los “molti altri enormi et detestandi peccati accompagnati dal gioco” – citado por DEROSAS (1980: 449-450). Todavía en 1666, una ordenanza de Louis XIV imponía una multa a los culpables “según sus bienes, el tamaño y enormidad del juramento y blasfemia” (Isambert *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. XVIII, París, 1829, p. 86-87). El rey añadía: “Declaramos sin embargo que no entendemos comprender las blasfemias enormes que, según la teología, pertenecen al género de infidelidad y contravienen a la bondad y la grandeza de Dios y sus otros atributos; queremos que los susodichos crímenes sean castigados con penas más grandes que las de más arriba al arbitrio de los jueces, según su enormidad” (se encuentra también aquí un ejemplo más del vínculo entre enormidad y *arbitrium iudicis*).

homología formal con el marco regulador de la normatividad canónica. Como el abad que gobernaba su monasterio o el juez eclesiástico que corregía los *enormia*, el juez secular que actuaba en “proceso extraordinario” era liberado de toda rigidez jurídica, de toda regla formal susceptible de molestarlo inútilmente, y modulaba su acción en función de su solo objetivo final (en un caso la perfección cristiana, en el otro la conservación del orden público indiosociablemente principesco y cristiano). Por cierto, la *cognitio extra-ordinem* del fin de la Antigüedad romana proporcionaba el principal modelo de procedimiento criminal que dejaba total libertad a la arbitrariedad del juez¹⁸¹. Pero lo “extraordinario” tardo-medieval y moderno fue fundado sobre una concepción específicamente cristiana del orden público y de las funciones del juez –concepción en la que categoría de *enormitas* era un indicador.

72. La extensión tendencial de la calificación de enormidad a todo el campo de lo criminal, que se constató tanto para la esfera eclesiástica como para el mundo laico, parece corresponder bien en ambos dominios a una fuerte finalización de la actividad judicial al servicio de un gobierno que se podría llamar reformador o disciplinario. Por un lado, el “modo inquisitorio”, puesto en marcha para la represión de todos los “excesos”, fuesen o no explícitamente llamados “enormes”, fue el instrumento privilegiado de la “revolución pastoral” encarada en el siglo XIII, es decir, de la imposición a las poblaciones mucho más efectiva que antes de las normas de vida cristiana. Por el otro, el paso a lo “extraordinario” que podía ser decidido por el juez laico para un amplio abanico de crímenes “grandes” o “enormes” permitía la progresiva emergencia en los últimos siglos de la Edad Media de lo que Mario Sbriccoli denominó “lo penal hegemónico” o “el orden penal público”¹⁸².

B. Enormidad, lesa majestad y potencialidad permanente de la excepción

73. El vocabulario de la enormidad atendía a un *continuum* entre el dominio restringido de los crímenes supremos, que atentaban directamente contra las autoridades más altas (es decir a la majestad divina y a las majestades humanas), y el dominio más vasto de los crímenes a los que hoy se llamaría “de derecho común” ya que, por terribles que fuesen, no atacaban al orden político y religioso en tanto tal, a sus fundamentos o a sus representantes. La

181 THOMAS (1996) y (1999); CARBASSE (2006a: 37-47).

182 SBRICCOLI (1998) y (2001).

herejía era designada ocasionalmente como *enormitas*¹⁸³ y los crímenes de lesa majestad a veces calificados de enormes¹⁸⁴, a semejanza de otros grandes crímenes o pecados (no obstante sin la insistencia particular que podría esperarse, teniendo en cuenta la gravedad particular de estos cargos). Si la noción tardo-medieval de enormidad englobaba indiferentemente todos estos crímenes (y si el mismo tipo de procedimiento, sumario o extraordinario, podía reprimirlos), es porque la defensa de la disciplina cristiana y la del orden público estaban en lo sucesivo estructuralmente ubicadas en el mismo plano que la defensa de las majestades divina y humanas. La enormidad, es decir, potencialmente, todo crimen, era de cierta forma un crimen de majestad en modo menor –en lo cotidiano, se podría decir. Ella implicaba la posibilidad de aplicar a banales actos crapulosos, homicidios o robos, el mismo tratamiento procesal excepcional que con la lesa majestad¹⁸⁵. Posibilidad, y no obligación legal, puesto que el juez determinaba caso por caso, según consideraciones de oportunidad, el campo de aplicación y las consecuencias procesales precisas de la calificación de enorme. La historia de la enormidad devela así el *estado permanente de excepción potencial* que caracterizaba lo penal de Antiguo Régimen.

74. En el lenguaje de los papas a partir de la segunda mitad del siglo XII, como se ha visto, la *enormitas* calificaba las infracciones a los cánones en tanto atentaban contra los fundamentos de la nueva sociedad cristiana y por ende contra la salvación común. Es decir, también, en tanto constituían actos de resistencia o de desobediencia a la *plenitudo potestatis* de los pontífices romanos (“plenitud de potencia” cuya fase crucial de elaboración tuvo

183 Conf. el canon 24 del concilio de Narbona (1235), Mansi (ed.), *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, op. cit., t. XXIII, c. 363 (“Quamvis in hujusmodi crimine [heretica pravitas], propter ipsius enormitatem, omnes criminosi et infames, et criminis etiam participes, ad accusationem vel testimonium admittantur”), o el canon 26 del concilio de Vienne (1312), Giuseppe Alberigo (ed.), *Les conciles oecuméniques*, op. cit., p. 790 (“Verum quia nimis est grave ad exterminationem pravitatis praedictae non agere quod ipsius contagiosa enormitas agendum requirit”). Desde 1163, Eckbert de Schönau escribía sobre el tema de los “cátaros” de Renania: “Credunt, inquam, et fidem habent presbyteri enormes, sed sicut dixi de sapientia aegri medici, sibi ipsis mortua est eorum fides” (PL 195, c. 25). Conf. también ZERNER (2001: 268) sobre las *enormitates* atribuidas por un legado pontificio al supuesto “papa” de los herejes, a principios del siglo XIII.

184 Ver por ejemplo la fórmula real francesa “rebeliones, desobediencias y otros excesos enormes” (conf. *supra*, nota 149).

185 Sobre el crimen de lesa majestad, ver el reciente trabajo de CHIFFOLEAU (2007).

lugar, precisamente, entre el pontificado de Alejandro III y el de Inocencio III). Inconmensurable (por lo menos potencialmente) por definición, la ofensa “enorme” implicaba un desafío a la omnipotencia divina, cuando solo esta podía ignorar medida. Hay allí una diferencia estructural entre la *enormitas* medieval y la *atrocitas* romana. *Atrox* proviene del adjetivo *ater*, que significaba “sombrió”, “negro”. La *atrocitas* no se refería en nada a un orden de tamaño o a lo infinito, a la medida o a la desmesura. Ella reenviaba, en un plano totalmente distinto, a una intensidad de negrura – y, por ese lado, a la violencia, al salvajismo y al sentimiento correspondiente de terror¹⁸⁶. Si la Edad Media inventó la “enormidad” para, en cierto modo, desdoblar la noción de “atrocidad”, es seguramente porque el orden del mundo estaba allí garantizado por una potencia situada fuera de toda medida, la del único Dios de los cristianos. Los papas, representantes de Cristo sobre la tierra, tenían su *plenitudo potestatis* de la omnipotencia divina. La “plenitud de potencia” pontificia constituyó el principal modelo, a partir de principios del siglo XIII, para la construcción de las soberanías seculares¹⁸⁷ (vale decir de las “majestades”, para atenerse al término medieval). Los príncipes laicos, cuyas majestades eran, como la del papa, unas omnipotencias, tenían el derecho de definir como “enormes” las infracciones susceptibles de subvertir el orden del mundo del cual ellos eran los garantes. Así como tenían la facultad, como consecuencia de esta calificación, de suprimir las reglas de derecho susceptibles de trabar su intervención salvífica o la de sus jueces. La historia de la *enormitas* aporta en definitiva una confirmación de las reflexiones de Michel Foucault, que se arriesgaba, en una conferencia dada en 1974, a discernir “alrededor del siglo XII una curiosa conjunción entre el ataque a la ley y la falta religiosa”¹⁸⁸. “Perjudicar al soberano y cometer un pecado son dos cosas que comienzan [entonces] a reunirse”, precisaba él, agregando todavía: “[Estas dos cosas] estarán profundamente unidas en el derecho clásico”.

75. Se comprende entonces, finalmente, hasta qué punto sería abusivo reducir la asociación corriente de las nociones de atrocidad y de enormidad entre los criminalistas de los siglos XVI-XVIII a un asunto de lenguaje sin significación (haciéndola eventualmente derivar de la aproximación entre

186 Ver, por ejemplo, la definición dada por ERNOUT ET ALII (1994).

187 Ernst Kantorowicz pudo hablar de *medieval pontificalism*. Ver en particular KANTOROWICZ (1955). Para el caso francés, en el que Kantorowicz apenas se interesó, se puede ver THÉRY (2004), (2012a) y (2012b).

188 FOUCAULT (1994: 585).

enormitas delicti y atrocitas facti en la constitución imperial C. 9.15.1.2). La atrocidad de los modernos era muy diferente de la de los romanos. Tenía algo de más, el hecho de ser también una enormidad en el sentido medieval, es decir que iba a la par de lo extraordinario, de lo «gran criminal» marcado por una excepcionalidad procesal potencialmente generalizada. En el derecho romano, las excepciones ligadas a la *atrocitas* eran muy limitadas. Se trataba esencialmente, vimos, de derogaciones al estatuto ordinario de las personas, cuyo impacto procesal era relativamente restringido. En ningún caso la atrocidad de las compilaciones justinianas podía implicar una dilatación del poder del *arbitrium iudicis* comparable a la constatada a partir de la Baja Edad Media. La *atrocitas* no era una noción central en el sistema penal romano, contrariamente a la atrocidad/enormidad en el de los siglos XVI-XVIII. Cuando hablaban de crímenes atroces o enormes, los penalistas modernos se referían a un recorte procesal de lo “gran criminal” que no existía en la Antigüedad romana, sino que se había afirmado mucho más tarde, en tiempos de la *enormitas* medieval. Ferrière da testimonio de ello cuando retoma en su *Dictionnaire de droit et de pratique* la distinción romana entre crímenes (públicos) y los delitos (privados) pero limita los primeros a los “crímenes atroces que hieren directamente a lo Público”¹⁸⁹. La lógica que relaciona aquí atrocidad y atentado contra los bienes públicos no tiene nada de romano; es de origen medieval.

*
* *

76. Antes de hacerse más o menos intercambiable con la noción de atrocidad en la época moderna, la categoría de enormidad había tenido pues en la Edad Media una consistencia específica en dos planos diferentes. Por una parte, había constituido en la esfera canónica una calificación que designaba una mezcla de infracción, de mancilla o pecado y de subversión tendencialmente radical de la disciplina cristiana. Por otra parte, su difusión en la esfera secular había sido un marcador de la emergencia de lo “criminal” en el sentido de orden proto-penal. La *enormitas* medieval, así como la atrocidad/enormidad moderna, estaban necesariamente vinculadas a la excepción procesal en tanto susceptibles de acarrear, por su naturaleza y para la defensa de la omnipotencia divina o principesca, la extensión potencialmente ilimitada del *arbitrium iudicis*, con fines tanto reguladores como represivos¹⁹⁰.

189 Claude-Joseph Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, op. cit., p. 405.

190 El desarrollo de estas primeras investigaciones sobre la *enormitas* medieval dio lugar a seis comunicaciones orales entre 2005 y 2010: en el Instituto histórico alemán

BIBLIOGRAFÍA

- ALBE, E. (1904): “Autour de Jean XXII: Hugues Géraud, évêque de Cahors. L'affaire des poisons et des envoûtements en 1317”, *Bulletin trimestriel de la Société des études littéraires, scientifiques et artistiques du Lot*, 29, pp. 5-206.
- ARABEYRE, P., HALPÉRIN J. L. & KRYNEN, J. (dir.) (2007): *Dictionnaire historique des juristes français, XI^e-XX^e siècle*, Paris.
- BOIVIN, J.-M. (1993): *L'Irlande au Moyen Âge: Giraud de Barri et la Topographie hibernica (1188)*, Paris.
- BOUDET, J.-P. & THÉRY, J. (2012): “Jean XXII et l'affaire Robert de Mauvoisin: astrologie et procédure”, en *Jean XXII et le Midi. Cahiers de Fanjeaux* 45, pp. 159-236.
- BOURGAIN, P. & HUBERT, M.-C. (2005): *Le latin médiéval*, Turnhout.
- BRASIELLO, U. (1937): *La repressione penale nel diritto romano*, Nápoles.
- CARBASSE, J.-M. (2006a): *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris.
- (2006b): “Ordinaire, extraordinaire. Quelques remarques sur les avatars d'une distinction romaine dans l'ancienne procédure française”, en J. HOAREAU-DODINAU, G. MÉTAIRIE & P. TEXIER (dir.), *Procéder. Pas d'action, pas de droit ou pas de droit, pas d'action?*, Limoges, pp. 123-137.
- CARRELLI, E. (1937): “C. 2.36.1 e 3 e l'origine della rescissione per laesio enormis”, *Studia et documenta historiae et iuris*, pp. 446-450.
- CASTAN, N. (1980): *Justice et répression en Languedoc à l'époque des Lumières*, Paris.
- CERAMI, P. (1991): “Tormenta pro poena adhibita”, *Annali del seminario giuridico di Palermo*, 41, pp. 31-51.
- (1993) “Tormenta pro poenis adhibita”, en O. DILIBERTO (ed.), *Il problema*

de Paris, en el momento de los cuartos encuentros de *Gallia pontificia* (13 de mayo de 2005) organizados por Bernard Barbiche y Rolf Grosse en la École des Hautes Études en Sciences Sociales de Paris; en la EHESS, el 12 de mayo de 2005, en el marco de un ciclo de “conferencias complementarias”; en la Universidad de Bolonia (23 de mayo de 2008) durante una jornada de estudio titulada “Intorno all' eccezione. Teoria e prassi della giustizia criminale tra basso Medioevo ed Età Moderna”, organizada por Massimo Vallerani; en la Ettore Majorana Foundation and Centre for Scientific Culture d'Erice (7 de octubre de 2008) en el marco de la International School of *Ius Commune* (28th Course: *the Philological and Historical Investigation of the Sources and the Categories of Law in the Ius Commune*) organizada por Manlio Bellomo, Orazio Condorelli, Emanuele Conte y Kenneth Pennington; en el seminario del Centre d'études médiévales de Montpellier (CEMM, Université Paul-Valéry), el 26 de noviembre de 2009; finalmente en la ENS Lettres- Sciences Humaines, en Lyon, el 3 de marzo de 2010 durante un seminario del CIHAM (UMR 5648) organizado por Jacques Chiffolleau, Jean-Louis Gaulin y Laurence Moulinier.

- della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano, Nápoles, pp. 29-50.
- CHIFFOLEAU, J. (2005): “*Ecclesia de occultis non iudicat? L’Église, le secret et l’occulte du XII^e au XV^e siècle*”, *Micrologus*, 13, pp. 359-481; reeditado en *La Chiesa, il segreto e l’obbedienza: la costruzione del soggetto politico nel Medioevo*, Bologna, 2010.
- (2007): “Le crime de majesté, la politique et l’extraordinaire. Note sur les collections érudites de procès de lèse-majesté du XVII^e siècle français et sur leurs exemples médiévaux”, en Y.-M. BERCÉ (dir.), *Les procès politiques (XI^e-XVII^e siècle)*, Roma, pp. 577-662.
- CHIODI, G. & POVOLO, C. (2004): *L’amministrazione della giustizia penale nella Repubblica di Venezia (secoli XVI-XVIII)*, Verona.
- COSTA, E. (1921): *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Nápoles.
- COSTE, J. (1995): *Boniface VIII en procès: articles d’accusation et dépositions des témoins (1303-1311)*, Roma.
- DE MIRAMON, C. (2006): “Spiritualia et temporalia. Naissance d’un couple”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung*, 92, pp. 224-287.
- DE ROBERTIS, F. (1987-2000): “La variazione della pena nel diritto romano” [1954], en F. DE ROBERTIS, *Scritti varii di diritto romano*, Bari, t. III, pp. 59-110.
- DEKKERS, R. (1937): *La lésion énorme: introduction à l’histoire des sources du droit*, París.
- DENTON, J. (2007): “Bernard Saisset and the Franco-Papal Rift of Decembre 1301”, *Revue d’histoire ecclésiastique*, 102/2, pp. 399-427.
- DEROSAS, R. (1980): “Moralità e giustizia a Venezia nel ‘500-’600. Gli esecutori contro la bestemmia”, en G. Cozzi (dir.), *Stato, società e giustizia nella Repubblica Veneta (sec. XV-XVII)*, Roma, pp. 431-458.
- DURAND, B. (1993): *Arbitraire du juge et consuetudo delinquendi: la doctrine pénale en Europe du XVI^e au XVIII^e siècle*, Montpellier.
- ERNOUT, A. ET ALII (1994): *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, París.
- FERRINI, C. (1976): *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale* [1902], Roma.
- FOUCAULT, M. (1994): “La vérité et les formes juridiques”, en *Dits et écrits II*, París [1974].
- (1994): “Sexualité et pouvoir”, en *Dits et écrits, III*, París [1978].
- FRAHER, R. (1989): “Conviction According to Conscience: the Medieval Jurists’ Debate Concerning Judicial Discretion and the Law of Proof”, *Law and History Review*, 7, pp. 23-88.
- (1992): “IV Lateran’s Revolution in Criminal Procedure: the Birth of inquisitio,

- the End of Ordeals and Innocent III's Vision of Ecclesiastical Politics)", en R. CASTILLO LARA (dir.), *Studia in honorem eminentissimi cardinalis Alphonsi M. Stickler*, Roma, pp. 97-111.
- GAFFIOT, F. (1934): *Dictionnaire latin-français*, Paris.
- GAUVARD, C. (1991): «*De grace especial*». *Crime, État et société en France à la fin du Moyen Âge*, Paris.
- (2007): "La violence commanditée. La criminalisation des 'tueurs à gages' aux derniers siècles du Moyen Âge", *Annales. Histoire, Sciences sociales*, 5, pp. 1005-1029.
- GHIGNOLI, A. (2003): *I brevi del comune e del popolo di Pisa dell'anno 1287*, Roma.
- GILLI, P. & THÉRY, J. (2010): *Le gouvernement pontifical et l'Italie des villes au temps de la théocratie (fin XII^e-mi-XIV^e s.)*, Montpellier.
- GIORDANENGO, G. (2000): "*Machinationibus callidis* ou le bout de l'oreille du jus commune", en B. DURAND & L. MAYALI (dir.), *Excerptiones juris: Studies in Honor of André Gouron*, Berkeley, pp. 291-310.
- GIRAUD, C. (1846): *Essai sur l'histoire du droit français au Moyen Âge*, Paris.
- GRÉVIN, B. (2009): *Rhétorique du pouvoir médiéval: les Lettres de Pierre de la Vigne et la formation du langage politique européen (XIII^e-XV^e siècle)*, Roma.
- GUYOTJEANNIN, O. (1999): "Traces d'influence pontificale dans les actes épiscopaux et royaux français (XIII^e-XIV^e s.)", en P. HERDE & H. JAKOBS (dir.), *Papsturkunde und europäisches Urkundenwesen: Studien zu ihrer formalen und rechtlichen Kohärenz vom 11. bis 15 Jahrhundert*, Colonia, pp. 337-364.
- KALB, H. (1992): *Laesio enormis im gelehrten Recht. Kanonistischen Studien zur Läsionsanfechtung*, Viena: Verlag des Verbandes der Wissenschaftlichen Gesellschaften Österreichs.
- (2000): "Juristischer und theologischer Diskurs und die Entstehung der Kanonistik als Rechtswissenschaft", *Österreichisches Archiv für Recht und Religion*, 47, pp. 1-33.
- KANTOROWICZ, E. (1955): "Mysteries of State. An Absolutist Concept and its Late Medieval Origins", *The Harvard Theological Review*, 48, pp. 65-91; reeditado en *Selected Studies*, Nueva York, 1965, pp. 381-398.
- KÉRY, L. (2006): *Gottesfurcht und irdische Strafe. Den Beitrag des mittelalterlichen Kirchenrechts zur Entstehung des öffentlichen Strafrechts*, Colonia.
- KRYNEN, J. (1988): "De nostre certaine science'... Remarques sur l'absolutisme législatif de la monarchie médiévale française", en A. GOURON & A. RIGAUDIÈRE (dir.), *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'État*, Montpellier, pp. 131-144.

- KUTTNER, S. (1935): *Kanonische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregor IX. Systematisch Aufgrund der handchriftlichen Quellen dargestellt*, Ciudad de Vatican.
- (1936): “‘Ecclesia de occultis non iudicat’. Problemata ex doctrina poenali decretistarum et decretalistarum a Gratiano usque ad Gregorium IX”, en *Acta Congressus iuridici internationalis VII seculo a Decretalibus Gregorii IX et XIV a Codice Iustiniano promulgatis*, Roma.
- LAINGUI, A. & LEBIGRE, A. (1979): *Histoire du droit pénal*, París, 2 vol.
- LAINGUI, A. (1986): *Le ‘De poenis temperandis de Tiraqueau (1559)’*, París.
- (2003): “Crimes et délits”, en D. ALLAND & S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, París.
- LEFEBVRE, C. (1956): “Les origines romaines de la procédure sommaire aux XII^e et XIII^e siècles”, *Ephemerides iuris canonici*, 12, pp. 149-197,
- LEGENDRE, P. (1993): “Ce que nous appelons le droit”, *Le Débat*, 74, pp. 107-122.
- MAITLAND, F. (1910): *Equity also, The Forms of Action at Common Law. Two Courses of Lectures*, Cambridge.
- MATHIEU, I. (2009): *Les justices seigneuriales en Anjou et dans le Maine à la fin du Moyen Âge: institutions, acteurs et pratiques*, tesis de doctorado de la Universidad de Angers, inédito.
- MECCARELLI, M. (1998): *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milán.
- MISONNE, D. (1967): *Eibert de Florennes: histoire et légende, la geste de Raoul de Cambrai*, Lovaina.
- MOMMSEN, T. (1899): *Römisches Strafrecht*, Leipzig.
- MONTI, G. M. (1987): “Il diritto comune nella concezione sveva e angioina”, en A. L. TROMBETTI BUDRIESI (dir.), *Il Liber Augustalis di Federico II di Svevia nella storiografia*, Bologna, 1987, pp. 195-225 [1939: en *Studi di storia e diritto comune in onore di E. Besta*, Milán, pp. 267-300].
- MÜLLER, W. (1994): “Huguccio: Canonist, Bishop and Grammarian?”, en W. MÜLLER, *Huguccio. The Life, Works and Thought of a Twelfth-Century Jurist*, Washington, pp. 21-66.
- NAPOLI, P. (2004): “Conclusion”, en A. J. LEMAITRE ET O. KAMMERER (dir.), *Le Pouvoir réglementaire: dimension doctrinale, pratiques et sources. XV^e et XVIII^e siècles*, Rennes, pp. 257-267.
- NÖRR, K. (1995): “Von der Textrationalität zur Zweckrationalität. Das Beispiel des summarischen Prozesses”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung*, 81, pp. 1-25.
- ORTOLAN, J.-L.-E. (1855): *Éléments de droit pénal. Pénalités, juridictions, procédures*, París.
- PADOA-SCHIOPPA, A. (1999): “Sur la conscience du juge dans le ius commune euro-

- péen”, en J.-M. CARBASSE & L. DEPAMBOUR-TARRIDE, (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris.
- PERGAMI, F. (1993): *La legislazione di Valentiniano I e Valente (364-375)*, Milán.
- (1997): “Il processo criminale nella legislazione degli imperatori Valentiniano I e Valente”, *INDEX*, 25, pp. 501-520.
- PERROT, E. (1910) *Les cas royaux: origine et développement de la théorie aux XIII^e et XIV^e siècles*, Paris.
- PETERS, E. (2001): “*Crimen exceptum*. The History of an Idea”, en K. PENNINGTON, S. CHODOROW, K. H. KENDALL (dir.), *Proceedings of the Tenth International Congress of Medieval Canon Law*, Ciudad del Vaticano, pp. 137-194.
- PIETRINI, S. (1996): *Sull’iniziativa del processo criminale romano (IV-V secolo)*, Milán.
- POLONIO, V. (1990): “Fratr in cattedra. I primi vescovi mendicanti in ambito ligure (1244-1330)”, en *Legislazione e società nell’Italia medievale. Per il VII centenario degli statuti di Albenga (1288)*, Bordighera, Museo Bicknel, pp. 459-501
- (2002): *Istituzioni ecclesiastiche della Liguria medievale*, Roma.
- PRODI, P. (2000): *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna.
- REY, A. (dir.) (2006): *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris.
- ROBERT, U. (1874): *Étude sur les actes du pape Calixte II*, Paris.
- SANTALUCIA, B. (1994): *Studi di diritto penale romano*, Roma.
- (1998): *Diritto e processo penale nell’antica Roma*, Milán.
- (2009): *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, Pavia.
- SBRICCOLI, M. (1998): “Vidi comuniter observari: l’emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 27, pp. 231-268.
- (2001): “Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase di studi della storia della giustizia criminale”, en M. BELLABARBA, G. SCHWERHOFF & A. ZORZI (dir.), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giuridiche e linguaggi giuridici tra tardo Medioevo ed età moderna*, Bologna, pp. 345-364.
- SCAPINI, N. (1992): *Diritto e procedura penale nell’esperienza giuridica romana*, Parma.
- SCHMIDT, H.-G. (1999): “Der Einfluß der päpstlichen Justizbriefe auf die Justizbriefe der französischen Königskanzlei um 1300”, en P. HERDE & H. JAKOBS (dir.), *Papsturkunde und europäisches Urkundenwesen: Studien zu ihrer formalen und rechtlichen Kohärenz vom 11. bis 15 Jahrhundert*, Colonia, pp. 365-393.

- SCHNAPPER, B. (1973/1974): “Les peines arbitraires du XIII^e au XVIII^e siècle: doctrines savantes et usages français”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 41/42, pp. 237-277 y 81-112.
- SHATZMILLER, J. (1999): *Justice et injustice au début du XIV^e siècle: l'enquête sur l'archevêque d'Aix et sa renonciation en 1318*, Roma.
- THÉRY, J. (2003): “‘Fama’: l’opinion publique comme preuve judiciaire. Aperçu sur la révolution médiévale de l’inquisitoire (XII^e-XIV^e siècles)”, en B. LEMESLE (dir.), *La preuve en justice de l'Antiquité à nos jours*, Rennes, pp. 119-147 [traducido al español en E. DELL’ELICINE, P. MICELI & A. MORIN (comp.), *De Iure. Nuevas lecturas sobre Derecho Medieval*, Buenos Aires, 2009, pp. 201-243].
- (2004): “Philippe le Bel, pape en son royaume”, *L’histoire*, 289, pp. 14-17 [versión *on line* en <http://halshs.archives-ouvertes.fr/>]
- (2008): “Allo scoppio del conflitto tra Filippo il Bello di Francia e Bonifacio VIII: l’affaire Saisset (1301). Primi spunti per una rilettura”, en G. MINNUCCI (dir.), *I poteri universali e la fondazione dello Studium Urbis. Il pontefice Bonifacio VIII dalla Unam sanctam allo schiaffo di Anagni*, Roma, pp. 21-68 [versión *on line* en <http://halshs.archives-ouvertes.fr/>]
- (2008): “Faide nobiliaire et justice inquisitoire de la papauté à Sienne au temps des Neuf: les recollections d’une enquête de Benoît XII contre l’évêque Donosdeo de’ Malavolti (ASV, Collectoriae 61A et 404A)”, en S. LEPSIUS & T. WETZSTEIN (dir.), *Als die Welt in die Akten kam. Prozeßschriftgut im europäischen Mittelalter*, Francfort, pp. 275-345.
- (2009): “Atrocitas/enormitas. Per una storia della categoria di ‘crimine enorme’ nel Basso medioevo (sec. XII-XV)”, *Quaderni storici*, 131, pp. 329-375.
- (2011): “Monaldo dei Monaldeschi”, en *Dizionario biografico degli Italiani*, t. 75, Roma, p. 539-542 [versión francesa *on line* en <http://halshs.archives-ouvertes.fr/>]
- (2012a): “Une hérésie d’État. Philippe le Bel, le procès des ‘perfides templiers’ et la pontificalisation de la royauté française”, en M. -A. CHEVALIER (dir.), *La fin de l’ordre du Temple*, París, pp. 63-100 [primera versión con mismo título en *Médiévales*, 60, 2011, pp. 157-186].
- (2012b): “Le pionnier de la théocratie royale. Guillaume de Nogaret et les conflits de Philippe le Bel avec la papauté”, en B. MOREAU (dir.), *Guillaume de Nogaret, un Languedocien au service de la monarchie capétienne*, Nîmes, pp. 101-127 [versión *on line* en <http://halshs.archives-ouvertes.fr/>]
- THOMAS, Y. (1984): “*Vitae necisque potestas*. Le père, la cité, la mort”, en AA. VV., *Du châtement dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique*, Roma, pp. 499-548.
- (1988): “Sanctio. Les défenses de la loi”, *L’écrit du temps*, 19, pp. 61-84.

- (1994): “De la ‘sanction’ et de la ‘sainteté’ des lois à Rome. Remarques sur l’institution juridique de l’inviolabilité”, *Droits. Revue française de théorie juridique*, 18, pp. 135-152.
 - (1996): “Arracher la vérité: la majesté et l’Inquisition (I^{er}-IV^e siècle)”, en R. JACOB (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes: études d’histoire comparée*, Paris, pp. 15-41
 - (1999): “Les procédures de la majesté: la torture et l’enquête depuis les Julio-Claudiens”, en M. HUMBERT & Y. THOMAS (dir.), *Mélanges de droit romain et d’histoire ancienne: hommage à la mémoire de André Magdelain*, Paris, pp. 477-499.
- TRUSEN, W. (1988): “Der Inquisitionsprozeß: seine historischen Grundlagen und frühen Formen”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung*, t. 74, pp. 171-215.
- VENTURINI, C. (1996): *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa.
- WINROTH, A. (2000): *The Making of Gratian’s Decretum*, Cambridge.
- ZERNER, M. (2005): “Le negocium fidei et pacis ou l’affaire de paix et de foi: une désignation de la croisade albigeoise à revoir”, en R. M. DESSÍ (dir.), *Prêcher la paix, discipliner la société. Italie, France, Angleterre (XIII^e-XV^e siècles)*, Turnhout.
- ZERNER, M. (dir.) (2001): *L’histoire du catharisme en discussion: le « concile de Saint-Félix*, Niza.

EL ETERNO “RENACER” DE LA COSTUMBRE

PAOLA MICELI

(Universidad Nacional de General Sarmiento)

Del derecho consuetudinario indígena a la costumbre en la Edad Media

El problema de la costumbre ha sido uno de los temas más emblemáticos de la historia del derecho. El siglo XIX asistió a un profundo debate en torno del derecho consuetudinario considerado auténtico exponente de una identidad nacional y popular aparentemente avasallada por el avance de las codificaciones nacionales. Sobre todo en Alemania la discusión fue más que vivaz: intelectuales alemanes liberales consideraban que la elaboración de un código general que unificara el derecho limitando el poder de otras fuentes era un momento necesario y al mismo tiempo simbólico de la tan deseada unidad política¹. Savigny, por el contrario, creía que la acción de compilar el derecho vigente sería dañina e inútil². Su conocido panfleto *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho* en donde criticaba la prematura elaboración de este código señalaba la idea de que el Derecho no nacía “de las leyes, es decir, de disposiciones expresas del poder estatal supremo”³, sino que, en realidad, la sede propia del Derecho era la conciencia común del pueblo expresada en la costumbre⁴.

A pesar de estas críticas de matriz claramente romántica, que hacían de la costumbre el auténtico reservorio de un derecho popular, el avance codificador fue indetenible tanto en Europa como en Hispanoamérica, proceso que acompañó a paso firme la consolidación de los Estados Nacionales.

Es parte ya del saber clásico sostener que a partir de este momento la costumbre perdió rápidamente posiciones ante este nuevo paradigma codifica-

1 En 1814 Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840) concluyó su *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen Bürgerlichen Rechts in Deutschland*, donde defendió la necesidad de redactar un código para Alemania que sustituyera los antiguos derechos tradicionales. La obra dio lugar a una conocida controversia sobre la codificación que inspiró el ensayo polémico de Savigny conocido como *Beruf*. Ambas posturas han marcado profundamente el desarrollo de la cultura jurídica contemporánea.

2 Conf. BRETONE (1999: 69-70).

3 Conf. SAVIGNY (1970: 53).

4 Conf. SAVIGNY (1970: 56-58).

dor caracterizado por lo abstracto, lo geométrico y la síntesis objetiva⁵. En este terreno, la costumbre quedó con un margen mínimo de operatividad, pese a que la teoría la enarboló como una de las cuatro “fuentes del Derecho”⁶. La ley devino emperatriz absoluta como resultado de la hegemonía del monismo jurídico que privilegiaba al Estado Nación como única entidad soberana para la producción de la norma⁷.

Sin embargo, hace ya varias décadas que el paradigma del monismo jurídico de soberanía estatal está siendo cuestionado en América Hispánica en pos de lo que se considera el pluralismo jurídico. Esta doctrina plantea que el monismo oscurece el hecho evidente de que dentro de los Estados modernos coexisten diversos ordenamientos jurídicos y elimina por definición el que, en ocasiones, sea normativamente adecuado que coexistan diversos sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado, por ejemplo, en aquellos integrados por comunidades culturales radicalmente distintas. Así, el pluralismo jurídico es un modelo de análisis que intenta desprenderse de la primacía fáctica, política y analítica del derecho estatal como única expresión de la soberanía. Este abordaje del orden jurídico tiene fuerte presencia en América Latina en donde se encuentran vigentes y con fuerza comunidades indígenas que reclaman un derecho propio alternativo al estatal. Desde hace algunas décadas, los Estados latinoamericanos han venido incorporando de manera paulatina una serie de reformas legislativas tendientes al reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas. Además de las reformas a la legislación interna, la mayoría de estos países han suscrito instrumentos internacionales, como el Convenio 169 de la OIT y más recientemente la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas, que fortalecen la concepción del Estado pluricultural y establecen medidas para dar forma jurídico-política a esta conformación sociocultural histórica de los países latinoamericanos. El derecho indígena se presenta como un cúmulo de usos y costumbres ligado a prácticas ancestrales que constituyen parte del campo jurídico y que, como tales, deben ser entendidos como un derecho propio.

El pluralismo jurídico en el caso de América Latina viene a señalar desde un punto de vista militante que el Estado no es la única fuente de producción de normas; el derecho de las comunidades originarias oprimidas y sojuzgadas durante siglos sería fuente legítima también de normatividad. Si bien la

5 TAU ANZOATEGUI (2001: 2).

6 Conf. TAU ANZOATEGUI (2001).

7 HAGGENMACHER (1990: 29).

doctrina del pluralismo jurídico ha recibido fuertes críticas -que no reseñaremos aquí por no ser el objetivo del trabajo-, plantea un interesante desafío a los medievalistas preocupados por el tema de la costumbre dado que suele sostenerse la idea de que el orden jurídico medieval era esencialmente plural y que el derecho consuetudinario era una fuente muy vital de producción de la norma⁸.

Estas cuestiones incitan a pensar y a volver la mirada hacia la Edad Media. Tau Anzoátegui en su libro dedicado al problema del derecho consuetudinario indiano se interroga acerca de un resurgir de la costumbre en estas últimas décadas. ¿Se trata del retorno de la vieja costumbre expulsada por los códigos liberales de los Estados Nacionales burgueses o de una nueva costumbre que dista mucho de parecerse a aquella? Lo que convoca a un medievalista en todo este asunto es precisamente las expresiones que remiten a la idea del “volver a nacer” de la costumbre: “resurgir”, “renacer”, “retornar”, etc. Esta imagen de restauración de la costumbre supone un recorrido histórico que va pasando por distintas edades; una primera edad de la costumbre, que coincidiría con la Alta Edad Media, en la cual se advertiría la primacía de un derecho oral y rústico arraigado en las prácticas regulares de la comunidad, derecho “que no precisaba aclaraciones o construcciones técnicas” dado que se encontraba ligado al orden práctico y a la memoria colectiva⁹. Una segunda edad, a partir de la recuperación de los textos del corpus justiniano (fines del siglo XI), cuando civilistas y canonistas iniciaron la tarea de aclimatación tratando de ajustar el texto del derecho romano a los postulados de una antropología cristiana medieval, en la que la costumbre se transformó en *jus consuetudinarium*. Según esta historiografía, la *consuetudo*, vocablo presente en el corpus recuperado y uno de los conceptos más trabajados por los juristas medievales, surgió renovada de este proceso: disminuyó parte de sus atributos vitales al adquirir un carácter elegante y racional pero sin perder totalmente el cordón umbilical que la unía con el pueblo y la memoria. Esta transformación operada a partir del siglo XII suele ser pensada o bien como tarea de domesticación del mundo vital y natural de la costumbre (Garré), o bien como iluminación o racionalización de aquello que se encontraba en estado de naturaleza enclavado en las cosas mismas (Grossi). Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

Por último, una tercera edad de la costumbre, en donde la misma quedó

8 Conf. TAMANAHA (1993).

9 GACTO FERNÁNDEZ (1979: 15).

sometida a la ley como consecuencia del avance de una codificación liberal, racional y escrita que terminó por subsumir al derecho consuetudinario de nuestros códigos bajo el imperativo del monismo jurídico estatal. Tenemos, entonces, tres edades diseñadas por la historiografía atendiendo a un supuesto proceso de distanciamiento de la costumbre de su naturaleza vital, factual y popular.

Ahora bien, siguiendo las normativas actuales respecto del derecho consuetudinario indígena cabría preguntarse si estaremos frente a una nueva edad de la costumbre. Imaginamos que esto será parte de un importante debate entre los especialistas. Nuestra intención en este artículo no radicará en dar respuesta a esta pregunta que remite a la relación actual entre la ley, el derecho indígena y el Estado, sino en tratar de advertir sobre el montaje romántico y populista que este modelo de las “edades de la costumbre” encarna para la Edad Media. Nos centraremos para esto en el análisis de una selección de fueros del reino de León con el objetivo de desmontar la idea de la existencia en esta región de una primera edad en la cual la costumbre se caracterizaría por ser un derecho vital, auténtico y popular que se vería tergiversado o transformado a partir de fines del siglo XI y principios del XII a partir de la recuperación del corpus justiniano y de las elaboraciones del derecho común.

Antes de avanzar con el trabajo documental intentemos esclarecer un poco más el corazón de este modelo que hemos denominado de las “edades de la costumbre”.

Las edades de la costumbre: un modelo de impronta germanista

Retomando lo que planteábamos al inicio del capítulo, una de las tesis más potentes ha sido la que convenimos en denominar la tesis de las “edades de la costumbre”. El eje central de esta interpretación es marcar tres momentos determinantes en la historia de la costumbre (antes de la recepción del corpus justiniano, a partir de la recepción y luego de la codificación del siglo XIX), etapas que significan sobre todo un proceso de alejamiento de la costumbre de su vital relación originaria con la memoria y el pueblo. El problema que plantea esta interpretación no es tanto la periodización que establece como el modo en que se cualifica a la costumbre en cada instancia y, especialmente, la idea de marcha ineludible de la costumbre hacia la pérdida del cordón umbilical que la unía, en la primera edad, con la tierra, la sangre y los hombres. Este es para nosotros el punto más crítico de esta interpretación. Como ya di-

jimos, nos focalizaremos en las primeras etapas dado que lo que nos importa es deconstruir la imagen mítica de la costumbre como popular, vital y fáctica durante los primeros tiempos medievales.

Ahora bien, aun existiendo, como acabamos de ver, un sustrato común en esta interpretación de las “edades de la costumbre”, advertimos en su interior variantes. Desplegaremos a continuación dos modalidades posibles de esta interpretación.

Modalidad 1: Enfrentamiento entre derecho germánico y derecho romano

Una primera y clásica modalidad de esta tesis ha sido la que diseñó la oposición entre derecho germánico consuetudinario y derecho romano legalista, siendo el primero dominante en los siglos previos a la recepción y el segundo avasallante a partir del siglo XII. Mientras el primero daba cuenta de un derecho vivo y popular basado en la costumbre, el segundo refería a un derecho elitista, racional y extranjero. Hablamos de la clásica teoría del enfrentamiento entre dos derechos, el romano y el germánico. Uno de sus más importantes exponentes, Heinrich Brunner, escribía en 1887 que el derecho germánico se caracterizaba por la inmanencia respecto al pueblo que lo producía, su falta de cohesión, su transmisión oral y, como consecuencia de todo lo anterior, su constante vocación de cambio. En oposición al derecho romano rígido y estático, el derecho germánico “nacía del impulso de la misma vida y no era por tanto degeneración ni corrupción sino la vida misma del derecho que, superando una legalidad rígida y firme, se expresaba en forma espontánea, más flexible y en consonancia con las nuevas sociedades”¹⁰. En la Península Ibérica historiadores muy importantes para la tradición española de estudios jurídicos como Hinojosa¹¹, García de Val-

¹⁰ BRUNNER (1936 [1887]: 15 ss).

¹¹ Podríamos considerar, como lo hace Tomás y Valiente (1978), que fue Hinojosa quien puso en contacto a la historiografía jurídica española con los temas y métodos imperantes en Alemania. El medievalismo de Hinojosa, su modo histórico de entender el derecho –si bien recostado en la variante genética– ejerció una especial influencia en España. Vinculados a Hinojosa de diferentes maneras estuvieron Díez Canseco (1860-1930), Ureña (1852-1930), Altamira (1866-1951), Sánchez Albornoz (1893-1984), Galo Sánchez (1892-1969). De este grupo surgió en 1924 el *Anuario de Historia del Derecho Español*, publicación nodal para la historia del derecho hispánico. Su trabajo sobre el elemento germánico en el derecho español, presentado en 1908 en la Conferencia de Berlín, ha sido fundamento y guía para los estudios sobre derecho centrados en la Edad Media, integrados a partir de ese momento en el conjunto de la historia de los derechos europeos.

deavellano¹², Ficker¹³, entre otros, retomaron las exposiciones clásicas del germanismo elaboradas por Brunner y las aplicaron a la Alta Edad Media española. Consideraron a partir de estas, que el derecho medieval español derivaba de un derecho germánico con el que compartía gran cantidad de prácticas, tales como el derecho de familia, la situación de la barragana, la condición de los hijos ilegítimos, el cómputo de los grados de parentesco, el alcance de la venganza de sangre, la responsabilidad familiar y vecinal, la prenda extrajudicial, el juramento expurgatorio, etc., prácticas que fueron estudiadas por Ficker e Hinojosa resaltando el íntimo parentesco que encerraban con los derechos germánicos del norte de Europa. No habiendo un derecho formulado por escrito, la costumbre, señalaban, funcionaba como el deber ser de la comunidad, hasta que en el siglo XII el derecho romano recuperado comenzó a competir con el auténtico ordenamiento de los hombres, la costumbre. La redacción de las costumbres locales a partir de esos siglos fue vista entonces como una forma de resistir el avance de un derecho extranjero - el romano. Se instaló así la idea de que el pueblo medieval en todas partes se había resistido a la recepción del derecho común y al empeño de los juristas de aplicarlo. Es notable en estas afirmaciones la impronta que ha dejado la concepción romántica de la costumbre de fines del siglo XIX y principios del XX. En este enfrentamiento entre un derecho popular, consuetudinario, y un derecho sabio y ajeno, el derecho romano, se vislumbra la huella del planteo que para principios de siglo XX hacía Joaquín Costa contra el Código Civil. Costa en la Península Ibérica, al igual que Savigny en Alemania, se oponía fervorosamente a la elaboración de un Código Civil considerando que la costumbre en tanto “voluntad general”, “razón no escrita del pueblo”, se vería enajenada como resultado de la imposición de un derecho ajeno encarnado en la codificación. Este modelo fue replicado para la Edad Media: en el Medioevo la costumbre en lugar de enfrentarse a la homogeneización de los códigos nacionales, tuvo que afrontar la desnaturalización que implicó el avance del derecho común.

Esta perspectiva ya tradicional ha sido desarticulada al mostrar que solo existe derecho consuetudinario luego de la recepción del derecho romano y del trabajo de los juristas medievales sobre el corpus heredado. Tanto la historiografía francesa como la alemana en los años ‘80 y ‘90 resaltaron el vínculo que el derecho consuetudinario tenía con la tradición romano canónica. Tanto

12 GARCÍA DE VALDEAVELLANO (1952: 34-35).

13 Cf. FICKER (1928).

Kröshell como Gouron, por ejemplo, plantearon que el concepto mismo de “derecho consuetudinario” era producto del derecho romano canónico y no valía como originaria protorepresentación de los pueblos de la temprana Edad Media¹⁴. Ya ha comienzo de los años ‘60 Klaus von See había comprobado desde la filología que la lengua jurídica antigua del norte no tenía ningún concepto para derecho consuetudinario¹⁵. Recién bajo la influencia de la doctrina romano canónica de la *consuetudo* aparecieron estos giros. Este hallazgo fue confirmado también por los estudios de Gerhard Köbler quien había señalado la falta de equivalentes de la palabra *consuetudo* en la lengua alemana¹⁶.

En el ámbito hispánico también se produjeron críticas a esta concepción iusnaturalista y germanista de la costumbre. Un grupo de historiadores que la historiografía califica de romanistas, considera que el derecho altomedieval fue una prolongación de la tradición jurídica romano-vulgar que tras la caída del Imperio pervivió en la monarquía visigoda. En esta línea, se encuentran entre otros Aquilino Iglesia Ferreirós y Carlos Petit, autores cuyos trabajos, a pesar de las diferencias que guardan entre sí, tienen por objetivo común señalar el carácter romano del derecho visigodo. Iglesia Ferreirós ha sostenido que la creación del derecho visigodo tiene su anclaje en la tradición romana, aun cuando conserve algunas de sus instituciones: “Al integrarse en la sociedad romana los visigodos se integraron igualmente en su derecho, aunque conservando sus instituciones propias, que pudieron integrarse a la evolución final del Derecho Romano, como mostraría el mismo Código de Eurico”¹⁷. Por otro lado, Iglesia Ferreirós también demuestra para la región de Cataluña la necesaria influencia del derecho romano para la presencia de conceptos ligados a la costumbre: la precocidad que se ve en la documentación jurídica catalana en la utilización de términos traducibles por costumbre estaba ligada al peso que la tradición romana tenía en la región. También Carlos Petit se encarga, como ya señalamos, de demostrar que los vocablos *consuetudo*, *mos*, *usus*, presentes en la *Lex Visigothorum* lejos de referirse a normas de derecho consuetudinario de raíz germánica, que era lo que tradicionalmente se suponía, tenían por base la tradición jurídica romano-tardía¹⁸. En estos trabajos el eje central,

14 Conf. KRÖSCHELL (1994).

15 GARRÉ (2005: 55).

16 GARRÉ (2005: 56).

17 Conf. IGLESIA FERREIRÓS (1977).

18 Analizando las leyes del código visigótico, Petit encuentra la presencia de términos que en las fuentes jurídicas tardoantiguas y altomedievales sirven para designar la costumbre, a saber, *consuetudo*, *mos*, *usus* y *ritus*. Los dos últimos términos, *usus* y *ritus*, el autor

respecto de la costumbre, es la revisión del axioma tradicional que confrontaba el derecho consuetudinario con el derecho romano, para considerar la idea ya planteada por Gouron de que la toma de conciencia de la costumbre está siempre vinculada con la adopción en grados variables de la cultura jurídica asociada al derecho romano. Este lazo entre costumbre y derecho romano se explicaría porque únicamente las fuentes antiguas referían a la *consuetudo* aun cuando esta no era considerada derecho; el concepto *jus consuetudinarium* nacerá posteriormente de la pluma de los juristas medievales¹⁹.

Ahora bien, que la tesis germanista y su asociación con la costumbre hayan sido profundamente criticadas no significa que no sigan teniendo cierta vigencia. A pesar de que la idea de la existencia misma de un derecho germánico ha sido vivamente cuestionada aún hoy sigue presente en algunas interpretaciones.

los elimina del análisis porque la mayoría de las apariciones se registran en las leyes anti-judaicas del libro 12 y refieren uniformemente a “práctica religiosa”. A la misma conclusión lleva la lectura de gran parte de las leyes que utilizan las expresiones *mos* y *consuetudo*. Ambos vocablos encuentran un uso elevado también en el libro 12 del código, es decir en las legislaciones en torno de cuestiones de fe y religión, y se refieren a creencias y comportamientos religiosos. En otras leyes aparece *consuetudo* como sinónimo de habitualidad como por ejemplo la ley que hace referencia al ejercicio de la prostitución. Por su parte, *mores* que Recesvinto menciona en L. V 3, 1, 4, puede traducirse como buenas costumbres sentido que no tiene nada de técnico-jurídico. Las leyes en las que entonces *consuetudo* y *mos* parecen tener un sentido técnico se reducen mucho: a cuatro en el caso de *consuetudo* y a tres en el caso de *mos*. En el primer caso, la *antiqua* 3, 4, 2 que pertenece al título *de adulteriis*, refiere a la celebración del contrato esponsalicio ante testigos en cuya presencia se otorgaba el “*placitum de futuro coniugio... Sicut consuetudo est*”. Para Petit, esta referencia tiene una filiación clara con la práctica romana de redacción de contrato de esponsales: “En mi opinión [dice Petit] ningún primitivismo germánico, ninguna manifestación de costumbres antiguas de tal naturaleza se encuentra, según se ha visto, tras la tímida alusión a la costumbre en materia de esponsales”. A la misma conclusión llega examinando otras leyes que deslizan el término *consuetudo* destinadas a establecer la cuantía del beneficio económico a que tiene derecho, previo acuerdo o sin él, el dueño de un bosque por el pastoreo en su *sors* de una piara de cerdos ajena (L. V 8, 5, 1 *antiqua*/L. V10, 1, 19 Recesvinto). La renta a percibir por estas leyes *sicut est consuetudo* quedaba establecida en la décima/vigésima parte de la piara. La renta decimal aquí establecida señala Petit, también tiene un origen romano. La cuarta referencia a *consuetudo* (L. V 9, 2, 6) es desestimada por Petit por no remitir a un uso jurídicamente relevante. En el segundo caso, es decir, en relación con la emergencia de derecho consuetudinario indicada mediante el término *mos* la mayoría de las referencias no remiten a un sentido técnico de *mos*. PETIT (1990: 99).

19 GOURON (1988b: X).

Modalidad 2: Enfrentamiento entre derecho medieval y derecho romano

Otra de las modalidades de la tesis de “las edades de la costumbre” es la que plantea una oposición entre un derecho medieval considerado factual, plural y colectivo y un derecho romano abstracto e individual. Si bien esta interpretación abandona el paradigma del derecho germánico permanece presente la idea de que la recepción justiniana mermó la naturaleza factual, vital y popular de la costumbre. Esta variante ya no opone derecho germánico consuetudinario a derecho romano legalista, sino derecho medieval factual, plural y consuetudinario a derecho romano abstracto, individual y legal.

Un acabado ejemplo de esta perspectiva es el jurista e historiador del derecho Paolo Grossi. Su exitoso libro *El orden jurídico medieval* está organizado en dos partes con el objetivo de dar cuenta precisamente de estos dos momentos en la configuración del orden jurídico del Medioevo: una primera etapa descrita bajo el título “Los cimientos de una experiencia jurídica. El taller de la praxis”; una segunda con el título “La edificación de una experiencia jurídica. El taller sapiencial”²⁰. La diferencia fundamental entre uno y otro momento ya no remite a la naturaleza germánica o romana del derecho sino al carácter factual del derecho altomedieval y a la naturaleza sapiencial del derecho luego de la recepción justiniana.

En relación con la costumbre en la Alta Edad Media Grossi sostiene:

La costumbre es, de hecho, la «más objetiva» de las fuentes; nace desde abajo y es la voz misma de las cosas [...] Los operarios protomedievales identificaban y evaluaban un mensaje escrito en las cosas, que parecía emerger de la misma naturaleza [...] La costumbre se presentaba y afloraba con precisión ante su atenta sensibilidad, como *altera natura*²¹.

Por esta razón para Grossi la costumbre expresa en el plano jurídico los hechos fundamentales que antes del siglo XII caracterizaban al orden jurídico medieval: la sangre, la tierra y el tiempo. La costumbre es también memoria, no del individuo sino del grupo, y “siempre nace de una microcoagulación colectiva y tiende a impregnar de sí misma las estructuras; la voz de un grupo, tiende a vincularse con la cosa, a inscribirse sobre la cosa”²².

Ahora bien, entre los siglos XI y XII a partir de la recepción justiniana adviene para Grossi un segundo momento en la experiencia jurídica medieval calificado como “Taller Sapiencial”. En las manos de los glosadores y, poste-

20 Conf. GROSSI (1996).

21 GROSSI (1996: 90).

22 GROSSI (1996: 102).

riormente, de los comentaristas se inicia en Occidente la tarea del armado de una ciencia jurídica que armonice el instrumento heredado (derecho romano) con la realidad medieval. Si bien se advierten importantes cambios entre ambos momentos existe para Grossi una unidad sustancial de principios entre ambos períodos; continuidad que concierne a la factualidad del derecho y a la preponderancia de la comunidad sobre el individuo, ambas características claves del Protomedioevo.

De lo que se trata en esta segunda etapa, la del taller sapiencial, es de “edificar” una ciencia jurídica construida sobre la base del periodo precedente; una ciencia que, para el autor, será iluminación desde lo alto de lo que se arrastra por la tierra. La recepción del derecho justiniano marcará, según Grossi, un momento nuevo para el derecho medieval. Si en el período previo este se encontraba escrito en la naturaleza de las cosas y la costumbre era factual y particularista, las exigencias de los nuevos tiempos harán necesarias algunas modificaciones: serán menester “amplios esquemas ordenadores; será menester una técnica y un lenguaje refinado”²³. Ahí estará para Grossi la clave del cambio: el derecho justiniano y el taller sapiencial producirán la validez que le faltaba al derecho altomedieval. A partir del trabajo de los juristas, plantea Grossi, se le hará un lugar dentro del *jus* al “rico tejido consuetudinario que se había expresado en la época altomedieval”, transformándolo, incluso en el Medioevo sapiencial, en uno de los armazones sustentadores del orden jurídico. El trabajo de los glosadores y comentaristas medievales consistirá en darle a la costumbre “una valoración plena en el plano de las fuentes y una sistematización teórica perfeccionada, y estará disponible para hacer propias las invenciones acuñadas por la praxis y consolidadas por el uso formalizándolas y robusteciéndolas con arquitecturas técnicas y dogmáticas”²⁴.

Lo que harán entonces los juristas medievales será para Grossi, en definitiva, leer el derecho romano a partir de su mentalidad medieval. Una mentalidad medieval que concebía el orden jurídico como factual, plural y consuetudinario frente a otra mentalidad expresada en el derecho romano que era legalista, privatista y absolutista²⁵.

Frente a esta interpretación, Emanuele Conte ha planteado que ella no difiere de la contraposición que históricamente hicieron los germanistas en-

23 GROSSI (1996: 163).

24 GROSSI (1996: 187).

25 Esto puede advertirse muy claramente en la problemática de la propiedad. Para un análisis crítico ver MICELI (2013).

tre derecho romano y derecho germánico. Si bien Grossi no habla jamás de derecho germánico (término demasiado criticado en la actualidad), su pensamiento tiene elementos que lo vinculan directamente con los germanistas del siglo XIX: el papel de la costumbre, la predominancia de la asamblea sobre el soberano, la supremacía de la comunidad sobre el individuo, el carácter natural del derecho medieval, etc. También el modo en que Grossi concibe la tarea de los juristas medievales remite, para Conte, a los germanistas. Ya en los trabajos de Heusler, pero sobre todo en los de Gierke, estaba presente la idea de que los juristas medievales leían el derecho romano a partir de una mentalidad germánica medieval; la tarea de los juristas se habría caracterizado por la instalación de contenidos germánicos bajo formas romanas²⁶. Casi idénticas palabras se encuentran en Grossi (forma romana con contenidos medievales) aun sin hacer referencia al derecho germánico.

Para Boureau, esta perspectiva que afirma que el orden jurídico medieval procede de las cosas mismas es heredera del institucionalismo jurídico de la escuela de Hauriou en Francia y de Santi Romano en Italia. Se trata de una corriente que posee una fuerte tendencia a la fetichización del suelo y del pueblo considerados como únicos y auténticos autores de las reglas²⁷. En esta misma línea crítica, Conte señala que ciertas formulaciones de Grossi, que hacen de la sangre y de la tierra hechos provistos de una carga normativa extraordinaria, revelarían la influencia ejercida por el romanticismo alemán del siglo XIX atravesada por la idea de un derecho medieval como alternativa al derecho moderno burgués²⁸.

Ahora, si bien Grossi es un importante referente de esta posición no es el único. Laurent Mayali, otro historiador del derecho que ha dedicado algunos trabajos al tema de la costumbre, señala también dos momentos de su existencia: uno prejurídico y otro jurídico. El primero correspondería en palabras de Mayali a una “cultura consuetudinaria” que caracterizaba a la vida en sociedad antes de la recepción; la segunda, una existencia claramente jurídica, resultado de la operación de los juristas sobre el término y su transformación en derecho, pero que no terminaría de dejarse tomar por la formalización produciendo desacoples y tensiones. Con frecuencia, en su artículo “La coutume dans la société romaniste”²⁹, hace referencia a la existencia de “algo” por

26 Conf. CONTE (2002).

27 BOUREAU (2002: 1467).

28 CONTE (2002: 1609).

29 Conf. MAYALI (1998).

fuera del discurso jurídico cuya fuerza es difícil de controlar. La mayor parte de las veces se refiere a ese exceso como “cultura consuetudinaria”, “costumbre tradicional”, etc. Cae así en la idea de que la costumbre es una fuerza que se encuentra por fuera del derecho como forma de vida de una comunidad y expresión de la memoria del pueblo, en oposición a la costumbre jurídica del derecho común que sería básicamente racional.

Un texto que sigue la misma línea dedicado enteramente al problema de la costumbre es el del historiador del derecho Roy Garré³⁰. Resalta, al modo de Mayali, la existencia de dos momentos de la costumbre: uno en donde el derecho consuetudinario se encontraba en estado salvaje (la Alta Edad Media); otro en donde la costumbre fue encauzada a través de la razón. El nacimiento de una teoría de la *consuetudo* elegante es una de las señales más importantes para Garré de una cesura fundamental producida en la historia del derecho. Dos mundos entraron en conflicto, según este autor: una sociedad tradicional basada todavía en la validez de hecho de los usos heredados y otra fundada en una racionalidad moderna que se expresaba en el estudio del derecho en las ciudades del norte de Italia. Conciliar estos dos mundos, dirá Garré, no fue tarea fácil. Se logró a base de sacrificar mucho de la natural vitalidad del derecho consuetudinario.

Como vemos, diversas son las variantes. Sin embargo, todas comparten la demarcación de una periodización para la costumbre que instala un quiebre importante a partir de la recepción del derecho romano, momento que modificó de alguna manera el carácter factual, vital, rústico y salvaje de la costumbre altomedieval. La cuestión que nos inquieta aquí no es la demarcación de un corte a partir de fines del siglo XI o comienzos del XII, ruptura con la que estamos totalmente de acuerdo -asociada obviamente a la recepción del derecho romano y a la tarea de los juristas medievales sobre este corpus-, sino la consideración de que la costumbre antes de dicha recepción fuera una fuerza vital y salvaje, que estuviera afincada en las cosas y que representara la memoria de la comunidad.

