

LAS PARTIDAS Y EL ORDENAMIENTO DE ALCALÁ EN EL CAMBIO DEL ORDENAMIENTO MEDIEVAL

SUMARIO: I. LOS ESTUDIOS SOBRE LAS PARTIDAS: 1. Las posibles causas de la ausencia de estudios sobre las Partidas.—2. Vicisitudes de la aplicación de las Partidas: a) Las traducciones de las Partidas y su posible significación. b) La pretensión del Ordenamiento de Alcalá. c) La labor condicionadora de los juristas del Nuevo Derecho. d) La pérdida de protagonismo historiográfico de las Partidas. e) Un posible camino a seguir —II. EL ORDEN DE PRELACIÓN DEL ORDENAMIENTO DE ALCALÁ: Nuestro propósito. Los componentes de la prelación del Ordenamiento de Alcalá.—1. El sistema jurídico altomedieval y su evolución: A. El Derecho especial complementario. a) La evolución de los fueros municipales. b) El Fuero Juzgo y su posibilidad como nuevo ordenamiento. c) El Fuero Real codificación del Derecho altomedieval. d) La aplicación del Fuero Real.—B. La aparición de la legislación real a) Las Partidas. a') Carácter y ordenación de las Partidas.—2. El sistema jurídico bajomedieval: A. El Ordenamiento de Alcalá y su orden de prelación. a) Los propósitos de Alfonso XI. b) La aplicación del Fuero Real y de los fueros municipales c) La aplicación de las leyes. d) El poder de hacer fueros y leyes. e) El poder de interpretar las leyes y los fueros. f) La aplicación de las Partidas. g) La enmienda y concierto de las Partidas. h) La aplicación del Derecho en algunas comarcas. i) El Derecho señorial y sus fuentes.—3. La continuación del sistema jurídico bajomedieval: a) La aplicación de Ord. Alcalá 28, 1. A. El orden de prelación de L. Toro 1. a) Las leyes de ordenamientos y pragmáticas. b) Aplicación de los fueros. c) La aplicación de las Partidas. d) El derecho del rey de legislar e interpretar las leyes y los fueros. e) La alegación de la opinión de los doctores y las «leyes de citas» B. Los textos aplicados después de las Leyes de Toro. C. Significado y trascendencia de L. Toro 1

I. LOS ESTUDIOS SOBRE LAS PARTIDAS

1. Hace algunos años, en 1952, García Gallo manifestó la sorpresa de que las Partidas, el cuerpo legal más famoso de nuestro pasado, fuera uno de los menos estudiados y de los que peor se conoce su propia historia. La explicación de esto, según García Gallo, se encuentra, quizá, aparte de la escasez de noticias, en el menosprecio de la legislación y la sobrevaloración del llamado Derecho vivido que predominó entre los historiadores del Derecho por la influencia de la Sociología¹.

Sí, pero amén de la influencia de la Sociología, sabido es que el Historicismo, que se complace en aquellas realidades menos aparentes y canónicas, siempre se mostró también contrario a las leyes, que son obra del legislador, y declaró su preferencia por la costumbre, que se consideraba fruto y fiel reflejo del ideal jurídico del espíritu popular². Influyó sin duda la seducción de la Socio-

1. A. GARCÍA GALLO, «El Libro de las Leyes de Alfonso el Sabio», en *AHDE* 21-22 (1951-1952) 345 ss.

2. No sé si estoy en lo cierto, pero tengo para mí que el papel del pueblo es siempre pasivo. A pesar de que el pueblo raramente interviene en la legislación, pues la ley es obra del legislador y el pueblo es mero destinatario, sí interviene en Roma en las leyes comiciales. *La Ley*, se nos dice, *es precepto votado por el pueblo a propuesta de un magistrado*, por lo cual se denomina *rogata lex*. Es, pues, un acto de imperio del magistrado al que el pueblo consiente expresamente. *La costumbre*, se nos ha transmitido también, *es consentimiento tácito del pueblo inveterado por un largo uso*, pero no se nos dejó dicho, ni nos lo explican los romanistas, que yo sepa, de dónde procede la propuesta a la que el pueblo tácitamente consiente. Desde mucho tiempo ha, estimo que el pueblo consiente en la propuesta de los *consejos* emanados de los que *saben*, que después pasarán a ser *responsa* de los *prudentes* que ya no necesitarán ser «consentidos» por el pueblo, lo que hará que la costumbre desaparezca identificada con la *Jurisprudencia*. Así, pues, el pueblo consiente en una propuesta de *imperium (lex)* o consiente en una propuesta de *auctoritas* (costumbre); pero siempre se limita a consentir, ya sea expresa, ya sea tácitamente.

Savigny decía que el Derecho es producto del pueblo y la Ley es producto del legislador, de la *potestas*, y lo que deseaba era volver a un Derecho elaborado por los juristas, por los que saben, por los que tienen *auctoritas*, y no por los gobernantes, por los poderosos. Me parece mejor, claro está, que sea así, aunque mi que sea así entraña la duda de que Savigny tendiera una especie de velo dialéctico para hacer prosperar su tentativa de que el Derecho fuera elaborado por los que saben, por la *auctoritas*, y no por los políticos, por la

logía y el regusto por lo popular, sí, pero más pesó, a nuestro parecer, el no haber sentido España un romanticismo jurídico que tras el gran acierto de haber descubierto y reivindicado la dimensión histórica del Derecho ³, y aun mostrando preferencia por las manifestaciones populares y por la costumbre, que se creía obra del pueblo, al calor del renacimiento filológico, llevó también a los hombres de la Escuela Histórica a grandes logros en el estudio y edición de fuentes, incluso de las legislativas.

No hemos tenido Racionalismo contra el que reaccionar por habernos librado de él el manto protector del celoso estamento eclesiástico, y, por ello, nos hemos quedado sin la gran fecundidad

potestas, pues estimo que Savigny sabía que el pueblo no hace, y menos de una manera inconsciente, obedeciendo a extraños impulsos, y fiel al ideal jurídico de su espíritu, sino que actúa por insinuación de un prudente o por imposición de un poderoso; pero el pueblo tiene más libertad para consentir en la propuesta de *auctoritas*, mientras que el *imperium*, especialmente el del legislador moderno, lo fuerza.

Allá en el fondo me parece ver también que si *lex* y *consuetudo* son ambas consentimiento del pueblo, y difieren sólo en el origen —*potestas* o *auctoritas*— de la propuesta, no vale totalmente, a mi parecer, la explicación que se viene dando de la prohibición romana de la costumbre contra ley, pues es la misma voluntad de todo el pueblo la que consiente, a no ser que se trate de costumbres locales. Solamente me aclararía un poco el pensar que quizá no se trataba de hacer prevalecer la voluntad de todo el *populus* sino de que prevaleciera la voluntad del *populus* «constitucionalmente» manifestada en los «constitucionales» comicios. ¿Problema, pues, de formalidad y garantía «constitucionales», que hace prevalecer lo hecho en los comicios? Se nos podría decir, sin embargo, que, en Roma, la costumbre aparece precisamente después de la «muerte» de la *Jurisprudencia*. De acuerdo. Pero sucede que, al morir la *Jurisprudencia*, la costumbre cubre un tanto su hueco. Aparecería la costumbre para llenar lagunas, pero también para dar forma a supuestos legislativos que no son acordes con el sentir popular. Es la costumbre contra *lex*, la cual es ahora la voluntad del Príncipe. Se prohibiría la tal costumbre porque va contra la voluntad del Príncipe y, por tanto, va contra la *auctoritas* y la *potestas*, que concurren ahora en él por haber asumido la *maiestas*.

3 Se descubrió la historicidad del Derecho y, así, nació la Historia del Derecho. La labor historiográfica anterior suelo denominarla, en consecuencia, Prehistoriografía jurídica. Claro está que antes se sabía que el Derecho cambiaba, pero no se sabía de su historicidad, que fue descubierta por la Escuela histórica; no se sabía que el Derecho lleva en su esencia la historicidad. En España, los más parecen seguir sin enterarse, a pesar del *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* de WIEACKER, traducido al castellano en su primera versión. (Göttingen 1952) (trad. F. Fernández Jamargo [Madrid 1957]). La segunda versión, en dos tomos (Göttingen 1967).

del romanticismo jurídico encarnado por la Escuela Histórica, sospechosa también por negar el Derecho natural, que quizá era sólo el racionalista. Portugal, por ejemplo, ha tenido una importante manifestación de Racionalismo, a la que correspondió una reacción de corte romántico, que le permitió emular la realización de unos *Monumenta* históricos.

Tampoco habíamos sentido, porque apenas trascendió a España, aquella tentativa de considerar el pensamiento jurídico desde el punto de vista histórico, protagonizada por la Escuela culta del siglo XVI. Sólo se puede hablar *ad pompam* de Escuela salmantina; tan es así que no hubo necesidad de que fuera sofocada por el iusnaturalismo racionalista, como ocurrió en otros lugares.

No hemos salido, en definitiva, de un bartolismo ramplón, pues la dimensión histórica de la actividad recopiladora no pasó de ser simple preocupación de lograr conocer si las leyes y costumbres estaban o no vigentes; Prehistoria jurídica, pues, como toda la labor historiográfica anterior al descubrimiento de la historicidad del Derecho y consiguiente nacimiento de la Historia del Derecho. Y este bartolismo, además, fue operado principalmente por filósofo-teólogos, cuya formación es dogmática y no precisamente jurídica ni histórica. Un teólogo no puede ser jurista ni puede tener sensibilidad histórica por su formación teológica, pues el Derecho es en gran medida transacción, la cual no puede admitir la Teología, y la Teología es además ajena a la Historia, pues su objeto no tiene historia.

Es la nuestra, pues, toda una ejecutoria de espaldas al Derecho —al Derecho realidad histórica, para mí—, que se deja sentir y que pesa como una losa. En fin, que sólo hemos hecho Prehistoria jurídica, y no hemos llegado a hacer y seguimos, quizá, sin hacer Historia del Derecho por no haber vivido el descubrimiento de la historicidad del Derecho operado por la Escuela Histórica y, por consiguiente, no haber sentido preocupación por la historicidad del Derecho, que supone que éste lleva en su esencia la historicidad y, por lo tanto, que el Derecho ya es en sí mismo Historia. Y esto, unido al carácter único y concreto, que es esencial para lo histórico, produce convicción y evidencia, y hace que la Historia del Derecho no aparezca como un mero complemento de la

Historia General o de la Sociología, sino al revés; a partir de la Historia del Derecho, la Historia adquiere su evidencia concreta. Pero no hemos tenido juristas con esta preocupación.

Así, por consiguiente, todo este conjunto de factores y circunstancias que venimos comentando puede ser la causa de la situación de los estudios de Historia del Derecho español y del estado de la edición de sus fuentes, pues, a la postre, no se necesitaban textos depurados para la labor recopiladora ni para hacer especulaciones sociológicas. Mas lo preocupante es que seguimos sin tener juristas conscientes de la historicidad del Derecho. Tenemos personas que hacen, o creen hacer, Historia del Derecho bajo la trasnochada concepción de disciplina bifronte, compuesta —¿a partes iguales?— de Historia y de Derecho⁴, sin haberse

4 Un ejemplo señero es A. GARCÍA GALLO, *Manual de Historia del Derecho español* (Madrid 1964) Dice al comenzar la Metodología (II p. XXVII) «El método de la Historia del Derecho resulta de combinar los métodos peculiares de la ciencia histórica y de la jurídica, de una manera propia y característica. Cuando esta combinación de métodos no se lleva a cabo con la debida ponderación, el resultado de los estudios se resiente de ello y se dice entonces que un trabajo sobre instituciones es, según el caso, “más histórico que jurídico” o viceversa». En verdad que sobran los comentarios.

¿Qué hemos de hacer si para algún otro, incluso, los Cuentos de Grimm son cuentos infantiles. Claro que este historiador del Derecho también nos dice en el prólogo de su Manual ¡haber encontrado el *sex appeal* de la Historia del Derecho! El hacedor de tal calificación, que escribió sobre la Escuela Histórica, nos inclina a suponer que no está de más decir algo sobre dichos cuentos. Antes de nada, que no son cuentos infantiles. Los hermanos Grimm se limitaron a transcribir cuentos populares que hasta entonces se transmitían oralmente, y lo hicieron porque eran hombres de la Escuela Histórica, que buscan en los cuentos el «ideal jurídico del espíritu popular» Sí, porque los cuentos populares son sentencias jurídicas en las que el pueblo manifiesta su aprobación a lo juzgado, reflejando su ideal jurídico. Por esto recogieron los cuentos y los transcribieron. Y estos cuentos, que antes se contaban en las largas tardes de invierno, después se leerían, y se procuraba que fueran leídos por los niños, oyentes antes, para educarlos en el ideal de justicia. Eran, pues, los de Grimm cuentos que también leían los niños, pero no cuentos infantiles como Blanca Nieves, Caperucita roja, Pulgarcito o Pinochio e incluso los de Andersen o Hoffmann. Calificar de cuentos infantiles a los de Grimm, por ser leídos por los niños, nos llevaría a calificar de Novela infantil al Quijote porque se leía en las escuelas (cuando las había) para enseñar a leer (cuando se enseñaba) con entonación y comprensión.

Para ver cómo se hace la Historia del Derecho español no es mal observatorio la manualística en circulación, que ha aumentado visiblemente por la masificación universitaria, para algunos, pero no según todos. Se notan mejoras,

enterado del descubrimiento de la historicidad del Derecho, de que el Derecho, repito, lleva ya en su esencia la historicidad; sin

sin duda, como el abandono ya antiguo del esquema brunneriano, con la excepción de J. Escudero, cuyo Manual es un cúmulo de anacronismos, pero no es fácil determinar corrientes dominantes. Mi opinión particular, discutibilísima, es que no existen, o que se nota una cierta influencia calassiana, de oídas, que no de leídas, manifestada en la pretensión de hacer Historia de Ordenamientos jurídicos sin haber digerido bien la idea. Esta pretensión quizá se deja vislumbrar en la periodificación, pero desaparece en la importancia que se concede a cada uno de los períodos históricos que, lógicamente, debe coincidir con Ordenamientos pasados. Así, pues, sin habérseles preguntado cuándo comienza la Historia del Derecho responden con especulaciones acerca de la vida hace 300.000 años y otras lindezas que hacen sonreír, puesto que esas etapas son prehistoria y prehistoria jurídica: porque no hay fuentes escritas y porque no hay Derecho; no hay Derecho tal como lo concebimos, y que haya podido influir en el curso posterior de su desenvolvimiento. El Derecho que nos interesa es aquel naciente de la gran conquista cultural, operada por Roma, por cierto, consistente en la separación de Derecho y Religión, realizada en la desacralización del Derecho en la Ley de las XII Tablas. Y de Roma recibimos nosotros nuestro primer Derecho, lo cual no quiere decir que fuera ya Derecho hispánico, pues hablamos de Historia de Ordenamientos que, cabalmente, es síntesis de organización y normas, y entonces no teníamos organización propia. Que cada uno saque las consecuencias, pues no me propongo tal ni analizar los posibles despropósitos de las periodificaciones que hacen, medieval y moderna principalmente. Me interesa, sí, preguntar cuándo termina la Historia del Derecho, y no para aliviar a los autores de la servidumbre de añadir las modificaciones del Código civil, Código penal y demás, sino porque la Historia del Derecho tiene un límite, del que trata Calasso en su *Medioevo del Diritto*, por lo cual ya dudo de la influencia del tan destacado italiano. Pero es claro que, si hacemos Historia del Derecho en adherencia a Ordenamientos, el Ordenamiento que estamos viviendo no cabe incluirlo en una Historia de Ordenamientos, pues éste, que denominamos contemporáneo, no ha concluido; lo estamos viviendo históricamente, pero no es todavía un Ordenamiento histórico, es presente, es patrimonio de la labor de los civilistas, penalistas y demás, que por vivirse históricamente el Derecho debe ser tratado históricamente, sí, pero no es todavía Historia por no haber finalizado el Ordenamiento. No me sorprende que se hayan mutilado drásticamente la Antigüedad y la Edad Media, porque, claro, para algunos es feudalismo nefasto, aunque sea lo que sea el feudalismo nació y vivió en la Historia y, por cierto, siguió en la Edad Moderna hasta la Revolución, pero la modernidad se respeta por un no sé qué. Mas lo que no me sorprende tampoco, aunque sea muy significativo, es la extensión que se le dedica al período contemporáneo en algunos Manuales: no quiero ni debo citar, pero algunos hay —los más— que dicho Período Constitucional, contemporáneo quería decir, ocupa la mitad, la mitad de las páginas del Manual. ¿Será que quieren hacer Derecho político? Al Derecho civil, al Derecho hay poca afición.

haberse enterado de esto y sin ser, claro está, verdaderos juristas. Tenemos, si acaso, historiadores que se preocupan de temas del Derecho del pasado, principalmente de instituciones de Derecho público. Seguían sin interesar las fuentes, y esta situación parecía que se podía agravar con los movimientos de repulsa de la Historia de Textos, mas, aunque resulte un tanto sorprendente, no ha sido totalmente así en lo que se refiere a la edición de textos, quizá por la beneficiosa ayuda de los filólogos.

2. Aún no ha mucho tiempo se pudo decir que no habíamos logrado una edición crítica de la gran mayoría de nuestras fuentes, ni siquiera de las Partidas, nuestro principal cuerpo legal desde el siglo XIV, pero, por fortuna, ya no es totalmente así. Ya no es totalmente así, hemos dicho, y no lo es afortunadamente, repetimos, porque desde hace una temporada, con una importante contribución de filólogos extranjeros (Tilander, Gorosch, Roudil, sobre todo), se deja sentir ya una cierta aportación en este campo de edición de fuentes, que pronto, según parece, nos hará tener también una edición crítica de las Partidas. Aprovecho para decir ya algo sabido, para repetir, pues, que se debe evitar con todas las fuerzas incurrir en edicionismo, a fin de no caer en el peligro que para la Historia del Derecho es el puro filologismo; en todo caso, el análisis filológico se debe cuidar que sea hecho por juristas, como han procurado los romanistas.

Pero lo cierto es que no hemos logrado todavía una edición crítica de las Partidas, nuestra más importante fuente de Derecho del pasado y continente que pudo ser, quizá, junto con la Glosa de Gregorio López, de un peculiar Derecho común hispánico. Triste y pobre, tal vez, pero posible Derecho común hispánico, que no fue empleado como tal Derecho común en Castilla y fue repudiado, por razones de nacionalismo, en Cataluña y Portugal. Sí, porque ya veremos que no fue empleado cabalmente como tal Derecho común en Castilla, y porque sigo pensando que las traducciones de las Partidas al catalán y al portugués iban dirigidas a utilizar como Derecho común, como Derecho subsidiario, aquella magnífica obra del Nuevo Derecho ⁵, tal

5. Denomino así, desde hace tiempo, a lo que suele denominarse generalmente Derecho romano justiniano, y que, si bien se mira, ya no es romano

como se intentó para Castilla en el Ordenamiento de Alcalá; esto es, que fuera aplicado como Derecho subsidiario.

a) En Portugal y Cataluña, la traducción de las Partidas se haría con el fin de que sirviera como Derecho subsidiario del Derecho portugués y del Derecho catalán, pero dichas traducciones serían rechazadas, como ya insinué, por razones de nacionalismo, que era anticastellano, lógicamente, pues las Partidas habían sido elaboradas por el rey de Castilla para Castilla, y, al ser redactadas en romance castellano, ya habían hecho castellano el Nuevo Derecho, que dejó, aún más, de ser romano, aunque siguió siendo Derecho común, pero castellano ahora.

Parece confirmar este rechazo de las Partidas por razones de nacionalismo el erudito trabajo de Braga da Cruz sobre la polémica acerca del tema de la búsqueda de un Derecho subsidiario portugués ⁶. Mas Braga da Cruz, por portugués quizá, no vio o

ni justiniano. No quiero extenderme demasiado en este punto, Calasso, por ejemplo, lo ha hecho con insistencia y acierto; yo solamente quiero recordar que el Nuevo Derecho es un Derecho nuevo, elaborado, es cierto, sobre la base del Derecho romano de la tradición romano-oriental que codificó Justiniano, pero elaborado por unas gentes con una mentalidad nueva, de los tiempos nuevos y para unas nuevas circunstancias del medievo renaciente, muy distintas de las de la antigüedad romana y cuando ya había desaparecido la Roma imperial de Occidente. No parece muy propio, tampoco, seguir hablando de Derecho romano después de la desaparición de Roma, ni apropiado parece llamar romano a aquel Derecho nuevo. Se debe pensar, aunque sólo sea, en las diferencias entre uno y otro, señaladas por CALASSO (*Medioevo del Diritto* [Milano 1954] p. 33): «La transformación no podía ser más profunda. Era un Derecho sustancialmente pagano: y el nuevo espíritu cristiano lo ha penetrado de su ética y ha hecho de él el Derecho civil del mundo cristiano; era un Derecho tendencialmente individualista, y el nuevo espíritu que surgía de la dura lucha con el mundo germánico lo abría hacia formas asociativas que eran el fruto de esta experiencia...; era un Derecho ligado a la economía latifundista y esclavista, y el nuevo espíritu mercantil y supranacional lo plegaba a ofrecer el canon de lo justo y de lo injusto a la nueva sociedad, creadora de relaciones y formas de vida jurídica libre y resueltas como su necesidad y su civilización requerían, echando así las bases del mundo moderno. El Ordenamiento jurídico que nace de esta historia es una creación de aquel espíritu nuevo, mediador entre el mundo antiguo y el nuestro; y este espíritu es el *quid* que este proceso creador configurará a nuestro ojos como *Historia de los Derechos romances*, distinta de la Historia del Derecho de los otros pueblos.»

6. G BRAGA DA CRUZ, *O Direito subsidiario na Historia do Direito português* (Coimbra 1975); IDEM., *Conferencia en la Real Academia de Jurispru-*

no quiso ver —más bien me inclino por lo primero— el problema del nacionalismo anti-Partidas, fruto del nacionalismo portugués que, lógicamente, es anticastellano, y que, incluso, sería exacerbado a partir de la secesión posterior a la unión personal de los reinos bajo Felipe II y monarcas posteriores. A este respecto, es ilustrador el acercamiento al Derecho castellano durante la unión personal⁷, acercamiento dirigido, a mi parecer, en el sentido de hacer a las Partidas Derecho subsidiario, y que se frustraría por dicho nacionalismo.

La traducción al catalán se habría hecho, según una opinión generalmente aceptada e indiscutida, para posibilitar la utilización de aquella magnífica exposición de Derecho feudal contenida en Part. 4,26 y a fin de hacer posible la pretensión del príncipe catalán de lograr una jerarquización y sumisión de la nobleza. Pero, por más que pienso, no me acaba de convencer la hipótesis de haber sido traducido aquel voluminoso texto de las Partidas sólo para la aplicación del simple título de Derecho feudal. Me parece más lógico y convincente que se hubiera traducido por verse en él una magnífica *Summa* del Nuevo Derecho, que podría ser utilizada como Derecho supletorio. Pero una reacción nacionalista la habría rechazado como en Portugal.

b) Para mí es claro que el Ordenamiento de Alcalá intentó para Castilla que las Partidas fueran aplicadas como Derecho subsidiario en defecto de las Leyes y de los Fueros, esto es, en defecto de la legislación, que ahora se reserva el rey en exclusiva, y de la costumbre municipal, nacida de la vida autonómica, y recogida en los fueros municipales. Pero esta pretensión del Ordenamiento de Alcalá no debió de ser entendida por los contemporáneos o, quizá mejor, no quiso ser seguida por los juristas. Lo confirmó después L. Toro 1, diciendo: *e agora somos informados que la dicha ley no se guarda ni ejecuta enteramente como debía.*

Ya he dicho que los juristas contemporáneos no quisieron entender lo que pretendía y quería Ord. Alcalá 28,1, que era darle

dencia y Legislación (Madrid 1971). Para Cataluña vid. R. D'ABADAL, «Las Partidas a Cataluña durant l'edat mitja», en *EVC* 6 (1912).

