
Codificación y renovación metodológica en el Derecho canónico actual.

A propósito de la recopilación de los escritos canónicos de Paolo Grossi

RECIBIDO: 24 DE SEPTIEMBRE DE 2014 / ACEPTADO: 15 DE OCTUBRE DE 2014

Joaquín SEDANO

Profesor Adjunto de Historia del Derecho canónico
Facultad de Derecho Canónico. Universidad de Navarra
jsedano@unav.es

SUMARIO: 1. Presentación. 2. Dimensión epistemológica de los estudios histórico-canónicos. 3. Codificación del derecho canónico: ventajas y límites. 4. *Ius commune* y jurisprudencia en el ordenamiento jurídico actual. 5. La renovación metodológica del derecho canónico. 6. Reflexiones finales.

1. PRESENTACIÓN

La eminente figura de Paolo Grossi es bien conocida para todos aquellos relacionados con el mundo del derecho en general, pero más específicamente para quienes cultivan las disciplinas histórica, privatística y canónica; aunque sus incursiones en los ámbitos de derecho comparado, teoría y filosofía del derecho han sido también numerosas y de mérito¹.

¹ Sirvan como ejemplo los siguientes títulos: *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto commune*, Pompei 1963; *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano 1977; *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998; *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico, 1860-1950*, Milano 2000; *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano 2002; *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001; *Nobiltà del diritto. "Profili di giuristi"*, Milano 2008; *L'Europa del diritto*, Roma 2007.

Como docente ha impartido las asignaturas de Historia del derecho italiano medieval y moderno, Derecho común, Historia del derecho canónico y Derecho canónico en diversos centros: Università degli Studi di Siena, Università degli Studi di Macerata y, principalmente, en la Università degli Studi di Firenze. En el seno de esta última institución fundó el «Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno», que hasta el día de hoy ha editado 105 monografías jurídicas, y la revista «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno» (desde 1972).

Muy activo también en la vida pública, como representante de las facultades jurídicas italianas en el seno del «Consiglio Universitario Nazionale», dependiente del Ministerio de Educación; juez del Tribunal eclesiástico regional etrusco y, desde 2009, juez de la *Corte Costituzionale* italiana.

Es interesante anotar una autodefinición del propio Grossi cuando fue preguntado acerca de las constantes de su labor científica. Respondía afirmando que las claves que han caracterizado su tarea investigadora se pueden reducir a dos: la perspectiva canónica, siguiendo las sugerencias de las enseñanzas de su maestro Pietro Agostino D'Avack, y la vertiente privatística².

En relación con la primera, la dimensión canónica de los estudios de Grossi no se puede reducir simplemente a su labor docente, a algunas de sus monografías³ o a diversos escritos e intervenciones sueltas; sino que esta perspectiva se encuentra muy entrelazada a su biografía personal y está continuamente presente, en mayor o menor medida, a lo largo de todo su pensamiento. Lo demuestra el volumen del que toma partida esta nota bibliográfica. Se trata de una recopilación de escritos de contenido estrictamente canónico⁴, editado por Carlo Fantappiè, en la actualidad catedrático de la Università Roma Tre.

Este volumen publicado por el «Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno», de la facultad de jurisprudencia de la Università di Firenze, va precedido por una larga introducción de Fantappiè que, al hilo de los diversos artículos recopilados, traza un perfil intelectual del autor.

² Cfr. p. vii del volumen objeto de este comentario.

³ *Le abbazie benedettine nell'alto medioevo italiano. Struttura giuridica, amministrazione e giurisdizione*, Firenze 1957; *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 2000; y también, en parte, la obra anteriormente citada: *L'Europa del diritto*.

⁴ P. GROSSI, *Scritti canonistici*, C. FANTAPPIÈ (a cura di), (Per la storia del pensiero giuridico moderno, 100), Milano 2013. De ahora en adelante vendrá citado simplemente como *Scritti canonistici*.

Fantappiè resume en tres los rasgos característicos de Grossi: el problema del método, el significado del conocimiento histórico y la centralidad de la ciencia del derecho como reflejo de la experiencia jurídica.

En relación con el método, Fantappiè anota que al inicio de la carrera docente de Grossi en Florencia, éste se encontraba a disgusto con la orientación dominante en la rama histórica del derecho: la exasperación exegética de los juristas y la actitud positivista de los historiadores. Grossi se fue abriendo camino partiendo de dos elementos fundamentales: el problema del método y la pregunta sobre el significado del conocimiento histórico.

Su reflexión sobre la epistemología está fuertemente influenciada por tres obras: *L'action. Essai d'une critique de la vie et d'une science de la pratique*, de Maurice Blondel; *De la connaissance historique*, de Henri Irénée Marrou; e *Il problema della scienza del diritto*, de Giuseppe Capograssi. De aquí procede su crítica contra el fundamento *extrínseco* del positivismo del siglo XIX y su pretensión de conocer la historia en sentido objetivo. Frente a esta actitud, Grossi afronta nuevas perspectivas haciendo uso de fuentes que ya se pensaban exhaustivamente analizadas y manifiesta los límites del conocimiento histórico, que le hacen desconfiar de los conceptos generales y abstractos tan propios de la pandectística⁵.

Grossi ha tenido que hacer frente también a diversas orientaciones científicas fuertemente arraigadas en la mentalidad jurídica actual⁶. En primer lugar el dogmatismo jurídico, que tiende a la reducción de la realidad vital al sistema abstracto, bajo el imperio de una lógica pura. En segundo lugar el método comparativo dominante en la escuela histórico-jurídica italiana de finales del s. XIX y principios del s. XX. En este sentido se han mostrado deficientes numerosos resultados aportados en el ámbito de las instituciones jurídicas en estudios comparativos sobre el derecho hebreo, romano, germano y canónico, llevados por la óptica del evolucionismo histórico sin haber sabido situar a cada ordenamiento jurídico en su adecuado contexto histórico social⁷. Sobre ello se tratará también en el siguiente epígrafe.

⁵ Cfr. *Scritti canonistici*, x-xiii.

⁶ *Ibid.* xv-xviii.

⁷ Martin Brett, en un estudio sobre la tradición manuscrita de los cánones del I Concilio de León, advierte la facilidad con que se pueden obtener conclusiones erróneas dejándose llevar por reduccionistas teorías evolucionistas o de continuo progreso: cfr. *The canons of the First Lateran Council in English manuscripts*, en S. KUTTNER – K. PENNINGTON (eds.), *Proceedings of the Sixth International Congress of Medieval Canon Law. Berkeley, California, 28 July-2 August 1980*, Città del Vaticano 1985, 24-27.

Pasando ya al contenido de la obra, los *Scritti canonistici* de Grossi han sido estructurados por Fantappiè en tres apartados. El primero recoge cinco textos bajo el encabezamiento de «escritos de historia», que podría resultar engañoso respecto al segundo apartado («escritos de teoría general»), pues es preciso advertir ya desde el inicio que todos los artículos de Grossi recopilados en este volumen están profundamente embebidos de una fina mentalidad y aproximación históricas. El tercer apartado recoge una serie de presentaciones y reseñas realizadas por el autor.

A la hora de plantear esta nota bibliográfica he decidido apartarme de la opción clasificatoria realizada por el editor –demasiado general para la tarea que me propongo–, y encauzar el comentario de acuerdo con algunos aspectos temáticos que me ha sugerido la lectura de esta obra. A lo largo de estas páginas, y tomando pie del discurso de Grossi, irán apareciendo diversas reflexiones sobre teoría del derecho, metodología histórica y ciencia canónica.

2. DIMENSIÓN EPISTEMOLÓGICA DE LOS ESTUDIOS HISTÓRICO-CANÓNICOS

He agrupado bajo este título los dos primeros artículos recopilados en el volumen. Me parece que en su orientación metodológica hacen expedito un camino de gran fecundidad para los estudios históricos de derecho canónico.