Nuestro planteo toma distancia de la idea de tergiversación o de iluminación que estos autores plantean. Hablar de “tergiversación” supone la transmutación de una esencia que se encontraba allí para ser dicha y fue traicionada; hablar de iluminación o racionalización vuelve a resaltar el carácter irracional y salvaje de la costumbre antes de la recepción. Desde nuestra perspectiva consideramos que no había ninguna esencia popular o natural

30 Conf. GARRÉ (2005).

en el derecho consuetudinario altomedieval que el derecho positivo haya venido a traicionar, transformar o racionalizar; dado que en los textos jurídicos altomedievales la costumbre no era ni popular ni factual. Como trataremos de mostrar a continuación a partir del trabajo documental, la costumbre en los textos jurídicos altomedievales no contiene estas características; por el contrario, y como ya dijimos, se trataba de un término estrictamente técnico.

Los fueros del reino de León y el lugar de la costumbre

Los fueros del reino de León muestran de forma muy temprana, aproximadamente para mediados del siglo XI, una heterogeneidad de vocablos que usualmente son asociados con la idea más corriente de costumbre³¹. Estamos hablando de términos tales como *usus*, *mos* y *consuetudines*. Esta presencia precoz que vemos en León, no se advierte en toda la península. En Castilla, por ejemplo, el término *consuetudines* y otras locuciones similares recién aparecen en la documentación foral avanzado el siglo XII³². André Gouron, como ya vimos, ha demostrado, en contra de quienes asociaban costumbre con derecho germánico, que sólo en aquellas regiones en donde se evidenciaba cierta cultura jurídica vinculada con la adopción en grados variables del derecho romano se tuvo conciencia de la costumbre³³. En el caso estudiado esta hipótesis se comprueba al ver la vigencia que tuvo el *Liber Iudiciorum* en el reino de León. Fueros estructurantes del reino como el Fuero de León o el de Sahagún, modelos de otros fueros locales en la zona, contienen, como ha mostrado Javier Alvarado Planas, referencias directas a instituciones del derecho visigodo³⁴. Esta romanización del reino de León explicaría esta presencia temprana de los vocablos relacionados con costumbre y su ausencia en el caso de Castilla cuya romanización fue mucho más superficial por lo menos entre el X y el XII.

Siguiendo a Gouron, entonces, se desbarata la tan mentada relación entre costumbre y derecho germánico, un vínculo mítico con una potencia ideológica notable entre los medievalistas. Saldada esta discusión y atendiendo a nuestra preocupación inicial, el objetivo de este acápite será demostrar que en la documentación foral leonesa anterior al siglo XII la aparición de los vo-

31 Utilizamos la edición de Rodríguez (1981) = *FRL*.

32 Conf. MICELI (2002) y (2012).

33 GOURON (1988a: 183).

34 Conf. ALVARADO PLANAS (2013).

cablos *usus, mos* y *consuetudines* poco dicen de un derecho fáctico y popular, tal como plantean las interpretaciones que hablan de “edades de la costumbre”, sino que más bien dicha presencia remite a términos técnicos que refieren, bien a las exacciones impuestas a una comunidad de habitantes, bien a la normativa vigente en el *Liber*.

Hagamos un análisis de cada uno de los términos presentes en la documentación para tratar de demostrar esta hipótesis.

1. *Consuetudines*

La historiografía ya ha llamado la atención sobre la proliferación entre los siglos XI y XII del vocablo *consuetudines* en la documentación medieval. Lo que suele advertirse como llamativo es el paso de la *consuetudo* en singular a las *consuetudines* en plural. En la documentación visigótica y carolingia el término se utilizaba en singular y con un estrecho vínculo con la ley; de allí el uso frecuente de la endíadis “*lex et consuetudo*”, fórmula que vinculaba a la ley y a la costumbre pensándolas como un único concepto³⁵. El paso del singular al plural ha sido indagado desde algunas investigaciones en lo que concierne a las distintas regiones de Francia³⁶. Tal vez los trabajos más significativos sean el de Olivier Guillot analizando la aparición del término en época de los capetos y el de Ives Sassier realizando una verificación sistemática del término en los dos primeros volúmenes de las Cartas de Cluny (mil setecientas cartas), mostrando la inexistencia del vocablo *consuetudines* antes del siglo X y su frecuente utilización a partir del siglo XI y avanzado el siglo XII³⁷.

En los reinos peninsulares también se advierte la aparición del término *consuetudines* para esa época aunque no en todos. Como ya señalamos, por ejemplo Iglesias Ferreirós ha estudiado en profundidad el caso en la documentación catalana, advirtiendo allí precisamente una presencia precoz del término *consuetudines*. Para fines del siglo XI es cada vez más frecuente también su utilización en la documentación foral leonesa. Un ejemplo claro es el fuero dado por Alfonso VI en 1085 a los pobladores de la villa de Sahagún:

Ego Adefonsus Dei gratia totius Ispanie Imperator postquam sedi in trono paterno curam Ecclesiarum habere cepi, sed super omnes Ecclesiam Sanctorum Facundi et Primiti-

35 Esta misma relación se evidencia en la cartas bizantinas en donde aparecen con frecuencia expresiones como “*secundum legem et consuetudinem Romanorum*”, conf. CALASSO (1954: 184).

36 Conf. MAGNOU-NORTIER, (1980), OLIVIER-MARTIN (1938), CARBASSE (1987).

37 GUILLOT (1983); SASSIER (2004).

vi quem antiquitus Dominis Sanctos vocitant amavi et per Domnum Benardum Abbatem in ordine Sancti Benedicti que est bona et religiosa declaravi atque ab omni iugo Regalis Fiscis vel Ecclesiastice presure feci ingenuam. Dedi enim eam romane Ecclesie et Beati Oetri in libertate romana. Cumque adhuc cogitarem bonum quod facerem accessit ad me Abbas et rogavit quatinus darem foros ut esset bona villa in circuitu de Monasterio, quod devotus annui, et mox quod abbas et monachi petebant concensi; ideo que monachorum do vobis hominibus populatoribus Sancti Facundi consuetudines et foros in quibus et serviatis Ecclesie et monasterii suprataxati³⁸.

Y en la cláusula 30 se lee:

Istas consuetudines et foros per voluntatem Abbatis et collegio fratrum dedi ego Adefonus Imperatur hominibus Sancti Facundi per quos serviant ei sicut Dominus submissione et humilitate plena³⁹.

El fuero otorgado por el rey a pedido del abad libera a la iglesia de San Facundo de “todo el yugo de la fiscalidad regia” –dándole además independencia de cualquier poder episcopal–, y al mismo tiempo le concede al monasterio el privilegio de imponer un conjunto de cláusulas que reafirman su dominio sobre la comunidad de habitantes. Estas *consuetudines* son efectivamente las cláusulas mismas, estas obligaciones que los habitantes y pobladores de Sahagún tienen respecto de la abadía, impuestas a partir de la intervención del rey. Al igual que el fuero, son una concesión que el rey hace al abad y que los miembros de la comunidad deben respetar bajo sanción. Se trata de disposiciones que, por ejemplo, prohíben el uso de hornos y cocinas campesinas, establecen el pago al abad por utilizar el horno señorial, etc.

La interpretación de la aparición del término *consuetudines* en la documentación a partir del siglo XI ha sido una parte importante de la intensa discusión acerca de las transformaciones operadas en Europa Occidental en torno del año mil. En los años ‘50 un artículo de Lemarignier relacionaba la aparición de este término *consuetudines* con la dislocación del *pagus* y con el desarrollo del señorío banal y, por ende, con la aparición del feudalismo⁴⁰. Durante las primeras décadas del siglo XI, planteaba el autor, el señorío sustituiría al *pagus* -estructura administrativa carolingia- como cuadro de la vida política y económica de la región, transformación que mostraría cabalmente el paso de una organización basada en una estructura pública a otra de matriz

38 *FRL*, II, pp. 35 y 37.

39 *FRL*, II, p. 39.

40 Conf. LEMARIGNIER (1951).

estrictamente privada, banal. Incluso el mismo vocablo *pagus* terminaría por desaparecer de los textos⁴¹. En este marco de desarticulación de la estructura básica de la administración carolingia se popularizaría la utilización del término *consuetudines* y también los sintagmas *malos usos* o *malae consuetudines* para referirse a los derechos señoriales.

Los partidarios de la revolución feudal han postulado, siguiendo esta línea, que a partir del siglo XI se produciría un abandono progresivo de un término técnico, heredero del vocabulario fiscal del Bajo Imperio, *exactio*, por otro, *consuetudines*, de naturaleza más genérica, vago, proveniente del latín vulgar que asimilaba el impuesto a la costumbre, dando cuenta este reemplazo del proceso de privatización de lo público que caracterizaría al feudalismo⁴². Franck Roumy ha indicado algunas objeciones que conciernen a esta cuestión⁴³. Lo primero que Roumy objeta es este supuesto reemplazo terminológico. La palabra *consuetudines*, sostiene, no sustituye absolutamente a la de *exactio* en el año mil. Los dos vocablos cohabitan hasta fines del siglo XII sin que sea posible afirmar, debido a la escasez de investigaciones que existen sobre el término *exactio*, que este último devenga más raro que *consuetudines*⁴⁴.

En segundo lugar, Roumy plantea que no se puede considerar que el término *consuetudo* haya sido tomado prestado del latín vulgar. Por el contrario, el vocablo podría remitir sin problemas a las locuciones *consuetudine ius* o *lex consuetudinaria* que aparecían ya en los rétores antiguos y tardoantiguos, es decir, en construcciones eruditas. Respecto de la expresión *lex consuetudinaria*, considera que la fuente más probable de unión de las nociones de ley y de costumbre en un único concepto sea Isidoro de Sevilla, cuya obra *Etimologías* fue una de las más difundidas en el Occidente latino altomedieval y fue utilizada para la enseñanza de la retórica⁴⁵. Por último, y esta observación

41 En Flandes, por ejemplo, fue reemplazado por *territorium* cuya significación más acabada sería castellanía, conf. LEMARIGNIER (1951: 402).

42 Conf. BONNASSIE (1988).

43 Conf. ROUMY (2001).

44 Según Roumy, si hacemos una lectura superficial solo a título de ejemplo del *Thesaurus Diplomaticus Cetedoc* (1ª edición, Turnhout, Brepols, 2000) veremos que, para un corpus importante de documentos limitados a la frontera de la Bélgica actual durante un período que va hasta avanzado el siglo XII, el término *exactio* supera notablemente a *consuetudines*. En el primer caso se encuentran 614 entradas; en el segundo, 427. ROUMY (2001: 286).

45 El pasaje en el que Isidoro explica la diferencia entre la ley y las *mores* (la primera

es clave, la utilización de *consuetudines* como sinónimo de exacción no sería una novedad del siglo XI sino que ya estaría presente en los códigos tardoantiguos, sobre todo en el Código Teodosiano. A diferencia de la época clásica en la cual el término *consuetudo* podía designar la regla consuetudinaria practicada localmente por ciertas poblaciones del Imperio, las constituciones del Código Teodosiano limitaron el sentido del vocablo al derecho público, aplicándolo frecuentemente a los usos de la administración central o local, relativos a los problemas fiscales. Si se examinan las 71 constituciones del Código que se refieren a la *consuetudo*, se puede, en efecto, ver que nueve de ellas al menos tratan de las *exactiones* o más generalmente del rol de los *exactores*⁴⁶.

Esta idea ha sido reafirmada por Dominique Barthélemy al señalar que ni la propia palabra *consuetudines* ni la práctica de estos usos eran nuevas, “la *consuetudinaria functio* (exacción de usos) aparece constantemente mencionada en época merovingia”⁴⁷. “No hubo por lo tanto ninguna subversión de las reglas de derecho”, tal como lo plantean los mutacionistas⁴⁸.

Los aportes de Roumy y de Barthélemy, entonces, permitirían concluir que el uso del término *consuetudines* en reemplazo de exacción no debería interpretarse necesariamente como una novedad respecto de la tradición tardoantigua que remitiría inexorablemente a la patrimonialización de ciertos derechos públicos, ligada a la aparición del señorío banal, ya que la utilización de *consuetudines* como sinónimo de *exactio* ya se encontraba disponible en los códigos altomedievales. Incluso, a partir de esta evidencia, podría señalarse

se caracteriza por ser escrita mientras el *mos* está basado en costumbres aprobadas por la antigüedad), se encuentra para Roumy el germen de la idea de *lex consuetudinaria*; siendo justamente este pasaje el que será retomado en el siglo XII en el Decreto de Graciano. La utilización en el norte de Francia y de forma temprana de estas expresiones habría que buscarla en el uso didáctico que las escuelas de gramática hicieron en esa zona del texto isidoriano. La expresión *ius consuetudinarium*, tendría para Roumy una fuente diferente aunque también ligada a la retórica. Considera probable situarla en dos textos, el *De inventione* de Cicerón y la *Rethorica ad Herennium* que la tradición medieval adjudicaba al rétor romano pero que en la actualidad se considera de autor desconocido. Para el autor, lo que ha empañado la comprensión del vocablo *consuetudo* es el sentido engañoso que ha generado la significación actual de la palabra costumbre, resultado de la aculturación del derecho justinianeo y sobre todo de su interpretación medieval.

46 *C. Th.* 1, 12, 7; 2, 2, 21; 11, 7, 15; 11, 7, 16; 11, 7, 18; 11, 7, 19; 11, 16, 7; 12, 1, 117; 12, 6, 22, citado por ROUMY (2001: 288).

47 Conf. BARTHÉLEMY (2006).

48 BARTHÉLEMY (2003: 220).

exactamente lo opuesto de lo que plantean quienes sostienen la hipótesis del reemplazo terminológico: si el término *consuetudines* pervivió más allá del año mil y se trataba de un vocablo que refería en la Alta Edad Media a cuestiones fiscales y públicas, dicha pervivencia podría indicar, más que la desaparición de lo público, su continuidad. O por lo menos, como lo viene señalando hace tiempo Barthelemy, la imposibilidad de distinguir, tanto antes como después del mil, un ámbito de lo privado separado de un espacio de lo público.

También esta evidencia llevaría a desbaratar otros supuestos, como ser la idea de que el uso del vocablo *consuetudines* hablaría, como señalan Duby o Poumarède, de un salto cualitativo en la forma de legitimación del poder: antes del 1000 basada en el ejercicio de una soberanía delegada; después del 1000 asentada sobre el hábito y el testimonio de una memoria colectiva⁴⁹. Sin embargo, si como señala Roumy muy atinadamente, la *consuetudo* continuaba incluso hasta el siglo XII reenviando al sentido antiguo derivado del derecho teodosiano, la posibilidad de usar ambos vocablos indiscriminadamente ya estaba presente en la Alta Edad Media. Si esto es así, entonces se abrirían tres posibilidades: o bien la patrimonialización de lo público es anterior al mil; o bien lo público se mantuvo después del mil; o bien no se puede tomar a dicho término como signo de una revolución que culminó en la apropiación privada de la función pública tal como plantean los historiadores mutacionistas.

Ahora, más allá de la pertinencia de interpretar el uso del vocablo *consuetudines* para validar la hipótesis de la revolución feudal, el término refiere a las obligaciones que los habitantes de un lugar deben respetar a modo de imposiciones. Las *consuetudines* son reglamentaciones que regulan distintos aspectos de la vida de la comunidad como claramente se ve en los fueros citados. El rey interviene y otorga *consuetudines* para que los pobladores de San Facundo sirvan a la abadía. Queda claro entonces que este término poco tiene que ver con la costumbre como derecho popular, fáctico y vital. Refiere, por el contrario, al conjunto de exacciones que pesan sobre una comunidad de habitantes. No se trata, por ende, de la costumbre como memoria viva de la comunidad, tal como plantean quienes enarbolan la idea de las edades de la costumbre, sino del conjunto de obligaciones al que se encuentra sometida la comunidad de habitantes.

49 DUBY (1953:174): “Les pouvoirs d’essence régaliennne ne se fondent plus sur une délégation expresse de la souveraineté, mais sur l’habitude et le témoignage de la mémoire collective” ; POUMARÈDE (1990: 235).

2. *Usus*

Se trata de un término poco frecuente en los fueros de León anteriores al siglo XII y cuando aparece remite a alguna ley de origen visigodo, más que reenviar a la idea de hábitos reiterados, como espontáneamente tendemos a suponer por la utilización del propio vocablo “*usus*”. Esto puede verse claramente en la cláusula 30 del ya citado fuero de Sahagún: “*Et illi defendant eos et ament ut suos homines. Et sedeant montes, et res, et hereditates monasterii per suos usus et leges antiquas in pace per manum Abbatis et monachorum*”⁵⁰.

Usus aquí refuerza la dimensión antigua de la ley que se está citando. Es decir hace referencia a la idea de una ley antigua que se viene usando desde época visigoda. Se ve nuevamente esta dimensión del uso ligada a la observancia. Como habíamos señalado con anterioridad, en la Alta Edad Media la referencia al uso o a la *consuetudo* no remite a la forma en que se origina el derecho (este será el sentido atribuido por los juristas a partir del siglo XII y que se transformará en dominante en Occidente), sino a las normas que se respetan, que se guardan. Esta cláusula es similar a las disposiciones iniciales del fuero de León de 1017 en las que se prescribe la jurisdicción de los obispos sobre el personal y los bienes eclesiásticos:

*Mandauimos adhuc ut nullus audeat aliquid rapere ab ecclesia; uerum si aliquid infra cimiterium per rapinam sumpserit, sacrilegium soluat, et quicquid inde abstulerit, ut rapinam reddat; si autem extra cimiterium iniuste abstulerit rem ecclesie, reddat eam et calumpniam cultoribus ipsius ecclesie more terre*⁵¹.

Estas disposiciones serían un resumen de varias leyes del *Liber Iudiciorum* vigentes en la región a partir del siglo X⁵². Se trataría de la ley recesvindiana XI del libro II, Título V; la ley primera: “*De donationibus ecclesiis datis*”; la ley segunda: “*De conseruatione et redintegratione ecclesisticae rei*”; y la ley sexta: “*De coertione Pontificum, qui pro rebus quas suis ecclesiis auferunt triuennium intercessisse causantur*”. Rodríguez señala que de estas leyes

[...] toman el canon leonés (y luego copian los otros fueros) no solo la perspectiva jurídica, sino también la fundamentación religiosa, según evidencia la fórmula coincidente con que se destaca el carácter sacrílego de la alegación del *tricennio* como causa de prescripción

⁵⁰ *FRL*, II, p. 39.

⁵¹ *FRL*, II, p. 17.

⁵² RODRÍGUEZ (1981: 86).

extinta adquisitiva. *Deo etenim* –resume el canon leonés- *fraudem facit per tricennium rem ecclesie rescindit*⁵³.

Siguiendo esta línea, es factible que los usos y las leyes antiguas a las que hace referencia el fuero de Sahagún sean estas disposiciones del *Liber* en las que se afirmaba la potestad episcopal sobre las personas consagradas, iglesias, monasterios y propiedades de tal condición.

En síntesis, *usus* en la documentación examinada no da cuenta de una práctica factual anclada en los hombres o en las cosas sino que reenvía directamente a la *Lex Visigothorum*: otra estocada a la idea de que en la Alta Edad Media la costumbre era un figura de la experiencia tal cual lo plantea Grossi.

3. *Mos*

En los fueros más antiguos de fines del siglo X y principios del XI encontramos un término profundamente marcado por la tradición romana. Nos referimos a *mos*. En efecto, el *mos maiorum* ejercía en Roma una gran influencia en las esferas del derecho, la religión, la disciplina militar, la educación de los hijos, el comportamiento público y privado, etc. Se trataba de un conglomerado de reglas no enunciadas sistemáticamente, inmanentes a las prácticas, que poseían un carácter modélico. Dice Bettini: “... En la cultura romana, en efecto, el *mos maiorum* existe en primer lugar como regla a seguir, como paradigma con el cual el comportamiento de los *minores*, y los descendientes, tiende a uniformarse”⁵⁴.

¿Cuál es el uso que los textos forales hacen de este término? Empecemos por la cláusula 17 del ya comentado fuero de León: “*Illi etiam qui soliti fuerunt ire in fossatum cum rege, cum comitibus, cum maiorinis, eant semper solito more*”⁵⁵.

Este fragmento corresponde al fuero otorgado por el rey Alfonso V y su mujer Elvira en 1017 al reino de León. La palabra *more* es la que nos interesa. ¿Cómo la traduciríamos? Si respetamos el sentido antiguo de la palabra deberíamos decir “según la tradición”, lo cual parece no estar demasiado alejado del que le atribuían los romanos, aunque usado en un contexto radicalmente diferente. ¿Pero a qué tradición se refiere? Otra vez, como en la cita anterior de *usus*, nos encontramos con una referencia a las leyes visigodas

53 RODRÍGUEZ (1981: 86).

54 BETTINI (2000: 261).

55 *FRL*, II, p. 19.

remitiendo al modo en que debe realizarse con el rey, con los condes o con los merinos el servicio de fonsado⁵⁶. Una de las obligaciones fundamentales de todo poblador era acudir a la expedición militar general (hueste o fonsado). Ya en la legislación visigoda estaba presente como una carga fundamental, sin embargo hubo algunas distinciones en esta materia. Por ejemplo entre el término *exercitus* tal y como aparece en las *antiquae* IX, 2, 1 a 6; IX, 2, 9 de Ervigio ó V, 7, 19 de Égica, entendido como denominación genérica (*exercitus ad hostem compellere*) y el concepto de *hueste* que también aparece en IX, 2, 2 a 6 (*Gotos in hostem exire compellere*). Según Alvarado Planas *exercitus* parece referirse al pueblo armado mientras *hostis* (de donde procede el término altomedieval *hueste*) parece indicar un concepto institucional; el *exercitus* convocado por el rey y que, por tanto, marcha en *publica expeditio*. Otro término similar al de hueste, es el de «fonsado», término que aparece en el fragmento de fuero citado, también convocado por el rey a toque de cuerno (*iussit intonare buccinis, vibrare hastas*). Al parecer, el término «fonsado» comienza a utilizarse en el siglo X (la primera referencia data del año 920). Pero como en el *Liber Iudiciorum* VIII, 4, 25, *fossatum* define el foso, zanja o límite territorial fronterizo, cabría suponer que tal vez pudo indicar inicialmente la expedición militar hacia la frontera atacada y, posteriormente, por extensión, toda expedición bélica de carácter público hasta que, ya durante la Reconquista, quedase referido al deber de *auxilium* militar. Esto confirmaría de alguna manera que la referencia inmediata a la tradición presente en el fuero podría ser sin ninguna duda el *Liber*⁵⁷.

En otro artículo del mismo fuero, comentado un poco antes (“*reddat eam et calumpniam cultoribus ipsius ecclesie more terre*”⁵⁸), la tradición se territorializa a través de la idea de *more terre*. Llamativamente, se trata del precepto 4 del fuero de León que versa sobre la cuestión de la rapiña de los bienes eclesiásticos desde una perspectiva jurídica similar a la de las leyes del *Liber* que ya citamos. Muy probablemente la locución *more terre* remita directamente a estas *leges antiquas*.

Hasta aquí un relevamiento de un conjunto de vocablos que escueta y tempranamente se presentan en algunos fueros de León. Lo analizado muestra que los vocablos *usus*, *mos* y *consuetudo* utilizados tempranamente en esta documentación no remiten a una regla de vida en estado salvaje o a un dere-

56 RODRÍGUEZ (1981: 91).

57 ALVARADO PLANAS (2011: 121).

58 *FRL*, II, p. 17.

cho de matriz popular tal como plantea la tesis de las edades de la costumbre; por el contrario, refieren claramente a la legislación visigoda, como es el caso de *usus y mos*, o a las exacciones que pesan sobre una comunidad de habitantes. Frente a esto, el mito de la costumbre altomedieval como estado de naturaleza o auténtico reservorio de un derecho popular se esfuma rápidamente.

Pensar las rupturas al interior del propio discurso jurídico

Nos hemos centrado en una crítica al modelo que consignamos bajo el nombre de “las dos edades de la costumbre”, que supone la existencia de un primer momento, que abarcaría el período previo a la recepción del *Corpus Iuris*, en el que la costumbre era considerada “regla de vida”, “derecho en estado práctico”, “estado salvaje”, “voz del pueblo”, e incluso –en algunas interpretaciones– derecho germánico; y un segundo período, post recepción justiniana, caracterizado por la existencia de una costumbre racionalizada a través de su transformación en derecho pero aún manteniendo cierta vinculación con su dimensión popular y factual.

A partir de lo que hemos trabajado, diversas objeciones pondrían en jaque la aplicación de este modelo. La primera cuestión concierne al concepto de derecho germánico que aparece en la primera modalidad que analizamos. Ya García Gallo había señalado que el derecho germánico como construcción doctrinal no tuvo vigencia en ningún momento histórico ni en ningún territorio concreto, sino que fue “una abstracción teórica de laboratorio elaborada por los estudiosos contemporáneos sobre principios extraídos de los diferentes derechos de los distintos pueblos de raza germánica”⁵⁹.

Trabajos más recientes señalan los límites que incluso tiene el calificativo de pueblos germánicos. Los historiadores abocados al estudio de lo que se denomina en la actualidad los procesos de etnogénesis de los pueblos que migraron y se asentaron en los márgenes del Imperio Romano, plantean que la noción misma de pueblo o raza germánica es inapropiada. No hay nada en la identidad propia de estos grupos que nos permita unificarlos bajo la idea de germánicos, afirma hoy la historiografía. Los vemos como una unidad por el efecto de dos interpretaciones: por un lado, debido a las descripciones y al trabajo de aculturación romana⁶⁰; por otro lado, por las elaboraciones de

59 GARCÍA GALLO (1941: 37).

60 En un libro reciente, Morsel, señala lo importante que es tener en cuenta, a la hora de realizar una descripción de las características de los pueblos germánicos, que “las fuen-

la filología alemana del XIX⁶¹. Refutada la idea misma de pueblo germánico, queda impugnada la existencia de un derecho consuetudinario específico de ese pueblo inexistente.

En segundo lugar, aquellas investigaciones que hablan de un derecho altomedieval factual, popular y consuetudinario (que aun sin quererlo tienen puntos de contacto con la tesis germanista) pecan de una suerte de romanticismo al plantear que el derecho y la costumbre se encuentran inscriptos en las cosas, que afloran desde allí y que la tarea del jurista era tan solo iluminarlas desde arriba. Como señala Conte, creemos ver aquí una profunda influencia del pensamiento romántico de los siglos XVIII y XIX, movimiento que creó un escenario propicio para la configuración, tanto en el derecho como en la antropología, de una definición de costumbre como norma social espontánea, voz de los pueblos primitivos, incluso oprimidos. Fue en este momento cuando encontramos las primeras aproximaciones “genetistas” y “populistas” que ven en la costumbre el origen prístino del derecho. Desde el derecho, la Escuela Histórica inaugurará la idea del derecho consuetudinario como espíritu del pueblo; los trabajos iniciales de la antropología evolucionista la desmarcarán del plano estrictamente jurídico para instalarla en un plano étnico según el cual el derecho consuetudinario será comportamiento de una nación, de una comunidad o de un pueblo. Sobre esta idea se montaría la matriz dualista que, como advertimos, hace de la costumbre el derecho de los pueblos sin escritura, sin Estado, es decir, primitivos. He aquí el punto en el cual se anudan el paradigma antropológico de la costumbre y las aproximaciones medievales al problema: la posibilidad de pensar a la Edad Media como una sociedad primitiva. No hay ninguna duda de que la antropología ha contribuido notablemente al estudio de las sociedades precapitalistas, sobre

tes narrativas, arqueológicas y jurídicas que atañen a esta cuestión, son poco numerosas o tardías, no siempre claras, cuando no contradictorias, y escritas desde el punto de vista romano”; MORSEL (2007b: 27).

61 “El concepto de «germánico» es completamente vago y deriva de una construcción conceptual puramente académica [de la filología germánica, una ciencia moderna]. A quienquiera que coteje las fuentes de las áreas germánicas particulares -ya sean cartas, crónicas, inscripciones, obras de arte, hallazgos arqueológicos, etc.- forzosamente habrá de impresionarle la gran variedad y la multiplicidad de diferencias que impiden hablar de «germanidad» en aquella época [...] Por desgracia, el espectro de la «germanidad» todavía sigue rondando por las cabezas de estudiosos y demagogos políticos -fuera de las cuales jamás ha existido”, F. GRAUS, *Volk, Herrscher und Heiliger im Reich der Merowinger*, 1965, Praga, 23-24 (citado por Goffart [2003], 68).

todo en lo que concierne a la posibilidad de estudiarlas despojándonos de los prejuicios modernos. Sin embargo, en el caso particular de la costumbre lo que se evidencia es una sobreinterpretación del fenómeno consuetudinario en clave antropológica que descuida el carácter jurídico que tiene en la documentación.

La tercera observación se relaciona indefectiblemente con lo que acabamos de decir: la falta de consideración por parte de la historiografía del carácter “técnico” que el concepto costumbre tiene en los documentos jurídicos incluso antes de la recepción. Como mostramos a partir de los fueros de León, los vocablos *usus*, *mos* y *consuetudo* utilizados tempranamente en estos documentos no remiten a una regla de vida en estado salvaje o a un derecho de matriz popular. Por el contrario, refieren claramente a la legislación visigoda, como es el caso de *mos* y *usus* o a las exacciones que debe pagar la comunidad de habitantes como suele verse en el caso de *consuetudines*.

¿Invalida esta crítica de la tesis de “las edades de la costumbre” la posibilidad de pensar una historicidad del concepto? ¿Impide la factibilidad de que la costumbre posea una historia con transformaciones y continuidades? De ninguna manera. Nuestra crítica no es a la periodización que realiza esta tesis sino a la razones y al modo en que caracteriza cada una de las etapas que diseña. Como ya hemos señalado, existe también para nosotros un cambio en el concepto a partir de fines del siglo XI que tiene que ver con la tarea de reelaboración que llevaron adelante glosadores y comentaristas. Si bien la presencia del término *consuetudo* en el corpus justiniano es incuestionable, los juristas romanos no le habían otorgado un rol significativo. Es más, cuando los jurisconsultos de la talla de Gayo o Papiano utilizaban el término *consuetudo* lo hacían para oponerlo al de *jus*. La gran novedad respecto de este tema no fue ni la iluminación, ni la racionalización, ni la tergiversación de la costumbre vital y salvaje sino la transformación en *jus* de un concepto interno al discurso jurídico. El término *jus consuetudinarium* tan presente en los textos de los juristas medievales tal vez hubiera sido considerado un oxímoron para los jurisconsultos romanos: *jus* y costumbre se oponían: *jus* era el derecho del Imperio; costumbre, las normas locales.

La costumbre entonces adquirió a partir de los glosadores una significación antes inexistente y una definición nunca antes elaborada que la vinculaba con el tiempo, la razón y la *vountas populi*. Pero esto no fue el resultado de una traducción de la costumbre como norma rudimentaria a la costumbre como derecho elegante; sino el efecto de haber definido a la costumbre como

derecho, alternativa que no se encontraba presente en la tradición romana, y que fue imaginada por los juristas medievales. Como plantea Marta Madero, los cambios que se operaron a partir del siglo XII no implicaron un salto entre

[...] una «costumbre» que emanaría de las cosas mismas y un derecho consciente de las ficciones que lo ordenan. Esto equivaldría a imaginar un orden jurídico que emana de la vida misma, «voz intacta de lo real», «dimensión que está en el interior de las cosas» momento anterior al advenimiento del artificio que sería no obstante, ya, un orden institucional. Los cambios que se imponen no constituyen uno de los tantos momentos de muerte anunciada de las identidades colectivas. No se trata de eso, sino de distinguir formas concurrentes de aprehensión y enunciación de la experiencia. Los *ordines* romano-canónicos obligan a prácticas de definición y restitución de los hechos que modifican clasificaciones anteriores⁶²

¿Estamos frente a un renacer de la costumbre?

Además de lo analizado hasta aquí, la tesis discutida en este trabajo plantea la existencia de una tercera etapa en la historia de la costumbre: el momento de su subsunción bajo la ley en el siglo XIX, el momento de la elaboración de los Códigos y de la conformación de los Estados Nacionales. A pesar de la pérdida de su rusticidad y vitalidad en el siglo XII la costumbre se mantuvo unida a la voluntad popular y a la memoria durante toda la Edad Media. Por el contrario, en esta tercera etapa, se produjo su sometimiento al legislador provocando así el fin de su capacidad legislativa como producto del pasaje del pluralismo al monismo jurídico.

Sin embargo, en la actualidad, como señalamos al inicio de este capítulo, advertimos la existencia de potentes movimientos que reclaman la incorporación del derecho consuetudinario indígena a las constituciones y pelean por un conjunto de innovaciones jurídicas al respecto.

Vale la pena entonces retomar la pregunta que se planteaba Tau Anzoátegui en su libro *El poder de la costumbre* y que enunciamos al comienzo de este texto: ¿Se trata del retorno de la vieja costumbre expulsada por los códigos liberales de los Estados Nacionales burgueses o de una nueva costumbre que dista mucho de parecerse a aquella? Como ya dijimos, lejos estamos de poder resolver la pregunta dadas nuestras capacidades y conocimiento sobre el tema en la actualidad. Muy probablemente el autor, más sabio en estas cuestiones del presente, se anime a pronunciar un no. Sin embargo, más allá

62 MADERO (2008: 12).

de la respuesta, sí tenemos la posibilidad de analizar la pregunta misma. La interrogación encierra de alguna manera la misma matriz romántica que hemos advertido en las interpretaciones criticadas: habilita la posibilidad de pensar que volvería a “renacer” en el siglo XXI esa costumbre vital, factual y popular que había caracterizado a los primeros siglos de la Edad Media y que había quedado subsumida bajo la lógica monística de los Estados Nacionales. El problema es que, si hacemos caso a nuestro propio desarrollo, esta costumbre romántica y popular desde el punto de vista estrictamente jurídico no habría existido en ningún momento de la historia.

A modo de conclusión: en el prefacio a la publicación de una serie de conferencias organizadas en Buenos Aires en 1998, Yan Thomas sostenía que “toda una mitología que data del último siglo (más particularmente del romanticismo alemán) censura aún nuestros estudios: la de la espontaneidad del derecho, la de su inmanencia en lo social, la de su inmersión en los datos culturales inmemoriales y fundamentales”⁶³. Esperamos que este trabajo haya contribuido, aunque más no sea un poco, a la desarticulación de parte de esta mitología.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO PLANAS, J. (2013): “A modo de conclusiones: el *Liber Iudiciorum* y la aplicación del Derecho en los siglos VI a XI”, *Mélanges de la Casa de Velázquez* [En ligne], 41-2 | 2011, mis en ligne le 01 novembre 2013, URL: <http://mcv.revues.org/4056>.
- BARTHÉLEMY, D. (2003): “Un cambio de milenio sin transformaciones radicales”, en L. Little y B. Rosenwein (eds.), *La Edad Media a Debate*, Madrid, pp. 219-238.
- (2006): *El año mil y la paz de Dios*, Granada.
- BETTINI, M. (2000): *Le orecchie di Hermes. Studi di antropologia e letterature classiche*, Turín.
- BONNASSIE, P. (1988): *Cataluña mil años atrás*, Barcelona.
- BOUREAU, A. (2002): “Droit naturel et abstraction judiciaire. Hypothèses sur la nature du droit médiéval”, *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 57:6, pp. 1463-1488.
- BRETONE, M. (1999): *Derecho y tiempo en la tradición europea*, México DF.
- BRUNNER, H. (1936): *Historia del derecho germánico*, Barcelona [1887].

63 THOMAS (1999: 10).

- CALASSO, F. (1954): *Medio Evo del Diritto*, Milán.
- CARBASSE, J.-M. (1987): “Philippe III et les mauvaises coutumes pénales de Gascogne (à-propos de l’ordonnance de juillet 1280)” en *Mélanges G. Boulvert*, Niza, p. 153-162.
- DUBY, G. (1953): *La société aux XI^e et XII^e siècles dans la région mâconnaise*, en *la Castilla del siglo XIII*, París.
- FICKER, J. (1928): *Sobre el íntimo parentesco entre el Derecho godo-hispánico y el noruego islándico*, Barcelona.
- GACTO FERNÁNDEZ, E. (1979): *Temas de Historia del Derecho: Derecho medieval*. Sevilla, 1979.
- GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L. (1952): *Historia de España. De los orígenes a la Baja Edad Media*, Madrid.
- GARCÍA GALLO, A. (1941): Nacionalidad y territorialidad del Derecho en la época visigoda”, *AHDE*, pp. 168-264.
- GARRÉ, R. (2005): *Consuetudo. Das Gewohnheitsrecht in der Rechtsquellen und Methodenlehre des späten ius commune in Italien (16.-18. Jahrhundert)*, Fráncfort.
- GOFFART, W. (2003): “Los bárbaros en la Antigüedad tardía y su instalación en Occidente”, en L. LITTLE Y B. ROSENWEIN (eds.), *La Edad Media a Debate*, Madrid, pp. 50-79.
- GOURON, A. (1988a): “Aurore de la coutume”, en A. GOURON, *Recueils de Mémoires et Travaux*, 14, pp. 181-187.
- (1988b): “Sur les origines de l’expression «droit coutumier»”, *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, 1, pp. 179-188.
- GRAUS, F. (1965): *Volk, Herrscher und Heiliger im Reich der Merowinger*, Praga.
- GROSSI, P. (1996): *El orden jurídico medieval*, Madrid.
- GUILLOT, O. (1983): “*Consuetudines, consuetudo*: quelques remarques sur l’apparition de ces termes dans les sources françaises des premiers temps capétiens”, *Mémoires de la Société pour l’histoire du droit des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, pp. 21-48.
- HAGGENMACHER, P. (1990): “Coutume”, en *Archives de Philosophie du Droit*, 35, París, pp. 27-41.
- IGLESIA FERREIRÓS, A. (1977): “La creación del Derecho en Cataluña”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 47, pp. 99-423.
- KRÖSCHELL, K. (1994): Reseña de G. Dilcher y R. Schulze (eds.), *Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter* (Berlín 1992), *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 23, pp. 428-434.
- LEMARIGNIER, J. F. (1951): “La dislocation du «pagus» et le problème des «consuetudines» (X^e-XI^e siècles)”, en *Mélanges d’histoire du Moyen Âge dédiés à la mémoire de Louis Halphen*, París, pp. 401-410.

- MADERO, M. (2004): *Las verdades de los hechos. Proceso, juez y testimonio*, Salamanca.
- MAGNOU-NORTIER, E. (1980): “Les mauvaises coutumes en Auvergne, Bourgogne méridionale, Languedoc et Provence au XI^e siècle: un moyen d’analyse sociale”, en *Structures féodales et féodalisme dans l’Occident méditerranéen, Bilan et perspectives de recherches*. Colloque international organisé par le Centre national de la Recherche scientifique et l’Ecole française de Rome, Roma, pp. 135-172.
- MAYALI, L. (1990): “La coutume dans la doctrine romaniste au Moyen Âge”, *Recueils de la Société Jean Bodin*, 52, pp. 11-31.
- MICELI, P. (2002): “El derecho consuetudinario en Castilla. Una crítica a la matriz antropológica de las interpretaciones sobre la costumbre”, *Hispania*, LXIII, 213, pp. 9-27.
- (2012): *Derecho consuetudinario y memoria. Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León (siglo XI-XIV)*, Madrid.
- (2013): “Plura dominia y poder cosificado: repensando el problema”, Actas de las XII Jornadas Internacional es de Estudios Medievales, Buenos Aires, <http://www.saemedargentina.net/inc/Actas2013.pdf>.
- MORSE, J. (2007): *L’Histoire (du Moyen Âge) est un sport de combat... Réflexions sur les finalités de l’histoire du Moyen Âge* (con C. Ducourtieux), París [<http://expedito.univ-paris1.fr/lamop/LAMOP/Joseph-Morse/Sportdecombat.pdf>].
- OLIVIER-MARTIN, F. (1938): “Le roi de France et les mauvaises coutumes au Moyen Âge”, en *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, t. 58, pp. 108-137.
- PETIT, C. (1990): “Consuetudo y mos en la *Lex Visigotorum*”, en *Recueils de la Société Jean Bodin*, Bruselas, 52, pp. 89-120.
- POUMARÈDE, J. (1990): “La coutume en pays de droit écrit”, *Recueils de la Société Jean Bodin*, 52, pp. 233-250.
- RODRÍGUEZ, J. (1981): *Los fueros del reino de León (= FRL)*, Madrid.
- ROUMY, F. (2001): “*Lex consuetudinaria, Jus consuetudinarium*. Recherche sur la naissance du concept de droit coutumier aux XI^e et XII^e siècles”, *Revue Historique des Droit Française et Étranger*, 79, pp. 257-291.
- SASSIER, I. (2004): *Structures du pouvoir royauté et Res Publica (Frances IX^e-XII^e siècles)*, Ruán.
- TAMANAH, B. (1993): “The folly of the social scientific of Legal Pluralism”, en *Journal of Law and Society*, 20, 2, 1993, pp. 192-217.
- TAU ANZOÁTEGUI, V. (2001): *El poder de la costumbre. Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación*, Buenos Aires.
- THOMAS, Y. (1999): *Los artificios de las instituciones. Estudios de derecho romano*, Buenos Aires.

- TOMÁS Y VALIENTE, F. (1978): “La historiografía jurídica en la Europa Continental (1900-1975)”, *Historia, Instituciones, Documentos*, 5, pp. 431-467.
- VON SAVIGNY, F. (1970): *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, Madrid.

EL NACIMIENTO DE LA NOCIÓN CANÓNICA DE *CONSANGUINITAS* Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO CIVIL

FRANCK ROUMY

(Université Panthéon-Assas – Paris II)

El historiador que intenta evaluar la manera en la que el derecho medieval aprehende la idea de herencia “natural” o “biológica” choca de entrada con una importante dificultad material. En efecto, si el concepto de *hereditas* o de *herencia* bien constituye una noción jurídica, ésta ha seguido siendo, a los ojos de los juristas, durante toda la Edad Media e incluso hasta la Edad Moderna, totalmente extraña a la idea contemporánea de herencia natural o biológica. Una situación tal se explica por el hecho de que en el derecho romano clásico y postclásico, el término *hereditas* reenviaba exclusivamente al contenido de la sucesión dejada por un difunto, o incluso al derecho de suceder a este último¹. Como explicaba a mediados del s. II de nuestra era el jurisconsulto Salvio Juliano, la herencia no era otra cosa que la sucesión al conjunto de derechos que poseía el difunto². Esta definición fue retomada a principios del s. XII por los primeros glosadores del derecho romano y seguirá siendo, hasta el fin de la Edad Media, el único sentido oficialmente reconocido para la palabra *hereditas* por el conjunto de los juristas. La más antigua suma sobre las Institutas de Justiniano, compuesta en Provenza hacia 1130 en la órbita de la orden de San Rufo, explicaba de esta manera que “la herencia es la sucesión al conjunto de los bienes del difunto, correspondiera ella por testamento o por toda otra vía de derecho”³. Definiciones del mismo género se repiten hasta el infinito entre los civilistas medievales, que no agregan otros detalles más que algunas aclaraciones pertinentes precisamente para subrayar la acepción

1 Conf. SECKEL (1907: 235-36), s. v. *Hereditas*, y la presentación sintética de GAUDEMET (1998: 85-90) y de KASER (1971: 673-674).

2 Juliano, *Lib. 6 Digestorum* (D. 50,17,62): “*Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit*”. Sobre la obra de Juliano, conocido por su codificación del Edicto del pretorio, conf. KUNKEL (1967: 157-166).

3 *Summa Justiniani est in hoc opere*, II, 12, P. Legendre (ed.), Frankfurt-am-Main, 1974 [*Ius commune*, Sonderhefte, 2], 62: “*Hereditas est in bonis defuncti per universitatem successio testamento vel alio jure delata*”. Sobre la elaboración de la obra, conf. GOURON (1976).

restringida cubierta, en la lengua del derecho, por el vocablo *hereditas*⁴. Bartolo (... 1357), el más grande comentador italiano del s. XIV, a quien no ha dejado de referirse cantidad de juristas occidentales hasta el s. XVIII, observa así al pasar en uno de sus comentarios sobre un fragmento del Digesto relativo a las sucesiones:

Me pregunto entonces, en relación a lo que precede: ¿qué es la herencia? Respondo que ella no es nada más que la sucesión a la totalidad del derecho que poseía el difunto, lo que tú debes entender de esta sucesión que se abre inmediatamente después del deceso del individuo. Este patrimonio representa en efecto la persona del difunto y toma su lugar y esta sucesión es llamada herencia⁵.

En momento alguno los juristas medievales parecen haber dado un contenido más extenso al término *herencia*, el cual sigue siendo a sus ojos una palabra estrictamente técnica⁶. De manera más general, conviene por lo demás observar que la ciencia jurídica medieval, en el momento en que aborda las cuestiones relativas al derecho de las sucesiones, no se plantea la idea de

4 Así, por ejemplo, en los apéndices a las *Exceptiones Petri*, un compendio de derecho civil igualmente elaborado en el Midi a mediados del s. XII: *Petri exceptionum legum Romanorum Appendices*, I, 68, H. Fitting (ed.), *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, Halle, 1876 (reimp. Aalen, 1965, 162): “*Quid hereditas. Hereditas est quod morte alicujus pervenit ad quempiam jure, nec ea aut legata testamento aut possessione relicta*”; o también en el vocabulario jurídico del gramático Aubert de Béziers, redactado poco después de 1156: *Libellus de verbis legalibus*, 30, Fitting (ed.), 192-93: “*Hereditas enim est successio in universum jus quod defunctus tempore mortis sue habuit. Dicitur et hereditas pecunia que morte alicujus pervenit ad quempiam jure nec ea legata testamento aut possessione retenta*”. Sobre estas dos obras, conf. GOURON (2004) y (1994).

5 Bartolo, *Com. ad D. 37, I, 3, Bona*, n° 3, *Commentaria*, IV, Venecia, 1526 (reimp. anast. Roma, 1998, fol. 184^{va}): “*Quero ergo pro predictorum declaratione quid est hereditas? Respondeo nihil aliud est quam successio in universum jus quod defunctus habuit; istud intellige de quadam successione quam facit jus statim homine mortuo. Ipsum enim patrimonium representat personam defuncti et in ejus locum succedit [...], et ista successio vocatur hereditas*”.

6 A título de balance, nos podemos referir a las cuestiones enumeradas en el principal vocabulario jurídico de fines de la Edad Media, el de Johannes Bertachinus, *Repertorium juris utriusque*, Lyon, 1499, s. v. *Hereditas*, II, fol. 77-85, o también a la definición del más grande canonista del s. XVII (... 1703), cuya obra enciclopédica fue ampliamente empleada hasta la codificación de 1917: Anacletus Reiffenstuel, *Jus canonicum universum*, III, 26, 13, n° 394 (París, 1864-1870, IV, 1867, 469), que no agrega nada a lo que escribían sus predecesores.

una herencia “natural” o “biológica”. Así, lo que los juristas consideran como el orden natural de los sucesibles no existe más que a través de las reglas fijadas por el derecho e independientemente de toda consideración ligada a la realidad natural o biológica. Sin embargo, la idea de la existencia de un lazo de tipo biológico entre individuos unidos por el parentesco no está totalmente ausente del pensamiento jurídico medieval; pero ella se manifiesta en un contexto muy distinto al del derecho sucesorio.

Es en efecto cuando tratan los impedimentos matrimoniales que los canonistas y los civilistas medievales abordan el parentesco en su dimensión “natural”. Esta actitud se explica por supuesto por la concepción teológica y canónica del matrimonio, considerado como realización de una *unitas carnis*⁷. Investigando quién podía realizar ésta, los juristas fueron conducidos a determinar la naturaleza y el alcance de los lazos de parentesco susceptibles de constituir impedimentos matrimoniales. Las prohibiciones de parentesco, sin embargo, han variado considerablemente en el curso de la larga historia del derecho canónico medieval. Durante un primer período que se extiende hasta principios del s. VIII, los canonistas se atuvieron, en lo esencial, a las reglas planteadas por el derecho romano tardío. Éstas no prohibían contraer matrimonio sino hasta el cuarto grado de parentesco, dicho de otro modo, entre primos hermanos. A partir del s. VIII, la prohibición se extiende al contrario de manera considerable, alcanzando lo que hoy se llamaría el decimo-cuarto grado civil, es decir, individuos parientes en la séptima generación⁸. A principios del s. XIII, finalmente, la prohibición fue reducida al octavo grado por el IV Concilio de Letrán, es decir a la cuarta generación, lo que con todo constituía una prohibición de contraer matrimonio de una extensión dos veces mayor a lo que había sido en el derecho romano⁹.

El fenómeno de la extensión de las prohibiciones de parentesco, que se interpreta generalmente como una tentativa de control social del matrimonio

7 Respecto de este tema, ver la obra clásica de GAUDEMET (1987) y, sobre las raíces teológicas de la idea, GILBERT (1978: 66-89).

8 Sobre esta extensión, conf. WEIGAND (1994), y sobre las maneras romanas y luego canónicas de contar el parentesco, ver los textos traducidos y comentados por A. Schütz, M. Smith y Y. Thomas en la obra dirigida por LEGENDRE (1988).

9 La historia general de las prohibiciones de parentesco es reconstituida de manera clara y concisa en la mayor parte de las obras consagradas al derecho canónico del matrimonio. Además del libro de Gaudemet, se consultará siempre con provecho las obras más antiguas de FREISEN (1893) y ESMEIN (1929-1935).

por las autoridades eclesiásticas¹⁰, ha suscitado debates y una literatura considerable. Cualesquiera que hayan sido las causas, produjo en todo caso intensas reflexiones entre los canonistas medievales, regularmente renovadas por las fluctuaciones del alcance de las prohibiciones matrimoniales, llevándolos a interrogarse sobre qué era el parentesco y los diferentes aspectos que éste podía revestir. Para describirlo, recurrieron naturalmente al vocabulario jurídico romano, el cual distinguía dos tipos de parentesco: la agnación, que representaba un parentesco civil, estrechamente ligado al orden político de la ciudad, y la cognación, tardíamente provista de efectos por el derecho pretoriano, que no era otra cosa que el parentesco natural¹¹. Muy a menudo los canonistas medievales emplearon el término *cognatio* para designar el parentesco generador de impedimentos matrimoniales. Pero utilizaron también muy tempranamente el vocablo *consanguinitas* para designar el parentesco natural, entendido en un sentido amplio. A partir de la segunda mitad del s. XII, este último término fue incluso elegido de manera preferencial en materia de prohibiciones matrimoniales.

El empleo de este vocabulario se explica al menos por dos razones. En primer lugar, el vocablo *consanguinitas* reenvía a una concepción más horizontal que vertical del parentesco, puesto que se aplica prioritariamente entre colaterales, los cuales son, en la práctica, los primeros concernidos por las prohibiciones matrimoniales. Luego –y quizá sobre todo–, se trata de un término gráfico, que parecía llevar en sí la marca de un parentesco específico, el de la sangre. Ahora bien, conviene señalar que los juristas medievales, fuesen canonistas o civilistas, veían ante todo en el lazo de parentesco una comunidad de sangre¹². A título de ejemplo, podemos referirnos a la definición muy tardía dada por el humanista François Hotman (1524-1590) quien, en el s. XVI, hace el balance de lo que han escrito sus predecesores. “La cognación natural, escribe, es la comunión de sangre que tienen entre sí aquellos que son originarios del mismo linaje, como se esparcen los ríos que vienen de la misma fuente”¹³. Esta imagen de los cursos de agua que provienen de una fuente única, que figuran la sangre que circula entre los parientes, parece ha-

10 Este análisis prevalece desde los trabajos de DAUDET (1933) y (1941). Ver sin embargo el cuadro más matizado que ofrece el reciente estudio de CORBET (2001).

11 Sobre la distinción entre estos dos parentescos, conf. HANARD (1980).

12 Así como lo había presentado el artículo fundador de CHAMPEAUX (1933: 241-290).

13 François Hotman, *Novus commentarius de verbis juris*, s. v. Cognatio, Basilea, 1563, 81: “Naturalis cognatio est communio sanguinis quam habent ii inter se qui ex eodem progeniore orti, quasi rivuli ex eodem fonte deducti dimanarunt”.

ber sido utilizada desde mucho antes por los juristas. Se la encuentra ya en los años 1130 en la más antigua suma a las Institutas de Justiniano, ya evocada:

El recuento de los grados de parentesco colateral se hace a la imagen de una fuente, de la cual proceden dos ríos. A saber, que si dos ríos proceden de una misma fuente y alguien, navegando en uno, se apresura para ir al otro, no puede de manera alguna lograrlo de manera transversal, a menos que remonte por uno de ellos hasta el origen, es decir, hasta la fuente de la cual proceden uno y otro. De la misma manera, si un agnado o un cognado desea atravesar hasta uno de sus parientes, le es necesario remontar hasta la persona de donde procede el parentesco¹⁴.

El parentesco entonces era, por así decirlo, visto por los juristas como un flujo que acarrea la misma sangre entre diferentes individuos¹⁵. Una visión tal explica sin duda alguna la marcada preferencia de los canonistas por el empleo del término *consanguinei* para designar a los parientes entre los cuales el matrimonio estaba prohibido o también la utilización del vocablo *consanguinitas* para calificar el lazo que unía estos parientes entre sí. La elección de estos calificativos, sin embargo, no tenía en el origen nada de evidente. En efecto, los términos *consanguinitas* y *consanguinei*, insistimos de nuevo, han sido tomados por los canonistas medievales del vocabulario jurídico romano. En el derecho romano, sin embargo, estos dos vocablos no se referían nunca a impedimentos matrimoniales. Más aún, de manera paradójica y a pesar de las apariencias, los términos en cuestión no fueron jamás utilizados –salvo

14 *Summa Justiniani est in hoc opere*, III, 3, Legendre (ed.), 87: “Set computatio graduum lateralis cognationis fit ad similitudinem fontis a quo diversi rivuli procedunt. Verbi gratia si duo rivuli ab uno fonte procedunt et aliquis navigando per unum ad alterum festinat venire, nunquam ex transverso venire poterit nisi ascendat per unum usque ad originem, idest usque ad fontem a quo uterque procedit. Similiter si agnatus vel cognatus ad suum proximum transmeare cupit, oportet ut ascendat usque ad eam personam a qua procedit cognatio”. La decoración de los árboles de consanguinidad en los manuscritos jurídicos medievales está, sin embargo, compuesta generalmente por elementos vegetales, arquitectónicos o antropomórficos que se encuentran ya en los esquemas romanos de parentesco; al parecer, el elemento acuático no aparece, a través de la figuración de fuentes, sino en los tratados del s. XV como la obra de Carolus de Gonda, conf. SCHADT (1982: 335-36) y en particular, pp. 161-162.

15 Esta concepción se hereda de los jurisconsultos romanos de la época clásica, conf. KLAPISCH-ZUBER (2000: 26-28); de allí el empleo del color rojo, expresamente preconizado por Juan de Andrea (... 1348) para figurar los lazos que unen al ancestro común con sus descendientes. Conf. KLAPISCH-ZUBER (2003: 44-45).

de manera tardía y muy marginal— por los juristas romanos para designar el parentesco natural¹⁶. *Consanguinitas* designaba al contrario el parentesco civil, la agnación, y esto exclusivamente en un contexto sucesorio, mientras que *consanguineus* reenviaba por su lado a una categoría bien determinada de sucesibles en el sistema del derecho civil romano¹⁷.

Los *consanguinei* constituían en efecto un grupo de herederos ubicados entre aquellos que el derecho romano clásico llamaba los herederos suyos (*heredes sui*), a saber los descendientes directos por los varones, y los agnados (*agnati*), es decir los primos paternos. La categoría de *consanguinei* reenviaba entonces a aquellos que el derecho francés contemporáneo llama los colaterales privilegiados, es decir, los hermanos y hermanas, así como a sus descendientes, y de manera más restringida a aquellos hoy llamados hermanos y hermanas “consanguíneos” en tanto nacidos del mismo padre, y su descendencia en línea masculina. El lazo romano de consanguinidad no era por consiguiente otra cosa que el lazo de agnación pero entre parientes muy próximos, más especialmente entre aquellos que habían estado ubicados, o podrían haberlo estado, en cierto momento, bajo la misma potestad paterna. Resulta de esta situación que, paradójicamente, un hijo natural no podía, en Roma, tener consanguíneos. En efecto, como lo explica a principios del s. III el jurista Ulpiano:

Si el bastardo muere intestado, su herencia no corresponde a nadie por derecho de consanguinidad o de agnación, porque tanto los derechos de consanguinidad como los de agnación provienen del padre. En razón de la proximidad, sin embargo, su madre o su hermano nacido de la misma madre pueden reclamar la posesión de sus bienes, conforme al edicto del pretor¹⁸.

Para los jurisconsultos romanos de la época clásica, los individuos que calificaríamos hoy de parientes “por la sangre” no eran entonces en absoluto consanguíneos, sino solamente próximos (*propinqui*). Inversamente, un hijo adoptivo podía resultar ser el *consanguineus* de aquellos que habían estado ubicados bajo la misma potestad paterna que él. Como afirmaba Prócuro en el s. I:

16 Conf. LEONHARD (1900: 889-891).

17 Ver en especial SECKEL (1907: 94-95).

18 Ulpiano, *Lib. 6 Regularum* (D. 38,8,4): “Si spurius intestato decesserit, iure consanguinitatis aut agnationis hereditas eius ad nullum pertinet, quia consanguinitatis idemque agnationis iura a patre oriuntur: proximitatis autem nomine mater eius aut frater eadem matre natus bonorum possessionem eius ex edicto petere potest”.

Si un individuo tiene un nieto nacido de uno de sus hijos y ha adoptado otro, no creo que a la muerte del abuelo hubiera derechos de consanguinidad entre los nietos. En cambio, si él lo adoptó para que, conforme a la disposición de la ley, fuera su nieto como si hubiese nacido, por ejemplo, de su hijo Lucio y de la esposa legítima de éste, pienso lo contrario¹⁹.

La situación del nieto adoptado “como nacido de un hijo”, que le permitía reivindicar frente a otros nietos los derechos de consanguinidad, hace relucir la verdadera naturaleza de un lazo de parentesco desprovisto de todo sustrato “natural” y que reposa, a la inversa, enteramente sobre una construcción jurídica. A pesar de su gráfico nombre, la *consanguinitas* no reenviaba entonces en absoluto, en el derecho romano, a realidad biológica alguna. La constatación de esta situación llevaba por otra parte a Ulpiano a volver sobre la etimología tradicionalmente dada al vocablo, recordando el alcance exacto de las palabras de Casio Longino, ilustre jurisconsulto de mediados del s. I, quien fue uno de los líderes de la escuela sabiniana y parece haber sido uno de los primeros en presentar una definición del término *consanguineus*:

Después de los herederos suyos, son en seguida llamados a la sucesión los consanguíneos. Casio definió sin embargo a los consanguíneos como aquellos que están ligados entre sí por la sangre. Y es cierto que aquellos son consanguíneos aun cuando no aparezcan más como herederos suyos del padre, como por ejemplo aquellos que son desheredados; e igualmente, si el padre de éstos ha sido deportado, no son menos consanguíneos entre sí aunque ya no aparecen más como herederos suyos del padre; y aquellos que no hubieran nunca estado bajo la potestad paterna podrán ser también consanguíneos, como por ejemplo aquellos que nacieron después del cautiverio del padre o después de su muerte. No solamente los hijos naturales sino también los hijos adoptivos tendrán los derechos de consanguinidad con aquellos que están dentro de la *familia*, así como aquellos ya concebidos o aquellos que nacieron después de la muerte del padre²⁰.

