

DR 29 264

Vamos a finalizar la revista de Derecho de hoy, con un tema de Historia del Derecho Español, la recepción del derecho común en los distintos reinos y su incidencia en los textos legales. Para hablar sobre ello, contamos con la presencia del profesor de la Asignatura, don Francisco Rodríguez. La primera pregunta para introducirnos ya en materia sería, ¿qué es el derecho común, profesor Rodríguez? Bien, nosotros entendemos por sistema jurídico de la recepción del derecho común, el que se desarrolla en los distintos territorios hispanos desde los siglos XII o XIII hasta fines del XVIII y comienzos del XIX.

Dadas sus características, no es posible fijarle unos límites cronológicos más precisos. Ningún acontecimiento político marca su comienzo. Es un factor cultural de difusión paulatina y desigual para los distintos territorios el que determina la aparición de este nuevo sistema jurídico, la recepción del llamado derecho común.

Entendemos por derecho común, o se llama así, el entrecruce de una... fundamentalmente del derecho romano justiniano y el derecho canónico, como también con elementos de derecho federal. Son tres elementos que no se funden entre sí, pero sí se entrecruzan, se estudian con la misma técnica, se estudian conjuntamente, son objeto de comparaciones e influencias mutuas. Es este, el derecho común, su génesis, su formación, uno de los hitos principales dentro de la historia jurídica europea.

Marca el momento que podemos llamar del renacimiento jurídico, paralelo al renacimiento cultural y que se produce también con su inicio en Italia, siglos XI al XV se desarrolla, también en las universales francesas y en España empieza a incidir a partir del siglo XIII fundamentalmente. Son muchos los factores que contribuyen a la formación de este derecho común, dentro del económico por ejemplo, el desarrollo de las ciudades exige una nueva forma jurídica, también las hay de carácter cultural fundamentalmente, y se concreta en la construcción de un derecho que tiene unas aspiraciones de validez universal, que se presenta como el modelo de derecho, como la *ratio juris*, supone la creación de una ciencia, una auténtica ciencia del derecho y una escuela dotada de fecundos métodos de investigación y de enseñanza. El punto de partida es, de un lado, el derecho justiniano, la obra de Justiniano, digesto, código, instituta y novelas, pero esencialmente el digesto y el código, que van a ser objeto de estudio en las universidades, objeto de resúmenes, hay gran número de libros derivados de lo que terminó por llamarse el *Corpus Juris Civilis*.

Lo que se llama el *Corpus Juris Civilis* no es exactamente la obra de Justiniano, sino como ésta queda estructurada y con algunos elementos añadidos en este periodo del derecho. El llamado *Corpus Juris Civilis* consta de varios libros en los primeros, en los primeros se recoge el digesto, no en el mismo digesto, sino en el orden que se fue descubriendo éste en Italia. Los nueve primeros libros del código de Justiniano integran el cuarto volumen y el quinto y último se integra con los otros tres últimos libros del códex, que tenían mucho menos interés por la materia de que trataban, la instituta, las novelas y algunos elementos de derecho propiamente

medieval.

De esta obra se derivan un gran número de libros, los códigos, excepciones, etcétera, que el alumno deberá consultar en su manual y sobre ella trabajan los glosarios y comentaristas. El elemento canónico no cuenta en rigor con una obra histórica en el momento en que empieza a producirse este renacimiento jurídico y tiene una obra fundamental, el llamado Decreto de Graciano, que no es un decreto, su verdadero título es Concordia discordante canonum, es decir, concordia entre cánones discordantes, y luego las decretales de Gregorio IX, que también con adiciones sucesivas llegará a formar el Corpus Juris Canonici, que estaría vigente hasta 1917. Todo esto, la obra de las universidades, etcétera, es lo que va a crear, lo que va a ser, eso que llamamos derecho común y es lo que, a partir del XIII, aunque en el siglo XII ya hay algunas avanzadillas, por ejemplo, en el Fuero de Cuenca, se notan ciertas influencias ya de este derecho común, va a entrar en los siglos XIII y en formas distintas, con un sentido más retrasado, en otros más adelantado, con retrasos provocados a veces por el enfrentamiento con el derecho real y por vías muy distintas.