Como marco contextual de su investigación, Grossi se sitúa dentro de la rica cultura jurídica de la época que estudia. Desde la perspectiva epistemológica madurada a partir de las obras de Marrou y Capograssi, entra también en diálogo con experiencias externas al derecho canónico; pero lo hace evitando las transposiciones erróneas de un ordenamiento a otro.

Concretamente, y en relación con el *utrumque ius*, pone en guardia frente a dos peligros. El primero de ellos es el de quien procede a la disección de los textos medievales con el objeto de aislar las fuentes romanas de aquellas canónicas y determinar su autónoma y específica aportación. Tal método, conocido como *recepción*, impide observar el aspecto más original del proceso: la constante interacción de los dos derechos en el hacerse y entrelazarse en la búsqueda de soluciones a problemas concretos⁸. El segundo riesgo es el des-

⁸ En sus artículos Grossi se manifiesta con frecuencia contra el habitual planteamiento de hablar de las aportaciones de la ciencia canónica a una u otra institución civil y viceversa. A Grossi le gusta hablar en cambio de estímulo o impulso («sollecitazioni»), –no de aportación, concurso o contribución– del derecho canónico a los demás ordenamientos. Parece una diferencia sutil, pero es clave si se quiere evitar una reconstrucción errónea de la evolución jurídica basada en meros modelos imitatorios.

conocimiento de la verdadera entidad del *ius commune*, considerándolo como una mera categoría creada por los históricos del derecho⁹.

Al mismo tiempo, el maestro florentino manifiesta su prevención frente a los estudios de «actualización», donde tan fácilmente se confunden tiempos históricos y se pone en boca de juristas medievales cosas que nunca llegaron a decir¹⁰.

Habiendo aclarado estas premisas paso a continuación a comentar diversas cuestiones metodológicas al hilo del primero de los artículos recogidos en este volumen, que es el más extenso y elaborado de todos los que se incluyen en la recopilación. Lleva por título «*Unanimitas. Alle origini del concetto di persona giuridica nel diritto canonico*». Grossi se plantea el ambicioso propósito de ilustrar el proceso de elaboración teórica del concepto de *unanimitas* en el ordenamiento jurídico de la Iglesia primitiva. Lo primero que sorprende en sentido positivo es la atención que presta el autor al dato teológico.

En efecto, las fuentes sobre las que basa su investigación son, principalmente, la literatura patrística y apologética de los dos primeros siglos de la vida de la Iglesia (especialmente Clemente Romano e Ignacio de Antioquía entre los padres apostólicos, e Ireneo, Tertuliano, Orígenes y Cipriano entre los apologistas). Estos datos, a su vez, son confrontados con las correspondientes fuentes jurídicas, tanto canónicas como romanas.

La elección del año 313 como límite temporal para las fuentes patrísticas resulta sugerente, en cuanto Grossi afirma que la elaboración conceptual de la *unanimitas* se encuentra cerrada y perfecta ya en esta época y que en la patrística posterior (aunque se trate de autores de la talla de Agustín, Ambrosio, Jerónimo, Basilio, Gregorio o Juan Crisóstomo), al encontrarse en una situación social y política totalmente diversa –como es, primero, el edicto de tolerancia y, después, la condición de religión oficial–, ese concepto bien preciso en la Iglesia primitiva se ve difuminado¹¹.

Quien conozca de cerca los ordenamientos eclesiásticos¹² de la Iglesia primitiva, y la literatura apologética¹³ y patrística de los tres primeros siglos,

⁹ Cfr. el comentario de Fantappiè en las pp. xxiv-xxv.

¹⁰ Así lo expone en una de las recensiones recogidas en este volumen: pp. 284-285.

¹¹ *Scritti canonistici*, 18-19.

¹² Para una visión general de esta literatura y su antigua denominación como colecciones pseudoapostólicas *vid.* J. J. AYÁN, «Ordenamientos disciplinares de la Iglesia antigua (Colecciones pseudoapostólicas)», en J. OTADUY – A. VIANA – J. SEDANO (eds.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, Cizur Menor (Navarra) 2012, v. 5, 791-793.

¹³ Entre los apologistas, numerosos autores han hecho notar –así lo hace también Grossi– el lenguaje exquisitamente jurídico de Tertuliano; también en lo que se refiere en la gestación del con-

comprenderá lo acertado del planteamiento de buscar en estas fuentes los fundamentos de la naciente estructura socio-jurídica de la Iglesia. El mérito del autor es doble, por cuanto la orientación de este artículo –fue publicado en 1958– se encontraba con las objeciones del positivismo y del dogmatismo jurídico y no eran pocos los autores que afirmaban por entonces que, antes de su reconocimiento por el Estado romano, el ordenamiento de la Iglesia era solo de carácter teológico y, por tanto, irrelevante para el jurista¹⁴. En este sentido son muy interesantes las páginas 35-59, donde Grossi se detiene a justificar la existencia de un ordenamiento jurídico de la Iglesia desde el mismo momento de su institución por Jesucristo.

Grossi considera el término *unanimitas* como algo característico y singular de la teología y derecho cristianos, anclado en los conceptos teológicos de *corpus mysticum* –expuesto por san Pablo– y de *unitas* del *corpus ecclesiae*, y que están en el origen del concepto de persona jurídica¹⁵. Concepto singular del cristianismo hemos dicho, pues aunque es cierto que en diversos ordenamientos jurídicos de la antigüedad –como en el mundo griego, romano y germano– se conocía la experiencia de que para la validez de la deliberación de ciertas asambleas, colegios o corporaciones era necesario el asentimiento de todos sus miembros, el origen y verdadero significado de la *unanimitas* cristiana es distinto y autónomo de esas otras instituciones civiles.

Concretamente, Grossi revela de modo lúcido el equívoco de situar el origen de la *unanimitas* cristiana en los *corpora* y *universitates* del derecho romano clásico, puesto que en este último el concepto de corporación se entiende, no

cepto de *unanimitas*. Entre sus escritos se encuentran expresiones como *universitas*, *diversitas*, *disciplinae unitas*, *spei foedus*...

¹⁴ Véase el carácter ejemplar sobre el argumento de los siguientes autores y obras citados por el mismo Grossi: C. H. TURNER, «The organisation of the Church», en H. M. GWATKIN – J. P. WHITNEY (eds.), *The Cambridge Medieval History*, v. 1, Cambridge 1957, 178; R. SALEILLES, *L'organisation juridique des premières communautés chrétiennes*, en *Mélanges Paul Frédéric Girard*..., t. 2, Paris 1912, 507-508; F. G. SAVAGNONE, *Studi sul diritto romano ecclesiastico*, *Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo* 14 (1929) 2 y ss; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, v. 1, Milano 1952, 38; E. BESTA, *Avviamento allo studio della storia del diritto italiano*, Padova 1926, 45; A. SOLMI, *Stato e Chiesa secondo gli scritti politici da Carlomagno fino al Concordato di Worms (800-1122)*, Modena 1901, 17.

¹⁵ La noción de persona jurídica puede considerarse como una de las instituciones canónicas con más incisión en los ordenamientos jurídicos occidentales. Mención especial merece la monografía de Edoardo Ruffini, resultado de una profunda investigación sobre el argumento: *Il principio maggioritario. Profilo storico*, Milano 1976. Vid. también: A. BETTETINI, *Riflessioni storico-dogmatiche sulla regola 'quod omnes tangit' e la 'persona ficta'*, *Il diritto ecclesiastico* III (1999) 645-679; S. BUENO SALINAS, *La noción de persona jurídica en el derecho canónico. Su evolución desde Inocencio IV hasta el C.I.C. de 1983*, Barcelona 1985.

como una unidad del ente perfectamente separada y abstracta de los propios miembros, sino en el sentido más rudimentario de una colectividad organizada de personas. La concepción unitaria aparece en el derecho romano solo con la compilación justiniana, ya en una época de clara influencia del cristianismo y de su visión de las Iglesias locales como unidades y cuerpos morales.

