

El canonista: una mirada *in utroque iure*

Durante los siete primeros siglos de nuestra era no se producen obras exclusivamente canónicas pues tanto los Padres de la Iglesia, como otros autores eclesiásticos, se dedican más al aspecto moral que al jurídico. Ciertamente no faltaron quienes, versados en derecho romano, incursionaran en el campo jurídico como lo fueron Tertuliano, Cipriano, Arnobio, Lactancio, entre otros. Esta excepción se debió principalmente a que este conocimiento era requerido para el ejercicio de la *episcopalis audientia*. De especial importancia es, sin duda, la labor jurídica desarrollada por el Obispo de Sevilla, San Isidoro, dada su notoria influencia en las obras eclesiásticas medievales al introducir en sus comentarios el derecho romano tomado de las fuentes directas.

El derecho canónico había provisto a la Iglesia no sólo su estructura administrativa y también su organización judicial, las reglas de competencia y la fundamentación jurídica de sus disposiciones.

En los últimos siglos del imperio hasta el tiempo de las Decretales de Gregorio IX esta actitud se observó en toda su extensión; y es recién a partir de los siglos IX y X cuando se comienza a evidenciar un resurgir en el cultivo de este derecho.

El cultivo de ambos derechos, como se sabe, se inicia podríamos decir a partir de la segunda mitad del siglo XI en donde las colecciones canónicas vuelven a recepcionar los textos romanos para fundar sus disposiciones; como se evidencia en la *Collectio Britannica*, la *Excerpta Bobiensi*, la *Lex Romana Canonice compta*, el *Decretum Ivonis Carnutensis*, la *Caesaraugustana* y en particular en el *Decretum Gratiani* divulgado. Lucio III enunciará el principio de compatibilidad entre ambos derechos (X.5,32,1) llegándose a admitir con Honorio III al derecho secular como subsidiario del canónico (X.5,33,28). Ciertamente ambos se enriquecieron mutuamente como lo demuestra el adagio según el cual el *legista sine canonibus parum valet, canonista sine legibus nihil*.

Pero es a partir de la Escuela de Bolonia que comienzan las trataciones traspolando categorías de uno a otro derecho.

Sin embargo esta forma de analizar la cuestión jurídicamente comienza justamente en Roma, en donde la Iglesia hunde sus raíces más profundas hasta que logra estructurar su ordenamiento jurídico y su administración judicial.

Roma desde sus inicios también vio íntimamente vinculados ambos derechos al testimoniar su vinculación fundacional con los dioses, en donde basaba su sistema jurídico-religioso. Esta circunstancia nos ha enseñado que desde los albores de la civilización occidental se han venido generando diversas relaciones que debían ser atendidas por la autoridad teniendo en cuenta tanto el derecho sacro como el derecho secular; como lo reconociera Marcos Fabio Quintiliano cuando afirmaba que *genera sunt tria sacri, publici, privati iuris*. Tal era la importancia del vínculo con la divinidad, que incluso sin desatender a sus propias divinidades le tributaban culto a los extranjeros con el fin de lograr conservar la tan preciada *pax deorum* no sólo para evitar su ira, y su consecuente indisposición con la *Urbs*, sino para obtener su favores en tiempos de paz y de guerra. Es ésta la razón, como lo testimonia Aulio Gelio, que poseyeran un hogar público que las vírgenes vestales debían custodiar en la ciudad cumpliendo los ritos *pro populo romano quirilibus, uti quae optima lege fuit*.

Siempre, claro está, que antes hubieran sido públicamente admitidos por el Colegio de los Pontífices. Esto era indispensable ya que al ser la ciudad un lugar dedicado a la religión necesariamente no podía existir ningún acto público sin dar la pertinente intervención a los dioses. Este *ius sacrum*, que era parte del derecho público y estaba regulado enteramente por la autoridad pública, se lo denominaba *fas* porque era la ley divina; en contraposición a *lex* cuya denominación estaba reservada a la ley humana. Ambas nociones, *fas* e *ius*, se encuentran íntimamente ligadas en el período regio; puesto que el primero se referirá a todo lo relativo a la religión mientras que el segundo a las cuestiones concernientes a los hombres. Van a ser los Pontífices quienes en la Roma primitiva comienzan a distinguir entre un *ius divinum* y un *ius humanum*. El primero se referirá a las relaciones de los hombres con los dioses y el segundo a las relaciones de aquéllos entre sí.

El derecho civil permaneció confundido durante mucho tiempo con el derecho sacro según lo narra el historiador romano Valerio Máximo en su obra dedicada al emperador Tiberio, *Factorum et dictorum memorabilium*.

De allí que Cicerón refiera cuando al citar las palabras de Publio Scevola afirmaba: *pontificem bonum neminem esse, nisi qui ius civile cognosset*. Esto, por otra parte, denota que recién desde la época republicana, comenzaron a estar separados el derecho sacro del profano y el dominio de ambos fue desapareciendo o al menos no atrajo la atención de los juristas quienes habrían dejado ya de cultivar alguno de ellos.

Al punto, era la importancia de ese vínculo entre ciudad y dioses que incluso a finales del período republicano se los vuelve a evocar como lo patentiza Cicerón en el discurso que

realiza ante el Colegio de los Pontífices cuando regresando del exilio expresa: «Entre las muchas instituciones que los dioses, oh pontífices!, han inspirado a nuestros antepasados, no hay una más bella que su voluntad de confiar a los hombres mismos tanto los cultos de los dioses inmortales como a los supremos intereses de la República, para que los más notables e ilustres ciudadanos aseguren con su buen gobierno la conservación de los cultos y con una sabia interpretación de la religión, la prosperidad de la República» (*De domo sua*, 1).

