

DR 29 533

Únicamente permanecía en la vigencia que alcanzara como elemento de la legislación visigótica integrada, como se sabe, por preceptos heredados del derecho romano vulgar. Pero es a partir del siglo XI y concretamente en la Universidad de Bolonia donde se redescubre el derecho justiniano, derecho romano justiniano, es decir, el conservado gracias a la labor recopiladora llevada a cabo en tiempos de Justiniano, quien como cabeza del imperio de oriente trasladó las doctrinas y los textos jurídicos elaborados en su día por el derecho romano clásico para el imperio occidente. Por otra parte, pero al mismo tiempo, las fuentes canónicas altomedievales estaban siendo objeto de comentarios, recopilaciones y nuevas redacciones a partir del decreto de Graciano que proporcionaron en una acción conjunta y de simbiosis el complemento de los estudios jurídicos.

Ambas disciplinas, el derecho romano y el derecho canónico, se estudiaban empleando los mismos métodos e idénticas formas literarias dentro de la propia Escuela de Bolonia, de manera que los especialistas de la una eran perfectos conocedores de la otra. Por su parte, el derecho feudal lombardo y el derecho mercantil mediterráneo fueron agregando materiales jurídicos, tanto público como privados, para la elaboración de los textos en los que se vierte el nuevo derecho que tenderá a imponerse precisamente por su superioridad técnica. La circunstancia de que el derecho feudal fuera ajeno a la tradición romanista no impidió que los juristas le prestaran atención, habida cuenta de que las relaciones feudales que aquel derecho regulaba constituían el entramado de la estructura social europea.

Por último, se completa el cuadro de los elementos formativos del derecho común con las fuentes del derecho mercantil marítimo de la época, que si bien muestra desde sus orígenes un considerable grado de autonomía como ordenamiento, fue incluido también como integrante de los nuevos ordenamientos europeos inspirados en el derecho común. ¿Nos podría explicar cómo se difunde el derecho común? El factor de difusión más importante del derecho común fueron los estudios generales y las universidades europeas, donde desde el siglo XI, a través de la labor integrada de glosadores y canonistas y comentaristas, comenzó a acuñarse una nueva teoría del derecho. Así pues, fue en las grandes universidades europeas del momento, fundamentalmente las italianas y las francesas, Bolonia, Montpellier, Salerno, París, Piacenza, Orleans, etcétera, donde se constituyó el epicentro de los estudios jurídicos y donde se gestó el movimiento intelectual que atrajo a un número importante de estudiantes de toda Europa, que una vez finalizados sus estudios regresarían en su mayoría para ocupar las cátedras de las universidades o los altos cargos del funcionariado real en sus países de origen y que, por su parte, realizarían en cualquier caso una labor divulgadora del derecho común desde el desempeño de sus funciones como conocedores de nuevas técnicas jurídicas.

Aparece así el derecho común como el arquetipo de derecho de juristas, elaborado por ellos y sólo conocido por ellos y dominado. Paralelamente, en la escena política y como consecuencia de las mismas necesidades de transformación que impelían a la sociedad europea, a finales de

la Alta Edad Media, a superar el fragmentarismo feudal, tenía lugar la formación del Estado moderno, sistema de gobierno que buscaba la concentración de poderes en torno a la institución monárquica. En el contexto marcado por estas dos realidades descritas, derecho común y Estado moderno, se hará evidente la contradicción que supone la existencia de un pensamiento jurídico basado en el derecho común como derecho del imperio, al lado de unas monarquías en fase de reafirmación de los nacionalismos.

Contradicción de la que nacerá una larga polémica entre el derecho común y el derecho real, y que sólo se resolverá cuando, en cada reino, el derecho romano canónico cumpla, para el poder político de los reyes, la misma función fortalecedora que había supuesto para el poder imperial. Por otra parte, a pesar de la influencia creciente del derecho elaborado en las universidades, los derechos autóctonos altomedievales de corte local subsistían de algún modo, y la necesaria integración de los tres tipos de derecho, común, real y autóctono, exigió la aparición de sistemas normativos que especificaran el orden en el que había de aplicarse cada uno de ellos, dando contenido a lo que llamamos orden de prelación de fuentes. Acaba de contarnos cómo se difunde el derecho común por Europa, pero ¿cómo fue la recepción del derecho común en España? El fenómeno de la recepción del derecho común afectó rápida e intensamente a los reinos hispánicos desde el siglo XII, en que aparecen las primeras manifestaciones en Cataluña, y además presentó algunas características específicas.