7. B. CLAVERO «Lex regni vicinioris Indicio de España en Portugal», en *BFDC* 58 (1982) 239 ss.

«carácter legal» a las Partidas, pero no «que fueran leyes», pues tener valor legal significa poder ser aplicadas, simplemente, pero con carácter subsidiario, en defecto de las leyes del Ordenamiento y de los fueros municipales en uso, esto es, del Derecho municipal consuetudinario. Lo repite claramente Ord. Alcalá 28,1, insistiendo en que las Partidas

...sean guardadas, è valederas de aquí adelante en los pleytos, è en los Juicios, è en todas las otras cosas, que se en ellas contienen, en aquello que no fueren contrarias à las Leys deste nuestro libro, è à los fueros sobredichos.

Es decir, que sean usadas en los tribunales y en la aplicación extrajudicial, pero sólo en defecto de las leyes y de los fueros. No con valor general como las leyes, sino sólo en defecto de leyes y fueros, esto es, como Derecho supletorio. Lo aclarará L. Toro 1 al decir paladinamente ya *en defecto*. De nada vale que un poco antes se diga que *nin fueron avidas por Leys* y que *damoslas por nuestras Leys*. No fueron tenidas por leyes, no fueron promulgadas porque habían nacido para ser una obra principalmente doctrinal, un Espejo, con la forma de una *Summa* del Nuevo Derecho, pero que podía servir para la aplicación práctica.

Así, pues, se quiere y se permite que las Partidas sean usadas en la aplicación judicial, en la aplicación litigiosa, y *en todas las otras cosas*, esto es, en la aplicación extrajudicial —la que yo gusto denominar aplicación pacífica frente a la menos pacífica por litigiosa—, pero *solamente* en aquello que no fueren contrarias a las leyes y a los fueros municipales. Es por ello que no me canso de repetir que *sólo* se podrían aplicar *con carácter subsidiario*; es decir, se pueden aplicar solamente en defecto del Derecho especial de las Leyes y la costumbre municipal, pero no contra, lo cual sería un despropósito si se les hubiera dado carácter de *verdaderas leyes*, puesto que de ser tales leyes derogarían a las anteriores contrarias y prevalecerían frente a los fueros. Debemos recordarnos de estas interpretaciones, de estas opiniones, al comentar las tan dispares de celebrados autores de épocas que se llamaron doradas y que hace tiempo denomino yo, sin mucha ironía, *Neuzeit* hispánico; sorprenden, aunque hayan sido hechas con fines interesados.

Esta es la gran reforma del Ordenamiento de Alcalá, y reforma de carácter «constitucional», consistente en el paso de un sistema de Derecho común visigodo —constituido por un Derecho especial de fueros municipales y un Derecho supletorio de *Liber iudiciorum*— a un sistema de Derecho especial de legislación real y costumbre tradicional con un Derecho subsidiario de Partidas ⁸.

8. Naturalmente que Ord. Alcalá 28,1 es la gran reforma operada en las leyes de Alcalá de 1348, hasta el punto de que viene a ser el punto central de dicha legislación y que le da un cierto carácter «constitucional», modificador del sistema jurídico anterior. Pero conviene retener que no son tales reformas algunas de las que se le venían atribuyendo, especialmente por los civilistas anteriores al Código civil, y que plasmó Galo Sánchez en su conocido Manual diciendo que el Ordenamiento introdujo trascendentales reformas en el Derecho tradicional castellano. Así, la tan comentada de Ord. Alcalá 16,1 que estableció que de cualquier forma que el hombre se obligase quedaría obligado, no sería más que la confirmación legal de una práctica ya anterior, que supone la caída de la *stipulatio*, desaparición, por lo demás, lógica en el ambiente jurídico alto medieval. Asimismo la de Ord. Alcalá 19,1, que establece la validez de las mandas en el supuesto de invalidación del testamento por falta de institución; se invalida el testamento pero conservan validez las mandas. No hay reforma ni innovación alguna. Existiría duda, y se quería resolver esta duda con afán de facilitar las mandas en general, pero especialmente, quizá, los legados *pro anima* y las mejoras por legado. En un ambiente ya influido por el Nuevo Derecho, los juristas optaron por aquella de las soluciones discutidas por Sabinianos y Proculyanos que favorecía la pretensión, o, si se prefiere más sencillo, que en la práctica se solucionaba ya de la forma que coincidía con la escuela romana. En cualquiera de los supuestos, la ley del Ordenamiento vino a confirmar una práctica ya seguida.

Una interesante y trascendental reforma, pero de grado inferior, sin duda, a la de Ord. 28,1, y que no suele ser citada ni apreciada su importancia es la contenida en Ord. Alcalá 27,1. Bajo el título «*De la significación de las palabras*», esta ley 1 y con el epígrafe «*Como se entiende muerte segura*», dice el Rey que *en los perdones que hiciere en adelante toda muerte se entenderá ser muerte segura* (sobre seguro fecho) salvo la que se probare que fue peleada. Persiste la consideración romana de *crimen impetu* junto a la medieval de muerte sobre seguro, seguridad de salvo o tregua, que se consideraba muerte alevosa, que venía a ser, como califican los penalistas de hoy, un delito complejo de muerte y violación de tregua y que se penaba con la muerte. Es un considerable cambio, porque, en principio, se excluye el perdón de la pena de muerte en los homicidios sobre seguro fecho, pero, además, en la práctica se iría generalizando la idea de la última parte de la ley: que es muerte segura toda la que no fuere peleada, aun sin existir seguridad. Es un cambio considerable, pues vendrá a suponer el establecimiento de una protección mediante una tregua general impuesta por el rey, una paz real que crea una «fidelidad ciudadana» de los naturales del Reino, cuya violación califica de aleve. Pero conviene

Es el frustrado Derecho común hispano, al que aludí más arriba para indicar la gran importancia de las Partidas en nuestra Historia

advertir que Ord. 27,1 no es innovación de las leyes de Alcalá, pues ya se había establecido en Cortes anteriores. Mas lo cierto es que se consagró en la práctica y se produjo un cambio con trascendencia en el Derecho penal, pues se superó el sistema medieval de paz general reforzada por paces especiales sustituido por una protección general establecida, ya, por el poder público. Así sería y así lo entendió Díaz de Montalvo, que dividió la ley, enviando lo referente a los perdones al lugar correspondiente de la significación de las palabras, *de verborum significatione* de sus Ordenanzas Reales, y el final, como parte dispositiva: *Toda muerte es segura, salvo la que fuere peleada*, al título correspondiente de homicidios, con lo cual pasó a ser muerte segura, muerte alevosa toda muerte, salvo el *crimen impetu*. El alcance de este cambio, conocido de viejo en Compostela, se podría ver en la Tesis, por desgracia inédita, de C. PARDO NÚÑEZ, *El aleve*, que lo recogía. Ahora, también lo pudo utilizar en Compostela y lo usufrutua E. MONTANOS (*Estudios de Derecho criminal* [Madrid 1990] pp 125 y 274), sin agradecer siquiera, por lo que conviene advertir que es idea compostelana, así como docenas de otras que se utilizan en tales estudios y que aparecen como puestas por una mano invisible, siendo así que es conocida y que es la misma de *AHDE* 29 (1959) p 543.

Pero también Ord Alcalá 28,1 supone un cierto cambio, que será trascendental para la organización, y determina un nuevo orden. Estamos ante el fin de la enemistad y de la autotutela.

A partir de ahora tutela la monarquía, y desaparece la autotutela. Desaparece la autotutela porque aparece la tutela de la monarquía, de la nueva organización política; nace el poder público que tutela y no cabe la autotutela. Hay que obedecer al nuevo poderoso que protege, porque el poder es síntesis de protección y obediencia. Hay que obedecer al nuevo dueño que protege. Emerge el dueño y la libertad se sumerge. El refugio de la libertad será la libertad de opinión, y, cuando ésta se combata, se luchará por la libertad de opinión y después, por la libertad de expresarla. ¡Cuánto cambia la libertad! ¿Será mejor hablar de libertades?

Asimismo, al desaparecer la autotutela desaparece la enemistad en forma de *inimicitia*, cuya declaración era la base y comienzo de la venganza en la autotutela del estado de autotutela socialmente regulada. Es el principio del fin de la enemistad. La enemistad comienza a desaparecer en su forma de *inimicus* en la nueva organización política, pues la organización protege y ejerce una venganza ya pública. Y la enemistad en todas sus formas desaparecerá totalmente dentro del Estado pacificador.

Desaparece la enemistad y aparece el enemigo. Enemigo ahora es el otro, el que está fuera de la organización estatal ya, el otro es el enemigo, el enemigo político, de la *polis*. Nace así la política, arte de la relación de las organizaciones políticas y cuya esencia es la distinción amigo-enemigo. Hay que aprender política. Hay que aprender el arte de saber distinguir al enemigo. Pero, poco a poco, hemos llegado ya al Estado moderno saliéndonos del Ordenamiento de Alcalá.

del Derecho, que fue malogrado por el interés de los juristas, si bien sigue siendo grande la importancia de las Partidas aunque sólo hubieran logrado ser la legislación principal. No ha sido, pues, la reacción de los vencidos Derechos municipales frente a la política regia de centralización y unificación, sino, repito, el interés de los juristas lo que malogró aquel posible Derecho común.

La modificación de la organización, el otro componente, junto con la norma, cuya síntesis constituye el Ordenamiento jurídico, se opera también en el reinado de Alfonso XI, pero no en el Ordenamiento de Alcalá. Por consiguiente, no es cuestión a tratar en este momento ⁹.

c) Una vez más repito que volveré sobre el tema y sobre otros de sus aspectos también, pero antes, ahora, quiero decir que los defensores y propagandistas del Nuevo Derecho, del que presentaban como «sistema jurídico perfecto», quisieron imponerlo y, para ello, quizá, interpretaron el *fasta aqui non se falla que sean publicadas por mandado del Rey, nin fueron avidas por Leys* como indicativo de que ahora ya eran leyes como las de Cortes y, después, las Pragmáticas. En verdad admira tal interpretación, admira que se diga que Ord. Alcalá 28,1 equiparaba las Partidas

9. No es de este momento y lugar pero siento la tentación de insinuar algo acerca del cambio de la organización porque junto con el cambio de las normas, que sí se opera en el Ordenamiento de Alcalá, ocasiona el cambio del Ordenamiento jurídico, y determina el comienzo del nuevo Ordenamiento jurídico bajo medieval. Comienza aquí, por consiguiente, en el reinado de Alfonso XI, el período Baja Edad Media de nuestra Historia del Derecho.

La transformación de la organización viene dada por la centralización y consiguiente desaparición de la autonomía municipal, que lleva aparejada la pérdida de la capacidad normativa de los municipios y respectiva muerte del Derecho municipal. Se produce una crisis de la situación de *plenitudo potestatis* medieval, dentro de cuya organización era posible la autonomía, puesto que no infringía la prohibición de enajenar *fonsado, moneda forera, iusticia e suos iantares* que era lo que se vedaba al Rey. Pero la autonomía era y es incompatible con la soberanía; la soberanía, que se consagrará con el Estado moderno pues no existía antes, pero que empieza a vislumbrarse, así como el Estado, en los pagos sicilianos del sorprendente Federico II. Nacerá la soberanía y morirá la Edad Media, pues la soberanía es cabalmente la fórmula de superación del inviable planteamiento medieval de las dos espadas. La soberanía va a ser poder en lo temporal y en lo espiritual.

a las leyes de Ordenamientos y les concedía una aplicación preferente, en lugar de la aplicación subsidiaria querida por nuestra Ord. Alcalá 28,1. En verdad admira tal interpretación, salvo que fuera hecha con el torticero fin de imponer totalmente y con carácter preferente el Nuevo Derecho contenido en las Partidas, basado en la tradición jurídica romano-oriental, y suprimir el Derecho tradicional hispánico —nuestro caudal traslaticio, que dijo P. Merêa— procedente de nuestra tradición romano-occidental. Casi lo lograron, y digo casi, porque, a pesar de todo, perduraron, por la aplicación del Fuero real y de los otros fueros, al lado de las preponderantes Partidas, algunas de nuestras instituciones más típicas, persistencia que hizo necesaria su fijación y aclaración en unas Leyes de Toro desafortunadas por haber sido hechas por estos juristas desconocedores del Derecho tradicional y ebrios de romanismo ¹⁰, y que fueron lo que persistió del Derecho tradicional en Castilla después de la Recepción total operada con la ayuda de esta interesada interpretación de los juristas.

Es sorprendente, pero era lo que les convenía a quienes querían ser ellos y no el rey quienes dijeran el *ius* en defecto de normas y quienes pudieran interpretarlas —y lo lograrán, como veremos, con la claudicación de los reyes con las «leyes de citas»— frente a Ord. Alcalá 28,1 que establecía

Et porque al Rey pertenesce, è hà poder de facer fueros, è Leys, è de las interpretar, è declarar, è emendar dò viere que cumple, tenemos por bien que si en los dichos fueros, ò en los libros de las Partidas sobredichas, ò en este nuestro libro, ò en algunas Leys de las que en el se contienen, fuere menester interpretacion,

10. Lo repito, y aprovecho la ocasión para salir al paso de lo que se dijo (R. GIBERT, «Leyes de Toro», en *NEJ SEIX*) acerca de mi conocida opinión, poniéndola en entredicho con cierta ironía, con la afirmación de que Wieacker (*Privatrechtsgeschichte* cit.) sostenía que los juristas eran los autores del Derecho del Neuzzeit. Conozco a Wieacker y sé lo que dice, por lo cual sé que este tan autorizado autor no dijo que lo hubieran hecho siempre bien. Yo reconozco que estos juristas hicieron las leyes de Toro, *ergo* estoy en la ortodoxia wieackeriana, pero sigo afirmando que no lo han hecho bien. Y aprovecho ahora para añadir que otros juristas de parecido tenor ayudaron a empeorarlas y hacerlas insufribles con sus sorprendentes comentarios. Tendremos ocasión de comprobarlo un poco más adelante.

ò declaracion, ò emendar, ò annadir, ò tirar, ò mudar, que Nos que lo fagamos:

Y se dice más. El rey vuelve a declarar su poder de legislar en exclusiva, como ya se había hecho desde Espéculo 1,1,13 y Part. 1,1,15 ¹¹, y, para abarcar todos los supuestos posibles, se añade:

Et si alguna contrariedad pareciere en las Leys sobredichas entre si mesmas, ò en los fueros, ò en qualquier dellos, ò alguna dubda fuere fallada en ellos, ò algunt fecho porque por ellos non se puede librar, que Nos que seamos requeridos sobrello, porque fagamos interpretacion, ò declaracion, ò emienda, do entenderemos que cumple, è fagamos Ley nueva la que entenderemos que cumple sobrello, porque la justicia, ò el derecho sea guardado

Y éste más que se añade, que se dice poder hacer el rey, es el cauce seguido para lograr suprimir las contradicciones (*contrariedades*), las dudas de interpretación y la regulación de instituciones, aspectos y situaciones no contempladas en las leyes y en los fueros. Y fue el cauce seguido por los juristas encargados por las Cortes para aclarar dudas acerca de las instituciones del Derecho tradicional en vigor, desconocidas para los juristas formados en el Nuevo Derecho y, especialmente, para solucionar las *contrariedades*, las contradicciones entre los textos que contenían el Derecho antiguo, de tradición romano-occidental, y las Partidas, que contenían el Nuevo Derecho, de tradición romano-oriental. Pero la labor fue hecha por juristas formados en este Nuevo Derecho, que desconocían el Derecho tradicional, y lo interpretaron con categorías del Nuevo, produciendo las conocidas desafortunadas consecuencias ¹².

Es clara, por consiguiente, la aplicación querida para las Partidas por el Ordenamiento, y es clara también la errónea y torticera interpretación sostenida por los autores, que en ocasiones vierten afirmaciones sorprendentes, y más en quienes pasan por afamados juristas de la llamada Edad de Oro de nuestra jurisprudencia y tenida por clásica. Son, eso sí, los protagonistas de nuestro Neu-

11. Vid. A. OTERO, «Sobre la “plenitudo protestatis” y los reinos hispánicos», en *AHDE* 34 (1964) 149 ss

12. Vid. A. OTERO, «La mejora», en *AHDE* 33 (1963) 94 ss.

zeit; no tenemos más. Nos lo refleja claramente Antonio Gómez ¹³, quien, como ya observó Llamas Molina ¹⁴, afirmaba:

«en primer lugar se debe juzgar por las Leyes de Toro, y a falta de estas por las de Partidas, aunque no se pruebe que esten en uso, y por ultimo por las del fuero que se acostumbre usar, y en defecto de todos estos cuerpos legales se han de sentenciar por el derecho común de la jurisprudencia romana y emperadores (?), que se lee y aprende en las universidades ó estudios generales».

Esto es lo que toma Llamas Molina de Antonio Gómez y repite en la página 90 de su Comentario a las Leyes de Toro. No quito ni pongo nada, sólo añadido las interrogaciones. Ya Llamas Molina dice que:

«causa no pequeña admiración que previniéndose en la ley con palabras espresas, claras y terminantes... no haga mención el Gómez (sic) mas que de un ordenamiento y un fuero siendo así...; y aun se hace mas notable que invierta el orden establecido por la ley, dando preferencia á las Partidas respecto de los fueros, siendo así que la ley la pospone á estos. Todavía es más digno de notarse que suponga como consecuencia deducida de la ley, que cuando no basten los expresados cuerpos legislativos nacionales para la determinación de las causas, se deben juzgar por el derecho común de los romanos, no haciendo la ley la más mínima mención de tal derecho, y antes bien virtualmente prohíbe que se pueda hacer uso de él...»

Y esto es lo que dice Llamas Molina de Antonio Gómez. Yo hace tiempo que lo tengo calificado. De Llamas Molina ya diremos alguna «cosa» más que el *sic* añadido.

Las Leyes de Toro, en su ley primera, siguen repitiendo casi exactamente lo establecido en el Ordenamiento de Alcalá, exacta y claramente, por lo cual es sorprendente y despropositado lo que dice Antonio Gómez en el principio de su comentario a L.Toro 1, que hemos visto a través de Llamas Molina, y que puede que fuera un criterio ya seguido desde el Ordenamiento de Alcalá por

13. A. GÓMEZ, *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum* (Madrid 1768) p. 4.

14. S LLAMAS MOLINA, *Comentario critico, jurídico literal a las ochenta y tres levas de Toro I* (Madrid 1853) p. 90.

los juristas. Sorprendente y casi descalificador, pero triste, porque estos juristas —tan honestos además— fueron los elaboradores del Derecho del Neuzeit hispánico, vuelvo a repetir, cuya herencia vivimos. Y decidida y rotundamente descalificador parece el afirmar, como hace Antonio Gómez, que *lex est divinarum atque humanarum rerum notitia*¹⁵. Aunque lo haga también Gregorio López en Part. 1,1,1 Glosa 2, y que un anotador de Códigos de la Publicidad nos aclara que allí ley equivale a Derecho o jurisprudencia, impropiedad que —nos dice— debe su origen a la rivalidad entre los juristas romanos y los filósofos estoicos, atribuyendo cada uno a la ciencia que profesaba el poder de hacer buenos a los hombres; y por eso Ulpiano definió la ciencia del derecho del mismo modo que aquellos filósofos antiguos definieron la filosofía. Muy bien, de acuerdo, pero Ulpiano definió así la jurisprudencia y no la ley. Se trata de una confusión grave, que me hace recordar la ciceroniana, de ingrata memoria, de identificar *nomos* con *lex*, aunque en este nuestro caso sea *jurisprudencia* con *lex*. Es mejor dejarlo así; consignarlo nada más.

d) La fiebre de este romanismo fue tal que hasta los manuales de Derecho patrio se denominaron Instituta o Digesta, y esta fiebre, especie de furor romanístico, predominó entre nosotros hasta ser suplantada por la panacea del germanismo¹⁶, que perduró

15. GÓMEZ, *Ad leges Tauri* cit p. 5

16. En verdad es admirable, y yo admiro a aquella germanística que llevó a grandes logros, aunque luego hayan sido superados, y que condujo a los historiadores del Derecho al maravilloso mundo medieval, aunque lo creyeran totalmente germánico, cuando en realidad parece ser continuación de la baja romaneidad con cierta influencia germánica, o, quizá mejor, influencia de lo germánico como catalizador de la remodelación de lo romano, dando lugar a los Reinos de Occidente, consecuencia del establecimiento de los pueblos germánicos en las provincias del Imperio romano. Hasta aquí se comprende, pero lo que resulta poco comprensible es el entusiasmo e incondicional adhesión producida por las endeble obras de FICKER (*Sobre el íntimo parenteseo entre el Derecho godo-hispánico y el noruego-islándico* [Trad. Rovira Armengol] [Barcelona 1928]), de MELICHER (*Der Kampf zwischen Gesetses und Gewohnheitsrecht im Westgotenreiche* [Weimar 1930]) y el endeble y con datos equivocadamente interpretados de HINOJOSA (*El elemento garmánico en el Derecho español* [Madrid 1915]). El deslumbramiento del germánismo fue tal que se llegó a creer germánico todo lo medieval o, todo lo más, mezcla de romano y germánico como suponen algunos de los más moderados germanistas nuestros.

hasta ser superado el dogma germanístico por un mesurado y equilibrado enfoque de nuestro Derecho, determinado por el descubrimiento del Derecho romano vulgar, que ayudó a reconducir a la tradición tardo-romana mucho caudal tenido por influencia germánica¹⁷. La voz de alarma frente a los excesos del germanismo

17. El verdadero descubrimiento para mí fue el de nuestra tradición jurídica, representada por los libros jurídicos de última hora de Occidente, que se presentan como simplificaciones corruptas de los originales clásicos, cuya evolución de forma comienza siendo una simplificación en las ediciones de *codex*, iniciadas inmediatamente después de las reformas procesales de Diocleciano, y cuya transformación de fondo viene determinada por la legislación de Constantino y sus sucesores. Pero lo interesante para mí no es tanto el descubrimiento de un Derecho distinto al contenido en el *Corpus Iuris*, considerado Derecho oficial por Brunner, siendo así que el Derecho oficial de Occidente era el contenido en aquellos textos tardíos de Occidente, olvidados desde que Savigny los postergó por considerarlos de un nivel inferior al del *Corpus Iuris*. Lo verdaderamente interesante, si no me equivoco, fue el descubrimiento de estos textos, redactados con los materiales elaborados por las Escuelas jurídicas de Occidente y que contenían un Derecho coincidente con las prácticas encontradas por Brunner, y que era el realmente vivido y legado por la antigüedad a la Edad Media antes de la recepción erudita del *Corpus Iuris*. Se descubrió nuestra tradición jurídica, contenida en estos textos ya olvidados por la postergación de los historiadores de la Escuela Histórica, seducidos por el academismo y clasicismo de la codificación oriental. Se descubrieron el discutido Edicto de Theodorico, el Edicto de Eurico, el Breviario de Alarico —verdadero *Corpus Iuris* de Occidente—, y el *Codex revisus* que desemboca en el *Liber iudiciorum*, codificación final visigoda de las leyes y del edicto. Codificación ahora no de las *leges* y el *ius*, porque ya no había *ius*, sino codificación del Edicto renovado, al que se añadieron, en el lugar correspondiente, las leyes —que ahora ya eran leyes— de los monarcas visigodos Chindasvinto y Recesvinto, que integraron en las suyas las más usadas *leges* del Breviario, por lo cual pudo éste ser suplantado enteramente por el *Liber*. Es, para mí, la satisfacción y la alegría de descubrir nuestra estirpe, sobre todo después de haber vivido en una morada vital prestada, que nos proporcionaron los descubridores del *Corpus Iuris* y elaboradores del Nuevo Derecho y, después, también los hombres de la Escuela Histórica. Se despreciaba nuestro verdadero origen, lo que no necesitaron hacer los alemanes, pues ellos no tenían estirpe romana y pudieron adoptar el Derecho de la Recepción sin sufrir los trastornos que originó la Recepción entre nosotros por la existencia de una estirpe romano-occidental contra la que chocaba fuertemente el Nuevo Derecho de estirpe romano-oriental encarnizadamente defendido por los juristas. Tenemos una tradición, y éste es el camino a seguir por los historiadores del Derecho español. Pero el descubrimiento y su mensaje han pasado desapercibidos y sin oír por la mayoría. Sin embargo, se impone el comenzar nuestra Historia del Derecho por estos textos redescubiertos, que contienen el verdadero legado de Roma, pero con la consideración de todo el proceso de formación del Derecho romano que desemboca

fue dada por P. Merêa ¹⁸, y desde entonces parece que cesó el entusiasmo germanístico, ahogado también por sus trabajos de Derecho privado medieval y por los de otros que siguieron los nuevos planteamientos.