19 Próculo, *Lib. 8 epist.* (D. 1,7,44): “Si is, qui nepotem ex filio habet, in nepotis loco aliquem adoptavit, non puto mortuo avo iura consanguinitatis inter nepotes futura esse. Sed si sic adoptavit, ut etiam iure legis nepos suus esset, quasi ex Lucio puta filio suo et ex matre familias eius natus esset, contra puto”.

20 Ulpiano, *Lib. 6 ad Sabinum* (D. 38,16,1,9-11): “9. Post suos statim consanguinei vocantur. 10. Consanguineos autem Cassius definit eos qui sanguine inter se conexi sunt. Et est verum eos esse consanguineos, etiamsi sui heredes non extiterunt patri, ut puta exheredatos: sed et si pater eorum deportatus fuerit, nihilo minus eos inter se esse consanguineos, licet patri sui heredes non extitissent: et qui nunquam in potestate fuerunt, erunt sibi consanguinei, ut puta qui post captivitatem patris nascuntur vel post mortem. 11. Non solum autem naturales, verum etiam adoptivi quoque iura consanguinitatis habebunt cum his qui sunt in familia vel in utero vel post mortem patris nati”. Sobre Casio, ver KUNKEL (1967: 130-131).

Esta puesta a punto lleva no obstante a interrogarse sobre las razones que condujeron a los juristas romanos a elegir el término *consanguineus* para designar a los parientes más próximos entre sí en el orden del parentesco civil, y no más bien a aquellos solo ligados por un parentesco natural, que precisamente reposa solo sobre un lazo de sangre. La primera es seguramente la consideración exclusiva, en el origen, del parentesco civil por el antiguo derecho romano. La segunda parece ser el deseo de recordar el carácter estrictamente masculino de esta agnación. Parece en efecto que los individuos que, como escribía Casio, estaban unidos entre sí por la sangre no podían ser, a los ojos de los jurisconsultos romanos, más que aquellos ligados unos a otros por los varones. Tal concepción era todavía vehiculizada en el s. VII por Isidoro de Sevilla, en el célebre pasaje de sus *Etimologías* donde el enciclopedista define lo que son la agnación, la cognación y la consanguinidad:

Son llamados consanguíneos aquellos que son nacidos de una misma sangre, es decir, de la misma semilla paterna. En efecto, la simiente del hombre es una espuma de sangre, a imagen del agua que, al chocar contra las rocas, produce una espuma blanca o como el vino tinto que, cuando se lo agita en una copa, da una espuma blanca²¹.

En el derecho romano-canónico medieval, sin embargo, los consanguíneos ya no son solo parientes paternos o una categoría de sucesibles, sino que pasan a ser todos los individuos ligados por un grado de parentesco que les prohíba el matrimonio. El momento exacto en el que sobrevino este deslizamiento semántico y las razones que lo han guiado quedan, no obstante, por determinar. Conviene igualmente preguntarse cuándo y cómo esta evolución terminológica, que se produjo originariamente en el derecho canónico del matrimonio, terminó por contaminar otras ramas del derecho.

El desarrollo del concepto canónico de consanguinitas

En lo que concierne en primer lugar al origen de la noción canónica de consanguinidad, se debe notar que, ya a fines de la Antigüedad, el término jurídico *consanguineus* había conocido, de manera puntual, un cierto bastardeo

21 Isidoro de Sevilla, *Etymologiae*, IX, 6, *De agnatis et cognatis*, 4, W. M. Lindsay (ed.), I, Oxford, 1911, 379: “Consanguinei vocati, eo quod ex uno sanguine, id est ex uno patris semine nati sunt. Nam semen viri spuma est sanguinis ad instar aquae in scopulos conlisae, quae spumam candidam facit, vel sicut vinum nigrum, quod in calice agitatum spumam albam reddit”.

en la lengua hablada, cuando no en la del derecho. Esta evolución se transparentaba en la legislación emitida por los últimos emperadores romanos. En una constitución promulgada conjuntamente en 369 por Valentiniano I de Occidente y su hermano Valente de Oriente, posteriormente insertada en el Código de Teodosio, el término *consanguineus*, empleado bajo forma de adjetivo, viene así a designar a los parientes naturales, por oposición a los parientes por adopción. El texto dispone en efecto que “no solamente el hijo consanguíneo, sino también aquel que ha sido adquirido por la adopción, si no ha sufrido disminución de *caput* –dicho de otro modo, pérdida total o parcial de la personalidad jurídica–, excluye a la madre [de la sucesión]”²². Latín de rétor, seguramente, más que de jurista: los redactores no buscaban aquí oponer dos categorías jurídicas de hijo, sino a la inversa enumerar lo más exhaustivamente posible los diferentes individuos que entran en la misma categoría. La interpretación de la constitución dada por los juristas de Galia a fines del s. V, expresión de lo que se ha dado en llamar el “derecho vulgar”, muestra que aquellos, en todo caso, no se equivocaban conservando la acepción restringida cubierta por el término en el derecho clásico:

Si un individuo murió y quedan la madre y el hermano consanguíneo, es decir, nacido del mismo padre o incluso adoptado, dicho de otro modo afiliado por registro ante la curia y que debe ser tenido por consanguíneo-, el hermano consanguíneo o el adoptado excluyen totalmente a la madre de la sucesión del hermano difunto²³.

No obstante, aunque para los intérpretes el *consanguineus* no era en realidad más que el hijo nacido del mismo padre, la fórmula empleada que distingue de éste al hijo adoptivo que “debe ser tenido por consanguíneo” podía dejar creer que este último no lo era propiamente hablando. No encontramos, sin embargo, apenas otro testimonio de un deslizamiento de sentido tal y, a mediados del s. VI, el vocabulario empleado en las compilaciones de Jus-

22 *C. Th.*, 5, 1, 2 (Valentiniano y Valente, 369): “Quia non solum filius consanguineus, sed etiam per adoptionem quaesitus, nulla capitis deminutione intercedente eius, matrem excludit...”.

23 *Int. ad C. Th.*, 5, 1, 2: “Si moriatur quis et relinquat matrem et fratrem consanguineum, id est uno patre natum, vel etiam adoptivum, id est gestis ante curiam adfiliatum, qui consanguinei loco habendus est, consanguineus frater vel adoptivus matrem in totum a successione mortui fratris excludunt”. Sobre la redacción de las *intepretationes* del Código Teodosiano y el problema del derecho vulgar, ver en especial GAUDEMET (1979: 102-105 y 128-141).

tiniano testimonia a la inversa sobre este punto una remarcable constancia respecto de la terminología del derecho clásico²⁴.

La significación tradicional de parentesco civil o de parentesco por la sangre, que domina toda la historia antigua del derecho romano, habría debido prevalecer entonces muy naturalmente tanto entre los civilistas como entre los canonistas de la segunda etapa del Medioevo. Ahora bien, como se ha ya señalado, ello no ocurrió y los términos *consanguinei* y *consanguinitas*, a partir del s. XII y hasta el final de la Edad Media, designan al conjunto de parientes entre los cuales el matrimonio está prohibido. Esta ampliación de sentido de los dos vocablos parece haber sido, al principio, la consecuencia de una contaminación de la lengua corriente sobre el vocabulario jurídico. De esta manera, el término *consanguinei*, que no aparece sino tres veces en la Vulgata, es empleado allí dos veces con el sentido general de parientes y una en el sentido estricto de parientes a través de los varones²⁵.

Tratándose, sin embargo, de fuentes canónicas, es decir de cánones de concilios y de decretales de los papas, no encontramos al parecer ejemplo alguno anterior al s. VIII del empleo de uno de los dos términos en un sentido más amplio que el derecho romano. Ciertos textos, no obstante, apoyan las prohibiciones matrimoniales que ellos erigen sobre un pasaje del Levítico que prohibía desposar a su pariente calificándola de *propinqua sanguinis*²⁶. Es el caso, por ejemplo, del canon 5 del II Concilio de Toledo que prohibía desposar toda pariente o afín²⁷. Esta prohibición de desposar a la *propinqua sanguinis* fue seguramente una de las fuentes principales de la noción canónica de *consanguinitas*. Pero el empleo de este término no se generaliza sino en el curso de los siglos VIII y IX en materia de impedimentos matrimoniales.

24 Ver, por ejemplo, C. 1,3,53 (Justiniano, 533); C. 5,30,3 (León I, 472); C. 6,58,14,2 y 6 (Justiniano, 531); C. 6,58,15,2 (Justiniano, 534).

25 Lv 21, 2: “[...] in consanguineis, ac propinquis, id est, super matre et patre, et filio, et filia, fratre quoque, et sorore [...]” y Lv 25, 49: “[...] et patruus, et patruelis, et consanguineus, et affinis [...]”. En cambio, Ruth 2, 1: “Erat autem viro Elimelech consanguineus, homo potens, et magnarum opum, nomine Booz”.

26 Lv 18, 6: “Omnis homo ad proximam sanguinis sui non accedet, ut revelet turpitudinem ejus”.

27 Concilio de Toledo II (527-531), c. 5, cit. G. Martínez Díez y R. Rodríguez (eds.), *La colección canónica Hispana*, IV, Madrid, 1984 [Monumenta Hispaniae Sacra, ser. can., 4], 352-353: “Ne quis fidelium propinquam sanguinis sui usque quo affinitatis lineamenta generis successione cognoscit, in matrimonio sibi desideret copulari, quoniam scriptum est: omnis homo ad proximam sanguinis sui non accedat, ut revelet turpitudinem ejus [...]”.

La investigación acerca de la adopción de esta nueva terminología se apoya aquí sobre el Decreto de Graciano. A falta de exhaustividad –lo que no permite el estudio de vocablos tan expandidos como *consanguinitas* y *consanguinei*–, el muestreo reunido no es por eso menos representativo de la literatura canónica del primer milenio, cuyo balance Graciano entiende hacer, pero también de los principales textos sobre los cuales se construyó el derecho canónico de la época clásica (s. XII-XIV), del cual el Decreto constituyó la base primera.

Si se considera, a partir de la edición que dio Emil Friedberg, la vulgata del Decreto, tal como entra en circulación a fines de los años 1140²⁸, el término *consanguineus* aparece allí 67 veces, y el término *consanguinitas* 73 veces, en un conjunto de 71 fragmentos diferentes. En 38 casos, los pasajes son atribuidos a Graciano mismo, se trate de los resúmenes que encabezan los cánones o de los famosos *dicta*, breves comentarios que acompañan un cierto número de éstos²⁹. En todas las otras hipótesis, los dos vocablos figuran en diferentes textos que son presentados en el Decreto como cartas pontificias en una aplastante mayoría de los casos (25), de las cuales muchas son falsas³⁰, y en

28 La historia de la composición del Decreto de Graciano, extremadamente compleja, fue objeto de numerosos estudios recientes, desde la puesta al día de Anders Winroth en 1996, sobre las diferentes etapas de redacción del texto; vivos debates han surgido de los trabajos de este último y de aquellos de Carlos Larrainzar. Para un balance de la bibliografía reciente sobre la cuestión, conf. BOIRON, DESCAMPS Y ROUMY (2003: 423-426). La investigación lexicográfica en la edición de E. Friedberg (Leipzig, 1879) fue llevada a cabo a partir de REUTER Y SILAGY (1990).

29 *Consanguinitas*: C. 27, q. 2, c. 14 (rub.); C. 32, q. 7, d.p.c. 18; C. 35, d. a. q. 1 y d.p.c. 1. *Consanguineus*: D. 34, c. 1 (rub.); C. 1, q. 4, c. 5 (rub.); C. 22, q. 4, d.p.c. 21 y d.p.c. 23; C. 26, q. 2, d.p.c. 1; C. 28, q. 1, d.p.c. 14; C. 35, d.a.q. 1, d.a.c. 1, c. 1 (rub.) y d.p.c. 1; C. 35, q. 2-3, d.a.c. 1, c. 2 (rub.), c. 10 (rub.), c. 12 (rub.), c. 13 (rub.), c. 14 (rub.), d.p.c. 19, d.p.c. 21, d.p.c. 22; C. 35, q. 5, d.a.c. 1, c. 3 (rub.), d.p.c. 6; C. 35, q. 6, d.a.c. 1, c. 1 (rub.), d.p.c. 4, c. 8 (rub.), d.p.c. 9, c. 10 (rub.); C. 35, q. 8, d.a.c. 1, d.p.c. 3; C. 35, q. 9, d.p.c. 2; C. 35, q. 10, d.a.c. 1, c. 2 (rub.); C. 36, q. 1, d.p.c. 2.

30 *Consanguinitas*: C. 27, q. 2, c. 12 [Ps.-Carta de Gregorio I (JE ... 1856^a)], c. 14 [Ps.-Carta de Gregorio I (JE ... 1954)], c. 15 [Ps.-Carta de Julio I (JK ... 199)]; C. 30, q. 3, c. 1 [Rescrito de Nicolás I (JE 2812)], c. 2 [Carta de Zacarías (JK 2306)]; C. 35, q. 2-3, c. 1 [Ps.-Carta de Gregorio I (JE ... 1977)]. *Consanguineus*: C. 1, q. 3, c. 13 [C. 16, q. 7, c. 3 = Ps.-Carta de Gregorio VII: conf. *Polycarpus*, III, 11, 5]; C. 3, q. 4, c. 4 [Ps.-Carta de Calixto I (JK ... 86)]; C. 3, q. 5, c. 1 [*id.*]; c. 12 [*id.*]; C. 33, q. 2, c. 4 [Carta de Nicolás I (JE 2872)]; C. 35, q. 2-3, c. 2 [Ps.-Carta de Calixto I (JK ... 86)], c. 3 [Ps.-Carta de Fabián (JK ... 98)], c. 4 [Ps.-Carta de Fabián (JK ... 99)], c. 7 [Ps.-Carta de Julio I (JK ... 201)], c. 10 [Ps.-Carta

algunas otras hipótesis (6) como cánones de los concilios³¹. Ninguno de estos fragmentos, en la forma en la que fue incorporado al Decreto de Graciano, es en todo caso anterior al s. VIII.

Los textos más antiguos de este conjunto son tomados de la larga serie de cánones de los concilios merovingios que han ampliamente alimentado las colecciones canónicas hasta la Reforma Gregoriana³², y de algunos concilios visigóticos, cuyos cánones han igualmente circulado mucho. Sin embargo, ninguno de éstos se encuentra aquí en su forma original, habiendo todos sufrido diversos agregados o interpolaciones, a menudo efectuados durante la gran empresa de falsificación de mediados del s. IX, que la historiografía designa bajo el término genérico de falsificaciones pseudoisidorianas³³. Un buen ejemplo es aquí provisto por un fragmento atribuido al papa Julio I (337-352) que en realidad fue fraguado a partir de un canon del III Concilio de Orleans (538) y de un extracto de una pseudo-carta de Gregorio Magno:

No permitimos a nadie, de uno u otro sexo, tomar mujer entre los parientes de su sangre o de la de su esposa hasta el séptimo grado de parentesco o bien copular bajo la mácula del incesto. Además, hemos todavía agregado esto: porque, así como tampoco está permitido a cualquier cristiano tomar cónyuge de su consanguinidad, no le está permitido hacerlo en la consanguinidad de su esposa, en razón de la unidad de la carne³⁴.

de Gregorio I (JE ... 1334)], c. 12 [Ps.-Carta de Julio I (JK ... 206)], c. 17 [Carta de Nicolás II (JE 4406)], c. 20 [Ps.-Carta de Gregorio I (JE 1843)]; C. 35, q. 5, c. 2 [Carta de Alejandro II (JE 4500)]; C. 35, q. 6, c. 1 [Ps.-Carta de Fabián (JK ... 100)], c. 3 [Carta de Urbano II (JE 5388)], c. 10 [Carta de Alejandro II (JE 4524)]; C. 35, q. 8, c. 1 [Ps.-Carta de Gregorio I (JE 1878)], c. 2 [*id.* (JE 1334a)].

31 C. 30, q. 4, c. 4 [Conc. de Trebur (895), c. 47]; C. 35, q. 2-3, c. 8 [Conc. de Agde (506), c. 61, en realidad c. 30 del Conc. de Epaone (517), incorporado a la *Hispana* a continuación de los cánones de Arlés, cuyo texto fue retrabajado en la *Hispana Gallica Augustunodensis* empleada por el Ps. Isidoro, conf. WEIGAND (1994), 3, n. 4], c. 14 [Ps.-Conc. *Maticense* Conc. de Chalon-sur-Saône (813), c. 29 = Conc. de Maguncia (847), c. 30 = Conc. de Worms (868), c. 78], c. 18 [Conc. de Worms (868), c. 8], c. 19 [Ps.-Conc. de Lyon = Benedictus Levita, *Capitularia*, II, 130], C. 35, q. 6, c. 4 [Urbano II en el Conc. de Troslé (1093), c. 1].

32 La recepción de la legislación conciliar merovingia en el Decreto ha sido analizada por LE ROY (1976).

33 Sobre las falsificaciones isidorianas, se consultará siempre la obra clásica de FURHMANN (1972-1974) y la bibliografía más reciente dada por KÉRY (1999: 100-124). Los trabajos más recientes relacionan a la abadía de Corbie con la empresa de falsificación, conf. ZECKIEL-ECKES (2002).

34 *Decretum Gratiani*, C. 35, q. 2-3, c. 7: “Nullum in utroque sexu permittimus ex propinquitate sanguinis sui vel uxoris usque in septimum generis gradum uxorem ducere,

Se observará que el término *consanguinitas*, que no aparece en absoluto en el texto original del concilio orleanés, interviene aquí precisamente cuando el autor de la falsificación buscaba extender la prohibición de parentesco hasta el séptimo grado. El límite fijado para esta muy pesada prohibición, que se impuso progresivamente en el curso de los s. VIII y IX, estaba en realidad calcado sobre el derecho sucesorio romano, cuyo séptimo grado constituía el último grado de sucesibilidad. Diseñando a partir del derecho romano los contornos del parentesco, el derecho canónico carolingio tomaba de él al mismo tiempo los términos de *consanguinitas* y de *consanguinei*.

Este paralelismo de préstamos, que los historiadores no han señalado hasta hoy, se transparenta con nitidez en un texto fabricado en la misma época que la pseudo-carta de Julio I, a fin de justificar la prohibición de consanguinidad. Esta falsa decretal, atribuida esta vez a Calixto I, fue también parcialmente incorporada al Decreto de Graciano:

Las uniones entre consanguíneos deben ser prohibidas. ¿Por qué? Porque las leyes divinas y aquellas del siglo lo prohíben. Las leyes divinas, en efecto, no solamente rechazan a aquellos que actúan de esta manera y a aquellos que descienden de ellos, sino que también los declaran malditos. Las leyes del siglo, por su lado, los califican de infames y los apartan de la sucesión. Nosotros, entonces, siguiendo a nuestros padres, los marcamos con la infamia y los consideramos infames, puesto que están cubiertos de marcas de infamia; y no debemos aceptar a tales hombres, ni las incriminaciones que las leyes del siglo rechazan. Llamamos por otra parte consanguíneos a aquellos que las leyes divinas y aquellas de los emperadores romanos o griegos llaman consanguíneos y que admiten para la sucesión sin poder apartarlos³⁵.

vel incesti macula copulari. Praeterea illud quoque adjecimus, quia, sicut non licet cuiquam Christiano de sua consanguinitate, sic etiam nec licet de consanguinitate uxoris suae conjugem ducere propter carnis unitatem”. Atribuido a Julio I (327-342) [JK ... 201], el texto fue fabricado a partir del canon 11 (10) del III Concilio de Orleans (538), para la primera parte, hasta *incesti macula copulari*, conf. GAUDEMET Y BASDEVANT (1989: 238-240), y, para lo que sigue, a partir de una pseudocarta de Gregorio Magno igualmente incorporada en el Decreto (C. 27, q. 2, c. 12), ella misma elaborada a partir de dos cánones (10 y 11) del Concilio de Roma (721) que fue uno de los primeros en Occidente en reprimir ampliamente el incesto. La primera parte del texto, que aparecía ya bajo esta forma en el Decreto de Burcardo de Worms (VII, 14, Colonia 1548, reimp. Aalen 1992, fol. 108v. ; PL 140, 782B) fue seguramente tomado por Graciano de Ivo de Chartres, *Panormia*, VII, 80 (M. Brett y B. Brasington eds., <http://wtfaculty.wtamu.edu/~bbrasington/panormia.html>, Lib. VII, p. 50); el final del texto fue agregado en la edición *princeps* de la *Panormia* de Sebastián Brant (1499) que lo tomó del Decreto de Graciano y fue incorporado luego a la PL, 161, 1301B.

35 *Decretum Gratiani*, C. 35, q. 2-3, c. 2: “Conjunctiones consanguineorum fieri

La ley secular evocada aquí de manera alusiva no era otra que la Novela 12 de Justiniano (de la cual los canonistas carolingios tenían conocimiento a través de su resumen latino contenido en el Epítome de Juliano), que privaba de sucesión a los incestuosos³⁶. El autor de la falsa decretal descarta sin embargo la sanción de la constitución bizantina, explicando que los canonistas usaban aquí el término *consanguineus* de manera opuesta a los juristas romanos, que lo utilizaban para designar a los parientes admitidos en la sucesión. La mención explícita del origen del vocablo en este pasaje del Decreto de Graciano, que hasta ahora ha pasado desapercibida, tenía sin duda gran importancia para los canonistas del Medioevo, en la medida en que el uso de tal vocabulario no era evidente por sí mismo sino que señalaba, al contrario, una elección deliberada.

Esta elección se operó en el momento mismo en que la jurisdicción eclesiástica, en expansión, se extendía poco a poco a las cuestiones matrimoniales³⁷. La afirmación progresiva en la materia de una competencia eclesiástica al principio concurrente con la de las autoridades seculares, exclusiva luego a partir del s. X, terminaría conduciendo a los canonistas a construir un nuevo sistema de parentesco, fundado desde entonces ya no más en el derecho sucesorio, como había sido en Roma, sino en el matrimonio. Éste reposaría ante todo en un lazo carnal que, después de haber unido entre sí a los esposos, los ataría a sus descendientes, considerados desde ese momento como una porción suya. La primera gran definición de la noción canónica de *consanguinitas*, presentada en los años 1160 por Rufino de Bolonia, uno de los primeros comentadores del Decreto de Graciano, traduce bien esta evolución:

La consanguinidad es entonces un lazo entre diferentes personas que descienden de un mismo tronco, que se contrae por la prolongación de la carne. Se habla por consiguiente de diferentes personas, porque la consanguinidad no puede existir si no es entre muchas

prohibentur. Quare? quia has et divinae saeculique prohibent leges. Leges ergo divinae hec agentes, et eos, qui ex eis prodeunt, non solum eiciunt, sed etiam maledictos appellant. Leges ergo saeculi infames tales vocant, et ab hereditate repellunt. Nos vero sequentes patres nostros infamia eos notamus, et infames esse censemus, quia infamiae maculis sunt aspersi, nec eos viros, nec accusationes, quas leges seculi reiciunt, suscipere debemus. Eos autem consanguineos dicimus, quos divinae, et imperatorum, ac Romanorum, atque Graecorum leges consanguineos appellant, et in hereditate suscipiunt, nec repellere possunt³⁷ JK ... 86, Ps. Isidoro Mercator, *Decretales*, n° 16 (P. Hinschius ed., Leipzig, 1863, 140).

³⁶ *Epitome Juliani*, 32, 1-2 (110-111), G. Hänel ed., Leipzig, 1873, 52-3.

³⁷ Sobre este punto, ver en especial los estudios de DAUDET (1933) y (1941).

personas, de manera que se dice “consanguinidad”, por decir que muchos son de una misma “sanguinidad”, es decir de una misma sangre. Se agregó “de un mismo tronco”, a fin de que los afines sean apartados, porque si bien hay un lazo entre ellos, la consanguinidad no nace de éste, por cuanto no descienden del mismo tronco. Si sin embargo objetas que estos descienden de un mismo tronco, porque descienden de Adán o de Noé, decimos que el tronco evocado aquí es aquel del cual las ramas que descienden de él no se extienden más allá del séptimo grado. Decimos que se contrae por la prolongación de la carne, a fin de apartar el lazo espiritual que existe entre los padrinos y sus ahijados³⁸.

Esta definición fue luego retomada incansablemente, no solamente por los canonistas posteriores sino también por ciertos teólogos³⁹. La “prolongación de la carne” evocada por Rufino transparenta probablemente la influencia de las teorías de la Escuela de Anselmo de Laon acerca de la transmisión del pecado original por la generación humana, según las cuales el acto de procreación conlleva el desprendimiento de un trozo de carne, que vendría al

38 Rufino de Bolonia, *Summa ad C.* 35, q. 2-3, *Quia ergo*, H. Singer ed., Paderborn, 1902, reimp. Aalen, 1963, 510: “Est ergo consanguinitas diversarum personarum vinculum ab eodem stipite descendentium, carnali propagatione contractum. Diversarum personarum ideo dictum est, quia consanguinitas non nisi inter diversas, hoc est plures personas esse potest: unde dicitur consanguinitas, quasi plurium simul sanguinitas, hoc est idem sanguis.’Ab eodem stipite’ subjunctum est, ut removeantur affines, inter quos quamvis sit vinculum, non tamen est ex eo consanguinitas, quia non ab eodem stipite descendunt. Si autem obicias eos ab eodem stipite descendisse, quia ab Adam vel Noe, dicimus stipitem hic appellari [illum,] in cuius lumbis idem fuerunt nec septimum gradum ab eo descendentes excesserunt. Carnali propagatione contractum dicimus, ut removeatur vinculum spirituale, quod est inter compadres et eorum filios”.

39 Para los canonistas: Esteban de Tournai, *Summa ad C.* 35 (J. F. von Schulte ed., Giessen, 1891, 247); *Summa Magister Gratianus es in hoc opere seu Parisiensis eod. loc.* (T. P. McLaughlin ed., Toronto, 1952, 256); *Summa Elegantius in jure divino seu Coloniensis*, XV, 28 (G. Fransen y S. Kuttner eds., Ciudad del Vaticano, 1990 [Monumenta Iuris Canonici, A/I], III, 109); Bernardo de Pavía, *Summa Decretalium*, IV, 14, 1 (Th. Laspeyres ed., Regensburg, 1860, reimp. Graz, 1956, 164); Raymundo de Peñafort, *Summa de matrimonio*, VI, 1-2 (X. Ochoa y A. Diez eds., Roma, 1978 [Universa Bibliotheca Iuris, I/C], 935). Para los teólogos: Gandulfo de Bolonia, *Sententiae*, IV, 319, J. von Walter ed., Viena-Bratislava, 1924, 590, l. 1-11; Tomás de Chobham, *Summa confessorum*, IV, 2, 7, 12 (F. Broomfield ed., Lovaina-París, 1968 [Analecta medievalia namurcensia, 25], 160); Guido de Orchellis, *Tractatus de sacramentis*, IX, 3, 246, D. y O. van den Eynde eds., Nueva York-Lovaina-Paderborn, 1953, 214, l. 1-6; Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, Supp., q. 54, art. 1.

principio de Adán, y que se transmite luego de generación en generación⁴⁰. La sangre transmitida en esta ocasión es, sin embargo, potencialmente portadora de ciertas virtudes, como lo atestigua ya Ivo de Chartres en su célebre misiva dirigida en 1091 a Adela de Normandía, condesa de Chartres, evocando “la sangre real que, de dos linajes, desciende en [sus] venas” y exalta a los ojos de los hombres, “la nobleza de su origen”⁴¹. Sin modificar sustancialmente la definición de Rufino, los canonistas posteriores se dedicaron justamente a precisar qué era este linaje, que presentaba de alguna manera la consanguinidad en toda su extensión. La primera definición parece haber sido formulada hacia 1165 por Esteban de Tournai (... 1203):

El linaje es la reunión ordenada de personas unidas por la consanguinidad, que contiene diferentes grados y los distingue de un tronco único por números. En la consanguinidad, los linajes se reparten en tres: uno superior, es el de los ascendientes; otro inferior, el de los descendientes; otro lateral, es de dos maneras: la que comienza en nosotros y se extiende a nuestros hermanos y a sus hijos y nietos; la que comienza con aquellos que están por encima de nosotros, como nuestros padres, abuelos y extiende a los tíos, tíos abuelos y otros, así como a sus sucesores⁴².

A partir de fines del s. XII, el linaje es considerado entonces por los canonistas como una comunidad de sangre entendida en sentido propio. Ya no es más cuestión para ellos, desde entonces, de limitar a la manera de los jurisconsultos romanos, la *consanguinitas* a un parentesco civil agnático. Al con-

40 Sobre esta cuestión, LOTTIN (1954) y MIRAMON (1999: 91-94).

41 Ivo de Chartres, *Correspondence*, I, 5, J. Leclercq ed., París, 1949 (Les classiques de l'histoire de France au Moyen Âge, 22), 14-15: “Regius in excellentia vestra sanguis ex utraque linea descendens, nobilitatem generis in oculis hominum manifeste commendat”.

42 Esteban de Tournai, *Summa ad C.* 35 (J. F. von Schulte ed., p. 247): “Linea est ordinata collectio personarum consanguinitate conjunctarum diversos gradus continens et eos ab unitate stipitis secundum numeros distinguens. Assignantur autem in consanguinitate tres lineae: alia superior, quae est ascendentium, alia inferior, quae est descendentium, alia ex transverso, duplex est; alia quae incipit a nobis et extenditur in fratres nostros eorumque filios ac nepotes; alia quae incipit a superioribus nostris, ut a patribus, avis, et extenditur in patruos, avunculos et similes eorumque successores”. Esta definición fue igualmente retomada por canonistas posteriores: conf. Bernardo de Pavía, *Summa Decretalium*, IV, 14, 2 (Laspeyres ed., 164) y Raymundo de Peñafort, *Summa de matrimonio*, VI, 2 (Ochoa y Diez eds., 936) y por teólogos: Gandulfo de Bolonia, *Sententiae*, IV, 320-321, von Walter ed., 590, l. 12-25) y Guido de Orchellis, *Tractatus de sacramentis*, IX, 3, 6, 246, van den Eynde eds., 241, l. 9-22.

trario, las dos categorías tienden ahora a oponerse una a la otra. De esta manera, Hostiensis (... 1271), el más grande decretalista del s. XIII, asimila pura y simplemente consanguinidad y cognación, es decir, parentesco natural:

Vienen de la consanguinidad aquellos que de alguna manera tienen una sangre común, o incluso aquellos que provienen de una misma sangre, de manera que los bastardos, o aquellos que son nacidos de no se sabe quién, deben ser entendidos como consanguíneos, dicho de otro modo, como cognados y no como agnados, puesto que el derecho de agnación viene del padre y un individuo tal no tiene padre. El derecho de cognación viene en cambio de la madre, de la cual siempre se está seguro. Y es el por qué de que ella retenga el derecho de sangre, puesto que la sangre no miente...⁴³

De este modo, se opera una verdadera inversión del sentido de los términos jurídicos romanos *consanguinitas* y *consanguineus*, por esencia originariamente inaplicables a hijos naturales o a parientes por las mujeres. El nuevo concepto de consanguinidad que recubre un parentesco natural ampliado no tenía sin embargo inicialmente vocación de ser utilizado más que en materia de derecho canónico matrimonial. Rápidamente conocerá, no obstante, una muy amplia difusión, al punto de penetrar desde la segunda mitad del s. XII la lengua del derecho civil.

La recepción de la noción canónica en el derecho civil

Conviene aquí recordar que en regla general, hasta comienzos del s. XIII y, en muchos casos, incluso más tarde, el derecho civil medieval –o sea, la ciencia del derecho romano– siguió siendo ordinariamente impermeable al derecho canónico. Las complejas razones de esta situación, que no podrían ser resumidas en pocas líneas⁴⁴, incumben en principio al hecho de que los glosadores del derecho romano consideraron durante largo tiempo al *Corpus juris civilis* como un todo armonioso que se bastaba a sí mismo. El texto era así comen-

43 Hostiensis, *Summa aurea. De consanguinitate et affinitate*, n° 2, Lyon, 1537, reimp. Aalen, 1962, fol. 210^{rb}: “A consanguinitate quasi communem habentes sanguinem, sive de uno sanguine procedentes, unde et spurii seu vulgo quesiti consanguineos habere intelliguntur sive cognatos, non tamen agnatos, quia jus agnationis a patre descendit, sed talis non habet patrem. Jus autem cognationis a matre descendit, que semper certa est, ut ff., *De in jus vocando*, *Quia semper mater* [D. 2,4,5]. Et ideo retinet jus sanguinis, quia sanguis non mentitur ut hec probatur, ff., *De gradibus*, *Jurisconsultus*, § *Nomen et sequenti* [D. 38,10,10,1-2] et ff. *Unde cognati*, *Hac parte* et l. *Si spurius* [D. 38,8,2 y 4]”.

44 Para una presentación concisa de esta cuestión, ver LANGE (1997: 96-103).

tado según un estricto método exegético, próximo a aquel utilizado por los teólogos para la *sacra pagina*. El sistema de la glosa, llevado aquí a su extremo, consistía en explicar cada fragmento de las compilaciones bizantinas cotejándolo con otros pasajes, sin recurrir nunca o casi nunca ni al mínimo elemento exterior. A diferencia de los canonistas, que desde los años 1170-1180 habían recurrido muy ampliamente al derecho romano para glosar el Decreto de Graciano o las primeras colecciones de decretales⁴⁵, los civilistas parecían así ignorar durante casi todo el s. XII los textos canónicos y más aún quizá la ciencia canónica. Esta hermenéutica cerrada terminaría encontrando, sin embargo, sus límites a fines del s. XII, cuando los glosadores se vieron confrontados a textos romanos de un tenor manifiestamente contrario a las reglas canónicas en vigor y cotidianamente aplicadas por una jurisdicción eclesiástica en pleno desarrollo. Se introdujo entonces poco a poco el uso de reenviar a los cánones, a menudo de forma lapidaria, y de subrayar la *desuetudo* de las reglas romanas⁴⁶. El derecho matrimonial fue claramente uno de los primeros puntos de divergencia entre disposiciones romanas y canónicas relevado por los glosadores, a propósito del cual estos últimos, por otra parte, terminaron por adoptar el lenguaje de los canonistas a principios del s. XIII⁴⁷. Pero si, desde el origen, a pesar de las apariencias, los glosadores no ignoraban nada de las reglas canónicas, se mantuvieron en general largo tiempo fieles a la terminología romana clásica⁴⁸. Tal no fue el caso, sin embargo, del uso de los vocablos *consanguinitas* y *consanguinei*, cuyo nuevo sentido canónico parece haber sido tomado en cuenta muy tempranamente por los romanistas.

La precocidad de esta toma en consideración, que parece remontarse al menos a mediados del s. XII, se explica seguramente por el hecho de que los términos mismos empleados por los canonistas habían sido tomados aquí directamente del derecho romano clásico y, si la significación dada a las palabras era nueva, la utilización de éstas no contrariaba en absoluto la sacro-

45 Sobre el recurso al derecho romano por los canonistas, la obra de referencia sigue siendo LEGENDRE (1964).

46 Sobre estos primeros reenvíos, ver en particular PARADISI (1965) y WOLTER (1975: 30-37).

47 DONAHUE (1978).

48 Lo que no impedía en absoluto, por otra parte, una gran libertad de interpretación, llevando a veces la fidelidad a la letra del texto a cambiar desvergonzadamente el sentido dado a ciertas palabras o expresiones. A título de ejemplo, ver la inversión del sentido de los términos *spadones* y *castratus* en ROUMY (1998: 153-155).

santa fidelidad debida a la *littera* del *Corpus* de Justiniano⁴⁹. Más aún, los glosadores disponían de un fundamento textual que les permitía justificar el sentido dado por los canonistas a la palabra *consanguineus*, gracias al fragmento de Ulpiano precedentemente evocado, incorporado en el Digesto, que contenía la etimología del término ofrecida por Casio⁵⁰. Ésta por lo demás terminaría siendo recordada con esmero por cantidad de glosadores que empleaban el vocablo, aun si tal explicación no era susceptible de aportar a sus propósitos iluminación alguna. Un buen ejemplo es aquí provisto por un vocabulario jurídico anónimo elaborado en los años 1160 en el norte de Francia, probablemente en Normandía, y que conoció hasta fines de la Edad Media un éxito muy grande: el *Epitome 'Exactis regibus'*⁵¹. En la sección consagrada a los nombres de los agnados y los cognados, el autor explica en efecto que “los primos y las primas hermanos paternos son los hijos y las hijas de dos hermanos, los hermanos consanguíneos son aquellos nacidos de un mismo padre y de la misma sangre, los hermanos uterinos son aquellos nacidos de un mismo vientre”⁵². El inciso “de la misma sangre”, que constituye una precisión perfectamente inútil respecto de las reglas del derecho romano, deja claramente transparentarse el deseo de insistir sobre el carácter “natural” del parentesco agnático, el cual sin embargo podía muy bien reposar simplemente sobre el lazo adoptivo⁵³. En su comentario sobre el título *De regulis juris* del Digesto

49 Sobre esta fidelidad a la letra, conf. BELLOMO (1993).

50 D. 38,16,1,9-11; conf. cita n° 20.

51 Sobre esta obra, conf. GOURON (2002).

52 *Epitome "Exactis regibus"*, III, 5, M. Conrat ed., Berlín, 1884, reimp. Aalen, 1965, 40, l. 4-9: “Fratres patruales sorores patruales sunt duorum fratrum filii et filie, fratres consanguinei ex eodem patre et eodem sanguine nati. Fratres uterini sunt ex eodem utero nati”.

53 Esta preocupación es constante en las obras del mismo tipo y de la misma época cuando se trata de justificar las prohibiciones matrimoniales. Un breviario de derecho romano compuesto en los años 1166 en la región de Auxerre explica de esta manera que los hijos incestuosos son aquellos “qui contra foedus sanguinis fiunt” (*Corpus legum sive Brachylogus juris civilis*, I, 9, 8, Böking ed., Berlín, 1829. reimp. Goldbach, 2002 [100 Jahre Bürgerliches Gesetzbuch, Pandektenrecht, 105], 14, l. 3-4; sobre esta obra, conf. GOURON (1999a); el pasaje comentado aquí (*Inst.* 1, 10, 1) no afirmaba sin embargo nada de esto, insistiendo al contrario sobre el hecho de que el matrimonio estaba tan prohibido entre personas ligadas por la adopción como entre cognados. De la misma manera, una célebre suma al Código compuesta en Provenza entre 1135 y 1150 plantea que “Inceste nuptie dicuntur non caste, ut inter eos qui ratione sanguinis conjunguntur”, *Summa Trecentis*, V, 5, 2, H. Fitting ed., *Die Summa codicis des Irnerius*, Berlín, 1894, 141, l. 19-20; sobre la

compuesto en la misma época, Bertrando de Metz (... 1212) viene a considerar más directamente el término *consanguinitas* como un vocablo genérico, que designa el conjunto de la parentela, pero que puede también ser tenido como simple sinónimo del vocablo romano *proximitas*, más bien reservado en su origen a los parientes próximos naturales:

Hay dos maneras de consanguinidad o de proximidad, a saber la cognación y la agnación. La cognación me emparienta con aquel que está ligado a mí por mi madre, por mi hermana o por el sexo femenino. Mis agnados son aquellos que me están ligados por mi padre⁵⁴.

La noción canónica de consanguinidad se ve aquí plenamente traspuesta al derecho civil, en un contexto por añadidura totalmente extraño al derecho matrimonial, planteando el comentado pasaje del Digesto la regla según la cual “los derechos de sangre”, prerrogativas de naturaleza sucesoria, no podían ser suspendidos por el derecho civil⁵⁵.

Los dos juristas que acaban de ser evocados presentan uno y otro, no obstante, la particularidad de ser civilistas del norte de Francia, característica que implica hasta principios del s. XIII una formación inicial de canonista⁵⁶. El deslizamiento de sentido del término *consanguinitas* no podría entonces sorprender desmesuradamente bajo la pluma de un Bertrando de Metz, a quien la historiografía imputa a menudo, por otra parte, la paternidad de la *Summa Coloniensis*, primer gran comentario del Decreto de Graciano ligado a la Escuela llamada francorenana⁵⁷. Pero si la influencia del pensamiento canónico se presenta aquí como una evidencia, es posible sin embargo rastrear otros ejemplos en medios que, esta vez, le sean ordinariamente más distantes. A primera vista, las primeras generaciones de glosadores boloñeses

composición de la obra, conf. GOURON (1984) y (1985), cuando precisamente, una vez más, el Código no afirma nada de esto.

54 Bertrando de Metz, *De regulis juris*, ad D. 50,17,8, *Jura sanguinis*, S. Caprioli ed., Perugia, 1981 (Università di Perugia, Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza, 27), 14, l. 1-5: “Consanguinitatis sive propinquitatis due sunt species, cognatio scilicet ex agnatio. Cognatione me continguit qui ex parte matris vel sororis vel feminei sexus michi conjunctus est. Agnati mei sunt qui ex parte patris michi sunt conjuncti”. La obra fue compuesta entre 1167 y 1179, conf. DOLEZALEK (1984).

55 Ulpiano, *Lib. 4 ad Sabinum* (D. 50,17,8): “Iura sanguinis nullo iure civili dirimi possunt”.

56 Ver sobre este punto los estudios de GOURON (1989) y (1991).

57 Conf. GERBENZON (1965: 510-511). Para una breve presentación de la escuela francorenana, conf. ERDÖ (1990: 56-58).

parecen por supuesto permanecer a resguardo de aquella⁵⁸, lo que sorprende poco si se piensa que el Decreto de Graciano no se difundió verdaderamente hasta el final de la década de 1140. Pero esta influencia se manifiesta ya en la *Summa Vindobonensis*, comentario anónimo de las Institutas de Justiniano que parece datar del tercer cuarto del s. XII y ligarse a las escuelas jurídicas provenzales, un ámbito de civilistas más ignorante del derecho canónico que los juristas del norte de Francia⁵⁹. El autor explica que:

El derecho de agnación está también constituido por la adopción, como por ejemplo entre los hijos “naturales” y aquellos que el padre adoptó legalmente. En efecto, aquellos también son impropriamente llamados consanguíneos. Los consanguíneos son efectivamente aquellos que Casio define como unidos por la misma sangre⁶⁰.

Este texto testimonia, nuevamente, una completa transposición al derecho civil de categorías canónicas, puesto que la consanguinidad no puede, para el autor, resultar de un lazo “natural”, a exclusión del parentesco adoptivo. Otra vez, además, la *consanguinitas* canónica se tomó en cuenta en un contexto totalmente extraño a aquel en el cual la noción se desarrolló, en la medida en que el parentesco no es considerado aquí para tratar los impedimentos matrimoniales sino el derecho sucesorio. La expresión, finalmente, está paradójicamente justificada por la etimología del término ofrecida por Casio, mientras que el fragmento de Ulpiano que daba cuenta de las expresiones de este último relativizaba su alcance precisando que los derechos de consanguinidad se aplicaban también a los hijos adoptivos⁶¹. Tomando en consideración el nuevo concepto vehiculizado por el derecho canónico, el civilista

58 Así por ejemplo Bulgaro, primer gran comentarista del pasaje glosado por Bertrando de Metz, no emplea nunca aquí el término *consanguinitas*: Bulgaro, *De diversis regulis juris commentarius*, ad D. 50,17,8, *Jura sanguinis* (F. Beckhaus ed., Bonn, 1856, 9).

59 La datación y la localización de esta obra han sido y son todavía objeto de vivas discusiones. Para un balance, conf. CORTESE (1995: 135) y LANGE (1997: 434-436).

60 *Summa Vindobonensis*, III, 2, G. B. Palmieri ed., *Bibliotheca juridica Medii Aevi*, I, *Additiones*, Bolonia, 1914, 97: “Agnationis quoque jus ab adoptione constituitur, veluti inter filios naturales et eos quos pater legitime adoptavit. Nam et ii improprie consanguinei appellatur. Consanguineos enim eos esse Cassius diffinit, qui sanguine inter se conjuncti sunt, ut D., De suis et legitimis heredibus, l. 1, § ultimo [D. 38,16,1,10]”. Sobre el contexto general de este texto, ver ROUMY (1998: 224-229). Como ha mostrado DONAHUE (1978: 45-46), el autor de la suma conocía bien por lo demás las prohibiciones matrimoniales erigidas por el derecho canónico.

61 D. 38,16,1,9-11; conf. nota 20.

no duda entonces en maltratar no solamente la terminología sino también y sobre todo las reglas de fondo del derecho romano.

Los glosadores, naturalmente, también adoptaron muy tempranamente la noción canónica de consanguinidad para lo que había sido su dominio primitivo de elección, los impedimentos matrimoniales. Una glosa italiana de los primeros años del s. XIII declara así que “se prohíben las nupcias por razón de edad, como en el caso del menor; por razón de consanguinidad, que se establece sobre todo en línea directa, pero también entre colaterales”⁶². Pero, al mismo tiempo, el término *consanguineus* continua designando a menudo de manera más restringida a los parientes próximos por los varones, incluso cuando el lazo de agnación resulta del parentesco adoptivo. Un pasaje de la suma al Código de Azo, finalizada hacia 1210 y que permaneció hasta fines de la Edad Media como el manual de derecho más utilizado de Occidente, tanto por los profesionales como por los universitarios, recuerda sin equívoco esta acepción tradicional de la palabra:

Los agnados son los parientes unidos por el parentesco que existe entre personas por el sexo masculino, de alguna manera los cognados del lado paterno, como por ejemplo los hermanos nacidos de un mismo padre, a los que se llama también consanguíneos, aun cuando no tuviesen la misma madre. Igualmente, los primos hermanos paternos que son nacidos de dos hermanos. Igualmente, el tío paterno y el hijo de su hermano, y así sucesivamente. Igualmente, los hijos adoptivos son admitidos como consanguíneos para los bienes de los hermanos legítimos y naturales y los otros que están ligados por la agnación al padre adoptivo⁶³.

Azo no duda sin embargo en hablar a veces de consanguíneos para los hijos nacidos a la vez del mismo padre y de la misma madre, empleando entonces

62 *Gl. ad Inst.* 1, 10, S. Caprioli et alii eds., *Glosse preaccursiane alle Istituzioni. Strato Azzoniano, Libro primo*, Roma, 1984 [Fonti per la storia pubblicate dall' Istituto storico italiano per il Medio Evo, 107], 117, n° 246: “Prohibentur nuptie: ratione etatis, ut in minore; ratione consanguinitatis: quod optinet maxime inter ascendentes et etiam inter collaterales [...]”.

63 Azo, *Summa Codicis*, VI, 58, Pavía, 1506, reimp. Turín, 1966 [Corpus Glossatorum Juris Civilis, 2], 261: “Sunt autem agnati cognati per viriles sexus personas cognatione conjuncti quasi a patre cognati, puta fratres eodem patre nati qui et consanguinei vocantur, etiam si non eandem matrem habuerint. Item fratres patruales qui ex duobus fratribus nati sunt. Item patruus et fratris filius et idem in similibus. Item et adoptivi quasi consanguinei admittuntur ad bona fratrum legitimorum et naturalium et ceterorum quibus per patrem adoptivum agnascuntur”. Sobre Azo, ver LANGE (1997: 262-269).

él también el sentido amplio de la palabra, puesto en evidencia por los cano-nistas⁶⁴. A mediados del s. XIII, se llega así a una situación en la que el térmi-no *consanguineus* es susceptible de designar una gran variedad de personas, según el contexto en el que sea empleado. Esta polisemia, que puede volver a veces compleja la comprensión de ciertos comentarios de los civilistas medie-vales, ha llamado muy pronto la atención. Fue el objeto de advertencias como las que formuló el jurista boloñés Viviano Tosco, autor en la segunda mitad del s. XII de *casus* que a fines del s. XV fueron integrados a la glosa ordinaria de Acursio en las primeras ediciones impresas del *Corpus juris civilis*:

[...] son llamados consanguíneos aquellos que son nacidos de la misma sangre por el padre y por la madre o por el padre solamente o, incluso, es mi consanguíneo el uterino que está bajo la potestad del padre, aun después de la muerte del padre, si éste no ha sido deporta-do. Son llamados consanguíneos los legítimos, los naturales y los adoptivos, si sin embargo permanecen en la familia adoptiva⁶⁵.

En la lengua corriente, no obstante, el término “consanguíneo” devino so-bre todo, a fines de la Edad Media, un simple sinónimo de pariente por la sangre, entendido en el sentido más amplio. Este bastardeo de la significación de un vocablo originariamente técnico es por lo demás denunciado por los ju-ristas desde el momento en que se ven constreñidos a volver a la terminología romana clásica para explicar ciertos pasajes de las compilaciones justinianas que tratan cuestiones sucesorias de las cuales hacen la lectura pública. Es un ejemplo de ello Bartolo cuando comenta un fragmento de Ulpiano relativo a la sucesión del hijo póstumo, en el que el jurisconsulto romano asimilaba los términos *legitimus* y *consanguineus*:

Me pregunto en qué medida el legítimo y el consanguíneo pueden ser lo mismo. Respondo, de acuerdo con la glosa y a justo título, que sí y declaro que, si entiendes por consanguíneo

64 Azo y Alejandro de Saint-Gilles, *Lectura ad C. 3,28,27, Fratres*, s. v. Uterini, París, 1577, reimp. Turín, 1966 [*Corpus Glossatorum Juris Civilis*, 2], 203: “Uterini sunt ex ea-dem matre, consanguinei qui ex utroque parente vel patre tantum nascuntur”. La lectura sobre el Código fue completada y publicada por su alumno Alejandro de Saint-Gilles, conf. GOURON (1999b).

65 Viviano, *Casus ad D. 38,16,1,9, Post suos, Infortiatum*, Lyon, 1589, col. 2000: “[...] dicuntur consanguinei, qui sunt nati ex eodem sanguine patre matre, sive ex eodem patre tantum, sive ille est mihi consanguineus uterinus in potestate patris, sive patre mortuo, si non est deportatus. Vocantur consanguinei legitimi, naturales et adoptivi, si tamen dura-verunt in adoptiva familia”. Acerca de Viviano, ver WEIMAR (1997: 1784).

al pariente, no hay duda. En efecto, cualquiera es legítimo, es decir agnado, y también un pariente. Si por otra parte tú entiendes por consanguíneo al hermano del lado paterno [...], es lo mismo, porque el hermano y el hermano son recíprocamente legítimos y consanguíneos. Es necesario, sin embargo, saber que, en el lenguaje común, se llama también consanguíneo a aquel que, de cualquier manera que sea, está ligado por la sangre⁶⁶.

En apoyo de esta última afirmación, Bartolo invoca el título *De consanguinitate et affinitate* de las decretales de Gregorio IX, que recapitula la legislación pontificia relativa a los impedimentos matrimoniales nacidos del parentesco y de la alianza. La acepción canónica del término *consanguinitas* ha devenido así, a fines de la Edad Media, la significación más corriente del término, aun si los juristas se esfuerzan siempre, hasta fines del s. XV, por recordar los sentidos más restringidos que el vocablo puede igualmente revestir⁶⁷.

Partiendo de términos jurídicos romanos estrictamente técnicos que se relacionaban con los parientes civiles más próximos por los varones, los canonistas medievales han creado así una apelación genérica, susceptible de ser aplicada a todos los individuos que pertenecen a un mismo grupo de parientes determinado por los lazos de sangre. La toma en consideración de

66 Bartolo, *Com. ad D. 29,2,30,1, Quod dicitur*, n° 1, III, Venecia, 1526, fol. 178^{rb}: “Quero utrum legitimus vel consanguineus possit esse idem. Respondeo, secundum glossam et bene, quod sic; declaro si accipias consanguineum pro cognato non est dubium. Quicumque enim est legitimus, id est agnatus, idem est cognatus, ut l. Inter agnatos, infra Unde cognati [*Recte Unde legitimi = D. 38,7,5*]. Si vero accipias consanguineum de fratre ex parte patris, ut l. 1, § Consanguineos, De suis et legitimis [*D. 38,16,1,10*], in Aut. De consanguineis et uterinis fratribus [*A. 6, 12 = N. 84*], tunc idem, quia frater et frater invicem sunt legitimi et consanguinei. Sciendum tamen est communis modis loquendis consanguineum appellat etiam quocumque modo sanguine conjunctum. Ita ponitur Extra, De consanguinitate et affinitate [*X 4, 14*]”.

67 A título de ejemplo: Johannes Bertachinus, *Repertorium juris utriusque*, I, Lyon, 1499, fol. 206^{va}: “Consanguinei dicuntur fratres et transversales, l. In fideicommissi, § Cum Polidius, ff. De usuris [*D. 22,1,3,3*], l. Post consanguineos, De suis et legitimis [*D. 38,16,2*]. Item omnes qui sunt sanguine juncti, c. Non debet, De consanguinitate et affinitate [*X 4, 14, 8*], videlicet qui ex eodem sanguine procedunt Car[dinalis] in Cle[mentinas] i, ix, q., eodem titulo. Item secundum communem usum loquendi, et sic improprie omnes ex latere matris, glossa in verbo ‘legitimum’, Bar[tolus] in II columna in principio, verbo ‘Sciendum tamen est’ et Ymo[la] in l. Cum quidam, § Quod dicitur in II columna, ff. De acquirenda hereditate [*D. 29,2,30,1*]”.

estos últimos traduce a primera vista una concepción nueva de la familia, que reposa sobre un sustrato que el historiador contemporáneo estaría tentado de calificar de biológico. El motor de esta nueva visión del parentesco no parece sin embargo radicar en manera alguna en un cierto conocimiento de las teorías médicas relacionadas con la herencia o incluso la procreación. Resulta más bien de la importancia nueva acordada al matrimonio, el cual, considerado como una unión de la carne de la que la procreación constituye una prolongación, deviene el elemento fundador de todo linaje⁶⁸. La puesta en relieve del papel de la sangre en la construcción de los lazos familiares ha podido, por supuesto, crear en los juristas medievales un terreno favorable a la recepción de teorías tales como la hematogénesis, cuyos ecos se perciben en ciertos textos de fines de la Edad Media que exaltan las virtudes paternas⁶⁹. Pero la asimilación pura y simple de este parentesco “sanguíneo” que reposa sobre el matrimonio a un parentesco “natural” parece haber sido bastante progresivo. Al adoptar a fines del s. XIII la noción canónica de consanguinidad, los glosadores no confunden en efecto todavía sistemáticamente lazos de sangre y lazos “naturales” como lo hacen, a partir de principios del s. XIV todos los comentadores de las compilaciones justinianeas⁷⁰.

BIBLIOGRAFÍA

- BELLOMO, M. (1993): “Der Text erklärt den Text: Über die Anfänge der mittelalterlichen Jurisprudenz”, *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 4, pp. 51-63.
- BOIRON, S. ; DESCAMPS, O. & ROUMY, F. (2003): “Chronique d’histoire du droit canonique”, *L’année canonique*, 45, pp. 389-443.
- CHAMPEAUX, E. (1933): “*Jus sanguinis*. Trois façons de calculer la parenté au Moyen Age”, *Revue historique du droit français et étranger*, 4^a serie, 12.
- CORBET, P. (2001): *Autour de Burchard de Worms, L’Église allemande et les interdits de parenté (IX^e-XII^e siècle)*, Frankfurt am Main (Ius Commune, Sonderhefte, 142).
- CORTESE, E. (1995): *Il diritto nella storia medievale, II. Il basso Medioevo*, Roma.

68 Sobre este nueva concepción antropológica vehiculizada por el matrimonio cristiano, ver el estudio de PORQUERES I GENÉ (2000).

69 Sobre este punto ver MIRAMON (2008) y ROUMY (1998: 149-150).

70 Así: *Summa Vindobonensis*, I, 11, 2, Palmieri (ed.), 12: “Nuptiarum autem quedam prohibentur, quedam permittuntur. Prohibentur autem aut natura, ut inter pupillos, aut ratione sanguinis, ut inter ascendentes et descendentes in infinitum”. Para los comentadores, al contrario, ver los textos citados en ROUMY (1998: 142), n. 320.

- DAUDET, P. (1933): *Etudes sur l'histoire de la juridiction matrimoniale. Les origines carolingiennes de la compétence exclusive de l'Eglise (France et Germanie)*, Paris.
- (1941): *Etudes sur l'histoire de la juridiction matrimoniale. L'établissement de la compétence de l'Église en matière de divorce et de consanguinité (France, X^e-XII^e siècles)*, Paris.
- DOLEZALEK, G. (1984): “Zur Datierung des Kommentars «De regulis iuris» von Bertrandus Metensis”, *Ius Commune*, 11, pp. 31-36.
- DONAHUE, C. (1978): “The case of the man who fell into the Tiber”, *American Journal of Legal History*, 22, pp. 1-53.
- ERDÖ, P. (1990): *Introductio in historiam scientiae canonicae. Praenotanda ad Codicem*, Roma.
- ESMEIN, A. (1929-1935): *Le mariage en droit canonique*, Paris.
- FREISEN (1893): *Geschichte des kanonischen Eherechts bis zum Verfall der Glos-senliteratur*, Tübingen.
- FUHRMANN, H. (1972-1974): *Einfluß und Verbreitung der pseudoisidorischen Fälschungen, von Ihrem Auftauchen bis in die neuere Zeit*, Stuttgart (MGH, Schriften, 24, 1/3).
- GAUDEMET, J. (1979): *La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise aux IV^e et V^e siècles*, Paris (1^a ed. 1957).
- (1987): *Le Mariage en Occident. Les moeurs et le droit*, Paris.
- (1998): *Le droit privé romain*, Paris.
- GAUDEMET, J. & BASDEVANT, B. (eds.) (1989): *Les canons des conciles mérovingiens (VI^e - VII^e s.)*, I, Paris (Sources Chrétiennes, 353).
- GERBENZON, P. (1965): “Bertram of Metz, author of ‘Elegantius in iure diuino’ (Summa Coloniensis)?”, *Traditio*, 21.
- GILBERT, M. (1978): “Une seule chair”, *Nouvelle Revue Théologique*, 100, pp. 66-89.
- GOURON, A. (1976): “Die Entstehung der französischen Rechtsschule: *Summa Iustiniani est in hoc opere* und Tübinger Rechtsbuch”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 93, pp. 138-160, reim-p. en A. GOURON, *La science du droit dans le Midi de la France au Moyen Âge*, Londres, 1984.
- (1984): “L’auteur et la patrie de la *Summa Trecensis*”, *Ius commune*, 12, pp. 1-38.
- (1985): “L’élaboration de la *Summa Trecensis*”, en *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, III, Nápoles, pp. 3681-96, reim-p. en A. GOURON, *Études sur la diffusion des doctrines juridiques médiévales*, Londres, 1987.
- (1989): “Le rôle des maîtres français dans la Renaissance juridique du XII^e siècle”, *Académie des Inscriptions et Belles-Lettres. Comptes rendus des séances*, 1, pp. 198-207.