Pero al mismo tiempo, el autor muestra que la *unanimitas* cristiana es muy distinta también de la conocida por el derecho germano. En este ordenamiento, caracterizado por la pobreza de abstracción, la unanimidad del colegio significaba la conformidad de todas y cada una de las personas físicas miembros de ese colegio, fruto de un acentuado colectivismo. En este sentido, no se puede hablar de los colegios o asambleas germánicas como personas jurídicas, pues lo que cuenta es cada una de las personas físicas.

Es más, el concepto original de *unanimitas* sufrió, durante los siglos de influencia germánica, un proceso de confusión y pobreza. La recuperación de su riqueza jurídica fue obra de los decretalistas –y especialmente Sinibaldo de Fieschi (futuro Inocencio IV)– que partiendo del derecho justiniano vuelven a entroncar con la patrística y las primeras fuentes canónicas para elaborar la *universitas* como persona ideal, es decir, como persona jurídica entendida como categoría abstracta, elaborando sobre ella toda una dogmática¹⁶.

De este modo, el autor presenta su crítica a la aplicación del método comparativo dominante en la escuela histórico-jurídica italiana, que atendía solo al dato positivo-evolucionista. Según esta teoría la noción de *unanimitas* tendría sus precedentes en diversos institutos del derecho greco-romano, se habría formado en el contexto del derecho germánico para confluir, por último, en el derecho canónico.

Al exponer la evolución del concepto de *unanimitas*, Grossi traza de manera magistral un largo recorrido por el ordenamiento jurídico de la Iglesia. Parte de los fundamentos dogmático-teológicos de este ordenamiento y, al mismo tiempo, ilustra su autonomía y autosuficiencia respecto a otras experiencias jurídicas precedentes. Trata de elementos fundamentales, como la relación entre *traditio* y *consuetudo* en la Iglesia primitiva, la evolución del principio mayoritario y el papel de conceptos como *unitas*, *dissensio*, *sanior* y *maior pars*. Y al describir la *unanimitas* como una peculiar experiencia teológica y jurídica de la Iglesia, la distingue de conceptos similares, pero distintos, en los derechos romano y germánico.

¹⁶ Cfr. *Scritti canonistici*, cit., 7-14.

A lo largo de estas páginas Grossi muestra una constante de su labor científica: una admirable capacidad de abarcar con su aguda mirada el complejo conglomerado de la realidad que estudia. Y una vez en ese contexto, realizar un fino trabajo de disección de los elementos más característicos y propios de los ordenamientos jurídicos implicados. La clave reside en la esmerada atención prestada a la experiencia jurídica de cada sociedad, a sus características propias y singulares, frente a aquellos historiadores que se limitan a observar solo los elementos externos, encerrados en apriorismos y planteamientos generales y esquemáticos.

En el segundo artículo, «Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune», Grossi afronta una temática bastante descuidada por la literatura científica y, precisamente por ello, bastante desconocida en sus aspectos más profundos. El arco temporal que establece el autor es desde principios del siglo XII hasta el siglo XV. La razón estriba en que con anterioridad a este período los penitenciales altomedievales reflejan un clima científico-jurídico casi inexistente y una concepción bastante rudimentaria del aspecto ético en cuestión¹⁷; además, pesa sobre el género literario el principio germánico de la composición pecuniaria en toda su rigidez. Con posterioridad, en el siglo XVI, se siguen componiendo *summae confessorum*, pero ya privadas de la riqueza y frescura propias del período clásico de la canonística.

El contexto histórico en el que se inserta la literatura objeto de estudio tiene su origen en la renovación de los siglos XI y XII, que desemboca en el IV Concilio de Letrán (1215)¹⁸. Es el tiempo de la renovación teológica llevada a

¹⁷ Desde que Grossi publicara este artículo –en el ya lejano 1966–, el conocimiento de la literatura penitencial altomedieval ha experimentado un gran crecimiento gracias, entre otras aportaciones, a las investigaciones de dos estudiosos. En primer lugar Abigail Firey, de la Universidad de Kentucky, con su proyecto y publicaciones sobre el derecho canónico carolingio. *Vid.* especialmente: *A Contrite Heart: Prosecution and Redemption in the Carolingian Empire*, Brill Academic Publishers 2009; su trabajo como editora del volumen *A New History of Penance*, Brill Academic Publishers 2008; y su proyecto de edición de fuentes canónicas carolingias en <http://ccl.rch.uky.edu>. El segundo autor que quiero mencionar es Rob Meens, de la Universidad de Utrecht, con sus trabajos sobre los penitenciales antiguos. Señalo solo sus últimos trabajos más relevantes: “*Aliud benitenciale*”: *the ninth-century Paenitentiale Vindobonense C*, *Medieval Studies* 66 (2004) 1-26; *Sanctuary, penance, and dispute settlement under Charlemagne: the conflict between Alcuin and Theodulf of Orléans over a sinful cleric*, *Speculum* 82 (2007) 277-300; *Remedies for sins*, en T. F. X. NOBLE – J. M. H. SMITH (eds.), *The Cambridge History of Christianity, v. 3: Early Medieval Christianities, c. 600-c. 100*, Cambridge 2008, 399-415.

¹⁸ Sobre la historia de este concilio, con una especial atención al dato canónico y a la tradición manuscrita, *vid.* A. GARCÍA Y GARCÍA, *Historia del Concilio IV Lateranense de 1215*, Salamanca 2005. Contiene un rico aparato bibliográfico.

cabo con los nuevos instrumentos técnicos aportados por la dialéctica filosófica, como ya pusieron de manifiesto las monografías de De Ghellinck y Chenu¹⁹ y que la más reciente investigación en relación con los textos teológicos transmitidos por el *Decreto de Graciano* ha venido a confirmar²⁰. Grossi dedica bastantes páginas a la descripción del contexto cultural, religioso y social de esta época –llena de corrientes de pensamiento y de acción mística–, sobre todo a las relaciones tan estrechas surgidas entre teología, moral y derecho.

Las mejores mentes de la Iglesia occidental se ocupan en la redacción de estas sumas –entre las que destaca la de Raimundo de Peñafort–, y todas las órdenes religiosas acuden a este género literario. Desde el punto de vista técnico, el éxito de la *Summa de poenitentia* de san Raimundo determinará el *casus*²¹ como el instrumento lógico-didáctico más adecuado para los fines pasto-

¹⁹ J. DE GHELLINCK, *Le mouvement théologique du XIIe siècle. Etudes, recherches et documents*, Paris 1914 (la segunda edición de 1948 en Bruges es considerablemente más amplia); M. D. CHENU, *La théologie au douzième siècle*, Paris 1957. Para integrar la perspectiva teológica en el ámbito cultural más amplio de la época es fundamental la consulta de la conocida obra de C. H. HANSKINS, *The Renaissance of the twelfth century*, New York 1960.

²⁰ Sobre la influencia de las corrientes filosófico-teológicas, especialmente las provenientes de la Escuela de Laon, en el *Decreto de Graciano*, vid. P. LANDAU, *Gratian und die Sententiae Magistri A.*, en H. MORDEK (ed.), *Aus Archiven und Bibliotheken. Festschrift für Raymond Kotje zum 65. Geburtstag*, Frankfurt a.M.-Bern-New York-Paris 1992, 311-326; J. C. WEI, *Penitential Theology in Gratian's Decretum: Critique and Criticism of the Treatise 'Baptizato homine'*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kan. Abt.* 95 (2009) 78-100; IDEM, *Gratian and the School of Laon*, *Traditio* 64 (2009) 279-322. En el campo del derecho matrimonial es preciso destacar la obra de T. RINCÓN-PÉREZ, *El matrimonio, misterio y signo. III, Siglos IX-XIII*, Pamplona 1971; E. TEJERO, *El matrimonio, misterio y signo. IV, Siglos XIV-XVI*, Pamplona 1971. Y más recientemente: J. C. CONDE CID, *L'origine del 'privilegio paolino': 1 Cor 7,12-17a. Esegese, storia dell'interpretazione e ricezione nel diritto della Chiesa*, Roma 2009; M. AROZTEGUI, *San Buenaventura sobre el matrimonio. Comentario a IV Sent d 26 cap 6*, *Scripta Theologica* 43 (2011) 265-296; N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS – M. PARMA, *El 'favor fidei' y el Decreto de Graciano: investigación sobre los orígenes canónicos de la disciplina actual en materia de disolución del vínculo*, *Ius Ecclesiae* 26 (2014) 311-333.