Nosotros queremos ver aquí el tema de hoy fundamental, es ver, por un lado, cómo, en qué medida, influye el derecho común en la legislación de los distintos territorios, por qué vías penetra, aparte de la legislación, obra de los juristas, sentencias judiciales, y también el otro aspecto, el de las frecuentes prohibiciones de su aplicación directa, porque algo quiero que quede claro desde ese momento, una cuestión es que el derecho común influya, y lo hace en enorme medida, en algunos textos legales, las partidas, Costumbre Tortosa, el Código General de Valencia, y otra cosa es que se permita su aplicación directa, que el derecho común sea una fuente del derecho. En ese sentido, su aplicación directa sería en muchas ocasiones prohibida, aunque en algún caso se admitiera como derecho supletorio. Ello se debe a la que ya he llamado, hemos llamado, la polémica entre el derecho real y el derecho común.

¿En qué consiste esta polémica entre el derecho real y el derecho común? El derecho común, la aplicación del derecho común, considerarlo como fuente del derecho, de aplicación directa, suponía un problema básico para los soberanos, los monarcas de los distintos territorios. El derecho común, por sus propias características, venía, en cierta medida podía apoyar las pretensiones de los emperadores alemanes de ser considerados como dominios y como dueños de todo el mundo. El nacionalismo de los distintos reinos hispanos, el celo de los reyes por su propio poder soberano, hacen que el derecho común sea con frecuencia prohibido, insisto, en su aplicación directa.

No se prohíbe ni se trata de evitar que influya en la legislación. Por otra parte, hay una tendencia más marcada, quizá en la corona de Castilla, a que la única fuente del derecho, la única fuente que puede crear derecho sea el rey, que no haya más legislación que la real. Incluso, como veremos más adelante, en el ordenamiento de Alcalá, por ejemplo, desaparece también, como fuente del derecho, la costumbre.

Esta polémica, este enfrentamiento entre el derecho real y el derecho común se manifestará de

distintas formas, según los territorios, y nosotros vamos a tratar de ver paralelamente, territorio por territorio, estos dos temas que hemos enunciado. Uno, ¿por qué vías penetra el derecho común? ¿Por qué vías influye el derecho común en ese territorio? ¿En qué textos legales ha tenido una influencia decisiva? Y otra, ¿en qué medidas se aplicó directamente? ¿En qué medidas se usó como derecho supletorio? ¿Y en qué circunstancias y cómo fue prohibido? Comenzando por Castilla, evidentemente en los textos la influencia directa, la influencia del derecho común es enorme. A través, en primer lugar, de la propia legislación de los reyes.

En las partidas podemos encontrar que han sido usadas como fuentes textos como las decretales, el decretum, los nombres de numerosos canonistas tienen una influencia importante, hay también una influencia del Corpo Juriscivilis, bien probablemente a través de otra serie de textos, por ejemplo, Locodi, hay influencias de Azo, Placentino, Rogerio, en fin, sería inútil o sería quizá excesivo el citar todas las influencias del derecho común que hay en las partidas, aunque indudablemente no es sólo el derecho común el que inspira las partidas. El otro problema, tanto cuestión la de la polémica concretamente en Castilla, entre el derecho real y el derecho común, sí plantea más problemas. Ya en el fuero real 165, Alfonso X dice, y si alguno adujere libros de otras leyes en juicio para razonar o para juzgar, por él peche 500 sueldos al rey.

Se trata ya de una primera prohibición de cualquier otra norma que no emane del rey. No, quizá aquí no se está pensando solamente en el derecho común, pero sí se está pensando en que, en definitiva, el rey es el único que, o la tendencia es a que el rey sea el único capaz de dar ley. El ordenamiento de Alcalá de 1348, al establecer el orden de predación de fuentes y el orden en que se deben aplicar las distintas normas, se establece, como ustedes saben, que en primer lugar se aplicará el propio ordenamiento, lo que luego habrá que interpretar en el sentido de que, en primer lugar, se aplican los ordenamientos de cortes y las pragmáticas reales.