He llegado hasta el germanismo saltándome el deslumbramiento del sociologismo por parecerme escasa su trascendencia, que estaría constituida principalmente por los sosos y uniformes trabajos de Hinojosa, entre los cuales no se encuentran aportaciones estimables, aunque contribuyó extraordinariamente al fomento de nuestros estudios.

Ahora, sin embargo, he llegado hasta el fin del protagonismo del germanismo para contemplar, un poco defraudado, el escaso eco que encuentran las tendencias orientadas hacia el romanismo de nuestra tradición hispánica; el romanismo occidental de última hora, el que hemos heredado realmente y que se contiene en los textos que, a pesar de ser romanos, no puede menos que considerarse hispánicos ya, como son el Edicto de Eurico, el Breviario de Alarico y, por último, el *Liber iudiciorum*. Probablemente impulsado, otra vez, por una mano invisible he seguido en busca de nuevas manifestaciones de romanismo tradicional, convencido de que, como se ha dicho ¹⁹, el Derecho romano tradicional es como un pato que, a veces bucea, pero que, con toda seguridad, vuelve a emerger. Y mire usted por dónde, ahora emerge en una pretendida Historia del Derecho europeo, que tiene como centro el Derecho romano, hacedor de Europa para Koschaker. No sé lo qué es Europa, porque no acaban siquiera de ponerse de acuerdo en lo que quieren hacer que sea, por lo cual me parece que es poner como centro de una Historia un futurible. Koschaker ²⁰ suponía que Europa es una creación espiritual, consecuencia de la Recepción del Derecho romano y del Catolicismo romano. Por aquí

en ellos, a la manera de los historiadores del Derecho indiano, que incluyen en su Historia del Derecho el Derecho castellano.

18. P. MEREIA, *Estudos de Direito visigótico* Prólogo (Coimbra 1948).

19. C. SCHMITT, «Carta a Alfonso Otero», en *Estudios jurídicos homenaje a Alfonso Otero* (Santiago 1981) p. 13.

20. P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht* (München 1947); *Europa y el Derecho romano* (trad. J. Santa Cruz) (Madrid 1955) cap I.

puede que venga esta Historia del Derecho europeo preconizada desde la Max Plank, que parece una Historia del Derecho del Neuzeit y, por consiguiente, una Historia del Derecho romano en la Edad Moderna, vista, naturalmente, a través de sus protagonistas, los juristas. Estamos, a lo que parece, en lo mismo de siempre: una Historia del Derecho romano en la Edad Media, una Historia del Derecho romano en la Edad Moderna y, ahora una Historia del Derecho europeo. No se acaba de caer en la cuenta de que el Derecho romano dejó de ser romano con la desaparición de Roma, y al ser manipulado por gentes que no eran romanas, para hacer frente a situaciones nuevas, no sentidas en el mundo antiguo. Y ahora un Derecho europeo entendido, parece ser, como un Derecho romano en Europa, estimando que es su principal protagonista, cuando Europa aún no ha sido ni acaban de hacerla. Y el Derecho español, en ese ambiente, aparecerá poco y a través de los ínclitos Díaz de Montalvo, Antonio Gómez, F. de Vitoria y demás, porque es lo que tenemos, pues las Partidas, por ejemplo, no son conocidas, como lo demuestra el desconocimiento de Koschaker en su Europa y el Derecho romano. Cada día estoy más convencido de que Europa es nostalgia del Imperio romano.

Por lo que va dicho pudiera parecer que arremeto contra el romanismo, y nada más lejos de la realidad. Juzgo como creo que se merece nuestro romanismo bartoliano, que es el tono de nuestra literatura jurídica. Admiro, sin embargo, y tengo en alta estima a la romanística moderna que, con todos los medios de la moderna crítica, intenta reconstruir aquella maravillosa construcción romana para presentarla, no como el «sistema jurídico perfecto», como se hizo otrora, sino como ejemplo fecundo del «proceder jurídico perfecto»²¹. Una lección de quehacer la de los romanistas actuales, y una lección también de gran utilidad para la política del Derecho en este momento en que se sigue hablando de crisis del Derecho. Una lección que nos impulsa a intentar conseguir un Derecho de juristas, hecho por los juristas. Y no menciono la

21. Ya entre nosotros lo proponía A. D'ORS en su fecundo estudio *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano* (Salamanca 1943) p. 20 y ss.

vuelta a Savigny, porque, para algunos, el nombre de Savigny es un símbolo reaccionario.

* * *

Unos años más tarde, veinticinco años después, García Gallo volvió sobre el tema de Partidas con otro trabajo, después de su aportación anterior, que fue, además, un indiscutible revulsivo para los historiadores del Derecho, y sirvió para reavivar la atención sobre las Partidas²². Arias Bonet ha sido, para mí, un investigador que se ha destacado en el renacer del estudio del Código alfonsino, y lo es, en mi opinión, por ser jurista. A él se debe la edición y análisis del código de Londres, juzgada como una de las aportaciones más valiosas para su conocimiento, aunque se deben destacar más, quizá, sus estudios sobre institutos concretos²³, que no sólo nos ilustran de su tratamiento, sino que arrojan mucha luz sobre las fuentes utilizadas por los redactores, haciendo cada vez más claro (?) que debieron de ser pocas —fundamentalmente Azo, quizá— y de carácter escolar, y no aquella cantidad y variedad a que nos tenía acostumbrados nuestro don Galo²⁴, aunque ya se había puesto de relieve en alguna ocasión²⁵ que no eran tantas ni tan variadas. Serían, según va pareciendo, algo así como las lecciones que los maestros hacían siguiendo el orden del texto legal, y que los alumnos traían de su estancia en las Universidades italianas. No tanto el *Corpus iuris* cuanto estas lecciones y alguna

22. A. GARCÍA GALLO, «Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso X», en *AHDE* 46 (1976) 609 ss.

23. Para la relación de trabajos de J. A. ARIAS BONET vid. GARCÍA GALLO, «Nuevas observaciones» cit. p. 610 n. 3 y 4

24. G. SÁNCHEZ, *Curso de Historia del Derecho* (Madrid 1960).

25. Fue lo que hizo P. BALLESTEROS, «Algunas fuentes de las Partidas», en *RCJS* 1 (1918). Poco más fue lo que se hizo antes de la preocupación de García Gallo sobre fuentes de las Partidas que merezca recordarse. Así, R. RIAZA, «Las Partidas y los “Libri feudorum”», en *AHDE* 10 (1933) 5 ss. J. MALDONADO, «Sobre relación ente el Derecho de las Decretales y el de Partidas en materia matrimonial», en *AHDE* 15 (1944), J. GIMÉNEZ y M. CARVAJAL, «El Decreto y las Decretales fuentes de la primera Partida de Alfonso el Sabio», en *Antologica Anua* (Roma 1954), aparte del comentario de la paternidad del maestro Jacobo de la Partida 3. Y fue poco más lo que se ha hecho después de él

Summa célebre como la de Azo, cual parece deducirse, por ejemplo, del tono escolástico de Part. 4,18,7-14 sobre emancipación. Se deben citar también los destacados trabajos de Iglesia Ferreirós y, ahora además, los de los americanos J. R. Craddock y R. A. Mac Donald, con cuya colaboración el equipo histórico español se ha visto notablemente reforzado.

* * *

Y nuevamente volvió García Gallo con otro esclarecedor trabajo en el que replantea el estado de la investigación sobre las Partidas y avanza nuevas opiniones y noticias propias y de otros investigadores, cuya relación y obras aparecen allí, y a la que remitimos a los lectores para no cansar con citas²⁶. Pero, a mi pobre entender, seguimos sin saber casi nada de lo que es más interesante de las Partidas.

e) A veces pienso, y ahora es una de estas ocasiones, que no se debe de seguir un camino adecuado, puesto que, después de casi medio siglo desde que García Gallo manifestó su preocupación, seguimos sin saber algo acerca de las Partidas. Claro está que el camino a seguir depende del fin que se quiera alcanzar. Si se quieren saber detalles acerca del día y la hora de la publicación de las Partidas, de si fue en Valladolid o Salamanca, de si estaba presente tal o cual personaje y datos por el estilo, muy interesantes, por lo demás, el camino seguido y que se sigue es probablemente adecuado, aunque, bien es verdad, no se ve resultado alguno. Pero estimo que, aparte de estos datos, más importante, para mí al menos, es conocer las Partidas: su contenido jurídico, claro, de donde procede y las vicisitudes sufridas por ese Derecho en ellas contenido hasta ser así como allí es, y las causas de la evolución operada hasta llegar a ser como allí aparece. Se puede entrever al menos, a pesar de las nieblas galaicas que, se dice, han rodeado siempre mi entorno, cuál es la tarea que estimo se debería de llevar a cabo. Por lo dicho, asoma la idea de que la labor fecunda sería una Palingenesia de nuestro gran texto de Par-

26. A GARCÍA GALLO, «La obra legislativa de Alfonso X. Hechos e hipótesis», en *AHDE* 54 (1984).

tidas. Hace tiempo que lo vengo pensando, y ya intenté que se hiciera con la Partida segunda. Se me alcanza que es una tarea ingente, quizá de toda una generación, y que no se terminaría ahí, sino que tiene una segunda parte, que es la posterior vida del Derecho contenido en nuestra obra desde su aparición: su interpretación —Glosa de Gregorio López y demás— así como su aplicación. Una tarea ingente, pero fecunda. Una tarea para la cual tenemos un ejemplo a seguir en la palingenesis realizada al Edicto de Eurico, en la cual se puede ver la evolución del Derecho romano hasta cuajar en este texto legal, contenedor del verdadero legado de Roma a Hispania junto, claro, al Breviario de Alarico, que debemos denominar *Corpus iuris* de Occidente. Un ejemplo a seguir con las Partidas nos lo proporciona A. d'Ors con su Palingenesis al Edicto de Eurico²⁷, aparte de que es una inestimable contribución para reconstruir los comienzos de nuestra vida jurídica, que se irá independizando de Roma hasta alcanzar una organización política independiente en la que engarzarse con el nacimiento de la Monarquía visigoda por obra final de Recaredo. He ahí la tarea. Todo se puede lograr, porque Dios ayuda y Sant Yago, especialmente en este año de gracia de mil novecientos noventa y tres.

II. EL ORDEN DE PRELACIÓN DEL ORDENAMIENTO DE ALCALÁ

Empecé proponiéndome simplemente una pequeña y sencilla consideración en torno a las Partidas que, al mismo tiempo, pudiera servir para presentar a continuación una muestra de la labor de su palingenesis que acabó de propugnar. Me había propuesto solamente dar a conocer algo de la vida de las Partidas a través de una hipotética adición al texto originario, que me ha parecido descubrir al estudiar el asesinato²⁸, materia de que trata la ley

27. A. D'ORS, *El Código de Eurico. Estudios Visigóticos II* (Roma-Madrid 1960).

28. Este estudio de la historia del asesinato ya estaba preparado en mil novecientos ochenta y uno, según anunció IGLESIA FERREIRÓS (*Homenaje al*

que supongo añadida. Pero, al contemplar el vacío existente en el conocimiento de las Partidas, se me han desbocado, tal vez, los corceles de la elocuencia, y voy camino de hacer ésta, que quería que fuese pequeña consideración sobre el texto alfonsino, una serie de reflexiones sobre las Partidas y su entorno, que terminará por ser, sin haberlo pretendido, una especie de caracterización del tránsito de la alta a la baja Edad Media y consolidación del nuevo sistema; tema y campo que, por lo demás, se merece algunas consideraciones, que celebraría fueran un poco estimables.

Pues bien, me ha parecido ver en Part. 7,27,3 —*Que pena merecen los asesinos e los otros desesperados que matan a los omes por algo que les dan*— una posible adición al texto original del Código de Alfonso X, que vendría a ser, junto con la mención de la aguja magnética, las dos únicas que conoceríamos. Ambas adiciones parecen ser posteriores a la redacción de las Partidas, puesto que la de Part. 2,9,28 tiene que ser posterior al año 1300, fecha del conocimiento de la brújula, y la del asesinato posterior a 1298, fecha de la publicación del *Liber Sextus* de las Decretales, en donde aparece por vez primera la decretal *Pro humani redemptione*.

Adiciones, supresiones y modificaciones de las Partidas se han insinuado muchas veces, y puede que constituyan un problema que sigue sin aclarar. Alfonso XI nos dejó dicho que *mandó enmendar y concertar* las Partidas para que fueran ciertas y no hubiera motivo de tirar, enmendar o mudar algo de ellas, con el fin de facilitar su inclusión en el nuevo orden de prelación que establecía. Hemos de hablar de esta enmienda y concierto que tan debatida ha sido, aunque a primera vista no parece dar pie para suponer importantes modificaciones. Sin embargo, estimo que antes cumple hacer algunas consideraciones acerca del orden de pre-

Prof Alfonso Otero cit. p. 22), Lo dio a la imprenta E MONTANOS (Estudios de Historia del Derecho criminal cit. p. 256-316), y allí se pueden ver también muchas consideraciones de rancio sabor compostelano. Digo esto por sí, al reproducir alguna de estas muchas ideas, se producen coincidencias, pues no me creo obligado a citar a la usufructuaria.

lación que determinó su aplicación, para facilitar la cual se dice que las Partidas fueron concertadas y enmendadas.

Ord. Alcalá 28,1 contiene el dicho orden de prelación de fuentes aplicables, pero decir, como se suele repetir, que Ord. Alcalá 28,1, contiene simplemente un orden de prelación de fuentes, parece una calificación poco ajustada y un sí es no es desafortunada. Ya hemos dicho más arriba cuál es el significado de la trascendental reforma del Ordenamiento de Alcalá, que viene a ser un cambio «constitucional», consistente en el paso de un sistema jurídico de Derecho común visigodo, característico del ordenamiento altomedieval, a un sistema de Derecho común de Partidas²⁹. Y el Ordenamiento de Alcalá parece ser también el final de una historia de la política de la realeza, que comienza en Nájera. Pero de esta importante historia hablaremos más adelante, al tratar del Derecho señorial —el que dice Ord. Alcalá 28,1 que se usa en «otras comarcas»— y su orden de aplicación, que, a pesar de ser importantísimo, no es mencionado siquiera por los historiadores del Derecho al describir el orden de aplicación del Ordenamiento. Aparte de esto, es también poco afortunada y poco precisa la enumeración usual de dicho orden de aplicar las fuentes. Se hace necesario o, por lo menos, no viene de más alguna consideración a este respecto.

Muchas veces he considerado que no se ha sabido apreciar debidamente el carácter de cada uno de los elementos de la prelación, e, incluso, que se ha omitido y se omite la mención de alguno de gran importancia como los «fueros de las comarcas». Estimo que este hecho viene de viejo, no es de nuestros días, y asimismo puede que la situación presente derive de la aceptación sin más de viejas opiniones. Sobre el orden de prelación han opinado multitud de autores; casi todos los que escribieron después del Ordenamiento, de las Leyes de Toro y de las Recopilaciones. No viene a cuento enunciarlos ni, menos aún, juzgarlos, sobre todo yo, que he sido tachado de despreciador de nuestra literatura jurídica. Quien quiera conocer a la mayoría de ellos y sus opi-

29. Vid. supra n. 8 y 9.

niones y juicios puede utilizar como medio a Llamas Molina ³⁰, el autor del Comentario Magno a las Leyes de Toro, un auténtico Acursio de nuestro texto castellano. De paso, se puede contemplar la doctrina. Por esta razón, para evitar empachos, vamos a hacer por nuestra cuenta, como es habitual, algunas consideraciones sobre la interpretación del orden de prelación de Ord. Alcalá 28,1, a pesar de que ya hemos dicho algo acerca de las Partidas y la manera de ser aplicadas, si bien puede surgir sobre la marcha algo de ellas, sobre todo al acercarnos a las Leyes de Toro. Puede que suceda que casi siempre se han ocupado de este nuestro orden de prelación historiadores poco conocedores, al parecer, del ordenamiento alto medieval, al que el Ordenamiento de Alcalá quería poner fin para sentar las bases del nuevo ordenamiento jurídico castellano, cuyo sistema de Derecho privado quedaría definitivamente establecido al imponerse como base de él la aplicación del Fuero Real y las Partidas, y había de llegar hasta nuestros días al confirmarse éstos, junto con las Leyes de Toro, como textos primordiales.

1. En la alta Edad Media se vivía un sistema que vengo denominando desde hace tiempo de Derecho común visigodo, consistente en la aplicación de un Derecho especial, constituido, en los primeros tiempos, por un Derecho de las relaciones señoriales vividas en los señoríos que surgen por doquier al desaparecer la Monarquía visigoda y, luego, después, también por el Derecho de la vida municipal, de los municipios que van naciendo; Derecho especial, señorial y municipal, en defecto del que se aplicaba como subsidiario el Derecho visigodo del *Liber iudiciorum*.

A) Esta situación de Derecho común visigodo se mantuvo sin alteración desde principios del siglo VIII hasta finales del siglo XII. Claro está que el caudal de normas aplicables, tanto en el ámbito del señorío como en el del municipio, iría aumentando paulatinamente. Los fueros municipales breves, con un pequeño número de normas de organización municipal, procesales y penales, núcleo originario de la vida del municipio, se irían aumen-

30 LLAMAS MOLINA, *Comentario cit.* pp. 37 ss.

tando por la sucesiva agregación de nuevas normas, pero este aumento no supuso un cambio sustancial en el carácter de Derecho especial de estos fueros³¹, que, además, tenían la impronta de exención de los malos usos señoriales para atraer pobladores a los nuevos centros urbanos y núcleos de población. De los fueros municipales nos han llegado una gran cantidad de sus documentos originarios, que se concedían como privilegios, y de las sucesivas confirmaciones; fueros que se ponían por escrito por su carácter de privilegios y frente a posibles cambios de la voluntad regia. De los señoríos no nos han llegado redacciones de su Derecho de esta época, cosa explicable si se tiene en cuenta que es un Derecho consuetudinario, que sólo excepcionalmente se recoge por escrito.

a) Allá por la segunda mitad del siglo XII tiene lugar un acontecimiento que había de ocasionar cambios en el planteamiento y en la producción del Derecho alto medieval. En fechas distintas en los diversos lugares, se van a recibir las influencias del que ya estamos acostumbrados a denominar el Nuevo Derecho, pero que conviene recordar que tiene inspiración romana. Los reyes, que al compás del avance hacia el sur, en la empresa de Reconstrucción de la monarquía visigoda, de la perdida España del Romance de Fernán González³², habían visto fortalecida la monarquía, y encontraban en las nuevas corrientes la justificación para su afán de centralización y correlativa unidad jurídica rota por la desaparición de la monarquía goda y posterior dispersión, consecuencia de las autonomías. El Nuevo Derecho venía a ser el gran enemigo de la autonomía y del Derecho municipal. El Derecho municipal, como he dicho tanto tiempo ha, se defendió mediante la redacción de los fueros municipales extensos, que venían a ser una especie de codificación de los elementos, Derecho especial y Derecho subsidiario, del sistema de Derecho común visigodo. Esta especie de codificación, que suponían los fueros extensos, ya servía para hacer frente al Derecho recibido, mediante una política de hechos consumados. El Derecho tradicional ya

31. Vid. A. OTERO, «El código López Ferreiro del Liber iudiciorum», en *AHDE* 29 (1959)

32. Vid. A. OTERO, «EL Camino de Santiago en el quehacer de España», en *Homenaje a F. Puy Muñoz II* (Santiago 1981)

era así un sistema completo que se podía oponer al Nuevo Derecho y a las pretensiones reales de cambio centralizador y unificador mediante su supresión.

El proceso de formación de los fueros extensos se aprecia bien en la Extremadura castellana. Allí me había centrado para contemplar el problema³³, y observaba la redacción del fuero de Cuenca, hecha con esta finalidad, y, después, su adopción, con más o menos adaptaciones, por muchos municipios. El rey Sancho IV lo mejoró, y extendió estas mejoras, por ejemplo, al fuero de Plasencia cuando lo confirmó en 1290; pero la política forera de Sancho IV tiene ciertos recovecos que no permiten ver claramente la posibilidad de un cambio de la política real de fomento de la Recepción. Para terminar ahora, quiero añadir solamente que me quedé corto con mi hipótesis de antaño, de suponer que los municipios habían hecho redactar sus fueros junto con el Derecho subsidiario, o habían adoptado el fuero privilegiado de Cuenca, hecho con este fin de oponerse a la Recepción. Me quedé corto, pues se llegó incluso a redactar un fuero modelo, un formulario a completar con los datos particulares identificadores de cada municipio. Apareció este formulario, que es el fuero de N descubierto por Roudil. Me sorprendió que García Gallo dijo simplemente que no es más que un formulario de fueros extensos perteneciente a la familia de F. Cuenca, a pesar de haber expuesto la hipótesis del formulario de fuero³⁴. No dije nada del importante descubrimiento del fuero de N, a pesar de que confirmaba con creces mi hipótesis sobre los fueros extensos, que para mí siguen siendo contenedores de un sistema completo, y una reacción frente a la Recepción.

Con la recepción comienza la lucha entre el rey —centralizador y reivindicador de la facultad de legislar y de hacerlo en exclusiva para conseguir un Derecho con el que lograr la unificación— y los municipios autonómicos, que venían siendo los protagonistas de la formación del Derecho, y que luchaban para

33. Vid OTERO, *El códice* cit.

34. A GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho español* I (Madrid 1971) p 384; *Los Fueros de Toledo*, en *AHDE* 45 (1975).

defender sus prerrogativas y su Derecho tradicional. El rey tenía el poder legislativo por ser el continuador de la monarquía visigoda restaurada por Alfonso II, pero no lo ejercía, delegando la facultad en las entidades autonómicas. Lo recordará Alfonso X en Espéculo 1,1,13 y Part. 1,1,15. El rey aspira a centralizar y a legislar en exclusiva, pero los municipios se resisten y luchan para conservar su autonomía; y la lucha será larga, pues durará hasta el Ordenamiento de Alcalá en donde el «Derecho local», según Galo Sánchez, cayó vencido en su lucha contra el «Derecho territorial», pero no llegó a saber que esto no era posible, pues no existió tal Derecho territorial³⁵.