²¹ Los métodos expositivos empleados por los civilistas medievales (tomados como modelo por mucha de la literatura canonística) han atraído recientemente la atención de los históricos del derecho. A los ya clásicos estudios de H. KANTOROWICZ – W. W. BUCKLAND, *Studies in the Glossators of the Roman Law. Newly discovered Writings of the Twelfth Century*, Aalen 1969; y P. WEIMAR, *Die legistische Literatur der Glossatorenzeit*, en H. COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren Europäische Rechtsgeschichte, I, Mittelalter (1100-1500). Die gelehrten Rechte und die Gesetzgebung*, München 1973, 140-155, se añaden, entre otros muchos: M. BELLOMO, *I fatti e il diritto. Tra la certezze e i dubbi dei giuristi medievali (secoli XIII-XIV)*, Roma 2000; A. PADOVANI, *'Tenebo hunc ordinem'. Metodo e struttura della lezione nei giuristi medievali (secoli XII-XIV)*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 79 (2011) 353-398; A. ERRERA, *Il concetto di scientia iuris dal XII al XIV secolo. Il ruolo della Logica platonica e aristotelica nelle scuole giuridiche medievali*, Milano 2003; O. WEIJERS, *Quaeritur utrum: Recherches sur la disputatio dans les Universités médiévales*, Turnhout 2009.

rales. Y, frente a los penitenciales antiguos se aprecia en ellas una visión más madura del penitente y de su dignidad, y se concibe la actividad del sacerdote en el sacramento de la confesión como instrumento de la *salus animarum* y elemento dinamizador de la vida cristiana.

Pero lo que más sorprende de estas *summae* es su variadísimo contenido: junto con cuestiones estrictamente teológicas encuentran también amplio espacio argumentos sobre las fuentes del derecho, aspectos de derecho constitucional e internacional, derecho de la persona –especialmente el derecho de familia–, derecho patrimonial y comercial, así como temas relacionados con los contratos, cuasicontratos, últimas voluntades y derechos reales. Se trata, en definitiva, de una toma de contacto real con la sociedad en su totalidad, donde fuero externo e interno se mezclan y el ciudadano no se distingue del fiel. Las *summae confessorum* despliegan un análisis particularmente agudo y atento de la sociedad medieval en su conjunto. Por eso no es de extrañar que hayan sido los historiadores de las doctrinas y hechos económicos quienes han señalado la importancia de esta literatura para la elaboración de diagnósticos sociales de la época²². Desde el punto de vista del derecho, la experiencia jurídica del momento se ve dinamizada por la multiplicación de la actividad mercantil, que plantea continuamente nuevos problemas y provoca el surgimiento y evolución de diversas instituciones. Y en el discurso lógico de estas sumas no se encuentran –como ciertos autores afirman, llevados más por tópicos o ideologías que de una verdadera aproximación a los textos– pensamientos o reacciones inmovilistas, sino todo lo contrario: están en sintonía con la evolución de la sociedad; y se sirven del método casuístico –que huye de una definición ya cerrada, de construcciones abstractas y rígidas– para dar preponderancia a la experiencia, a lo humano²³.

El panorama mostrado por Grossi ayuda a tomar con cautela las habituales afirmaciones simplistas de que las sumas de confesores consisten en una literatura relativa al fuero interno, de contenido puramente ético o moral. Aunque pueda parecer desconcertante para quienes no conozcan de cerca este género literario, sus principales fuentes son textos del *Corpus iuris civilis*, del *Decreto de Graciano* y de las decretales papales, más que textos patrísticos o conciliares. Los autores de las sumas prefieren las citas de los juristas a

²² *Scritti canonistici*, 121 y 143-149.

²³ *Ibid.*, 146.

las de los teólogos. En efecto, se trata de una literatura eminentemente jurídica, tanto por sus fuentes como por sus destinatarios, método de análisis y objeto de investigación. Eso sí, se trata de juristas que en todo momento tienen presente la dimensión moral del derecho.

Se podría acabar la referencia a este artículo dejando constancia de la importancia que las sumas de confesores han tenido tanto en la construcción del sistema jurídico de la Iglesia medieval como en su adecuación a los nuevos fenómenos y exigencias de la vida económico-social.

He dedicado amplio espacio a estos dos primeros artículos porque, a mi modo de ver, son quizás desde el punto de vista formal los más valiosos de los recopilados. Y no tanto por su considerable mayor extensión –sobre todo el relativo a la *unanimitas*– respecto a los restantes, sino sobre todo por la ardua tarea de investigación llevada a cabo y por el masivo uso de fuentes que avalan sus resultados. Entiéndaseme bien. No quiero restar ningún mérito al resto del contenido del volumen, donde se aprecia la gran categoría intelectual y científica de Paolo Grossi. Así es, a lo largo de estos trabajos, como poso de toda una vida académica y de investigación tanto en derecho canónico como en derecho comparado, se encuentra ante todo –como tendré ocasión de exponer a continuación– un itinerario metodológico digno de tener en consideración y que tantos frutos traería para la historia del derecho canónico si fuera seguido en mayor medida en las investigaciones actuales. Se aprecia también toda una magistral serie de convicciones y conclusiones respaldadas sobre seguros fundamentos, así como una vivísima descripción de la experiencia jurídica medieval en multitud de detalles, ajena a todo tipo de simplificación y esquematismo; pero –he aquí el único pero– un tanto repetitivos a lo largo de los diversos artículos.

3. CODIFICACIÓN DEL DERECHO CANÓNICO: VENTAJAS Y LÍMITES

Sobre la cuestión de la codificación, a la que el autor ha dedicado amplio espacio en diversas monografías, se recogen tres artículos. Sus títulos son los siguientes: «Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica»; «Novità e tradizione nell diritto sacro (dall'uno all'altro Codice di diritto canonico)»; «Valore e limiti della codificazione (con qualche annotazione sulla scelta codicistica del legislatore canonico)».

Grossi afronta el argumento de la codificación canónica dejando constancia, en primer lugar, de las deficiencias y límites metodológicos de buena

parte de la historiografía publicada sobre el *Codex*. Es cierto que partiendo de Ulrich Stutz en 1918 y Mario Falco en 1925, numerosos autores han tratado de mostrar el *espíritu* del Código del 17²⁴; que los intérpretes han focalizado su atención sobre el sistema codicial y su composición interna; y que han lanzado al pasado su mirada para llegar –en muchas ocasiones– solamente a las fuentes indicadas por Gasparri y a la literatura tratadística de los años precedentes. Pero esto no es suficiente. Faltaba una perspectiva y enfoque metodológico que no hiciera abstracción del contexto natural histórico del Código canónico, reduciéndolo solo a las premisas más inmediatas que no son capaces de expresar «el alto grado de historicidad» –son palabras del mismo Grossi– de la primera codificación canónica.

Tal vez, de partida, el planteamiento de Grossi pueda parecer un tanto tremendista. No obstante, él mismo señala una serie de contribuciones de alto nivel científico y organizativo. En primer lugar el grupo de investigación bajo la guía de Giorgio Feliciani –hoy en la Università Cattolica del Sacro Cuore en Milán–, que desde los años 70 inició en la Università di Pavia una gran labor documentaria y de estudio sobre la codificación de 1917²⁵. Algunos de los frutos de su iniciativa se recogen en los «Quaderni della codificazione canonica», dirigidos por el propio Feliciani, del que se han editado ya seis volúmenes²⁶. Grossi habla de esta dirección como el primer intento serio de dar un rostro históricamente creíble a la canonística moderna.

²⁴ U. STUTZ, *Der Geist des 'Codex iuris canonici'*, Stuttgart 1918; M. FALCO, *Introduzione allo studio del 'Codex iuris canonici'*, Torino 1925.