- (1991): “Un assaut en deux vagues: la diffusion du droit romain dans l’Europe du XII^e siècle”, en A. IGLESIA FERREIRÓS, *El dret comú i Catalunya. Actes del I^{er} Simposi Internacional, Barcelona, 25-26 de maig de 1990*, (Fundació Noguera Estudis, 2), Barcelona, pp. 47-63.
 - (1994): “Le ‘grammairien enragé’: Aubert de Béziers et son oeuvre (ms. Turin, Bibl. Naz. D. v. 19)”, *Index*, 22, pp. 447-469.
 - (1999a): “L’auteur du ‘Brachylogus’: un compagnon de Thomas Becket en exil?”, en D. MAFFEI ET ALII (eds.), *A Ennio Cortese*, II, Roma, pp. 163-173.
 - (1999b): “Alexandre de Saint-Gilles et la *Lectura codicis* d’Azon”, en E. MAIER, A. ROCHAT & D. TAPPY (eds.), *Hommage à Jean-François Poudret* (Bibliothèque historique vaudoise, 115), pp. 235-245.
 - (2002): “Un grand ancêtre anglo-normand: l’*Epitome Exactis regibus*”, *Initium*, 7, pp. 79-98.
 - (2004): “Petrus démasqué”, *Revue historique de droit français et étranger*, 82, pp. 577-588.
- HANARD, G. (1980): “Observations sur l’adgnatio”, *Revue International des Droits de l’Antiquité*, 27, pp. 169-204.
- KASER, M. (1971): *Das römische Privatrecht*, Munich.
- KÉRY (1999): *Canonical collections of the early Middle Ages (ca. 400-1140): A bibliographical guide to the manuscripts and literature*, Washington.
- KLAPISCH-ZUBER, C. (2000): *L’ombre des ancêtres. Essai sur l’imaginaire médiéval de la parenté*, Paris.
- (2003): *L’Arbre des familles*, Paris.
- KUNKEL, W. (1967): *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, Graz-Viena-Colonia.
- LANGE, H. (1997): *Römisches Recht im Mittelalter. Die Glossatoren*, Munich.
- LE ROY, Y. (1976): *Les conciles gaulois et le Décret de Gratien*, Mémoire de l’École pratique des hautes études, Section des sciences religieuses, Paris.
- LEGENDRE, P. (1964): *Le pénétration du droit romain dans le droit canonique classique de Gratien a Innocent IV, 1140-1254*, Paris.
- (1988): *Le dossier occidental de la parenté. Textes juridiques indésirables sur la généalogie*, Paris.
- LEONHARD, R. (1900): “Consanguinei”, en PAULY-WISSOWA (eds.), *Real-Encyclopaedie der Altertumswissenschaft*, Stuttgart.
- LOTTIN, O. (1954): “Les théories sur le péché originel de saint Anselme à saint Thomas d’Aquin”, en *Psychologie et morale aux XII^e et XIII^e siècles*, IV/1, Lovaina-Gembloux, pp. 1-280.
- MIRAMON, C. DE (1999): “Déconstruction et reconstruction du tabou de la femme menstruée (XII^e-XIII^e siècle)”, en A. THIER & PH. GRZIMEK (eds.), *Kontinuitäten und Zäsuren in der Europäischen Rechtsgeschichte. Europäisches Forum*

- Junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker, München 22-24 Juli 1998*, Berna, pp. 91-4.
- (2008): “Aux origines de la noblesse et des princes du sang. France et Angleterre au XI^{Ve} siècle”, en M. VAN DER LUGT & C. DE MIRAMON, *L'hérédité entre Moyen Âge et Époque moderne*, Florencia.
- PARADISI, B. (1965): “Diritto canonico e tendenze di scuola nei glossatori da Irnerio ad Accursio”, *Studi medievali*, 6, 2, pp. 155-287, reimp. en B. PARADISI, *Studi sul medioevo giuridico*, II, Roma, 1987.
- PORQUERES I GENÉ, E. (2000): “Cognatisme et voies du sang. La créativité du mariage canonique”, *L'Homme*, 154-155, pp. 335-356.
- REUTER, T. & SILAGY, G. (1990): *Wortkonkordanz zum Decretum Gratiani*, Munich (M. G. H., Hilfsmittel, 10).
- ROUMY, F. (1998): *L'Adoption dans le droit savant du XII^e au XVI^e siècle*, Paris.
- SCHADT, H. (1982): *Die Darstellungen der Arbores consanguinitatis und der Arbores affinitates*, Tübingen.
- SECKEL, E. (1907): *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena.
- WEIGAND, R. (1994): “Die Ausdehnung der Ehehindernisse der Verwandtschaft”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Kan. Abt., 80, pp. 1-17.
- WEIMAR, P. (1997): *Lexikon des Mittelalters*, 8, Munich.
- WOLTER, U. (1975): *Ius canonicum in iure civili. Studien zur Rechtsquellenlehre in der neueren Privatrechtsgeschichte*, Colonia-Viena (Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte).
- ZECKIEL-ECKES, K. (2002): “Auf Pseudoisidors Spur oder: Versuch, einen dichten Schleier zu lüften”, en W. HARTMANN & G. SCHMITZ (eds.), *Fortschritt durch Fälschungen? Ursprung, Gestalt und Wirkungen der pseudoisidorischen Fälschungen. Beiträge zum gleichnamigen Symposium an der Universität Tübingen vom 27. und 28. Juli 2001*, Hannover (MGH Studien und Texte 31), pp. 1-28.

SICUT CANCER, AMPLIUS SERPERET IN OCCULTO
LA HEREJÍA OCULTA EN EL DERECHO
BAJOMEDIEVAL Y TEMPRANOMODERNO

ALEJANDRO MORIN
(Universidad de Buenos Aires)

Entre los artificios que el derecho occidental fue relegando al arcón del pasado, el crimen de herejía se perfila cómodo entre las figuras más esperables. Las transformaciones ideológicas, políticas e intelectuales que rodearon a las grandes codificaciones modernas no podían ver en la criminalización de la herejía sino una rémora de un pasado condenable, incompatible tanto con la noción de individuo libre y dueño de su conciencia como con la deseada (y novedosa) relación correcta entre los ámbitos de la religión y el derecho. Sería una tarea posterior de la historiografía la de poner de relieve el papel que le tocó jugar a esta figura en la historia no solo del derecho sino también en general del Estado y de las modalidades de ejercicio del poder en Occidente. El planteamiento de la herejía como un crimen extraordinario a partir de su asimilación con la lesa majestad del derecho romano habilitó el desarrollo del procedimiento extraordinario que, en sus alcances, significaría el empoderamiento de jueces y autoridades.

Dentro de este proceso, la figura de la “herejía oculta” en el derecho bajomedieval y tempranomoderno representará en más de un aspecto una compleja construcción jurídico-teológica. Las dificultades que enfrentan juristas e inquisidores a la hora de dar cuenta de esta noción responden a una problemática más amplia signada por el alto nivel de indefinición que afecta en el marco de la tradición cristiana a la herejía en general. *Per se*, la herejía se caracteriza por una indeterminación de base que vuelve insuficiente o esquivo todo intento de definición y es esta labilidad la que la convierte en un lugar estratégico para plantear regímenes de excepcionalidad. Parte de esta inasibilidad de la herejía se debe a la multiplicidad de dispositivos discursivos que pretenden encuadrarla: la abundancia de planos de determinación deriva en la coexistencia de definiciones que varían en función de perspectivas que pueden ser teológicas, jurídicas o inquisitoriales¹, por un lado, así como también, por el otro, de una historia en curso que supone

1 Conf. D'ALATRI (1983).

momentos de mayor o menor intensidad y precisión en los esfuerzos de encuadramiento².

Ahora bien, aun si en suma no se cuenta en la tradición cristiana con una definición uniforme de herejía sino más bien con la acumulación estratigráfica de distintos puntos de vista y construcciones institucionales, lo cierto es que, en general, tanto desde la teología como desde el derecho se contemplaron como necesarios unos requisitos de publicidad para que la comisión de esta falta pudiese calificar plenamente de tal. Predicación pública o en todo caso defensa pertinaz del error suponían generalmente unos criterios exteriores y completivos que perfeccionaban el delito y por lo tanto conformaban unos aspectos ineludibles del tratamiento de esta materia a la hora de dar consistencia a una nueva figura de “herejía oculta”. Rastrear la construcción de esta complicada categoría que parece prescindir del requisito de publicidad para la determinación de la herejía implica, a la vez, encarar el proceso por el cual se sortearon los obstáculos que oponía a la persecución el principio *Ecclesia de occultis non judicat*. Este adagio jurídico, rastreable en la Glosa al *Decretum* de Graciano y que fuera estudiado exhaustivamente por Stephan Kuttner y Jacques Chiffolleau³, aseveraba que el tribunal de la Iglesia no tenía competencia sobre las cosas ocultas y funcionaba así como un principio limitativo de la represión de la disidencia en tiempos medievales.

El estudio de la herejía oculta se enmarca necesariamente en otras problemáticas de mayor alcance. En primer lugar, y de manera natural, hace a la historia de la herejía en general, no solo por conformar un subtipo más de las clasificaciones inquisitoriales sino también porque el análisis de los dispositivos performativos que le dan entidad resulta crucial en un área de la disciplina atravesada por debates en torno de la determinación y consistencia ontológica del propio objeto de estudio⁴.

Por otra parte, la historia de la herejía oculta involucra a la de las creencias en el mundo premoderno. Desde finales de los años '70, los historiadores del cristianismo medieval vienen sosteniendo que la creencia debe ser comprendida como un asunto de prácticas y no de adhesión a enunciados doctrinarios. Se trata de una conceptualización que enfatiza las distancias de naturaleza entre el concepto moderno de religión y la creencia medieval, pensada como una práctica contractual entre sujetos, temporalizada en un circuito de intercam-

2 Conf. HAGENEDER (1983).

3 Conf. KUTTNER (1936) y CHIFFOLLEAU (2006).

4 Conf. ZERNER (1998).

bios que da unidad a un colectivo, una práctica que se asienta en un hacer (el creer como una actividad relacional que hace lazo comunitario) más que en una creencia, pensada en términos dogmáticos⁵. Si las faltas a la creencia deben ser comprendidas también en clave de praxis social, dejando en un segundo plano a la diversidad de contenidos, la pregunta lógica pasa por cuáles son las prácticas y modalidades de creencia propias del hereje oculto, más aún cuando la literatura inquisitorial llega a formular la idea de un *haereticus omnino occultus*, aquel hereje que jamás exterioriza su desviación ni por palabras ni por actos.

Por último, la emergencia de esta categoría de herejía oculta excede el plano de las construcciones jurídicas pues también concierne a la mecánica misma de la persecución en tiempos bajomedievales y tempranomodernos. La criminalización de lo oculto forma parte de un conjunto de operaciones llevadas a cabo en el derecho para habilitar facultades represivas y, de hecho, lo oculto representa un recurso estratégico para la implementación del procedimiento extraordinario, crucial en el desarrollo del derecho así como también en lo que hace a la definición y operatividad de los mecanismos de poder en Occidente.

La tendencia a la visibilización de lo oculto que destila la cultura bajo-medieval⁶ puede ya detectarse en textos fundadores de la legitimación de la persecución como en la decretal de Inocencio III *Vergentis in senium* en la que se asimila la herejía con el crimen de lesa majestad y donde se califica a la herejía como una peste mortífera que no se ha podido aniquilar ni evitar que se extienda “in occulto” como un cáncer⁷. Llegará un momento en que los manuales de inquisidores incluirán casi de rigor una *quaestio de haeresi occulta*. Pero esta normalización supone una historia cuyo desarrollo se debe cartografiar vinculándolo a la dinámica de la *war on heresy* (al decir de Robert Moore), de la construcción “jurídico-política” de mecanismos de poder en Europa occidental, de las transformaciones intelectuales de la Baja Edad Media, etc. En este trabajo, exploraremos esta cuestión, abordándola desde

5 Conf. entre otros DE CERTEAU (1981), ASAD (1993) y SCHMITT (1995).

6 Tendencia que es paralela a la nominación de lo “nefando”, conf. CHIFFOLEAU (1990).

7 “nondum tamen usque adeo pestis potuit mortificari mortifera, quin, sicut cancer, amplius serperet in occulto, et iam in aperto sue virus iniquitatis effundat, dum palliata specie religionis et multos decipit simplices, et quosdam seducit astutos, factus magister erroris, qui non fuerat discipulus veritatis”, X 5. 7. 10 según edición Friedberg: *Corpus Iuris Canonici*, editio Lipsiensis secunda post Acuilii Ludovici Richteri curas instruxit Acuilii Friedberg, Graz: Akademische Druck. u. Verlagsanstalt, 1958.

tres flancos. En primer lugar, intentamos captar un momento de formación de la noción de herejía oculta a partir del análisis de un desacople detectable entre el texto del *Decretum* de Graciano y su Glosa Ordinaria. En segundo lugar, procedemos a examinar una categoría distinta pero paralela y fuertemente relacionada en nuestra perspectiva, como es la del *credens*, uno de los subtipos de los *fautores haereticorum* que la legislación canónica condena en sucesivos concilios como parte del plan de erradicación de la herejía. El *credens*, veremos, revela cierta ambigüedad en su definición que lo deja a medio camino entre el seguidor y el hereje interno, una suerte de creyente moderno *avant la lettre*. Por último, planteamos unos interrogantes en torno del caso extremo del *haereticus omnino occultus*: la idea de una herejía totalmente oculta, de naturaleza únicamente mental, constituye un caso límite que suele generar debate, tensiones sémicas y paradojas y cuyo análisis obliga a contemplar las modalidades de la casuística medieval.

El hereje agazapado en la glosa

Un rastreo que releve el lexema *occultum* y su familia de palabras en el *Decretum* de Graciano nos mostraría que las ocurrencias giran en torno de distintos núcleos semánticos. Un buen conjunto de referencias a lo oculto remite, por una parte, al insondable ámbito del designio divino, como en los sintagmas *occulta iudicia Dei* (C. 2, q. 1, c. 20 o C. 23, q. 5, c. 45) o *diuina et occulta misteria* (C. 1, q. 1, c. 84, § 1). Un número importante de menciones de lo oculto apunta, en cambio, a las malas acciones de los hombres y se asienta en la oposición entre *occulta peccata* y *crimina manifesta*, dicotomía que se reproduce en aquella que enfrenta a las formas (privada y pública) de la penitencia⁸. Una variante de este tipo de referencia es la que asocia lo oculto a la figura del “cómplice secreto” que señala a quien por omisión consiente la perpetración de un crimen manifiesto⁹. Un capítulo aparte lo conforma la implicación de lo oculto en un acto que contradice su necesario carácter público como en el caso de las *occultae nuptiae* (C. 30, q. 5, c. 2).

8 Así lo encontramos, por ejemplo, en D. 50, dpc. 32, § 3; C. 2, q. 1, c. 14, § 2; C. 2, q. 1, dpc. 17, § 2; C. 2, q. 6, dpc. 41, § 13, etc. La edición base para el rastreo es la de Friedberg. Para la glosa, tomamos la de *Decretum Gratiani*, Roma: in Aedibus Populi Romani, 1582. Para un panorama general sobre el tratamiento de la herejía en el *Decreto* de Graciano, conf. MACERATINI (2003).

9 “Nec caret scrupulo societatis occultae qui manifesto facinori desinit obuiare” que se reproduce en D. 83; D. 86; C. 2, q. 7, c. 55 y C. 23, q. 7, c. 8. Conf. KERY (2001: 437).

Estos son algunos de los contextos de aparición del lexema *occultum* que, como vemos, son variados. Pero es importante remarcar una ausencia. No hallamos en el texto de Graciano sintagma alguno que miente una “herejía oculta” o un “hereje oculto”, ni siquiera en C. 23 y C. 24, las *causae haereticorum* que funcionaron como piedras basales de la justificación a la persecución de los herejes desde el s. XII¹⁰. Esto no significa que determinadas referencias a *peccata occulta* o a *mali* ocultos que conviven con los buenos cristianos no puedan eventualmente ser leídas (en función de los juegos intertextuales con las referencias bíblicas) como formando parte del mundo de la herejía¹¹. Mas en tales casos es la red de remisiones de la glosa la que articula dicha asociación en tanto el texto graciano se abstiene de hablar directamente de herejes ocultos.

Ahora bien, en la C. 24 (en la que, por otra parte, no se registra ocurrencia alguna del lexema *occultum*) la Glosa Ordinaria en cambio hace de la diferencia entre herejes manifiestos y herejes ocultos un núcleo central de la exposición. Analicemos este contraste entre texto graciano y glosa a partir del *casus* de esta C. 24. Graciano, como en el resto de la segunda parte de su *Decretum*, plantea al inicio de la *causa* una situación disparadora para abordar diversas cuestiones. En este caso se trata de cierto obispo que, habiendo caído en la herejía, priva de sus oficios a algunos de sus sacerdotes y los marca con una sentencia de excomunión¹². Este obispo es acusado después de su muerte y condenado con sus seguidores y familiares (“Post mortem de heresi accusatus dampnatur, et sequaces eius cum omni familia sua”). Esta situación imaginaria abre la discusión para tres *quaestiones*. En primer lugar se preguntará Graciano por la legitimidad de las excomuniones emanadas de un prelado herético¹³. La segunda cuestión girará en torno de la licitud de la excomunión *post mortem*¹⁴. Por último, discutirá los fundamentos jurídicos para una excomunión extensible a la familia del hereje condenado¹⁵.

10 Conf. WINROTH (2000: 35-76).

11 Conf. C. 11, q. 3, c. 22 o C. 23, q. 4, c. 14.

12 “Quidam episcopus in heresim lapsus aliquos de sacerdotibus suis officio priuavit et sententia excommunicationis notavit”.

13 “an lapsus in heresim possit aliquos officio priuare, uel sententia notare?”.

14 “an post mortem aliquis possit excommunicari?”.

15 “an pro peccato alicuius tota familia sit excommunicanda?”. En lo que concierne a la extensión de penas a familiares y herederos, conf. PIERGIOVANNI (1971-74), PENNINGTON (1978) y MORIN (2009: 249-268).

Como dijimos, en esta C. 24 no detectamos menciones explícitas a lo oculto y en esta presentación de la *causa* no se plantea a nuestro imaginario y herético obispo como un hereje secreto. De hecho, comentarios del texto como el de la *Summa magistri Rolandi* o la *Summa Coloniensis* tampoco involucran en su glosa a este pasaje distinción alguna entre herejes ocultos y herejes manifiestos¹⁶. Sin embargo, está claro que el *casus* imaginado por Graciano puede dar a entender la hipótesis del hereje oculto: la referencia a una acusación *post mortem* es sugerente acerca de un eventual carácter velado de la herejía en la que el obispo habría caído mientras seguía ejerciendo sus funciones episcopales y así es leído por varios decretistas. Para empezar, por Paucapalea, alumno de Graciano, que en su glosa a C. 24, q. 1 presenta al ocultamiento como la clave de la diferenciación entre las dos *causae haereticorum*¹⁷. También encontramos la referencia a la herejía oculta en la glosa de Rufino de Bolonia (de los años 1150's), planteándose allí de manera más clara un desacople temporal entre la comisión del crimen y el momento en que éste es descubierto¹⁸. Estos comentarios son resumidos en la Glosa ordinaria que parte del carácter dúplice de los herejes¹⁹ y son retomados luego por comentarios al *Decretum* posteriores a la conformación de la Glosa ordinaria, tal como

16 Respecto de la *Summa* de Rolando (otrora identificado con el papa Alejandro III), conf. *Die Summa Magistri Rolandi nachmals Papstes Alexander III*, F. Thaner (ed.), Innsbruck: Verlag der Wagnerischen Universitaets-Buchhandlung, 1874, pp. 98-103. Para la *Summa Coloniensis*, conf. *Summa 'Elegantius in iure diuino' seu Coloniensis*, G. Franzen & S. Kuttner (eds.), vol. 2, Ciudad del Vaticano: Biblioteca Apostolica Vaticana, 1978, pp. 120-121 y 159.

17 “Multis auctoritatibus declaratum est in superiori causa, quod mali ad bonum cogendi sunt, et haeretici nihil nomine ecclesiae possidere debent. Sed quia haereticorum alii manifesti, alii occulti inveniuntur, quorum alii ab ecclesia damnantur, alii tolerantur, at haeresi aliqui excommunicari mereantur? Quorum ambiguitatem decidere volens casum cuiusdam episcopi subnectit, qui post mortem de haeresi accusatus cum suis omnibus sequacibus condemnatur”, *Summa über das Decretum Gratiani*, Johann Friedrich von Schulte (ed.), Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, 1965, p. 104.

18 “Haeresis aliquando est manifesta, aliquando occulta [...] nunc, qualiter qui occulte in heresim lapsi sunt nec resipuerunt condemnandi sunt, aperit ostendens eum, qui occulte in heresim cecidit, etiam post mortem excommunicandum, scil. cum eius heresis fuerit deprehensa”, *Die Summa Decretorum des Magister Rufinus*, Heinrich Singer (ed.), Paderborn: Druck und Verlag von Ferdinand Schöningh, 1902, p. 415.

19 “sed quoniam haereticorum quidam sunt manifestis, quidam occulti: & ecclesia excommunicat quandoque haeticos, quandoque catholicos de huiusmodi subdit tractatum”.

podemos ver en el *Rosarium Decretorum* de Guido de Baysio (... 1313)²⁰ o en la suma de Juan de Torquemada (1388-1468)²¹.

Pero podemos preguntarnos si necesariamente hay que leer el *casus* de la C. 24 en esta clave, es decir, si la postulación de un obispo hereje, acusado y condenado *post mortem*, solo puede ser comprendida desde la hipótesis de que se trataba de un hereje oculto. Ante todo podríamos deducir de la ausencia en Graciano de referencias explícitas a herejes ocultos que una noción de herejía oculta como tal no representaba un interés, siquiera secundario, para la ilación de su argumento. De hecho, la crítica ha señalado que las preocupaciones de Graciano están más ligadas a cuestiones eclesiológicas y de orden que a definir estrictamente qué es un hereje, fuera éste oculto o manifiesto. La situación imaginaria del obispo herético dispara, como vimos, una serie de cuestiones, la primera de las cuales, que es la que más nos interesa aquí, gira en torno de la validez de una sentencia excomunicatoria dictada por un hereje. Pero el texto no se da a una disquisición sobre grados de ocultamiento, requisitos de publicidad o cualquier otro elemento determinante que tuviese un efecto definitorio. Así Marie Bassano considera que en C. 24, q. 1 se anudan diversas cuestiones de interés para la Iglesia del s. XII que exceden a la discusión en torno de la herejía propiamente dicha dado que también se juega allí “la construction affinée d’une hiérarchie des cléricatures, entendues en terme de juridiction et non d’ordre”²². Las disquisiciones en C. 24 acerca de la capacidad jurídica del hereje que ocupa un cargo eclesiástico atienden menos a caracterizar al hereje que a saber qué valor jurídico dar a actos tomados por un hereje a cargo de funciones sacerdotales. Como plantea Chiffolleau, la preocupación de Graciano, como buen representante del mundo eclesiástico de la Reforma Gregoriana, es ante todo procesal: es un móvil técnico el que evoca al canonista la oposición de lo oculto y lo manifiesto, tal como un relevamiento lexical del *Decretum* revela a simple vista²³.

Esta mirada centrada en el poder jurisdiccional de los preladados más que en un afán de catalogación herética se refuerza si contextualizamos la problemática de C. 24, q. 1 en el marco del tratamiento de un tema espinoso que lleva

20 Conf. Guido de Baysio, *Rosarium decretorum*, Venecia, 1481, ad C. 24, q. 1.

21 Juan de Torquemada, *In causarum decretalium secundam partem*, Venecia: apud Haeredem Hieronymi Scoti, 1578, ad C. 24, q. 1.

22 Conf. BASSANO (2011: 560). Para un panorama general sobre la eclesiología de Graciano, conf. CHODOROW (1972).

23 Conf. CHIFFOLEAU (2006: 370-371).

adelante Graciano, principalmente en C. 11, q. 3, aquel que postula el carácter vinculante o nulo de la sentencia injusta. Recordemos en este punto que el texto graciano está atravesado por la tensión entre dos posturas que atañen a la eficacia de las sentencias injustas. Por un lado, la posición encarnada en Gregorio Magno (que el *Decretum* cita en C. 11, q. 3, c. 1) que convoca a la obediencia de toda sentencia pastoral más allá de su justicia o injusticia²⁴. Por el otro, aquella basada en el papa Gelasio que se reproduce en C. 11, q. 3, c. 46 y que plantea la nulidad de toda sentencia inicua²⁵. Esta contradicción, estudiada exhaustivamente por Raffaele Balbi, moviliza una serie de argumentos y nociones, entre los cuales sobresale la distinción entre sentencias injustas *ex animo proferentis*, *ex ordine* y *ex causa*²⁶. Ahora bien, si la reflexión de la canonística consensuará sin mayor problema en la posición gelasiana, vale decir, en negarle eficacia a la sentencia injusta, las dudas surgen cuando se trata de una sentencia de excomunión. La conjunción en la excomunión de elementos jurídicos y teológico-morales explicaría, según Balbi, por qué es a partir de este supuesto que Graciano recurre a la posición de Gregorio y por qué la orientación general de su tratamiento apunta más bien al carácter vinculante de la sentencia excomunicatoria injusta²⁷.

En este contexto, la situación imaginada por el *casus* de la C. 24 adquiere otro cariz. Efectivamente, nos hallamos ante una sentencia viciada en función de un defecto de competencia del juez, una de las posibles causas de ineficacia de una sentencia. ¿Puede un hereje excomulgar? Pareciera evidente que sus sentencias son nulas por cuanto se ubica por sí solo en un ámbito *extra ecclesiam*, caducando por ello mismo su competencia sobre los fieles. Pero el obispo-juez tiene un poder que es a la vez legal y sacramental. Y el hecho es que para la tradición canónica la cualidad moral de un prelado es irrelevante a fin de calibrar la validez de los actos sacramentales ejecutados por (o mejor dicho, a través de) dicho prelado, si este ha sido regularmente ordenado²⁸. Se trata de una discusión que, en décadas posteriores, los canonistas resolverán apelando a la distinción entre poder de orden y poder de

24 “Sententia pastoris, siue iusta siue iniusta fuerit, timenda est”.

25 “Cui est illata sententia deponat errorem, et uacua est; si iniusta est, tanto curare eam non debet, quanto apud Deum et eius ecclesiam neminem potest grauare iniqua sententia”.

26 Conf. BALBI (1990: 19).

27 Conf. BALBI (1990: 37-41).

28 Conf. MACERATINI (2003: 51 y 73).

jurisdicción²⁹. Pero en Graciano y los primeros decretistas corre por otros carriles como la distinción que el *Decretum* establece entre *potestas* y *executio potestatis*³⁰. Habiendo admitido que los sacerdotes herejes retienen, pese a su caída en la herejía, el poder de bautizar y excomulgar que les fuera concedido en la consagración³¹, Graciano distingue entre detentar un poder y tener derecho a ejercerlo. De esta manera, se puede perder el derecho a la *executio potestatis* pero, al solo quedar suspendida y no negada la *potestas*, se evita así una invalidación retroactiva de los sacramentos ejecutados previamente por el prelado³².

Respecto de la *executio potestatis* del obispo hereje, Graciano procede a una serie de subdistinciones a fin de medir la validez de sus sentencias³³. Así hace operar una diferenciación entre sentencia injusta y sentencia inicua: este último caso se daría cuando la excomunión dictada por el prelado hereje tuviese por objetivo coaccionar al buen cristiano a hacer el mal (por ejemplo, a seguirlo en su herejía) adulterando así una medida que tiene por finalidad lo contrario, el encarrilamiento al bien de los pecadores³⁴. Si, en cambio, el propósito de la sentencia excomunicatoria es disciplinar al pecador³⁵, Graciano distinguirá en este caso si el excomulgado es un católico u otro hereje,

29 Conf. MACERATINI (2003: 103).

30 C. 24, q. 1, dpc. 37: “Sed aliud est potestas offitii, aliud executio”. Conf. CHODOROW (1972: 198).

31 Conf. C. 24, q. 1, dpc. 37, § 1: “Obicitur tamen illud Augustini: ‘Recedentes a fide nec baptisma, nec baptizandi potestatem amittunt’. Cum ergo sacerdotalem unctionem utraque potestas, baptizandi uidelicet et excommunicandi, sequatur, a fide recedentes aut utramque retinebunt, aut utraque carebunt”.

32 “Unde ab hereticis baptizati uel ordinati, cum ad unitatem fidei catholicae redierint, si forte intuitu ecclesiasticae pacis in suis recipiantur ordinibus, non iterabitur sacramentum, quod in forma ecclesiae probabitur ministratum, sed per inpositionem manus prestabitur uirtus sacramenti, que extra ecclesiam nulli docetur esse collata” (C. 24, q. 1, dpc. 37). Sobre los sentidos de las referencias gracianas a la ordenación, conf. CONGAR (1984).

33 Conf. WINROTH (2000: 51-56).

34 “Cum ergo utraque potestas in hereticis remaneat, si hereticus catholicum uel alium hereticum excommunicauerit, ut in communionem suae heresis illum deducat, quia iniqua est sententia, pondere caret” (C. 24, q. 1, dpc. 37). Conf. BALBI (1990: 85-95).

35 Conf. C. 24, q. 1, dpc. 37, § 2 “Quod si in catholicum prae uidentem, uel in hereticum flagitiis uel facinoribus deditum, ut alias ad recte uiuendi normam uterque redeat, sententiam dederit, an uterque, an hereticus tantum eius sententia teneatur, merito querendum uidetur?”.

puesto que, si bien la detestación del crimen es pareja en uno y otro caso³⁶, la competencia no es la misma por cuanto el hereje se ubica por fuera de la Iglesia y carece de autoridad sobre sus miembros mientras que con los herejes parece mantener su poder, tal como el Diablo lo ejerce respecto del rebaño de los malos³⁷.

La conclusión final de la discusión canónica pasará entonces por negarle a un excomulgado el ejercicio de su poder de excomulgar católicos. Pero lo que hay que destacar es que en C. 24, q. 1 la figura central es precisamente la del excomulgado y no la del hereje. Se trata de una distinción importante a señalar porque en el *Decretum* Graciano se opone a una medida antiherética que luego se impondrá en el ordenamiento normativo de la Iglesia, la de la excomunión *latae sententiae*, es decir, la excomunión automática en la que incurre *ipso facto* quien comete el delito³⁸. Para Graciano sólo los condenados por procesos judiciales, aquellos herejes *nominatim*, deben ser anatematizados tal como se señala en C. 11, q. 3, dpc. 3³⁹. En efecto, esta perspectiva supone una distancia entre hereje y excomulgado y es por ello que al inicio de la C. 24 se hace operar la distinción entre herejía vieja y herejía nueva: es necesario saber si nuestro imaginario obispo “lapsus in heresim” está adhiriendo a una herejía ya condenada o al contrario se trata de errores nuevos por los cuales debería ser condenado. En el primer caso, tal como se expresa en el c. 1, se trata de un excomulgado *ipso facto* que se condena a sí mismo⁴⁰. Pero para el caso de la herejía nueva se mantiene el requisito de la predicación pública y así lo recuerda el *dictum post c. 4* cuando resume que no puede abatir a nadie

36 C. 24, q. 1, dpc 39: “in detestatione criminum, que in hereticis, sicut in catholicis, eque sunt punienda”.

37 Conf. C. 24, q. 1, dpc. 37, § 1: “Potest autem dici, catholicum sententia heretici minime teneri. Non enim potest oris gladio ferire quem accusare uel in quem testificari non ualet. Si enim quos diuina testimonia non secuntur, quia extra ecclesiam sunt, pondus humani testimonii perdiderunt aduersus eos, qui in ecclesia esse uidentur, nec aduersus eosdem ecclesiasticae auctoritatis pondus habere poterunt qui ab eius fide discessisse probati sunt, atque ideo ab ecclesia sunt condempnati. In hereticum autem potestatem habere uidetur hereticus, sicut et diabolus potest in malis, tamquam in suo pecore”.

38 Conf. VODOLA (1986: 28-35).

39 “Cum ergo per sententiam quis nominatus fuerit, cum eo communicare non debemus. Cum autem solo reatu occulte excommunicationis contraxerit penam, non est ab eius communione cessandum”

40 “quicumque enim in heresim semel dampnatam labitur, eius dampnatione se ipsum inuoluit”.

quien ya se encuentra abatido, situación que se da cuando se forja una herejía nueva en el corazón y se ha comenzado a predicarla⁴¹.

El poder de atar y desatar conferido en la consagración sólo funciona con sacerdotes verdaderos, sean éstos buenos cristianos o sean hombres malos tolerados por la Iglesia, tal como señala la glosa⁴². Pero el excomulgado es falso sacerdote y carece de la *ligandi uel soluendi potestas*, lo que Graciano justifica sobre distintos órdenes de razones⁴³. El mecanismo que vuelve nula la sentencia excomunicatoria dictada por un prelado hereje radica en su propia excomunión, provenga esta última de una excomunión *ipso facto* o de una posterior condena por herejía nueva. Son necesarios, entonces, unos pasos procesales que impiden tomar como sinónimos en el *Decretum* a herejes y a excomulgados. Por lo tanto, no habría por qué dar por supuesto que el *casus* de la C. 24 trata de un hereje necesariamente oculto. Eventualmente, en efecto, podría serlo nuestro imaginario obispo si estuviese adhiriendo a una herejía ya condenada pero no si se tratase de una nueva para la cual debería ser *accusatus et damnatus*. Como recuerda Elisabeth Vodola, Graciano escribe en un momento inicial de la crisis herética cuando todavía era posible un

41 “Si autem ex corde suo nouam heresim confinxit, ex quo talia predicare cepit, neminem dampnare potuit, quia non potest deicere quemquam iam prostratus”.

42 “idest, catholicis, scilicet toleratis ab ecclesia, siue sint boni, siue sint mali”, Glosa *ad v. veris* de C. 24, q. 1, dpc. 4.

43 En primer lugar, los herejes carecen del Espíritu Santo (“eum, qui Spiritum sanctum non habet, peccata non posse tenere uel remittere. Porro Spiritum sanctum nemo nisi intra ecclesiam accipit, quia et ipsam unitatem facit per gratiam”). En segundo lugar, el excomulgado se halla en situación *extra ecclesiam* (“Quicumque ergo ab unitate ecclesiae (que per Petrum intelligitur) fuerit alienus, execrare non potest, consecrare non ualet; excommunicationis uel reconciliationis potestatem non habet [...] De his autem qui intus sunt, nobis iudicium commisit. Sicut autem ex eo, quod Apostolus ait: ‘Frater’, et ex his, que de fidelibus et infidelibus supposuit, apparet, non nisi fidelem excommunicandum”). Por último, opera aquí una cuestión de jerarquía por cuanto un “menor” no puede bendecir o maldecir a un “mayor” y el hereje se halla en una situación de inferioridad (“qui ab integritate catholicae fidei recedit, maledicendi uel benedicendi potestatem minime habere. Catholicum namque, utpote superiorem se, maledicere non ualet”). C. 24, q. 1, dpc. 4. recorta también el poder de un prelado herético respecto de otros herejes en función, ya no de una cuestión de jerarquía, sino de carencia del poder de atar y desatar: (“in alienum a fide, tamquam in sibi equalem, sententiam dare non potest. Hec autem, que de hereticis, atque scismaticis, uel excommunicatis dicta sunt, uidelicet, quod ligandi uel soluendi potestatem non habeant, multorum auctoritatibus probantur”).

cierto grado de tolerancia y era concebible la figura de un obispo hereje con poder jurisdiccional hasta tanto no fuese excomulgado⁴⁴.

Se trata de una situación transitoria pues la Iglesia irá prontamente eliminando las ambigüedades en plan represivo. Mientras tanto, el devenir de la lucha antiherética explica las preocupaciones de los decretistas⁴⁵. Será tarea de los concilios de la segunda mitad del s. XII, como el de Letrán III (1179) o el de Verona (1184), la de generalizar como norma la excomunión *latae sententiae* para cualquier caso de herejía⁴⁶. Ello explica por qué los reparos que señala el texto graciano son desestimados por la Glosa ordinaria que, al asimilar herejía vieja y herejía nueva y al avalar la excomunión *latae sententiae*, vuelve sinónimos a hereje y a excomulgado⁴⁷.

44 Conf. VODOLA (1986: 117): “Writing just as the heresy crisis was beginning –when tolerating heretical prelates was still conceivable– Gratian debated whether a heretical bishop could validly excommunicate; he concluded that orthodox Christians must respect an excommunication imposed by a heretic to discipline a criminal. But this was true only if the bishop had not yet been excommunicated: when Gratian wrote, only those who subscribed to doctrines already condemned as heresy were ipso facto excommunicated”.

45 Conf. la suma de Simon de Bisignano ad C. 24, q. 1, c. 35: “Hinc uidetur innui quod si hereticus aliquem excommunicat uel degradat, quamdiu eius heresis latet, quod sententia eius teneat, etsi non possit hoc de iure merito facere, sed de officio quo nondum est iudicio ecclesie spoliatus. Cum uero publice contra fidem aliquam predocet et predicat tunc, ut quibusdam placet, eo ipso est depositus et neminem potest eius sententia absolvere et ligare, sed quoniam, quanto heresis serpit occultius, tanto grauius Dominicam uineam in simplicibus demolitur. Inde est quod in odium et detestationem heretice prauitatis quidam dicunt specialiter esse statutum ut sententia heretici, licet occulti, nullus possit absolui uel excommunicationis uinculo innodari. Et sic exponunt hanc litteram: maxime ex quo talia ceperunt predicare, sed quasi idem est et si ante”, *Summa in Decretum Simonis Bisinianensis*, Petrus V. Aimone (ed.), Friburgo, 2007.

46 Huguccio (... 1210), comentarista del *Decretum* posterior al cambio de normativa en este punto, señalará que el canon que establece la excomunión *latae sententiae* ya funciona como la admonición requerida para la determinación de la herejía. Conf. VODOLA (1986: 31)

47 Glosa ad C. 24, q. 1, dac. 1: “In hac quaestione dicunt quidam, quod si haereticus excommunicat alium haereticum ualet, [...] sed qualiter intelligatur illud c. dicit § qui sequitur illud c. Alii cum Gratiano distinguunt an veterem haeresim iam damnatam sequatur, & tunc non ualet, an nouam confingat: & tunc potest [...] quia adhuc toleratur ab ecclesia. sed tu dic indistincte, qui siue veterem siue nouam sequatur, excommunicatus est, licet sit occultus: & ideo aliud tamen quae agit, tenetur dum toleratur [...]. Sed & sententia excommunicationis, quam tulit, toleranda est, dum ipse est occultum, licet sit nulla”.

Estos desacoples explican a nuestro entender por qué la Glosa entiende al *casus* de C. 24 solo en clave de herejía oculta y esta lectura uniforme nos resulta relevante por varias razones. En primer lugar, señala el avance de la represión de la herejía y la eliminación de resquicios o nichos de tolerancia que todavía podían pervivir en la primera mitad del s. XII, siguiendo así los ritmos de lo que Moore dio en llamar la “guerra contra la herejía”⁴⁸.

Por otro lado, este proceso sirve para repensar los devaneos de los canonistas en la segunda mitad del s. XII (como en el caso señalado por Bassano de las distinciones que se hacen operar en las argumentaciones pero que se yuxtaponen confusamente: herejía oculta/manifiesta; herejes regularmente/irregularmente ordenados; herejía tolerada/no tolerada⁴⁹) y visualizarlos no solo como parte de la construcción del armazón jurídico montado contra el desafío herético sino también en función de la definición jerárquica de las jurisdicciones eclesiásticas.

El análisis de este texto, clave en la historia del derecho canónico y crucial en la construcción de la legitimidad de la persecución contra los herejes en la Baja Edad Media, permite, por un lado, discernir la complejidad de la definición jurídica de herejía. Pero por el otro también grafica la importancia creciente que tomará el factor de lo oculto en la cultura jurídica bajomedieval y tempranomoderna. En efecto, es la razón, creemos, para que los juegos de interacción entre texto y glosa (la cual bajo la mecánica del comentario sabe imprimir un sentido, a veces antitético, al presentado en el cuerpo del texto glosado) “repongan” retroactivamente lo oculto en el texto graciano: de esta manera el “hereje oculto”, agazapado en la glosa, termina subiendo al escenario imponiendo su presencia.

En suma, en esta resignificación del texto de Graciano que lleva adelante la Glosa Ordinaria podemos percibir un momento inicial del proceso de “naturalización” de una idea de herejía oculta, una herejía que pudiera existir sin contar con los requisitos de publicidad esperables para la comisión de este crimen y que pudiera hacer de lo oculto, no unas circunstancias fácticas que eventualmente rodearan a un suceso, sino un rasgo que determina una tipología represiva.

48 Conf. MOORE (2012).

49 Conf. BASSANO (2011: 561).

Entre el seguidor y el hereje interno

El cruce deseado entre la historia de la herejía oculta y el marco historiográfico dado por los estudios sobre la creencia medieval, nos lleva a repensar una categoría que en principio es ajena a la del hereje oculto pero que hace al aparato conceptual con el que abordamos la cuestión. La distinción entre *heretici* y *credentes* que se establece en la normativa papal de lucha contra la herejía al alcanzar a un conjunto más amplio de *fautores haereticorum* nos obliga a interrogarnos si estos “creyentes” vienen definidos por la simple adhesión personal interna (¿incluso la oculta para todos?) o su entidad debe ser comprendida en función de una serie de acciones que los delate como simpatizantes, acólitos, etc. En suma, se trata de pensar con qué categorías se ha de conceptualizarlos y considerar cómo incidirían éstas en una historia de la herejía oculta.

Durante la segunda mitad del s. XII y primera mitad del XIII una serie de cambios, paralelos y concomitantes, afectó a la relación entre las jerarquías eclesiásticas y el común de la feligresía: fue el momento en el que, como segunda fase de Reforma Gregoriana, la voluntad de adecuar los comportamientos de los laicos a los códigos éticos de la Iglesia dejó de focalizarse exclusivamente en la élite aristocrática para alcanzar a otros sectores de la sociedad, empresa para la que fueron cruciales las nuevas modalidades tanto de la predicación como de las prácticas penitenciales, en proceso de cambio también en esta época⁵⁰. En lo que concierne a la represión de la herejía, la Iglesia adoptó una nueva escala de acción, alcanzando a más cuotas de población sospechosas de dar cabida a los herejes y dando lugar a la implementación de toda una batería de normativas, instituciones y estrategias de reabsorción o de exclusión que, como sabemos, derivará en la regularización de la persecución desde mediados del s. XIII.

En este panorama la historiografía ha señalado dos importantes cambios en la política antiherética de la Iglesia. En primer lugar, la normativa eclesiástica asiste a un cambio en su lenguaje y enfoque respecto de las herejías

50 En el marco de un proceso calificado de “mutación en la catequesis” por VAUCHEZ (1988: 389). Sobre los cambios en la predicación, conf. los trabajos reunidos en AA. VV. (1981). Sobre el sacramento de la penitencia, conf. los trabajos reunidos en GROUPE DE LA BUSSIÈRE (1983), AA. VV. (1986) y FIREY (2008). También conf. entre otros MICHAUD-QUANTIN (1962), VOGEL (1982), MANSFIELD (1995), VON MOOS (1995-1996), GOERING (2004) y CASAGRANDE (2011).

que condena: se trata de un nuevo abordaje que subordina las especificidades de cada grupo disidente a la configuración de una imagen general, proceso que se traduce en la conversión de múltiples herejías singulares en *la* herejía⁵¹. Esta generalización del enemigo herético, que encuentra su formulación simbólica más eficaz en la imagen de las zorras de Sansón atadas por el rabo, supuso postergar a un segundo plano la descripción de los errores doctrinales de cada herejía y subsumirlos en conjunto a una discordancia o desobediencia frente a los artículos de fe que ahora la Iglesia se encarga de explicitar en sus concilios y que espera ver reproducidos por los fieles en cada celebración de la misa con el recitado del Credo⁵².

En segundo lugar, la política eclesiástica comienza a discernir como satélites de estos *heretici* “generalizados” a toda una constelación de figuras que implican, podríamos decir, nuevos tipos penales que acompañan a quien comete crimen de herejía. Varios son los hitos que marcan esta normativa que expande su radio de acción más allá de los herejes propiamente dichos para abarcar también a quienes los defienden, los favorecen, los ocultan, etc. Así en el II Concilio de Letrán de 1139 se hace mención de los *defensores* de los herejes a quienes se vuelve a condenar en 1179 en III Letrán (c. 27) donde también se incorpora a los *receptatores*. Es en el c. 3 de IV Letrán de 1215 donde la enumeración de estas figuras satélites termina de cuadrar al ingresar su texto luego en la recopilación del *Liber Extra* de Gregorio IX en 1234 (*Excommunicamus*)⁵³. Junto a quienes defienden y reciben a los herejes aparecen nombrados allí también quienes los favorecen (*fautores*) y quienes creen en ellos (*credentes*). Se trata de unas denominaciones cuyos referentes,

51 Cabe aclarar que no parece ser un proceso privativo de esta época. En un mismo texto, la compilación de ZERNER (1998), dos de los participantes, J.-P. Weiss y M. Lauwers, señalan para épocas distantes el mismo viraje de una definición centrada en los herejes a otra con eje en *la* herejía.

52 Sobre la definición “negativa” de la herejía en función de la enunciación del Credo, conf. SACKVILLE (2011: 92-93). Sobre el papel del Credo en la transformación de las prácticas de predicación en el s. XIII, conf. SCHMITT (1981).

53 X 5, 7, 13: “Credentes praeterea, receptatores, defensores et fautores haereticorum excommunicationi decernimus subiacere, firmiter statuentes, ut, postquam quis talium fuerit excommunicatione notatus, si satisfacere contempserit infra annum, ex tunc ipso iure sit factus infamis, nec ad publica officia seu consilia, nec ad eligendos aliquos ad huiusmodi, nec ad testimonium admittatur”, en *Corpus Iuris Canonici*, editio Lipsiensis secunda post Acuilii Ludovici Richteri curas instruxit Acuilii Friedberg, Graz: Akademische Druck. u. Verlagsanstalt, 1958.

en su mayoría, son autoevidentes pero esto no implica ausencia de dudas en tiempos posteriores tal como lo señala la literatura de consultas legales que prolifera en estos años en torno de cómo entender cada categoría y, en especial y por eso nos importa, la de los *credentes* (entre tales consultas se destacará la elaborada por Guy Foulques, futuro papa Clemente IV⁵⁴). Esta enumeración de “sostenes de los herejes” se completa y explica más en las disposiciones de un concilio regional, el de Tarragona de 1242. Varios concilios regionales abordan esta cuestión en la primera mitad del s. XIII pero el de Tarragona sobresale en este conjunto por contar en su redacción con la participación de Raimundo de Peñafort, responsable del tono legal que asumen los cánones de este concilio⁵⁵. De esta manera, la lista de figuras relativas a la herejía se define en un septenario: *heretici, credentes, suspecti, celatores, occultatores, receptatores, defensores, relapsi*. Salvo los primeros y los últimos, a todos les cabe la calificación de *fautores*⁵⁶. La enumeración de categorías heréticas será retomada en 1252 por el papa jurista Inocencio IV en su famosa bula *Ad extirpanda* y también por su sucesor Alejandro IV en un texto luego integrado en 1298 en el *Liber Sextus* de Bonifacio VIII (*Sext.*, 5. 2. 2, *Quicumque*).

La relación entre los herejes propiamente dichos y las categorías menores será objeto de diversas consultas legales y una preocupación de los distintos textos que provienen del ámbito inquisitorial. Dos características tomaremos aquí. Por un lado, la subsidiariedad de los *fautores* respecto de los herejes que opera sobre una clara relación de exterioridad: las diversas categorías se definen en función de los herejes de quienes se distinguen como de un otro. Este carácter accesorio o auxiliar aparecerá graficado en una serie de metáforas vegetales o corporales como las que rescata Riccardo Parmeggiani en las predicaciones de Rolando da Cremona⁵⁷: los *credentes* y *fautores* aparecen allí

54 Guy Foulques, *Quaestiones quindecim ad inquisitores*, publicado en Cesare Carona, *Tractatus de Officio Sanctissimae Inquisitionis et modo procedendi in causis fidei*, Cremona, 1641.

55 Conf. SACKVILLE (2011: 95)

56 “Fautores credimus posse dici omnes supradictos secundum magis et minus, vel etiam qui alias quocumque modo eis dederunt auxilium, consilium vel favorem. Et omnes fautores credimus posse dici suspectos, ita quod debent se purgare et abjurare heresim et omnem fautoriam. Et debent ministri Ecclesie reconciliari”, Raimundo de Peñafort, “Directorio para uso de inquisidores aragoneses” de 1242 (Bibl. de Dôle, ms. 109, p. 5, anc. vol. XIV-XVIII, Bibl. Nat., Doat, XXXVI, fol. 226 v.), publicado en M. Douais, *L’Inquisition. Ses origines, sa procédure*, París: Librairie Plon, 1906, p. 277.

57 Conf. PARMEGGIANI (2009: 45-46)

como frutos de la planta de raíz herética, como dientes delanteros que preparan la masticación de los molares (los herejes propiamente dichos), como la nervadura de los testículos del Diablo de cuyo cuerpo los herejes conforman la cola, etc. Por el otro lado, la diferencia y separación entre *heretici* y *fautores* se asienta sobre otro rasgo definitorio de los segundos que podemos ver reflejado en una frase del texto de Raimundo de Peñafort, “secundum magis et minus”, es decir, su gradualidad⁵⁸. En efecto, la noción de *hereticus* supone, como explica Lucy Sackville, un régimen binario que establece que alguien es o no es hereje, mientras que en las otras categorías entra a jugar la posibilidad de estar más o menos implicado. Este doble régimen se funda sobre operadores distintos: mientras que el hereje se define en función de su error y, sobre todo, de su persistencia en él (“videtur quod heretici sint qui in suo errore perdurant”, dice Raimundo de Peñafort), sus cómplices se determinan al cometer determinados actos: *recipere, occultare, celare, defendere*, etc.

Ahora bien, de acuerdo con estas características se entiende por qué la figura de los *credentes* resultó siempre de una entidad problemática. Sackville, quien señala que es la única de estas categorías menores que no es de denominación autoevidente, afirma que “the *credens* is the most fluid of all the categories of heretical supporter”⁵⁹. Ello se debe a la cercanía que tiene con la de los herejes que pone en cuestión la distancia sobre la que se estructura el grupo de los *fautores*. Como dirá en el s. XIV Zanchino Ugolini en su *De haereticis*, “illis proximi sunt credentes”⁶⁰; y como dirá un siglo después el *Repertorium Inquisitorium*, “credentes haereticorum proximi sunt haereticis & pari passu ambulant”⁶¹. Esta proximidad radica en el hecho de ocupar los *credentes* un limbo entre un conjunto definido por la presencia de una creencia errónea (que los ubicaría más cerca de los *heretici* y todos los textos insisten en que por ello les caben las mismas penas, en especial después del concilio de Tarragona) y aquel otro que se determina por unos actos respecto de unos otros que son los herejes propiamente dichos (“credentes igitur dicuntur illi qui uerbis uel factis ostendunt se credere erroribus haereticorum”⁶²).

58 Conf. nota 56.

59 Conf. SACKVILLE (2011: 98).

60 En *De haereticis*, Roma, 1579, cap. III. Este texto puede aparecer en una edición veneciana de 1571 adjudicado por el editor a Juan Calderini. Conf. DIEHL (2004).

61 *Repertorium Inquisitorium*, Venecia, 1575, p. 207.

62 Zanchino Ugolini, *Tractatus, ibidem*.

Esta fluidez de la categoría de *credentes* se traduce en la multiplicación de las definiciones que circulan en tiempos medievales que se centran en elementos distintos. Así por ejemplo Vicente Hispano en su comentario al IV Concilio de Letrán describe a los *credentes* como aquellos que todavía no profesan abiertamente una herejía sino que creen que los hombres de tal secta hacen buenas obras: “qui nondum profitentur sectam aliquam, sed dicunt ‘Credimus quod homines secte illius boni sunt, quia nulla operantur nisi bona’”⁶³. Términos similares (pero sin dar cuenta de la transitoriedad que tiñe la definición de Vicente Hispano) ensaya Johannes Andrea en su glosa a X 5, 7, 15 que define a los *credentes* en función de la diferencia existente entre creer a/en los herejes y creer en los errores de los herejes: “haeretici ergo sunt, ex quo credunt errores: sed sunt alii, qui credunt haereticos bonos esse & de talibus credentibus, qui alias fidem catholicam tenent [...]”⁶⁴. Esta referencia al error ajeno (de los herejes) se contamina en un punto con la definición que de Agustín retoma el *Decreto* de Graciano y por ello se identifica al creyente como un simple seguidor de unos herejes que no parecen diferenciarse de los heresiarcas⁶⁵. Así lo podemos ver en el tratado de Zanchino Ugolini o en el *Repertorium Inquisitorum*:

Se llama propiamente creyente de los herejes a aquel que sigue el error que algún otro generó. Y esta es la diferencia entre creyentes y herejes. En efecto se llama propiamente hereje a aquel que genera un error como se pone de manifiesto más abajo y el creyente es el que adhiere al error de aquél y lo sigue. Y hay una razón: en efecto, el hereje es principio de error y el creyente aprueba aquel error que otro inventó⁶⁶.

63 *Vincentii Hispani Apparatus in Concilium Quartum Lateranense, en Constitutiones Concilii quarti Lateranensis una cum Commentariis glossatorum* (A. García y García, ed.), Ciudad del Vaticano, 1981, p. 291.

64 *ad X 5, 7, 15, In quinque decretalium libros novella commentaria*, Venecia, 1581

65 En C. 24, q. 3, c. 28. El texto de Agustín retomado por Graciano es el *De utilitate credendi*.

66 “Credens haeticorum proprie dicitur ille qui sequitur errorem, quem aliquis gignit. & haec est differentia inter credentes, & haeticos. nam haeticus proprie dicitur ille qui gignit errorem ut infra detegitur, & credens est qui adhaeret errori illius & sequitur illum: et est ratio. nam haeticus est principium erroris, & credens approbat illum errorem, quem alius inuenit”, *op. cit.*, p. 207. En su tratado, Zanchino Ugolini diferencia: «Nam gignens errorem debet proprie appellari haeticus: sed sequens errorem debet appellari credens erroris [...] Est et alia differentia: quia ille qui gignit, proprie dicitur haesiarcha: sicut ille qui defendit errorem pertinaciter”, *op. cit.*, cap. 2.

Esta problematicidad que conlleva la categoría de *credentes* se replica desde una perspectiva historiográfica y ello ocurre en función de dos escenarios distintos. Por un lado, en lo que hace a un campo más restringido de la historia de la herejía medieval, cabría la posibilidad de concebir a las menciones a los *credentes* de nuestros textos como registración de un lenguaje propio de los grupos heréticos, en particular del catarismo con su jerarquía *perfecti/credentes*. Es la opción de numerosos trabajos tradicionales sobre la herejía en el Languedoc que definen a los *credentes* como aquellos herejes que no han sido iniciados con la recepción del *consolamentum*⁶⁷. Pero esta remisión de la terminología de la normativa eclesiástica a la organización interna de las herejías resulta una operación inapropiada para otros historiadores, entre los que se destacan Mark Pegg, Julien Théry o Gabriele Zanella⁶⁸. En efecto, en los últimos años se han cuestionado algunos conceptos dados en la historia del catarismo, como su estructuración como contraiglesia, así como algunas denominaciones básicas como la de *perfectus* o incluso el mismo nombre de “cátaros”. Buscando la deconstrucción del armado discursivo de la herejía desde la jerarquía eclesiástica, se ha intentado poner de relieve el carácter de construido y persecutorio que tiene el vocabulario con el que se ha analizado a un grupo que nunca se autodenominó como cátaro, tal como se refleja en las deposiciones ante los tribunales inquisitoriales⁶⁹. Esta naturalización del lenguaje de los perseguidores lleva, por ejemplo, a perder de vista el sentido primero de *perfecti* como herejes completos, del verbo *perficere*, frente a un conjunto de valores ligados a la idea contemporánea de perfección de alguna manera insinuados en la etimología griega de cátaro, *katharós*⁷⁰. Adoptando un nuevo punto de vista, entonces, la inclusión de *credens* en la terminología con la que se trata a los herejes en el Languedoc no estaría reflejando una realidad lingüística exterior al discurso eclesiástico sino que provendría de una matriz conceptual legal con la que, precisamente, se trabaja y filtra dicha realidad.

El otro campo historiográfico en el que se puede inscribir la problemática categoría de *credentes* es, lógicamente el que atiende a la historia de la creen-

67 Por citar solo algunos de una extensa bibliografía posible, conf. D'ALATRI (1983: 214-215), DUVERNOY (1983: 199), HAMILTON (2006: 105) y TAYLOR (2006: 145-146).

68 Conf. PEGG (2001), THÉRY (2002) o ZANELLA (2007). Conf. también SACKVILLE (2011) y KOLPACOFF DEANE (2011).

69 Conf. THÉRY (2002).

70 Conf. SACKVILLE (2011: 201-202).

cia en el mundo premoderno. En una primera mirada ingenua podríamos decir que, si la herejía se define por una creencia condenada como “errónea” y si nos atenemos a la noción de creencia del sentido común contemporáneo (que a menudo se cuele en los análisis de los historiadores), no se comprendería a cuento de qué se postulaba en la Edad Media una diferencia conceptual entre herejes y creyentes. Pero si tenemos en cuenta los presupuestos de la medievística de los últimos años en lo que concierne a la historia de la creencia que insisten, como dijimos, en las modalidades de la creencia más que en sus contenidos, ¿a partir de qué conceptualización hemos de analizar la noción de *credens* que aparece en los textos medievales? Lo cierto es que el vocabulario de los especialistas muestra mucha prudencia al pronunciarse sobre el sentido de esta categoría como es el caso de Alain Boureau quien, al postular que refiere a aquellos que “sont mis à part avant l’avertissement salutaire qui les transforme, en cas de refus d’abjurer, en hérétiques proprement dits”, introduce su afirmación con un “il faut sans doute comprendre que [...]”⁷¹. Otro tanto ocurre con el texto de Sackville quien insiste continuamente en las ambigüedades y pliegues internos de su definición. Así recalará en la diferenciación que los textos ensayan entre *credere hereticos* y *credere errores hereticorum* a fin de marcar el carácter dúplice de los *credentes* que los ubica a medio camino entre los herejes propiamente dichos y las otras categorías menores: es esta proximidad al error de los herejes la que hace que un *credens* pueda ser juzgado como hereje si se prueba la elección (consciente y basada en el entendimiento) de creer en dicho error⁷².

De esta manera, el análisis (por demás lúcido) de Sackville se asienta sobre esta distinción que los textos inquisitoriales presentan entre una relación con el error que define a los herejes, por un lado, y una relación con personas (heréticas) que configura a los *credentes*, por el otro⁷³. Aunque en los textos legales o inquisitoriales el error de los herejes presenta una naturaleza más bien inmaterial dado que la atención se desplaza pronto de los errores a los comportamientos (en oposición a una lectura teológica de la herejía), el error es definido doctrinariamente por oposición al Credo. El texto de Sackville parece trabajar entonces (con importantes matices ya que distingue entre registros legales y teológicos) con una dicotomía entre creencia y prácticas interpersonales en la que se debate la figura del *credens*. Y es esta oposición la

71 Conf. BOUREAU (2002: 1481-1482).

72 Conf. SACKVILLE (2011: 191).

73 Conf. SACKVILLE (2011: 120).

que genera ruido si pensamos en las teorizaciones de la historia de la creencia en el mundo premoderno.