35. El Derecho señorial así como el Derecho municipal, que fue sustituyendo a aquél en los nacientes municipios como exención de los malos usos señoriales, tienen como razón de ser la inmunidad y la autonomía; ambos son consecuencia de unas organizaciones autonómicas dentro de las cuales se fue formando el Derecho especial señorial y el municipal

Es desafortunada e infundada la formulación ya tradicional que distingue Derecho local y Derecho territorial, y dentro de este Derecho territorial, el legislado y el consuetudinario. El más conocido sostenedor de este planteamiento es Galo Sánchez (*Curso* cit. pp. 72 ss., que puede considerarse la síntesis de sus estudios «Sobre el Ordenamiento de Alcalá y sus fuentes», en *RDP* 9 [1922] y para la «Historia de la redacción del antiguo Derecho territorial castellano», en *AHDE* 6 [1929]), a quien parecen seguir los autores de manuales. La denominación territorial es un anacronismo, que no encontramos en las fuentes medievales, pues es término correspondiente al Estado moderno. Y desafortunada y reprochable es la distinción del mismo don Galo entre Derecho local —siempre se emplea este impreciso y confuso término para indicar el Derecho municipal— y Derecho de la tierra no organizada autonómicamente, que usa como equivalente de Derecho territorial (*El Fuero de Madrid. Prólogo* [Madrid 1932]). No tiene sentido hablar de Derecho de la tierra no organizada autonómicamente, si con ello se quiere designar el llamado por don Galo Derecho territorial consuetudinario —regulador de las nuevas situaciones nacidas después de la desaparición de la Monarquía visigoda y que no regulaba el *Liber*—, recogido en estos textos tardíos. Por lo menos, no es válido para todos los textos; según mi opinión, no es válido más que para un texto conocido. No se puede decir que el Fuero Viejo, el Ordenamiento de Nájera y los considerados extractos del Fuero Viejo, Ordenamiento de León, Ordenamiento de Nájera II y Fuero Antigo de Castilla, sean Derecho de la tierra no organizada autonómicamente, si contienen Derecho Señorial, aplicable en los señoríos, pues los señoríos son entidades autonómicas. Podrá ser ajustada esta calificación para el Libro de los Fueros de Castiella, y la propondría desde este momento y hora

Hace tiempo que vengo pensando en la gran diferencia entre el Fuero Viejo y el Libro de los Fueros, y creo encontrarla en que el Libro de los Fueros no

A todo esto, nos deberíamos preguntar, debemos saber qué se hizo, qué fue del Derecho señorial. Pero vamos a dejar la respuesta de momento. Solamente adelantaremos que los fijosdalgo, los señores ya habían asegurado la pervivencia de sus privilegios, de su Derecho señorial mediante una negociación con el rey habida en un acontecimiento puesto en duda siglos después, en nuestros días, y no volvieron a tener, que yo sepa, problemas con los reyes por su Derecho, siempre respetado. Como se comprende, esto pertenece a la Historia del Derecho señorial, y lo hemos de ver en su momento de Alcalá.

Continuaremos, pues, con el Derecho municipal. Y debemos decir que después de la euforia forera provocada por la Recepción, y estimulada por las promesas de Alfonso el de las Navas, sigue un momento de calma en el acelerado proceso que venimos contemplando. Pero si siguiéramos observando el acontecer en tierras castellanas, y no volviéramos la vista hacia el Reino de León, incurriríamos en cierto descuido, y cometeríamos injusticia con la más que notable labor de Alfonso IX en su Reino leonés, en donde no parece percibirse lucha contra la Recepción ni, lógicamente, reacción municipal. Quizá por su quehacer frente a Castilla y al rey su pariente, se echó un cierto silencio sobre su tan notable como olvidada labor de pacificación y organización del su reino. No fue bien visto por las crónicas, y, quizá por esto, que podía

es un texto de Derecho señorial. El Libro de los Fueros contiene el Derecho de las tierras de realengo, esto es, de las tierras bajo el mandado del rey y sus oficiales; tierras que eran las que no estaban organizadas en señoríos autonómicos que disfrutaban de inmunidad. Así se explica que el Libro de los Fueros recoja textos de fueros municipales, como de Burgos, Nájera, Belorado, Cerezo, junto con fazañas reales, de su alcaldes, adelantados, merino mayor de Castilla, señores de Haro, y otros materiales considerados «buen Derecho», como pudieron ser las colecciones «esto es por fuero» y «fuero de omne», que causarían las coincidencias concretas con el Fuero Viejo; esto reunido porque reflejaría un buen Derecho que habitualmente se ansiaba. También los hombres de realengo tendrían interés en acogerse al ofrecimiento de Alfonso VIII y harían su Libro para que se les confirmara su buen Derecho y para tener una garantía frente a las arbitrariedades de los oficiales del rey.

Por lo demás, del llamado Derecho territorial nos ocuparemos al tener que hablar del Derecho que Ord. Alcalá 28,1 dice que se usa en «otras comarcas», del cual no se suelen ocupar los enumeradores del orden de prelación.

comprenderse, no se le incluyó en la lista de los reyes ³⁶. Es un proceder que se explica como fruto del nacionalismo castellano, pero difícil de justificar. Sin embargo, estas diferencias y tirantezas puede ser un poco la causa de las concesiones del fuero de Cuenca por Alfonso VIII a Béjar y Plasencia, que resultarían una cuña incómoda en el reino leonés, si bien esta penetración se seguiría después por Alfonso X, pero con otros fines. Alfonso IX no acude a las Navas de Tolosa. Castilla y León —¿o sólo los monarcas?— vuelven a ir por caminos diferentes.

Castilla y León, separadas por ideas ultramontanas sobre división del Reino, venidas por apostólico camino, traídas por apostólicas gentes, volvieron a unirse en Fernando III, pero sus políticas legislativas continuaron siguiendo rutas distintas, no se aunaron todavía, y tardarían en hacerlo; prácticamente hasta 1348 en Alcalá. León siguió fiel a su tradición visigótica y al *Liber*. Castilla tendría que volver a lo visigodo en busca de una legitimidad de origen para legislar, y hubo de volver al antes rechazado *Liber* —¡según la leyenda!—, aunque sólo fuera para poner punto final, para liquidar el sistema de Derecho común visigodo, mediante una codificación de sus elementos, mediante una codificación operada en el Libro del Fuero. Después de la liquidación, y para todo el reino, unido ya, se adoptó plenamente el Nuevo Derecho, basado en el Derecho del Imperio enemigo de la *Gotia* ³⁷. Ya veremos cómo se hizo. La decisión puede que haya sido políticamente acertada, pero no totalmente afortunada por lo que tiene de desafortunada la recepción ciega de la novedad de moda con desprecio de lo propio.

36 Por cierto, una de las muchas «cosas», que he dicho escribe Llamas Molina (*Comentario* cit. p. 74), es que no acierta a saber el porqué de denominar Alfonso IX al rey Sabio y haberse publicado, incluso, como de Alfonso IX el Fuero Real. No lo sabe, y, por encima, califica a Avendaño y a otros que tal hicieron de ignorantes, y les demuestra su error, como si de error se tratara. Claro que tampoco sabe explicar por qué se escribían en latín las obras de los juristas cuando ya las leyes se escribían en romance (p. 12 s.). Y tantas otras, y siempre con arrogancia tal que a Martínez Marina, a quien normalmente llama Marina, lo denomina erudito y diligente anticuario (p.44).

37. Vid. OTERO, «El Camino» cit. p. 217.

b) Ingenioso estuvo quien afirmó que Fernando III el Santo no legisló para no tener que dar cuenta de palabras vanas. El Santo rey no legisló pero, indudablemente, jugó un importante papel en el proceso evolutivo del Derecho, que venimos contemplando.

En tiempos de Alfonso VI tuvo lugar la conquista-anexión del reino moro de Toledo, que determinó la puesta en marcha del ordenamiento jurídico de un Reino que carecía de una tradición jurídica cristiana alto medieval, es decir de un Derecho especial complementario del Derecho común de *Liber*. Se puso en marcha la vida jurídica del nuevo Reino utilizando criterios altomedievales de conquista y repoblación, y haciendo frente con ellos a la situación nueva de incorporación de los conquistadores y continuación de su población mozárabe y musulmana. Así, se dio fuero a francos y castellanos, que sería confirmación del suyo originario con privilegios, y se respetó el Derecho de los habitantes: el *Liber iudiciorum* para los mozárabes, que habían seguido utilizándolo desde la ocupación musulmana. Conviene retener que el *Liber* va a vivir ahora una nueva experiencia de regir en exclusiva, sin ser acompañado por un Derecho especial complementario. El *Liber* es ahora el Derecho del Rey que incorpora el Reino, y, por su persistencia entre los mozárabes, va a predominar en el Reino toledano incorporado, conviviendo con el Derecho de los conquistadores.

Fernando III será el explotador de la jornada de las Navas de Tolosa, que significó la apertura de los grandes espacios andaluces; Fernando III fue el recuperador³⁸ de estos grandes espacios

38. Se habrá podido observar que evito denominar Reconquista a la lucha secular librada con el fin de restablecer el contorno de la perdida España visigoda. Mi convencimiento de que no ha habido una conquista musulmana me lleva a la conclusión de que no se puede hablar de Reconquista.

El último episodio de la situación permanente de guerra civil —real o latente— en el Reino visigodo, centrada ya en el bando de los sucesores de Chindasvinto y los de Wamba, hizo —¡otra vez!— buscar ayuda en el exterior, hizo que los hijos de Vitiza buscaran la ayuda de los musulmanes para combatir al rey Don Rodrigo, del bando de los sucesores de Chindasvinto. En la batalla de Guadalete, la defección de los hijos de Vitiza, puestos imprudentemente al mando de las alas del ejército real visigodo, completó la «traición» y dio lugar a lo que las Crónicas, a partir de la Mozárabe del 754, dieron en llamar la

andaluces. La recuperación de estas tierras ocupadas por los musulmanes se convierte ahora en una empresa de la monarquía, que, como tal empresa real, se opera con arreglo al Derecho del rey y de su Reino. El Reino castellano-leonés procedía de aquel Reino asturiano que se consideró continuador del Reino visigodo, y, como tal Reino, se organizó mediante la Restauración del visigótico Orden del Palacio (*Liber iudiciorum*) y de la Iglesia (*Hispana*). *Potestas* de la realeza goda y *auctoritas* de la Iglesia toledana son los dos pilares sobre los que se había asentado aquel Reino que nació de la conversión de Recaredo al frente de su pueblo. Se habla de un Reino de Tolosa, pero aparte de ser inviable dentro de la organización política imperial, no se dice cómo se construyó. Solamente existió el Reino visigodo de Toledo construido de una manera que hemos repetido ³⁹.

Pérdida de España. La jornada del Guadalete permitió a los musulmanes apreciar el estado de descomposición del Reino visigodo, que se presentaba como fácil presa para llevar adelante su expansión vertiginosa. La campaña de colaboración con los viticianos se convirtió en ocupación mediante pequeñísimas luchas y, especialmente, por medio de *amanes* o capitulaciones con los gobernantes de las distintas circunscripciones.

Los musulmanes, pues, no conquistaron Hispania, por lo cual no parece muy ajustado hablar de Reconquista. Al ser tenidos por doquier como colaboradores del bando viticiano, se les contempló como tales y no como enemigos conquistadores. Los responsables del gobierno de las distintas circunscripciones se fueron plegando al «colaborador» mediante capitulaciones o tratados. Hasta que un jefe, joven noble, antiguo *spatharius* de la Corte toledana, desterrado en tiempos de Vitiza, precisamente por ser del otro bando, del bando de Chindasvinto, les hizo frente en aquella escaramuza de Covadonga que se tiene como principio de la «Reconquista». No es tal, porque no ha habido conquista. Pero sí es el comienzo de la recuperación de la *Gothorum patria*, de la tierra de la *gens Gothorum* (*Liber* 2,6), y el comienzo, tímido aún, pero comienzo de la tarea que se emprendía; que fue la gran tarea de la Reconstrucción del Reino visigodo, que venía a ser el volver a construir la perdida España.

39. Se habla de un Reino visigodo de Tolosa, se menciona repetidamente el Reino de Tolosa, e incluso se insinuó un tránsito del Reino de Tolosa al Reino de Toledo. Se habla, se repite, pero nadie, que yo sepa, ha dicho ni dice cómo se construyó, porque juzgo que era inviable dentro de la organización política imperial, y es difícilmente concebible como Reino de *facto* en aquella zona de las Galias. Estimo que debe bastarnos pensar en una situación de predominio un tanto abusivo e irregular del Rey goda en aquella zona del Imperio en crisis. Claro que del Reino visigodo de Toledo tampoco se había explicado su nacimiento ni cómo había sido construido. Pudiera ser, todo es posible, que se pensara simplemente de un traslado del Reino de Tolosa a Toledo, y la irreal

Se conquistaba ahora con arreglo al *Liber* —Derecho del Reino— y se repartía lo conquistado entre el rey y los colaboradores, comenzando el sistema de repartimientos. Se inició un proceso que, con su consolidación, daría lugar a un nuevo *nomos* castellano-leonés para los territorios andaluces. El *Liber iudiciorum* regulaba la vida de los conquistadores asentados en las tierras repartidas de los Reinos de Sevilla, Córdoba y los otros reintegrados a España por San Fernando. Se hizo mediante la concesión del *Liber* como fuero de la capital del Reino, siguiendo la práctica medieval, pero sería para todo el Reino, aunque después, y como fuero de Sevilla o de Córdoba se extenderá concretamente a Carmona, Arcos, Jerez. Pero debe repararse en que estas concesiones del Fuero Juzgo como «fuero municipal», así como otras que de él hizo Alfonso X —en cierto modo sorprendentes después de haber publicado el Fuero Real— no suponía que las ciudades a las que se concedía adquirieran la condición de municipios auto-

construcción tolosana se convertiría en toledana realidad. Bien es verdad que en Compostela este vacío relleno de nebulosa no satisfacía y se ha intentado explicar la construcción del Reino visigodo, primero de los nacidos en Occidente como *exemptio ab Imperio*.

Tolosa habrá sido la sede del rey y la Corte del pueblo visigodo asentado en la Galia mediante el *foedus* del 418, y con las atribuciones que éste confería, que no eran atribuciones para crear un Reino. Todo lo más se puede decir, como ya hice en «Sobre la “plenitudo potestatis”» cit. p. 126, coexistencia del poder del emperador y sus magistrados y el poder de hecho del rey visigodo, cada vez mayor, dentro de una relación de dependencia del Imperio. Y tampoco se puede decir que el toledano fuera un reino de *facto*, como lo fue el Reino suevo. No estando de más considerar que la construcción sueva se hizo contra y de espaldas a Roma. También, como la visigoda toledana, se haría con materiales políticos romanos y con la colaboración de la Iglesia bracarense y de San Martín con toda probabilidad. Y bien pudiera ser que hubiera servido de modelo para la construcción del Reino de Toledo. Quizá se esclarecerían muchas cosas si conociéramos mejor a San Martín dumiense y su labor, la cual, sobre todo la por hacer, quizá era el objeto de su enigmático testamento; gran legado que debía ser para haberle encomendado su ejecución al monarca visigodo.

El Reino de Toledo fue ya Reino independiente *de iure*, que se creó después de romper con el Imperio. La creación del Reino de Toledo con materiales políticos romanos y en la línea de las directrices de San Gelasio, ya la hemos explicado, y la repetimos varias veces (A. OTERO, *La delimitación nacional de la Historia del Derecho* [Santiago 1971]; Sobre la «plenitudo potestatis» cit., «El Camino» cit.)

nómicos, y, por consiguiente, no podían crear Derecho, no tenían *auto nomos*. Según el *Liber* —Fuero Juzgo sólo puede legislar el rey, y la creación judicial independiente, a pesar de que ahora los jueces serían de nombramiento real y aplicarían el Derecho del rey, quedaba totalmente suprimida al volverse al sistema visigodo de la *antiqua Liber* 2,1,11— F. Juzgo 2,1,11 sobre procedimiento a seguir en caso de inexistencia de ley, que establecía: *Nullus iudex causam audire praesumat. quae in legibus non continetur; sed...*, estableciendo que se enviara al rey para que éste juzgara y legislara. Sistema éste que luego retomaría Ord. Alcalá 28,1. No cabía la autonomía, con su libertad de crear Derecho dentro de una Monarquía como la visigoda, y la autonomía volverá a ser inviable en una Monarquía centralizada y no digamos ya en el ámbito de la soberanía del Estado moderno, cual hemos visto anteriormente (*supra* n.8) y a pesar de lo que diga la Constitución vigente.

Así, pues, San Fernando no legisló, pero establecería un nuevo *nomos*, cuya aplicación no constituiría problema alguno en los nuevos Reinos de Córdoba, Sevilla y, después, en Murcia. El problema se plantearía al tender a extenderse hacia el norte a todo el Reino. Este proceso es lo que me parece ver: Una utilización del *Liber iudiciorum* para conquistar, repartir y consolidar los Reinos reintegrados, estableciendo con sus normas la regulación de aquella nueva incardinación derivada de la conquista; esto es, un *nomos* de la tierra andaluza, que luego se pretendió hacer general. Esto veo, y no una complicada maniobra de rehabilitación del *Liber*, en versión romanceada ya, para lograr la centralización y la unificación de la diversidad jurídica que se vivía. Pero la extensión del *nomos* meridional chocaba con la situación de los señoríos y, sobre todo, de los municipios, que habían nacido del privilegio que se disfrutaba de antiguo, y suponía la supresión de su autonomía y de su Derecho ya inveterado. Para conservar su situación, los municipios lucharían en la forma que lo venían haciendo contra el Nuevo Derecho de la Recepción, redactando su Derecho tradicional en forma de fuero extenso, constitutivo de un sistema completo. Con esta política de hechos consumados se podía conservar el *status* autonómico y el Derecho especial, ame-

nazados por el nuevo *nomos* andaluz de *Liber iudiciorum*. Pero las ciudades andaluzas y murcianas no adquirieron autonomía y, al no adquirirla, no podían crear Derecho.

c) Alfonso X continuó intentando la centralización y la unificación jurídica, pero siguió un camino distinto del de su padre. El rey Sabio fue directamente a la supresión del sistema de dispersión normativa y de diversidad, matándolo con sus propias armas; esto es, mediante la publicación de un fuero, que después se llamó real, semejante a los fueros extensos por ser un sistema completo, integrado por el *Liber-F. Juzgo* y el Derecho especial de los municipios. Este Fuero real —semejante a los otros, especialmente a los de la Extremadura castellana que utilizó para su redacción junto con el Fuero Juzgo— dijo el rey en su prólogo que lo daba para remediar la ausencia de fueros en que vivían la mayor parte de los pueblos, que se regían por fazañas y usos desaguizados. Lo dio —dice el rey— para que por él se juzgasen todos los *varones è mugeres*, y que *sea guardado para siempre jamas*. No debió de ser totalmente así, sino como dice Ord. Alcalá 28,1: *en la nuestra Corte usan del fuero de las leys, è en algunas Villas de nuestro Sennorio lo han por fuero*. Sí, parece que fue más bien así, como dice Alfonso XI.

Alfonso el Sabio hizo un fuero modelo —digo modelo, pero no un fuero formulario, semejante al recién descubierto fuero de N—, un fuero que no dejó a la elección de los municipios adoptarlo, sino que lo fue concediendo a algunos junto con privilegios; lo cual contradice la afirmación real de que lo redactó porque ellos *pidiendonos merced que les enmendasemos los sus usos, que fallasemos que eran sin derecho, e que les diesemos fuero porque viviesen derechamente de aqui adelante*.

El rey Sabio concedió el Fuero real a varios municipios junto con privilegios, pero estos municipios prefirieron seguir viviendo con arreglo a su fuero tradicional. Así se decía hasta que se descubrió que el Fuero de Soria no es la fuente del Fuero real. A mi entender sucedió con la concesión del Fuero real algo relativamente parecido a lo que ocurrió con la adopción del Fuero de Cuenca o con la del Fuero N. Sucedió que algunos municipios lo rechazaron radicalmente, como Madrid, a quien incluso se le re-

pitió la concesión, y otros municipios lo aceptaron adaptándolo a su Derecho mediante la supresión de algunos textos o la modificación y la conformación de otros varios a la realidad vivida en la ciudad. De estas adaptaciones conocemos dos destacables: F. Briviesca y la extraordinariamente interesante de F. Soria, tan interesante que hizo suponer que era la fuente del Fuero real, siendo así que es una adaptación ⁴⁰.

Mas el Fuero Real era una codificación altomedieval, y digo que es codificación, teniendo en cuenta que el Fuero Real es, precisamente, codificación final, que puso fin al sistema de Derecho altomedieval castellano-leonés; es decir, codificación operada mediante la inserción del Derecho especial complementario de los fueros municipales dentro del esquema que proporcionaban los textos aplicados del *Liber iudiciorum*, aplicados precisamente como Derecho común, subsidiario de aquel Derecho especial. Se explicaría así, a mi entender, que el Fuero Real hubiera utilizado fundamentalmente como fuente el *Liber*, o el Fuero Juzgo, y el Fuero de Cuenca, esto es, el Derecho común y el ejemplar más logrado del Derecho especial, que juntos, constituirían ya una codificación del sistema y, como tal codificación, la muerte o el final del mismo ⁴¹. El final del ordenamiento altomedieval estaba

40. El francés Lacoste (J. DE LACOSTE, *La mejora* [Madrid 1913]) se aproximó más a la realidad del Fuero Real, cuando afirmó que era una hijuela del Fuero Juzgo, que Galo Sánchez (G. SÁNCHEZ, *El Fuero de Soria* [Madrid 1919]), que lo supuso tomado principalmente del Fuero de Soria, y mucho más que Martínez Marina, que lo consideró como un panal de miel que contenía los néctares de las flores más logradas de nuestros fueros.

41. A pesar de haber dicho (*supra* n.28) que no volvería a citar a quien recibió sin agradecer, y ocultó, voy a decir que se puede comprobar que este párrafo coincide literalmente con E. Montanos (MONTANOS, «La inexistencia de circunstancias agravantes en el Derecho histórico», en *Estudios* cit. p 110, n. 135), porque es tal como lo escribí en ese trabajo hecho en Compostela con materiales compostelanos y ayudas, como lo acredita mi «Coloquio sobre Riepto a Concejo» (en *AHDE* 54 [1984] 596), en donde se afirma ya la inexistencia de circunstancias agravantes. Así se reconocía en el comienzo original de dicho trabajo, que fue sustituido por otro sorprendente, puesto que después del título «Inexistencia de agravantes», se comienza diciendo. «esta investigación se centra en el estudio de las circunstancias agravantes en la Historia del Derecho español» Parece ignorarse que la ingratitud es causa de revocación de las donaciones. Me he prometido, vencida la mi tradicional pereza, que suponen a pies juntillas los autores de los *Estudios criminales*, que haré una recensión de

preparado, pero no se consumaría hasta la nueva ordenación de fuentes del Ordenamiento de Alcalá, junto con las reformas de la organización procesal y «administrativa», entre las que destaca la aparición del corregidor y la centralización que supone la desaparición de la autonomía, que significaban ya un cambio también de la organización y, por consiguiente, del ordenamiento jurídico.