²⁵ Destaca especialmente una serie de contribuciones en relación con el Concilio Vaticano I y el planteamiento de posibles itinerarios de investigación. *Vid.: Il Concilio Vaticano I e la codificazione del diritto canonico*, en *La norma en el derecho canónico. Actas del III Congreso internacional de derecho canónico. Pamplona 10-15 de octubre de 1976*, v. 1, Pamplona 1979, 505-538 (también publicado con un aparato crítico ampliado en *Ephemerides iuris canonici* 33 [1977] 115-143); *Il Concilio Vaticano I e la codificazione del diritto canonico*, en *Studi in onore dei Ugo Gualazzini*, vol. 2, Milano 1981, 1093-1105; *Lineamenti di ricerca sulle origini della codificazione canonica vigente*, en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata* in onore di Attilio Moroni, vol. 1, Milano 1982, 205-225.

²⁶ Ente los que destacan: M. VISMARA MISSIROLI – L. MUSSELLI, *Il processo di codificazione del diritto penale canonico*, Padova 1983; F. FALCHI, *I Chierici nel processo di formazione del codice Pio-Benedettino*, Padova 1987; C. MINELLI ZAGRA, *Le fonti dello "ius singolare" nell'ordinamento canonico. L'esperienza delle codificazioni*, Padova 2000. A propósito de estas contribuciones, no quiero dejar pasar la ocasión de mencionar el meritorio volumen impulsado en el seno de la Pontificia Università della Santa Croce: J. LLOBELL – E. DE LEÓN – J. NAVARRETE, *Il libro 'De processibus' nella codificazione del 1917. Studi e documenti. 1, Cenni storici sulla codificazione 'de iudiciis in genere', il processo contenzioso ordinario e sommario, il processo di nullità del matrimonio*, Milano 1999.

También hace referencia Grossi a los trabajos de Pedro Lombardía y la Escuela por él creada en la Universidad de Navarra²⁷. Discípulo directo de Vincenzo del Giudice, desde mediados de los años cincuenta compartió con ese grupo de la canonística italiana el afán por la renovación metodológica del derecho canónico. Su labor científica se caracteriza por dos grandes convicciones –o «conversiones metodológicas», utilizando el término acuñado por Javier Hervada–: ser canonista es ser jurista; y los derechos de los fieles y sus ámbitos de libertad²⁸. La contribución de la Escuela de Lombardía destaca en el ámbito de las normas generales, del derecho constitucional canónico y en el de los derechos y deberes de los fieles. Fue vivísima la participación de Lombardía y de la Facultad de Derecho canónico de la Universidad de Navarra en el clima científico previo a la segunda codificación canónica. Una muestra de ello es la celebración en Pamplona en 1976 de un congreso internacional al que acudieron muchas de las principales personalidades científicas del momento²⁹.

Pero, retomando el discurso de Grossi, desde el punto de vista histórico estas contribuciones no eran suficientes. Hacía falta recuperar la *prehistoria* del Código. Pienso que si hubiera que centrar en un autor el mérito de haber colmado este vacío histórico del que se lamentaba Grossi, esa persona es sin duda Carlo Fantappiè –editor de este volumen– con su monografía publicada en 2008 «Chiesa Romana e modernità giuridica»³⁰. Su magistral estudio no se limita a la génesis inmediata del primer código canónico, sino que arranca de

²⁷ Aunque está extendida en cierta bibliografía la expresión «Escuela de Navarra», éste es un término que no responde a la realidad, pues en la Facultad de derecho canónico de dicha universidad nos encontramos profesores que respondemos a distintas escuelas y orientaciones. Más bien habría que utilizar el término «Escuela de Lombardía». Vid. sobre el asunto: J. HERVADA, *Coloquios propedéuticos sobre el derecho canónico*, Pamplona 2002, 86-88.

²⁸ Cfr. *Palabras en el Acto académico en memoria de Pedro Lombardía*, *Ius Canonicum* 26 (1986) 491-496. Ahora también en J. HERVADA, 'Vétera et nova'. *Cuestiones de Derecho Canónico y afines (1958-1991)*, vol. 2, Pamplona 1991, 1041-1050.

²⁹ Cfr. los dos volúmenes –ya citados más arriba– que contienen las actas: *La norma en el derecho canónico*. Este congreso internacional seguía a otros dos celebrados en Roma y Milán: cfr. *La Chiesa dopo il Concilio. Atti del Congresso Internazionale di Diritto Canonico. Roma 14-19 gennaio 1970*, Milano 1972; *Persona e ordinamento nella Chiesa. Atti del II Congresso Internazionale di Diritto Canonico. Milano 10-16 settembre 1973*, Milano 1975, este último organizado por Orio Giacchi y hospedado por la Università Cattolica del Sacro Cuore.

³⁰ *Chiesa romana e modernità giuridica. Vol. I. L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903). Vol. II. Il Codex Iuris Canonici (1917)*, Milano 2008. Vid. también su «manual»: *Storia del diritto canonico e delle istituzioni della Chiesa*, Bologna 2011 (ampliación de la primera edición aparecida en 1999 bajo el título *Introduzione storica al diritto canonico*).

los planteamientos del derecho tridentino hasta llegar a los debates intelectuales y jurídicos del siglo XIX.

Se trata de un trabajo respaldado por una ingente documentación. A lo largo de sus más de mil páginas estudia el proceso codificador canónico desde una amplia variedad de perspectivas: dogmático-sistemática, histórico-jurídica y genético-evolutiva. Afronta con rigor las necesarias relaciones de la ciencia canónica con la filosofía, la teología moral y dogmática, el derecho natural y civil –también el romano– y la sociología-política. Logra vincular con maestría la historia del derecho con las diversas corrientes intelectuales y políticas de esa época tan compleja. Para hacerse una idea de los temas tratados, a lo largo de la obra se entrelazan aspectos como el nuevo planteamiento de las relaciones bilaterales Iglesia-Estado, la influencia del humanismo jurídico en el cambio de paradigma del ordenamiento canónico, la situación de los estudios jurídico-canónicos y de las diversas Escuelas en la Urbe o la progresiva toma de conciencia sobre la necesidad de una *reformatio iuris* en la Iglesia, por enumerar solo algunos³¹.

Volviendo a los artículos de Grossi sobre la codificación, el autor plantea un panorama que ayuda a comprender la complejidad del problema codificador en la Iglesia. En efecto, las dimensiones implicadas son muy variadas: desde la influencia de la Escuela Histórica del Derecho, pasando por la visión protestante y católica en la construcción científica del derecho canónico, el problema del sistema en la organización de este derecho en el s. XIX y su relación con la historia, la cuestión de las fuentes de inspiración, la reflexión racionalista laica y los modelos presentes tanto exteriores como interiores a la tradición canónica, hasta llegar a las diversas ideologías modernas latentes.

De esta manera el Código de 1917 se presenta, desde el punto de vista de sus contenidos, como fruto de ocho siglos de reflexión canónica (comenzando desde la configuración del derecho canónico como ciencia en el siglo XII), cuya última etapa es el clima científico propiciado por los autores germanos protestantes y católicos del siglo XIX. De este *humus* se nutren los protagonistas del Concilio Vaticano I (aunque Grossi repite en diversas ocasiones que no es tanto este concilio el que configura el Código, sino la gran sistematización tridentina del siglo XVI), que desembocará en el gran debate sobre la

³¹ En relación con esta obra de Fantappiè, me permito remitir a la nota bibliográfica que publiqué en *Ius Canonicum* 102 (2011) 767-798 y a la recensión de Grossi recogida en este volumen objeto de comentario: pp. 293-312.

elección de la técnica compilatoria o la codificadora. Estas dos posturas están representadas de modo antológico por Franz Xavier Wernz de una parte, anclado en el *ius decretalium* aunque con préstamos del sistema de las *Institutiones* de Lancellotti, y Pietro Gasparri de la otra, al que Grossi denomina –de un modo un tanto provocativo– jurista positivista –así como también al clima cultural de la curia romana de esos años– y el último de los padres tridentinos³².