Estas, como dijimos, han desplazado a un segundo plano a los contenidos de la creencia para preocuparse por sus modalidades en el marco de una práctica que configura a una comunidad en una red de relaciones a través de la vinculación con un Otro divino. Pero en lo que concierne a la herejía, la presencia del error doctrinal, la *sententia* errónea de la que hablan los teólogos, parece inevitable desde el momento en que el cristianismo, a diferencia de las religiones rituales de la Antigüedad, presenta efectivamente un dogma a seguir y una institución que lo define y que proscribe sus cuestionamientos. En términos de Michel de Certeau, estamos ante la presencia de una “institution croyante” que en su accionar a) refina lo verosímil propio de una sociedad objetivándolo en artículos de fe, b) ocupa así el lugar de garante de la creencia (frente al garante indefinido de lo verosímil) en una operación cuyos costos se traducen en mayores o menores cuotas de coerción, y c) como consecuencia de esta labor institucional recorta un grupo identitario que permite el paso de un “se cree” o “hay quien cree” a un “nosotros creemos”⁷⁴. Se trata de una empresa que suele correr el peligro de desgajar una ideología que puede gastarse y ser abandonada. De todos modos, mientras no muera como una creencia nunca puede independizarse de la red de relaciones y de prácticas que le da sentido.

Desde esta perspectiva, oponer la creencia en unos enunciados (que existen en efecto) a unas prácticas relacionales parece un anacronismo. Sin embargo, es cierto que nuestras fuentes explicitan una diferencia entre una creencia en el error de los herejes (lo que indicaría más bien una adhesión a la doctrina herética: “in credentibus erroribus hereticorum; verum cum ipsi deuiant a fide heretici sunt”, en palabras de Panormitano) y una creencia en los herejes (lo que remitiría al mundo de las relaciones personales: “in credentibus hereticorum esse bonos homines & eis fauentes; non tamen credebant eorum erroribus”⁷⁵).

¿Son oponibles estas dos modalidades de creer? Una solución posible de la cuestión podría darse clausurando la discusión apelando a la polisemia intrínseca del creer en toda sociedad, rasgo que los antropólogos se encargan

74 Conf. DE CERTEAU (1981: 380-383).

75 Nicolás de Tudeschis, *Commentaria in quartum, & quintum librum decretalium*, Venecia, 1588, en su glosa a *Excommunicamus*.

de recordarnos⁷⁶ y del cual los hombres de la Edad Media son perfectamente conscientes como se puede apreciar en el *Dictionarium* de Alberico de Rosate⁷⁷. Pero, siguiendo la teorización de De Certeau, se podría continuar la reflexión a partir de dos caminos.

Por un lado, no hay por qué suponer que las referencias a un error necesariamente deban remitir a una doctrina errónea o condenada, formulable en artículos de fe. Théry recuerda que la herejía, antes de constituir un *error*, es una *aberratio in fide*, es decir, un salirse del camino correcto, un desvío acorde con el sentido etimológico dado en el verbo *errare*⁷⁸. En esta perspectiva, la errancia supone el abandono del rebaño y no una operación intelectual, un desvío *in fide* que reinstala la cuestión en el marco de las lealtades personales y la extrae del ámbito de las formulaciones mentales. Cuando Guy Foulques señala la gravedad del cargo de *credens* e incita a ser muy prudente en la fundamentación de la sentencia condenatoria porque “altum est cor hominis, & inscrutabile”⁷⁹, no está hablando en términos de una convicción sostenida por una *mens* inaccesible sino de una voluntad *scienter* que se debe discernir a la hora de castigar.

Por el otro lado, incluso dejando en primer plano el contenido de la creencia (la suma de *sententiae* dogmáticas que el hereje no puede cuestionar), se podría para el caso de los *credentes* no reducir su “creer en el error de los herejes” a una operación mental de adhesión a unos enunciados sino rescatar también el valor subversivo que ello implicaría en la configuración del “nosotros” generado por la labor institucional de la Iglesia “institution croyante”. Aquí creer en el error sería adoptar un contenido (un decir, siempre presente en los sistemas de creencia) y simultáneamente coronar el proceso de abandono de un colectivo, lazo interpersonal que no puede ser obviado si estamos hablando de la creencia medieval⁸⁰.

Como vemos, la problematicidad en torno de la categoría de los *credentes* de la normativa papal contra la herejía involucra cuestiones que exceden a una historia de la persecución religiosa en el Medioevo. De hecho, conforma

76 Conf. POUILLON (1993).

77 “Credere deum: credere deo: et credere in deum differunt”, *Dictionarium domini Alberici de Rosate iuris utriusq. monarche*, Venecia, 1573 (ed. anast. de 1971, Turín: Bottega d’Erasmus).

78 Conf. THÉRY (2002)

79 *Quaestiones, op. cit.*, q. 9, p. 459.

80 Es el sentido de las afirmaciones de SACKVILLE (2011: 121) acerca de la distinción entre error legal y error doctrinal en la definición de la creencia como un acto culpable.

un fértil campo de prueba para hacer operar nociones ensayadas en el plano teórico a fin de pensar la creencia en el mundo premoderno. En este sentido coincidimos con un punto que señalara oportunamente Jean Wirth, que el vocabulario de la creencia evoluciona hacia la sustantividad desde la Edad Media expresando ante todo la noción de creencia falsa⁸¹. En su fluidez, el *credens* parece así anticiparse por momentos al creyente moderno que en su adhesión interna a determinado conjunto de enunciados puede eventualmente prescindir de la exteriorización en una praxis cultural o relacional. Se nos revela desde esta perspectiva un parentesco estrecho entre esta figura del creyente y la del caso extremo del hereje totalmente oculto que nunca exterioriza su error *verbo vel facto*.

El caso extremo

El hereje *omnino occultus* aparece descrito en los manuales inquisitoriales como aquel que no expresa con palabras o con actos su error, como si destilara en su persona una pura creencia, incontaminada de elementos prácticos. Pero con este tipo de herejía resulta particularmente complicada su inscripción en el ámbito de un tribunal. La progresiva definición de una noción de crimen (que se distinguiera de la más genérica de pecado) supuso desde el s. XII una serie de requisitos: debía tratarse de un pecado mortal, que conformara un hecho exterior y no oculto y que generase escándalo para la Iglesia⁸². El hereje totalmente oculto por defecto falta a estas condiciones como si su crimen sin acto pudiese cometerse en un plano absolutamente mental.

Es esta compleja figura del *haereticus mentalis* la que nos suscita la pregunta acerca de su sustancia, en el sentido de si considerarla un “caso de escuela” o bien pensarla como “caso real”. En otras palabras, la cuestión de partida de estas reflexiones radica en ver si la figura del *haereticus omnino occultus* que aparece en los textos inquisitoriales remite a una “experiencia” de la práctica inquisitorial o si solo representa una ficción típica de una casuística.

¿Cuál es el interés de esta pregunta? Si las disquisiciones en torno de una herejía totalmente oculta refieren, aunque sea de manera mediata, a “casos reales”, sería dable su interpretación como un indicador de una tendencia en el proceso histórico bajomedieval (ya postulada en parte por la historiografía

81 Conf. WIRTH (1983: 11)

82 Conf. BERMAN (1996: 200 y ss.).

fía) hacia una mayor intolerancia y a un progresivo armado de los aparatos de represión⁸³. Incluso si, como apunta Grado Merlo, el armado del aparato inquisitorial se desarrolla cuando el peligro herético ha dejado de ser ya un desafío y para cumplir más bien funciones de policía⁸⁴, esta “criminalización del pensamiento” podría aparecer como un refinamiento, una etapa superior de la represión eclesiástica. En este sentido, estaríamos ante la elaboración y legitimación de la punibilidad del mero pensamiento, en abierto conflicto con los principios legales sostenidos en la época como el precepto romano *Cogitationis poenam nemo patitur*, contemplado en el Digesto⁸⁵. Ahora bien, la marcada excepcionalidad de la herejía ha sido señalada repetidas veces como un *locus* estratégico en la construcción de mecanismos de poder, al habilitar el proceso extraordinario y el consecuente incremento en las potestades de autoridades eclesiásticas y laicas. La excepcionalidad resalta la prioridad política que urge a abolir o suspender unos principios vigentes a fin de asegurar un propósito de conformación a la unidad: una excepción dada por el caso límite dentro de un régimen que ya es de excepcionalidad se vislumbra, claramente, como un terreno a explorar si se quiere avanzar sobre la cuestión de la intolerancia bajomedieval. Concomitantemente, de considerar al hereje totalmente oculto como un habitante real de los escenarios inquisitoriales, aunque sólo fuera en la realidad fantasmática de las matrices intelectivas de los inquisidores, podría servirnos para señalar otra tendencia del proceso histórico, aquella que conduce a la configuración de los hechos “religiosos” en clave dogmática o mental. El paso de una noción premoderna de creencia, ligada a la praxis y a la creación del lazo social, a una concepción moderna, pensada en términos de adhesión interna al individuo a enunciados doctrinarios enumerables y catalogables, podría encontrar en la formulación de un hereje puramente mental una suerte de primer laboratorio.

Si, en cambio, tomamos al *haereticus omnino occultus* como un “caso de escuela”, implicaría esto una perspectiva que convoca a un análisis más sincrónico que diacrónico, ligado a unas modalidades propias de determinados registros discursivos, a un tipo de operaciones supuestas en una mirada escolástica de la realidad. El planteamiento hipotético de casos extremos es un *topos* frecuente en la casuística nomológica medieval, tanto en el ámbito del derecho como de la teología. En el registro jurídico, nos dice Yan Thomas,

83 Conf. entre otros MOORE (1989), FRASSETTO (2006) y MOORE (2012).

84 Conf. MERLO (2008: 25).

85 Conf. GLÖCKNER (1989).

representa una tradición que hace del caso límite una oportunidad heurística fundamental. La casuística, entendida como el arte de la combinación de un relato, un montaje y unas referencias, se asienta en un juego de alegaciones y contigüidades que supone una práctica que, a diferencia del derecho contemporáneo, no obedece a la fuerza del precedente sino que extiende redes de analogías tejidas de un caso a otro para asociar instituciones o cosas que corresponden, sin embargo, a reglamentaciones distintas y situadas en niveles de realidad dispares⁸⁶.

Esta tradición del caso extremo puede (y suele) ser una construcción ficcional de una exageración tal que llega hasta el límite del humor consciente al plantear unas circunstancias extravagantes que desafían la aplicación de los principios establecidos para así calibrar su validez mediante las elaboraciones teóricas que sustentan las soluciones casuísticas. Veamos dos ejemplos de este extremismo que llega a la extravagancia. Uno del ámbito teológico es el que reporta Caroline Bynum en torno de la relación entre la resurrección de los cuerpos tras el Juicio Final y el canibalismo. La lectura dominante en la teología del s. XIII es la de un materialismo literal por el cual se sostiene que la reconstitución de los cuerpos será exhaustiva: la integridad de las partículas que conforman el cuerpo de la persona será reunida en el cuerpo celeste que tendrá cada uno de los justos. Pero en la misma época la influencia de los textos aristotélicos lleva a pensar las sustancias corporales como resultado de la diferenciada digestión de los alimentos. En este contexto, se plantea entre teólogos (entre ellos, Tomás de Aquino) una situación extrema, incluso morbosa, por la cual se imaginan el caso de un hombre que se alimenta exclusivamente de embriones humanos y que genera un hijo que también se alimenta sólo de embriones humanos: un caso así desafía bien la lectura materialista, bien la concepción sobre qué constituye la “verdadera naturaleza” del hombre⁸⁷. El otro ejemplo proviene del derecho canónico y es uno que utilizaba Thomas en sus clases. Se trata de una quodlibetal de Eustaquio de Grandcourt (1272-1314) por la cual se imagina el caso de *quoddam monstrum* conformado por unas siamesas que cuentan con sus respectivas cabezas, torsos y bra-

86 Conf. THOMAS (2005). Thomas trabaja a modo de ejemplo el caso de la comunidad monacal desaparecida cuyos bienes se dice que vuelven al lugar donde está situado el monasterio o, según otro tipo de solución casuística, a la persona misma del monasterio a través de la personificación del patrimonio de acuerdo con la figura del derecho romano de la sucesión yacente.

87 Conf. BYNUM (1992: 244).

zos pero que comparten el mismo par de piernas y el mismo *instrumentum generationis*. El casuista, al diseñar así a este monstruo deja ya resuelta la problemática del bautismo único o doble (dos cabezas suponen en general dos almas y mediante la fórmula “si no estás ya bautizado, yo te bautizo” se obviaba el problema del doble sacramento⁸⁸) pero deja abierta otra cuestión: ¿puede una de estas siamesas casarse? Situación imposible porque, si bien se debe asegurar el acceso al matrimonio por libre voluntad, su consumación implicaría en este caso, además de adulterio e incesto, también un impedimento de afinidad que anularía en el mismo acto el matrimonio⁸⁹. Como dice Boureau, cuando una institución como la Iglesia se hace total, puede darse el lujo de incluir al humor en su horizonte⁹⁰. Como se ve, se trata en estos dos ejemplos de ficciones absolutamente hipotéticas sin ligazón con experiencia alguna en un tribunal. ¿Deberíamos considerar desde esta perspectiva también al hereje totalmente oculto del que hablan los manuales de Inquisición?

La pregunta sobre la que gira la cuestión, caso ficcional o caso real, me parece a la vez ingenua e inevitable. Todo historiador entra en terreno hostil al plantearse cuándo y en qué términos pegar el salto del análisis de discursos a la postulación de procesos históricos. La imposibilidad del lenguaje de cubrir lo real atenta contra la pretensión de decir verdad sobre el pasado pero, ciertamente, de atenernos a esto no podríamos nunca hipotetizar cosa alguna sobre el devenir histórico. Pero la ingenuidad de la pregunta también pasa por la necesaria crítica del material de trabajo. En las casuísticas nomológicas medievales, hay ejemplos, como vimos, que son inequívocamente ficcionales, casos de escuela. Pero también se pueden detectar casuísticas que se generan por formalización de situaciones concretas como ocurre con la Penitenciaría Apostólica estudiada por Arnaud Fossier. Esta instancia del gobierno papal, producto de la centralización gregoriana y de naturaleza a la vez administrativa, judicial y pastoral, ofrece al historiador unos materiales de archivo conformados por “formularios” que revelan, como dice Fossier, una casuística “en obra”. De esta manera, se pueden identificar distintas técnicas de formalización de acontecimientos concretos que “producen” el caso a través de una desingularización y una abstracción que habilitan la operación intelectual de acercamiento a través de la calificación entre norma y vida, derecho y hecho⁹¹.

88 Conf. KÖNIG-PRALONG (2008: 17-21).

89 Citado en PIRON (2007: 6).

90 Conf. BOUREAU (1993: 84)

91 Conf. FOSSIER (2011).

No se trata allí de casos límite pero el ejemplo de la Penitenciaría nos revela que la estandarización es requisito para la aplicación a situaciones concretas, que el pensamiento casuístico es clave en el derecho, la teología y otras ramas del saber medieval y que las casuísticas se fundan sobre una relación compleja entre realidad y ficción que nos hace ver que todo caso, incluso el que se asienta sobre un suceso acontecido, es en última instancia ficcional⁹².

Es lo que plantean Serge Boarini para la casuística moral y Jean-Claude Passeron & Jacques Revel para el conjunto del pensamiento a través de casos. Así Boarini señala que aun si un caso excepcional supone una singularidad irreductible, su sustancia de hecho real no existe sino a través del discurso. En la casuística moral, el caso no surge sino en su enunciación, es decir, no es anterior a su formulación en el contexto de una confesión y el reconocimiento de una norma previa. Todo caso es un enunciado a la vez descriptivo y normativo⁹³ que se monta sobre un dispositivo lingüístico que cumple tres funciones a la vez: referencial (el caso reenvía a un hecho exterior al lenguaje), perlocutiva (el enunciado del caso es el caso mismo y lo constituye como situación a evaluar), ilocutiva (porque apela a una interacción con otros casos, normas y autoridades)⁹⁴. En su análisis sobre lo que implica “pensar por casos”, Passeron & Revel plantean que, si bien el caso tiene pretensión de dar cuenta de una experiencia, no se identifica con ella pues se procede a una selección de los datos disponibles y a una reorganización y estilización de los elementos en un cuadro conceptual. Los casos de juristas, teólogos o psicólogos no son historias sino dispositivos argumentativos destinados a convencer a comunidades de expertos o personas con poder de decisión. Por ello, la oposición entre historia y ficción pierde pertinencia desde el momento en que lo que propone la escritura de un caso es una construcción que toma la forma de una “ficción verdadera”⁹⁵.

Esta idea de una ficción verdadera, montada sobre una numerosa cantidad de operaciones discursivas que permiten instaurar un caso creando un verosímil propio (como las que estudia y enumera Jules Gritti para la casuística moral), nos plantea la cuestión de cómo interpretar las referencias a la expe-

92 Sería necesario encuadrar este tipo de operaciones con el más amplio proceso de abstracción judicial que señalara BOUREAU (2002), paralelo a los contemporáneos de abstracción escolástica y monetaria. Conf. PIRON (1998).

93 Tal como se pregunta de Gay para la casuística moderna en cuanto a si ésta expresa una norma o la fabrica. Conf. GAY (2012).

94 Conf. BOARINI (2005: 132).

95 Conf. PASSERON & REVEL (2005: 25).

riencia personal que pueden llegar a ofrecer como evidencia los inquisidores en sus textos, es decir, cómo calibrar aquellas intervenciones de la primera persona del singular, si como puro referente extratextual o como mecanismo constructor del verosímil casuístico.

En este punto se hace necesario un paneo por la literatura inquisitorial bajomedieval y tempranomoderna en torno de la cuestión de la herejía oculta con la mirada puesta en el planteamiento casuístico. Ante todo, vale aquí diferenciar entre distintos tipos de manuales de inquisición por cuanto aquellos que siguen el formato del repertorio alfabético suelen excluir los relatos sobre los que se monta cualquier casuística, no así aquellos que se estructuran en torno de *quaestiones* que pueden ofrecernos material. Así, por ejemplo, en su *De haereticis*, Zanchino Ugolini (ca. 1330) nos presenta el típico dispositivo de relato, montaje y referencias al dar cuenta del caso de un hereje oculto que se arrepiente y se confiesa con su sacerdote propio, tal como lo indica la normativa desde el IV Concilio de Letrán. El clérigo dictamina que ha pecado de herejía y lo reconduce al redil a través del arrepentimiento y la satisfacción, absolviéndolo finalmente⁹⁶. Esta historia no parece configurar un caso de herejía totalmente oculta y alguna exteriorización debió efectuar nuestro sujeto ya que tiempo después es denunciado como hereje ante las autoridades y es enjuiciado. El acusado reclama ser “pure confessus & etiam absolutus a proprio sacerdote”. Mas el inquisidor ignorará esta cuestión planteando que la confesión y la contrición salvaron a este hombre de las penas del Infierno, no así de las penas temporales por las cuales debe pagar⁹⁷. Este relato, que no

96 “Aliquis occulte incidit in errorem seu in haeresim: deinde dum assumeret poenitentiam a proprio sacerdote contulit secum de ista sua uarietate credendi: & sacerdos ille dixit eidem quod ipse erat haereticus, tenendo, & sequendo illum errorem: & reduxit eum ad tramitem veritatis [...] confessor ipse inunxit sibi poenitentiam & absoluit eum”, *op. cit.*, cap. 34.

97 “Postea tempore procedente, iste fuit delatus domino Episcopo, vel Inquisitori de hoc errore, siue tanquam haereticus: & dum proceditur contra eum, iste dicit, quod de hoc crimine, & errore fuit pure confessus, & etiam absolutus a proprio sacerdote. Modo quaeritur quid iuris. Et certe quantumcumque posset dici, quod iste foret liberatus a poena gehennae, si in hoc decederet: quia quo ad Deum esset sibi huius peccati venia tribuenda: cum fuerit emendatus, & correctus, tam per contritionem poenitentiae sibi iniunctae; quae poenitentia est perfecta [...] Tamen non erit immunis a temporalibus poenis: & sic poterit accusari & puniri”, *ibidem*. El caso del criminal absuelto en fuero penitencial luego condenado a pena temporal es un escenario frecuente en las reflexiones que llevaron a trazar la diferencia entre fuero penitencial y fuero judicial, conf. ECKERT (2011: 497).

presenta marcas que nos remitan a una experiencia metatextual, será retomado en el s. XVI por el *Theorice et praxis haereseos* de Diego de Simancas (... 1583) y aunque no pretenda tampoco ser un relato de la experiencia, de alguna manera connota cierta realidad exterior al texto cuando, al marcar la inviabilidad de la corrección fraterna con los herejes (y por lo tanto, la improcedencia del precepto del secreto), hace referencia a la facilidad con la que en la práctica los herejes ocultos fingen ser corregidos mientras se mantienen pertinaces⁹⁸.

Un caso distinto nos presenta Arnaldo Albertini (1480-1544) quien en su *De agnoscendis assersionibus catholicis et haereticis tractatus* procede a un abundante uso de la primera persona del singular. Pero el involucramiento personal de Albertini cumple menos función de testimonio de una experiencia que la de un uso asertivo por medio del cual se construye a sí mismo como autoridad en la materia. Así, cuando trata expresamente la *quaestio* de la herejía totalmente oculta, ofrece expresiones como “ut copiose ego scripsi”, “ut dixi”, etc., y, de hecho, el planteo de la cuestión misma le da a su persona un lugar central: “ad tollendum scrupulos aliquorum theologorum a quibus saepius super hoc consultus fui”⁹⁹. En términos del análisis tópico de la casuística, conformaría un caso de evaluación de la situación que Gritti llama de *casuiste-instance*, es decir, cuando el casuista no se ubica entre autoridades o bajo ellas, sino que hace también intervenir un yo como argumentación¹⁰⁰. Como decíamos, es un yo que no recuerda una situación de tribunal pero la referencia a las múltiples dudas de los colegas, ¿podría también indicar una necesidad práctica del medio inquisitorial, ajena a la situación hipotética del caso de escuela?

Una referencia extratextual mucho más clara hallamos en el *Tractatus de haereticis* de Juan de Rojas, inquisidor en Valencia y Sicilia, muerto como obispo en 1577. Tratando la cuestión del *haereticus omnino occultus*, Juan de Rojas opone los argumentos contrarios de teólogos (que sostienen la improcedencia del enjuiciamiento del hereje totalmente oculto) y de canónis-

98 “Nemo autem putet, sua correctione protinus haereticos posse conuerti: peruersi etenim difficile corriguntur, & haereticos se esse correctos facile fingunt & toties deceperunt corripientes”, *Theorice et praxis haereseos sive Enchiridion iudicum violatae religionis*, tit. 23, § 6, Venecia, 1573.

99 *De agnoscendis assersionibus catholicis et haereticis tractatus*, Roma, 1572, p. 191r. En otro pasaje: “haec quaestio circa quam aliquo modo laboravi ut satisfacerem Dominis Magistris in Theologia: quorum correctioni haec suppono”, p. 198v.

100 Conf. GRITTI (1968: 113).

tas (que postulan lo contrario). Para sancionar la incoherencia de la postura laxista de los teólogos, el texto introduce una situación hipotética por la cual los herejes ocultos arrepentidos se presentan, como es debido, ante el inquisidor para pedir absolución pero el inquisidor no podría perdonarlos dado que no serían herejes. Lo que nos interesa es que esta situación, que parece un relato imaginado funcional a la argumentación, se confirma con una referencia a una realidad extratextual a partir de la declaración del autor que se presenta como testigo visual (“ut pluries vidi”):

En efecto, se seguiría un grave absurdo (si la opinión común de los teólogos fuese verdadera), porque si alguno contrajera herejía en la mente y el intelecto, creyendo que Dios no encarnó o que Santa María no fue virgen, y no procedió al acto exterior profiriendo algo a sí o a otro sino que solo guardó en el corazón el error y la antedicha herejía, luego conducido por mejor consejo se corrigió y se arrepintió, y llegándose hasta los inquisidores de la herética pravedad (como vi muchas veces) confiesa haber tenido y creído los antedichos errores, pidiendo le sea concedida por ellos la absolución y la penitencia salvadora, ¿acaso no fue éste hereje? ¿por más que completa y totalmente oculto y mental? y por consiguiente excomulgado y que ha de ser absuelto¹⁰¹.

La detección de este tipo de intervenciones refuerza la comprensión de la ficcionalización (presente desde un inicio o resultado de un proceso de abstracción y estandarización) que parece pregnante en la casuística del hereje oculto. Pero esta percepción de la ficcionalidad ¿resuelve nuestra pregunta inicial? Es decir, aun admitiendo que no fuese sino un caso de escuela, ¿la formulación misma del caso no podría ser interpretada como indicador de una tendencia en el proceso histórico hacia una mayor intolerancia?

Una forma de complejizar la relación experiencia/ficción, amén de aquella centrada en un origen fáctico o meramente imaginativo, sería la de pensar dicha relación no en el pasado sino en sus efectos futuros. Aunque fuese un

101 “Graue enim absurdum (si communis Theologorum sententia esset vera) sequeretur, nam si quispiam in mente & intellectu haeresim contraxerit, credendo Deum non fuisse incarnatum, vel sanctam Mariam non fuisse virginem, & non processit ad actum exteriorem sibi, vel alteri aliquid proferendo, sed solum in corde errorem, & haeresim praedictam conceptam retinuit, postea vero meliori consilio ductus resipuit & poenituit, accedensque ad Inquisitores haeretica prauitatis (ut pluries vidi) confitetur praedictos errores habuisse & credidisse, petens ab eis absolutionem atque poenitentiam salutantem concedi, nonne iste fuit haereticus? quamuis omnino & totaliter occultus & mentalis? & per consequens excommunicatus, & est absoluendus”, *Tractatus de haereticis cum quinquaginta analyticis adsertationibus et privilegiis Inquisitorum*, Salamanca, 1581, fol. 25.

caso conscientemente ficticio, su tratamiento y difusión en manuales de inquisidor, ¿no le confiere al final sustancia propia en lo que a los esquemas mentales de los inquisidores se refiere? Si los discursos tienen (diferencialmente) efectos performativos, poniendo *in mundo* lo que estaba solo *in texto*, sería dable pensar que la postulación de un hereje oculto preexistente a la intervención inquisitorial opere como un mecanismo que justifica procesos y condenas en el presente. De todos modos, esta eventual performance sería de por sí complicada en función del carácter aporético del caso: ¿cómo se instituye en la realidad un hereje oculto cuando al postularlo o descubrirlo se lo oblitera como tal? Es el tipo de cuestiones que suscita esta figura y que da pie a tantas vacilaciones detectables en la documentación como cuando se postula que el hereje totalmente oculto nunca expresa su error *verbo vel facto* pero demuestra ser pertinaz o como cuando se proscribía el precepto de la corrección fraterna y se obliga a la denuncia aun en el caso de un hereje que jamás dio señales de serlo. Pero, más allá de las vacilaciones y las contradicciones de los textos, lo que debemos recordar es que el inquisidor opera con la realidad con unos recursos de los que carecen teólogos y juristas e incide en ella de múltiples maneras entre las cuales sobresale la coacción que puede forzar la adecuación de la realidad a esquemas preconcebidos.

Así como el interrogatorio inquisitorial construye la creencia herética, podemos suponer que la “normalización” de un hereje totalmente oculto que deviene habitante frecuente de los manuales de inquisidores derive a su vez del mismo tipo de intervenciones sobre la realidad. En este contexto, la literatura inquisitorial agrega al entramado discursivo que construye a la herejía un elemento nuevo (la referencia, ficcional o no, a la experiencia personal) con sugestivos efectos performativos.

A modo de conclusión

Hemos visitado en este trabajo tres formas de acceso a la cuestión de la herejía oculta que, muy lejos de agotar la cuestión, permiten más bien vislumbrar el extenso paisaje que se ha de explorar. La herejía oculta se nos presenta como una construcción con historia ligada a la dinámica de la represión bajomedieval, una historia que tras la instalación del tema en el horizonte fue desarrollándose hacia la normalización. Se trata de una problemática que en un primer momento estuvo más ligada a cuestiones de otro orden como las preocupaciones eclesiológicas de Graciano. Pero escenarios como aquel

no son totalmente ajenos si pensamos, como plantea Merlo, que la represión bajomedieval en su conjunto se deriva de una eclesiología singular, la Inquisición como monstruo que generan los sueños del papado¹⁰². En todo caso, las operaciones de la Glosa Ordinaria sobre el texto graciano nos indican el lugar que lo oculto empieza a jugar en la dinámica de la persecución y su progresiva relevancia en la justificación y armado del aparato de persecución.

Pero lo oculto no debe ser pensado como dato ontológico de una realidad independiente de todo discurso. Al contrario, trabajos como el que ensayamos sobre la casuística del caso límite nos permiten ver la importancia de los dispositivos discursivos que dan consistencia a la herejía oculta con efectos performativos de fuerte incidencia en esa dinámica represiva. Analizar la herejía oculta supone encarar el estudio de las matrices intelectivas con las que las literaturas jurídica, teológica e inquisitorial bajomedievales y tempranomodernas van construyendo su objeto. Su abordaje nos obliga a incorporar en el horizonte categorías distintas pero emparentadas desde una perspectiva como es el caso de los *credentes* así como la necesidad de afinamientos en nuestro arsenal conceptual. Las tensiones entre el plano relacional-identitario y el plano dogmático se revelan entonces como cruciales para pensar las faltas a la creencia en el mundo premoderno y para calibrar la viabilidad de unos conceptos que casos como el del hereje oculto llevan al límite su aplicabilidad.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV. (1981): *Faire Croire*, Roma.
- AA. VV. (1986): *L'aveu. Antiquité et Moyen Age*, Roma.
- ASAD, T. (1993): *Genealogies of religion. Discipline and reasons of power in Christianity and Islam*, Baltimore.
- BALBI, R. (1990): *La sentenza ingiusta nel Decretum di Graziano*, Nápoles.
- BASSANO, M. (2011): “Normativer l’anormal: l’esprit juridique des sommes anti-Vaudois de la fin du XII^e siècle”, *Revue de l’histoire des religions*, 228, pp. 541-566.
- BERMAN, H. (1996): *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México DF.
- BOARINI, S. (2005): “Collection, comparaison, concertation. Le traitement du cas, de la casuistique moderne aux conférences de consensus”, en J. REVEL ET A. PASSERON (eds.), *Penser par cas*, París, pp. 129-157.

102 Conf. MERLO (2008: 44).

- BOUREAU, A. (1993): *La Papesse Jeanne*, Paris.
- (2002): “Droit naturel et abstraction judiciaire. Hypothèses sur la nature du droit médiéval”, *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 57:6, pp. 1463-1488.
- BYNUM, C. (1992): “Material continuity, personal survival and the resurrection of the body: a scholastic discussion in its medieval and modern contexts”, *Fragmentation and Redemption: Essays on Gender and the Human Body in Medieval Religion*, Nueva York, pp. 239-297.
- CASAGRANDE, C. (2011): “Le emozioni e il sacramento della penitenza”, *Temas Medievales*, 19, pp. 23-48.
- CHIFFOLEAU, J. (1990): “Dire l’indicible. Remarques sur la catégorie du nefandum du XII^e au XV^e siècle”, *Annales E. S. C.*, 45, pp. 289-324.
- (2006): “*Ecclesia de occultis non iudicat?* L’Eglise, le secret, l’occulte du XII^e au XV^e siècle”, *Micrologus*, 14, pp. 359-481.
- CHODOROW, S. (1972): *Christian political theory and Church politics in the mid-twelfth century: The ecclesiology of Gratian’s Decretum*, Berkeley.
- CONGAR, Y. (1984): “Note sur une valeur des termes «ordinaire, ordinatio»”, *Revue des Sciences Religieuses*, 58, 1-3, pp. 7-14.
- D’ALATRI, M. (1983): “‘Eresie’ perseguitate dall’inquisizione in Italia nel corso del duecento”, en D. VERHELST & W. LOURDAUX, *The concept of heresy in the Middle Ages*, Lovaina, pp. 211-224.
- DE CERTEAU, M. (1981): “Une pratique sociale de la différence: croire” en AA. VV., *Faire Croire*, Roma, pp. 363-383.
- DIEHL, P. (2004): “An Inquisitor in Manuscript and in Print: The *Tractatus super materia haereticorum* of Zanchino Ugolini,” en S. ECHARD & S. PARTRIDGE (eds.), *The book unbound: editing and reading medieval manuscripts and texts*, Toronto, pp. 58-76.
- DUVERNOY, J. (1983): “L’acception: ‘haereticus’ (iretge) = ‘parfait cathare’ en Languedoc au XIII^e siècle”, en D. VERHELST & W. LOURDAUX, *The concept of heresy*, Lovaina, pp. 198-210.
- ECKERT, R. (2011): “Peine judiciaire, pénitence et salut entre droit canonique et théologie (XII^e s.-début du XIII^e s.)”, *Revue de l’histoire des religions*, 4, pp. 483-508.
- FIREY, A. (2008): *A new history of penance*, Leiden-Boston.
- FOSSIER, A. (2011): “La casuistique médiévale à l’œuvre. Étude comparée des formulaires de la Pénitencerie Apostolique (XIII^e-XIV^e siècles)”, *Mélanges de l’Ecole Française de Rome Moyen Âge*, 1, pp. 151-189.
- FRASSETTO, M. (ed.) (2006): *Heresy and the Persecuting Society in the Middle Ages*, Leiden.
- GAY, J. P. (2012): “La casuistique moderne entre production et expression de normes”, en V. BEAULANDE-BARRAUD, J. CLAUSTRE & E. MARMURSZTEJN (dirs.), *La fa-*

- brique de la norme. Lieux et modes de production des normes au Moyen Âge et à l'époque moderne*, Rennes, pp. 49-70.
- GOERING, J. (2004): "The internal forum and the literature of penance and confession", *Traditio*, 59, pp. 175-227.
- GLÖCKNER, H. (1989): *Cogitationis poenam nemo patitur (D. 48.19.18). Zu den Anfängen einer Versuchslehre in der Jurisprudenz der Glossatoren*, Frankfurt am Main.
- GRITTI, J. (1968): "Deux arts du vraisemblable : I. La casuistique", *Communications*, 11, pp. 99-114.
- GROUPE DE LA BUSSIÈRE (1983): *Pratiques de la confession, des pères du désert à Vatican II*, Paris.
- HAGENEDER, O. (1983): "Der Häresiebegriff bei den Juristen des 12. und 13. Jahrhunderts", en D. VERHELST & W. LOURDAUX, *The concept of heresy in the Middle Ages*, Lovaina, pp. 42-103.
- HAMILTON, B. (2006): "Bogomil Influences on Western Heresy", en M. FRASSETTO (ed.), *Heresy And The Persecuting Society In The Middle Ages*, Leiden, pp. 93-114.
- KERY, L. (2001): "La culpabilité dans le droit canonique classique de Gratien (vers 1140) à Innocent IV (vers 1250)", en J. HOAREAU-DODINEAU & P. TEXIER (ed.), *La culpabilité. Actes des XXèmes Journées d'Histoire du Droit*, Limoges, pp. 429-444.
- KÖNIG-PRALONG, C. (2008): "Évaluations des savoirs d'importation dans l'université médiévale : Henri de Gand en position d'expert", *Revue européenne des sciences sociales*, XLVI-141, pp. 11-28.
- KOLPACOFF DEANE, J. (2011): *A History of Medieval and Inquisition*, Lanham.
- KUTTNER, S. (1936): "Ecclesia de occultis non iudicat. Problemata ex doctrina poenali decretistarum et decretalistarum a Gratiano usque ad Gregorium PP. IX", en *Acta congressus iuridici internationalis VII saeculo a decretalibus Gregorii IX et XIV a codice iustiniano promulgatis*, III, Roma, pp. 225-226.
- MACERATINI, R. (2003): *La Glossa ordinaria al decreto di Graziano e la glossa di Accursio al codice di Giustiniano: una ricerca sullo status giuridico degli eretici*, Trento.
- MANSFIELD, M. (1995): *The Humiliation of Sinners: Public Penance in Thirteenth-Century France*, Cornell.
- MERLO, G. (2008): *Inquisitori e Inquisizione del Medioevo*, Bologna.
- MICHAUD-QUANTIN, P. (1962): *Sommes de casuistique et manuels de confession au Moyen Age (XIII-XVI siècles)*, Lovaina.
- MOORE, R. (1989): *La formación de una sociedad represora. Poder y Disidencia en la Europa Occidental, 950-1250*, Barcelona.

- (2012): *The War on Heresy*, Cambridge.
- MORIN, A. (2009): *Pecado y Delito en la Edad Media. Estudio de una relación a partir de la obra jurídica de Alfonso el Sabio*, Córdoba.
- PARMEGGIANI, R. (2009): “Rolando da Cremona († 1259) e gli eretici. Il ruolo dei frati Predicatori tra escatologismo e profezia”, *Archivum Fratrum Praedicatorum*, LXXIX, pp. 23-84.
- PASSERON, J.-C. & REVEL, J. (2005): “Penser par cas. Raisonner à partie de singularités”, en J. REVEL ET A. PASSERON (eds.), *Penser par cas*, París, pp. 9-44.
- PEGG, M. (2001): *The corruption of angels. The great inquisition of 1245–1246*, Princeton.
- PENNINGTON, K. (1978): “‘Pro peccatis patrum puniri’: a moral and legal problem of the Inquisition”, *Church History*, 47, pp. 137-154.
- PIERGIOVANNI, V. (1971-74): *La punibilità degli innocenti nel diritto canonico dell'età classica*, Milán.
- PIRON, S. (1998): “Temps, mesure et monnaie”, en M. PÉRÈS (dir.), *La Rationalisation du temps aux XIII^e et XIV^e siècles, musique et mentalités. Actes des rencontres de Royaumont, 1-3 juillet 1991*, Grâne, pp. 48-63.
- (2007): “Nicholas of Bar’s Collection”, en C. SCHABEL, *Theological Quodlibeta in the Middle Ages. The Fourteenth Century*, Leiden-Boston, pp. 333-343.
- POUILLON, J. (1993): *Le cru et le su*, París.
- SACKVILLE, L. (2011): *Heresy and Heretics in the Thirteenth Century: The Textual Representations*, York.
- SCHMITT, J.-C. (1981): “Du bon usage du credo”, en AA. VV., *Faire Croire*, Roma, pp. 337-361.
- (1995): “La croyance au Moyen Age”, *Raison présente*, 113, pp. 15-22.
- TAYLOR, C. (2006): “Authority and the Cathar Heresy in the Northern Languedoc”, en M. FRASSETTO (ed.), *Heresy And The Persecuting Society*, Leiden, pp. 139-194.
- THÉRY, J. (2002): “L’hérésie des bons hommes. Comment nommer la dissidence religieuse non vaudoise ni béguine en Languedoc (XII^e-début du XIV^e siècle)?”, *Heresis*, 36-37, pp. 75-117.
- THOMAS, Y. (2005): “L’extrême et l’ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue”, en J. REVEL & A. PASSERON (eds.), *Penser par cas*, París, pp. 45-73.
- VAUCHEZ, A. (1988): “Una severa normalización”, en R. FOSSIER (ed.), *La Edad Media*, t. II, Barcelona, pp. 364-406.
- VODOLA, E. (1986): *Excommunication in the Middle Ages*, Berkeley.
- VOGEL, C. (1982): *Le pécheur et la pénitence au Moyen Age*, París.
- VON MOOS, P. (1995): “Occulta cordis. Contrôle de soi et confession au Moyen Age”, *Médiévales* 29, pp. 131-140.

- WINROTH, A. (2000): *The making of Gratian's Decretum*, Cambridge.
- WIRTH, J. (1983): "La naissance du concept de croyance (XII^e-XVI^e siècle)", *Bibliothèque d'Humanisme et de Renaissance. Travaux et Documents*, 45, pp. 7-58.
- ZANELLA, G. (2007): "Eretico chi?", en *Enciclopedia del Medioevo*, Milán, pp. 591-92.
- ZERNER, M. (dir.) (1998): *Inventer l'hérésie? Discours polémiques et pouvoirs avant l'inquisition*, Niza.

PROPTER VITANDUM SCANDALUM
HISTORIA DE UNA CATEGORÍA JURÍDICA (SIGLOS XII-XV)*

ARNAUD FOSSIER
(Université de Bourgogne)

“Efecto enojoso, chocante, producido en el público por hechos, actos o declaraciones considerados como contrarios a la moral, a los usos”: he aquí el primer sentido corriente actual de la palabra “escándalo”, que parece así formar parte de la esfera de los hechos morales¹. Nos deleitamos, con una pudibundez fingida, con los periódicos “de escándalos”, nos cubrimos en una buena conciencia democrática ante tal “escándalo” político, o *denunciamos*, en el trabajo por ejemplo, el “escándalo” que descansa bajo todos los favoritismos y otros clientelismos, a los que la banalidad de las relaciones sociales debería sin embargo habernos acostumbrado². Pero el escándalo no podría reducirse a una indignación solipsista sin consecuencias. La “forma escándalo”, como dice la sociología pragmática francesa, designa la desaprobación colectiva que suscita el conocimiento público de un hecho³. La articulación entre escándalo

*Este artículo fue objeto de una primera presentación en el marco del seminario de Jacques Chiffolleau, *Procesos, procedimientos y construcciones estatales*, en la EHES, en diciembre de 2008. Quiero agradecer, por sus lecturas decisivas, a Jacques Chiffolleau, Raphaël Eckert y a Julien Théry. Soy desde luego responsable de las hipótesis propuestas y de los errores que el artículo pudiera encerrar.

1 “Scandale”, *Le nouveau Petit Robert*, París, 1996, p. 2047.

2 “La denuncia del escándalo [...] consiste siempre en develar un lazo doméstico bajo la relación cívica, en establecer y hacer manifiesta la existencia de una asociación secreta fundada sobre relaciones singulares, sean éstas familiares, amistosas, afectivas o incluso sexuales, entre personas a las que deberían unir sólo la adhesión a una causa y el respeto de la ley”, BOLTANSKI & THÉVENOT (1991: 313). Un poco después, los autores aportan este matiz que convoca a exámenes empíricos más profundos: “En estas situaciones turbias, se critica alternativamente el hecho de revelar en público y de guardar el secreto” (*ibid.*). Esta paradoja no es extraña al breve estudio histórico que pensamos llevar adelante aquí.

3 Conf. LE BLIC & LEMIEUX (2005). También BOLTANSKI ET ALII (2007), libro reciente que reúne a historiadores y a sociólogos alrededor de las cuestiones de la opinión y del espacio públicos. Que extrañamente haya sufrido una ausencia de críticas, o que el interés por estas cuestiones no se haya debilitado nunca en realidad entre algunos medievalistas especialistas en los objetos y los montajes jurídicos, es otro problema. Se admitirá que la sociología “pragmática” impulsó, con esta obra, una renovación de las interrogaciones

y “opinión pública” merece en efecto ser establecida, y los procedimientos de publicitación de un hecho –se piense en la denuncia, la difamación, o la acusación, que participan del establecimiento del hecho mismo–, retienen en lo sucesivo la atención de la historia social del escándalo⁴.

El presente estudio se sitúa no obstante ligeramente por encima de esta historia social, porque sustituye a las *prácticas* de delación, de publicitación, de circulación de la información, y más ampliamente de comunicación –prácticas a las cuales las fuentes aquí movilizadas no dan acceso⁵–, un análisis de las actividades pastorales, administrativas y jurídicas que, de fines del siglo XII a mediados del siglo XV, en Occidente, generan, rodean y portan la categoría de “escándalo”⁶. A contrapelo de la óptica dialoguista y consensualista que

alrededor de la categoría de “público”. Los participantes de *Affaires, scandales et grandes causes* establecen un puente, al menos formal, entre el chisme (forma de comunicación privada), la “forma escándalo” (que supone una denuncia y un castigo ejemplar unánimemente reconocido como legítimo) y la “forma asunto” (que supone una controversia, o al menos una defensa de sí llevada por el acusado, en la cual ciertos actores no permanecerán insensibles). Su aproximación no oculta las variantes históricas de estas tres formas. Pero la obra no propone ninguna genealogía de los términos mismos de “asunto” y de “escándalo”. Ahora bien, es más que probable que la historia de estas dos palabras nos podría informar sobre el filtro institucional de toda demanda, toda controversia o todo proceso. Ver FOSSIER (2007) para el bosquejo de una reflexión metodológica.

4 Sobre la fabricación, por la Iglesia medieval, de la opinión pública, y su movilización en el marco del procedimiento de *inquisitio*, particularmente durante los grandes procesos intentados contra los prelados por el papado, ver THÉRY (2003b) y (2008b). La historia social de la denuncia también conoce una bienvenida renovación de interés. Una jornada de estudios doctorales, coordinada por Élisabeth Luset y Julien Briand, se efectuó en la Universidad París I el 10 de noviembre de 2007, sobre este tema. En su intervención, LUSSET (2009) explica la institucionalización de la denuncia en el seno de los monasterios a través de la creación de capítulos generales en las órdenes religiosas.

5 El lector interesado encontrará no obstante con qué satisfacer su curiosidad en los trabajos pioneros de Bernard Guenée sobre la opinión pública descrita y concebida como un conjunto heterogéneo de reacciones al hecho político, en GUENÉE (2002). Sobre los canales de circulación y recepción de la información, ver BALARD (1994); LETT & OFFENSTADT (2003); HEBERT, BOUDREAU, FIANU & GAUVARD (2004) y PARENT (2007).

6 Escogemos, por defecto, hacer del *scandalum* una “categoría”, es decir un compartimento perenne del derecho, al que sólo sus usos casuísticos y jurisprudenciales dan sentido. La “noción” apunta a un grado de conocimiento rudimentario prerreflexivo y da cuenta mal, en este punto, de los usos técnicos que pueden ser hechos de un término. El “concepto” se presta mal a la flexibilidad del derecho medieval porque significa la inscripción en un sistema teórico no contradictorio. Además, la función sintética del concepto no

concede la “fama”, el “escándalo”, el caso, o el proceso, como momentos ideales de vacilación, de negociación, luego de reequilibración del orden social, privilegiaremos aquí el ángulo institucionalista, el de los montajes jurídicos, las prácticas de gobierno, las lógicas de organización social y la creación del espacio público. Según nuestro punto de vista, el escándalo no es en absoluto la indignación colectiva suscitada por un hecho moralmente reprehensible, sino una categoría jurídica cuyo alcance político se afirmó poco a poco y del que hay que intentar su genealogía. El escándalo aparece entonces en el corazón de montajes institucionales y de prácticas casuísticas, cuyos usos, en principio pastorales, pero también administrativos y jurídicos, resultan esenciales.

Más allá de estos varios prerequisites teóricos, el punto de anclaje de este estudio será documental, ya que se apoya en una investigación llevada adelante desde hace tres años sobre la Penitenciaría Apostólica medieval. Esta institución, hay que subrayarlo, no pertenece al orden jurídico y judicial secular sino que se presenta esencialmente como un “tribunal de la gracia”, que se ocupa de los pecados, y apunta a la corrección y a la conversión de los pecadores⁷. No podemos sino impresionarnos por las ocurrencias y los usos del término de *scandalum* en los documentos pontificios de la última Edad Media, y más particularmente en los formularios de la Penitenciaría Apostólica escritos en los siglos XIII-XIV. Digamos rápidamente –antes de volver sobre este punto de forma más amplia– que estos formularios compilan casos juzgados por el tribunal de la Penitenciaría para hacer de ellos modelos de redacción de cartas. Cuando un nuevo asunto se presenta, bajo la forma de una súplica

conviene cuando se trata de caracterizar un término cuyos empleos son muy a menudo casuísticos. No hablaremos tampoco de “calificación”, porque *scandalum* no describe hablando con propiedad la falta cometida (el *hecho*), sino que designa solamente los *efectos* de esa falta sobre el derecho y sobre las prácticas disciplinarias. Recientemente, Capucine Nemo-Pekelman reconoció en el “escándalo” un “estándar” jurídico, dicho de otro modo, un término “sacado de la lengua ordinaria, cuyo sentido varía según el contexto y las ideas dominantes”, sirviendo “para establecer unas reglas de derecho y para desprender unas soluciones jurisprudenciales que escapan de las exigencias de un razonamiento lógico que usa *conceptos* jurídicos”, conf. NEMO-PEKELMAN (2007: 491). Además del hecho de que el término “escándalo” no está verdaderamente, para el período que nos ocupa, extraído de lo que se podría llamar “lengua ordinaria”, hablar de “estándar” nos parece un poco anacrónico.

7 He defendido el 17 de noviembre de 2012 mi tesis de doctorado titulada *La fabrique d'un droit pontifical. Casuistique, qualifications juridiques et pratiques administratives de la Pénitencerie pontificale (début XIII^e siècle-début XV^e siècle)*, bajo la dirección de Jacques Chiffolleau, en la EHESS.

escrita o de una confesión oral, los penitenciarios del papa utilizan los formularios de casos-modelos para redactar la carta que deben enviar al suplicante. Se sirven de ellos pues para zanjar el asunto. Cada formulario se sitúa así en la bisagra de decisiones judiciales pasadas –que hacen oficio de precedente y de ejemplo– y de decisiones tomadas por la Penitenciaría en el presente. En estos formularios, los penitenciarios pontificios no vacilan en evocar el “escándalo” tanto respecto de promociones eclesiásticas fraudulentas como de taras físicas de los clérigos, de adulterios o de divorcios entre laicos.

Estos empleos variados retienen tanto más la atención cuanto que no tienen sino una relación muy lejana con el uso escriturario y luego teológico más frecuente del término “escándalo”, así como tampoco con algunos empleos detectados en el derecho público germánico de la Alta Edad Media, los cuales mencionaremos cuando tratemos la cuestión de las sanciones aplicadas en el caso de delitos o de crímenes escandalosos. Los jueces eclesiásticos y los juristas –al menos los canonistas, ya que no se encuentra, que yo sepa, ningún rastro de esta categoría en el derecho justiniano releído por los medievales– han pues revisado y considerablemente modificado el sentido de esta palabra. En cambio, el *scandalum* contribuyó seguramente a redefinir los contornos de la justicia medieval, sea ella penal, penitencial o disciplinaria. Mostraremos que esta categoría jurídica revela perfectamente la naturaleza de la actividad judicial y administrativa de la Iglesia pontificia de los siglos XIII-XIV, y constituye seguramente una matriz de la “esfera pública” medieval⁸.

LA AMBIVALENCIA DEL *SCANDALUM*: ENTRE BUEN Y MAL EJEMPLO

El escándalo: choque, “ocasión de ruina” y pecado contra la caridad

Conviene en primer lugar volver sobre las primeras traducciones del término mismo de *scandalum*. Merecería ser hecho ciertamente un estudio filológico profundo, aunque sea sólo para explicar el paso de los términos hebreos *môqes* y *miks* ol al griego *skandalôn*, luego del griego *skandalôn* al latín

⁸ HABERMAS (1993). Para discusiones de medievalistas alrededor de la tesis de J. Habermas, ver BOUCHERON & OFFENSTADT (2011); también ver MELVILLE & VON MOOS (1998) y VON MOOS (2005). La “esfera pública” medieval podría así ser definida, muy ampliamente, como el espacio institucionalizado y controlado por la Iglesia y los poderes seculares. Seguiremos aquí la idea según la cual la misma categoría de “público” se forja en los siglos XII-XIII en oposición a la de “oculto”; ver sobre este punto CHIFFOLEAU (2005).

*scandalum*⁹. En el marco de este estudio nos mantendremos en el sustantivo latino. Si el término está ausente de las obras de Cicerón o de Séneca quienes –entre otros autores– han fijado el vocabulario del latín clásico, lo encontramos en repetidas ocasiones en Tertuliano, y también en San Agustín, con el sentido de “trampa tendida a otro” o de “indignación provocada por la acción de alguien”¹⁰. San Jerónimo –que no es pues el inventor de la palabra latina– no es menos decisivo con los sentidos que le confiere. Él aproxima “escándalo” (*scandalum*) a “obstáculo” (*offendiculum*), “golpe del pie” (*impactio pedis*) u “ocasión de ruina” (*occasio ruine*)¹¹.

Esta triple equivalencia es verdaderamente fundadora, ya que la reencontramos en toda la exégesis y la literatura teológica de los siglos XII-XIII. En la Glosa bíblica particularmente, podemos leer que el escándalo es “el obstáculo, ruina o el golpe del pie”¹². En su *Apostilla* escrita hacia 1236-1239, Hugo de San Caro moviliza, también él, la equivalencia entre *scandalum* e *impactio pedis*. Compara luego el escándalo con el guijarro (*scrupulus*), que, colándose en el calzado, atormenta indisociablemente el cuerpo y la conciencia. Finalmente, vuelve sinónimos “escándalo” y “ocasión de ruina”¹³: “Pues el que

9 Para más detalles sobre las desviaciones de traducción, ver D. Pizivin, “Escándalo”, en BRIEND & COTHENET (1992: 49-66).

10 Por regla general, el término tal como Tertuliano y Agustín lo entienden podría ser traducido hoy por “indignación” cuando designa el efecto suscitado por una acción; ver Tertuliano, *De oratione*, A. Reifferscheid y G. Wissowa (ed.), Turnhout, 1890 (CSEL, 20), p. 196; Tertuliano, *De praescriptione haereticorum*, D. Schleyer (ed.), Turnhout, 2002 (*Fontes Christiani*, 42), p. 230-232; Agustín, *Epistolae*, A. Goldbacher (ed.), Turnhout, 1895 (CSEL, 34), p. 45; o por “seducción”, “provocación”, “trampa tendida a otro”, cuando designa la acción misma; ver por ejemplo Tertuliano, *La pénitence*, Ch. Munier (ed.), París, 1984, p. 174; *Sancti Aurelii Augustini Sermones de Vetere Testamento*, C. Lambot (ed.), Turnhout, 1961 (CCSL, 41), p. 472.

11 *Sancti Hieronymi presbyteri Opera. I. Opera exegetica. 7. Commentariorum in Matheum libri IV*, Turnhout, 1969, p. 129, ad Matt., 15, 12: “Scolon et scandalum nos offendiculum vel ruinam et impactionem pedis possumus dicere. Quando ergo legimus: Quicumque de minimis istis scandalizaverit quempiam, hoc intelligimus, qui dicto factove occasionem ruinae cuiquam dederit”.

12 *Glosa ordinaria*, ad Matt., 15, 12: “«Scandalisati sunt». Scandalon vel scandalum grec nos offendiculum vel ruinam vel impactionem pedis possumus dicere. Unde: qui scandalisaverit aliquem in occasionem ruine dederit”. Ver <http://143.50.26.142/listpics/listpics.asp?Dir=Inkunabeln%5CIV%5C9710> (esperando la versión digital elaborada por el equipo lionés del CIHAM).

13 *Hugonis de Sancto Caro Postilla*, Venecia, 1703, VI, p. 106, ad Marc, 9, 43-47: “«Et

escandaliza a un hermano es el que, por un dicho o un hecho, le proporciona la ocasión de la ruina”. La “ruina” en cuestión no es concebida solamente en un plano espiritual; el cuerpo se encuentra también comprometido por el escándalo. Asimismo, el uso de *impactio*, lejos de ser metafórico, bien denota la violencia hecha al cuerpo. Este sistema de equivalencias semánticas significa entonces que el escándalo pasa por un comportamiento visible, por una falta que no es puramente interior sino que se manifiesta físicamente.

Comparado con una guijarro o con una piedra, asimilado a un obstáculo, el escándalo molesta, hiere, o choca violentamente, y ello desde la traducción de la Vulgata por San Jerónimo. En los libros proféticos del Antiguo Testamento¹⁴, la “piedra de escándalo” (*petra scandali*) califica el obstáculo en el cual tropiezan todos los incrédulos; designa pues la prueba de la fe en Dios¹⁵. El profeta Isaías anuncia así la venida del Mesías:

Será un santuario, un peñasco que hace caer, una *piedra de escándalo* [subrayado nuestro] para ambas casas de Israel, una red y una trampa para los habitantes de Jerusalén. Muchos tropezarán allí, caerán y se estrellarán, serán atrapados y capturados¹⁶.

si pes etc.»). Glosa: *amicus necessarius cujus tibi quotidianus usus servit scandalon graece, offencilum vel ruina, vel impactio pedis, ut alii, scrupulus. Ille ergo scandalizat fratrem, qui ei dicto vel facto occasionem ruine praebet*”. La edición es consultable en línea gracias al apoyo de la BM de Chambéry, <http://postille.glossae.net/>.

14 Contamos, en la parte veterotestamentaria de la Vulgata, 27 ocurrencias del sustantivo *scandalum*, del verbo *scandalizare*, y sus derivados, contra 44 en el Nuevo Testamento.

15 Ver la lectura que hace Isidoro de Sevilla, en *Isidori Hispalensis episcopi etymologiarum sive originum libri XX*, W. Sr. Lindsay (ed). 1989, I, p. 267, lib. VII, 2, 40: “Lapis offensionis, que veniens humilis offenderunt in eum increduli homines, y factus es petra scandali, sicut dicit Apostolus (I corinth. I, 23): ‘Iudaeis quidem scandalum’”. Para Pedro Lombardo, Cristo es *lapis offensionis* durante la Pasión, pero *petra scandali* antes de ésta. *Petri Lombardi Collectanea in epistolas Pauli*, Migne, PL 191, col. 1471D, *In epistolam ad Romanos*, lib. I, cap. 9: “Lapis ergo offensionis dicitur Christus secundum statum quo apparuit hic Mali; petra scandali, secundum quod in futuro faciet Mali. [Orígenes] Scandalum enim dicitur cum in vía obex aliquis invenitur que gressus incedentis impediatur, quia igitur hi que erant in Sion viam bonam incedentes no, e iter perditionis concito pede currentes, Christum in futuro sentient vindicem, ideo petra scandali dicitur. Vel sicut petra dicitur ante politionem, y lapis per politionem; ita Christus y petra dicitur ante politionem, y lapis per politionem”.

16 Isaías, 8, 15: “Et erit vobis in sanctificationem in lapidem autem offensionis et in petram scandali duabus domibus Israhel in laqueum et in ruinam habitantibus Hierusalem et offendent ex eis plurimi et cadent et conterentur et inretientur et capientur”.

En el Nuevo Testamento, Jesús es claramente llamado “escándalo”, a partir del momento en que empieza su vida pública¹⁷. El escándalo crístico rompe en efecto con las costumbres de una sociedad judía fijada por la tradición y la infidelidad a los mandamientos divinos. Así como dice San Pablo: «Mientras que los judíos piden signos y los griegos están en busca de la sabiduría, proclamamos, nosotros, un Cristo crucificado, escándalo para los judíos y locura (*stultitia*) para los paganos»¹⁸. Los judíos son realmente contrariados por la vida y por la predicación de Cristo; en cuanto a los paganos, la Pasión constituye para ellos un disparate religioso e intelectual. De estas citas escriturarias podríamos concluir que el escándalo confiere un carácter positivo a aquello que designa –en este caso a Cristo–.