Una codificación final del sistema de Derecho altomedieval semejante a la operada por Alfonso X supone la promulgación por Jaime I, en las Cortes de Huesca, de los Fueros de Aragón. Sin embargo, la puesta en marcha del sistema subsiguiente y la formación del Derecho discurrirán por caminos distintos ⁴². Codi-

ellos Se la merecen. Será cuando termine mi estudio sobre los orígenes de la calumnia y la injuria, que me ocupa actualmente

42. Pues voy a salir de Castilla, y no para que dejen de decir que no salgo, sino para intentar aclarar por qué afirmo que los Fueros de Aragón son una codificación semejante a la alfonsina del Fuero Real. Pues bien, a lo que íbamos, el llamado Código de Huesca es la redacción última, oficial ahora, de los Fueros de Aragón que vino a surtir los efectos de una codificación. Ya se venía intentando recopilar el Derecho aragonés en varias ocasiones por mano particular. Se hicieron tres redacciones privadas de Fueros de Aragón, que han llegado a nosotros, y que han sido editadas por RAMOS LOS CERTALES («Compilación privada de Derecho aragonés», en *AHDE* 1 [1924]; «Recopilación de Fueros de Aragón», en *AHDE* 2 [1925]; «Recopilación de Fueros de Aragón», en *AHDE* 5 [1929]). Tiempo atrás, con ocasión de una salida para estudiar las ventajas aragonesas (A OTERO, «Ventajas o mejoría», en *AHDE* 30 [1960]), me puse en estrecha relación con ellas, y parecióme observar que eran correlativas, se completaban y, la que parece última, a la que denominé F. Aragón II, estimé que debió de ser fuente inmediata de la redacción oficial. Así, pues, se venía intentando recopilar el que algunos denominan Derecho territorial aragonés. Aquí también es inadmisibles tal denominación por tratarse del anacronismo de siempre. Estimo, y espero que se vea claro, que es preferible y más adecuado decir que se intentaba recopilar el Derecho que, procedente de los originarios focos de producción de Jaca y Sobrarbe se fundió y se fue generalizando al extenderse hacia el sur. Sería, por consiguiente, Derecho general —y así se denominó en Navarra— y no Derecho territorial. Para mí, aparte de ser incorrecta y rechazable la calificación Derecho territorial, se hace pintoresca en algunas locuciones, como la tan socorrida «el Derecho local se fue territorializando»; ¡como si se embarrara!

Se codificó el Derecho aragonés altomedieval de origen consuetudinario como en Castilla, pero el rey aragonés —¿pesaría mucho políticamente el pueblo aragonés, que en tiempo remoto, en Sobrarbe, había elegido rey, y, al elegirlo, le había presentado la redacción de su Derecho, de sus «libertades» para que jurara respetarlas?—, el rey aragonés, venía diciendo, no reivindicó el poder

ficación final del Derecho altomedieval en Aragón y en Castilla-León, pero con distintas consecuencias.

La codificación del Derecho Aragonés de origen consuetudinario por Jaime I en Huesca, sin embargo, no significó la muerte del Derecho consuetudinario, sino que la costumbre seguiría siendo fuente de creación del Derecho, consolidada ahora por la jurisprudencia zaragozana y del Justicia mayor. Pero, al lado de esta fuente tradicional, comienza una legislación de las Cortes que no se va a imponer a la costumbre antigua, sino que se enlaza con ella y la completa. Sin embargo, la nueva costumbre tendrá preferencia sobre la vieja y sobre la legislación de Cortes. La costumbre nueva, recogida, interpretada y reelaborada por los juristas influidos por las corrientes de la Recepción, se recoge en colecciones de Observancias, en donde —se repite actualmente— «se

de legislar en exclusiva. Puede que Espéculo 1,1,13 y Part. 1,1,15 contengan la teoría de la época,

Espéculo 1,1,16,... E por razon, que si los emperadores e los reys que los imperios e los regnos ovieron por eleccion pudieron fazer leys en aquello que tuvieron como en comienda, quanto mas nos que avemos el regno por derecho heredamiento.

que nos aclararía la causa de la diferencia con Castilla. La compilación de Huesca no significó totalmente la muerte del antiguo Derecho consuetudinario aragonés, sino una especie de embalsamamiento. La compilación de Huesca contiene el Derecho viejo, pero la costumbre no deja de crear nuevo Derecho, que se prefiere al viejo. El rey, siguiendo las nuevas corrientes, comienza a legislar, pero siempre —otra vez las libertades de Aragón— en colaboración con las Cortes.

Y aquí está la diferencia con Castilla. En Castilla, la costumbre, después del Ordenamiento de Alcalá, deja de crear Derecho, y la vieja se aplica solamente en defecto de ley, siguiendo criterios romanos que también fueron recogidos en Part. 1,2 con ciertas peculiaridades. Sin embargo, el Derecho aragonés, después de la compilación de Huesca, sigue un proceso formativo por dos direcciones: legislativa y consuetudinaria; costumbre ahora de la zona del Ebro fijada por la jurisprudencia zaragozana y del Justicia mayor. Y esta nueva costumbre, recogida aparte en las Observancias y en volumen distinto en la Recopilaciones Generales, será intensamente influida por el Nuevo Derecho de la Recepción, y este fruto de la influencia del Nuevo Derecho prevalecerá sobre la costumbre antigua de los Fueros de Aragón, recopilados en Huesca, y sobre la legislación de Cortes posterior, que a ellos se va añadiendo. De unas codificaciones parecidas se derivaron situaciones realmente distintas. Se deberá sin duda, a la distinta forma de operarse la Recepción.

romaniza solapadamente». Pero la costumbre nueva, tan influida por el Nuevo Derecho, prevalece, tiene aplicación preferente sobre la costumbre antigua de los Fueros de Aragón, recopilados en Huesca, y sobre la legislación de Cortes que se le va añadiendo. Este resultado puede ser consecuencia, en buena medida, de la existencia de las libertades de Aragón, que maniataban un tanto a la realeza, pero quizá conviene tener en cuenta que el rey de Aragón, para llevar avante las ansias centralizadoras y unificadoras, fruto de la época, no tenía enfrente municipios autonómicos a quienes suprimir la capacidad normativa, como ocurría en Castilla.

d) Lo acaecido en Castilla-León como consecuencia de la codificación en el Fuero Real es un panorama lleno de tinieblas, que no se nos clarifican hasta el acto final del proceso en las Cortes de Alcalá de 1348. ¿Se aplicó el Derecho tradicional, codificado en el Fuero Real, comunalmente a todos los hombres y mujeres, como dice Alfonso X en el prólogo de su Fuero? Vamos a dejar que hablen los viejos comentaristas, y no para dejarnos guiar por nuestros críticos. Hay que consultarlos, claro está, siempre lo hago, pero casi nunca encuentro algo aprovechable, y esta especie de «ganga» no se le puede cargar al lector, y porque, además, no me agrada la erudición.

Así, pues, acerca de nuestra pregunta, veamos lo que sale tirando del erudito bagaje de Llamas Molina. Nos dice Llamas⁴³ que Asso y De Manuel afirman

« que es cosa cierta que este cuerpo de leyes no se dispuso al principio para que fuese municipal de algunas ciudades y villas, a quienes se dio con privilegios rodados, y en prueba alegan ; pero contra esta conjetura, obra lo que se ha dicho con referencia al prólogo del mismo fuero, en el que..., y mandó que por él se juzgasen comunalmente todos los varones y mujeres; que fuese guardado por siempre jamás...; de cuyas palabras clara y literalmente se convence, que el ánimo y la voluntad del rey D. Alonso fue que el referido fuero se observase generalmente en todas las ciudades, villas y lugares del reino, pues de otro modo no podía verificarse el que se juzgasen por él comunemente ..

43. LLAMAS MOLINA, *Comentario* cit. p. 39.

No se opone a esto el que al principio del reinado de don Alonso, esto es, en la Era de 1293 o en el año 1255, se diese a los Concejos de Castilla el fuero del libro, como se expresa en el prólogo que el rey don Pedro hizo al Fuero viejo de Castilla, entendiéndose por fuero del libro el Fuero Real, el que posteriormente por el año de 1261 se dio á Niebla y su partido, porque esto solo prueba la *prudencia, miramiento y sabia política*, con que procedía el rey don Alonso en la introducción de su fuero, concediéndolo *lenta y suavemente* a algunas ciudades, villas y lugares, para no *privarlas de pronto* de sus antiguos fueros, á que estaban acostumbrados sus moradores de muchos años.

Si el haber procedido con lentitud el Rey D. Alonso en la introducción y publicación del Fuero Real, es causa justa para inferir que su ánimo no fue hacerlo un cuerpo general de leyes de la nación, con igual fundamento deberá decirse, que la célebre obra de las Siete Partidas tampoco la formó con este objeto, pues habiéndola concluido el año de 1263, y sobrevivido después cerca de 21 años de su conclusión, no trató de publicarla y mandar su observancia, habiéndose dilatado hasta el tiempo de su viznieto D. Alonso el XI el hacer su publicación, que se verificó en las cortes de Alcalá de Henares de 1348

Contra la conjetura formada por los autores de las Instituciones de Castilla, obra también que los mismos reconocen..., que el Fuero Real fue aceptado generalmente por las provincias que componían el resto del reino, excepto Castilla, que solo lo observó por espacio de 17 años..., según todo resulta del prólogo que el Rey D. Pedro puso a la frente del Fuero viejo de Castilla».

Y para rematar, en aquel momento, con el Fuero Real, añade Llamas Molina, aludiendo ahora al P. Burriel:

«Este Fuero Real del Rey D. Alonso se concluyó en Valladolid en. , según lo afirma el P. Burriel en la carta que escribió a D. Juan de Amaya. . inclinándose á que el mismo Rey D. Alonso fue autor del Fuero, no solo por haberlo mandado escribir, sino por haberlo escrito de su puño, ó por lo menos haberse tomado el trabajo de examinarlo, reverlo y corregirlo»⁴⁴.

44. No quiero hacer ningún comentario al Comentario de Llamas Molina, porque me saldría irónico, y me tengo prohibida la ironía. Tampoco es mi deseo hacer consideraciones acerca de los comentaristas de las Leyes de Toro ni de otros juristas que gozan de fama. Ahora, con ganas ya de terminar con estas circunstancias del Fuero Real, sólo añadiré lo que ya dije en otra ocasión («La mejora», en *AHDE* 33 [1963]). los comentarios ahí están, y los damos por conocidos de todos. A lo que añadido, que allí comenté las quince leyes de la mejora, con sus antecedentes y su evolución hasta el Código civil, en treinta

En nuestros días ya, en sede de Manuales, que son indicativos de lo sedimentado, nos encontramos con una cierta coincidencia de opiniones dentro de una mayor o menor atención dedicada al problema. Así, Galo Sánchez⁴⁵, después de haber dicho que el Fuero Real fue concedido como fuero municipal a diversos municipios, afirma que se observó en los Tribunales de Corte, originando su aplicación decisiones recogidas en las Leyes del Estilo, las cuales fueron dadas en razón de los pleitos según los usos del Tribunal de la Corte de Alfonso X y sus sucesores. Añade que sus disposiciones fueron recogidas en las Leyes Nuevas junto con varias aclaraciones reales sobre la exacta interpretación de distintos pasajes del Código alfonsino pedidas al monarca por los alcaldes, lo cual es prueba de que se aplicaba en la Corte y en otros foros. Prueba de su aplicación es también que las Recopilaciones generales incluyeran sus disposiciones más en uso y que fue pedido a las Cortes que interpretaran alguna de sus leyes. A otro orden de razones obedece que el Privilegio de Contrato de 1332 dispone la aplicación del Fuero Real al incorporarse a Castilla el Señorío de Alava.

Como podemos observar, se acepta en general que el Fuero Real se aplica en la Corte y también en algunas ciudades, como lo prueba la reacción castellana contra él en el ámbito municipal,

y seis páginas, mientras que Llamas Molina, por ejemplo, emplea doscientas cincuenta y seis. Si lo he hecho bien o mal, mejor o peor otros lo deben decir. Yo, democráticamente, voto por mi manera de hacer. Y no sólo los comentaristas de las Leyes de Toro, sino la casi generalidad de nuestros más celebrados jurisconsultos (vid VICENTE Y CARAVANTES, *Prólogo* a LLAMAS MOLINA, *Comentario* cit. p. 5) Acevedo, Matienzo, Montalvo, Gregorio López, Covarrubias. Resulta incluso triste observar alguna de sus consideraciones, no sólo tratando cuestiones típicas y exclusivas de nuestro Derecho tradicional, sino en temas jurídicos generales. Últimamente he tenido ocasión de contemplar la desorientación y falta de estilo de Antonio Gómez, Montalvo, Gregorio López y el mismo Covarrubias ante la fidelidad, y sus afines amistad y enemistad que configuran el mundo de la traición y del aleve, y siguiendo la deformación de sus interpretaciones, el asesinato. Pero no sólo en estas sedes, repito, pues también recientemente he vuelto a contemplar la figura descompuesta que ofrecen en tema de servidumbres prediales y usufructo y compraventa de cosa ajena—temas muy relacionados entre sí, sobre todo en sus orígenes y vicisitudes—, de los cuales me he tenido que ocupar nuevamente.

45. G. SÁNCHEZ, *Curso* cit pp. 79, 83 y 87.

que repercute en el Tribunal real; conflicto que se resuelve con una transacción consistente en distinguir «pleitos foreros» y «pleitos del rey»⁴⁶.

Son pocos los datos que poseemos, y, por ello se han avanzado diversas hipótesis y formulado conjeturas varias sobre el carácter del Fuero Real y el ámbito de su aplicación. Por ello, después de haber visto algunas de tiempos atrás y alguna actual, puede ser ilustrador examinar lo que al respecto se expone en los Manuales de nuestros días, en cuanto que puede ser indicativo de lo logrado por la investigación y comúnmente aceptado. Para este examen, y por economía procedimental, en lugar de una descripción individual, como la que iniciábamos, nos parece preferible la que nos brinda ya realizada en grupo uno de los Manuales en uso⁴⁷, el cual nos dice que «por lo que se refiere al ámbito de aplicación para el que el Fuero Real fue concebido, también aquí no dejan de existir discusiones entre los autores. Sin entrar en detalles...

García Gallo opina que, con independencia de su carácter de fuero observado en el Tribunal del rey primero, y como fuero concedido a algunas poblaciones, después, el Fuero de las leyes nunca tuvo el carácter de ley general. En cambio, S. Mingujón se inclina justamente por la posición contraria, sosteniendo, en base a algunas de sus disposiciones, su evidente carácter general. Por su parte, B Clavero ha subrayado su naturaleza de ley territorial, como Derecho de la Corona de Castilla, a partir del siglo XIV. Iglesia Ferreirós, tras reconocer el hecho de que únicamente se conocen concesiones particulares de dicho fuero a determinadas ciudades, opina que su concesión general no está reñida con tales otorgamientos concretos. Así parece demostrarlo la reacción municipal que más tarde se producirá contra su observancia. Además, el citado autor aduce en favor de su tesis el carácter indudablemente general que tienen las palabras con que el Fuero Real se otorgó a principios del siglo XIV a Briviesca cuando se habla de *el fuero que ovo fecho è otorgado para todo el de dicho rey don Alfonso de Castiella*, precisándose además que aquél se otorga dada la inexistencia de fuero en las villas castellanas. Finalmente Martínez Díez cuando escribe lo siguiente. «Pero el Fuero Real concedido como fuero de Castilla, no

46 J LALINDE, *Iniciación Histórica al Derecho español* (Barcelona 1983) p. 131

47 F GACTO, J ALEJANDRE, y J M.^a GARCIA MARÍN, *El Derecho histórico de los pueblos de España* (Madrid 1982) p. 284.

se extendió inicialmente más allá de la Castilla al norte del Duero y de los concejos de la Extremadura castellana... quedando fuera de su área de influjo todo el reino de León, el reino de Toledo y la mayor parte de Andalucía.»

Más esquemáticamente, como ajustado a las dimensiones de Manual, nos viene a decir aproximadamente lo mismo Pérez Prendes, aunque con la ventaja de ponernos a mano una bibliografía que reproduciremos ⁴⁸. Dice:

«Fuero Real — Con este nombre se conoce una obra de Alfonso X el Sabio, una de cuyas finalidades fue la de unificar el Derecho local castellano, bien mediante su promulgación con carácter territorial, bien mediante su reiterada concesión a muy diferentes ciudades.

Sobre el Fuero Real, como sobre toda la labor legislativa de Alfonso X, existe un gran número de cuestiones discutidas...

Don Galo señaló que no era claro que se promulgase el Fuero Real «como Código general o territorial de la monarquía» Si bien García Gallo afirma el carácter local, con buenas razones, tanto Iglesia Ferreirós como Clavero han reinsistido en su carácter territorial, ya fuese originario (Iglesia) ya posterior (Clavero)» ⁴⁹.

Hay, como se ha visto, pocos datos claros y varias opiniones e incluso especulaciones acerca de las concesiones del Fuero Real y de las intenciones y los objetivos perseguidos por Alfonso X; se llegó a teorizar que se perseguía la producción libre del Derecho y que terminaría por prevalecer en la Corte y en ambas Extremaduras. A la Extremadura leonesa se ve trascender la influencia del Fuero de Cuenca. De todas formas, no se ven pruebas claras, y el Ordenamiento de Alcalá no da pie para pensar en que

48. J. M. PEREZ-PRENDES, *Curso de Historia del Derecho español I* (Madrid 1983) p. 656 s.

49. E. PÉREZ PUJOL, «Sobre la fuerza obligatoria del Fuero Real», en *RGLJ*, 60 (1882). A. GARCÍA-GALLO, «Nuevas observaciones sobre la labor legislativa de Alfonso X», en *AHDE* 46 (1976); A. IGLESIA FERREIRÓS, «Las Cortes de Zamora de 1274 y los casos de Corte», en *AHDE* 41 (1971); B. CLAVERO, «Behetría 1255-1356, crisis de una institución de Señorío y la formación de un Derecho regional en Castilla», en *AHDE* 44 (1974), *id.* «Notas sobre el Derecho territorial castellano (1367-1445)», en *HID* 2 (1975); G. MARTÍNEZ, «Los comienzos de la recepción en España y el Fuero Real», en *Atti del Convegno di Varenna* (Milán 1980).

hubiera cuajado una tal generalización del Fuero Real. Ord. Alcalá. 28,1 nos dice solamente de aplicación en la Corte e *algunas Villas*. Éste parece un dato seguro, pues esta disposición vinculaba y no parece haber sido contradicha; nosotros, pues, debemos dejarnos vincular por el testimonio legal, que sí es claro y que prevaleció.

B) Parece claro que hubo una fuerte reacción, que se dice popular, contra el Fuero Real, que no parece demasiado justificada si se compara el fuero del rey con su adaptación llevada a cabo en el Fuero de Soria. Las diferencias entre ambos no dan pie para la protesta, que se justificaría un poco más por las consecuencias de juzgarse las alzadas por un Derecho distinto al de la primera instancia, y acabaría de encontrar justificación al añadirse las razones políticas que la movían. De cualquier forma, no se comprende que se haya dicho que la reacción popular convenciera al rey para redactar las Partidas, pues esta obra no sólo no contemplaba el Derecho tradicional, sino que lo contradecía en muchos puntos.

Se hace necesario hablar de las Partidas, aunque no por esa razón, sino por la sencilla razón de ser la segunda fase de la labor ordenadora de Alfonso X. Digo que se hace necesario, porque lo es para nuestro propósito, pero también porque tiene algo de meterse en una especie de avispero o coto vedado en que parece haberse convertido desde siempre el conocimiento de las Partidas, explicable en parte antes de la codificación, cuando estaban todavía vigentes. He dicho ya que es la segunda fase de la labor de Alfonso el Sabio, perfectamente coordinada con la primera de elaboración del Fuero Real.

A mi entender, se hace necesario abandonar aquella idea de que era difícilmente comprensible que el Fuero Real y las Partidas, obras tan distintas, fueran fruto de una misma política legislativa, como no fuera la de intentar lograr la unificación jurídica frente a la diversidad imperante. Son obras distintas, pero distintos también eran los objetivos que se proponían dentro de un plan general. El rey Sabio se proponía reivindicar en exclusiva el poder legislativo, pues tan abandonado tenían los reyes su ejercicio que hubo de hacerlo recordando y haciendo *entender a los omes de-*

sentendudos que nos avemos poder de facer estas leves ⁵⁰. Una vez aclarado su *poder facer*, procedió a intentar la liquidación de la situación anterior mediante esa especie de codificación del sistema que hemos dicho supone el Fuero Real. Y, después de reivindicado el poder legislativo, que suponía ya la prohibición de crear Derecho las entidades autonómicas, lo comenzó a ejercer mediante la publicación de un cuerpo de Derecho, inspirado en el tan celebrado Nuevo Derecho de las Universidades, que había de inspirar ⁵¹ y suplir, siendo un Derecho supletorio de la nueva legislación de los monarcas y del viejo Derecho codificado en Fuero con carácter de costumbre, que habían de constituir el nuevo sistema jurídico bajomedieval. Ésta es, a mi entender, la política del rey Sabio que había de confirmar Alfonso XI. Alfonso XI, después de larga lucha, logró alcanzar la fuerza política, que no había tenido su bisabuelo, para poner en práctica su proyecto. El de Alfonso el de Alcalá es el proyecto de Alfonso X. Tardó, pero al fin, casi un siglo después, se vio realizado aquel magno proyecto del Sabio pero poco afortunado rey Alfonso.

a) Del Fuero Real ya hemos dicho ⁵². Después del Fuero, con más o menos relación con el Septenario, que me preocupa poco, así como la posible intervención de Fernando III en aquel proyecto, se comenzaría la elaboración del Espéculo, cuyo nombre podría reflejar su carácter y la concepción de los espejos a que parece responder. Del Espéculo se ha hecho recientemente una edición ⁵³, cuyo prólogo nos proporciona algunos datos acerca de este texto que parece un

50. En Espéculo 1,1,13 y Part 1,1,15.

51. Ya lo dice Alfonso X en el mismo comienzo de la obra. ¿Qué otra cosa si no significa el comienzo del título primero de la primera de las siete partes en que partió la obra? Releámoslo

A servicio de Dios, é á pro comunal de las gentes facemos este libro, segun que mos tramos en el comienzo del. E partimoslo en siete partes, en la manera que disimos de suso; poque los que lo leyesen, fallasen ay todas las cosas cumplidas, é ciertas para aprovecharse dellas. E departimos ...

52. Podemos añadir que recientemente apareció una edición debida a G. MARTÍNEZ DÍEZ, *El Fuero Real* (Ávila 1988).

53. G. MARTÍNEZ DÍEZ, *El Espéculo* (Ávila 1985).

proyecto abandonado a fin de enfocar de una manera algo distinta aquel intento, en mi opinión, de elaborar un espejo en el que se reflejara el buen Derecho, el sistema perfecto de los propagandistas, que pudiera ser, al mismo tiempo, el Derecho supletorio de la futura legislación y de la costumbre altomedieval ya codificada.

Por qué se abandonó el proyecto originario es algo que me sigo preguntando, y que desde siempre me respondo con que algo debió de influir el Fecho del Imperio, que aconsejaría hacer, más que un espejo, un ordenamiento total del Orbe. Siempre he pensado, y conocido es en mis alrededores, que la pretensión imperial de Alfonso X debió de haber sido decisiva en la elaboración de las Partidas, pero continúo preguntándome; lo cual parece ser síntoma de que no encuentro respuesta satisfactoria. No es que me haya ocupado del problema, pues no he pasado de pequeñas comparaciones sobre la marcha entre el *Espéculo* y las Partidas, especialmente en sede de la segunda Partida, que es en donde, a mi parecer, deberían darse mayores diferencias. No advierto diferencias notables, que estimo deberían existir entre un proyecto de organización y gobierno de un Reino y el del Imperio medieval. Pero mi opinión no es valiosa y puede que ni estimable sea. Mientras tanto, debo confesar que sigo sin sospechar siquiera de dónde salió la segunda Partida, en la cual se podría esperar la presencia de una teoría política elaborada por la patrística y ya recogida por San Isidoro, según se dice, que sería la base de la doctrina elaborada por nuestros tratadistas, y que aparece con gran personalidad en la Edad Moderna para inquietud de gobernantes ultrapirenaicos. Temo que se han vuelto a desbocar los corceles de mi elocuencia. También se puede soltar la rienda a la imaginación, aunque sólo sea para insinuar otra labor para hacer, de la que podría venir luz.