La primera, una situación diversificada y no homogénea a cargo de grados de permeabilidad diferentes en cada uno de los reinos, aunque en realidad en ninguno de ellos, y esto sí podría constituir un factor común, fuera recibido de manera abierta y directa, sino más bien como derecho supletorio. La segunda es que la aceptación fue en un principio claramente impulsada por los reyes, que vieron con buenos ojos todo lo que procedía de la misma batería conceptual y teórica que justificaba el aumento de poder en sus manos, es decir, del derecho romano, aunque posteriormente lo rechazaran frontalmente en la medida que también significaba el recorte de sus competencias legislativas. Una actitud recelosa ante un derecho común que servía de apoyo a las tesis del emperador caracterizó a los reyes hispánicos, que habían mantenido siempre celosamente su independencia respecto del Sacro Imperio Germánico.

Los reyes hispanos oscilaron en sus decisiones respecto al nuevo derecho. Por un lado fomentaron su estudio universitario, se rodearon de juristas en su corte e invocaron textos de derecho romano para justificar su creciente poder, pero por otra parte defendieron la vigencia preferente de las normas de derecho real frente al culto e impopular derecho de los juristas. La tercera característica fue la inoperancia que ya a finales de la Alta Edad Media presentaban los derechos locales, que una vez fijados por escrito, habían perdido gran parte de la que su casuística ofrecía en origen y que les había hecho en su día particularmente útiles.

Además, otra característica sería la existencia en la península de precedentes que hasta cierto punto facilitaron el resultado final de la recepción, como era la vigencia localizada y reducida pero tangible del *liber iudiciorum*. El nuevo derecho fue mejor entendido y en los enclaves donde el *liber*, que era una obra romanizada, rigió. Una última característica que debe

mencionarse es el rechazo al derecho común por parte de la sociedad, que lo veía como un derecho de especialistas escrito en latín y cuyo conocimiento no estaba al alcance de todo el mundo.

Entonces, ¿cómo fue la aceptación del derecho común como derecho supletorio en los distintos reinos hispánicos? La recepción del derecho romano canónico significó, en todos los casos, la lucha entre un derecho nuevo y un derecho tradicional y tanto la rapidez como la intensificación de la aceptación del derecho de los juristas estuvo condicionada por el distinto grado de arraigo, homogeneidad y calidad de los diferentes derechos tradicionales. La penetración del derecho romano canónico en cada reino no se redujo a un enfrentamiento entre derecho viejo y derecho nuevo, sino que hubo de buscar el encaje, un tercer elemento ya anteriormente mencionado, el derecho real. Así puede observarse como los tres tipos de derecho, el común, el real y el consuetudinario, luchan en cada reino por conseguir vigencia preferente.

En Castilla se prohíbe reiteradamente para la resolución de pleitos la autorización de textos que no sean los nacionales y sólo en un momento tardío, a mediados del siglo XIV, en el ordenamiento de Alcalá, Alfonso XI fija un orden de prelación de fuentes en el que el derecho común, como inspirador de las partidas, es admitido como derecho supletorio al que se recurrirá sólo en el caso de que resulten insuficientes el derecho real y el derecho local. El texto mencionado del ordenamiento de Alcalá dice así y los pleitos y contiendas que no se pudieran librar por las leyes de este reino y por los dichos fueros mandamos que se libren por las leyes contenidas en los libros de las siete partidas que el rey don Alfonso nuestro bisabuelo mandó ordenar, como quiera que hasta aquí no fuesen publicadas por mandato del rey ni fueron habidas ni recibidas por leyes. En Cataluña el panorama fue distinto, ya que Cataluña constituyó el país hispánico donde más rápida e intensa fue la admisión del derecho común siendo anterior o contemporánea a los estudios boloneses y ello fue debido entre otras cosas a una mayor proximidad geográfica de los centros neurálgicos de irradiación del derecho común.

No obstante en el siglo XIII en las Cortes de Barcelona de 1251 fue prohibida la legación a textos del derecho común como queda reflejado en el siguiente fragmento de las Cortes de Barcelona. Asimismo establecemos que las leyes romanas o góticas, los decretos o las decretales no sean recibidas, admitidas, alegadas o se juzgue por ellas en las causas seculares y que ningún legista se atreva a abogar en el foro secular a no ser que en causa propia y en tal causa no se aleguen las leyes y derechos usodichos sino que en todas las causas seculares se hagan las alegaciones según los usadges de Barcelona y según las constituciones aprobadas de aquel lugar donde la causa se tramite y en defecto de éstas se proceda según el sentido natural. No obstante a pesar de tanta jante prohibición dos siglos más tarde el derecho común era admitido como derecho supletorio en Cataluña.