Pero, siempre en la Vulgata, el escándalo corresponde también a la posibilidad de actuar mal y de comportarse mal. El término es pues ambivalente. En el Sermón de la Montaña, Jesús se dirige a sus discípulos reafirmando las enseñanzas morales del Decálogo, luego previniéndoles del posible escándalo que cada uno porta en sí y consigo. El “escándalo” designa entonces la ocasión de pecar dado por el cuerpo y los sentidos:

Si tu ojo derecho fuera para ti un escándalo, arráncalo y échalo lejos de ti: porque más vale para ti que perezca uno solo de tus miembros y no que todo tu cuerpo sea echado a la gehena. Y si tu mano derecha fuera para ti un escándalo, córtala y échala lejos de ti: porque más vale para ti que perezca uno solo de tus miembros y no que todo tu cuerpo sea echado a la gehena¹⁹.

Jesús claramente amenaza de condenación eterna al hombre por quien se llega al escándalo:

Enviaré el Hijo del hombre sus ángeles, que recogerán de su Reino todos los escándalos y todos los fautores de iniquidad, y los echarán al horno ardiente, allí donde estarán los llantos y el crujir de dientes²⁰.

17 Mateo, 11, 6: “Et beatus est qui non fuerit scandalizatus in me”. “Y feliz aquel que no será escandalizado por mí”. Mateo, 15, 12: “Scis quia pharisaei, audito verbo, scandalizati sunt?”. “¿Sabes que escuchando esta palabra, los fariseos se han escandalizado?”.

18 I Cor., 1, 22-23. “Quoniam et Iudaei signa petunt et Graeci sapientiam quaerunt nos autem praedicamus Christum crucifixum Iudaeis quidem scandalum gentibus autem stultitiam”.

19 Mateo, 5, 29-30: “Quod si oculus tuus dexter scandalizat te, erue eum et proice ab te; expedit enim tibi ut pereat unum membrorum tuorum quam totum corpus tuum mittatur in gehennam; et si dextera manus tua scandalizat te, abscide eam et proice ab te; expedit tibi ut pereat unum membrorum tuorum quam totum corpus tuum eat in gehennam”.

20 Mateo, 13, 41-42: “Mittet Filius hominis angelos suos et colligent de regno eius

Según Mateo, pero también según Marco, el escándalo ocasionado por algunos debe ser severamente castigado por una pena infernal (para el caso, el ahogamiento porque evita que la sangre sea vertida)²¹.

Estos fautores de escándalo a quienes Cristo sentencia a la condenación eterna son identificados con más precisión en el Evangelio de San Mateo, cuando trata la incredulidad de los “grandes” –entendiendo los doctos, los fariseos, los saduceos–. Su impiedad amenaza contrariar, incluso influenciar, a los más frágiles en la fe²². En el *De praecepto* de Bernardo de Claraval, escrito hacia 1140-1142, es movilizada la distinción que disculpa el escándalo imputable a la ignorancia, el de los “pequeños” (de los “infirmes”), pero denuncia el escándalo generado por los fariseos, que se arraiga en la mala voluntad, o en un conocimiento superior pero desviado de las cosas verdaderas, y justifica en esto una condena sin apelación: “El escándalo de los débiles viene de la ignorancia, el de los fariseos de la malicia. Unos escandalizan, a falta de conocer la verdad, otros porque le tienen odio”²³. El escándalo claramente califica una relación truncada con la verdad, por lo tanto con la fe y con la autoridad: algunos no la conocen y son perdonables; otros la detestan y deben ser casti-

omnia scandala et eos qui faciunt iniquitatem et mittent eos in caminum ignis ibi erit fletus et stridor dentium”.

21 Mateo, 18, 6: “Autem scandalizaverit unum de pusillis istis, qui in me credunt, expedit ei, ut suspendatur mola asinaria in collo eius et demergatur in profundum maris”. “Y cualquiera que escandalizare a alguno de estos pequeños que creen en mí, mejor le fuera que se le colgase al cuello una piedra de molino de asno y que se lo ahogase en lo profundo del mar”. Marco, 9, 42: “Et quisquis scandalizaverit unum ex his pusillis credentibus in me bonum est ei magis si circumdaretur mola asinaria collo eius et in mare mitteretur”. “Y si alguno escandalizare a alguno de estos pequeños que creen en mí, mejor le fuera que se le pasara alrededor del cuello una piedra de molino de asno y se lo arrojase al mar”.

22 *Glosa ordinaria...* op. cit., ad Luc, 17, 1-3: “Sciendum cum dominus de misericordia loquere tibi pharisei avari in irrisione perseverabant in quo infirmis auditoribus scandalum ne attenderent faciebant”; y *Hugonis de Sancto Caro Postilla...* op. cit., VI, p. 234, ad Luc, 17, 1-3: “Videns ergo Dominus pusillos scandalizatos irrisione Pharisaeorum, imprecatur vae aeternum Pharisaeis, loquens specialiter Apostolis”.

23 Bernardo de Claraval, *Le précepte et la dispense*, F. Callerot, J. Miethke y C. Jacquinod (ed.), París, 2000, p. 190-191: “Sed omnium scandala aequa sunt no lanza pensanda. Encamar namque accipienda sunt scandala pusillorum y encamar Pharisaeorum, de quibus Apostolis, timentibus e intimantibus quod scandalizati essent in sermone Veritatis, responsum es: Sinite illos, caeci sunt, duces caecorum. Illorum quippe scandalum de ignorantia, istorum de malitia descendió. Illi scandalizantur, quia veritatem nesciunt; isti, quia oderunt”.

gados. El escándalo se anuncia también como atentatorio a la caridad, ya que consiste en poner en peligro la salvación de su prójimo.

La teología escolástica da cuerpo considerablemente a estas oposiciones y construye al *scandalum* como la amenaza por excelencia contra la *caritas*²⁴. En su Comentario a San Pablo, Pedro Lombardo pone explícitamente espalda contra espalda al escándalo y a la caridad²⁵. Siguiéndolo, la mayoría de los representantes de la escolástica, Pedro el Chantre en particular, definen al escándalo como el hecho de incitar al prójimo al pecado; más todavía, como el ataque a la *caritas*, dicho de otro modo, a la cohesión de la comunidad cristiana. Roberto de Courson explica por ejemplo que más vale morir que escandalizar al prójimo cometiendo un pecado mortal. Respecto del predicador desvalido que podría tener la tentación de robar su alimento, el teólogo escribe:

24 Sobre este concepto medieval fundamental, así como sobre los cuadros intelectuales e institucionales que permitieron pensarla, ver PÉTRÉ (1948); BUISSON (1982); GUERREAU-JALABERT (1995) y de la misma autora, “*Caritas*. Buena amor para la Edad Media, un valor englobante”, intervención en el seminario dirigido por C. Gauvard y R. Jacob, sesión del 16 de enero de 2001: “La *caritas* es el modelo del lazo social a una sociedad de este mundo estrechamente articulada al más allá, siendo este más allá la verdad de la sociedad, el modelo y el fin último de este mundo”, citado por SÈRE (2007: 252). B. Sère muestra que la teología escolástica, de Alberto el Grande y de Santo Tomás en particular, revisitó la patrística que hacía de la caridad una virtud teologal, y definió esta última como el amor de Dios mediado por el amor del prójimo.

25 *Petri Lombardi Collectanea in epistolas Pauli ...* op. cit., col. 1513D-1514A, *In Epistolam ad Romanos*, lib. I, cap. 14: “Dimittatur ne scandalum passus a charitate que est mater omnium virtutum recedat. Rom., 14, 20-21: Noli propter escam destruere opus Dei omnia quidem munda sunt sed malum est homini qui per offendiculum manducat. Bonum est non manducare carnem et non bibere vinum neque in quo frater tuus offendit aut scandalizatur aut infirmatur”. De la misma manera, en la Epístola a los Corintios el Apóstol apela a los cristianos a no escandalizarse los unos a los otros, a obrar caritativamente, a no contrariar al prójimo por sus prácticas alimentarias, I Cor., 8, 12-13: “Sic autem peccantes in fratres et percutientes conscientiam eorum infirmam in Christo peccatis. Quapropter si esca scandalizat fratrem meum non manducabo carnem in aeternum ne fratrem meum scandalizem”. En su comentario a San Pablo respecto de las prohibiciones alimentarias, Pedro Lombardo opone él también el escándalo a la caridad, en *Petri Lombardi Collectanea in epistolas Pauli...* op. cit., col. 1517A-1517B: “Quasi dicat: ideo ne ponas offendiculum vel scandalum fratri, quia si propter cibum frater tuus, non dico scandalizatur, sed, quod minus est, saltem contristatur, jam ex hoc solo patet quod non ambulas secundum charitatem. In quo peccas, scilicet quod non ambulas secundum charitatem”.

Tomemos a un predicador que no tiene de qué vivir, que predica sólo a los perros, a los cerdos y a los herejes. Un escándalo muy grave nace y un ejemplo de codicia se da si comienza a mendigar lo que sea a aquellos que lo escuchan. ¿Qué debe hacer? Vive en un estado de extrema necesidad y no tiene ningún otro medio de sobrevivir; pero él sabe que es preferible morir de hambre más bien que alimentarse de la carne de los ídolos o de todo otro alimento que escandalizaría a uno de sus hermanos. Debe pues exponerse a la muerte más bien que escandalizar, por su alimento, a los que están sometidos a su autoridad²⁶.

El escándalo se opone radicalmente a la caridad, porque provoca la pérdida de referencias morales y constituye, en este punto, la posibilidad permanente de la indisciplina o de la desobediencia. Hugo de San Caro, en su *Apostilla*, fija para la tradición amplios desarrollos alrededor de la pareja escándalo/caridad. Respecto de los “pequeños” que creen en Cristo pero son contrariados por los fariseos, él escribe lo siguiente: “Por ahí, hace falta entender que tienen la fe y la caridad. Pueden pues ser escandalizados en el camino de la fe y de la caridad. Y es claro que es peor escandalizar a alguien que se tiene en pie que alguien que ya ha caído”²⁷. En 1272, Santo Tomás de Aquino enuncia de la manera más clara posible la antinomia: “Es a la caridad que el escándalo parece oponerse muy especialmente”²⁸. En teología, el escándalo perjudica a la *caritas*.

Ahora bien, es nuestro propósito mostrar la manera en la que, en los siglos XII-XIII, dos esferas de pensamiento y de acción comenzaron a coexistir: por

26 *Summa celestis philosophiae*, 25, 20, Ms. P 1 (París, BN, Lat. 3258), fol. 127v, citado por COUVREUR (1961: 187), n. 128: “Ecce aliquis predicator non habet unde vivat; canes et porci et heretici admixti sunt quibus predicat. Gravissimum orietur scandalum et ipse cupiditatis fiet exemplum si aliquid suma a subditis. Quid faciet? Ipse est in extrema necessitate et non habet alias unde vivat et ipse scit quod satius est fame mori quam idolytho vesci vel quocumque cibo cum scandalo fratris. Ergo debet potius se morti exponere quam cibo suo subditos sibi scandalizare”.

27 *Hugonis de Sancto Caro Postilla...* op. cit., VI, p. 61, ad Matt., 18, 6-7: “«Qui autem scandalizaverit unum de pusillis his». Id est humilibus et tamen infirmis. «Qui in me credunt». Per quod notatur, quod habent fidem et charitatem et possunt ita scandalizari in via fidei, et charitatis. Et hoc patet, quod pejus est scandalizare stantem, quam jam lapsam”.

28 ST, II, II^{ae}, q. 43: “Sed contra caritatem specialiter scandalum esse videtur”. Y II, II^{ae}, q. 43, a. 2: “Quia vel ipsum opus quod facit est peccatum: vel etiam, si habeat speciem peccati, dimittendum est semper proximi caritatem, ex qua unusquisque conatur saluti proximi providere; et sic qui non dimittit contra caritatem agit”. Ser caritativo hacia su prójimo, no es escandalizarlo. A la inversa, escandalizar al prójimo es actuar contra la caridad, es poner en peligro su salvación.

un lado, aquella del “lazo social” concebido bajo el modo de la caridad cristiana, que se encuentra en las fuentes teológicas y exegéticas hasta aquí evocadas; por el otro, aquella de un “espacio público” delimitado por el control disciplinario de la Iglesia, esfera que se dibuja en la lectura de las fuentes jurídicas, judiciales y administrativas. La categoría de escándalo se sitúa, según nuestro punto de vista, en la juntura de estos dos dominios de pensamiento y de acción, los cuales corresponden a dos maneras (compatibles) de gobernar a los hombres.

El escándalo: mostrar el mal ejemplo

La coexistencia de estas dos esferas se manifiesta perfectamente a través de la articulación fundadora entre “escándalo” y “ejemplo”. La noción de ejemplo irrumpe en el marco de la oposición escolástica entre el escándalo “activo”, ejercido por alguien sobre otro, y el escándalo “pasivo”, sufrido y consentido por alguien. Guillermo de Auxerre, uno de los maestros parisinos más renombrados del último tercio del siglo XII, afirma lo siguiente: “El escándalo pasivo es aquel en el que alguien padece, porque se precipita en el pecado siguiendo el *ejemplo* de otro» [subrayado nuestro]²⁹. Según Guillermo, el pecado de alguien puede devenir, desde que es conocido, en un mal *ejemplo* que otro no puede evitar seguir. Unos años más tarde, Tomás de Chobham, jurista, maestro de teología en París, luego vicedeán del capítulo catedralicio de Salisbury, hace descansar también su definición de escándalo en la noción de ejemplo. Redacta su *Summa confessorum* justo después del cuarto concilio de Letrán (1215) y lo cierra con una última distinción titulada *De scandalo*, en la cual escribe:

El que hace el escándalo es el que incita a otro a pecar o le da el ejemplo de pecar. El que sufre el escándalo y se encuentra escandalizado es el que es impulsado por otro a pecar [...]. Cuando un fornicador fornicar de la misma manera que alguien a quien viera fornicar, su fornicación es llamada escándalo pasivo, porque se origina en otra fornicación³⁰.

29 Guillermo de Auxerre, *Summa aurea*, J. Ribaillet (ed.), París-Grottaferrata, 1986, II, p. 1014: “Scandalum passivum est, quo aliquis leditur ruens in peccatum exemplo alterius”.

30 Tomás de Chobham, *Summa confessorum*, F. Broomfield (ed.), Lovaina, 1968, p. 566, *Distinctio XXX*. De scandalo: “Ille enim facit scandalum qui instigat alium ad peccandum vel dat ei exemplum peccandi. Ille autem patitur scandalum et scandalizatur qui per alium commovetur ad peccandum. [...] ut cum aliquis fornicator quando videt aliquem

A lo largo del siglo XIII, reencontramos, con variantes, esta distinción entre escándalo “activo” y escándalo “pasivo”. Hugo de San Caro glosa así un pasaje de Mateo:

Asimismo, hay que anotar que el escándalo es doble: activo y pasivo. Un dicho o un hecho menos recto es llamado activo, allí donde alguien escandaliza a otro, dándole así la ocasión de la ruina. El escándalo pasivo es doble: desde el punto de vista de la acción, cuando el ejemplo de alguien incita al pecado (es entonces llamado pasivo, no en razón de su carácter pasivo, sino porque él se deriva de la acción de otro); y desde otro punto de vista, se llama escándalo pasivo el daño causado en quien ha sido incitado al pecado³¹.

El maestro Alejandro de Hales, en sus *Quaestiones disputatae*, luego en su *Summa*, justifica que se hable de dos escándalos bien distintos. Según él, “actuar” y “sufrir” no pueden ser puestos en el mismo plano; ellos no tienen claramente la misma gravedad³². Se reencuentra allí la ambivalencia funda-

fornicari et ipse similiter fornicatur, fornicatio eius dicitur scandalum passivum quia habuit originem ex alia fornicatione”.

31 *Hugonis de Sancto Caro Postilla...* op. cit., VI, p. 61, ad Matt., 18, 6-7: “Item nota quod est duplex scandalum, activum et passivum. Activum est dictum, vel factum minus rectum, quo aliquis alium scandalizat dans ei occasionem ruinae. Passivum dicitur dupliciter. Uno modo actualiter, quo ruit in peccatum exemplo alterius, et dicitur passivum, non quia passio sed quia ab actione illatum. Alio modo dicitur scandalum passivum ipsa laesio irruentis: cum comedo carnes, alius murmurat et iudicat, vel male dicit, et sic amittitur, vel remittitur charitas ejus, ipsa murmuratio vel iudicium vel maledictio, vel irritatio sunt scandalum, vel amissio, vel laesio charitatis est scandalum, utrumque passivum, sed et aliter, quia primum dicitur passivum, quia illatum ab actione, secundum dicitur passivum quia passio est illata vel ipsa comestio, qua tu offenderis, dicitur scandalum activum, quo ego te scandalizo. Nota ergo, quod cum scandalo activo omnino nichil faciendum est, pro scandalo vero passivo aliquando bonum dimittendum est, aliquando non”.

32 *Alexandri de Hales Quaestiones disputatae*, I, Florencia, 1960, p. 486: “... et ita scandalum activum et passivum possunt convenire ad unam rationem, non tamen ad unum genus in ratione. Possunt tamen convenire ad unum genus moris, et sic possunt communicare in una ratione per prius et posterius, ut per prius conveniat scandalum dicto active, per posterius dicto passive; et sic deceptio commune est, et impactio, et unum refertur ad materialem dispositionem, aliud ad formalem”. *Alexandri de Hales Summa theologica. Secunda pars secundi libri*, III, Florencia, 1930, p. 821, Inq. III, Tract. VIII, Sect. II, Qu. I: “Ad quod respondetur quod maius est scandalum activum, faciendo comparisonem in genere, et hoc modo proponuntur rationes pro illa parte. Potest tamen scandalum passivum in aliquo subiecto esse magis periculosum quam activum in alio. [...] Respondeo ad hoc quod, omnibus aliis circumstantiis paribus,

dora de la palabra “escándalo”, que explica por qué los escolásticos han elegido disociar el escándalo “pasivo” del escándalo “activo”.

Según Santo Tomás de Aquino, el escándalo “activo” ocasiona un daño espiritual en otro, mientras que el escándalo “pasivo” es el daño espiritual del prójimo³³. El escándalo activo es doble, sea que el autor de la acción le haya dado voluntariamente a otro una ocasión de pecar, por la persuasión, por el consejo o por el mal ejemplo; sea que lo que se ha dicho, hecho u omitido no fuera pecaminoso en sí, pero revista sin embargo las apariencias del mal³⁴. El escándalo pasivo corresponde al pecado ocasionado. Pero, precisa Santo Tomás, el escándalo activo puede bien existir sin que haya escándalo pasivo y a la inversa. El lazo entre ambos no es lógico ni causal. En efecto, un pecado cometido en público no constituye siempre un escándalo, porque aquellos que lo vieron cometer pueden ser suficientemente aguerridos espiritualmente como para no reproducirlo³⁵. A la inversa, muchas acciones que no son “en sí” pecaminosas dan lugar a veces al escándalo pasivo, “por accidente”. Quien actúa con rectitud no da ocasión de pecar a su prójimo, pero este último puede igualmente encontrar allí una razón para pecar³⁶.

gravius est scandalum activum quam passivum, possunt tamen in casu esse excedentia et excessa”.

33 ST, II^a, II^{ae}, qu. 43, art. 2: “Respondeo dicendum quod, sicut iam supra dictum est, duplex est scandalum, scilicet passivum, in eo qui scandalizatur; et activum, in eo qui scandalizat, dans occasionem ruinae. Scandalum igitur passivum semper est peccatum in eo qui scandalizatur, non enim scandalizatur nisi in quantum aliquo modo ruit spirituali ruina, quae est peccatum. Potest tamen esse scandalum passivum sine peccato eius ex cuius facto aliquis scandalizatur, sicut cum aliquis scandalizatur de his quae alius bene facit. Similiter etiam scandalum activum semper est peccatum in eo qui scandalizat. Quia vel ipsum opus quod facit est peccatum, vel etiam, si habeat speciem peccati, dimittendum est semper propter proximi caritatem, ex qua unusquisque conatur salutem proximi providere; et sic qui non dimittit contra caritatem agit. Potest tamen esse scandalum activum sine peccato alterius qui scandalizatur, sicut supra dictum est”.

34 *Ibid.*, art. 1: “Et similiter in processu viae spiritualis contingit aliquem disponi ad ruinam spiritualem per dictum vel factum alterius: in quantum scilicet aliquis sua admonitione vel inductione aut exemplo alterum trahit ad peccandum. Et hoc proprie dicitur scandalum. [...] Quamvis enim hoc secundum se non sit peccatum, si aliquis hoc non corrupta intentione faciat; tamen quia habet quandam speciem vel similitudinem venerationis idoli, potest alteri praebere occasionem ruinae”.

35 *Ibid.*, art. 1: “Quandoque vero est scandalum activum sine passivo: puta cum aliquis inducit verbo vel facto alium ad peccandum, et ille non consentit”.

36 *Ibid.*, art. 1: “Per accidens autem aliquod verbum vel factum unius est alteri cau-

Es claro, las ramificaciones propias de la casuística escolástica introducen matices importantes allí donde la exégesis permanecía muda. El Aquinate estabiliza por cierto la definición teológica tradicional –el escándalo es un acto que proporciona al prójimo la ocasión de una caída– pero insiste sobre todo en la exterioridad de un acto tal:

Al primer punto hay que responder pues que la idea o el deseo del mal descansa en el fondo del corazón y no puede por consiguiente ofrecerle a otro un obstáculo que conduzca a la ruina. Es por eso que no puede entrar en la definición del escándalo³⁷.

Hay escándalo sólo cuando una “omisión” o una acción cumplida *pública-mente* es susceptible de conducir al prójimo que fue testigo a una falta que de otro modo no habría cometido³⁸. Por la construcción progresiva del concepto de *scandalum*, la Iglesia, al menos los teólogos y los confesores, parecen significar el temor institucional al contagio del mal, el miedo pastoral de una pandemia pecaminosa³⁹.

En derecho canónico, la asociación entre *scandalum* y *exemplum* es igualmente recurrente, más aún, estructurante. Se la detecta desde las Falsas Decretales de Pseudo-Isidoro. El escándalo se deriva de la adopción por un eclesiástico de un modo de vida secular. Entre los hechos escandalosos suscitados por los sacerdotes, el autor del Falsas Decretales sitúa en efecto la propensión

sa peccandi, quando etiam praeter intentionem operantis, et praeter conditionem operis, aliquis male dispositus ex huiusmodi opere inducitur ad peccandum: puta cum aliquis invidet bonis aliorum. Et tunc ille qui facit huiusmodi actum rectum non dat occasionem, quantum in se est, sed alius sumit occasionem”.

37 *Ibid.*, art. 1: “Ad primum ergo dicendum quod cogitatio vel concupiscentia mali latet in corde: unde non proponitur alteri ut obex disponens ad ruinam. Et propter hoc non potest habere scandalum rationem”.

38 En otra *quaestio*, Santo Tomás mide la gravedad de un pecado con la vara del valor público y de la reputación de la persona perjudicada, ST, I^a, II^{ae}, qu. 73, art. 9: “Utrum peccatum aggravetur secundum conditionem personae in quam peccatur. Ex parte vero proximi tanto gravius peccatur, quanto peccatum plures tangit, et ideo peccatum quod fit in personam publicam, puta regem, vel principem, qui gerit personam totius multitudinis, est gravius quam peccatum quod committitur contra unam personam provatam; et similiter iniuria quae fit alicui famosae personae, videtur esse gravior ex hoc quod in scandalum et turbationem plurimorum redundat”.

39 Nos permitimos señalar la investigación en curso que llevamos adelante sobre el concepto medieval de *contagio*, a partir de la documentación jurídica y teológica de los siglos XII-XIV, ver FOSSIER (2011).

de algunos a frecuentar las tabernas, darse a la usura, estar en estado de embriaguez, y meterse en transacciones comerciales⁴⁰. Estos sacerdotes devienen un escándalo para aquellos ante quienes debían mostrarse ejemplares. Reencontramos la antonimia escándalo/ejemplo en Burcardo de Worms e Yves de Chartres⁴¹ y luego en el Decreto de Graciano⁴².

Para ser precisos, se cuentan 56 ocurrencias de *scandalum*, *scandalizare* y sus derivados en el Decreto. Se encuentran en gran parte en las *Causae*, y más particularmente en las que incumben a los crímenes de los clérigos (Grat., 1, 1, 44, por ejemplo) y a los delitos monásticos (Grat., 18, 2, 21)⁴³. El término

40 Utilizamos la edición electrónica de Baluze, disponible gracias al Pr. G. Schmitz y a C. Radl, en <http://www.benedictus.mgh.de/alte-edd/alte-edd.htm>, 1, 325: “Similiter de illis presbyteris qui contra statuta canonum vilici fiunt, tabernas ingrediuntur, turpia luca sectantur, et diversissimis modis usuris inserviunt, et aliorum domos inhoneste et impudice frequentant, et comessationibus et ebrietatibus deservire non erubescunt, et per diversos mercatos indiscrete discurrunt, observandum iudicavimus ut ab hinc districte severiterque coerceantur; ne per eorum illicitam et indecentem actionem et ministerium sacerdotale vituperetur, et quibus debuerant esse in exemplum, deveniant in scandalum”. El mismo canon es retomado en *Burchardi Wormaciensis Decretum*, Migne, PL 140, col. 649D-650A, cap. 147, luego en *Ivo Carnotensis Decretum*, Migne, PL 161, col. 492A-492B, cap. 120.

41 *Burchardi Wormaciensis Decretum...* op. cit., col. 655B-655C, cap. 181. Ex concilio Agathensi, cap. 4. “Si quis presbyter vitae suae negligens pravis exemplis mala de se suspicari permiserit, et populus, ab episcopo juramento seu banno Christianitatis constrictus, infamiam ejus patefecerit, et certi accusatores criminis ejus defuerint, admoneatur primo seorsum ab episcopo, deinde sub duobus vel tribus testibus. Si non [se] emendaverit in conventu presbyterorum episcopus eum publica increpatione admoneat. Si vero neque sic se correxerit, ab officio suspendatur usque ad dignam satisfactionem, ne populus fidelium in eo scandalum patiat. Si autem accusatores legitimi non fuerint qui ejus crimina manifestis indiciis probare contenderint, et ipse negaverit, tum ipse cum septem sociis suis ejusdem ordinis, si valet, a crimine semetipsum expurget. Diaconus vero, si eodem crimine accusatus fuerit, semetipsum cum tribus excuset”. *Ivo Carnotensis Decretum...* op. cit., col. 493D-494A, cap. 226; e *Ivo Carnotensis Panormia*, <http://wtfaculty.wtamu.edu/»bbrasington/panormia.html>, V, 1.

42 Grat., De pen., 1, 85 (Friedberg, 1183): “... id tamen agat, quod non solum ipsi prosit ad recipiendam salutem, sed etiam ceteris ad exemplum, ut, si peccatum eius non solum in gravi eius malo, sed etiam in tanto scandalo aliorum est, atque hoc expedire utilitati ecclesiae videtur antistiti, in noticia multorum, vel coram totius plebis multitudine, agere penitentiam non recuset, nec resistat, ne letali et mortiferae plagae per pudorum addat tumorem...”.

43 WINROTH (2000) ha mostrado hasta qué punto la elaboración de *Concordantia discordantium canonum* se revelaba compleja, ya que existen de allí por lo menos dos ver-

nunca aparece en las *Causae* consagradas a los laicos, a las faltas que ellos cometen, o a los derechos que tienen (Causas 27-36). La abrumadora mayoría de los casos de escándalo contenidos en el Decreto concierne pues a la disciplina eclesiástica. De esta manera, los sacerdotes simoníacos, habiendo comprado o vendido su cargo, “escandalizan” a los fieles⁴⁴. Los eclesiásticos que han cometido crímenes superiores (perjurio, robo, fornicación, etc) deben abandonar su cargo espiritual, “porque hacen escándalo en el pueblo”⁴⁵. El escándalo, pues, aparece allí también como antítesis del ejemplo que los clérigos deben proporcionar y encarnar. Cuando un sacerdote se muestra incapaz de administrar su iglesia y su parroquia, los cánones de la Iglesia compilados en el Decreto expresan el temor de que un escándalo estalle entre los fieles⁴⁶.

Anclada en la reforma gregoriana –aun si Gregorio VII (1073-1085) mismo, moviliza sólo con parsimonia la noción de escándalo⁴⁷–, la asociación

siones. Nos apoyaremos aquí sólo en la versión larga y más tardía del Decreto. Pero el cuadro de las concordancias de Winroth nos permitió comprobar que cerca de la mitad de las ocurrencias del término (a saber, 27) no se encontraba en la primera recensión del Decreto. No podemos sin embargo asociar esta constatación con la tesis sostenida por Winroth de la “romanización” del Decreto operada entre la escritura de las dos versiones, ya que el término *scandalum* no proviene del derecho romano. La segunda versión ha sido influida tal vez por canonistas parisinos como Rufino o Esteban de Tournai, formados en contacto con la teología. Lo que dijimos de las acepciones teológicas del término de escándalo nos invita a pensar que estos decretistas no fueron extraños a la refundición del Decreto, por lo menos para la penetración de la categoría de escándalo en el derecho canónico. Sobre el Decreto de Graciano, ver la puesta a punto reciente de LANDAU (2008).

44 Grat., 1, 1, 44 (Fr. 376): “Hii, quoscumque de assecclis [affectis?] suis ordinantes, et uitam eorum in scandalum populi exponentes, rei sunt infidelitatis eorum, qui scandalizantur”.

45 Grat., 50, 34 (F 193): Ex concilio Hilerdensi, cap. 10: *...quia scandalum populo Dei...* Este canon se encuentra ya compilado por Burcardo de Worms e Yves de Chartres, en sus Decretos respectivos.

46 Grat., 7, 2, 2 (Fr. 589): “Quod ne scandalum fidelibus videretur ingerere, et ecclesiam Dei ubique positam hac offensione turbare, precipue cum eodem ipso volente huc se perrexisse firmarent, ad dilectionem vestram scripta direximus, ut ecclesiae, cuius rector tali casu tenetur astrictus, visitationem congruam redderetis”.

47 En el Registro de cartas del papa Gregorio VII, encontramos sólo ocho ocurrencias del sustantivo *scandalum* y de sus derivados, de las cuales tres están incluidas en citas escriturarias. Se puede traducir el término bien por “desórdenes”, “perturbaciones”, “conflictos”, bien por “indignación”. Globalmente los usos son anodinos, genéricos y no “juridizados”. Ver *Sancti Gregorii VII Registrum*, Migne, PL 148, col. 410A, lib. I, Ep. 57; col. 422C, lib. I, Ep. 71; col. 573B, lib. VIII, Ep. 1.

conceptual entre *scandalum* y *exemplum* alimenta el derecho pontificio de los siglos XII-XIII. Es hasta evidente, en la lectura de las cartas y de las decretales papales, que la categoría de escándalo se forja en la matriz del gobierno pontificio del último tercio del siglo XII. Está muy presente en las cartas de los papas del siglo XII, compiladas por Migne en la Patrología latina (edición cuyas exhaustividad y precisión hay que relativizar). A partir de un simple relevamiento lexical y no de un análisis detallado de estas ocurrencias, que deberemos encarar posteriormente, constatamos que aparece en 22 oportunidades en las cartas de Alejandro III (1159-1181), 7 veces en las de Lucio III (1181-1185), 8 veces en las de Clemente III (1187-1191), 5 veces en las cartas de Celestino III (1191-1198), y más de 300 veces en las de Inocencio III (1198-1216). Una verdadera “explosión” (que por supuesto hay que relacionar con el creciente número de cartas de entonces) tuvo lugar bajo el pontificado de este último. Teólogo excelente, formado en París con Roberto de Courson, y brillante jurista, tal vez iniciado en el derecho canónico por el decretista Huguccio, Inocencio III condujo con mano maestra la revolución silenciosa del gobierno *por* el derecho. La categoría jurídica de “escándalo” se reencuentra en las *Quinque compilationes antiquae* y luego en las Decretales, reunidas por Raymundo de Peñafort, que cuentan más de 120 empleos del término. En esta documentación, la categoría de “escándalo” recubre frecuentemente la relación entre clérigos y laicos jugándose siempre en el registro de la ejemplaridad. Alejandro III evoca por ejemplo el “escándalo de los laicos” frente a las malas acciones de los canónigos de la iglesia de Maguelone⁴⁸. Cuando Lucio III le explica al arzobispo de Canterbury que los hijos de sacerdotes no pueden heredar impunemente e ilegalmente los beneficios de sus padres, él teme explícitamente el escándalo que tal mal ejemplo no dejaría de suscitar⁴⁹.

48 Alejandro III, *Epistolae et Privilegia*, Migne, PL 200, col. 433C-433D, Ep. 422. “Ex insinuatione tua nobis innotuit quod canonici Magalonensis ecclesiae ordinis S. Augustini, personatus, prioratus et administrationes habentes confisi quod ab eis contra voluntatem suam non consueverunt hactenus amoveri, nec etiam integram administrationis suae reddere rationem, quod videtur a regulari honestate et utilitate ecclesiastica discrepare, dicuntur interdum committere quae oculos divinae majestatis offendunt, eorumdem personatum et administrationum proventus illicitis quandoque usibus consumentes, in grave Magalonensis Ecclesiae praepjudicium, laicorum scandalum et suarum periculum animarum”.

49 Comp. II, 1, 9, 2 (Fr. 69). “Quoniam ex plenitudine potestatis etc. et infra. Querendum siquidem decrevisti, de quibus intelligendum sit personis, unam alteri in ecclesiasticis beneficiis succedere non debere, utrum scilicet de sacerdotibus et eorum filiis dumtaxat, aut etiam de aliis quibuscumque personis; noveritis, quod quoad beneficia ecclesiastica

Es en efecto a la *honestas* de los clérigos que se opone frontalmente el *scandalum*, dicho de otro modo, a su capacidad de llevar su cargo (*honor*) y vivir de él⁵⁰. Honorio III (1216-1227) recuerda que la vida de los clérigos no debe generar escándalo entre los laicos sino al contrario proporcionarles un “ejemplo de honestidad”⁵¹. En cuanto a los hombres casados, no pueden acceder a las dignidades eclesiásticas, porque sería un “muy mal ejemplo” y un “grave escándalo”⁵². Esta decretal prueba por otra parte que en materia de escándalo, todo es cuestión de grados, de medida, y de modulaciones. Al sustantivo mismo, siempre es posible agregarle adjetivos (“grave” por ejemplo) que vendrán a matizar, a atenuar o, al contrario, a endurecer la sanción.

Comprendemos, a través del derecho canónico compilado en el Decreto, pero también y sobre todo de la lectura de este derecho tan vivaz y cambiante de las cartas pontificias, que la apuesta política para la Iglesia no es solamente la conservación de la *caritas* –concepto en resumen demasiado abstracto para funcionar en el marco de una acción administrativa pragmática– sino también y ante todo la disciplina de los clérigos; porque la indisciplina de estos últimos, su mala conducta, sus taras, estremecen seriamente a los fieles y su creencia en la Iglesia.

nullum admittendum credimus, nisi ex electione canonica vocatum; sacerdotum filios et maxime in sacerdotio genitos hiis temporibus non sinit succedere parentibus quarundam regionum consuetudo et in bonis etiam quibuslibet temporalibus et canones in ecclesiasticis multo fortius inhihent et execrantur. Personarum vero filios citra sacros ordines constitutarum, si tamen eorum merita suffragantur, parentibus suis succedere conniventibus oculis tolleramus. Exemplo namque perniciosum est et grave, talia in ecclesia Dei pullulare, per que etiam laicis scandalum generetur”.

50 X, 3, 2, 4 (Fr. 455): “*Unde cum in Anglia prava a detestabili consuetudine et longo tempore sit obtentum, ut clerici fornicarias in suis domibus habeant, nos volentes tam grave scandalum de populo remove, et praedictos clericos ad honestatem ecclesiasticam, Fraternitati vestrae per apostolica scripta praecipiendo mandamus, quatenus clericos vestrae iurisdictionis, qui in subdiaconatu et supra in domibus suis fornicarias habuerint, studiose monere curetis, ut a se illas dilatione et appellatione cessante removeant, eas ulterius minime admissuri*”. En itálica, señalamos las *partes decisae* restablecidas por Friedberg.

51 X, 3, 1, 16 (Fr. 453-454): “... cum igitur ista in clericalis ordinis vituperium redundare noscantur, et clericorum vita generare non debeat laicis scandalum, sed praestare honestatis exemplum,...”.

52 X, 3, 3, 8 (Fr. 459): “Eos, qui sunt publice uxorati, non admittatis de cetero ad ecclesiasticas dignitates, dimissis ab eis, quas non possunt sine pravo exemplo et gravi scandalo retinere”.

EL SCANDALUM EN EL DERECHO CANÓNICO

El escándalo: una categoría del derecho disciplinario y del derecho penal de la Iglesia

En el contexto estructural del derecho canónico, el *scandalum* se encuentra sin referente preciso. Es decir que sirve más para justificar el *ius coercendi* de la Iglesia que para designar la realidad concreta de una falta. Siguiendo a Pierre-Yves Condé, Capucine Némo-Pekelman explica que la categoría de escándalo “apunta no al conocimiento, sino a la institución y la organización de un orden de relaciones humanas”⁵³. En esto, ella puede ser considerada difícilmente como una “calificación”, ya que su uso, por lo menos hasta los pontificados de finales del siglo XII, no es sino muy raramente descriptivo (no sirve casi nunca para describir hechos).

En derecho penal, la categoría de “escándalo” sirve esencialmente para estabilizar la definición del crimen, como lo mostraron Stephen Kuttner, Lotte Kéry, luego R. Eckert⁵⁴. Los decretistas hacen en efecto del escándalo uno de los criterios mayores para la evaluación del crimen así como de la pena a imponer al culpable⁵⁵. Ellos distinguen el “crimen” del “pecado mortal” a partir de la exterioridad del acto efectuado, pero también en función del “escándalo” que este acto suscita⁵⁶. El Decreto de Graciano se reducía a la muy amplia y extensible definición agustiniana de crimen: “pecado grave dignísimo de ser objeto de una acusación y de una condena” (*peccatum grave, accusatione et damnatione dignissimum*)⁵⁷. A fines del siglo XII, los decretistas afinan en-

53 NEMO-PEKELMAN (2007: 496). CONDÉ (2000).

54 KUTTNER (1935: 8-21); KÉRY (2006); ECKERT (2007: 81-91). El derecho penal no emerge como ciencia autónoma sino cuando se establece, en el siglo XIII, una doctrina de la culpabilidad que permite juzgar independientemente la voluntad por un lado, el acto (y el escándalo que desencadena) por el otro. Según el abad René Metz, la formación del derecho penal también debe mucho a los repetidos esfuerzos de los canonistas para establecer los criterios de la responsabilidad penal, en particular la intención, ver METZ (1961). También ver algunas esclarecedoras observaciones KÉRY (2001) y (2003).

55 ECKERT (2007: 86-87).

56 KUTTNER (1936: 232): “Actus exterior et scandalum ecclesiae datum itaque distinguunt crimen a peccato mortali. Omne crimen ergo continet peccatum mortale, sed non e converso. Peccatum mortale, si non in opus prorumpit, Deum habet ultorem, sed occultum est coram iudicio ecclesiae quae de illo non tanquam de crimine iudicat”.

57 San Augustin, *In Iohannis Evangelium Tractatus CXXIV*, A. Mayer (ed), Turn-

tonces el derecho penal embrionario, acometiéndose primero a la definición de crimen. Podemos mencionar, a este respecto, la *Summa Lipsiensis*, escrita en 1186: “Se llama *crimen* al pecado que escandaliza a la Iglesia; el acusado entonces es condenado. Y no se puede decir que sólo el pecado que genera escándalo es susceptible de una acusación”⁵⁸. El escándalo aparece pues como el “operador” jurídico que permite calificar la falta como “crimen”.

En los otros decretistas, los desarrollos son por cierto menos explícitos y el escándalo es raramente objeto de definiciones autónomas (ni en la *Suma* de Simón de Bisignano ni en la de Esteban de Tournai, por ejemplo). Para Huguccio († 1210) no obstante, el escándalo permite elaborar dos conceptos jurídicos, el de “crimen” y el de “pena”. En caso de “escándalo”, en efecto, una “pena” debe ser impuesta por el juez, porque la falta es calificada de “crimen”. Pero en ausencia de pruebas que atestigüen la falta cometida, el juez debe renunciar a penalizar la falta, porque un escándalo podría resultar del castigo⁵⁹. La categoría de escándalo vehiculiza pues más que las solas innovaciones del derecho penal. Ella permite a los juristas de la Iglesia diseñar las fronteras de una “esfera pública” caracterizada en el siglo XIII por el conocimiento judicial de los hechos.

Esta misma categoría contribuye a mejor discernir los contornos de la penitencia y, más generalmente, de la jurisdicción disciplinaria que los obispos ejercen sobre los eclesiásticos de rango inferior y luego, desde principios del siglo XIII, sobre los laicos. Los papas en particular se presentan como los ga-

hout, 1990 (CCSL, 36), p. 362, XLI, 9. También citemos a Abelardo, quien considera que un hecho puede ser calificado de *peccatum criminale* cuando la injuria es hecha a la vez contra Dios y contra la Iglesia, cuando otro es “escandalizado”, y que el culpable devino “infame” por su falta: “Rursus damnabilium quaedam criminalia dicuntur, quae in illis personam infamem vel criminiosam facere habent, si in audientiam veniant [...]. Horum autem alia criminalia dicuntur, quae per effectum cognita naevo magnae culpae hominem detrahunt, ut consensu perjurii, homicidii, adulterii, quae plurimum ecclesiam scandalizant” (Petrus Abalaerdus, *Opera. II. Ethica*, V. Cousin (ed.), Hildesheim-Nueva York, 1970 [1859], p. 621).

58 *Summa Lipsiensis*, ad Grat., 81, 1: “... et secundum hoc tale peccatum dicitur crimen, quod ecclesiam scandalizat, unde accusatus iam dempnetur. Vel potest dici quod non omne peccatum est dignum accusatione, sed illud tantum quod scandalum facit”. Citado por KUTTNER (1935: 21), n. 1.

59 Huguccio, *Summa super Decretum Gratiani*, Admont, SB, 7, fol. 155ra, ad Grat., 2, 1, 18, citado por ECKERT (2007: 84), n. 266: “Quia eorum crimina tamen iudici sunt nota, quidam tollerantur propter scandalum”.

rantes de la disciplina eclesiástica y los campeones de la *correctio*. Una carta informa por ejemplo a Honorio III (1216-1227) que, en la diócesis de Amiens, ciertos clérigos se entregan a asuntos seculares:

Entonces, como esto genera un gran escándalo entre los laicos [...], y como la vida de los clérigos no debe generar escándalo en los laicos sino, al contrario, proporcionar un ejemplo de capacidad de ejercer un cargo,

el papa pide al obispo diocesano retirarles todo privilegio clerical si todavía no se corrigen después de tres amonestaciones⁶⁰. Son numerosos los interdictos que procuran imponer una disciplina muy estricta a los clérigos y por su medio evitar el “escándalo” que sus desviaciones de la norma, aun involuntarias, o su indisciplina podrían generar. Por ejemplo, el derecho canónico hace de una tara física o de una enfermedad verdaderos impedimentos al sacerdocio (*impedimenta*)⁶¹. Los sacerdotes que sufren de una deformidad o de la lepra no pueden officiar, a riesgo, caso contrario, de provocar el escándalo⁶². Haber sido promovido a sacerdote a pesar de tales impedimentos constituye una fuente de escándalo y sumerge al sacerdote así promovido en el estado jurídico de “irregularidad”⁶³. Se adivina allí un lazo entre la *irregularitas* y el

60 X, 3, 1, 16 (Fr. 453-454): “*Ex literis nobilis viri Pontini et Monsteroli comitis intelleximus, quod quidam solo nomine clerici terrae suae tabernarii declarati, qui beneficiis non contenti, sed potius illicitis saecularibus negotiationibus et curis domesticis, quam officii et obsequiis divinis intendunt, et, gaudere volentes privilegio clericali, nolunt statutis patriae, quibus, quotiens expedit, sicut laici se tuentur, et in negotiationum suarum quaestibus subiacere. Unde, quia magnum ex hoc scandalum inter laicos generatur, nobis humiliter supplicavit, ut vel compelli huiusmodi clericos ad serviendum [in] ecclesiis illicitis saecularibus negotiationibus postpositis mandarem, vel pateremur eos quoad facultates eorum statutis et consuetudinibus provinciae subiacere. Cum igitur ista in clericalis ordinis vituperium redundare noscantur, et clericorum vita generare non debeat laicis scandalum, sed praestare honestatis exemplum, fraternitati tuae [per apostolica scripta]. Mandamus quatenus, si est ita, cum loci dioecesanus exsistas, clericos tales, si tertio a te commoniti ab huiusmodi non resipuerint, sed praetermissis divinis officiis negotiationibus institerint supra dictis, cum facto huiusmodi privilegium abiciant clericale, tu quo minus, dum his se implicant, de suis facultatibus statutis et consuetudinibus patriae subiaceant, non defendas eosdem*”.

61 HINSCHIUS (1869); SÄGMÜLLER (1904); MARIA (1955).

62 X, 3, 6, 2-3-4 (Fr. 482).

63 GILLMANN (1911). En el siglo XIII, la *irregularitas* designa la falta de cualidades requeridas para acceder a las órdenes. La encontramos particularmente en las decretales: X, 1, 9, 10 (F 107-112); X, 2, 20, 33 (F 327). Los canonistas dividen los casos “especiales”

scandalum, dicho de otro modo, entre el hecho de *no estar en* la regla y los efectos públicos de esta no-regularidad. Se ve que, lejos de reducirse al solo derecho penal, la categoría de escándalo es absolutamente determinante en el derecho disciplinario.

Escándalo, infamia y mala fama: en el fundamento del espacio público

Haya sido la falta cometida públicamente, tenga efectos públicos, o se tema su publicitación, es a la categoría de escándalo que los juristas de Iglesia recurren para calificar el impacto de dicha falta y marcar su carácter público. No puede haber *scandalum* si la falta no ha sido cometida públicamente o no tiene efectos públicos. Burcardo de Worms, Yves de Chartres, luego Graciano, comparten esta convicción citando este canon del concilio de Lérida de 524:

... los que recibieron las órdenes sagradas, y que, antes o después de la ordenación, declaran estar contaminados por crímenes capitales, de los que se debe, me parece, alejarse, los que son tomados en flagrante delito o capturados públicamente en tren de perjurar, de robar, de fornicar y de cometer toda suerte de crímenes, [ésos pues] son depuestos de su propio grado, según lo que los cánones sagrados han instituido. Porque el escándalo es en el pueblo de Dios, se puede afirmar que tales personas llevan en ellas vicios fuera de toda medida⁶⁴.

El conocimiento público de la falta (delito flagrante o detención en público) y el escándalo que la falta de un sacerdote suscita entre los fieles están aquí estrechamente asociados. En el siglo XIII, esta correlación no concierne

de irregularidad en dos categorías. La irregularidad es *ex defectu* cuando la falta no es forzosamente imputable a quien sufre la irregularidad. Ella es *ex delicto* cuando se deriva de acciones delictivas o criminales. En cambio, nunca es fácil saber si la irregularidad designa un estado de hecho o de derecho. En ciertos casos, ella califica la falta del sacerdote que transgredió un impedimento; en otros, corresponde al estatuto del sacerdote que, una vez juzgado, no puede acceder más a las órdenes superiores.

64 *Burchardi Wormaciensis Decretum...* op. cit., col. 1012B, cap. 150. Ex concilio Hilerdensi, cap. 10. “De his ergo visum est nobis conscribi qui sacros ordines habent, et ante vel post ordinationem contaminatos in capitalibus criminibus se esse profitentur, in quibus ut mihi videtur haec distantia esse debet, ut hi qui deprehensi vel capti fuerint publice in perjurio, furto, atque fornicatione, et caeteris hujusmodi criminibus, secundum sacrorum canonum instituta a gradu proprio deponantur: quia scandalum est populo Dei, tales personas super se positas habere, quas ultra modum vitiosas constat esse...”; *Ivo Carnotensis Decretum...* op. cit., col. 531A, cap. 400; Grat., 50, 34 (Fr. 193).

más, por otra parte, únicamente a los sacerdotes, ya que en el libro IV del *Liber Extra* se dice que el matrimonio de un laico con su antigua concubina es el origen de un “escándalo” grave para la Iglesia, aun cuando la esposa legítima hubiese ya muerto⁶⁵.

El derecho pontificio asocia plenamente el *scandalum* con el carácter público o devenido público de la falta, pero también con el concepto de *infamia*, nacido del derecho romano y revisitado por los juristas de Iglesia⁶⁶. Cuando Tancredo, por ejemplo, intenta definir la infamia de un individuo, convoca al *scandalum* que asimila al carácter “manifiesto” del crimen cometido⁶⁷. Para los teólogos también ambos conceptos van a la par, como se puede leer en Tomás de Chobham: “Cuando un pecado es público y manifiesto para todos, la ofensa es doble, porque Dios es ofendido por tal pecado, y la Iglesia es ofendida por el escándalo y la infamia”⁶⁸. El pecado, en tanto que falta interior, se define por el ataque a la ley divina; pero cuando es público o devenido público, perjudica igualmente al orden social instituido por la Iglesia. El escándalo y la infamia participan así de la elaboración de un derecho positivo, adosado a la ley natural; más aún, la categoría de escándalo marca la entrada de la falta en el campo, apenas emergente, del derecho público medieval. Por ello, ambos términos, infamia y escándalo, no son estrictamente sinónimos, porque la *infamia facti* corresponde a la mala reputación (*mala fama*) debida a la falta cometida, mientras que el *scandalum* designa el efecto provocado por la falta sobre otro.

Queda por saber si la falta de un individuo que tiene mala *fama* (del hecho

65 X, 4, 7, 5 (Fr. 688-689): “Tale ergo damus consultationi tuae responsum, ut separentur omnino, et competenti eis iniuncta poenitentia, perpetua continentia indicatur, praesertim cum in dies suos ambo processerint, et, tamdiu publice in adulterio et periurio ex certa scientia perdurantes, ecclesiam in gravi scandalo perturbaverint”.

66 LANDAU (1966); MIGLIORINO (1985). Ver igualmente LEVELEUX-TEIXEIRA (2005b) que matiza la oposición entre una infamia “de derecho” pronunciada en un marco judicial y una infamia “de hecho”, no institucionalizada, de imprecisos contornos sociales.

67 París, BnF, Lat. 15398, fol. 21 vb, *Apparatus* redactado hacia 1210-1215, ad Comp. I, 2, 13, 13: “Alii dicunt inter quos ego quod si probatum fuerit contra testem tale crimen quod ipso iure infamet vel alias enorme vel mediocre et manifestum quia ecclesiam scandalizavit etiam post actam penitentiam debet repelli, quia non posset promoveri”. Citado por LANDAU (1966: 54).

68 Tomás de Chobham, *Summa confessorum...* op. cit., p. 213: “Quando enim peccatum publicatur et manifestum est omnibus, duplex est ibi offensa, quia offenditur deus per ipsum peccatum, et offenditur ecclesia per scandalum et per infamiam”.

mismo de su falta) suscita necesariamente el escándalo. Graciano, en uno de sus *dicta*, subraya que a fin de apartar todo escándalo, el culpable debe restaurar su buena *fama*⁶⁹. Se sobreentiende que mala *fama* y *scandalum* van a la par. El obispo de Lincoln Roberto Grosseteste afirma, a mediados del siglo XIII, que el escándalo estalla cuando la *fama* es mala, es decir cuando la reputación de un clérigo es mancillada por el conocimiento que los fieles tienen de su falta⁷⁰. Parece pues que *scandalum* y *mala fama* están asociados en la lengua y en las prácticas de los juristas y de los confesores.

Hay que tener presente, sin embargo, los muy poderosos intereses procesales que guían el empleo de las calificaciones y de las categorías jurídicas medievales. Ni la infamia ni la *fama*, verdaderamente instituida por Inocencio III, designan estrictamente simples estados de hecho. Estas dos nociones heredadas del derecho romano son empleadas con un fin procesal. Indican, como lo han mostrado Julien Théry o Massimo Vallerani, el *grado de conocimiento* que los jueces pueden esperar tener de la falta cometida⁷¹. En el 8º canon del IV Concilio de Letrán *Qualiter et quando*, Inocencio III declara que el *scandalum* estalla cuando las autoridades competentes no hacen nada para castigar a un individuo devenido “infame” por “rumor público” (*clamor*)⁷².

69 *Dictum post Grat.*, 7, 5, 2 (Fr. 566): “Hoc autem seruandum est, quando reum publica fama non uexat. Tunc enim auctoritate eiusdem Gregorii propter scandalum remouendum, famam suam reum purgare oportet”.

70 Encontramos en un pequeño tratado sobre la confesión de Roberto Grosseteste esta muy bella *aequiparatio* entre *defectus fame* y *scandalum*, en WENZEL (1970: 270): “Item extinctio dividitur in extinctionem famae, quae scandalum dicitur, et extinctionem vitae, quae homicidium dicitur. Item scandalum fit aut diffamatione aut ruina”.

71 THÉRY (2003b); VALLERANI (2001). Sobre la escala de veridicción medieval y los grados de la creencia, ver las magníficas páginas de BOUREAU (1988: 145-151) y (1990). El autor explica allí que la Iglesia pudo “modalizar el nivel de pertinencia de los enunciados” e “instalar un régimen graduado y extensivo en el tratamiento de las creencias”, BOUREAU (1990: 116). Boureau desgaja cuatro grados de veridicción medievales, sin clausurar con ello la lista: un enunciado medieval puede así ser “revelado”, “autorizado”, “autenticado”, o “alegado”. Su “índice de credibilidad” dependerá de su posición en relación a su fuente (lo que BOUREAU nombra la “escala de garantía”) y en relación al uso que se le da (“escala de implicación”). En el marco de la actividad judicial de la Iglesia, la “garantía” es sin duda bastante débil cuando el enunciado descansa sobre la *fama*. Dicho de otro modo, la fuente de la verdad es discutible. Pero el juez llega, en el plano procesal, a asignar a los testimonios su valor de autoridad. También ver el artículo seminal de WIRTH (1983).

72 X, 5, 1, 24 (Fr. 746): “Qualiter et quando debeat praelatus procedere ad inquirendum et puniendum subditorum excessus. [...] Sed cum super excessibus suis quisquam

Cuando glosa esta decretal, Inocencio IV (1243-1254) considera que el *scandalum* suscitado por una falta justifica que el juez eclesiástico se fundamente en el *clamor* o la *fama*, con el fin de conocer la falta y juzgar el estado de infamia en el que se encuentra el culpable⁷³. Pero otra decretal de Inocencio III expresa de otro modo la escala cognoscitiva sobre la cual viene a ubicarse el *scandalum* a fines del siglo XII. Respecto de los clérigos que viven a concubinato, el papa escribe:

Si su crimen es público, y si merece ser llamado notorio, ni testigo ni acusador son necesarios en ese caso, ya que su crimen no puede ser disimulado por artificio alguno. Si es público no por evidencia (*evidentia*) sino por opinión (*fama*), los testimonios (*sola testimonia*) no pueden en ese caso bastar para su condena, porque no se debe juzgar solamente según los testimonios (*testimoniis*), sino también según los testigos (*testibus*). Pero si la sospecha pesa sobre estos clérigos, de modo que de esta sospecha viene a nacer el escándalo en el pueblo, una purgación canónica debe serles señalada, aun en el caso de que ninguno los acusase⁷⁴.

Según esta decretal, la simple *suspicio* basta para originar un escándalo. Ninguna necesidad de la *fama* (*id est*, de la opinión de los testigos recogida por el juez), todavía menos de la notoriedad del crimen. Sin embargo, para

fuerit infamatus, ut in tantum iam clamor adscenderit, quod diutius sine scandalo dissimulari non possit, nec sine periculo tolerari: absque dubitationis scrupulo ad inquirendum et puniendum eius excessus non ex odii fomite, sed ex caritatis procedatur affectu, quatenus, si gravis fuerit excessus, et si non degradetur ab ordine, ab administratione tamen amoveatur omnino...”.

73 *Innocenti IV Apparatus*, Venise, 1491, p. 550, ad X, 5, 1, 24: “Qualiter et quando. Clamorem potest dicere aliquorum potentium licet paucorum si inde scandalum venit. Clamor est quando nescit actor. Fama autem tamen multorum vel forte idem est clamor et fama (quod clamor) [titulus «Quem excessum»], (et famam) [hoc] potes colligere qualiter probetur infamia, debet enim dicere testi eum de quo agitur de tali crimine diffamatum et si queritur ab eo apud quos est infamatus, [debet] respondere apud tales et nisi eos assignet, non videtur reddere bonam causam, dicti [sunt] ut hic preterea non potest aliter sciri an sint graves vel malivoli”.

74 X, 3, 2, 8 (Fr. 456): “... Si crimen eorum ita publicum est, ut merito debeat appellari notorium, in eo casu nec testis nec accusator est necessarius, cum huiusmodi crimen nulla possit tergiversatione celari. Si vero publicum est, non ex evidentia, sed ex fama: in eo casu ad condemnationem eorum sola testimonia non sufficiunt, cum non sit testimoniis, sed testibus iudicandum. Sed si de clericis ipsis talis habeatur suspicio, ut ex ea scandalum generetur in populo, licet contra ipsos non apparuerit accusator, eis tamen est canonica purgatio indicenda”.

Juan de Andrea, autor de un comentario a las Decretales, el escándalo no es asociado con la *suspicio*, sino más con el carácter “notorio” de un crimen⁷⁵. Esta calificación de *notorium* remite al conocimiento evidente que se puede tener de un crimen, un conocimiento que no deja lugar a la duda y hasta no necesita ser probado⁷⁶. Hay pues *scandalum* porque el crimen es seguro; y el crimen es evidente porque hay *scandalum*.

Es claro, las opiniones divergen en cuanto al modo de inscribir el escándalo en el marco del conocimiento judicial de un hecho. Todo, en este derecho disciplinario, varía, oscila, vacila entre el “más” y el “menos”. Nadie puede apelar a una “norma” estable y las cosas de la Iglesia quedan condicionadas por la fluctuabilidad de la “regla”.

Las sanciones tomadas frente al escándalo

Por consiguiente, no nos asombraremos de ver las penas, las sanciones y las penitencias variar de un hecho escandaloso a otro. Si el grado mismo de conocimiento del hecho es en sí mismo fluctuante, es más que probable que la decisión de justicia lo será también. A riesgo de remontar bastante lejos en el tiempo, conviene examinar los primeros textos occidentales de derecho público que prevén una sanción en caso de escándalo. Se sabe que el derecho justiniano apenas moviliza esta categoría. En cambio, las compilaciones sucesivas de los derechos germánicos consideran composiciones pecuniarias. Con el fin de reparar ciertos crímenes o delitos calificados de escandalosos, la ley de los alamanes, redactada durante el primer tercio del siglo VII, prevé multas⁷⁷. La categoría de “escándalo” irrumpe pues en el derecho público desde la Alta Edad Media, cuando una falta alcanza directamente a la majestad, y tiene curso sobre los lugares mismos del poder político. Las leyes visigodas

⁷⁵ Johannes Andreae, *Commentarius in primum decretalium librum*, Venecia, 1581, p. 156, ad X, 1, 11, 4: “Alii tamen dicunt quod qualitercumque notorius sit excessus et maxime ex quo scandalum generat, postea etiam acta poenitentia celebrare non debet”.

⁷⁶ Sobre la idea de evidencia del crimen, conf. LEVY (1965); sobre el abandono progresivo de la calificación de *manifestum* a fines del siglo XII en provecho de la de *notorium*, ver CHIFFOLEAU (2005) y SCHMÖECKEL (2004).