Esta doble vertiente que se experimentó en las diversas fases de la vida de Roma, resurgen en el medievo cuando se vuelve a cultivar este derecho, llamado *novus*, generando también entre los autores el tratamiento de las cuestiones en ambos derechos. Así se produce la fusión de ambos dando nacimiento al derecho común, del cual son tributarios los derechos nacionales modernos.

El derecho romano *novus* al que aludimos no era el vigente en la época de Justiniano sino la ciencia, o mejor dicho, la suma de principios que le valió el calificativo medieval de *ratio scripta*. Esta nueva etapa que comienza se extenderá hasta la primera mitad del siglo XIII. Y podríamos afirmar que es fruto de la labor desarrollada en la Escuela de Bolonia, por los glosadores de la talla de Irnerio, Búlgaro, Martino, Jacobo, Hugo, Placentino, Juan Bassio, Azón, Acursio, entre otros; quienes a pesar de haber desatendido la historia del derecho y haberse limitado a recabar el contenido de las simples leyes, pusieron a la luz el tesoro de la ciencia del derecho civil.

En aquella ciudad y en ese contexto histórico es donde debemos situar la obra de Graciano para analizar el estado de las fuentes con el objeto de valorar los diversos institutos que trataremos en nuestra investigación. Fundamentalmente porque los juristas, laicos o clérigos, reflexionaron sobre el derecho basándose en la *Concordia discordantium canonum* del *magister decretorum*.

Posteriormente, desde la segunda mitad del siglo XIII y hasta el siglo XV, los comentaristas o postglosadores revisten también gran importancia en este proceso porque a pesar de partir del derecho de los romanos no se limitaron a él exclusivamente. Esta circunstancia produjo que sus comentarios representaran la fusión de varios elementos de este derecho con el canónico y con los estatutos de las ciudades italianas. Es a consecuencia de este hecho que se ha llegado a sostener que Bártolo de Saxoferrato y Baldo de Ubaldis creaban así un derecho nuevo, el que respondiendo a las exigencias de la vida medieval se fundaba en disposiciones romanas y en las interpretaciones de las glosas. Ya no se evidencia como antes una sumisión incondicionada al texto sino que se intenta captar el

espíritu de la norma, siendo éste ahora el punto de llegada de la actividad del jurista, como lo afirmaba el propio Cino de Pistoia, cuando hablaba de desentrañar la *ratio legis*.

Luego será esta fusión de ambos derechos la que se convertirá en derecho común. Y como dice Calasso, «la época del derecho común se inicia desde el momento en que aquella idea fundamental de unidad a la cual se aludió, penetró en el mundo jurídico, creando las bases de una antítesis conceptual entre *ius commune* e *ius proprium*».

El derecho común no fue sólo el derecho romano sino el conjunto comprensivo del romano y del canónico como el ideal de que es un *unum ius* basado en que el *utrumque ius* era el sistema normativo de la *utraque vita*; propio de la concepción de un orbe romano-cristiano, como ordenamiento jurídico universal. Ciertamente, como dice Calasso¹, la indisolubilidad de las dos concepciones: *unum imperium, unus ius* se evidencia en el pensamiento del gran canonista del siglo XII, Huguccio de Pisa, cuando habla del derecho romano, justamente refiere: «Hoc iure qui subsunt imperio astringuntur. Sed quid de Francis et Anglicis, et aliis ultramontanis, numquid ligantur legibus romani? [Responde]: Utique quia subesse debent romano imperio, nam unus imperator in orbe»². Y es por eso que la ciencia moderna debe rendir tributo por su merecido aporte.

En la República Argentina, la ausencia actual de reflexión mirando ambos derechos se debe fundamentalmente a que fueron desapareciendo, desde finales del siglo XIX, las respectivas cátedras en el ámbito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Y recién con la creación de la Universidad del Salvador por los padres jesuitas y de la Pontificia Universidad Católica Argentina «Santa María de los Buenos Aires» por iniciativa de la Conferencia Episcopal Argentina, se vuelve a cultivar el derecho canónico a través del derecho público eclesiástico; aunque ya no como disciplina autónoma ni de postgrado.

Es recién con la creación de la Facultad de Derecho Canónico «Santo Toribio de Mogrovejo» en el ámbito de la Pontificia Universidad Católica Argentina, que la Argentina cuenta actualmente con canonistas egresados con dicho título pontificio; lo que posibilita hallar una reflexión *in utroque iure*, como ocurría en el medievo. En este marco, y no sólo debido a la canonización de la ley civil (*canonizatio legum civilium*) que prevé el actual canon 22 del CIC, sino también a las partes involucradas que exige el valor justicia un reenvío a la legislación eclesiástica, adquiere relevancia la reflexión en ámbito canónico del

¹ *Introduzione al Diritto Comune*, Milano 1951, 106.

² HUGUCCIO, *ad Decretum*. c. 12 *Dist. I* en F. CALASSO, *Introduzione al Diritto Comune*, Milano 1951, 103.

derecho argentino. Además porque la ley argentina se muestra insuficiente para resolver la cuestión.

Así existen un sinnúmero de cuestiones que no pueden resolverse acertadamente al requerir que lo sea desde esta doble óptica, lo que pretendemos encarar en el Instituto proyectado. Fundamentalmente porque el Cuerpo del Estado Nacional carece de especialistas en la materia, a pesar de la ubicación que posee la Iglesia Católica Apostólica Romana en el ordenamiento jurídico argentino, como da cuenta la propia Constitución Nacional.

En cuestiones múltiples se encuentran entrelazados ambos derechos, y a manera de ejemplo, los arts. 2345 y ccdtes. del Código Civil Argentino y la ley argentina 24.483 de Institutos de Vida Consagrada.

Dr. Miguel M. F. Repetto