En segundo lugar, los fueros municipales, con una serie de restricciones, en tanto, en cuanto se pruebe su vigencia y no vayan contra la ley, la religión, etcétera. En tercer lugar, las partidas. Y, si no se encuentra en ninguno de estos hechos, se encuentra norma aplicable, la solución es, ya la hicieron también los reyes visigodos, consulta al rey.

Dice así, en 28.1, el ordenamiento de Alcalá. Y si alguna contrariedad apareciera en las leyes sobre dichas, entre sí mismas, o en los fueros, o en cualquiera de ellos, o alguna duda fuese hallada en ellos, o algún hecho que por ello no se pueda librar, que no seamos requeridos sobre ellos, porque hagamos interpretación, o declaración, o enmienda, donde entendiéramos que cumple, y hagamos ley nueva, la que viéramos que cumple sobre ello. Fíjense que aquí, lo que está diciendo Sosón Suánz es, en primer lugar, que en casos de duda, en casos de contradicción entre distintos textos, la interpretación, la solución, es regia.

Hay que consultar al rey. Pero que, sobre todo, en caso de laguna del derecho, en caso de que no haya una norma especialmente aplicable a ese caso concreto, será el rey el que, dictando

una nueva ley, solucionará el problema. Añade, porque, insisto en esto, no hay un enfrentamiento con el derecho común por sí mismo, sino por lo que pueda significar de apoyo a pretensiones extrañas, se admite, y lo deja bien claro en el mismo texto, el estudio del derecho común.

Pero, bien queremos y sufrimos que los libros de los derechos, que los aves antiguos hicieron, que se lean en los estudios generales de nuestro señorío, es decir, que se estudien en las universidades. La fuerza del derecho común era grande. Las presiones para su aplicación también.

No hay que olvidar que la mayor parte de los jueces y juristas se formaban en universidades italianas y francesas, que había una, por lo tanto, una preparación esencialmente en el derecho común. Eso llevará a una pragmática de Juan II en el año 1427, en el que ya sí se permite alegar directamente en juicio a algunos autores. La forma en que está redactada la pragmática negativa prohibiendo alegaciones, no impide, sin embargo, que paralelamente se admita a algunos.

Dice esta pragmática de Juan II, que las partes, ni sus letrados o abogados, ni otros algunos, no sean osados de alegar en los pleitos o causas o cuestiones, opinión ni determinación ni decisión, ni otro dicho, ni autoridad, ni losa, de cualquier doctor ni doctores, ni otro alguno, así legistas como canonistas, de los que han seguido hasta aquí, después de Juan Andrés y Bártolo, ni otros y de los que fueran de aquí en adelante, ni los cuales la reciban, etcétera, etcétera. O sea que aquí se está prohibiendo alegar legistas, es decir, romanistas y canonistas, y se dice, los que han sido después de Juan Andrés y Bártolo, hasta aquí, y los que vienen de aquí en adelante. Se ha interpretado, en algún caso, este texto como un texto que permitía solamente la alegación de Juan Andrés y Bártolo.

Parece más lógica, está más dentro del tenor literal del texto, admitir otra interpretación. Se pueden alegar cualquier legista o cualquier canonista anterior o contemporáneo de Juan Andrés y Bártolo. Esto es lo que provocaría, evidentemente, gran número de problemas a la hora de interpretar este texto.

Quiénes podrían ser alegados, quienes quedaban excluidos, lo que provoca que en 1499 los Reyes Católicos den una nueva disposición en la cual solamente se permite ya la alegación de cuatro, exclusivamente cuatro invitados, Juan Andrés, Bártolo y Bártolo. Todavía seguirá esta presión, esta aplicación de derecho común, incluso pese a las prohibiciones, y llegaremos a 1505 Leyes de Toro. En la Ley de Toro se vuelve al orden de predación establecido en el ordenamiento de Alcalá.