⁷⁷ *Lex Baiuvariorum*, Hannover, 1993 [1863] (*M. G. H., Legum*, 3), p. 286, II, 10: “Si quis in curte ducis scandalum commiserit, ut ibi pugna fiat, per superbiam suam vel per ebrietatem; quicquid ibi factum fuerit, omnia secundum legem componat, et propter stultitiam suam in publico componat solidos 40; si servus alicui est, qui haec commiserit, manus perdat. Nullus umquam praesumat in curte ducis scandalum committere”.

del mismo período evocan el escándalo respecto a las ofensas dirigidas contra el príncipe, su territorio, o su pueblo. El término *scandalum* califica entonces las perturbaciones del orden público garantizado por el poder soberano, las revueltas, incluso las invasiones⁷⁸. La legislación lombarda, escalonada sobre más de dos siglos (los siglos VII-VIII) prevé también una compensación del daño moral o material calificado de “escándalo”⁷⁹. El derecho público penal de los poderes seculares germánicos descansa esencialmente –como todos saben– sobre el principio de la reparación/compensación material, y esto sucede hasta en caso de crímenes graves y escandalosos.

Pero en el derecho disciplinario de la Iglesia, ocurre de otro modo porque en primer lugar el escándalo justifica el *ius purgandi* de las autoridades eclesiásticas, las cuales consideran que un promotor de escándalo debe sobre todo purgarse, vale decir, hacer penitencia pública. Según el concilio de Agde de 506, cuando un sacerdote se niega a corregirse, es decir a hacer penitencia, debe ser suspendido de su oficio, “con el fin de que el pueblo de los fieles no sufra el escándalo”⁸⁰. El escándalo dura hasta que el culpable se enmiende o

78 *Leges Wisigothorum*, Hannover, 1902 (*M. G. H., Legum*, 1), p. 54-55, II, 1, 8: “... ut sceleratissimo ausu contra gentem Gotorum vel patriam ageret aut fortasse conetur aliquatenus agere, et captus sive detectus extitit vel extiterit, sive ab anno regni nostri primo vel deinceps quispiam infra fines patrie Gotorum quamcumque conturbationem aut scandalum in contrarietatem regni nostri vel gentis facere voluerit, sive ex tempore nostri regiminis tale aliquid agere vel disponere videtur, in necem vel abiectioem nostram sive subsequentium regum intendere vel intendisse proditus videtur esse vel fuerit: horum omnium scelerum vel unius ex his quisque reus inventus inretractabilem sententiam mortis excipiat, nec ulla ei de cetero sit vivendi libertas indulta”. Ver igualmente pp. 370-373, IX, 2, 8.

79 *Edictus Rothari*, Hannover, 1984 [1868] (*M. G. H., Legum*, 4), p. 18-19, 35: De scandalum (*sic*). “Si quis in ecclesia scandalum penetraverit, quadragenta solidos ipsius venerabilis loci sit culpavelis, excepto plagas aut feritas cui fecerit et predicti quadragenta solidi per sculdhais aut iudicem qui in loco ordinatus fuerit, exegantur et in sacro altario ponantur, ubi iniuria facta est; et p. 19, 40: Si servus in aliam civitatem scandalum commiserit, sit culpabiles in palatium regis solidos tres; si autem plagas aut feritas fecerit, sit culpabiles in palatium regis solidos sex, excepto plagas aut feritas cui fecerit, conponat”. Ver igualmente las sanciones pecuniarias que Liutprando reserva a los delitos escandalosos, Anno XI, 37, p. 125 y Anno XVIII, 123, p. 159.

80 *Burchardi Wormaciensis Decretum...* op. cit., col. 655B-655C, cap. 181; X, 5, 34, 2 (Fr. 870): “Si quis presbyter, negligens vitae suae, pravis exemplis mala de se suspicari permiserit, et populus, ab episcopo iuramento seu banno Christianitatis adstrictus, infamiam eius patefecerit, certique accusatores criminis eius defuerint, admoneatur primo

sea sancionado. Pero si él purga su infamia canónicamente, por medio de una penitencia pública, el pueblo no sufrirá el escándalo. El poderoso lazo entre escándalo y penitencia pública se consolida en el momento del apogeo carolingio, como lo mostró magistralmente M. De Jong⁸¹. En 822 como en 833, el emperador Luis el Piadoso no puede poner fin al “escándalo” que su supuesta falta de virtud y de clarividencia política ha generado, no puede librarse de las sospechas que pesan sobre su capacidad de reinar, más que orquestrando pública y solemnemente su propia penitencia. “Técnica de gobierno” de pleno derecho, la penitencia pública trasciende los clivajes obtusos entre Iglesia y Estado.

Pero como hemos visto, el escándalo, al menos a partir de la reforma gregoriana, recubre en la mayor parte de los casos el impacto público que puede tener la falta de un clérigo. Ciertas sanciones son pues específicas. Además de la purgación, el derecho canónico preconiza en efecto la suspensión, o –lo que es lo mismo– la renuncia temporal al cargo eclesiástico habido. Graciano compila un cierto número de textos que consideran la suspensión del clérigo culpable, entre ellos un canon del concilio de Lérida (524). Se dice que un sacerdote que tenga mala *fama* será suspendido de su cargo hasta que la penitencia haya sido hecha, con el fin de que el pueblo no sufra el escándalo. Una vez restaurada la buena *fama*, el escándalo será apartado y el culpable reintegrado en sus funciones⁸². Inocencio III afirma igualmente que todo sacerdote culpable debe ser suspendido hasta que la satisfacción sea hecha y se ponga término al escándalo (*donec scandalum sopiatur*)⁸³. En su Suma al

seorsum ab episcopo, deinde sub duobus vel tribus testibus, et, si non emendaverit, [in conventu presbyterorum] episcopus eum publica increpatione admoneat. Si vero nec sic se correxerit, ab officio suspendatur usque ad condignam satisfactionem, ne populus fidelium in eo scandalum patiatur”.

81 DE JONG (2003).

82 *Burchardi Wormaciensis Decretum...* op. cit., col. 656A, cap. 184. Ex concilio Hilerdensi, cap. 10. “Si quis presbyter a plebe sibi commissa mala opinione infamatus fuerit, et episcopus legitimis testibus approbare non potuerit, suspendatur ab officio presbyter usque ad dignam satisfactionem, ne populus fidelium in eo scandalum patiatur”. E Yves de Chartres, *Panormia...* op. cit., V, 2; Grat., 2, 5, 13 (Fr. 459).

83 X, 5, 34, 10 (Fr. 873): “Licet ergo ecclesiastica constitutio tales ab officio tantum usque ad purgationem canonicam doceat suspendendos, quia tamen eum etiam a beneficio propter immanitatem criminis suspendisti, nolumus improbare; nec illud etiam improbamus, quod, licet contra eum nullus accusator legitimus appareret, ex officio tuo tamen, fama publica deferente, voluisti plenius inquirere veritatem. Attendentes autem

Decreto, Huguccio considera que cuando el pecado es “muy grave”, “público y manifiesto”, y ha provocado un escándalo en el seno de la Iglesia, hace falta que la penitencia se haga públicamente⁸⁴. Unos años más tarde, Tomás de Chobham introduce el escándalo en una esfera estrictamente penitencial:

Aquel que pecó de manera oculta no ha matado sino su propia alma y no ha ofendido sino a Dios. Pero quien pecó en público ha matado su alma, pero también la de otros, por el escándalo. Y ha ofendido a la Iglesia entera. Éste entonces debe enmendarse todavía más, y la penitencia que le es infligida debe ser todavía más grande que si hubiera pecado en privado. [...] Y siempre la penitencia infligida debe ser proporcional a la amplitud del escándalo⁸⁵.

vulgatam infamiam, grave scandalum, et vehementem suspicionem ex testium dictis obortam, quae contra eundem decanum facere videbantur, cum propter eorum quodlibet ei esset purgatio indicenda, et servantes iustitiam et mollientes, rigorem, *de consilio fratrum nostrorum, archiepiscoporum [et] episcoporum apud sedem apostolicam existentium*, purgationem ei quartae decimae manus sui ordinis duximus indicendam. Ipsum igitur ad te *cum literis apostolicis* remittentes, ut ibi purgetur, ubi noscitur infamatus, *fraternitati tuae per apostolica scripta* mandamus, quatenus, accitis tecum *dicto* Nivernensi et *venerabili fratre nostro* Parisiensi episcopis, indictam ei *a nobis* purgationem accipias, ita tamen, ut, qui ad eius purgationem processerint comprobendam, sint fide catholici et vita probati, qui conversationem et vitam ipsius non tam moderno tempore noverint quam transacto; purgatione vero recepta beneficium ei restituere non postponas, *ne cogatur in cleri opprobrium mendicare*. In poenam autem familiaritatis illius, quam cum haereticis scienter habuisse dignoscitur, eum ab officio volumus manere suspensum, donec scandalum sopiatur, ita tamen, ut publice familiaritatem haereticorum abiuret”. Anotemos que en esta decretal, *infamia*, *scandalum* y *suspicio* están estrechamente enlazados. La sospecha de varios testigos que pesa sobre el deán (*decanus*) en falta parece suficientemente poderosa (*vehemens*) como para que el papado hable de “grave escándalo” y de “infamia”.

84 Huguccio, *Summa in Decretum*, Vat. Lat. 2280, fol. 298v, ad Grat., De pen., 1, 85: “*Si sacerdos vult ei talem penitentiam injungere et hoc videtur esse intelligend[um] de publica et sollempni penitentia, que nulli invito est imponenda nisi pro gravissimo peccato publico et in ecclesia scandalum gravante (...), potest [et] congrue intelli[gendum] de penitentia publica et non sollempni, que publice imponenda est de manifesto et publico crimine*”.

85 Tomás de Chobham, *Summa...* op. cit., p. 570-571: “*Qui enim peccat in occulto non occidit nisi suam animam propriam, et forte non offendit nisi solum deum. Qui autem peccat in publico occidit animam suam et per scandalum animas aliorum, et forte totam offendit ecclesiam. Unde multo magis eum oportet satisfacere qui peccat publice et multo maior est penitentia iniungenda quam si peccasset in privato [...]. Et semper secundum augmentum scandalum debet maior penitentia ei iniungi*”.

El autor de la Suma de los confesores ubica al escándalo en una justicia penitencial *pública*, por oposición a la penitencia privada que no lava sino las faltas que han ofendido a la divinidad.

La penitencia pública o la purgación canónica no son apropiadas sin embargo forzosamente para todos los juristas. Desde finales del siglo XII, en los textos y compilaciones del derecho canónico, vemos establecerse un cierto número de sanciones y reemplazar a la suspensión o a la penitencia. A principios del siglo XIII, en la Glosa ordinaria al canon *De his vero* del Decreto, se puede ya leer que los eclesiásticos, si sus delitos son públicos, deben renunciar a su cargo, porque hubo escándalo. Pero si sus crímenes son ocultos, una penitencia secreta bastará para reparar su falta⁸⁶. Es un punto muy importante, porque acompaña los dos grandes repartos paralelos entre crímenes ocultos/crímenes públicos y penitencia secreta/penitencia pública, pero también porque justifica de manera completamente nueva la existencia de la confesión y de la penitencia privadas. ¿Por qué hay que evitar, como se pueda, que el clérigo culpable haga penitencia públicamente? ¡Para que los fieles no tomen conocimiento de su falta y no sean así escandalizados!⁸⁷ La Iglesia misma fija pues los límites de su jurisdicción penal y se apega mucho más a preservar la unidad de la comunidad cristiana que a castigar de modo sistemático a los delincuentes⁸⁸.

86 *Glosa ordinaria*, ed. Lyon, 1555, p. 252, ad Grat., 50, 34: “Quidam in sacris ordinibus constituti fecerunt perjurium, furtum vel fornicationem, vel hujusmodi, quare quesivit Heribaldus ab archiepiscopo Rabano an tales debeant cadere a primo gradu. Et respondet quod sic si publica sunt eorum delicta: quia scandalum est tales praesse: et laici inde detrahunt sacrificio Dei: sicut factum fuit per filios Hely. Si autem peccata eorum sint occulta, et per occultam poenitentiam deleantur: ad consilium sacerdotis in suis gradibus remanentes indulgentiam a domino consequuntur”.

87 Grat., 82, 5 (Fr. 292): “Finitis tribus mensibus continuis exeat: tamen in publicum non procedat, ne grex fidelis in eo scandalum patiat; nec enim debet sacerdos publice penitere, sicut laicus”.

88 Sobre este punto decisivo, ver los desarrollos de KÉRY (2006). La autora subraya que la pena canónica es siempre concebida en vista del escándalo que ella podría generar, en particular en los casos donde un grupo entero es incriminado (*multitudo delinquentium*). Los jueces eclesiásticos renuncian a la pena cuando la paz de la Iglesia se ve amenazada por un cisma o cuando hay riesgo de que los débiles (*infirmi*) sean de paso castigados. Grat., 23, 4, 32 (Fr. 914): “Revera cum contagio peccandi multitudinem invaserit, divinae disciplinae severa misericordia necessaria est. Nam consilia separationis et inantia sunt, et perniciosas atque sacrilegas, quia impia et superba sunt, et plus perturbant infirmos bonos, quam corrigant animosos malos”. El decretista Rufino insiste muy particularmente

Sin embargo, cuando ni la purgación canónica ni la penitencia privada parecen a la medida del escándalo engendrado por un crimen, también cuando el culpable se niega a arrepentirse y resiste a la autoridad que lo conmina a hacer penitencia, la excomunión, incluso la deposición pura y simple, son contempladas. En una decretal, Alejandro III ya afirma: “aquellos que han cometido crímenes graves, pública y manifiestamente, aunque han gravemente escandalizado a otros [...], deben ser castigados por una censura canónica”⁸⁹. Anotemos que permanece la ambigüedad de la justicia que los papas alientan en caso de escándalo ya que la censura no es, hablando con propiedad, ni una pena ni una penitencia. Uno de los primeros decretalistas, Vicente Hispano, se muestra más preciso en la designación de la sanción en el caso de homicidio involuntario cometido por un clérigo:

[Si] un crimen oculto, o incluso manifiesto (es decir conocido, que puede pues ser probado), no genera escándalo, [el sacerdote culpable] podrá oficiar sin por eso pecar, después de haber hecho penitencia [...]. Pero si hay escándalo, deberá ser depuesto⁹⁰.

La deposición es definida aquí como la pena adecuada al crimen que ha generado un escándalo.

sobre el riesgo de escándalo corrido desde el momento en que una pena es aplicada injustamente: “Nisi quando multitudo est in scelere et nisi quando ille, qui committit, sociam habeat multitudinem, ita ut, si contra eum vindicta inferatur, magnum ecclesia scandalum patiatur” (*Summa Decretorum*, H. Singer [ed.], Paderborn, 1962 [1902], p. 406, ad Grat., 23, 4).

89 X, 2, 28, 22 (Fr. 410): “Praeterea de his, qui ad sedem apostolicam appellant, et postea gravia et enormia committentes, se, dum conveniuntur, appellatione tuentur, hoc duximus respondendum, quod, si post appellationem gravia committunt, et ita publice et manifeste, quod alii graviter scandalizentur, et decor ecclesiasticae honestatis deformetur, eos appellatio non debet in sua nequitia et iniquitate tueri, quo minus eorum excessus censura canonica puniantur. Porro de iis, qui sententia excommunicationis innodati iurant ecclesiastico iudicio stare et mox obliti in vocem appellationis prorumpunt, dilectioni tuae significamus, quod eos per excommunicationem compellere debes appellationem factam congruo tempore persequi vel iudicio ecclesiae stare”.

90 Vicente Hispano, ad Comp. I, 5, 10, 3: “Crimen occultum, vel etiam si est manifestum id est ita notum, quod probari possit, non tamen generat scandalum: celebrare potest post penitentiam sine peccato [...]; si vero scandalum sit, deponi debet”, citado por KUTTNER (1935: 369), n. 3. Kuttner precisa que esta anotación se inscribe en la línea de una reflexión sobre las consecuencias disciplinarias del homicida involuntario. Toda la cuestión radica en saber si el clérigo culpable de tal crimen debe ser depuesto o puede continuar ejerciendo su cargo.

En definitiva, no encontramos *opinio communis* sobre la cuestión de las decisiones a aplicar en caso de escándalo y de infamia. Purgación canónica, suspensión, excomunión, incluso deposición del sacerdote: las soluciones son variadas. Ellas atestiguan seguramente un endurecimiento de las medidas disciplinarias en el curso del siglo XIII, comparable al que Mario Sbriccoli observa en curso del lado del derecho penal en las comunas italianas⁹¹. Sobre todo, ellas alientan el más grande pragmatismo judicial. Ellas mantienen el reino de la regla, de la medida y de la modulación.

EL SCANDALUM EN LA DOCUMENTACIÓN DEL PAPADO

Quedan por examinar las implicaciones no doctrinales de los usos del término de escándalo, es decir las consecuencias judiciales, administrativas y más ampliamente políticas que la elaboración jurídica de esta categoría pudo tener. Ahora bien, la Penitenciaría Apostólica constituye un puesto de observación ideal de los efectos prácticos de la categoría jurídica de escándalo porque ejerce una justicia disciplinaria en el cruce de las calificaciones, de los procedimientos y de las sanciones penales y penitenciales.

La Penitenciaría y su documentación

La emergencia del Penitenciaría pontificia a finales del siglo XII⁹² corresponde por una parte a las rápidas mutaciones de la teoría sacramental –la penitencia comienza a ser considerada, particularmente por la escuela victorina, como un sacramento⁹³–, por la otra al papel de juez supremo que el papa se atribuye desde la reforma gregoriana. Un número creciente de peregrinos se traslada en efecto a Roma para hacerse absolver sus pecados. Paralelamente, el número de casos “reservados” para el papa aumenta. Durante el concilio de Reims en 1131 se fijó en efecto la primera reserva papal. Sólo el sumo pontífice tiene el derecho de absolver a las personas culpables de haber cometido violencia sobre un clérigo⁹⁴. Más tarde, la absolución y/o la dispensa de ciertos

91 SBRICCOLI (2001).

92 La inmensa síntesis de GÖLLER (1907-1911) sobre la Penitenciaría desde sus orígenes hasta fines del siglo XVI sigue siendo extremadamente rica. TAMBURINI (1982) cita por su parte los documentos pontificios y jurídicos en los cuales se pueden encontrar las primeras menciones de penitenciaríos.

93 La obra de referencia sigue siendo ANCIAUX (1949).

94 La reserva es el derecho de jurisdicción cuyo ejercicio exclusivo declara conservar

crímenes –como las violencias ejercidas sobre un clérigo– o de ciertos casos de irregularidad y de impedimento –como el hecho de ser ordenado sacerdote siendo hijo ilegítimo o el hecho de casarse con un pariente dentro del 4º grado– serán reservados en lo sucesivo al papa.

La Penitenciaría es en más de un título hija de la monarquía pontificia, establecida en el momento de la reforma gregoriana; juzga, en efecto, en nombre del papa, el otorgamiento de absoluciones, de dispensas y de licencias, y actúa con el fin de disciplinar a los clérigos culpables. En este punto, contribuye a hacer de estos unos “perfectos” y se esfuerza por borrar todo “escándalo” que mancillaría la pureza del orden clerical. Ya que la competencia de Penitenciaría descansa esencialmente en el derecho de reserva, nos preguntaremos en qué medida existe un lazo entre reserva y escándalo, dicho de otro modo, en qué medida el derecho pontificio de reserva se apoya sobre la categoría de escándalo. La hipótesis más evidente consiste en pensar que la Penitenciaría *pone un término*, en los casos que le son reservados, al escándalo generado por ciertas faltas. En realidad, veremos que Penitenciaría se crea sobre todo con la misión de *anticipar* y de *evitar* el escándalo, precisamente ejerciendo su derecho de reserva.

Después de la apertura de los archivos de la Penitenciaría hacia fines de los años 1980, las investigaciones seriales sobre los registros de súplicas dirigidas a la Penitenciaría comenzaron y los historiadores entonces se apartaron de los “manuales” (o “formularios”) de los penitenciarios. Éstos ofrecen sin embargo un material apasionante para quien se interrogue desde cero sobre los contornos extremadamente imprecisos de la acción del Tribunal de la gracia pontificia. Conocemos seis de estas compilaciones de modelos de redacción de cartas, elaboradas por el mismo penitenciario mayor para los siglos XIII-XIV (años 1220 a años 1380)⁹⁵. En el marco de este estudio trabajamos

el superior en la jerarquía eclesiástica (obispo o papa). Las reservas pontificias existen de hecho desde el siglo VII. Las grandes peregrinaciones luego contribuyeron a generalizar la costumbre de reservar al papa la absolución de ciertas faltas. Unas pocas protestas episcopales no impiden de ninguna manera fijar en el concilio de Reims de 1131 la primera reserva pontificia (Mansi, XXI, col. 461, canon 13).

95 Tomás de Capua, fechado en los años 1220, fue editado por LEA (1892). El formulario del cardenal Bentevenga (1289) es descrito por EUBEL (1890). En el marco de mi tesis de doctorado contemplo la edición del tercer formulario conservado, el de Gaucelme de Jean (1336-1338), acompañada de una tabla de correspondencias entre las seis copias conservadas de este formulario. En 1357-1358, el cardenal Albornoz hizo redactar a total prisa la cuarta compilación de modelos de cartas, ver LECACHEUX (1898). En 1360, el cardenal pe-

sobre todo a partir de uno de estos formularios, redactado entre 1336 y 1338, bajo el pontificado de Benedicto XII (1334-1342) y conservado en la Biblioteca Municipal de Aviñón⁹⁶. Hemos relevado una treintena de ocurrencias del término “escándalo” en las cerca de 600 cartas compiladas de este manual y luego completado el análisis de las cartas con el de las súplicas del primer registro conservado, que data de los años 1410-1411; debimos ampliar pues el campo cronológico del estudio⁹⁷. Con el fin de enriquecer la visión de conjunto, fue útil trabajar a partir de las súplicas retranscriptas y abreviadas en los repertorios editados por el equipo de investigación de Ludwig Schmugge, que cubren los años 1430-1460⁹⁸. La categoría de escándalo no es propia del vocabulario administrativo y jurídico del papado. Ella circula a escala local –la de las autoridades eclesiásticas episcopales en la mayoría de los casos– puesto que la relevamos en las súplicas registradas por la Penitenciaría.

El fin era por cierto relevar los usos de la categoría para reubicarlos en su contexto documental, pero también “dar carne” a esta categoría de escándalo observando los casos que recubre. En los desarrollos que siguen, trataremos de comparar las fuentes de la Penitenciaría Apostólica con las cartas pontificias de los siglos XIII-XIV. Sería metodológicamente discutible aislar la categoría de escándalo de su contexto institucional de producción, por lo tanto del

nitenciarario Francesco degli Atti rehace este formulario, cuya copia es conservada (Ciudad del Vaticano, BAV, Barb. Lat. 1533). Finalmente, el manual de Walter Murner, redactado hacia 1380, es el sexto y último formulario de actas de la Penitenciaría; se distingue como referente a lo largo del siglo XV. Fue objeto de una edición magistral, acompañada de tablas de correspondencia entre formularios, por MEYER (1979).

96 Existen otras seis copias de este formulario –de las cuales una está conservada en la Biblioteca Nacional de Francia (BnF, Lat. 4323)– sobre las cuales no hemos trabajado de una manera suficientemente profunda como para entregar análisis concluyentes en el marco de este artículo.

97 Este primer registro (1 de abril el 1410-24 de mayo de 1411) fue objeto de una edición parcial por MAILLARD-LUYPAERT (2003). También ver TAMBURINI (1969).

98 L. Schmugge, P. Ostinelli et H. Braun (ed.), *Repertorium Pönitentiarie Germanicum. I. Verzeichnis in den Supplikenregister der Pönitentiarie Eugens IV (1431-1447)*, Tübinga, 1998. L. Schmugge, K. Bukowska et A. Mosciatti (ed.), *Repertorium Pönitentiarie Germanicum. II. Verzeichnis in den Supplikenregister der Pönitentiarie Nikolaus V (1447-1455)*, Tübinga, 1999. L. Schmugge et W. Müller (ed.), *Repertorium Pönitentiarie Germanicum. III. Verzeichnis in den Supplikenregister der Pönitentiarie Calixts III (1455-1458)*, Tübinga, 2001. L. Schmugge, P. Hersperger et B. Wiggenhauser (ed.), *Repertorium Pönitentiarie Germanicum. IV. Verzeichnis in den Supplikenregister der Pönitentiarie Pius II (1458-1464)*, Tübinga, 1996.

papado, en tanto que éste lleva adelante una actividad administrativa diversificada. Nos apoyaremos en una muestra limitada de cartas pontificias que permitirá, no obstante, aclarar los usos que la Penitencería Apostólica hace de la categoría “*scandalum*”.

El scandalum y las calificaciones de la falta

Se encuentra el término “escándalo” en muchas de las rúbricas del manual de la Penitenciaría fechado en 1336-1338: *de simonia, de homicidiis, ex defectu corporis, de promotis, de juramentis, de matrimoniis, de apostatis*. Se puede pues afirmar sin demasiada audacia que el *scandalum* no califica un tipo de falta en particular: no está vinculado únicamente a los proceder simoníacos, a los matrimonios consanguíneos, o de retorno de los monjes al siglo. Además, el “escándalo” es enmarcado por un léxico tan penal (*enormia, crimina, reatus*) y disciplinario (*irregularitates*) como penitencial (*peccata* y *culpa*). El “escándalo” no supone sistemáticamente que un *crimen* o un *delictum* haya tenido lugar. Al contrario, la categoría aparece también en el campo, más impreciso pero más vasto, de lo penitencial y lo disciplinario.

Examinemos primero los lazos entre el escándalo y las calificaciones penales de la falta. Ocurre que el escándalo es asociado judicialmente con los *enormia* y *excessus*⁹⁹. En su estudio sobre los procesos intentados por el papado a los preladados en el siglo XIII, Julien Théry describe el caso de Vivian de Boyer, obispo de Rodez, acusado en 1261 ante Alejandro IV de “*multa enormia et auditu nimis horrenda sinistra*” –es decir, entre otros, de simonía, de incontinencia y de sodomía¹⁰⁰. Como muestra J. Théry,

99 Sobre esta calificación promovida por los papas del último cuarto del siglo XII, ver THÉRY (2003a); en el capítulo 5, J. Théry define así los *enormia*: “Estos crímenes, en la medida en que atentaban profundamente contra el orden, donde formaban parte de este *excessus* clerical que denunciaba desde hace tiempo el derecho canónico, tan atento a reducir todo escándalo, fueron investidos muy fácilmente de una carga política. Desde el siglo XII, en el curso de una gestación que queda por estudiar, fueron definidos por los papas como ‘enormidades’, *enormia crimina*, atentatorios al sistema jerárquico de la Iglesia teocrática y a la *plenitudo potestatis* de los pontífices. Calificados de ‘enormes’ –es decir no sólo, en la acepción etimológica, atentatorios a la norma, e-normes, sino que también, en una acepción que se había hecho dominante a principios del siglo XIII, desmesurados, casi monstruosos–, ellos salían de la esfera de los crímenes ‘ordinarios’ donde habían nacido y se acercaban a aquellos que cuestionaban el *status ecclesie*, o incluso la *majestas* divina y humana”.

100 Martène, *Thesaurus novus anecdotorum*, III, París, 1717, c. 1109-1110, citado *ibid.*

el vocabulario de la enormidad se había hecho de uso corriente a principios del siglo XIII en la Iglesia para calificar no solo, en esta vieja tradición jurídica, a los daños a los bienes, sino también y sobre todo a los pecados y los crímenes. Fue entonces frecuentemente utilizado de esta manera por los papas, por ejemplo en el marco de la represión de los ‘excesos’ de los que podían volverse sospechosos los prelados¹⁰¹.

En el contexto del control creciente por el papado de los dignatarios eclesiásticos, la categoría de escándalo es movilizadada cada vez más sistemáticamente para designar el impacto, entre los fieles, de una falta cometida por un prelado, fuera ésta pecaminosa o criminal. El obispo de Rodez es así “implicado en numerosos crímenes que ofenden a Dios y escandalizan a los hombres” (“multis criminibus irretitus, quæ Deum offendunt et homines scandalisant”). Esta dicotomía entre la ofensa hecha a Dios y el ataque al orden social humano, que se encontraba por ejemplo en Tomás de Chobham con su distinción sobre el escándalo, contribuye a separar cada vez más netamente un dominio “criminal”, que engloba la lesa majestad divina y todos los crímenes públicos por una parte¹⁰², y un dominio “administrativo”, el del gobierno de los hombres y de la conservación del orden público, por la otra. Todavía en el siglo XIV, se encuentran en las cartas de Urbano V casos semejantes en los cuales la misma palabra de “escándalo” designa el impacto intolerable sobre la población de fieles, de crímenes cometidos por clérigos, fueran simoníacos, vivieran en concubinato o hubiesen dejado en el abandono la iglesia cuya cura tenían¹⁰³. Se trata por cierto sólo de infracciones a la disciplina eclesiástica, pero éstas bien recorren todo el discurso judicial sostenido por el papado, un discurso tejido cada vez alrededor de las mismas calificaciones y categorías.

101 THÉRY (2007).

102 CHIFFOLEAU (1993).

103 Citamos las transcripciones abreviadas de las cartas comunes de los papas, hechas por Michel et Anne-Marie Hayez. *Ut per litteras apostolicas*, Urbano V, Cartas comunes, *De indultis, privilegiis et dispensationibus*, Viterbo, 17 de septiembre de 1367, n° 19935: “*Johanni de Fraxino*, rect. paroch. eccl. de Lonacis, Forojulien. dioc., mag. in art. – cum dudum ad audientiam pape perducto quod nonnullos viros ecclesiast. partium diversarum tam seculares quam regulares ceca ambitio adeo execraverat quod quidam eorum, quandoque etiam minus digni plura beneficia c. c. et s. c., quandoque cum dispensatione, quandoque sine illa, retinere presumebant in numero detestabiliter excessivo, ex quod dictis beneficiatis nequeuntibus in diversis beneficiis residere, diminutio divini cultus, hospitalitatis defectus, ecclesiast. libertatum et jurium perditio, rerum lapsus, prediorum destructio, edificiorum et ipsarum ecclesiarum ruina, vitiorum pululatio, animarum pericula et nonnullorum populorum carentium propriorum rectorum regimine, murmur et scandalum veniebant...”.

Algunas de estas calificaciones pueden situarse del lado de un derecho “disciplinario” en permanente evolución. Los casos de “irregularidad” de los clérigos, en particular, proporcionan frecuentemente al papado y a los obispos la ocasión de ejercer su poder de dispensa. El 28 de noviembre de 1235, Gregorio IX (1227-1241) escribe una carta al obispo de Quimper, respecto de un archidiácono que sufre de una “deformidad” –a este último le falta un dedo. El papa invita al obispo a dispensar a este individuo porque sus buenas costumbres y su ciencia son atestiguadas, pero también a condición de que su tara física no genere ningún escándalo¹⁰⁴. No era necesario que los fieles se indignasen porque un incapacitado hubiera podido ser promovido o mantenido en su cargo eclesiástico. Los clérigos deben obligatoriamente encarnar un modelo de vida y la sacralidad de la que son portadores no puede ser puesta en cuestión por una debilidad moral devenida pública o por una tara física demasiado visible. Se encuentran en las cartas de la Penitenciaría compiladas en 1336-1338 varios casos que evocan las taras físicas de los clérigos. Como éstas constituyen “impedimentos” en el sentido jurídico del término, una dispensa se revela siempre necesaria para quien desea acceder al sacerdocio. El penitenciario concede entonces una dispensa *porque* ningún escándalo corre peligro de estallar:

104 L. Auvray (ed.), *Registres de Grégoire IX*, II, París, 1896, col. 205-206, n° 2844. Viterbo, 28 noviembre de 1235. “... *Corisopitensi et ... Venetensi episcopis*. Etsi lex canonum nonnullos corpore vitiatos interdum ministerio altaris subducat, longe tamen diversum est, si se tales volentes absciderint, quam si casu aliquo, dummodo operi licito curam impenderent, abscidantur, ut in illis attendatur voluntas, que ausa fuit sibi ferrum inicere, in istis vero casus veniam mereatur. Ex parte siquidem dilecti filii G., archidiaconi Corisopitensis, fuit nobis humiliter supplicatum ut, cum olim, eo in annis puerilibus, quoddam ligatum, super quartum dextere sue digitum, qui medicus dicitur, fortuito casu cadens, eundem digitum sic contuderit, quod partem ipsius ammiserit per imperitiam medicorum, et talis deformitas non existat, quod ex hoc quin possit promoveri ad sacros ordines vel assumi ad dignitates ecclesiasticas, debeat impediri, vel etiam scandalum vel periculum aliquod formidari, providere super hoc sibi misericorditer dignemur. Nos igitur, attendentes laudabile testimonium quod ei de vite munditia, honestate morum et litterarum scientia perhibetur, cum sic scientia preditus asseratur, ut in iure canonico Parisius docuerit, et sit sufficiens ad docendum in theologica facultate, propter quod dignum se reddidit ad gratiam obtinendam, ipsius devotis supplicationibus inclinati, mandamus quatenus, si deformitatem seu debilitatem non habet, unde scandalum vel periculum generetur, consideratis circumstantiis universis, agatis super hoc, cum eo auctoritate apostolica dispensando, prout honori et decori Ecclesie videritis expedire”.

Al obispo. Por parte del capítulo de la iglesia X, que nos explicó que uno de los canónigos, el sacerdote A., ha perdido accidentalmente una parte de su dedo como consecuencia de la mordedura de un caballo, y, por esta razón, se abstiene con respeto de celebrar la misa, aun si puede plegar y desplegar libremente su dedo. El capítulo catedralicio nos suplica pues, en nombre de este sacerdote de cuyas buenas costumbres y autenticidad de la conversión están, como se nos asegura, atestiguadas, de concederle con misericordia la gracia apostólica de la dispensa. Si el dicho sacerdote no ha perdido una parte tal de su dedo que le impida officiar y si el escándalo no estalla en el pueblo, pedimos que usted lo dispense en la ejecución de su oficio sacerdotal. En caso de que este oficio le fuera totalmente prohibido, pedimos que le permita, si ningún obstáculo canónico se opone a ello, ejercer en otros ministerios¹⁰⁵.

De la misma manera, en la versión registrada el 28 de marzo de 1411 de la súplica que envió el clérigo Jean Quebriac, de la diócesis de Saint-Malo, que sufría de una deformidad y solicitaba la dispensa papal, el penitenciario mayor se ocupa de precisar bien que la gracia pontificia le es concedida porque está desechado todo riesgo de escándalo¹⁰⁶. La dispensa está pues condicionada a la certeza de que la falta o el impedimento no suscitarán escándalo alguno. Pero esto significa también que el estado de *irregularitas* en el cual se encuentra un clérigo constituye siempre una fuente potencial de escándalo, que el papado se afanaba en callar.

105 BM Avignon, 336, fol. 16 v: “*Episcopo*. Ex parte capituli ecclesie .. [los dos puntos indican que el nombre del destinatario y/o del suplicante no aparece en el formulario] fuit propositum coram nobis quod A. presbiter eorum concanonice casualiter morsu equi digiti partem amisit, propter quod a celebratione misse abstinuit reverenter, licet digitum libere contrahat et extendat. Super quo supplicavit idem capitulum predicto presbitero, cui sicut asseritur et vite laudabilis et evidentis conversationis testimonium suffragatur, dispensationis gratiam per sedem apostolicam misericorditer provideri. Nos igitur, [auctoritate domini pape cuius penitentiarie curam gerimus], committimus quatenus, si dictus presbiter tantum de digito non admisit, quod impedimentum prestat officio et populo scandalum non inducat, cum eo in executione sacerdotalis officii dispensetis. Alioquin eo sibi penitus interdicto permittatis eundem in aliis ordinibus, si aliud canonicum non obstat, ministrare”. BMA, 336, fol. 17: “*Episcopo*. Ex parte abbatis monasterii .. exhibita petitio continebat ut, cum fratre S. monacho suo quod, macula quam habet in oculo non obstante, possit ad sacros ordines promoveri et in ipsis etiam ministrare, sedis apostolica dispensare misericorditer dignaretur. Nos igitur, auctoritate etc., providentie vestre committimus quatenus, inspecta macula diligenter, si non est tanta quod celebrationi divinorum prestat impedimentum, nec ex difformitate ipsius possit populo scandalum generari, cum eo super premissis, prout secundum deum anime ipsius saluti expedire videritis, dispensetis, si aliud canonicum non obstat”.

106 ASV Penitenzieria Ap., Reg. Matrim. y Div. 1, fol. 89.

Finalmente, el escándalo permite, en la misma documentación pontificia, redefinir los contornos de la justicia penitencial; porque los “pecados” (*peccata*) también pueden causar escándalos. Podemos incluso decir que los “pecados” no son forzosamente ocultos y no pueden pues ser radicalmente opuestos a los “crímenes”, éstos últimos siempre públicos. Al contrario, la Penitenciaría nunca descuida los efectos públicos que pueden tener los pecados. Sucede en los formularios de este oficio que un hecho delictivo sea calificado de “pecado” (*peccatum*) o de “falta” (*culpa*) y que se tema sus efectos públicos o, por lo menos, que se los anticipe. De un pobre diácono que ha falsificado involuntariamente una carta apostólica, se dice que debe ser dispensado y mantenido en sus órdenes “a condición de que el conocimiento público no haya transformado su falta en un escándalo”¹⁰⁷. Un clérigo de Bolonia transgredió el juramento hecho a sus acreedores de no dejar la ciudad sin haber liquidado sus deudas. La Penitenciaría juzga que no hay lugar para hablar de “pecado de perjurio” (*perjurii peccatum*) y concede al abad el permiso de librarle la absolución y la dispensa, si el “conocimiento público” de la falta de este hermano no se ha transformado en un “escándalo”¹⁰⁸.

En ambos casos citados, debemos sobre todo notar que un matiz es introducido entre el simple conocimiento público de la falta y el escándalo. Recordemos que en el derecho canónico difícilmente se discernía qué permitía hablar de escándalo: ¿simple sospecha? ¿*fama*? ¿notoriedad? En los formularios de la Penitenciaría, el escándalo no se resume manifiestamente en el

107 BMA, 336, fol. 19v: “Episcopo. Accedens olim ad sedem apostolicam A. pauper diaconus lator presentium nobis humiliter est confessus quod ipse olim, non ex malitia sed simplicitate potius, in quibusdam litteris apostolicis ad instantiam cuiusdam socii sui rasuram faciens, quartus posuit ubi scriptum erat quintus, postmodum, ignorans esse prohibitum ac se propter hoc in excommunicationis sententiam incidisse, ad subiaconatus et diaconatus ordines est promotus, et ministravit in ipsis, absolutionis beneficio non obtento. Tandem, apertis intelligentie oculis et cognita culpa, sedis apostolice clementiam [pet]iit, sperans apud illius vicarium qui, cum irascitur, non obliviscitur misereri sibi misericordie januam aperiri, clamavit siquidem diu, pulsavit supplicationibus, et lacrimis supplicavit, sed frequenti eius instantia frequentem opposuerit qualitas offense repulsam ne facilis venie incentivum forte tribueret delinquendi. [...] Quocirca, de speciali mandato domini pape, committimus quatenus ut, si culpam eius manifesta notitia non perducerit in scandalum in partibus vestris, cum ipso in susceptis ordinibus dispensetis sed ad presbiteratus ei prorsus interdicatis assensum donec maiorem gratiam et eadem sedem meruerit obtinere”.

108 BMA, 336, fol. 37-37v.

solo “conocimiento público” que los cristianos pueden tener de un crimen. El término mismo bien compromete el temor de que el mal ejemplo dado por algunos contamine al conjunto de la comunidad. Se inscribe en una lógica disciplinaria, que todavía concernía en los siglos XI-XIII solo a los clérigos pero que se extiende luego a los laicos. De la irregularidad más benigna (a nuestros ojos al menos) a los crímenes más enormes, el *scandalum* está allí como un límite semántico que señalaría el carácter “excepcional” de la falta en sus consecuencias sobre la *caritas* medieval y, sobre todo, sobre el espacio público.

USOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES DEL *SCANDALUM*

¿Poner fin al escándalo?

A mediados del siglo XIII, Inocencio IV (1243-1254) recomienda a dos abades cistercienses de las diócesis de Salzburgo y Passau de llevar adelante una investigación de verdad sobre los proceder del obispo de Passau, de quien se reputa dilapidar sus bienes, haber cometido simonía y homicidio, haber promovido fraudulentamente a clérigos a las órdenes sagradas, etc., todo esto *in scandalum plurimorum*¹⁰⁹. Si las investigaciones sobre los preladados se multiplican a lo largo del siglo XIII, como consecuencia del establecimiento por Inocencio III del procedimiento inquisitorio¹¹⁰, no son las únicas a re-

109 E. Berger (ed.), *Registres d'Innocent IV*, I, París, 1884, p. 172, n° 1101. Lyon, 7 marzo de 1245. “Sancte Crucis de Swetil et de Rune abbatibus, Cisterciensis ordinis, Salzburgensis et Pataviensis diocesium. Ex parte L. prepositi, G. et L. archidiaconorum, L. thesaurii, D. cellerarii, et quorundam aliorum canonicorum Pataviensis ecclesie fuit propositum coram nobis quod, cum eadem ecclesia consueverit esse in spiritualibus florida et temporalibus opulenta, Rodegerus episcopus Pataviensis bona eiusdem ecclesie dilapidans enormiter et consumens, ac possessiones de novo infeudans ipsius, ad tantam eam duxit inopiam quod, nisi ei celeriter per providentiam Sedis Apostolice succurratur, vix adiciat ut resurgat. Idem quoque reatu homicidii non immunis ac simoniaca labe respersus, divina celebrare, vel verius prophanare, ac clericos promovere ad ordines sacros presumit in anime sue periculum et scandalum plurimorum. Quia vero talia, si vera sunt, conniventibus oculis pertransire non possumus nec debemus, mandamus quatinus ad ecclesiam ipsam personaliter accedentes, et habentes pre oculis solum Deum, impendatis eidem ecclesie tam in capite quam in membris visitationis officium vice nostra, et inquiratis super premissis diligentissime veritatem, que inveneritis nobis fideliter rescripturi”.

110 Ver TRUSEN (1988); FRAHER (1992); THÉRY (2003b). Sobre los orígenes romanos y las razones de ser del procedimiento inquisitorial, ver THOMAS (1996).

presentar la asiduidad del papado a la reparación de las faltas públicas y del escándalo que a veces de ellas resulta. En las cartas comunes de Juan XXII (1316-1334), encontramos un caso que es objeto de varias respuestas sucesivas de la Cancillería. La reunión de la iglesia parroquial de *Melduno* de la mesa episcopal de la diócesis de Lausana provocó un grave escándalo en el seno de la población local. El papado se encarga por consiguiente de romper esta fusión “a fin de hacer cesar el escándalo”¹¹¹. De la misma manera bajo Urbano V, se trata a menudo de poner fin al rumor y al escándalo provocados por la acción reprehensible de ciertos religiosos mal intencionados. En el seno mismo de la Orden de los Hospitalarios, la rebelión de ciertos hermanos causa un “gran escándalo”, al cual el papado se afana en ponerle fin dirigiéndose al obispo de París para que restaure la obediencia debida al maestro general de la Orden¹¹².

Pero en los formularios de la Penitenciaría encontramos menciones de “escándalo” mucho más en los casos en que no tuvo lugar que cuando el escándalo ya estalló y la Penitenciaría trata de ponerle un término. El escándalo es entonces lo que la Iglesia teme y busca evitar a cualquier precio. ¿Pero cómo? Recordemos que el derecho canónico de los siglos XII-XIII sugería que el clérigo culpable se purgara (*purgatio*) hasta la satisfacción (*satisfactio*), o fuera castigado por una censura (principalmente la excomunión) o bien por una sanción disciplinaria (suspensión, deposición en el peor de los casos). En los tres casos –penitencia, censura, sanción– el objetivo era poner fin al escándalo o de evitar que éste se produjera. Examinemos más de cerca la puesta en marcha por el papado de la segunda de estas dos estrategias, más administrativa que judicial, en suma.

111 *Ut per litteras apostolicas*, Juan XXII, Cartas comunes, 22 septiembre de 1329, n° 46701; Juan XXII, Cartas comunes, 28 de abril de 1330, n° 49425; Juan XXII, Cartas comunes, 7 de mayo de 1330, n° 49556. Sobre la traducción de *Melduno*, dudamos. Difícilmente podemos pensar en Melun, dada la distancia geográfica.

112 *Ibid.*, 5 de abril 1370, n° 26583. “... et propterea nonnulli ipsorum fratrum, abjecta discipline regularis norma, per loca diversa et provincias alienas absque sui superioris licentia et cum pestiferis armatorum societatibus incedant vagabundi et aliqui secularibus negotiis contra dicte religionis debitum se immiscuerint, propter quod oritur grande scandalum in prejudicium hospitalis supradicti – ad suppl. Jacobi de Besuez, mag. generalis dicti hospitalis s. Lazari Jerosolimitan., mandatur ut dictos fratres ut eidem magistro obedientiam et reverentiam debitam exhibeant et ad dictum generale capitulum, dum celebrabitur, veniant, et de subventionibus et contributionibus predictis, prout antiquitus fiebat et justum fuerit, eidem magistro respondeant ut tenentur, per censuram ecclesiast. compellat”.

¿Y “si el escándalo no tuvo lugar”?

En el marco de la justicia disciplinaria, tal como la ejerce la Penitenciaría Apostólica, el *scandalum* no es un acontecimiento que, habiendo tenido lugar, habría que reparar a cualquier precio, cuando no directamente enterrar. El término constituye más bien un requisito jurídico que motiva las decisiones tomadas. Cuando la falta no generó escándalo alguno –sea por oculta o por demasiado mínima como para haber suscitado la desaprobación del *populus christianus*– el gobierno central de la Iglesia hace de la ausencia de escándalo un requisito jurídico que justifica las dispensas y absoluciones que concede caso por caso. En el *Liber Extra* se afirma que hay que asegurarse que la infamia y el escándalo no existan, ninguno de los dos, antes de reintegrar al clérigo culpable en sus funciones, es decir, antes de dispensarlo¹¹³. En las cartas pontificias del siglo XIII, la dispensa es concedida sin dificultad al demandante cuando el impedimento (*impedimentum*) no ha generado escándalo alguno, lo cual aparece entonces como el equivalente, en la esfera disciplinaria de la Iglesia, de la perturbación del orden público, preocupación constante de las autoridades seculares.

De la misma manera, en los formularios de la Penitenciaría, la reintegración lenta del culpable, sea eclesiástico o laico, depende de la ausencia de escándalo suscitado por la falta. El monje que ha matado por mala fortuna a un canónigo golpeándole la cabeza con una barra, tendrá el derecho de celebrar los oficios, pero también de acceder a las órdenes superiores, “si no hay escándalo” (*si non est inde scandalum*)¹¹⁴. En otra carta, es un sacerdote quien,

113 X, 5, 12, 14 (Fr. 798-799): “Ex literis tuae fraternitatis accepimus quod, cum H. presbyter foenum vellet de curru deponere, perticam superius allegatam proiecit in terram, et, cum foeno insisteret deponendo, quidam puerum quendam iuxta currum reperit semivivum, in quo praeter modicum livoris in fronte nihil inveniri potuit laesionis. Nos autem ab eodem quaesivimus sacerdote, si, priusquam iaceret perticam, circumspexisset sollicitè, an esset aliquis circa currum; qui, quod diligenter circumspexit, asseruit, sed, quod vidisset aliquem, denegavit. Ad te igitur remittentes eundem, mandamus, quatenus, si res ita se habet, nisi contra eundem grave scandalum sit exortum, vel tanta labore infamia, quod deficiente accusatore oporteat eidem canonicam purgationem indici, ipsum libere permittas exsequi officium sacerdotis” [subrayado nuestro].

114 BMA, 336, fol. 15. *Abbati*. “Ex tenore [presentium accepimus] quod, cum olim frater A. lator presentium, amota quadam pertica, quae ingredientes ecclesiam offendebat, sub vicino tecto eiecta iuxta quandam parietem collocaret, lapis ad tactum pertice dilapsus in caput canonici stantis a tergo, quem ipse non viderat, intulit casum mortis. Super quo,

después de haber matado a un hombre en legítima defensa, suplica a la Penitenciaría de concederle una dispensa. Con el fin de justificar el perdón que ella concede graciosamente, la Penitenciaría le pide al obispo diocesano investigar y verificar que no haya “escándalo ni infamia contra [el suplicante]”¹¹⁵. El penitenciario mayor pide regularmente al obispo, a veces incluso al abad, de llevar una investigación local para asegurarse la buena reputación (*fama*) del culpable y estar seguro de que su rehabilitación no suscitará indignación alguna en los fieles¹¹⁶.

non conscientie, quam inde proponit habere sinceram, sed ne quis emulus in ipsum ex hoc labia detractionis impingat, sedem apostolicam adiens, supplicavit humiliter sibi super hoc eam de opportuno remedio misericorditer provideri. Ad te igitur de facto monachum remittimus eundem, auctoritate [domini pape cuius penitentiarie curam gerimus], discretioni tue committimus quatenus, si dictus monachus dabat tunc opera rei licite aut caute- lam, quam debuit, adhibuit in premissis, *si non est inde scandalum*, non impediatis eum ex hoc quoniam in susceptis ordinibus ministrare et ad superiores possit libere promoveri” [subrayado nuestro].

115 BMA, 336, fol. 14v. “Episcopo. A. [latoris presentium petitio continebat] quod olim de quibusdam rebus suis de domo suo furtive subtractis ipse S. uxoris [et] C. vicini et amici sui super hoc habens suspectum dictum vicinum requisivit et rogavit instanter, ut inhiberet ei ne domum suam decetero introiret. Idem vero vicinus spretis eius partibus non solum ad efficere voluit, verum etiam contra eum in verba contumeliosa prorupit et evaginato gladio irruens in eundem ipsum totis viribus interficere conabatur, et licet idem presbiter illius furorem fugiens et per magnum spacium temporis retrocedens plures ic- tus suscepisset ab ipso; tandem videns se in mortis periculo constitutum, cum aliis non posset fugere, manus eius se deffendendo cum gladio vulneravit eundem, pretextu cuius vulneris diem clausit extremum. Super quo petiit a sede apostolica consilium salutarem. Ad vos igitur, qui de facto et facti circumstantiis in partibus ipsis habere potestis notitiam pleniorum, presbiterum remittimus eundem, auctoritate domini pape cuius penitentiarie etc., paternitati vestre committimus quatenus, *inquisita super hoc per vos vel alium di- ligentius veritate, si reum inveneritis ita esse et poteritis aliis mortis periculum evitare, nec est inde scandalum nec laborat infamia contra eum* aliudque canonicum non obsis- tat, non impediatis eum ex casu premissis quominus possit in suis ordinibus ministrare” [subrayado nuestro].

116 BMA, 336, fol. 14v; et fol. 15v-16: “Abbati etc. Fratris [latoris presentium petitio continebat] quod, cum olim quidam fur surripisset bones suos, dum adhuc seculi am- plectaretur affectum et ipse in auxilium vocaverit convicinos ut quod solus non poterat multiplicatis adiutoribus obtineret, p[otestate] premissa quod recuperatis vobis aliud non prosequerentur in eo ad propria remeavit, dum vero vicim insecuti sunt, furem et eum remittentem percusserunt ad mortem, monacho ipso penitus ignorante immo, ut predici- tur, contradicente nec dante in eius mortem aliis auxilium, consilium, vel favorem. Super

En una carta compilada a la vez en el primero de los formularios (el de los años 1220) y en el del penitenciario mayor Gaucelme de Jean (1336-1338), trata sobre 25 monjes ordenados sacerdotes *imprudenter et irreverenter*, es decir, sin que el rito de ordenación romano haya sido respetado por el obispo. Una dispensa de irregularidad les será librada sólo “si el mérito de su vida, el testimonio de su buena reputación es atestiguado y si ningún escándalo estalla” (“*demum si eis et vite meritum et fame testimonium suffragabitur et scandalum nullum immineat*”)¹¹⁷. El valor conjuntivo de “*et*” prueba que esta cláusula, recurrente en los formularios de cartas, dispone elementos difícilmente dissociables, a saber la buena reputación de un individuo y la ausencia de escándalo. En muchos otros casos, la dispensa está también condicionada a la ausencia de obstáculo canónico y la inexistencia del escándalo (*scandalo vel alio canonico non obstante*)¹¹⁸. Todo ocurre pues como si la Penitenciaría

quo non conscientie, quam inde proponit habere sinceram, sed ne quis emulus [in ipsum ex hoc labia detractionis impingat], supplicavit humiliter sibi per sedem apostolicam de oportuno remedio provideri. Ad te igitur, qui de facto et facti circumstantiis in partibus ipsis habere potestis notitiam pleniorum, monachum remittimus eundem, auctoritate etc., committimus quatenus, inquisita super hoc diligentius veritate, si rei veritas sic se habet et non est inde scandalum nec laborat infamia contra eum, non impedias eum ex hoc quominus possit libere in suis ordinibus ministrare et ad superiores etiam promoveri”.

117 LEA (1892: 107-108), XCIX. BMA, 336, fol. 32: “Archiepiscopo. Auditis qu[e] episcopus c[irca] inordinatam ordinationem abbatis et viginti quinque monachorum monasterii imprudenter omisit et qualiter eos contra ritum sancte Romanae Ecclesie ordinavit, auctoritate et de speciali mandato etc. committimus quatenus iuxta modum culpe iniungatis eisdem abbati et monachis penitentiam salutarem. Demum si eis vite meritum et fame testimonium suffragabitur et scandalum nullum immineat, faciatis eos [denuo] secundum formam quam sacrosancta Romana Ecclesia tenet per dispensationis gratiam ad illos ordines promoveri, in quibus memoratus episcopus ritum et ordinem generalis ecclesie non servavit”.

118 BMA, 336, fol. 13v: “Episcopo. Subdiaconati A. latoris presentium petitio continebat quod olim alter duorum iuvenium ad luctam ludentium, quem consanguinei alterius succumbentis ledere int[ende]bantur, eiusdem subdiaconatus subsidium implorasset. Accidit quod dum idem subdiaconatus intendere deffensionem iuvenis memorati percussus, unum ex adversariis adeo repercutit quod infra dies vicesima expiravit. Super quo etc., comittimus quatenus, super executione minorum dumtaxat ordinum et beneficio sine cura, scandalo vel alio canonico non obstantibus, cum eo misericorditer dispensetis”; y fol. 14: “Episcopo etc. A. presbiter [lator presentium petitione monastravit] quod, cum olim vacam indomitam et noxiam pluribus [ictibus] [in] capite securi percussisset, plus diligenter inspecto [quod] nullus circumstabat de quo probabiliter timere deberet ut incurreret lesionem, ipsa incerto casu et vago in puerum non provisum vas aque bullientis plenum

se ocupara de verificar que la falta no es conocida públicamente y se asegurara de que es así posible juzgar en el fuero de la confesión¹¹⁹. En un orden penal medieval apoyado sobre el *jus commune*, todo atentado a la cosa pública debería ser perseguido. A la inversa, en la esfera de la *administratio* eclesial, toda decisión está condicionada a la existencia (o no) del escándalo...

En las súplicas también, la ausencia de escándalo facilita la concesión de dispensas. Una mancha en el ojo que no impide el servicio religioso ni suscita el escándalo entre los fieles podrá fácilmente ser objeto de una dispensa¹²⁰. Asimismo para aquel desgraciado Christophe Grunenberg, subdiácono benedictino de la diócesis de Constancia, con el pulgar de la mano izquierda amputado: mientras su discapacidad no genere escándalo alguno entre los fieles, la Penitenciaría no ve inconveniente en concederle una dispensa con el fin de que pueda devenir diácono, y aún sacerdote, si lo desea¹²¹. Los casos son plétora de dispensas concedidas para casos *de defectu corporis* en los años 1450-1460¹²². La categoría de *scandalum* se revela, en un marco administrativo y disciplinario, como un verdadero “marcador” jurídico que justifica la decisión tomada (dispensa, absolución, penitencia, o licencia).

evertit, qui ex hoc spiritum exalavit. Super quo idem presbiter petiit sibi apostolice sedis misericordiam misericorditer subveniri. [...] committimus quatenus, inquisita super hiis diligentius veritate, si dictus in premissis adhibuit cautelam quam debuit, scandalum vel alio canonico non obstantibus, [non] reputetis eundem ob casum huiusmodi irregularitatis impedimento teneri”. Si había escándalo, la Penitenciaría no podría intervenir ni conceder dispensa. El castigo debería ser ejemplar.

119 En el marco del fuero penitencial, el juicio pasa en efecto por la confesión secreta y sacramental, que prescinde de testigos, de pruebas y de cartas. El confesor, médico del alma y vicario de Dios, juzga la conciencia del pecador. El fuero penitencial es también sinónimo de *forum confessionis* y *forum conscientiae*. La obra que vuelve a trazar la evolución del concepto de “fuero”, y su subdivisión en fueros interno y externo en el siglo XVI, es la de FRIES (1961). Sobre el fuero interno en las Sumas de confesores del siglo XIII, se leerá con interés TRUSEN (1971). Sobre el dominio que recubre el fuero interno y su articulación con el fuero externo, MÖRS DORF (1957). Más recientemente, PRODI (2000) describió un largo proceso de cinco siglos (XII-XVII), que conduce desde la indiscernibilidad entre el fuero penitencial y judicial hasta su separación. Para unas reflexiones seminales sobre este punto delicado, también reenviamos a CHIFFOLEAU & THÉRY (2007).

120 L. Schmugge, K. Bukowska et A. Mosciatti (ed.), *Repertorium II...* op. cit., p. 5, n° 38.

121 *Ibid.*, p. 85, n° 887 y n° 889. L. Schmugge et W. Müller (ed.), *Repertorium III...* op. cit., p. 7, n° 50.

122 L. Schmugge, P. Hersperger et B. Wiggenhauser (ed.), *Repertorium IV...* op. cit.

Propter vitandum scandalum

Ella continúa haciendo oficio de “marcador” jurídico cuando los penitenciaros se aseguran que su decisión no suscitará escándalo alguno. Ciertas decisiones tanto penales como disciplinarias eran claramente tomadas para evitar el escándalo. Partamos sencillamente de las locuciones jurídicas más corrientes de los formularios de cartas y de súplicas de la Penitenciaría, así como de los registros de súplicas: *ad vitandum scandalum, propter vitandum scandalum, scandalum obviare*.