A las implicaciones de la opción final por la técnica codificadora dedica Grossi amplias e iluminantes páginas. En ellas destacan, como no podía ser de otra manera, las figuras de Pío X y Pietro Gasparri. En este punto, es preciso destacar que en los últimos años –con posterioridad a los artículos de Grossi–, han aparecido importantes aportaciones sobre la personalidad y orientaciones ideológicas de Pío X, como fruto del estudio de nuevas fuentes documentales. Una de esas contribuciones es la monografía de Fantappiè *Chiesa romana y modernità giuridica*, citada un poco más arriba. En lo que respecta al pontífice, Fantappiè se nutre en parte de la rica documentación editada por Alejandro Mario Diéguez y Sergio Pagano, correspondiente a la llamada «segretariola» privada de Pío X³³. Con motivo del centenario del comienzo de los trabajos preparatorios de la primera codificación canónica, este tipo de trabajos tomaron nuevo impulso³⁴.

En los *Scritti canonistici* de Grossi, se plantea la pregunta –por otra parte ya común en la bibliografía sobre la cuestión– de hasta qué punto Pío X y Gasparri eran conscientes de las implicaciones eclesiológicas y canónicas de la operación cultural que asumían. Pues, como es bien sabido, un código no puede considerarse como un instrumento neutro, meramente técnico. Tal vez, a los ojos de Gasparri, la codificación canónica podría proponerse frente a los Estados como evidencia de que la Iglesia católica era una sociedad jurídicamente perfecta como ellos. Pero no es menos cierto que esta técnica es un mo-

³² Cfr. *Scritti canonistici*, 262-263.

³³ *Le carte del "Sacro tavolo". Aspetti del pontificato di Pio X dai documenti del suo archivio privato*, 2 vols., Città del Vaticano 2006. Vid. también A. M. DIÉGUEZ, *L'archivio particolare di Pio X. Cenni storici e inventario*, Città del Vaticano 2003.

³⁴ Señalo entre otras muchas las siguientes contribuciones: A. CATTANEO (ed.), *L'eredità giuridica di San Pio X*, Venezia 2006, que recoge las intervenciones presentadas en el congreso organizado por el entonces Instituto de Derecho canónico San Pio X, en Venecia, en mayo de 2005; y la serie de artículos publicados en Anuario de Historia de la Iglesia 23 (2014) 153-215, bajo la sección «Pío X, un pontificado en el umbral de la modernidad». Una amplia bibliografía se encuentra en uno de los índices finales de la obra: G. ROMANATO, *Pio X. Alle origini del cattolicesimo contemporaneo*, Torino 2014.

delo creado por la modernidad jurídica, proyectado por la Ilustración y realizado por la Revolución francesa, como a Grossi le gusta sintetizar en diversas ocasiones.

A lo largo de estas páginas se pone en evidencia que la codificación supone un modo de afrontar las fuentes del todo nuevo, vinculado a la imagen de sociedad, Estado y derecho diseñada en el s. XVIII y consolidada en el XIX. En él está impresa de modo incisivo la huella del iusnaturalismo racionalista (libre ya de la metafísica) y del positivismo jurídico. Es cierto que en la codificación canónica, muchos de estos presupuestos quedan neutralizados por la peculiar naturaleza de la Iglesia católica y su tradición jurídica. Pero los signos de planteamientos positivistas, de una exégesis exasperada y la reducción del rico pluralismo jurídico de la antigüedad, también son perceptibles después de casi un siglo de codificación canónica.

En este sentido, también el Código de 1983 participa de las mismas características –con sus ventajas y límites– de las codificaciones modernas. Ahora bien, en la opinión de Grossi, el Código del 17 es más cercano al *Decreto de Graciano* que el Código del 83 lo es a su predecesor³⁵. El Concilio Vaticano II, receptor de la nueva antropología y eclesiología del siglo XX, deja sentir todo su peso en la nueva codificación: el abandono de una estructura estamental para poner el acento sobre la radical dignidad e igualdad fundamental de los fieles cristianos en virtud de su bautismo y la posición activa del laico en la vida de la Iglesia³⁶; el novedoso tratamiento de la jerarquía desde una perspectiva más objetiva, en atención al *munus* pastoral, que subjetiva; el papel que juega la colegialidad en la dialéctica entre dimensión universal y particular de la Iglesia.

La influencia decisiva del Vaticano II se da no solo en el contenido del Código del 83, sino también en su lenguaje, profundamente permeado de términos teológicos y, por tanto, radicalmente alejado del rigor conceptual y de la separación entre hecho teológico y preposición jurídica que dominaba el Código anterior. Se aprecia, efectivamente, una fractura histórica, efectuada no tanto en el sistema canónico, sino en el teológico. Por todo ello, Grossi habla en términos de discontinuidad, pero –y es importante señalarlo– sin caer en el sim-

³⁵ Cfr. *Scritti canonistici*, 195.

³⁶ Sobre este asunto son de obligada referencia la monografía del reciente beato Álvaro DEL PORTILLO, *Fieles y laicos en la Iglesia. Bases de sus respectivos estatutos jurídicos*, Pamplona 1969; y J. HERVADA, *Tres estudios sobre el uso del término laico*, Pamplona 1973.

plismo de tantos autores que siguen los apriorismos ideológicos de Berman³⁷. Pienso no obstante, que a raíz de la lectura de la obra canónica de Grossi y atendiendo a sus conclusiones, se puede apreciar que esta terminología de fractura y ruptura tampoco lo acerca a los postulados de *discontinuidad* promovidos por el «Istituto per le scienze religiose», fundado por Giuseppe Alberigo en la Università di Bologna. El discurso de Grossi se mueve siempre dentro de la permanente tradición de la Iglesia. Esto se hace patente, al menos en términos jurídicos, cuando el autor reconoce –dentro, eso sí, de las novedades estructurales y antropológico-eclesiológicas del Código del 83– la firme conciencia que tiene la Iglesia, en clara continuidad con la tradición medieval y post-medieval, de la connaturalidad de la dimensión jurídica con su fin fundacional, como instrumento para la misión salvífica del género humano³⁸.

Los planteamientos de Grossi sobre la cuestión de la codificación están llenos de pasajes sugerentes, de anotaciones críticas y propuestas de futuro que apelan al canonista actual a una reflexión comprometida, como tendré ocasión de señalar más adelante, en las reflexiones finales.

4. *IUS COMMUNE* Y JURISPRUDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ACTUAL

Abandonando ya la cuestión de la codificación, pero en estrecha cercanía con ella, en el artículo «*Aequitas canonica*» Grossi se pregunta por el papel de la jurisprudencia en el Código de 1983. Se trata de una reflexión que pretende recuperar este instituto jurídico en un esfuerzo por superar los moralismos y pietismos que han conmocionado el ordenamiento canónico convirtiéndolo en una mezcla ambigua entre derecho y moral.

La *aequitas* representa en el orden jurídico la transposición del personalismo propio de la filosofía cristiana. *Aequitas* que es especialmente necesaria por la rigidez propia de todo código –también el canónico–, como medio para garantizar la elasticidad propia del derecho de la Iglesia (en cuanto que instrumento –solo instrumento– de la *salus animarum*).

Lejos de los miedos que puedan suscitar una aparente incerteza jurídica, la *aequitas* canónica es la afirmación de una legalidad superior, y de una certe-

³⁷ H. J. BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge 1983. La influencia de esta obra es bien perceptible en numerosos planteamientos y conclusiones de la bibliografía histórico-canónica actual.

³⁸ Cfr. *Scritti canonistici*, 195-198.

za que procede de la lectura objetiva de la realidad³⁹. Como con breve y aguda expresión afirmaba el autor anónimo de la glosa boloñesa: *nihil aliud est aequitas quam Deus*⁴⁰.

Esta labor interpretativa, supletoria y –en ocasiones– sustitutiva de la norma positiva debe ser tarea del juez –intérprete, y no solo exegeta–, conectando de este modo con la rica tradición jurídica medieval.