En caso de la una legal, consulta al Rey qué resolverá. Y se alude, justamente, a esta ordenanza de Madrid del año 99, 1499, donde se permitía la alegación de los cuatro autores de derecho común que hemos citado, precisamente para derogarla. Y por cuanto hicimos en la Villa de Madrid el año que pasó de 99, ciertas leyes y ordenanzas, y entre ellas hicimos una ley que habla acerca de las opiniones de Bártolo y Baldo, y de Juan Andrés y de la VAT, ¿cuál de ellas se

debe seguir en duda a falta de ley? Y ¿por qué ahora somos informados de que lo que hicimos para estorbar la prolijidad y muchedumbre de opiniones de los doctores ha traído mayor daño e inconveniente? Por ende, por la presente, revocamos, hecizamos y anulamos, en cuanto a esto, todo lo contenido en dicha ley y ordenanza.

Fíjense que, en el mismo texto de la relación, lo que hicimos, dicen los Reyes, para evitar la prolijidad, la multitud de citas, permitir la alegación de cuatro, viene en cierto modo a atrullar la interpretación que dábamos de la gramática de Juan II, que no eran solamente Juan Andrés y Bártolo, sino que eran más, puesto que si no no tendría sentido, al tratar de limitar, poner cuatro en vez de dos. En Navarra, la recepción del derecho común que ha sido negada por algunos autores, se produce por dos líneas principales. Una, a través de la obra de los juristas, tanto canonistas como legistas, y de modo especial gracias al tribunal de corte de Navarra, que desde el siglo XIII contó entre sus miembros con juristas procedentes de universidades francesas e italianas.

Pero también en su aplicación directa como derecho supletorio. En 1413, Carlos II de Navarra, dispone que en caso de laguna del derecho, hay que acudir antes a la interpretación regia que al derecho común, lo que indica ya que se venía aplicando este derecho común como derecho supletorio. Pero en 1576, una ley dada en Cortes, admite ya claramente el uso del derecho común como derecho supletorio.

Y lo que es más importante, en ella se dice, en la petición, que era lo que se venía haciendo tradicionalmente. En las Cortes de Pamplona, del año 1576, hay una súplica, que presentan las Cortes, iten, suplicamos a vuestra majestad, que en cuanto a decidir y sentenciar las causas y los pleitos, a falta de fueros y leyes de este reino, se juzgue por el derecho común, como siempre se ha acostumbrado. Y la decisión real, decreto, visto el sobredicho capítulo, por contemplación de los dichos tres estados, ordenamos y mandamos que se haga como el reino lo que.

Esa aplicación del derecho común como supletorio, en Navarra, y dadas las características del propio derecho navarro, será una vía de penetración bastante importante, insisto, junto a la labor de los juristas, para esta recepción del derecho común. En Aragón, no tiene realmente una influencia directa sobre los textos ilegales, fuera de Aragón, el código de Huesca, con las adiciones posteriores, como tampoco lo tiene en realidad Navarra, pero sí, influye en alguna medida en la sistemática de algunos de esos textos, y sobre todo, va a influir por la vía de los juristas. En el orden de prelación de fuentes, establecido en Aragón, donde tampoco se admite la alegación directa del derecho común, se dice que, como último derecho supletorio, último grado, hay que acudir al natural incensum bella equitatem recurraturum, en el que se recurra al sentido natural y a la equidad.

Ahora bien, ese sentido natural, esa equidad, qué es? Y con frecuencia se interpreta como tal, se hace una equivalencia al derecho común. Hemos dicho que el derecho común se presenta como un derecho modelo, como la ratio juris. Es evidente, pues, que con frecuencia se acuda y

se sustituye a esa razón, ese sentido natural, esa equidad, por normas del derecho común.

Tiene, además, una importancia enorme en la recepción del derecho común en Aragón, la obra de los juristas. Concretamente, o sobre todo, perfila esto en las llamadas observancias. Observancias, lo que se observa, son recogidas en muchas colecciones, eso lo puede decir a uno con más detenimiento su manual, pero lo importante es que estas observancias son, básicamente, interpretaciones de las normas de los fueros de Aragón, del derecho tradicional aragones, evidentemente, a la luz del derecho común.

Se interpretan con los parámetros, con los criterios propios del derecho común. Es un intento de conectar, de armonizar estas normas del derecho tradicional aragones con el derecho común. En Cataluña, aparte de que hay una influencia directa en varios textos, y hay un texto profundamente romanizado, una fuerte influencia del derecho común, que son las costums de Tortosa, en cuanto a su influencia, encontramos de nuevo la prohibición, o la suplicación, quiero decir, directa.