Sin embargo, “si el escándalo es planteado como una condición de la verdad, es más útil dejar nacer el escándalo que abandonar la verdad”, según el principio establecido por Gregorio Magno¹²³. En derecho como en teología, la evitación del escándalo está lejos de ser automática. Escuchemos a Juan de Andrea, particularmente ambiguo en este punto: “según el derecho natural [según la *lex evangelica*] el escándalo debe ser evitado”¹²⁴, pero solamente si

123 *Sancti Gregorii Magni Homiliae in Hiezechielem prophetam*, M. Adriaen (ed.), Turnhout, 1971 (CCSL, 142), p. 85: “Ex qua re nobis considerandum est, quia in quantum sine peccato possumus vitare proximum scandalum debemus. Si autem de veritate scandalum sumitur, utilius permittitur nasci scandalum quam veritas relinquatur”. Esta idea de Gregorio Magno conoció una considerable posteridad, ya que Beda la retoma por su cuenta (*Beda Venerabilis Opera. Pars II. Opera exegetica. 3. In Lucae Evangelium expositio. In Marci evangelium expositio*, CCSL 120, Turnhout, 1970, p. 308, In Lucam V, p. 308; y pp. 553-554, In Marcum III). Luego la Glosa ordinaria (ad Marcum, 9, 43-47) así como la *Apostilla* de Hugo de San Caro (*Postilla*, op. cit., VI, p. 234, ad Lucam, 17, 1-3) la reiteran en el marco de sus definiciones de *scandalum*. La lucha entre la *lex evangelica* (verdad absoluta) y *administratio* (verdad casuística) se perpetuó así, incluso en el corazón de los conflictos que agitan y oponen a “teólogos” y “juristas”. El segundo desarrolló, en el curso de su práctica judicial, un sentido tal vez más agudo del compromiso con la idea de la verdad...

124 Johannes Andreae, *Commentarius* op. cit., Venecia, 1581, p. 156, ad X, 1, 11, 4: “Nam, et secundum ius nature scandalum est vitandum, ut patet «De novi operis nuntiatione»” c. 2. El canon alegado es una carta de Inocencio III que se refiere ampliamente a las Escrituras para justificar la necesidad de la evitación del escándalo. X, 5, 32, 2 (F 848): “... licet opera illa, quae sine mortali peccato committi possunt pariter et dimitti, sit pro scandalo tollendo cessandum, et eis etiam pro vitando scandalo insistendum. Unde Apostolus dicit: «Si scandalizatur frater, non comedam carnes in aeternum» et Dominus in evangelio contra eos, qui scandali praestant materiam: «Vae,» inquit, «homini illi, per quem scandalum venit; melius est ei, ut suspendatur mola asinaria ad collum eius, et demergatur in profundum». Et licet maiorum scandalum sit vitandum, vitandum est etiam

esto puede hacerse *sine offensa Dei*¹²⁵. Es decir que la evitación del escándalo está muy ampliamente condicionada a un respeto de la majestad divina, y, teológicamente hablando, a una sacralización de la verdad. A riesgo de ser perfectamente chocante, la verdad debe pues primar. ¿Pero de qué verdad se trata? ¿Cuál hay que proteger imperativamente del escándalo? En el último tercio del siglo XII emerge la doctrina de la “triple verdad”¹²⁶. Podemos esquematizar los desarrollos de Roberto de Courson sobre esta cuestión del siguiente modo: la verdad de la vida pertenece a todos y debe ser absolutamente respetada, aun al precio del escándalo; la verdad de la doctrina pertenece a los prelados; la verdad de la justicia pertenece a los jueces. Ahora bien, en cuanto a esta tercera verdad, el acuerdo entre canonistas y teólogos parece menos nítido que para las dos primeras verdades. Roberto de Courson afirma por su parte: “Si has sido constituido como juez para un asunto y escandalizas mucho declarando una sentencia justa, vale más dejar nacer el escándalo que de dejar de lado la verdad de la justicia”¹²⁷. Pero en la Glosa al *Liber Extra*, respecto de los sacerdotes a quienes hay que impedir oficiar si su minusvalía corporal genera escándalo, leemos una suerte de resignación en la fórmula “se debe en efecto renunciar a muchas cosas a causa del escándalo”¹²⁸. Esto supone que en materia de justicia, la ley no puede siempre aplicarse *stricto sensu*, porque el juez correría peligro de contrariar por la pena que inflige¹²⁹.

scandalum pusillorum, iuxta testimonium veritatis, «qui scandalizaverit,» inquit, «unum de pusillis istis minimis, qui in me credunt, etc.»”.

125 Johannes Andreae, *Commentarius in primum decretalium librum*, Venecia, 1581, p. 148, ad X, 1, 9, 10: “... potius est tolerandum scandalum, quam mortale committendum [...] scandalum vitandum ubi sine dei offensa vitari potest”.

126 Remitimos al lector a dos artículos, uno sobre la doctrina de la triple verdad, LEVELEUX-TEIXEIRA (2005a); el otro sobre la articulación teórica entre escándalo y la verdad, NEMO-PEKELMAN (2007). Hay que precisar que no hay *communis opinio* sobre esta cuestión. Algunos canonistas consideran que la verdad de la justicia no puede ser sacrificada con vistas a evitar el escándalo; otros que se puede repudiar esta verdad cuando se trata de derecho positivo, a fin de evitar precisamente el escándalo.

127 Roberto de Courson, *Summa de poenitentia*, c. 25, n° 4. París, BnF, Lat. 14524, fol. 87rb, traducido y citado en NEMO-PEKELMAN (2007: 501-502), n. 53.

128 *Glosa ordinaria*, ed. Lyon, 1559, fol. 971-972, ad X, 3, 6, 2. “Scandalum. Propter scandalum enim multa sunt dimittenda”.

129 KÉRY (2006) recuerda juiciosamente que los motivos de aplicación de las penas fueron severamente controlados por los canonistas que apelan todos al *zelum iustitiae* y al *amor correctionis*, contra el *odium persequendi* que podría animar a ciertos jueces. También subraya que misericordia y dispensa están inscriptos en la misma concepción

La Glosa distingue por otra parte dos verdades judiciales:

... la verdad de la justicia del derecho natural, que está contenida en la Ley y en el Evangelio, y que no puede ser apartada a fin de evitar un escándalo, como aquí, y la verdad de la justicia del derecho positivo, que el autor de los cánones puede y debe apartar para evitar un escándalo, suavizar y atemperar con otra justa causa, y rechazar en ciertos casos¹³⁰.

En el siglo XIII, la verdad de la justicia puede entonces ser olvidada a veces, lo que apenas sorprenderá en vista de la floreciente casuística de la época y del esplendor de la soberanía pontificia fundada, en buena parte, sobre la posibilidad de dispensar. En la estela de San Bernardo y su teoría de la dispensa, la escolástica planteará explícitamente la cuestión del sacrificio de los “bienes espirituales” en caso de escándalo. Santo Tomás considera que hace falta distinguir varios tipos de bienes espirituales. Lo que es necesario para nuestra propia salvación no debería ser sacrificado. En cambio, sucede que la verdad de la justicia consiste en no castigar un acto delictivo o pecaminoso, de manera de no provocar un escándalo más grave todavía que el pecado cometido y juzgado¹³¹:

No infligimos en absoluto las penas por ellas mismas, sino como remedios con vistas a reprimir los pecados. Es por eso que ellas pertenecen a la justicia en la medida en que, por ellas, los pecados son reprimidos. Pero si, infligiendo penas, debía manifestamente resultar de ello pecados más numerosos y más graves, no sería más una obra de justicia. Es el caso del que habla San Agustín, cuando una excomunión puede acarrear un peligro de cisma. Excomulgar no pertenecería más, entonces, a la verdad de la justicia.

de la justicia eclesiástica medieval. Grat., 23, 4, 24 (F 909-910): “Non semper in eos, qui peccant, vindicta exercenda est”.

130 *Glosa ordinaria*, fol. 221, ad X, 1, 9, 10: “Nam distinguendum est inter veritatem iustitiae iuris naturalis quod in lege et in evangelio continetur, et haec propter scandalum non est deferenda, ut ibi. Et veritatem iustitiae iuris positivi, quam quidem lator canonum potest et debet deferere, ut scandalum vitet, et ex iusta causa alia temperare, et relaxare, et in certis casibus contrarium statuere”.

131 ST, II, II^{ae}, qu. 43, art. 7. “Ad primum ergo dicendum quod poenarum inflictio non est propter se expetenda, sed poenae infliguntur ut medicinae quaedam ad cohibendum peccata. Et ideo intantum habent rationem iustitiae in quantum per eas peccata cohibentur. Si autem per inflictionem poenarum manifestum sit plura et maiora peccata sequi, tunc poenarum inflictio non continebitur sub iustitia. Et in hoc casu loquitur Augustinus, quando scilicet ex excommunicatione aliquorum imminet periculum schismatis: tunc enim excommunicationem ferre non pertineret ad veritatem iustitiae”.

Unas líneas más lejos, el Doctor angélico trata hasta de responder a los dilemas más cotidianos de los jueces de Iglesia explicando que la renuncia a la *correctio* puede justificarse por la preocupación de evitar el escándalo:

La corrección fraterna, hemos visto, tiene por objetivo la enmienda de un hermano. Cuenta pues entre los bienes espirituales en la medida en que puede en ello tener éxito. Pero no lo alcanza si nuestro hermano se encuentra escandalizado por esta corrección. Es por eso que, cuando se abandona la corrección debido al escándalo, el bien espiritual no es por ello desatendido¹³².

Esta legitimación por Santo Tomás de la evitación del escándalo abre múltiples posibilidades judiciales.

Fundado en gran parte sobre esta casuística de la evitación, el ejercicio de la justicia de Iglesia toma claramente en cuenta las consecuencias escandalosas que pueden tener ciertas decisiones judiciales y/o administrativas¹³³. Una carta de Inocencio III dirigida al arzobispo de Lyon afirma el papel determinante del papado cuando se trata de evitar el escándalo: siervos que han echado mano sobre un clérigo (“aliqui servi tuae provinciae propter iniectio-nem manuum in clericum violentam”), excomulgados por este crimen (“in canonem incidunt sententiae promulgatae”), deben imperativamente hacerse absolver en Roma, “porque el escándalo debe ser evitado y el ejemplo mos-trado” (“propter vitandum scandalum et tollendum exemplum”)¹³⁴. Así como

132 ST, II, II^{ae}, qu. 43, art. 7: “Ad tertium dicendum quod correctio fraterna, sicut supra dictum est, ordinatur ad emendationem fratris. Et ideo intantum computanda est inter spiritualia bona in quantum hoc consequi potest. Quod non contingit si ex correctione frater scandalizetur. Et ideo si propter scandalum correctio dimittatur, non dimittitur spirituale bonum”.

133 J. Théry subraya que en el marco de la justicia inquisitorial no llevar una investigación contra prelados reputados como delincuentes es considerado como fuente de escándalo. Cita respecto de este punto una carta de Gregorio IX que ordena una investigación contra el obispo de Acerenza, el 26 de julio de 1231: “In tantum clamor qui jamdudum frequenter ascendit contra venerabilem fratrem nostrum .. Acherontinum archiepiscopum invalescit, quod dissimulare ipsum ulterius sine scandalo non valemus nec sine periculo tolerare” (SV, *Registra Vaticana* 15, fol. 110v, c. 101; L. Auvray [ed.], *Les registres de Grégoire IX... cit.*, I, n° 686), en THÉRY (2008a).

134 X, 5, 39, 37 (Fr. 905): “Relatum est nobis, quod, cum aliqui servi tuae provinciae propter iniectio-nem manuum in clericum violentam in canonem incidunt sententiae promulgatae, allegantibus dominis eorundem, quod carere mancipiis suis nolunt, venire ad sedem apostolicam absolvendi non curant, per occasionem huiusmodi eludentes ecclesiasticam dis-

ya lo constatamos para otros casos, el “escándalo” hace las veces de requisito jurídico para justificar el ejercicio de un derecho de dispensa y de absolución, aquí reservado al papa. Desde el concilio de Reims de 1131, las personas excomulgadas por ejercer violencia sobre un clérigo no pueden ser absueltas en efecto sino por el papa mismo. Su crimen es tan grave y el riesgo de escándalo tan grande que la gracia pontificia se revela necesaria¹³⁵. Su absolución está reservada a la Sede Apostólica porque la misión judicial y disciplinaria del papado consiste precisamente en “evitar” el escándalo anulando la censura canónica. El absolutismo pontificio, en gran parte fundado sobre el derecho de reserva, se apoya entonces claramente en la categoría de escándalo.

A *contrario* de aquello que podríamos hoy pensar del estrecho lazo que une escándalo y sentimiento de injusticia, este ejemplo muestra también que una sanción como la excomunión, por muy “justa” que fuera, imantiene de hecho el escándalo bien vivo! Evitar el escándalo consistirá pues, no en castigar, sino en perdonar. Además, llamar al culpable hasta Roma para absolverlo de sus pecados constituye una penitencia particularmente espectacular, que reemplaza ventajosamente a la excomunión. Finalmente, sustraer al culpable de los odios o de la indignación suscitadas por su acto y atizadas por su sola presencia en los lugares donde cometió sus malas acciones, permite muy concretamente “hacerlo olvidar” un tiempo por lo menos y evitar así que el escándalo perdure¹³⁶. Lo que prima en la práctica judicial rutinaria de la Penitenciaría depende de la *sollicitudo* pastoral, en el peor de los casos de la *correctio* administrada en secreto¹³⁷. Y cuando el sacerdote mismo se revela

ciplinam. Quocirca *fraternitati tuae per apostolica scripta* mandamus, quatenus eos venire compellas ad sedem apostolicam absolvendos, cum plus sit Deo quam homini deferendum; nisi fecerint hoc in fraudem, ut subtrahant se obsequio dominorum, aut ipsi domini propter hoc sine culpa sua grave damnum incurrant. Tunc enim in utrolibet casu poteris eos ex indulgentia nostrae provisionis absolvere, cum nimis sint ab apostolica sede remoti, sed in recompensationem laboris, quem in itinere sustinerent, alia eis satisfactio iniungatur, dummodo non sit tam gravis et enormis excessus, ut propter vitandum scandalum et tollendum exemplum huiusmodi servi ad servum servorum Dei venire debeant absolvendi”.

135 X, 5, 39, 32 (Fr. 902-903): “Quodsi clericum percusserit saecularem, non nisi per apostolicam sedem, ut scandalum evitetur, absolutionis gratiam poterit promereri”.

136 Debo a Julien Théry esta explicación esclarecedora.

137 A nuestro conocimiento, pocas cosas han sido escritas sobre la importancia de las matrices del modelo disciplinario monástico y su influencia directa sobre los mismos términos del derecho pontificio así como sobre las prácticas judiciales eclesíásticas (particularmente de la Inquisición). En el marco de este artículo, no podíamos lanzarnos a una

ineficaz, incluso mediocre confesor, los penitenciarios (incluidos los diocesanos) se presentan como las vías de recurso más seguras, como los campeones de la discreción:

Si alguien cometió repetidas veces un crimen oculto, durante numerosos años, deje pues al sacerdote que no supo sanar al pecador durante todos estos años, y tome un mejor médico, a saber nosotros o nuestro penitenciario, a fin de que nosotros lo sanemos sin provocar escándalo¹³⁸.

¿Cómo evitar el escándalo?

Los penitenciarios tienen pues la pesada carga de curar el alma de los criminales sin que estalle un escándalo en el seno de la comunidad de los cristianos. Tienen, para hacerlo, dos posibilidades “procesales”, podríamos decir: bien ellos juzgan el caso en el fuero de la confesión, sin tomar medidas particulares (el secreto es así garantizado por el *sigillum confessionis*)¹³⁹, bien

investigación profunda sobre el lazo entre *correctio*, *sollicitudo* y *disciplina*. Pero en las reglas de vida monástica forjadas entre siglo V y el VI por Casiano, Cesáreo de Arlés, Benito de Nursia, o la del Maestro, existen varias descripciones de los rituales de penitencia impuestos a los monjes desobedientes que deben ser “corregidos” por un abad lleno de “solicitud” –ver por ejemplo A. de Vogüé, [ed.] *La Règle de saint Benoît*, París, 1971, pp. 548-550, XXVII. También citemos el artículo de MUNIER (1977). El autor explica que el término *sollicitudo* es típico del género literario, entonces naciente, de la decretal pontificia, y que permite al eclesiástico superior invitar a su o sus destinatarios “a adoptar de común acuerdo las medidas disciplinarias que juzga necesarias en una situación dada”, MUNIER (1977: 457). En su seminario de 2007-2008 “Investigaciones sobre la obediencia y la rebelión” (EHESS), Jacques Chiffolleau habla de normas no jurídicas para calificar a estas reglas de vida fundadas sobre la *correctio*, la *sollicitudo* y la *obediencia*.

138 POWICKE & CHENEY (1964: 133). Estatutos de la diócesis de Winchester (1224): “Si quis multis annis ad vomitum rediens crimen iteravit occultum, sacerdos, qui eum tot annis curare non potuit, ad maiorem medicum, id est ad nos vel penitentiarium nostrum, eum ducat sine scandalo curandum”.

139 Esta regla vale asimismo para los casos de absolución *post mortem*. BMA 336, fol. 46v: un clérigo muere en estado de excomunión; a fin de que su falta (él ha oficiado a pesar de su excomunión) no alcance las conciencias de sus congéneres, el obispo deberá “proceder con prudencia”, obrar en el “secreto”. De este modo, ningún escándalo será engendrado. También ver en los registros de súplicas, L. Schmugge y W. Müller (ed.), *Repertorium III* op. cit., p. 77, n° 583 (1 de julio de 1458): se pide claramente al deán Jean Scemund guardar silencio, evitar que la cosa se divulgue, porque graves escándalos podrían sobrevenir si la cosa viniera a ser conocida.

toman disposiciones que impiden que la falta, el crimen o la irregularidad sean divulgados. Examinemos la primera posibilidad. En el formulario de 1336-1338, el penitenciario puede manifiestamente dispensar a una pareja en infracción si no hubo ya “escándalo”, es decir si la falta no ha sido divulgada. Pero más aún, hay que mantener el secreto alrededor del impedimento de consanguinidad si se quiere evitar que un escándalo salpique la institución eclesial (*Ecclesia*) y hasta la sociedad cristiana en su conjunto (*ecclesia fidelium*).

Al prior o al guardián. El portador de las presentes G. nos explicó, en su petición, que antaño se había casado en la iglesia con Guillelma, ignorando entonces que existía un impedimento para ese matrimonio, luego que tuvo hijos de su mujer, como consecuencia de la consumación de ese matrimonio. Pero como un día se enteró de que la mujer que él había conocido antes de casarse con Guillelma estaba vinculada en el cuarto grado de consanguinidad con esta última, pero que este hecho quedó oculto y que graves escándalos estallarían si él y Guillelma vinieran a divorciarse [...], suplica a la Sede Apostólica de ayudarlos, a él y a su mujer, con misericordia. Deseando proveer a la salvación del alma de ambos esposos y, de la misma manera, deseando evitar el escándalo, [...] pedimos, si es así, y si no existe impedimento de ninguna suerte, que los dispenses con misericordia, en el fuero de la penitencia, sin testigo alguno ni cartas, que les permitan así permanecer casados con toda licitud, y que estimes legítima su descendencia presente y por venir¹⁴⁰.

La dispensa matrimonial es aquí concedida en el fuero interno, porque un divorcio generaría un escándalo entre los fieles. Él colocaría el “impedimento” matrimonial bajo la luz de la opinión pública. Excluyendo la posibilidad de una separación entre los cónyuges, la Iglesia se asegura que nadie sabrá

140 BMA, 336, fol. 38v: “Priori vel gardiano. Sua nobis G. lator presentium petitione monstravit quod ipse olim cum Guillelma uxore sua matrimonium contraxit in facie ecclesie, ignorans aliquid esse obstaculum inter eos, et carnali copula subsecuta prolem suscepit ex ea. Cum igitur ad ipsius notitiam nuper pervenerit quod quadam mulier quam idem G. antea fornicario actu cognoverat eidem uxoris sue in quartu consanguinitatis linea actinebat et hoc sit occultum, et si divorcium fieret inter eos gravia possent inde scandala [...], supplicavit humiliter sibi et dicte uxori sue super hoc per sedem apostolicam misericorditer provideri. Nos autem cupientes ipsorum coniugum saluti anime provideri et huiusmodi scandalum obviare, auctoritate etc., tue discretioni committimus quatenus, si est ita, cum dictis coniugibus, quod impedimento huiusmodi non obstante, in suo possint licite matrimonio remanere *in foro penitentie nullis super hoc adhibitis testibus nullisque concessis litteris sed presentibus laniatis* misericorditer dispenses, prolem exinde susceptam vel suscipiendam legitimam reput[es]” [subrayado nuestro].

las razones legítimas que ellos tenían para separarse. La dispensa que les es concedida secretamente permite esconder su falta¹⁴¹.

La institución eclesial se define por su capacidad de anticipar el escándalo, por lo tanto de guardar el secreto cuando es necesario, de “ocultar” lo oculto, es decir, de disimular lo que de hecho es ya desconocido. Su papel, completamente paradójico, es evitar que una contravención a la regla canónica se sepa, o que un desfallecimiento a la norma religiosa sea conocido. Más aún, los teólogos mismos justifican el secreto de la confesión por la preocupación de evitar el escándalo. Citemos de nuevo a Santo Tomás respecto del papel del confesor: “No se puede decir: yo escuché esto en confesión. Excepto si la necesidad lo exige, se debe abstener de hablar de ello, a fin de evitar el escándalo”¹⁴². Por consiguiente, no se debe pensar demasiado rápidamente que la confesión es por excelencia el medio más eficaz de “control social” que las instituciones occidentales hayan inventado. Al contrario, lo que se dice en el curso de la confesión privada iestá consagrado a permanecer oculto! Porque son los únicos en saberlo, los ministros de la Iglesia pueden dominar, y parar si es necesario, el escándalo. En suma, son la búsqueda de la verdad interior y el fantasma de la transparencia, por el rodeo de la confesión, los que permiten evitar el escándalo, por lo tanto evitar que las cosas se sepan y que la información circule.

Sin embargo, la Penitenciaría está lejos de juzgar todo por el rodeo de la confesión sacramental. Ella toma decisiones en la mayoría de los casos en el fuero externo, las cuales son publicitadas (levantamientos de excomunión, dispensas, licencias). Por consiguiente, hay que comprender que es la decisión judicial *misma* la que suprime todo riesgo de escándalo: la buena *fama* es restaurada, el culpable queda lavado de toda sospecha y la falta, borrada.

141 Ottoboni Lat. 333, fol. 140v: “... Committimus quatenus, si est ita, ipsum .. a dicta sententia et huiusmodi [...] reatu ac peccatis suis aliis etc. juxta formam ecclesie absolventis hac vice, et iniuncta inde sibi pro modo culpe penitentia salutari et aliis que sibi de jure fuerint iniungenda, quodque debitum coniugale eidem uxori reddat exactus [...], quod in sic contracto matrimonio licite valeat remanere, in foro confessionis, nullis super hoc adhibitis testibus nullisque concessis litteris sed presentibus laniatis, dispenses auctoritate predicta, alioque sibi canonico non obstante, misericorditer cum eisdem prolem susceptam et suscipiendam licenciam reput[es]. Datum”.

142 Una de las razones para sostener la confesión secreta, según Santo Tomás, es la de evitar el escándalo. *Super Sententiis* VII, 1858, lib. 4, dist. 21, qu. 3, art. 3: “Non potest enim dicere: ego audivi hoc in confessione. Tam propter scandalum vitandum debet abstinere ne de hoc loquatur, nisi necessitas immineat”.

Según el derecho pontificio de las decretales, una decisión debe por otra parte ser tomada sólo si no tiene al escándalo como efecto¹⁴³. Más que obligar a hacer penitencia pública, la Penitenciaría prefiere pues absolver a menudo o encargar al obispo diocesano de absolver al culpable “a fin de evitar el escándalo”¹⁴⁴. Más que destituir o deponer, ella dispensa, enterrando así el escándalo por medio de un perdón gracioso. Se permite también al monje fugitivo regresar a su convento de origen si esto puede hacerse sin escándalo. Si no, él irá a arrepentirse a otras casas de la misma orden¹⁴⁵. En este caso, la Penitenciaría se conforma a la regla de derecho, ya que una decretal de Gregorio IX ya precisaba que los fugitivos podrían hacer penitencia en otro monasterio, si esto podía hacerse sin grave escándalo¹⁴⁶. Es también así como hay que comprender los traslados de monjes de un monasterio a otro o de una

143 X, 3, 35, 4 (F 598): “si sine scandalo maximo potuit fieri”. KÉRY (2006) y ECKERT (2007) dan ejemplos similares extraídos del Decreto y de las Sumas al Decreto que atestiguan la preocupación de los canonistas por sanciones que no generen escándalo.

144 BMA, 336, fol. 37v: “Episcopo. Ex parte capellani ecclesie de .. etc., quod ipsi olim temere iuraverunt unus cum alio perpetuo non tenere. Super quo etc. Nos igitur accedentes quod contra caritatem compassionis affectum videtur prestitum huiusmodi iuramentum, auctoritate etc., quatenus, si ex huiusmodi observantia iuramenti scandalum generetur, ad evitandum scandalum absolvatis eosdem, alioquin iuramentum ipsum observeret prout est licitum et honestum super quo vestram intendimus conscientiam onerare. Si vero eos duxeritis absolvendos iniungatis eis pro temeritate iuramenti penitentiam salutarem”.

145 BMA, 336, fol. 44v: “Abbati. Frater P. etc. nobis humiliter supplicavit ut, cum ipse ad illud monasterium de quo exivit animi levitate, cupiat cum humilitate redire, ipsum ibidem recipi mandaremus, cum autem felicis recordationis Gregorii duxerit statuendum ut [...] patres abbates aut priores fugitivos aut eictos de ordine suo requirant sollicitè annuanti. Itaque si in monasteriis suis recipi possit sed ordinem regularem abbates eorum seu priores ad receptionem cogantur, eorum salva ordinis disciplina, quod si hoc ordo non patitur, apostolica auctoritate provideatur ut, si absque scandalo frater poterit apud monasteria sua in locis competentibus, alioquin in religiosis domibus eiusdem ordinis, ad agendam ibi penitentiam eis vite necessaria ministrentur, discretioni tue, auctoritate predicta etc., presentium tenorem committimus quatenus, agens misericorditer cum eodem, facias statutum circa ipsum observari, ne cogatur ulterius in tui ordinis scandalum et sue anime detrimentum per abru[p]ta seculi dampnabiliter evagari”.

146 X, 3, 31, 24 (Fr. 578): “Quod si hoc regularis ordo non patitur, auctoritate nostra provideant, ut apud eadem monasteria in locis competentibus, si absque gravi scandalo fieri poterit, alioquin in aliis religiosis domibus eiusdem ordinis ad agendam ibi poenitentiam talibus vite necessaria ministrentur”.

orden a otra¹⁴⁷. Cuando hay peligro de perturbaciones en un monasterio, la Penitenciaría concede al monje suplicante la autorización de partir, de cambiar *locus* o de *conventus*. Anticipándose al “escándalo”, ella se afana así en preservar la paz, en el seno del monasterio, por supuesto, pero también en su exterior. Porque los fieles no deben en ningún caso sospechar que las violencias, las disensiones, las rebeliones, agitan el cerrado mundo de los monjes.

En la segunda mitad del siglo XIV, estos conflictos intra-monásticos son calificados cada vez más frecuentemente de *scandala*. El sustantivo que encontramos en lo sucesivo en plural designa en efecto litigios violentos que conciernen al mundo monástico –encontramos el término ya en San Benito¹⁴⁸– o las familias de dos recién casados que se desgarran alrededor de un eventual divorcio. A la intrusión masiva de los laicos en la esfera disciplinaria pontificia en el curso de la segunda mitad del siglo XIV, en el marco de asuntos matrimoniales en particular¹⁴⁹, corresponde entonces un deslizamiento de sentido: el que va de *scandalum* a *scandala*. La función descriptiva del *scandalum* es entonces trastornada ya que no se trata más tanto de “categoría” sin referente preciso como de una “calificación” de la falta¹⁵⁰. La función

147 BMA, 336, fol. 43: “Fratrī M. In nostra [presentia] etc., quod cum olim in ordine religionis assumpto habitu in eodem te professionis vinculo astrinxisti et tandem cum dicto ordini quem exiveras, non applicares affectum ut posses in eo ex certis causis absque scandalo remanere, a priore provinciali ipsius ordinis obtinuisti licentiam ut ad talem ordinem infra certum terminum te transferres. Verum cum predicto ordini non applices annum, supplicasti humiliter concedi tibi licentiam ad transeundum. Nos igitur, auctoritate et speciali mandato etc., si premissis veritas suffragatur non obstante quod dictus terminus sit elapsus licentiam tibi concedimus postulatam presentibus post menses minime valituris”.

148 *Règle de saint Benoît...* op. cit., p. 520, 13, 12; p. 654, 65, 1-2.

149 Damos sólo un ejemplo, extraído del formulario de 1336-1338, pero son numerosos y se multiplican tanto en los formularios como en los registros de súplicas del siglo XV. BMA, 336, fol. 38v: porque un divorcio acarrearía *discrimina* y *scandala*, la Penitenciaría, “queriendo evitar el escándalo”, le pide al obispo dispensar a los novios así como a su descendencia, de manera que ésta no fuera “manchada” de ilegitimidad.

150 Las autoridades seculares también usan el término como una calificación, como lo subraya NADRIGNY (2008). El escándalo designa el daño moral y material implicado en un acto sedicioso. Como consecuencia del relato de la rebelión tolosana de 1419, las actas del proceso contenidas en los registros de deliberaciones precisan: “et per consequens fuit facta dicta questio et ad evitandum majora scandala que evenire possent ne ni (sic) provideatur breviter de remedio opportuno” (Arch. mun. de Toulouse, BB 3, 15/3/1419, fol. 44v, citado por X. Nadrigny). Aunque cambia de estatuto

procesal de la palabra también cambia. No se trata más de ahogar en el huevo el clamor popular que correría peligro de cristalizarse alrededor de un crimen decididamente demasiado enorme, demasiado visible, o injustamente condenado, sino de evitar que estallen los conflictos violentos, entre familias o entre monjes, por ejemplo¹⁵¹. Detectamos este nuevo uso de la categoría en los formularios de cartas de la Penitenciaría¹⁵², luego en los formularios y los registros de súplicas del siglo XV¹⁵³. Así, el 18 de agosto de 1438, el penitenciario mayor de Eugenio IV absuelve y dispensa a una pareja de la diócesis de Bamberg, a pesar del impedimento de consanguinidad, porque su divorcio acarrearía “escándalos”¹⁵⁴. Peor todavía: el divorcio podría, para algunos, aca-

y de significado, la categoría de escándalo continúa siendo asociada con el principio político de la evitación.

151 *Ut per litteras...*, Benedicto XII, Cartas comunes, n° 4990 (25 de enero de 1337).

152 BAV, Barb. Lat. 1533, fol. 73: “Clemens etc. Petitio ex parte nobilis viri Petri de Turre militis et dilecte in Christo filie nobilis mulieris Marie de Valle in [...] diocesis nuper nobis exhibita continebat quod ipse olim in facie ecclesie matrimonium per verba de presenti invicem contraxerunt carnali inter eos copula subsecuta, sed quia dictus Petrus quamdam aliam mulierem dicte Marie in quarto consanguinitatis gradu continentem [...] carnaliter cognoverat, eodem per huiusmodi impedimentum sciente, licet ipsa Maria hoc penitus ignoraret, ipsi Petrus et Maria nequunt in sic contracto matrimonio licite remanere, dispensatione super hoc apostolica non obtenta, cum autem sicut eadem petitio subiugebat, ex separatione ipsorum Petri et Marie seu divortio si fieret *inter eos gravia possent inde scandala exoriri*, nobis pro parte ipsorum fuit humiliter supplicatum ut eidem Petro de absolutionis ab excommunicationis sententia, quam propter premissa incurrerat, ac ei et dicte Marie de dispensationis beneficiis super hiis providere de benignitate apostolica misericorditer dignaremur” [subrayado nuestro].

153 BAV, Vat. Lat. 6290, fol. 68v-69r, por ejemplo. Respecto de un caso de divorcio: “... Cum autem [...] dicti exponentes non possint in eorum sic contracto matrimonio remanere nec ad eius solemnizationem juxta morem patrie procedere, impedimento publice honestatis justitie obstante, quod ex premissis provenit, dispensatione apostolica super hoc non obtenta, et si divortium fieret inter eos gravia exinde scandala et discensiones verisimiliter exoriri possent, supplicari [fecerunt] etc., quatenus impedimento publice honestatis justitie, quod ex premissis provenit, non obstante, possint et valeant in dicto matrimonio libere et licite remanere et ad eius solemnizationem juxta morem patrie procedere prolem susceptam post mortem dicti C. et suscipientis exinde legitimam decernentem. De gratia speciali”.

154 L. Schmugge, P. Ostinelli et H. Braun (ed.), *Repertorium I...* op. cit., p. 19, n° 196 (18 agosto de 1438): “Stephanus Folkmar laicus et Walpurga Kressini mulier oppidani Nurembergensis Bambergensis diocesis exponunt, quod ipsi olim ignorantes impedimentes sponsalia per verba de futuro publice contraxerunt; deinde ad eorum pervenit notitiam

rrrear una adhesión a la herejía¹⁵⁵.

La dispensa pero también la absolución están más que nunca condicionadas por el temor que la Iglesia tiene del o los escándalos –escándalos que no incumben más solamente a la institución misma, sino la comunidad de los cristianos en su conjunto, porque la esfera disciplinaria concebida al principio para los monjes (siglos IV-V), luego para los clérigos (siglos XI-XII), bien engloba en lo sucesivo al mundo de los laicos (siglos XIV-XV).

Intentamos mostrar en este estudio forzosamente parcial que la categoría *scandalum*, tal como ella es definida y utilizada por la Iglesia pontificia entre el siglo XII y el XV, contribuye a construir verdaderamente una “esfera pública” medieval, si se quiere entender por ello que se elabora durante estos siglos decisivos el control institucional de la opinión pública.

El *scandalum* es primero este choque, este golpe de la conciencia y del cuerpo. Eminentemente equívoco en las Escrituras, el término califica a la vez a Cristo y a sus enemigos. Con la reforma gregoriana y las primeras grandes compilaciones del derecho canónico, el término se hace antónimo del *exemplum* que los clérigos deben encarnar. Un sacerdote que vive en concubinato provoca un escándalo si los fieles se enteran de ello, porque actuando de este modo pone radicalmente en cuestión su capacidad y su legitimidad de encarnar un modelo de vida y de fe para los laicos.

La categoría de escándalo concierne por cierto en principio a los clérigos, pero pasa muy pronto a englobar a los laicos en el campo disciplinario que ella traza. Sirve a la vez para redefinir el crimen en derecho penal, y para delimitar los contornos de la penitencia. Los usos jurídicos del término manifiestan, por otra parte, la vacilación permanente de la Iglesia, compartida entre su campo de acción penitencial y un dominio penal entonces emergente. La prueba está en que el *scandalum* se articula a la vez con las principales calificaciones criminales de la falta (*enormia*) y con los conceptos mayores de la penitencia (*peccata*).

En fin, el escándalo hace jugar una oposición, con la que estamos hoy completamente familiarizados y cuya paternidad teórica y práctica algunos atribu-

quod quarto consanguinitatis gradus sunt invicem coniuncti; propter quod eorum desiderium adimplere non possunt et si matrimonium non fieret scandala sequerentur: de absolutione et de dispensatione quod in contracto remanere possint cum legitimo prol[i] (fiat de speciali Johanni)”.

155 L. Schmutge et W. Müller (ed.), *Repertorium III...* op. cit., p. 27, n° 179 (16 febrero de 1456).

yen todavía a las Luces, para gran irritación de los medievalistas: la que existe entre lo secreto (lo oculto) y lo público (lo notorio)¹⁵⁶. Un crimen deviene en efecto escandaloso sólo si se sabe, si es publicitado. Una de las tareas que se asigna particularmente la Penitenciaría Apostólica de los siglos XIII-XIV es pues la de preservar el secreto alrededor del pecado cometido, de mantener la falta oculta, en suma, de anticipar y de evitar (*vitare*), el escándalo.

El *scandalum* da en cierto modo la medida de una esfera de prácticas y de representaciones entonces naciente: la de lo “público”. Si cada vez más medievalistas invitan hoy a una genealogía del espacio público que no sea más tributaria de la vieja mitología de la Modernidad, se puede esperar que no la desconecten de los montajes jurídicos y las construcciones políticas de los siglos XIII-XIV. Este estudio de la categoría de *scandalum* abunda en este sentido, ya que muestra que el nacimiento del espacio público en el Occidente medieval es ampliamente imputable al “control” de la información por la Iglesia y a la justicia disciplinaria que ésta ejercía entonces.

BIBLIOGRAFÍA

- ANCIAX, P. (1949): *La théologie du sacrement de pénitence*, Lovaina.
- BALARD, M. (ed.) (1994): *La circulation des nouvelles et les réseaux de communication au Moyen Âge*, Roma-París, 190.
- BOLTANSKI, L. & THÉVENOT, L. (1991): *De la justification. Les économies de la grandeur*, París.
- BOLTANSKI, L. ET AL. (ed.) (2007) *Affaires, scandales et grandes causes*, París.
- BOUCHERON, P. & OFFENSTADT, N. (eds.) (2011): *L'Espace public au Moyen Âge: débats autour de Jürgen Habermas*, París.
- BOUREAU, A. (1988): *La papesse Jeanne*, París.
- (1990): “L'Église médiévale comme preuve animée de la croyance chrétienne”, *Terrain*, 14, pp. 113-118.
- BRIEND, J. & COTHENET, É. (dir.) (1992): *Supplément au Dictionnaire de la Bible*, LXVI, París.
- BUISSON, L. (1982): *Potestas und caritas. Päpstliche Gewalt im Spätmittelalter*, Colonia [1958].
- CHIFFOLEAU, J. (1993): “Sur le crime de majesté médiéval” en *Genèse de l'Etat Moderne en Méditerranée*, Roma, (CEFR, 168), pp. 183-313.

¹⁵⁶ VON MOOS (2005), en particular el cap. 12 “Public et privé au cours de l'histoire et chez les historiens”.

- (2005): “*Ecclesia de occultis non iudicat? L’Église, le secret et l’occulte du XII^e au XV^e siècle*”, *Micrologus*, 13, pp. 359-481; reeditado en *La Chiesa, il segreto e l’obbedienza: la costruzione del soggetto politico nel Medioevo*, Bologna, 2010.
- CHIFFOLEAU, J. & THÉRY, J. (2007): “Introduction”, *Cahier de Fanjeaux, Les justices d’Église dans le Midi (XI^e-XV^e siècles)*, 42.
- CONDÉ, P.-Y. (2000): “Le scandale canonique: entre concept théologique et signe linguistique”, *Revue de droit canonique*, 50-2, pp. 243-262.
- COUVREUR, G. (1961): “Les pauvres ont-ils des droits? Recherches sur le vol en cas d’extrême nécessité depuis la *Concordantia* de Gratien jusqu’à Guillaume d’Auxerre”, *Analecta Gregoriana*, 111.
- DE JONG, M. (2003): “*Sacrum palatium et ecclesia. L’autorité religieuse royale sous les Carolingiens (790-840)*”, *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 6, pp. 1243-1269.
- ECKERT, R. (2007): *La peine en droit canonique du Décret de Gratien (1140) au concile de Latran IV (1215)*, Mémoire de l’EPHE, bajo la dirección de L. Mayali.
- EUBEL, K. (1890): “Der Registerband des Cardinalgrosspönitentiars Bentevenga”, *Archiv für katolisches Kirchenrecht*, 64, pp. 3-69.
- FOSSIER, A. (2007): “Où est passée la sociologie de la critique? À l’épreuve d’*Affaires, scandales et grandes causes*”, *Tracés*, 13-2 (Où en est la critique?), pp. 201-218.
- (2011): “La contagion des péchés (XI^e-XIII^e siècles). Aux origines canoniques du biopouvoir”, *Tracés*, 21 (Contagions), pp. 23-39.
- FRAHER, R. (1992): “IV Lateran’s revolution in criminal procedure: the birth of Inquisitio, the end of ordeals and Innocent’s III vision of ecclesiastical politics”, en *Studia in honorem eminentissimi cardinalis Alphonsi M. Stickler*, Roma, (*Studia et textus historie juris canonici*, 7), pp. 97-111.
- FRIES, B. (1961): *Forum in der Rechtssprache*, Munich.
- GILLMANN, F. (1911): “Zur Geschichte des Gebrauchs der Ausdrücke *irregularis* und *Irregularitas*”, *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 91, pp. 49-86.
- GÖLLER, E. (1907-1911): *Die päpstliche Pönitentiarie von ihrem Ursprung bis zu ihrer Umgestaltung unter Pius V*, Roma.
- GUENÉE, B. (2002): *L’opinion publique à la fin du Moyen Âge d’après la «Chronique de Charles VI» du Religieux de Saint-Denis*, Paris.
- GUERREAU-JALABERT, A. (1995): “*Spiritus et caritas. Le baptême dans la société médiévale*”, en F. HÉRITIER-AUGÉ & E. COPET-ROUGIER (ed.), *La parenté spirituelle*, Paris, pp. 133-203.
- HABERMAS, J. (1993): *L’espace public*, Paris [1962].
- HEBERT, M. ; BOUDREAU, C. ; FIANU, K. & GAUVARD, C. (ed.) (2004): *Information et société en Occident à la fin du Moyen Âge*, Paris.

- HINSCHIUS, P. (1869): *System des katholischen Kirchenrechts mit besonderer Rücksicht auf Deutschland*, I, Berlin.
- KÉRY, L. (2001): *La culpabilité dans le droit canonique de Gratien à Innocent IV (vers 1250)*, en J. HOAREAU-DODEAU & P. TEXIER (ed.), *La culpabilité*, Limoges (*Cahiers de l'Institut d'anthropologie juridique*, 6), pp. 429-444.
- (2003): “*Non enim homines de occultis, sed de manifestis iudicant*. La culpabilité dans le droit pénal de l'Église à l'époque classique”, *Revue de droit canonique*, 53-2, pp. 311-336.
- (2006): *Gottesfurcht und irdische Strafe. Den Beitrag des mittelalterlichen Kirchenrechts zur Entstehung des öffentlichen Strafrechts*, Colonia.
- KUTTNER, S. (1935): *Kanonische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregor IX. Systematisch Aufgrund der handchriftlichen Quellen dargestellt*, Ciudad de Vaticano.
- (1936): “*Ecclesia de occultis non iudicat*’. Problemata ex doctrina poenali decretistarum et decretalistarum a Gratiano usque ad Gregorium IX”, en *Acta Congressus iuridici internationalis VII seculo a Decretalibus Gregorii IX et XIV a Codice Iustiniano promulgatis*, Roma.
- LANDAU, P. (1966): *Die Entstehung des kanonischen Infamiebegriffs von Gratian bis zur Glossa ordinaria*, Colonia-Graz.
- (2008): “*Gratian and the Decretum Gratiani*”, en W. HARTMANN & K. PENNINGTON (ed.), *The history of medieval Canon Law in the classic period (1140-1234). From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX*, Washington.
- LEA, H. C. (1892): *A formulary of the papal Penitentiary in the XIIIth century*, Filadelfia.
- LE BLIC, D. & LEMIEUX, C. (2005): “Le scandale comme épreuve. Éléments de sociologie pragmatique”, *Politix*, 71 (*À l'épreuve du scandale*), pp. 9-38.
- LECACHEUX, P. (1898): “Un formulaire de la Pénitencerie apostolique au temps du cardinal Albornozy”, *Mélanges d'archéologie et d'histoire*, 18, pp. 37-49.
- LETT, D. & OFFENSTADT, N. (ed.) (2003): *Haro! Noël! Oyé! Pratiques du cri au Moyen Âge*, Paris.
- LEVELEUX-TEIXEIRA, C. (2005a): “Droit et vérité. Le point de vue de la doctrine médiévale (XII^e-XV^e siècles) ou la vérité entre opinion et fiction”, en *Le vrai et le faux au Moyen Âge, Actes du Colloque du Centre d'études médiévales et dialectale, Lille III, 18-20 sept. 2004*, Lille, pp. 333-349.
- (2005b): “*Fama et mémoire dans la doctrine romano-canonique (XII^e-XV^e siècle)*”, en J. HOAREAU-DODINAU & P. TEXIER (ed.), *La peine. Discours, pratiques, représentations*, Limoges, (*Cahiers de l'Institut d'anthropologie juridique*, 12), pp. 45-61.
- LÉVY, J.-P. (1965): *Le problème de la preuve dans les droits savants du Moyen Âge*, en *La preuve, Recueils de la Société Jean Bodin*, Bruselas, pp. 137-167.

- LUSSET, É. (2009): "Correction fraternelle ou haineuse? De l'usage de la dénonciation évangélique dans les communautés conventuelles en Occident médiéval (XII^e-XV^e siècles)", *Hypothèses 2008*, Paris, pp. 109-118.
- MAILLARD-LUYPAERT, M. (2003): *Les Suppliques de la Pénitencerie Apostolique pour les diocèses de Cambrai, Liège, Thérouanne et Tournai (1410-1411)*, Bruselas.
- MARIA, W. (1955): *Geschichte des Kirchenrechts. II. Das Kirchenrecht der abend-ländischen Christenheit, 1055 bis 1517*, Viena.
- MELVILLE, G. & VON MOOS, P. (ed.) (1998): *Das Öffentliche und Private in der Vor-moderne*, Colonia.
- METZ, R. (1961): "La reponsabilité pénale dans le droit canonique médiéval", en J. LÉAUTÉ (ed.), *La responsabilité pénale*, Paris, pp. 83-116.
- MEYER, M. (1979): *Die Pönitentiaria Formularsammlung des Walter Murner von Strassburg, (Spicilegium Friburgense, 25)*.
- MIGLIORINO, F. (1985): *Fama e infamia. Problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli XII e XIII*, Catania: Università di Catania-Istituto di Scienze sociali.
- MÖRSDORF, K. (1957): "Der Rechtscharakter der *iurisdictio fori interni*", *Münchener theologische Zeitschrift*, 8-3, pp. 161-173.
- MUNIER, C. (1977): "Sollicitudo et potestas dans les conciles africains (345-525)", *Freiburger Zeitschrift für Philosophie und Theologie*, 24, pp. 446-459.
- NADRIGNY, X. (2008): "Révolte et espace public à Toulouse à la fin du Moyen Âge (v. 1330-1444), L'espace public au Moyen Âge". *Journée du mardi 13 juin 2006: "controverses et communautés"*, LAMOP, <http://lamop.univ-paris1.fr/W3/espacepublic/Nadrigny.rtf>.
- NEMO-PEKELMAN, C. (2007): "Scandale et vérité dans la doctrine canonique médiévale (XII^e-XIII^e siècle)", *Revue historique de droit français et étranger*, 85-4, pp. 491-504.
- PARENT, S. (2007): "Publication et publicité des procès à l'époque de Jean XXII. L'exemple des seigneurs gibelins italiens et de Louis de Bavière", *MEFRM*, 119, 1, pp. 93-134.
- PÉTRÉ, H. (1948): *Caritas. Étude sur le vocabulaire chrétien de la charité chrétienne*, Lovaina (Spicilegium. Sacrum. Lovaniense, 22).
- POWICKE, F. & CHENEY, C. (ed.) (1964): *Councils and synods with other documents relating to English Church*, I, Oxford, pp. 133.
- PRODI, P. (2000): *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna.
- SÄGMÜLLER, J. B. (1904): *Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts*, Friburgo.
- SBRICCOLI, M. (2001): "Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase di studi della storia della giustizia criminale", en M. BELLABARBA, G.

- SCHWERHOFF & A. ZORZI (dir.), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo Medioevo ed età moderna*, Bologna, pp. 345-364, publicado en francés como *Justice négociée, justice hégémonique: l'émergence du pénal public dans les villes italiennes des XIII^e et XIV^e siècles*, en J. CHIFFOLEAU, C. GAUVARD & A. ZORZI (ed.), *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à la fin du Moyen Âge, Actes du colloque international d'Avignon, 29 nov.-1er déc. 2001*, Roma, 2007 (*Collection de l'École Française de Rome*, 385), pp. 389-421.
- SCHMOECKEL, M. (2004): “*Excessus notorius examinatione non indiget*. Die Entstehung der Lehre der Notorietät”, en O. CONDORELLI (ed.), *Panta rei. V. Studi dedicati a Manlio Bellomo*, Roma, pp. 133-164.
- SÈRE, B. (2007): *Penser l'amitié au Moyen Âge. Étude historique des commentaires sur les livres VIII et IX de l'Éthique à Nicomaque (XIII^e-XV^e siècles)*, Turnhout.
- TAMBURINI, F. (1969): “Il primo registro di suppliche dell'archivio della sacra Penitenzieria apostolica (1410- 1411)”, *Rivista di storia della Chiesa in Italia*, 23, pp. 384-427.
- (1982): “Per la storia dei Cardinali Penitenzieri Maggiori e dell'Archivio della Penitenzieria Apostolica. Il trattato «De antiquitate cardinalis poenitentiarum maioris» di G. B. Coccino”, *Rivista di storia della chiesa in Italia*, 36, pp. 332-380.
- THÉRY, J. (2003a): “*Fama, enormia*. L'enquête sur les crimes de Bernard de Castanet, évêque d'Albi (1307-1308). Gouvernement et contestation au temps de la théocratie pontificale et de l'hérésie des bons hommes”, tesis de la Université Lyon 2, bajo la dirección de J. Chiffoleau.
- (2003b): “‘Fama’: l'opinion publique comme preuve judiciaire. Aperçu sur la révolution médiévale de l'inquisitoire (XII^e-XIV^e siècles)”, en B. LEMESLE (dir.), *La preuve en justice de l'Antiquité à nos jours*, Rennes, pp. 119-147 [traducido al español en E. DELL'ELICINE, P. MICELI & A. MORIN (comp.), *De Iure. Nuevas lecturas sobre Derecho Medieval*, Buenos Aires, 2009, pp. 201-243].
- (2007): “Enormia. Éléments pour une histoire de la catégorie de «crime énorme» au second Moyen Âge”, *Annuaire. Comptes rendus des cours et conférences 2005-2006*, París, pp. 535-537.
- (2008a): “Allo scoppio del conflitto tra Filippo il Bello di Francia e Bonifacio VIII: l'affare Saisset (1301). Primi spunti per una rilettura”, en G. MINUCCI (ed.), *I poteri universali e la fondazione dello Studium Urbis. Bonifacio VIII dalla «Unam sanctam» allo «schiaffo» di Anagni*, Roma (*Archivio per la storia del diritto medioevale e moderno*, 1), pp. 21-68.
- (2008b): “Faide nobiliaire et justice inquisitoire de la papauté à Sienne au temps des Neuf: les recollections d'une enquête de Benoît XII contre l'évêque

- Donosdeo de' Malavolti (ASV, Collectoriae 61A et 404A)", en S. LEPSIUS & T. WETZSTEIN (dir.), *Als die Welt in die Akten kam. Prozeßschriftgut im europäischen Mittelalter*, Francfort, pp. 275-345.
- THOMAS, Y. (1996): "Arracher la vérité. La majesté et l'Inquisition (I^{er}-IV^e siècles)", en R. JACOB (ed.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, pp. 15-41.
- TRUSEN, W. (1971): "*Forum internum* und gelehrtes Recht im Spätmittelalter. Summae confessorum und Traktate als Wegbereiter der Rezeption", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, 67, pp. 83-126.
- (1988): "Der Inquisitionsprozess: seine historischen Grundlagen und frühen Formen", *Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Kan. Abt.*, 74, pp. 168-230.
- VALLERANI, M. (2001): "I fatti nella logica del processo medievale. Nota introduttiva", *Quaderni storici*, 108, pp. 665-693
- VON MOOS, P. (2005): *Entre histoire et littérature. Communication et culture au Moyen Âge*, Florencia.
- WENZEL, S. (1970): "Robert Grosseteste's treatise on confession *Deus est*", *Franciscan studies*, 30, pp. 218- 293
- WINROTH, A. (2000): *The Making of Gratian's Decretum*, Cambridge.
- WIRTH, J. (1983): "La naissance du concept de croyance (XII^e-XVI^e siècle)", en *Bibliothèque d'Humanisme et de Renaissance. Travaux et Documents*, XLV, pp. 7-58.

PROGRAMA HISTORIA DEL DERECHO
PUBLICACIONES
ISSN: 2255-5137

1. Luis Grau, *Orígenes del constitucionalismo americano. Corpus documental bilingüe/ Selected Documents Illustrative of the American Constitutionalism. Bilingual edition*, 3 vols., Madrid 2009, 653+671+607 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/5669>
2. Luis Grau, *Nosotros el pueblo de los Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas. 1787-1992. Edición bilingüe / We the People of the United States. The U.S. Constitution and its Amendments. 1787-1992. Bilingual edition*, Madrid 2010, 338 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/8517>
3. Carlos Petit, *Fiesta y contrato. Negocios taurinos en protocolos sevillanos (1777-1847)*, Madrid 2011, 182 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/10145>
4. Pablo Mijangos y González, *El nuevo pasado jurídico mexicano. Una revisión de la historiografía jurídica mexicana durante los últimos 20 años*, Madrid 2011, 110 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/10488>
5. Luis Grau, *El constitucionalismo americano. Materiales para un curso de historia de las constituciones*, Madrid 2011, xxii+282 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/11865>
6. Víctor Tau Anzoátegui, *El taller del jurista. Sobre la Colección Documental de Benito de la Mata Linares, oidor, regente y consejero de Indias*, Madrid 2011, 175 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12735>
7. Ramon Llull, *Arte de Derecho*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción y notas de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2011, 178 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12762>
8. Consuelo Carrasco García, *¿Legado de deuda? A vueltas con la Pandectística*, Madrid 2011, 158 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12823>
9. Pio Caroni, *Escritos sobre la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2012, xxvi + 374 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13028>
10. Esteban Conde Naranjo (ed.), *Vidas por el Derecho*, Madrid 2012, 569 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13565>
11. Pierangelo Schiera, *El constitucionalismo como discurso político*, Madrid 2012, 144 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13962>

12. Rafael Ramis Barceló, *Derecho natural, historia y razones para actuar. La contribución de Alasdair MacIntyre al pensamiento jurídico*, Madrid 2012, 480 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13983>
13. Paola Miceli, *Derecho consuetudinario y memoria. Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León (siglos XI-XIV)*, Madrid 2012, 298 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/14294>
14. Ricardo Marcelo Fonseca, *Introducción teórica a la historia del derecho*, prefacio de Paolo Cappellini, Madrid 2012, 168 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/14913>
15. Alessandra Giuliani, *Derecho dominical y tanteo comunal en la Castilla moderna*, Madrid 2012, 134 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/15436>
16. Luis Grau, *An American Constitutional History Course for Non-American Students*, Madrid 2012, xx + 318 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16023>
17. Antonio Ruiz Ballón, *Pedro Gómez de la Serna (1806-1871). Apuntes para una biografía jurídica*, Madrid 2013, 353 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16392>
18. Tamara El Khoury, *Constitución mixta y modernización en Libano*, prólogo de Maurizio Fioravanti, Madrid 2013, 377 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16543>
19. María Paz Alonso Romero / Carlos Garriga Acosta, *El régimen jurídico de la abogacía en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid 2013, 337 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16884>
20. Pio Caroni, *Lecciones de historia de la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2013, 213 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17310>
21. Julián Gómez de Maya, *Culebras de cascabel. Restricciones penales de la libertad ambulatoria en el derecho codificado español*, Madrid 2013, 821 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17322>
22. François Hotman, *Antitriboniano, o discurso sobre el estudio de las leyes*, estudio preliminar de Manuel Martínez Neira, traducción de Adela Mora Cañada, Madrid 2013, 211 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17855>
23. Jesús Vallejo, *Maneras y motivos en Historia del Derecho*, Madrid 2014, 184 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18090>
24. María José María e Izquierdo, *Los proyectos recopiladores castellanos del siglo XVI en los códigos del Monasterio de El Escorial*, Madrid 2014, 248 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18295>

25. Regina Polo Martín, *Centralización, descentralización y autonomía en la España constitucional. Su gestión y evolución conceptual entre 1808 y 1936*, Madrid 2014, 393 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18340>
26. Massimo Meccarelli/Paolo Palchetti/Carlo Sotis (eds.), *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid 2014, 390 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18380>
27. María López de Ramón, *La construcción histórica de la libertad de prensa: Ley de policía de imprenta de 1883*, Madrid 2014, 143 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19296>
28. José María Coma Fort, *Codex Theodosianus: historia de un texto*, Madrid 2014, 536 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19297>
29. Jorge Alberto Núñez, *Fernando Cadalso y la reforma penitenciaria en España (1883-1939)*, Madrid 2014, 487 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19662>
30. Carlos Petit, *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*, Madrid 2014, 185 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19670>
31. Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*, Madrid 2014, 53 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19797>
32. Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid 2015, 87 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/20199>
33. Massimo Meccarelli y Paolo Palchetti (eds.), *Derecho en movimiento: personas, derechos y derecho en la dinámica global*, Madrid 2015, 256 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/20251>
34. Alessandro Somma, *Introducción al derecho comparado*, traducción de Esteban Conde Naranjo, Madrid 2015, 193 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/20259>
35. A. F. J. Thibaut, *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*, Madrid 2015, 42 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/21166>
36. J.-J.-R. de Cambacérès, *Discursos sobre el Código civil*, Madrid 2015, 61 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/21254>
37. Ramon Llull, *Arte breve de la invención del derecho*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2015, 233 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/21406>

38. F. C. von Savigny, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, Madrid 2015, 130 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/21520>
39. Joaquín Marín y Mendoza, *Historia del derecho natural y de gentes*, Madrid 2015, 40 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/22079>
40. Rafael Ramis Barceló, *Petrus Ramus y el Derecho. Los juristas ramistas del siglo XVI*, Madrid 2016, 250 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/22197>
41. Emanuele Conte, *La fuerza del texto. Casuística y categorías del derecho medieval*, edición de Marta Madero, Madrid 2016, 194 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/22261>
42. *Constituciones españolas: 1808-1978*, edición de Javier Carlos Díaz Rico, Madrid 2016, 259 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/22905>
43. Giacomo Demarchi, *Provincia y Territorio en la Constituyente española de 1931. Las raíces europeas del Estado integral*, Madrid 2016, 362 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/22906>
44. Miguel Ángel Ladero Quesada / César Olivera Serrano (dirs.), *Documentos sobre Enrique IV de Castilla y su tiempo*, Madrid 2016, xx + 1446 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/23015>
45. Gustavo César Machado Cabral / Francesco Di Chiara / Óscar Hernández Santiago / Belinda Rodríguez Arrocha, *El derecho penal en la edad moderna: Nuevas aproximaciones a la doctrina y a la práctica judicial*, Madrid 2016, 217 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/23021>
46. Lope de Deza, *Juicio de las leyes civiles*, estudio preliminar de Víctor Tau Anzoátegui, edición de María José María e Izquierdo, Madrid 2016, 136 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/23228>
47. Henrik Brenkman, *Historia de las Pandectas*, estudio preliminar, traducción y notas de Juan Lorenzo, Madrid 2016, 426 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/23317>
48. Massimo Meccarelli (a cura di), *Diversità e discorso giuridico. Temi per un dialogo interdisciplinare su diritti e giustizia in tempo di transizione*, Madrid 2016, 287 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/23792>
49. Beatrice Pasciuta, *El diablo en el Paraíso. Derecho, teología y literatura en el Processus Satane (s. XIV)*, Madrid 2017, 264 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/24439>
50. Maximiliano Hernández Marcos, *Tras la luz de la ley: legislación y justicia en Prusia a finales del siglo XVIII. Un modelo de Ilustración jurídica*, Madrid 2017, 184 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/24488>

51. Eleonora Dell'Elicine / Paola Miceli / Alejandro Morin (Comp.), *Artificios pasados. Nociones del derecho medieval*, Madrid 2017, 307 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/24514>