Es una realidad ésta que se muestra en otra de las contribuciones de este volumen: «Natura e ruolo dello *utrumque ius* nella società medievale». Sociedad medieval que se caracterizaba por una fuerte interrelación entre sociedad civil y sociedad sagrada, marcada por la existencia de múltiples comunidades intermedias (familia, microcomunidad social y política, corporaciones profesionales y, por encima de todas, comunidad religiosa). En esta experiencia de pluralismo jurídico, el derecho no surgía desde arriba –de un poder político omnicompreensivo como el de hoy– sino desde la vida cotidiana. Y esa diversidad de ordenamientos jurídicos particulares se encontraba entretrejida por un *ius commune* portador de un saber universal, donde la *aequitas* constituía una plataforma común para canonistas y civilistas.

La natural conexión del derecho canónico con esta experiencia jurídica medieval, tan rica y fecundante, es el punto de partida del artículo «Diritto canonico e cultura giuridica» para proponer el papel que debe jugar el derecho canónico en la sociedad actual. Y precisamente en un momento en que su presencia en la sociedad civil está en claro retroceso como consecuencia de tres fenómenos que identifica Grossi: la enclaustración dentro de las propias murallas jurídicas como reacción a la reforma protestante, a la secularización y al monismo jurídico estatalita⁴¹.

Según el autor, el estímulo canónico a la cultura jurídica general no se concreta solo en una gran variedad de contenidos. Por citar los más relevantes, el actual proceso civil está en gran medida modelado sobre el proceso canónico, por mediación de la literatura canónica y la praxis procesual de la Iglesia; el derecho penal es, en buena parte, derecho canónico, puesto que gracias a las averiguaciones de los canonistas sobre la gradación de la responsabilidad

³⁹ En relación con el argumento de la certeza, Grossi se nutre de la introducción realizada por Capogrossi a la obra de F. LÓPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano 1942.

⁴⁰ Cfr. H. H. FITTING, *Juristische Schriften des früheren Mittelalters. Aus Handschriften, meist zum ersten Mal herausgegeben und erörtert*, Halle 1876, 131.

⁴¹ Cfr. *Scritti canonistici*, 231-232.

moral del ilícito el penalista moderno ha recibido un amplio muestrario de modalidades psicológicas como base para la edificación del propio sistema criminal; también el derecho de obligaciones y contratos tiene amplia base canónica, como se puede observar simplemente repasando los títulos de libro tercero de las *Decretales de Gregorio IX*; por no hablar del matrimonio y del derecho de familia.

Pero, como estábamos diciendo al hilo de las reflexiones de Grossi, la mayor contribución del derecho canónico a occidente no es tanto en relación con las instituciones, sino sobre todo con la configuración de una típica y determinada mentalidad jurídica, caracterizada por la concreción, la elasticidad de la regla, su atención por lo particular y a las circunstancias singulares y, en último lugar –pero no en importancia–, la valorización plena del juez en el centro del ordenamiento como conocedor excelente de las vicisitudes particulares del caso. Con razón Grossi califica el derecho canónico como «une delle sollecitazioni più incisive nella storia della cultura e delle tecniche giuridiche in Occidente»⁴².

De esta específica mentalidad jurídica de la canonística, que entiende el derecho canónico como instrumento en vistas de la *salus animarum*, surge una actitud de natural desconfianza hacia el puro orden lógico o construcción sistemática. La mentalidad empírica del canonista, que privilegia lo particular, presta una exquisita atención al problema de las circunstancias; y, en cuanto al método, frente a los límites del derecho entendido como lógica y orden puros, concibe la norma con un alto grado de elasticidad que toca al intérprete valorar.

5. LA RENOVACIÓN METODOLÓGICA DEL DERECHO CANÓNICO

Paso finalmente al último bloque de contenido en el que he agrupado los artículos que restan: «Storicità del diritto» y «Fioritura canonistica». En ambas contribuciones late una crítica de fondo al planteamiento exasperadamente exegético de la canonística curial del Código de 1917. Frente a este ambiente de clara decadencia de la ciencia canónica surgió, a partir de los años 30 sobre todo en Italia (pero también en Austria y Alemania), una corriente

⁴² En concordancia con lo que también escribía Carl Schmitt: «una della più grandi prestazioni giuridiche dell'intera storia delle idee dell'umanità»: cfr. *ibid.* 232-238 y el comentario al respecto de Fantappiè en pp. xxxviii-xxxix y xli.

intelectual que refundó el derecho canónico en el plano científico. Además de Vincezo Del Giudice, Orio Giacchi, Pio Fedele y Pietro Agostino D'Avack, nombres como los de Francesco Ruffini, Santi Romano o Capograssi son de obligada referencia.

En 1932 Del Giudice, tomando la iniciativa a una serie de autores, demandaba la exigencia de una renovación metodológica. La premisa era la misma para todos: para la edificación de una verdadera ciencia del derecho canónico se debe abandonar el estadio expositivo, exegético, para dar paso a una fase constructiva que Giacchi denominó «construcción sistemática». Sin embargo los itinerarios propuestos para llegar a este fin fueron diversos. Giacchi propugnaba el uso de los principios generales de la ciencia jurídica moderna, de su dogmática jurídica; Fedele era de la opinión que se debía abandonar la lógica de la ciencia jurídica civil para entroncar directamente con la tradición canónica, posición que más tarde llevaría al extremo. D'Avack hace una propuesta más equilibrada, admitiendo el recurso a la dogmática laica con el uso de una adecuada epistemología, que precisa de una continua verificación por parte del canonista.

Este florecimiento canonístico, por utilizar los términos de Grossi, puso de relieve el valor de la labor interpretativa en el sentido más alto del término, esto es, en cuanto que mediadora entre el texto normativo y la sociedad en su concreta vivencia histórica. La consideración del derecho como historia viviente –y no proyectado desde el exterior–, como expresión de la vitalidad de la sociedad misma, impide la odiosa percepción –tan habitual en nuestra época– del derecho como sistema de control y coerción social y como realidad ligada inescindiblemente al poder.

Grossi identifica en la actualidad una profunda crisis del Estado –como consecuencia del carácter general, abstracto y rígido de la ley– ante el rápido cambio social, económico –piénsese por ejemplo en la vitalidad y globalidad del derecho bursátil y mercantil–, político y técnico, que hace preguntarse sobre la adecuación actual de la figura «código», surgida en un contexto histórico y social tan distinto del nuestro. El reto de Grossi no se queda solo en el ámbito civil, sino que se proyecta también a la sociedad eclesial: hace una llamada al canonista a comprender a fondo las motivaciones que llevaron a la codificación canónica, a constatar las consecuencias positivas y negativas de esta opción, y a ofrecer al actual legislador los resultados de una investigación seria que permita establecer las bases de la evolución futura del ordenamiento canónico.

6. REFLEXIONES FINALES

Los escritos canónicos de Grossi recogidos en este volumen permiten apreciar el agudo sentido histórico del autor y la riqueza de sus planteamientos⁴³. Grossi desarrolla un discurso erudito en permanente conexión con la realidad de la que trata, el derecho de la Iglesia católica. Y pienso que no es un mérito menor a los anteriores la profunda comprensión eclesiológica que rezuma a lo largo de los textos.

Pienso que se podrían sintetizar en tres, los elementos constantes que sostienen el pensamiento del autor a lo largo de los diversos artículos: el derecho –y no solo el canónico– entendido, ante todo, como experiencia jurídica (aspecto tomado del filósofo del derecho Giuseppe Capograssi) y ordenamiento social, en contraposición con la concepción normativista y monista de lo jurídico; la firme convicción de que el derecho está constituido *hominum causa* (y en el caso del derecho canónico para el fin último de la salvación de las almas), de donde se deducen las características de instrumentalidad y flexibilidad, donde la figura del intérprete debe jugar un papel de primera categoría frente al excesivo peso de la labor meramente exegética; el poderoso influjo que la Ilustración, la Revolución francesa y el positivismo jurídico ejercen todavía en la mentalidad jurídica actual.