Para hacer un texto de Derecho subsidiario, cual yo supongo las Partidas, puede que bastara asaz con tratar las materias de Derecho privado, penal y procesal, quedando la organización del Reino, la organización política y administrativa, que diríamos hoy, reservada para la legislación regia y de Cortes posterior. Pero quizá este planteamiento, que nos parece lógico, sea ajustado solamente a la lógica actual o, simplemente, a mi lógica.

a') Pues bien, y ya que hemos dicho algo acerca de la Partida segunda, parece como si nos sobreviniera un impulso para decir algo de las otras, Y nada más comenzar, siento la necesidad de pedir disculpa por evitar decir algo de la primera Partida. Esta Partida de la A —de la A de Alfonso, claro— se me ha hecho siempre poco simpática, con lo cual quiero decir que es la que estimo de menos calidad, y no sé bien por qué, por lo cual he hablado de simpatía. Lo cierto es que no son brillantes las consideraciones acerca de la ley y, desde luego, parecen producir insatisfacción las que se hacen sobre uso, costumbre y fuero. Tan es así, que debió de ser poco leída, a juzgar por los problemas que se plantean los tratadistas sobre algunos de sus aspectos al tratar del orden de prelación de Ord. Alcalá 28,1.

A mi entender, y en esto puede que intervengan problemas de gusto, las Partidas cuarta, quinta y sexta son las más logradas y las que menos problemas suponen a la hora de intentar establecer su procedencia. No sorprende que sea mayor su calidad, puesto que el Derecho privado fue el campo de mayor esplendor del cultivo del Derecho romano. Los elaboradores del Derecho renacido debieron de heredar de los juristas romanos la preferencia por el Derecho privado, y de los romanos debieron de aprender su poca preocupación por otros campos como el Derecho criminal. Todo el Derecho privado está tratado con gran altura en las Partidas, a nivel de la mejor jurisprudencia de la época. Larraona y Tabera⁵⁴ se han ocupado de señalar las materias y las direcciones más importantes de la influencia romanística; puede decirse que se ha recibido todo el sistema de Derecho privado y con un tono doctrinal ya puesto de relieve y celebrado, que inclina a suponer que procede de alguna *Summa*, probablemente la de Azo, aunque sin excluir alguna otra⁵⁵. Son modelos de exposición los contratos, la organización patrimonial familiar y las sucesiones, que eran los puntos en que más se distanciaban del Derecho tradicional, por lo cual vinieron a ser los menos seguidos o no observados en la

54. A. LARRAONA y A. TABERA, «En Derecho justiniano en España», en *Atti d'el Congresso internazionale di Diritto romano II* (Bolonia-Roma 1933).

55. Vid. ARIAS BONET, cit.

práctica. Son las materias que constituyen el que se llamaría Derecho foral, que para mí es lo que persiste del Derecho tradicional después de la recepción del Nuevo Derecho. Comprendido dentro del campo del Derecho privado, en sede de la Partida cuarta, se encuentra incluido un título sobre Derecho feudal. Es un título que no supone una exposición general, pues el feudal es un sistema jurídico completo, pero es estimado por los autores como una magnífica caracterización, confirmada por la práctica, puesto que fue utilizado en Aragón y se intentó utilizar en Cataluña ⁵⁶. La materia de matrimonio, lógicamente, se tomó del Derecho canónico y de la canonística, como ha sido puesto de relieve en algún trabajo ya citado de Maldonado y Giménez y Carvajal ⁵⁷.

La Partida tercera es generalmente elogiada y puede que sea de la que más se han estudiado sus posibles fuentes. Todo parece indicar que es obra del Maestro Jacobo, para cuya redacción utilizaría una rica literatura procesal. Recoge, naturalmente, el procedimiento inquisitivo del momento, con fuerte tendencia escolástica, con algún regusto por las construcciones doctrinales y cierto descuido de las necesidades de la práctica. Se comprende la repulsa ambiental por el choque que suponía la introducción del procedimiento inquisitivo en un ambiente de predominio del procedimiento acusatorio. Nos lo prueba de una forma expresiva Part. 7,4,1, al creer necesario justificar la *lid* como medio de prueba en el riego, que dice: *que tuvieron los fijosdalgo de España, que mejor les era defender su derecho e su lealtad por armas que meterlo a peligro de pesquisa, o de falsos testigos*. Y bueno es que no alcanzaron a ver que del procedimiento inquisitivo nace la tortura. También se irían un poco más allá de la cuenta los procesalistas con su admiración por las doctrinas procesales con el consiguiente perjuicio práctico. La admiración y devoción por la *litis contestatio*, por ejemplo, constituye anacronismo en el siglo XIII, si es que la *litis contestatio* y el efecto consuntivo de las acciones ya estaban en crisis a fines de la época clásica; y no

56. R. RIAZA, «Las Partidas y los “Libri feudorum”», en *AHDE* 10 (1933). Vid. supra n. 25.

57. Vid. supra n. 25.

digamos del trastorno de la práctica que producían nuestros juristas con su tradicionalismo y apego al Derecho romanizante aún a fines del siglo XIX⁵⁸. La Partida tercera incluye también un título dedicado a las escrituras, que es un Formulario en la línea del *Ars dictandi* y Rolandino. El siguiente título, Part. 3,19, trata de los escribanos. No dice Partidas notarios, a pesar de su nacimiento, y estoy por decir que persiste el nombre de escribanos hasta la Ley del Notariado de 1860. En verdad que es pintoresca la caracterización de los escribanos que hace: *Escriuano tanto quiere decir, como ome que es sabidor de escriuir; e son dos maneras dellos*. Pintorescos unas veces y desafortunados otras son algunos de estos comienzos que usan los títulos de las Partidas. Podíamos buscar varios, pero baste a manera de muestra, uno más de los despropositados, Part. 7,2,1: *Laesae Majestatis crimen, tanto quiere dezir en romance como yerro de traycion que faze ome contra la persona del Rey*. Cuando había *crimen maiestatis* no había rey, y todavía no había nacido la traición. Y cuidado se debe tener con las etimologías de las Partidas.

La Partida séptima es una logradísima exposición de Derecho criminal público, que se recibe en España cuando aquí campea por doquier la venganza privada y una concepción objetiva del delito; es decir, un denominado Derecho criminal de autor frente a un Derecho criminal de hecho. Con estas pocas palabras nos parece haber hecho una caracterización de la Partida séptima, Partida que se merece todos los elogios. Es un Derecho criminal completamente moderno. Lo que a los ojos de los hombres actuales tiene de extraño pertenece a la penología, que es, lógicamente, la de la época. Así, pues, esta séptima Partida presenta casi exclusivamente un problema de fuentes, que se reduce probablemente a la localización de autor o autores concretos, puesto que, para mí al menos, es claro que la doctrina contenida procede de la canonística. En sede de la romanística, los cultivadores del Derecho, los juristas siguieron en la línea de los jurisconsultos romanos, sin prestar atención al campo criminal, que incluso pa-

58. Vid. V FAIRÉN, *El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia* *Contra la doctrina de la «litis contestatio»* (Barcelona 1950)

rece a Baldo ajeno al arte jurídico, como hemos de ver algo más adelante en Glosa Part. 7,21,3. El delito es, junto con el contrato, fuente de obligaciones; por aquí, pues, es por donde puede interesar el delito al jurista. Por el contrario, en el campo de la teología moral se da una coincidencia entre pecado y delito, que es lo que hace entrar el estudio de los delitos en el terreno de los teólogos, en el campo de la canonística. Se explica, por consiguiente, la falta de interés de los juristas romanos por el llamado Derecho criminal, y el florecimiento de su cultivo en el apogeo de la canonística. Por los comentarios a las Decretales y entre sus autores deben de estar las fuentes de la Partida séptima. Siento no poder señalar a Alfonso de Castro, el leonés, me parece, que los españoles tienen como fundador del que llaman Derecho penal, moderno, claro. Digno de destacar parece la inclusión en la Partida séptima de tres títulos que no son precisamente pertenecientes al Nuevo Derecho y que, en buena medida, son típicos del Derecho hispánico o más exactamente del Derecho castellano-leonés. Se trata del dedicado al *riepto segund costumbre de España*, a las traiciones que dan lugar a riepto y a la lid que se hace por razón de riepto. Es un tema que planteaba problemas, resueltos en Ord. Alcalá 28,1 y que juega un importante papel en la Historia del Derecho señorial. Lo veremos allí con cierto detenimiento, especialmente por razones relacionadas con los fijodalgos.

2.

A) Tenemos ya casi todas las piezas de la partida de ajedrez que se va jugar en las Cortes de Alcalá de 1348, en la que se dará jaque mate al tema altomedieval, y se empezará a jugar de acuerdo con las nuevas reglas allí establecidas. Nos falta por aproximar a aquella gran ocasión la importante pieza que había sido y que será después el Derecho señorial. De propósito hemos dejado su historia y sus problemas para el momento de Alcalá, en donde saldrá junto con el riepto, la otra pieza de aquella partida, que está inseparablemente unida desde sus orígenes al Derecho señorial. Para entonces lo dejamos, con un apéndice casi inevitable.

Dice Alfonso XI, en el comienzo del que conocemos como Ordenamiento de Alcalá, que

... aviendo voluntat que la Justicia se faga como debe, è que los que la han de facer. la puedan facer sin embargo, è sin alongamiento, facemos, é establescemos estas leys que se siguen.

Intentaba el rey desde hacía algún tiempo llevar a cabo algunas modificaciones en la organización del Reino y en la formación del Derecho, modificaciones éstas en la línea iniciada por Alfonso X de reivindicar en exclusiva el poder de legislar. Su intención, asomada en Cortes anteriores, era que las leyes de Ordenamientos fueran aplicadas en los municipios, para lo cual era preciso suprimir las facultades normativas de éstos, a fin de que fueran aplicadas allí las leyes regias, y que, conservando el Derecho municipal existente, dejaran de poder crearlo, al pasar al rey en exclusiva la facultad de crear nuevo Derecho, interpretarlo y modificar el antiguo. No lo consiguió el rey en Cortes anteriores, pero ahora, en las de Alcalá, con nuevos o reforzados apoyos señoriales —más bien parece que reforzados apoyos señoriales—, logra publicar en Cortes una serie de leyes acompañando a una que parece «constitucional», y lo hace

. con conseio de los perlados, è ricos omes, è Cavalleros. è Omes buenos que son connusco en estas Cortes, que mandamos façer en Alcala de Fenares, è con los Alcalles de nuestra Corte, ..

Publicadas con *conseio* de los principales del Reino con ocasión de celebrarse Cortes, pero no leyes de Cortes, de ordenamiento, son una serie de leyes, algunas procedentes de Cortes anteriores, que preceden a una que lleva a cabo la reforma trascendental que desde tiempo se venía persiguiendo; precisamente se intentaba desde Alfonso X, y el de Alcalá es el último acto y realización final de aquel proyecto alfonsino.

Dice Ord. Alcalá 28,1:

Nuestra entencion, è nuestra voluntat es, que los nuestros naturales, è moradores de los nuestros Regnos sean mantenidos en pas, è en justicia: et como para esto sea menester dar Leys ciertas por dò se libren los pleytos, è las contiendas, que acaescieren entrellos, è maguer que *en la nuestra Corte usan del fuero de las leys, è algunas Villas de nuestro Sennorio lo han por fuero, è otras Cibdades, è Villas han otros fueros departidos por los quales se pueden librar algunos pleytos, pero porque muchas veces son las*

contiendas, è los pleytos, que entre los omes acaescen, è se mueven cada dia, que se non pueden librar por los fueros, por ende queriendo poner remedió convenible à esto ESTABLESCAMOS, E MANDAMOS que LOS DICHOS FUEROS SEAN GUARDADOS en aquellas cosas, que se usaron, salvo en aquellas que Nos fallaremos que se deben mejorar, è emendar, è en las que son contra Dios, è contra raçon, è contra Leys, que en este nuestro libro se contienen, POR LAS quales LEYS en este nuestro libro MANDAMOS QUE SE LIBRE PRIMERAMENTE TODOS LOS PLEYTOS ceviles, è cremnales; è los pleytos, è contiendas QUE SE NON PUDIEREN LIBRAR POR LAS LEYS DESTE LIBRO, E POR LOS DICHOS FUEROS mandamos QUE SE LIBREN por las Leys contenidas en los LIBROS DE LAS SIETE PARTIDAS, que el Rey Don Alfonso nuestro Visabuelo mandò ordenar, como quier que fasta aquí non se falla que sean publicadas por mandado del Rey, nin fueron avidas por Leys,

... fasta aquí non se falla que sean publicadas por mandado del Rey, nin fueron avidas por Leys, pero mandamoslas requerir, è concertar, è emendar en algunas cosas que cumplan; et así concertadas, è emendadas, porque fueron sacadas de los dichos de los Santos Padres, è de los derechos, è dichos de muchos Sabios antiguos, è de fueros, è de costumbres antiguas de Espanna, DAMOSLAS POR NUESTRAS LEYS, et porque sean ciertas, è non aya raçon de tirar, è emendar, è mudar en ellas cada uno lo que quisiere, mandamos facer dellas dos Libros, uno seellado con nuestro seello de oro, è otro seellado con nuestro seello de plomo para tener en la nuestra Camara, porque en lo que dubda oviere, que lo concierten con ellos,

... Et porque los fijosdalgo de nuestro Regno han en algunas comarcas fuero de alvedrio, è otros fueros porque se judgan ellos, e sus Vasallos, tenemos por bien, que LES SEAN GUARDADOS SUS FUEROS a ellos, è à sus Vasallos segunt que lo han de fuero, è les fueron guardados fasta aquí .. Et otrosi tenemos por bien que sea guardado el Ordenamiento, QUE NOS AGORA FECIMOS EN ESTAS CORTES PARA LOS FIJOSDALGO, el qual madamos poner en fin deste nuestro Libro

... Et otrosi en fecho de rieptos que sea guardado aquel uso, è aquella costumbre que fue usada, è guardado en tiempo de los otros Reys, e en el nuestro.

b) Efectivamente. Considera Alfonso XI que existen dificultades para mejorar la administración de la justicia que se propone, para lo cual cuenta con unos medios, unos textos con los cuales, y ordenada convenientemente su aplicación, piensa lograr su objetivo, pues dice:

.. è maguer que en la nuestra Corte usan del fuero de las leys, è algunas Villas de nuestro Sennorio lo han por fuero, è otras Cibdades è Villas han otros fueros departidos por los quales se pueden librar algunos pleytos, pero porque muchas son las contiendas, è los pleytos... que se non pueden librar por los fueros, por ende... queriendo poner remedio convenible a esto...

Reconoce el rey la existencia de unos fueros *departidos* y un fuero de las leyes, hecho por su bisabuelo para remediar la ausencia de fueros en algunas ciudades y villas, por los cuales se libran los pleitos, pero que algunos no pueden ser librados por ellos. Por las razones que sean, algunas claras, se quiere respetar la vigencia de estos textos contenedores de la costumbre tradicional para aquellos pleitos a los que sean aplicables y cuando reúnan los requisitos exigidos. Y, para eso,

...establescemos, è mandamos que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas, que se usaron, salvo en aquellas que Nos fallaremos que se deben mejorar, è emendar, è en las que son contra Dios, è contra raçon, è contra Leys, que en este nuestro libro se contienen,...

Los fueros, pues, se podrán aplicar, según se acostumbra a decir actualmente, cuando se pruebe su uso, y no sean contra Dios o contra ley. Desde la actualidad también, se puede decir que los fueros contienen el Derecho consuetudinario, y para su aplicación, siguiendo el Derecho romano, se exige que no sea contra ley y que se pruebe su uso, puesto que la costumbre adquiere fuerza de obligar por el uso, y la pierde por el desuso. Por esto, no sólo es inexacto sino censurable afirmar, como se puede leer en manuales, que el Ordenamiento de Alcalá permite la aplicación de los fueros municipales con fuertes limitaciones, cuando lo que hace es exigir que reúnan determinados requisitos.

El Ordenamiento de Alcalá exige a los fueros municipales, para su aplicación, los requisitos establecidos por las doctrinas de la época. Concretamente, Ord. Alcalá 28,1 exige los mismo requisitos consignados en Part. 1,2, título que trata, como es sabido, *Del uso. é de la costumbre é del fuero*.

Se prohíbe la aplicación de la costumbre, es decir, del fuero contrario a las leyes contenidas en el Ordenamiento, siguiendo en

la línea de rechazo romano de la costumbre contra ley por las razones conocidas ⁵⁹, que habían sido recogidas en Part. 1,2,5 con un matiz peculiar, cual es atribuirse al rey el consentimiento, si quiera sea tácito, de la costumbre usada por el «pueblo», siendo así que tradicionalmente se dice que consiente el pueblo. Y se debe interpretar, y así se ha hecho, contra ley que se pueda hacer, puesto que el rey se reserva el derecho de hacer nuevas leyes, como se confirmará en L. Toro 1.

La prohibición de aplicar las costumbres que sean contra Dios se explicó como procedente de la patrística, que lo habría derivado de algún pasaje en que Cristo se dice máxima justicia. Y también podría explicarse por el cambio del significado de la equidad, que de ser un criterio que busca la igualdad en la aplicación, pasó a ser en el medievo adecuación de las normas al Derecho divino. Pero las Partidas nos relevan un poco de la tarea de probar, porque incluyen la prohibición no sólo de lo contrario a la ley de Dios, sino también de lo que va contra el Derecho natural. Derecho natural que, tal como aparece en Part. 1,2,2, parece acoger, a través de Ulpiano quizá, la concepción pagana de un *ius naturale* como ley que la naturaleza dicta en común a los hombres y a los animales, y que da la impresión de producir contrastes en la Glosa de Gregorio López. Que no sea el fuero contra razón es un sano racionalismo escolástico que campea en la época y que en Hispania parece predominar sobre el voluntarismo legislativo, puesto que aquí se prefiere que la ley sea ordenación de la razón, por lo cual, lo que es contrario no es Derecho.

La exigencia de la prueba del uso está en la esencia de la costumbre, si es que ésta adquiere fuerza de obligar por ser uso inveterado; fuerza de obligar que pierde por el desuso. La ley, por el contrario, deriva su fuerza de obligar de ser un acto imperativo, por lo cual no pierde su vigencia por falta de uso, sino por disposición derogatoria o simplemente contraria de la voluntad del legislador. La ley puede envejecer, y de ello nos dice Part. 1,1 cuando señala cómo debe hacerse la ley nueva. Aparte de la doctrina imperante que justifica la prueba del uso de la costumbre,

59. Vid. supra n 2

esta necesidad de probar está establecida y de manera simpática en Part. 1,2, así como todas las otras condiciones requeridas ⁶⁰.

Se debe tener presente, pues, Part. 1,2 al exponer lo dispuesto en Ord. Alcalá 28,1. El comentario de este título me hace sonreír por el tono de ingenuidad popular con que está redactado, aunque se le debe reconocer claridad y atinados desaciertos. Después de decirnos Part. 1,2,1, a su modo,

Uso es cosa que nasce de aquellas cosas que hombre dice é face, é sigue continuamente por gran tiempo, é sin embargo ninguno.

es innegable que no es brillante ni acertado decir, Part. 1,2,4,

Costumbre es derecho ó fuero que no es escrito: el cual han usado los homes luengo tiempo

siendo así que Part. 1,2,7 nos va a afirmar que

Fuero es cosa en que se encierran dos cosas que habemos dicho, uso é costumbre, que cada una dellas ha de entrar en fuero para que sea firme.

En verdad, es que tanta cosa hace que la cosa no sea clara, pero la cosa se aclara un poco y hasta se explica un tanto en Part. 1,2,5 al decirnos

Pueblo tanto quiere decir como ayuntamiento de gentes de todas maneras de aquella tierra do se allegan.. E tal pueblo como este, ó la mayor partida del, si usaren diez ó veinte años á facer alguna cosa, como en manera de costumbre, sabiéndolo el Señor de la tierra, é non lo contradiciendo, é teniendolo por bien, puedanla facer, é debe ser tenida, é guardada por costumbre, si en este tiempo mismo fueren dados concejaramente dos juicios..., é non habiendo quien gelas contralle... E otrosi decimos, que la costumbre que el puéblo quiere poner, é usar de ella, debe ser con derecha razon, e non contra Ley de Dios, ni contra señorío, ni contra derecho natural, ni contra pro comunal de toda la tierra del lugar do se face...

⁶⁰ Pero este título, así como el anterior, no era o no quiso ser conocido por Antonio Gómez. Tampoco debía de serlo para Llamas Molina cuando recurrió a una fórmula expeditiva para explicarle al P. Burriel por qué A Gómez afirmaba no ser necesario probar el uso de las Partidas. Del problema trataremos en sede de Leyes de Toro, que son quienes así determinan.

Sorprendente éste que se me antoja paralelismo de las Partidas con la Escuela histórica. También las Partidas parecen hacer al pueblo artífice de la costumbre, si bien hacen al rey consentidor de ella, quien, al ser legislador y consentir en ella, hasta parece justificar que Part. 1,2,8 diga: *é desta guisa sera asi como ley*.

Pero, a lo que íbamos. Podemos decir, por consiguiente, que, según las Partidas, el uso convierte los actos en costumbre con fuerza de obligar, en costumbre, que es Derecho que no necesita ser puesto por escrito y que, para ser más paladina, se pone por escrito al integrar el fuero.

c) Pero las leyes que ahora en este Ordenamiento de Alcalá se establecen van a tener el primer lugar de valimiento, pues deben aplicarse con preferencia

.. Leys, que en este nuestro libro se contienen, por las cuales Leys en este nuestro libro mandamos que se libren primeramente todos los pleytos ceviles, è creminales; ..

Esta disposición significa un cambio de gran trascendencia, pues supone el acatamiento del Derecho emanado por el poder legislativo que el monarca reivindica y va a ejercer en exclusiva, suprimiéndose la facultad de crear Derecho que, por delegación real, disfrutaban los municipios autonómicos. La batalla debió de ser dura. Debe recordarse que los municipios venían luchando tenazmente para defender sus privilegios y su autonomía, y hasta tal punto lo hicieron, que los monarcas, incluso Alfonso XI en las Cortes anteriores a las de Alcalá, cuando quisieron que las disposiciones de Cortes fueran aplicadas en los municipios, hubieron de recurrir a la fórmula de ordenar que fueran incorporadas al fuero, pues no se cumplían como tales leyes.

d) Por fin, y después de secular lucha, el rey triunfa en la empresa reivindicadora que supone el fin de la autonomía y la recuperación total del poder legislativo. El rey no sólo legisla este cuerpo de leyes que promulga ante las Cortes, sino que en la misma ley expone paladinamente cuál es su poder

Et porque al Rey pertenesce, è hà poder de facer fueros, e Leys, è de las interpretar, è declarar, è emendar dò viere que cumple, tenemos por bien que si en los dichos fueros, ò en los libros

de las Partidas sobredichas, ó en este nuestro libro, ò en alguna, ò en algunas Leys de las que en el se contienen fuere menester interpretacion, ò declaracion, ò emendar, ò annadir, ò tirar, ò mudar, que Nos que lo fagamos. Et si alguna contrariedad pareciere en las Leys sobredichas entre si mesmas, ò en los fueros, ò en qualquier dellos, ò alguna dubda fuere fallada en ellos, ò algunt fecho porque por ellos non se pueda librar, que Nos seamos requeridos sobrello, porque fagamos interpretacion, ò declaracion, ò emienda do entendieremos que cumple, e fagamos Ley nueva la que entieremos que cumple sobrello, porque la justicia, ò el derecho sea guardado.

Pues bien, no sólo se deben aplicar en primer término las leyes que ahora da el rey, sino también las que diere en el futuro, pues claramente se dice que a él corresponde hacer nuevas leyes. Poder de legislar declarado por el rey, que se corresponde con la teoría de la época, recogida en Part, 1,1,12, la cual reconocía al rey en su reino los mismos poderes que al emperador en el Imperio.