Jaime I prohíbe la alegación del derecho común. En 1943, en 1951, influye, sigue influyendo por la obra de los juristas, sigue influyendo en sentencias, en obras de carácter doctrinal, hay esta presión para su aplicación, y en 1909, Martín el Humano lo admitirá, junto con la equidad y buena razón, como derecho supletorio, pero sin establecer una jerarquía entre la equidad y buena razón, y el derecho común. Y dentro del derecho común, sin establecer tampoco jerarquía entre el canónico y el signo.

Es en 1599, cuando Felipe III establecerá este orden de empleación. Primero, derecho local, luego derecho territorial, tercero, derecho canónico, cuarto, derecho civil. Esto es el romano justiniano de los autores y comentaristas.

Ha admitido, por tanto, su aplicación, su aplicación como derecho supletorio, y unido esto a lo que tantas veces hemos dicho en la labor de jueces y juristas, el derecho catalán también sufrirá una fuerte romanización, habrá una rejección muy amplia y bastante profunda. Ya queda poco. Para terminar, Valencia y, o alguna alusión a Baleares.

En lo que se refiere a Valencia, también Jaime I prohíbe la alegación del derecho común. Y en los foros de Valencia, en el prólogo de los foros de Valencia, se prohíbe que se aplique cualquier otra costumbre, en cualquier lugar, de cualquier tipo, en el reino de Valencia, y se dice que solamente se ha de juzgar por los foros, o los fores, que allí hay materia suficiente, soluciones para todos los asuntos, pero que, en el caso de que no lo hubiera, se acuda al natural sentido y a la equidad. Esa norma y esa prohibición también de aplicar el derecho común, es reiterada por Pedro II en 1283, por Pedro IV en 1358, etcétera.

Sin embargo, la... vamos, sucede lo mismo que hemos visto sucedido en otros reinos. Equidad y buena razón se hace equivaler a derecho común. Se establece una curiosa cuestión, equidad y buena razón igual a derecho común.

Y por tanto, éste se sigue aplicando y penetra por Estado. Aparte de ello, hay una fortísima influencia del derecho común en el texto básico de Valencia, primero Código Local de Valencia, luego Derecho Territorial, el llamado Código de Jaime I de Valencia, Código de Valencia de Jaime I, mejor, o Fori de Valencia y o Furs de Valencia. En ellos, la influencia, no solamente en la sistemática, sino también de contenido del derecho común es bastante fuerte.

Finalmente, en Baleares aparece el derecho común también como supletorio de último grado. Prevalece el carónico sobre el romano, en caso de conflicto. Ahora bien, aquí en Baleares, dado que su derecho propio era muy incompleto, tenía muchísimas lagunas, esto propicia una fuerte influencia, una introducción muy amplia del derecho común, aunque sea en esa función de derecho supletorio.

Terminamos con esto en el tema que nos corresponde hoy. Quiero solamente, como resumen, indicarle que lo fundamental del problema que hemos planteado aquí es ver cómo ha entrado el derecho común, que el hecho de que haya una polémica, de un enfrentamiento entre el derecho real y el derecho común, no quiere decir que este no tenga influencia, tiene una influencia muy fuerte en ocasiones, y que conviene que se distinga claramente cómo, en qué medida, por qué vías y de qué manera ha influido en cada uno de los territorios de la Península Española. ...de hoy viernes 11 de marzo.

Volveremos la próxima semana para comentar y analizar los diferentes temas correspondientes a las materias de quinto curso. Antes de finalizar, os recuerdo de nuevo que dentro de unos minutos, a las 11 de la noche, en el espacio del curso de acceso directo, nuestro compañero Arturo Fernández moderará un coloquio sobre el derecho en los países socialistas. Con la participación del Categrático de Derecho Romano de la UNED, Manuel García Garrido, y el profesor de Derecho Romano en la Universidad de Budapest, Gabor Hansa.

Feliz fin de semana a todos, y os dejamos ya con nuestra compañera Isabel Quiñones y el informativo semanal.