Sobre estas bases, Grossi despliega su rica comprensión de la naturaleza del derecho y de su función en la ordenación de las realidades sociales. Critica de modo fulminante la concepción estatalista del derecho, surgida tras la Revolución francesa y posteriormente perfilada por el pensamiento ilustrado. Sus presupuestos metodológicos le llevan a estudiar el fenómeno jurídico como «experiencia jurídica», es decir, una realidad anclada en la vida cotidiana de cada individuo y de cada sociedad; una realidad, por tanto, repleta de una intrínseca historicidad.

El autor hace una llamada a superar la mentalidad estatalista-legalista del derecho, que reconozca la pluralidad de fuentes en la determinación del ordenamiento jurídico. Para ello gusta dirigir su mirada a la experiencia jurídica medieval, como paradigma de un derecho sabio, de un derecho común, donde tenían cabida las múltiples comunidades intermedias –cada una de ellas con sus ordenamientos jurídicos peculiares– que conformaban el conjunto de la

⁴³ Resulta de interés el perfil histórico-jurídico del pensamiento del autor trazado por Rafael García Pérez en el estudio introductorio a la recopilación y traducción de diversos trabajos de Paolo Grossi en *De la codificación a la globalización del derecho*, Cizur Menor (Navarra) 2010, 13-52.

sociedad. En la sociedad medieval, marcada por el pluralismo jurídico, la figura del intérprete del derecho tenía una función esencial, de mediador entre la norma –escrita o no escrita– y la situación particular y concreta a la que debía dar solución con su ciencia. Un juez-intérprete, por tanto, que no era un mero exégeta de la norma, sino configurador también del mismo ordenamiento jurídico que aplicaba.

En orden a rescatar esta mentalidad jurídica del *ius commune* para la sociedad actual, Grossi ve como instrumentos privilegiados la experiencia jurídica del *common law* anglosajón y del derecho canónico. Resulta admirable, y digna de imitación, la lección impartida a estudiantes de la Università di Urbino recogida en este volumen con el título de «Diritto canonico e cultura giuridica»⁴⁴. En ella proponía a los estudiantes universitarios realizar un lavado interior, para desprenderse de los prejuicios que el laicismo moderno ha lanzado hacia todo lo relacionado con lo sagrado. Y de este modo, libres de esa carga ideológica, descubrir los valores metodológicos del derecho canónico en un mundo global como el de hoy⁴⁵.

Pero las anotaciones críticas de Grossi se dirigen también hacia el derecho canónico. Y ahí es donde encuentran todo su sentido las consideraciones –siguiendo, desde luego, a toda una abundante reflexión anterior– sobre los riesgos de la codificación en el ordenamiento canónico. En este punto traigo a consideración la rotunda alabanza del espíritu del derecho canónico realizada por Francesco Ruffini –agnóstico y de tendencias sustancialmente laicistas, pero erudito histórico del derecho, entre otras de sus especialidades– en un artículo escrito en 1905, cuando ya se discutía sobre el proceso de codificación comenzado en la Iglesia. Por su interés, reproduzco el texto original italiano que no ha perdido en nada su actualidad.

«Stretta fra la rigidezza medievale delle sue linee direttive e l'incalzare e il premere dei tempi sempre mutabili e delle genti più diverse che mai ordinamento umano abbia in sé raccolte, essa [la Chiesa Romana] ha saputo fin qui uscirne in un modo in cui si è addimostrata tutta la virtuosità del versatile spirito romano. Noi saremmo anche disposti a parlare addirittura alla romana di virtù, perché è stato certo un grande esperimento di abilità e di forza (...) La Curia Romana ha portato ad un'eccellenza insuperabile l'arte di dire e di non

⁴⁴ Lección que se inscribe en el seno de un ciclo titulado «Itinerari culturali del diritto canonico nel Novecento».

⁴⁵ *Scritti canonistici*, 240-242.

dire, di proibire insieme e di concedere, di badare a tutti e di dissimulare *temporum ratione habita* [tenuto conto dei singoli momenti in cui l'azione viene concepita od attuata]. Che capolavoro di adattabilità pratica non è l'istituto delle dispense, una creazione tutta quanta ecclesiastica che consente alla Chiesa di tener ferma la legge unica di fronte al cozzo dei casi diametralmente opposti, di lasciar scritta la legge arcaica mentre la disciplina vigente la contradice in tutto. E che portento di diplomazia giuridica quel più moderno accorgimento del *tolerari posse* [cioè la tolleranza di un illecito per evitare un illecito maggiore], che è venuto anch'esso assumendo, poco alla volta, consistenza di vero istituto di diritto canonico e che ha permesso che la Chiesa potesse ad un tempo scomunicare come invasori dei suoi beni i sovrani del Piemonte e sciogliere i soldati che militarono in quell'impresa (...)»⁴⁶.

A la vista de tal elogio, se comprende la respuesta negativa que Ruffini daba a la pregunta claramente retórica que planteaba, de si realmente la codificación podía constituir, para un ordenamiento jurídico como el de la Iglesia, el medio idóneo para disciplinar la plasticidad natural e irrenunciable de la norma jurídica canónica. Ciertamente, la Iglesia acabó realizando la codificación; eso sí, una codificación del todo particular, pero que no eliminó de modo absoluto las implicaciones ideológicas, culturales y jurídicas subyacentes al instrumento del código.

Con este discurso no apunto, ni mucho menos, al abandono del sistema de la codificación para volver al sistema de las decretales o andar a la búsqueda de un nuevo paradigma legislativo. Pero no dejo de mirar con cierta aprehensión –como ha hecho también parte de la doctrina canónica– a las perplejidades y dudas –y no solo desde el punto de vista exquisitamente técnico– suscitadas por recientes manifestaciones normativas: me refiero sobre todo a las «Normas especiales» sobre los casos de abusos sexuales y a los procesos penales especiales en relación con los *delicta graviora*, en lo que se refiere a los principios de presunción de inocencia y a la tutela de la buena fama de los acusados⁴⁷.

⁴⁶ F. RUFFINI, *La codificazione del diritto ecclesiastico, Scritti giuridici minori*, v. 1, Milano 1936, 94. La cita la trae a colación el mismo Grossi en *Scritti canonistici*, 243-244.

⁴⁷ No pretendo tratar aquí de este argumento, que excede totalmente al propósito de esta nota bibliográfica. Simplemente dejo anotados algunos artículos donde se manifiestan las perplejidades suscitadas por estas normas: D. CITO, *Las normas sobre los 'delicta graviora'*, *Ius Canonicum* 50 (2010) 647 y 657; M. GOŁĄB, *Facultades especiales para la dimisión del estado clerical (Congregación para el Clero de 30 de enero de 2009). Análisis y comentario, ibid.*, 677-682; G. NÚÑEZ, *Procesos penales especiales. Los 'delicta graviora'*, *ibid.*, 53 (2013) 595-615.

En estos momentos de cierta efervescencia legislativa –en los que se está preparando la reforma de las normas penales del Código⁴⁸, de la Constitución apostólica «Pastor bonus», y poco después de que el papa Francisco acabe de nombrar una comisión para estudiar una reforma del proceso matrimonial canónico⁴⁹–, pienso que adquiere toda su vigencia la necesidad de suscitar una mentalidad crítica por parte de la canonística, en sintonía con el venero más exquisito de nuestra milenaria tradición jurídica. En este sentido, tengo la convicción de que los sugerentes planteamientos y propuestas de Grossi estimulan al canonista a una reflexión creativa sobre la naturaleza que debe tener el derecho canónico actual –en su método, opciones normativas y aplicación/interpretación–, de modo que siga siendo el instrumento verdaderamente adecuado ante los desafíos que se presentan en nuestros días a la vida de la Iglesia.

⁴⁸ Reforma que de momento parece varada en dique seco después de los informes elaborados por las facultades de derecho canónico e instituciones afines por requerimiento del Consejo Pontificio para los Textos Legislativos.

⁴⁹ *Vid.* boletín informativo del «Vatican Information Service» de 22 de septiembre de 2014.