En el Reino de Aragón donde destaca la calidad del derecho autóctono se supo mantener un difícil equilibrio entre el nuevo derecho que no fue ignorado ni totalmente rechazado sino que más bien fue admitido de forma sosegada y no brusca contribuyendo más a completar el viejo

derecho que a sustituirlo. A pesar de las prohibiciones establecidas el derecho común se propagó a través de las decisiones judiciales y de la doctrina jurídica y aunque no hubo allí en Aragón normas que se remitieran de forma expresa al derecho común o que reconocieran su vigencia este penetró por vías indirectas. En el Reino de Valencia se dio una situación diferente pues ya en el siglo XIII es recibido y aceptado el derecho común como se dicen las costumbres de Valencia que es el código más romanizado de la península.

Fue allí la propia legislación real la que difundió los criterios del derecho común. En Navarra no hubo una fácil penetración ni tampoco importante hasta épocas muy tardías. Las características de su derecho encajan muy bien con la resistencia a admitir un ordenamiento jurídico extraño a su tradición así pues no hubo allí una recepción global del derecho común aunque hubiera influencias y los textos romanos no fueron desconocidos.

El orden de prelación de fuentes estableció que sólo en casos de laguna se recurriera al derecho común habiendo sido agotada la posibilidad en el derecho real y en el derecho local. En Mallorca a finales del siglo XIII se establece un orden de prelación de fuentes que da prioridad a la costumbre como fuente del derecho y que como derecho supletorio admite la posibilidad de recurrir al derecho común con preferencia de los preceptos canónicos respecto a los preceptos civiles o románicos como se deduce del siguiente texto de las ordenaciones de Mallorca. Por cuanto el derecho municipal hasta hoy estudiado no ha proveído a todos los casos ni es posible porque son más los negocios que las palabras establecemos y ordenamos que primeramente todo lo que se encuentre dispuesto por las franquezas privilegios pragmáticas ordenaciones estilos buenos usos de este reino sea observado como derecho pero en el caso en que no se encuentre disposición de derecho municipal se ha observado el derecho canónico y en defecto de disposición del derecho canónico se observa el derecho común civil a través de estos textos que el alumno puede utilizar como apoyo a estos comentarios generales es perceptible que con ser la recepción un fenómeno común a toda Europa que surge como necesidad de una realidad nueva que se refleja del alta edad media que se aleja del alta edad media no por eso fue aceptado sin dificultades concretamente en las tierras ibéricas el poder legislativo prohibió insistentemente la utilización su utilización aunque la reiteración de tales prohibiciones lo que muestra claramente es la inutilidad de las mismas pues con esta visión general de lo que es el el derecho común como se ha difundido por Europa y la recepción del derecho también común en España y su aceptación en los diferentes reinos hispánicos damos por finalizado este tema pero antes de despedirnos seguramente como este es el último programa de revista de derecho que dedicamos a los alumnos de primer curso supongo que esperarán algún comentario o alguna orientación referente a las próximas pruebas presenciales que nos podría comentar profesora Regina Pérez bueno pues en realidad hay pocas variaciones respecto a la primera prueba personal va a consistir el segundo examen igualmente en dos preguntas teóricas reflejadas exactamente en el programa y además de una pregunta práctica una tercera pregunta práctica que puede ser bien en forma de comentario de texto o bien en forma de caso práctico en cualquiera de los dos casos se trata de que el alumno de rienda suelta a las ideas que ha aprendido en la teoría es exactamente esto lo que