Además del poder de legislar, afirma el rey pertenecerle el poder de hacer fueros y de enmendarlos. Es éste un punto interesante, que no necesita mayor explicación, pero que debió de provocar no poca preocupación a los municipios. Sabido es que los reyes concedían los fueros municipales en forma de privilegios, y que este poder fue delegado en señores eclesiásticos y seculares. Que el rey podía alterar o suprimir los fueros parece probarlo el que los municipios solían pedir la confirmación por los monarcas sucesivos. Podían, pues, derogarlos y modificarlos, si bien las modificaciones serían habitualmente para mejorarlos, aunque no siempre tan intensamente como el amejoramiento de Sancho IV al Fuero de Cuenca. Los municipios, sin embargo, debieron de temer que, después de serle suprimida la facultad normativa, les fuera derogado su viejo fuero. Mas esta preocupación fue acallada con la promesa de que no serían derogados los fueros sin la aprobación de las Cortes.

e) Punto interesante es, sin duda, el poder de interpretar, declarar y enmendar los libros de las Partidas, que vamos a comentar aún antes de haber llegado al punto en que Ord. Alcalá 28,1 ordena que, en defecto de leyes del Ordenamiento y posteriores y

de los fueros, se deben aplicar las leyes de las Siete Partidas. No deja de ser un tanto sorprendente a primera vista, puesto que se dice que las Partidas recogen los dichos de los Santos Padres y de los Sabios antiguos y las costumbres antiguas de España, y fueron dadas por Leys, pero para ser aplicadas en defecto de leyes y de fueros, y, si no eran adecuadas, bastaba con no emplearlas, sin necesidad de modificarlas. Sin embargo, los reyes no han suprimido ni modificado, que se sepa, ley alguna de las Partidas, por lo cual, preferible puede que sea estimar que se trate de un lapsus cálami del redactor que extendió el poder del rey a todos los elementos de la prelación. De todas formas, conviene recordar el supuesto, porque alguna tendencia hubo a identificar darlas por leyes, que dice el Ordenamiento, con ser leyes, pues ya hemos comentado que convenía a los juristas, y esto se manifestará en L. Toro 1 al decir que se aplicarán aunque no se pruebe su uso, como si de leyes regias se tratara.

Que el rey puede interpretar las leyes y fueros es algo que está en la doctrina de la época, cual se contiene en Part. 1,1,14, que nos dice incluso que la interpretación *non puede ser por otro fecha. sino por aquel que las fizo*. Sucedería, como ya hemos comentado mucho más arriba, que los doctores de la Nueva *iusti atque iniusti scientia* intentaron ser ellos los facultados, y hasta puede que vieran un resquicio ofrecido por la ley, que establecía: *aquel que las fizo ó por otro que sea en su logar*. De hecho, los reyes lo autorizaron, hasta que cortó L. Toro 1, al derogar la última facultad concedida por la Ordenanza de Madrid de 1499.

Pues bien; dicho queda ya que en defecto de leyes y de fueros se aplican las Siete Partidas como Derecho subsidiario. Diolas por leyes Alfonso XI para que fueran aplicadas en defecto de leyes y fueros, lo cual no dejaría de ser chocante si fueran puestas como «verdaderas leyes», pues vendría a ser aplicada la costumbre de los fueros contra la ley de Partidas. Pero no se dieron como verdaderas leyes, sino que se les dió carácter legal para que fueran aplicadas como Derecho subsidiario, cual ya habría proyectado Alfonso X. Codificada por el rey la antigua costumbre en el Fuero Real ya era *asi como ley*, y se aplicaría en defecto de las nuevas leyes. Y para lo que no contemplaban las nuevas leyes ni el viejo

Derecho se miraba en el espejo que, como tal, reflejaba el que se debía aplicar.

Surge, sin embargo, un problema con el Fuero Real respecto a la necesidad o no de la prueba de su uso para ser aplicado. A mi parecer, el problema se resuelve partiendo del hecho de la doble personalidad que puede tener el Fuero Real: de fuero del rey aplicado en el Tribunal de la Corte y de fuero municipal concedido por el rey. Porque parece claro que el que invoca el Fuero Real como fuero de su municipio debería probar que se usa, mientras que hasta resultaría paradójico que el Tribunal de la Corte exigiera que se pruebe que se usa allí.

El Fuero Real se impondría en la práctica, ante el vacío legislativo, por su aplicación en la Corte. Y, después, por doquier se impondría la aplicación en campos enteros, como Derecho penal y Derecho procesal, de las Partidas por el vacío o por lo inadecuado del viejo Derecho. Así, con el predominio del Fuero Real y de las Partidas comenzaría a discurrir la vida de aplicación desde el Ordenamiento de Alcalá, para acabar, sin más que el añadido de la Leyes de Toro, siendo los textos fundamentales hasta la codificación.

f) De la aplicación de las Partidas no necesito hablar, pues ya lo hice al tratar de los estudios sobre las Partidas. Por ello, aquí me limito a remitir al lector a las páginas de nuestro capítulo primero. Sólo debo repetir que Alfonso XI, como es sabido, estableció que en defecto del Ordenamiento que ahora promulga y de las leyes que él y sus sucesores puedan promulgar se deben aplicar las Partidas de su bisabuelo Alfonso X. Añadir se debe también que, para dicha aplicación, ordenó enmendarlas y concertarlas, y explicar en qué consistió la tal labor de enmienda y concierto, así como la interpretación de que ha sido objeto.

g) Así, nos dice Alfonso XI en Ord. Alcalá 28,1, al establecer la aplicación de las Partidas, que para ello

...mandamoslas requerir, è concertar, è emendar en algunas cosas que cumplan; et así concertadas, è emendadas . . damoslas por nuestras Leys, et porque sean ciertas, è non aya raçon de tirar, è emendar, è mudar en ellas cada uno lo que quisiere, mandamos facer dellas dos Libros... para tener en la nuestra Camara, porque en lo que dubda oviere, que lo concierten con ellos

Mandato este de Alfonso XI en el que vamos a distinguir dos partes: la enmienda y concierto de los distintos manuscritos de las Partidas que debían de existir y el depósito de los dos ejemplares del texto concertado en la Cámara regia, para servir como muestra del original, del verdadero contenido y tenor en caso de duda y como garantía ante posibles modificaciones.

El rey mandó concertar y enmendar. Hoy día, a la vista de tantas consideraciones que los autores han hecho acerca de esta labor de concertar y enmendar, se hace necesario comenzar por precisar qué se debe entender por tales labores. Según el Diccionario de la Real Academia, enmendar es corregir, quitar defectos, y enmienda es eliminación de error o vicio. Concertar, nos dice, es concordar una cosa con otra, siendo así que concordar es poner de acuerdo lo que no está. Por consiguiente, puesto que existían varios manuscritos de las Partidas, se ordenó que se cotejaran para ponerlos de acuerdo en lo que no estaban, en los textos que discrepaban y, al mismo tiempo, que se corrigieran quitándole los defectos. Se podrá decir que esto sería con arreglo al significado que hoy tienen nuestros términos, que quizá no coincida con el de entonces. Mas, para evitar este posible error de interpretar con términos anacrónicos, vamos a utilizar un comentario de aquella época, que nos aclara lo que se entendía por enmendar y concertar, que es lo mismo que hoy día. Es del rey D. Pedro I, que se refiere al Ordenamiento de Alcalá en una carta que está al principio del Ordenamiento de las Cortes de Valladolid de 1351, donde se manifiesta: «que por haber hallado que los escribanos por escribir de priesa escribieron en las leyes algunas palabras erradas e men- guadas, e pusieron algunos títulos è leis donde no habían de estar, mando concertar las dichas leis, y escribirlas en un libro que mando tener en su Camara»⁶¹. Esto mismo o parecido pudo haber dicho Alfonso XI al ordenar el concierto de las Partidas. Los varios manuscritos de las Partidas presentarían defectos semejantes e, incluso, distinto número de leyes, pues los usuarios de los manuscritos añadirían o suprimirían alguna ley que les pareciera necesaria o superflua. Sin ir más allá, tenemos el caso de

61. LLAMAS MOLINA, *Comentario* cit. p. 38.

Part. 1,1,15, tan interesante y tantas veces citado, que no aparece en algunas ediciones.

Fácil que a nosotros parece la tal enmienda y concierto, ha dado lugar a varias consideraciones y comentarios, y hasta terminó por considerarse una revisión general, con supresión y modificación de textos a fin de hacerla aplicable.

Francisco de Espinosa, Alonso de Cartagena, Semper y Guarinos, Asso y de Manuel, P. Burriel, Martínez Marina y otros muchos mencionados por Llamas Molina ⁶², basándose en acontecimientos de las Cortes y otros datos, afirman que Alfonso XI no concertó las Partidas, que Enrique II en las Cortes de Toro y en las de Burgos las publicó por vez primera, y tantas cosas más que el lector interesado puede consultar. Llamas Molina rebate y comenta, pero además, con su consabido manejo de los tiempos verbales, nos brinda su opinión de que Alfonso XI había concertado las Partidas dieciocho años antes de las Cortes de Alcalá de 1348, esto es, dice, el treinta de aquel siglo ⁶³, en lo cual hasta se podría ver que seguía un plan ya viejo. No se quedaron los autores en estas consideraciones, pues se llegó a suponer que en Alcalá se hicieron alteraciones del texto de las Partidas. Aquí está el quid de las divergencias entre Martínez Marina y la Academia de la Historia con ocasión de ser publicada su edición de las Partidas. Martínez Marina en su Ensayo histórico-crítico n. 483 dice «que el Rey D. Alonso no alteró, como se supone, el texto de las Partidas, ni corrigió sus leyes en los originales que mandó publicar, sino que conservándolas en su integridad y pureza original...». La Academia de la Historia en el prólogo de la edición indica «que aunque el rey dice que mandó concertar y enmendar las leyes de las Partidas en algunas cosas que cumplían, no se ha de entender que hizo en el texto de las Partidas notables alteraciones; porque habiéndose tenido presentes para esta edición códices de diversos tiempos; algunos de los cuales son conocidamente anteriores al mismo rey D. Alfonso XI, no se ha advertido entre ellos diferencia en cosa sustancial».

62. LLAMAS MOLINA, *Comentario* cit pp 75 ss.

63. LLAMAS MOLINA, *Comentario* cit p. 84.

Casi hoy en día ya, García Gallo parece haberse inclinado por que las Partidas fueron objeto de modificaciones en diversos momentos, aunque no sepamos cuando se realizaron ni en qué consistieron, y que Martínez Marina dijo no había sido modificadas para no escandalizar al pueblo que todavía las usaba teniéndolas por obra de Alfonso el Sabio. Es posible, y nosotros vamos a presentar una posible adición operada ya antes del Ordenamiento de Alcalá. Pero el problema que ahora nos preocupa es si, como consecuencia de la entrada en vigor de las Partidas y para facilitar su aplicación, se realizaron modificaciones en ellas. No sé si se hicieron o no, pero estimo que no era necesario si habían de aplicarse subsidiariamente, esto es, en defecto de leyes y fueros, puesto que en caso de contradecirlos es que había disposición de ley o de fuero y ya no se podrían aplicar. Tenemos muchas pruebas de que no fueron modificadas para su aplicación. Una prueba de ello, y por lo demás muy interesante a otros efectos también, nos la ofrece Part. 7,3. A pesar de establecer Ord. Alcalá 28,1 que en fecho de riepto debía volverse al antiguo uso y costumbre, el título de Partidas que tenía la regulación modificadora de aquel uso, se conservó intacto, y el Ordenamiento incluyó una nueva regulación en su tít. 32, textos de la regulación nueva que no coinciden exactamente con los de Partidas, como afirmó D. Galo Sánchez para probar su desafortunada teoría de la falsedad del Ordenamiento de Nájera⁶⁴. Ni tampoco se suprimieron o modificaron otros textos de Partidas que estaban en contradicción con algunas de nuestras instituciones más típicas, cual mejora, testamento por comisario o gananciales.

Respecto a la segunda parte de la disposición, que ordenaba el depósito de dos ejemplares del texto de Partidas concordado en la Cámara regia para servir de garantía del original, poco es lo que hay que decir. Sería interesantísimo, qué duda cabe, disponer de un ejemplar. Su testimonio sería de gran valor para apreciar la existencia de modificaciones posteriores. Si acaso, añadir

64. Algo de esto puede verse ya, de manera velada, por no ser aconsejable más en aquel momento doctoral, en A. OTERO, *El riepto en el Derecho castellano-leonés* (Roma-Madrid 1955)

se puede que lo dispuesto puede ser una continuación de la práctica legislativa de origen visigodo, quizá, iniciada con el Breviario de Alarico, que nos mostraría una compenetración romano-visigoda al emplear prácticas godas en una compilación de materiales —*leges y iura*— netamente romanos. La práctica se continuó con el *Liber* y pasaría a la época posterior al ser empleada con la versión oficial del Fuero Juzgo, ahora con las Partidas y con el Ordenamiento de Alcalá y, más tarde, con la versión romanceada de los Usatges. Si se hizo o no se hizo la versión corregida de las Partidas, si se depositó en la Cámara real o no se depositó, lo cierto es que no ha llegado a nosotros.

h) Varias cuestiones plantea la segunda parte de la prelación de Ord. Alcalá 28,1, puesto que segunda u otra distinta parte parece más que consideración última de un mismo régimen general. Con lo dicho estoy insinuando ya que de un régimen aparte parece tratarse; y régimen especial y privilegiado, me apresuro a decir. Pues así parece, porque después de haberse dicho cómo se deben aplicar las distintas fuentes, por una especie de vía de excepción, cual parece indicar la forma empleada: *Et porque los fijosdalgo, se contempla y establece qué Derecho debe aplicarse en algunas comarcas.*

Vista así nuestra ley, se puede afirmar que en la primera parte se establece el orden en que se deben aplicar las fuentes existentes hasta aquí en algunas ciudades y las que se han de aplicar en lo sucesivo, y en una parte siguiente se establece —se tiene a bien— que, en algunas comarcas en las que los fijosdalgo tienen fuero de alvedrío y otros fueros, les sean guardados a ellos y a sus vasallos *segunt lo tienen por fuero v les fueron guardados fasta aqui.* En estas «comarcas», por consiguiente, se podría decir que no cambia nada, si la ley no dijera por vía de otrosí que *en fecho de rieptos* sea guardado el uso y costumbre usada y guardada en tiempo de los *otros Reys è en el nuestro*, y que sea guardado el *Ordenamiento que nos agora fecimos* en estas Cortes para los fijosdalgo. Cambian, pues, los rieptos. Y se hace un Ordenamiento nuevo o se actualiza, según parece, el Ordenamiento que ya tenían los fijosdalgo, que se eleva ahora a la categoría de ley del Reino al ser incluido en este Ordenamiento de Alcalá. En verdad que

esta elevación al rango de ley sí es un cambio importante, pues supone la elevación de su categoría normativa y la perpetuación del «Derecho de las comarcas», al impedir que desaparezca por desuso, hasta la supresión de las «comarcas» Digámoslo ya, hasta la desaparición de los señoríos, pues el Derecho aplicado en las comarcas es el señorial, el que desde no sé cuándo y por obra de no sé quién se viene denominando Derecho territorial, y que va siendo hora de que deje de hacerse ⁶⁵.

Ord. Alcalá 28,1, en esta parte que estoy considerando, plantea cuestiones varias, y tales que ya me flaquean las carnes pensando en los trances en que las puede poner el espíritu. Dice así:

... Et porque los fijosdalgo de nuestro Regno han en algunas comarcas fuero de alvedrio, è otros fueros porque se judgan ellos, è sus Vasallos, tenemos por bien; que les sean guardados sus fueros a ellos, è a sus Vasallos segunt que lo han de fuero, è les fueron guardados fasta aqui Et otrosi en fecho de rieptos que sea guardado aquel uso, è aquella costumbre que fue usada, è guardada en tiempos de los otros Reys, e en el nuestro. Et otrosi tenemos por bien que sea guardado el Ordenamiento, que nos agora fecimos en estas Cortes para los fijosdalgo, el qual madamos poner en fin deste nuestro Libro.

Recuerda Llamas Molina ⁶⁶ la observación de Asso y de Manuel de que el Ordenamiento no se terminó de arreglar hasta después que el rey respondió a las peticiones de los procuradores, como demuestra Ord. Alcalá 29 al decir:

...Et agora en estas Cortes, que fecimos en Alcalà de Fenares pidieron Nos... que se pudiesen desafiar como lo avian de fuero; Et Nos con acuerdo de nuestra Corte... tovimoslo por bien, è ordenamoslo...

Y considera también haber sido hecha en estas Cortes la ley 23,1 en respuesta a la petición contra las usuras que ejercían los clérigos, fijosalgo y labradores. Parece insistir en esto Llamas Mo-

⁶⁵ Para otro momento queda una consideración más amplia del problema. A continuación podemos contemplar cómo se debe superar la utilización de este anacronismo.

⁶⁶ LLAMAS MOLINA, *Comentario* cit. p. 38.

lina para probar la credibilidad de Alfonso XI, que estima en peligro de duda al final de la ley 28,1, por decir *Ordenamiento, que nos agora fecimos en estas Cortes*, siendo así que Ord. Alcalá 32 lleva por título: *De las cosas, que el rey Don Alfonso en las Cortes de Alcalà, tiro, è declaro, è mando guardar del Ordenamiento que el Emperador Don Alfonso fiço en las Cortes de Nájera*; y volverá a probar páginas más adelante, sin que sea muy necesario, siempre que se entienda la afirmación de 28,1 en relación con el título de Ord. 32. Quizá la preocupación de Llamas Molina se acrecienta por la necesidad de reforzar también la veracidad de la enmienda y concierto que el rey dijo haber hecho de las Partidas.

Está bastante claro cómo debe interpretarse la afirmación *Ordenamiento que nos agora fecimos* al compararlo con el epígrafe del tít. 32. No se contradicen, sino que difieren sólo en la «cantidad» de la labor realizada por Alfonso XI. No constituyó problema para los que llevaron a cabo el concierto del Ordenamiento, ni para nosotros. Pero hemos dicho todo lo que antecede para hacer desfilas ante nuestros ojos las menciones de fueros de comarcas, rieptos y Ordenamiento que hace la última parte de nuestra ley 28,1, que parecen llevarnos de la mano a Nájera y a la Curia regia allí celebrada por el Emperador Alfonso VII. Y hasta, si se me apura, las usuras, sobre todo las de los clérigos⁶⁷, lo

67. Son las usuras un tema muy importante, cuya prohibición, también desde el campo eclesiástico, se repitió sin éxito, que tampoco tendría quizá la limitación de alguna de sus formas, realizadas especialmente en épocas de escasez. El estudio de las usuras se ha descuidado, y su conocimiento deja mucho que desear, por cuanto la mayoría parece identificar las usuras con el préstamo usurario, quizá por ser lo que hoy persiste. Y para sacar de dudas a quienes se preguntan qué relación tiene Ord. Alcalá 23,1 con Nájera, me apresuro a decir que en Nájera se prohibió «pasar a abadengo» para evitar el fraude fiscal, que se lograba aprovechando la inmunidad fiscal de la Iglesia; y la usura *fecha en contratos en enganno de las usuras*, que nos dice nuestra ley, era una de las varias formas de aumento irregular del patrimonio eclesiástico, que yo digo «amortización», por lo cual también considero al Ordenamiento de Nájera la «primera ley desamortizadora», aunque más bien vendría a ser antiamortizadora.

Conviene recordar, pues, que usuras vienen a ser los intereses pagados por el préstamo de trigo, aceite y demás, cuya cuantía vemos fijada en Roma en diversas ocasiones. Mas las usuras, voy a decir, por antonomasia son las del préstamo de dinero, prohibidas desde siempre en el campo secular y especial-

mente en el canónico, y desde éste sistemática y radicalmente a los clérigos. Pero tanto las usuras de trigo, cebada y aceite como las de dinero debieron de ser practicadas habitualmente por los eclesiásticos, en especial por los monasterios, a pesar de las prohibiciones canónicas. Es por las prohibiciones por lo que *non dan derechamente a usuras*, según dice Ord. Alcalá 23,1, *mas facen otros contratos en enganno de las usuras . como si alguno vendiere a otro alguna cosa, e pusiere con el tornar, si fasta cierto tiempo le diere el prescio, que rescibio del ..* La venta con pacto de retro, de siempre usada, fue empleada por los monasterios, aunque la ley no habla de ellos expresamente; y son ellos los que hacen los documentos que, al pasar a los cartularios, se quedan en simples compras.

Y ya que de escrituras hemos hablado, me animo a decir un poco más, sin ánimo alguno hacia los intérpretes de mi supuesta actitud ante los documentos, que se han pasado un si es no es en la crítica de mis opiniones para tacharme de secuaz servil de la historia de textos, como si los documentos no fueran textos. Tengo y tomo precauciones con los documentos, pero parece exigírseme el empleo de documentos aunque no existan. Claro que hay que emplear documentos, porque el objetivo de la labor del historiador es la reconstrucción de la *lex cum moribus*, los preceptos con la forma de aplicarse. Y porque sé de los *engannos* de las escrituras, dudo de la reconstrucción del pasado jurídico hecha exclusivamente con documentos, como se estimó que era imprescindible en la llamada edad diplomática. Y para eludir el riesgo, y para demostrar que se puede hacer de otra manera, hice, por ejemplo, mi trabajo «Mandas entre cónyuges» (en *AHDE* 28 [1958]). No quiero aludir a los despropósitos que resultan de las pretensiones de reconstruir el Derecho privado de una época o de una comarca sobre la base de un cartulario. Parecen manuales de hoy. Pero esto no es culpa de los documentos.

Los documentos han servido para realizar negocios jurídicos indirectos, que yo prefiero llamar fraudulentos, de fraude de ley o de fraude u ocultación fiscal. De fraude de ley y ocultación fiscal a la vez vendrían a ser los de préstamo mediante venta con pacto de retro. Defraudarían la prohibición secular y canónica y defraudarían al fisco. Pero el más interesante fraude de ley podría ser el de los documentos de *perfiliatio*, porque incluso dio lugar a una figura, que estimé distinta a la *perfiliatio* del Breviario y del *recebimiento de fijo* del F. Real y del F. Soria (vid. A. OTERO, *La adopción en la Historia del Derecho español* [Roma-Madrid 1955]), puesto que terminó por no tener nada de recibimiento de hijo y ser un negocio puramente patrimonial. Se hacía casi siempre en favor de la Iglesia para defraudar la prohibición de disponer sin el consentimiento de la mujer y de los hijos, partícipes en la propiedad familiar, y también para eludir los gravámenes fiscales.

También serían fraude de ley la donación al nieto para mejorar al padre de este nieto, eludiendo la norma de heredar los hijos igualmente que L. Fueros 125 dice hacerse *por encubierta* y F. Soria 330 dice que *esto tal es fecho engannosamente*. Y en sede de quinto de libre disposición se puede teorizar la existencia de la manda de confianza, denominada por Maldonado (J. MALDONADO, *Herencias en favor del alma en el Derecho español* [Madrid 1944]) de persona interpuesta, que acaba por reconocer L. Estilo 214 y que se utilizaba,

mismo que los desafíos, que son los de los fijosdalgo ⁶⁸, acaban empujándonos ya a Nájera. Cada día se me hace más claro que

no con su verdadero fin, sino con finalidades diversas como *deseredar* a los otros hijos, como dice F. Salamanca 31 y F. Ledesma 7, o defraudar el derecho de los otros hijos, según F. Briviesca 3,5,9, hasta el punto de que F. Real 3,5,10 y F. Soria 303, con el *è non a ellos*, prohibió mandar del quinto a los *que ayan derecho de heredar*, fraude que luego después, para evitar pleitos, acabó por consagrar L. Toro 19 como mejora de quinto, otra institución nacida del fraude (vid. OTERO, «La mejora» cit. p. 107).