se trata de medir la capacidad de relación y la capacidad de mover las ideas que tenga un alumno y que puede afrontar perfectamente con una buena preparación teórica bueno pues con este último consejo para los exámenes nos despedimos de la profesora Regina Pérez Marcos gracias por su intervención esta noche esto es la programación radiofónica de la universidad nacional de educación a distancia que los viernes dedica parte de su tiempo a los temas de la carrera jurídica en el espacio revista de derecho la última parte del programa se va a centrar en analizar el constitucionalismo histórico español y en primer lugar lo harán la profesora titular de derecho político doña yolanda gómez sánchez y don antonio torres del moral catedrático de derecho constitucional de la uned la profesora gómez explicará la constitución vigente de 1978 buenas noches profesora yolanda gómez buenas noches antes de iniciar el tema de esta noche el derecho constitucional histórico y vigente español me gustaría que hiciera algunas reflexiones sobre los próximos exámenes ya que este es el último programa de revista de derecho la estructura del examen ha variado respecto al del mes de febrero pues no ha cambiado respecto de las pruebas que se hicieron en el mes de febrero pero si hay que hacer alguna consideración general sobre todo porque efectivamente es la última emisión que vamos a tener este curso en el programa de derecho político uno que del que yo me responsabilizo para este año se hace constar que los exámenes versarán sobre una prueba objetiva una prueba de test con 20 preguntas que se le formulan al alumno y cuatro respuestas posibles de las que solamente una es correcta y las otras tres son distractores y la segunda parte se dice en ese programa puede versar o bien es con una sobre una prueba de desarrollo que el alumno puede elegir entre dos que le vamos a proponer o si no dice insisto ese programa una prueba de desarrollo y un caso práctico para que el alumno también elija uno de ellos bien simplemente lo que quería decir ahora a todos los alumnos que nos puedan escuchar es que para el mes de junio no va a salir caso práctico por lo tanto van a encontrar que la segunda parte del examen constará de dos temas teóricos dos temas de desarrollo exactamente igual formulados quiero decir naturalmente como los que han salido en el mes de febrero y que no vamos a poner un caso práctico y quiero hacerlo constar y insistir un poco en ello porque en alguna convivencia lo hemos dicho y hemos además he hablado con algún profesor tutor en un sentido en principio contrario es decir que estábamos inclinados a poner en el mes de junio por razón de la materia que se evalúa en esta prueba pues haber puesto un caso práctico sin embargo pues hemos meditado un poco más sobre el asunto y seguramente que es conveniente mantener el mismo sistema de examen que hemos tenido en febrero mantenerlo ahora para la prueba de junio y en su caso por lo tanto en septiembre es decir en septiembre no se cambiará tampoco y saldrán también temas teóricos y el año próximo pues en fin tomaremos contacto con los representantes de alumnos y con los representantes los profesores tutores y meditaríamos un poco más sobre el particular así que insisto de nuevo saldrán dos temas teóricos y el alumno podrá elegir uno de ellos como segunda parte del examen en cuanto a la materia que es objeto de evaluación pues ya la conocen los alumnos y figuran en el programa son del tema 18 al 32 teniendo en cuenta que del 18 al 24 lo pueden preparar a través del segundo volumen de unidades didácticas de varios autores y los temas 25 a 32 los pueden preparar por la tercera unidad didáctica de la que yo misma soy autora y se llama también derecho político 1 temas 25 a 32.

Perdona que le haga esta pregunta a profesora Yolanda Gómez pero ya sabe que los alumnos a la hora de hacer los exámenes se plantean si hay unos temas que sean más interesantes que otros y que tengan que estudiarlo más o no. ¿En su programa existe esto o todos los temas por supuesto son importantes? Bueno pues yo voy a contestar como debo y entonces todos los temas son exactamente igual de importantes pero como seguramente es verdad que los alumnos están esperando que en esta última emisión digamos algo al respecto pues tampoco los vamos a defraudar y lo diremos. Yo creo que pueden que deben estudiar toda la materia porque todavía es interesante y sobre todo porque tienen que tener en cuenta que este primer curso de derecho político 1 les sirve fundamentalmente para prepararse mejor para el estudio pormenorizado que van a tener que hacer el año próximo de la constitución española vigente en derecho político 2. Por lo tanto todo lo que ahora puedan aprender les va a ser de mucha utilidad para comprender el constitucionalismo español vigente y nuestro texto fundamental actual.

En ese sentido creo por lo tanto que todo tiene mucha importancia. Ahora bien como yo mantengo un sistema de examen combinado es decir una prueba objetiva de test y una segunda parte que como ya hemos dicho hace un momento va a versar sobre un tema de desarrollo pues hay algunos temas que pueden preparar más para pregunta de test que para pregunta de desarrollo es decir el tema 24 que se dedica a la oposición política y los tres temas que dedicamos a la historia constitucional española esos cuatro temas serán objeto de evaluación mediante preguntas de test y no mediante preguntas de desarrollo. Quede bien entendido que como no va a salir tema de desarrollo de esos cuatro temas van a salir con toda seguridad varias preguntas de test por lo tanto ningún alumno deberá de cometer no sé si es decir el error digamos pero que no debe olvidar el estudio de estos cuatro temas porque va a encontrar no una ni dos preguntas en el test sobre ellos sino varias pueden ser cinco o pueden ser seis o pueden ser más pero desde luego es sencillamente que optamos por evaluar estos temas mediante prueba objetiva pero no que vamos a dejar de evaluarlos.

Entonces el resto de los temas incidiendo por supuesto mucho en las lecciones dedicadas a la constitución española vigente para mí son de principalísimo interés. Pues muy bien vamos a pasar entonces a uno de los temas que que entran dentro de su programa que es el derecho constitucional español histórico y vigente. Para hablar de lo que es una panorámica de la historia del constitucionalismo español tenemos al catedrático del derecho constitucional de la UNED don Antonio Torres del Moral.

Buenas noches profesor. Buenas noches. ¿Nos puede entonces comentar o hacer una panorámica de esta historia del constitucionalismo español? Sí, sí con suma brevedad porque parece que no tenemos mucho tiempo pero es interesante asomarse a la historia del constitucionalismo español y por eso es por lo que se estudia en el programa de primer curso porque en la historia encontramos muchas veces la clave de los problemas de la actualidad.

Decía Cicerón que la historia es maestra de la vida y así en ese sentido debemos tomarla porque para aprender de ella y no para ejercicio de masoquismo porque se dice y con razón

que la historia constitucional española es poco confortable. Hay muchos textos, demasiado, muy inestable y es verdad pero también es verdad que otros países como Francia no presentan una historia mucho más ejemplar que la nuestra y sin embargo pues no ejercen ese masoquismo que entre nosotros es tan frecuente. En efecto la historia constitucional española es inestable pero debemos distinguir entre inestabilidad constitucional e inestabilidad política.

Es inestable la historia constitucional porque hay muchas constituciones. Las constituciones apenas tienen vigencia y la política siempre iba por cauces extraconstitucionales pero sin embargo debajo de tanto texto constitucional diferente entre sí más no tanto latía casi siempre una misma política de por lo menos un mismo régimen político de base que era el régimen liberal doctrinario de tal manera que por debajo como digo de textos progresistas y moderados mal llamados moderados como son los del 37 45 etcétera el régimen político difería poco las bases económicas eran aproximadamente las mismas la cultura política y social eran las mismas y en definitiva el abanico de opciones políticas de moderados y progresistas distaban muy poco entre sí. Por lo tanto podemos hablar de una bastante acusada estabilidad del régimen político a pesar de que haya habido algunos pronunciamientos y alguna revolución y abdicaciones y restauraciones y por lo tanto esa historia constitucional lo que nos muestra es una falta de arraigo del constitucionalismo en España en la constitución no terminó de entrar como cultura política el constitucionalismo digo y eso porque puede decirse que pervivió el antiguo régimen durante demasiado tiempo a través del siglo 19 con algunos o algunas idas y venidas demasiado frecuente incluso en el siglo 20 el régimen de franco vamente significa un regreso en algún punto hacia el antiguo régimen un cierto medievalismo y eso en primer lugar en segundo lugar es que motivado en la falta de arraigo de esa constitución pues había una carencia se da una carencia de vigor y de valor normativo de las constituciones en España que no pasaban de ser leyes del mismo rango que las ordinarias que las podía modificar las cortes con el rey que era el poder constituyente y el poder legislativo al mismo tiempo pero eso no sería lo grave porque lo mismo ocurre en Inglaterra son eran constituciones flexibles sin embargo en Inglaterra el constitucionalismo ha arraigado más en España es que además de todo eso faltaba una cultura política y una clase social suficientemente solvente y consolidada una burguesía liberal para hacerse cargo de esa nueva cultura política y protagonizarla de tal manera que más que eso y más que una administración consolidada y más que un estado arraigado podemos hablar que España estaba desvertebrada y su única vertebración real era el caciquismo incluso exagerando un poco la nota puede decir que en España durante el 19 no había estado o había un estado muy muy languideciente para hacernos una idea aproximada de la situación podemos echar una mirada a la actual situación de Iberoamérica pues una cosa así en la que no hay estado ni administración estable sino más bien grupos caciques familias no había partidos políticos que pudieran vertebrar al país había más bien partidas o banderías personalistas que partidos políticos cohesionados y todo eso le daba a la situación política española durante todo el siglo 19 pues un sesgo de provisionalidad