Las iglesias y los monasterios, no sólo harían prestamos con intereses, sino que se prestarían de diversas maneras a colaborar en la defraudación al fisco, amparándose en la inmunidad fiscal eclesiástica, y percibiendo una compensación por ello, que sería menos gravosa que el impuesto eludido. Muchas ventas se harían con este fin de encubrir para amparar pero en donde debió de darse un mar de actuaciones sería en el campo de las donaciones. Donaciones con reserva de usufructo. Donaciones de fundos que luego se daban en arrendamiento por el que se pagaba una cantidad que, naturalmente, sería inferior a los tributos. La precaria, especialmente la data, un dar para recibir con pago de canon. Creo firmemente en la religiosidad de los hombres del Medievo, pero tantas ventas y, sobre todo, tantas donaciones sólo se pueden explicar por el deseo de aprovecharse y aprovechar la inmunidad eclesiástica que en Ord. Montalvo 5,9,6 se denominan *en fraude de no pechar*.

Se comprenden las medidas de Nájera y, ahora, las que se toman en Alcalá de Henares. Sin embargo, Ord. Alcalá 23,1 no menciona a los eclesiásticos. ¡Los reyes ocultando el descuido de los encargados de cuidar de la salud espiritual de los sus naturales!

68. Para comprender mi afirmación, conviene tener en cuenta que algunos autores, en especial Hinojosa (E. HINOJOSA, «El Derecho en el Poema del Cid», en *Obras completas I* [Madrid 1952] p. 203) y TORRES LÓPEZ (M. TORRES LÓPEZ, «Naturaleza jurídico-penal y procesal del desafío y riepto en León y Castilla en la Edad Media», en *AHDE* 10 [1993] 166) afirmaron que las disposiciones sobre desafío y riepto contenidas en los fueros municipales coinciden con las normas establecidas por las fuentes que ellos denominan «territoriales» y que son el Fuero Real, las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá, fuentes de Derecho regio, y Fuero Viejo, de Derecho señorial, Libro de los Fueros de Castiella, de Derecho de los territorios de jurisdicción real, no organizados autónomamente (*Vid supra* n. 35). Pero esta afirmación no es exacta. Me parece haber dejado claro en mi estudio «El riepto de los fueros municipales» (en *AHDE* 29 [1959]), que las normas que los Fueros municipales contienen sobre desafío, que ahora nos ocupa, no se refieren al procedimiento establecido para desligarse los caballeros de la amistad que se prometieron guardar con ocasión de la concordia establecida, según Ord. Alcalá 32,46 y F. Viejo 1,5,1, por el Emperador Alfonso VII en las legendarias Cortes de Nájera, sino que este desafío de los fueros está ligado al homicidio, y constituye el procedimiento ordinario de la declaración de enemistad.

El desafío de los fijosdalgo, a que se refiere Ord. Alcalá 29, según F. Real 4,21,1, surgió de la concordia que los hijosdalgo pusieron entre sí con consen-

el Ordenamiento de Alcalá es el momento culminante de una historia comenzada en Nájera, que viene a ser también la Historia del Derecho señorial, comenzado a recoger en el Ordenamiento de Nájera, y que alcanza su confirmación legal, como ley del Reino, en las Cortes de Alcalá de 1348.

i) Una vez visto cuál era el Derecho aplicable en las villas y ciudades y cómo había llegado a ser tal cual era, nos corresponde ahora examinar qué son y qué Derecho contienen esos fueros que Ord. Alcalá 28,1 dice que deben seguir siendo aplicados a los fijosdalgo y a sus vasallos en ciertas comarcas.

Lo primero que cabe preguntar es qué son esas comarcas. Las comarcas en que viven señores y vasallos no parece que puedan ser otra cosa que los señoríos. El Derecho aplicable allí, el que regula las relaciones de los hombres del señorío entre sí y sus relaciones con el señor será, pues, el Derecho señorial.

Para no hacer interminables estas consideraciones, vamos a dejar a un lado posibles influencias de orígenes más o menos remotos que se puedan atribuir al Derecho de las relaciones se-

timiento de los reyes, porque en ella se estableció que los caballeros estuvieran en paz y no se hicieran mal unos a otros, so pena de ser alevosos, a menos que antes se devuelvan la amistad que se prometieron, por lo cual, cuando algún fijosdalgo tenga que *caloñar* a otro por algún tuerto que le haya hecho, le debe devolver la amistad desafiándolo. La forma, pues, de realizar esta devolución es el desafío, que Part. 7,11,1 nos dice es el acto de apartarse de la fe que los fijosdalgo pusieron entre sí a manera de amistad, y que *pertenescer señaladamente* a los fijosdalgo, porque solamente ellos prometieron guardarse amistad. Así, pues, podían desafiar y ser desafiados los caballeros solamente, y podían desafiar por tuerto, deshonra o daño que le haya hecho otro caballero a él o a alguno de sus parientes, porque también se puede desafiar por la deshonra o tuerto que recibiese un pariente.

Existirían dudas acerca de la manera de hacer los desafíos y especialmente en el derecho de representación para desafiar, y, según Ord. Alcalá 29, no había logrado éxito un ordenamiento de Burgos sobre el particular, por lo cual se pidió al rey en las Cortes de Alcalá que *tirara* aquel ordenamiento e hiciera otro, que es este de nuestra ley. Esta ley de Ord. Alcalá 29 nos dice más detalladamente que Part. 7, 11, 2 cuáles son los hechos y los familiares por los que se podía desafiar; y parece ser que consagra el poder desafiar por otros amigos que no sean los familiares citados, y los requisitos especiales que se deben guardar en el desafío por representación

Así, pues, Ord. Alcalá 29 viene a ser el final de la historia del desafío nacido en Nájera.

ñoriales que se dieron en la Península, después de la ocupación musulmana, como consecuencia de la desaparición de la monarquía visigoda. Es tentador volver la vista a momentos anteriores, como la grave crisis de poder de finales del Imperio, que llevó al repliegue a la vida de los latifundios para buscar la protección que no dispensaba el poder público; tentación acrecentada porque allí se ha visto el origen de muchas de las más importantes instituciones del medievo, antes tenidas por fruto de influencias germánicas. Volver la vista a momentos anteriores de relación de patronato, tan intensamente fecundo políticamente, en donde pronto se podría ver el posible origen de alguno de los más típicos usos señoriales, como la mañería, por ejemplo, mercedor que fue de la calificación de mal uso, y quizá del peor de los malos usos señoriales, pero que probablemente deja de parecernos tan malo si es que, como considero, es un simple derecho de reversión señorial, de reversión al señor de cuya mano se tienen los bienes, al no reunir la condición de tener sucesor. ¡Y voy camino de demostrar con el ejemplo los peligros que nos tiende la contemplación de los sugestivos problemas de orígenes!

La Monarquía visigoda parece como si contuviera dentro de sí los gérmenes de la destrucción. Filorromanos y nacionalistas godos primero, sustituidos después por clanes familiares fueron los protagonistas de una situación de permanente guerra civil latente o real. El último episodio de esta situación hizo, otra vez más, buscar la ayuda ahora de los pujantes musulmanes, que decidió la suerte de la Monarquía. La batalla del Guadalete supuso nada más y nada menos que la desaparición del Reino visigodo, que había sido la primera Monarquía independiente del Imperio nacida en Occidente. La destrucción de la Monarquía visigoda supone la desaparición de la organización política y, con ella, la desaparición del poder público, que lleva aparejada necesariamente la transformación del ordenamiento jurídico, entendido como síntesis de organización y norma.

En todos los lugares que no fueron ocupados por los musulmanes desapareció la organización política y, junto con ella, el poder público con su función de protección. Como consecuencia de la necesidad de defensa ocasionada por la falta de protección,

se produce un repliegue a las comunidades inferiores, familiar y vecinal, en las cuales se refuerza su cohesión y su solidaridad para suplir la tutela del desaparecido poder público. Sin embargo, la acuciante necesidad de llenar el vacío de la desaparecida tutela del poder público conduce a las relaciones de protección, con lo cual surgen una serie de relaciones desconocidas o planteadas en términos muy distintos de los de épocas anteriores. La ausencia de poder público acentuaría la necesidad de protección, y llevaría a las relaciones de dependencia señorial. En las comarcas en que se dispensaba la protección señorial se iría formando un Derecho especial para regular las especiales relaciones de los protegidos entre sí y de éstos con el señor, que se había de denominar Derecho señorial. La carestía de la protección haría romper el equilibrio de la relación protección-obediencia, característica del poder, por la parte débil de la obediencia, con el consiguiente abuso de los poderosos, de los señores, y daría lugar al nacimiento de los malos usos señoriales.

Así lo decía en *El código López Ferreiro* ya citado. También dije, y sigo repitiéndolo, que al ir adelantando el proceso de recuperación de las tierras ocupadas por los musulmanes, y fortalecido el poder público de aquella Monarquía renovadora y continuadora de la visigoda, para la ocupación y puesta en marcha de las tierras recuperadas se siguió un plan de repoblación y creación de núcleos urbanos, a los que se llamaba a lo pobladores con el ofrecimiento de libertad —de ausencia de dueño y de movimiento—, igualdad y exención de los malos usos señoriales. De esta manera se fueron poblando los nuevos núcleos urbanos, necesarios para la consolidación de las conquistas, con los fueros breves, que son estatutos originarios con el germen de la organización municipal autonómica, la garantía de la igualdad y la libertad ciudadana y la exención de los malos usos señoriales de los lugares de señorío.

Nació así el Derecho municipal, cuya evolución ya la hemos seguido más arriba, como superación del Derecho de las comarcas de señorío, con el germen de la autonomía. Es francamente interesante que el Derecho de las relaciones señoriales, nacidas por la desaparición del poder público visigodo, sirvió, mediante su

superación, para ayudar a dar lugar al nacimiento del Derecho municipal, que vino a ser así una especie de superación del señorial en los centros urbanos; pero continuaría viviendo en los señoríos para regular su vida.

Ya en el siglo XIII asistiremos al nacimiento de una actividad legislativa del monarca, creadora de toda una legislación regia que va a intentar imponerse. Sorprendente o, por lo menos, curioso es que el Derecho señorial, cuya superación se operó en los núcleos municipales, dando lugar al Derecho municipal, al ser superado este Derecho municipal en Alcalá por la renacida legislación regia, siguió persistiendo en las comarcas de señorío y se perpetuó dentro de la legislación.

Estos son los tres pasos —Derecho señorial, Derecho municipal y Derecho regio— que sostengo desde *El código López Ferrero* aparecido en un ángulo oscuro del *AHDE* 29 (1959), que Iglesia Ferreirós se encargó de desarrollar, sustituyendo el dualismo dominante de Derecho local-Derecho territorial que le proponían para las voces correspondientes de la Enciclopedia Rialp y luego más ampliamente en publicación aparte ⁶⁹.

Lo interesante ahora es que ese Derecho municipal va a ser el vehículo de conocimiento, el primer medio de conocer el Derecho de los señoríos, del que es exención. A través de estas exenciones de los fueros breves podemos conocer algo, poco en verdad, de las instituciones concretas del Derecho señorial. Un buen ejemplo nos lo ofrecen el Fuero de Vitoria y en especial, el Fuero de Plasencia ⁷⁰.

69. A. IGLESIA FERREIROS, «Derecho municipal Derecho señorial Derecho regio», en *HID* 4 (1977)

70. A Plasencia se concedió primero un fuero breve, que constaría de treinta y ocho capítulos, los cuales encabezan el texto que nos ha llegado. A este núcleo originario, que nos permite ver el carácter que señalamos para los fueros breves, se añadió un conjunto de capítulos, hasta setecientos cincuenta, que lo configuran ya como fuero extenso, confirmado en varias ocasiones. Este Fuero de Plasencia, del cual últimamente se han hecho dos ediciones (J. MAJADA, *El Fuero de Plasencia* [Salamanca 1986] y E. RAMÍREZ, *El Fuero de Plasencia* [Mérida 1987], con un Prólogo de M. Alvar y una historia y descripción institucional muy de Tesina al uso), es un buen mirador para contemplar el carácter de exención de malos usos señoriales de los fueros breves, y como el fuero extenso es fruto de concesiones posteriores y no desarrollo de

Para conocer el Derecho señorial desde sus comienzos sólo tenemos el pequeñísimo y escasamente seguro apoyo de los fueros breves. Se trataría de un Derecho consuetudinario que nadie discutiría, por lo cual no es extraño que no se haya recogido por escrito. Las primeras fuentes que han llegado a nosotros, calificadas tradicionalmente como «Derecho territorial», parecen ser o se tienen como una consecuencia de la promesa de Alfonso VIII después de las Navas de Tolosa, según el prólogo del Fuero Viejo, y ya del siglo XIII por lo tanto. Siendo esto así, es un enorme espacio —desde principios del siglo VIII hasta principios también del siglo XIII— sin noticias del Derecho que debió de regir la vida de una gran parte de los habitantes de los Reinos occidentales de la península. Claro que los documentos de aplicación del Derecho suministran algunos datos, que incluso han permitido reconstruir la condición jurídica de las personas y otros aspectos del Derecho vivido en estos momentos de mutismo de las fuentes normativas ⁷¹. Y no se deben olvidar tampoco algunos trabajos como el de Prieto Bances sobre el señorío de San Vicente de Oviedo. Pero difícilmente se puede pensar en una reconstrucción más o menos general de la vida de los señoríos en este período sobre la base de los textos coetáneos. Habrá que hacerlo, pues, basándose en textos normativos posteriores. Por esto estimo que se podrá decir que se ha ganado algo si adelantamos fechas en el reconocimiento de fuentes del Derecho señorial que intentamos conocer.

Desde hace tiempo, bastante antes de haber conmovido Sánchez Albornoz la tesis de Galo Sánchez sobre el Ordenamiento de Nájera ⁷², me han asaltado dudas sobre el carácter de dicho Ordenamiento y sobre la calificación de apócrifo que se le atribuyó; ya desde mi infancia doctoral. Que el Ordenamiento de Nájera sea una redacción privada, hecha por un particular que la

las facultades normativas del municipio y del ejercicio de la actividad judicial establecida en el cap 160, como ingenuamente se insinúa

71 T. MUÑOZ ROMERO, «Del estado de las personas en los reinos de Asturias y León», en *RABM* 9 (1883) y después A. GARCIA-GALLO; R. PRIETO BANCES, «El señorío de San Vicente de Oviedo», en *BFDUC*

72 C. SANCHEZ ALBORNOZ, «Dudas sobre el Ord. de Nájera» y «Menos dudas sobre el Ord. de Nájera», en *Investigaciones y Documentos sobre las instituciones hispanas* (Santiago de Chile 1970) 514-530 y 531-533.

atribuyó a unas supuestas Cortes celebradas por Alfonso VII, siempre me pareció una hipótesis demasiado complicada para ser verosímil. Y los argumentos empleados para probarla, sin base en prueba consistente alguna, son realmente inconsistentes, por lo menos. Argumentar sobre la base del lenguaje del Ordenamiento de Nájera cuando lo conocemos a través de la reproducción reformada por Alfonso XI es, por lo menos, una simpleza, y la coincidencia «a veces literal de alguna de sus prescripciones con otras de las Siete Partidas», supone una lectura superficial de los textos, pues no es exactamente así. Alfonso XI dice que se debía volver en sede de rieptos a la costumbre antigua, y si los textos de Alcalá coinciden con los de Partidas, pues de traición y de riepto son los textos invocados como coincidentes, no se volvería a la costumbre antigua que, precisamente, había modificado Alfonso X, pues varias innovaciones se pueden señalar hechas por este rey, principalmente en lo que se refiere a formas de probar, tendiendo a introducir pesquisas, testigos y cartas, como se aprecia en Part. 7,3,4,7 y 8 y F. Real 4,21,6,8,12 y 20, que no gustaban a los fijosdalgo, que preferían la lid, según el simpático testimonio de Part. 7,4,1⁷³. Las coincidencias con las Devysas no prueban nada, porque la relación puede ser en un sentido o en el otro. Por último, y para terminar con los argumentos esgrimidos para demostrar la falsedad de Nájera I, quiero decir que es digna de elogio la sensibilidad histórica que se demuestra al señalar también que no es auténtico por calificar de Cortes la reunión de la Curia celebrada en Nájera, siendo así que las Cortes nacieron con posterioridad. Esta denominación, sin embargo, es para mí bastante disculpable, por cuanto se denominaba Curia o Cort a lo que después, al asistir a ella los representantes de las ciudades, hasta se puede decir que se siguió denominando igual, Cort o Cortes. Pero los que tal censuran no son tan sensibles para con su falta de sensibilidad con que hablan de Estado visigodo, soberanía medieval, Derecho territorial y tantos otros anacronismos que emplean. Sánchez Albornoz no se paró a analizar los argumentos de Galo Sánchez, pero con base en muchos datos y espe-

73. Vid. OTERO, «El riepto en el Derecho castellano-leonés» cit.

cialmente en el tan significativo de la observancia posterior de la prohibición de *pasar a abadengo* en Nájera establecida, concluyó afirmando la posibilidad, por lo menos, de autenticidad del Ordenamiento de Nájera.

Hace un rato, más arriba, he dicho que una serie de datos nos llevan de la mano a Nájera. Siempre hay una mano que nos conduce, a mí al menos, y yo tengo entera confianza en mi mano. Pues bien, según Ord. Alcalá 32,46 y F. Viejo 1,5,1, el Emperador Alfonso VII estableció en las Cortes de Nájera paz y amistad entre los caballeros, y ellos *otorgarongelo* los unos a los otros. La realización de esta concordia nos la atestiguan también F. Real 4,21,1 y 2 y Part. 7,9,1, aunque bien es verdad que sin fijar lugar y fecha como los anteriores, sino refiriéndola solamente a época antigua. La noticia que nos llega por estas fuentes, que pudieran tener alguna relación entre sí, es, sin embargo, fiable; no aparece contradicha en texto alguno, y las tales paces y concordias fueron frecuentes en esta época.

No creo necesario insistir mucho en la oportunidad y necesidad de la paz que se dice establecida en Nájera. Basta recordar el agitado ambiente que se vivía al final del reinado de Doña Urraca y los problemas del final del Batallador, que conmovieron el Reino y convirtieron a la Rioja en centro de tensiones. Estimo, sin embargo, que el cuadro no quedaría completo si no se traen a colación las circunstancias derivadas de la política de Alfonso VI. Este rey continuó con la política, iniciada por la dinastía de Navarra, de atracción de clero ultramontano y personajes de allende el Pirineo. La influencia del clero, sobre todo, provocó hechos como el cambio de la letra gótica y de la liturgia mozárabe; ¡y hasta se llegó a reivindicar la hispana tierra como patrimonio de San Pedro por la conocida donación de Constantino! Ocasionaron perjuicios las ideas importadas de división del Reino, las que frenaron o abortaron nuestro Imperio hispánico y las pretensiones señoriales feudalizantes, que dieron lugar a reacciones populares. Y lo que es más interesante para lo que tratamos, fue que provocaron no sólo la reacción del pueblo, sino la del clero y, especialmente, la de los fijosdalgo, que se verían postergados ante los ultramontanos. Tan es así, que se puede ver en el Cantar del Cid

una especie de reacción popular contra estas influencias venidas por el apostólico Camino que Cluny acabó de configurar.

Si así estaban las cosas, no sorprende la iniciativa de Alfonso VII de poner paz. Y estimando quizá que la situación era consecuencia de la política de apoyo en el clero, se decidiría, si no a apoyarse en la nobleza, sí a ponerla en paz y a favor mediante concesiones. Así, se estableció la concordia, y como consecuencia de ella nace el desafío, base del aleve y presupuesto jurídico del riepto. Al prometerse y jurar los fijosdalgo guardar entre ellos paz y amistad y no hacerse mal a menos de devolverse antes esa amistad, se estableció el desafío como medio de devolvérsela, cuando algún fijodalgo haya de *caloñar* a otro por *tuerto* que le hubiera hecho, so pena de ser alevoso. Del incumplimiento del desafío nace el aleve, una nueva figura de delito típica y exclusiva de los fijosdalgo y del Derecho castellano-leonés, que se va a sustanciar, junto con la traición en el procedimiento de riepto, que también nace ahora para este menester de ser juzgados por el rey, con su garantía, los delitos de traición y aleve.

Allí en Nájera, en una de las varias ocasiones que acreditado tenemos acudió Alfonso VII, quizá en 1138, cuando confirmó el fuero de la ciudad, se establecería la concordia, y se regularía el desafío y el riepto consecuencia de la concordia. Como complemento de la paz y en premio de prometerla, establecería el rey claramente los hechos por los cuales el fijodalgo podría ser acusado y dado por traidor, lo cual vendría a ser una garantía frente a la arbitrariedad del monarca, de la que tenemos prueba por algunos destierros conocidos. Aparecen siendo catorce los casos de traición que conducen a riepto en Part. 7,2,1, ley notablemente modificada por Ord. Alcalá 32,5, y que Galo Sánchez da como coincidentes.

Una vez establecida la paz y concordia, la forma de guardarla y las medidas para garantizarla, se concedieron a los fijosdalgo garantías para sus personas y sus bienes mediante el riepto y, además, un premio por su colaboración en la labor de apaciguamiento y ordenación del Reino. Este premio, complemento y colofón de lo anterior, sería, como era uso, un privilegio, que en este caso vendría a ser la confirmación del Derecho que los fi-

josdalgo venían usando en las comarcas de su señorío; era el colofón natural y conforme a los usos de la época. El reconocimiento y confirmación del Derecho señorial de las comarcas es, pues, el Ordenamiento de Nájera. El Ordenamiento de Nájera se convertiría en legendario por su trascendencia, pues en él se reconoce y se confirma por vez primera el Derecho de los señoríos; en el Ordenamiento de Nájera tenemos, pues, la primera fuente del Derecho señorial, y en torno a él girará toda la Historia de los textos de Derecho señorial, los que fueron denominados impropriamente de Derecho territorial.

El Ordenamiento de Nájera tuvo que haber existido y existió. No es una invención posterior, que difícilmente podría engañar a los contemporáneos ni a los menos próximos. Es una realidad que las circunstancias han ido mitificando, y puede ocurrir que se haya aprovechado esta mitificación para manipularlo a los efectos de la confirmación ofrecida por Alfonso VIII y de otras circunstancias e intereses semejantes. Si el Ordenamiento se puso o no por escrito en la misma Cort de Nájera es algo que no se nos ha dejado dicho ni se ha discutido. Sería lo más lógico y conforme a lo que se usaba, pero quizá no fue así. Puede que así no se hiciera dado lo complejo y discutible de la labor que suponía la fijación del Derecho señorial previa a la confirmación del rey. Pudo haber transcurrido algún tiempo en esta preparación, durante el cual ya pudieron darse diferencias y manipulaciones; diferencias importantes, que ya pudieron dar lugar, incluso, a versiones algo distintas, que retrasarían la confirmación y también pudieron determinar que el Ordenamiento no fuera confirmado solemnemente. Para los efectos de la existencia no tendría mucha relevancia, pero podría ser interesante para explicar esa escisión, esa diferenciación o intento de diferenciación que parece indicar la denominación de fuero viejo dada a algún texto, denominación que pudiera explicarse como empleada para denominar a un texto que contradecía a un texto nuevo o del rey.

La existencia de un Ordenamiento regio, nuevo, pudo ser determinante de la aparición de uno, otro, que reivindicaba la condición de auténtico, de verdadero, bajo la denominación de Fuero Viejo o también, que existe, de Fuero Antiguo. Tendríamos así

una primera fijación del Derecho señorial en el Ordenamiento de Nájera, a la contra de la cual se haría otra u otras que, como reacción contra esta de Nájera, considerada adulteradora o modificadora, reivindicarían el «verdadero» Derecho antiguo o Derecho viejo. Serían, pues, dos líneas de fijación que contendrían el Derecho señorial con las consiguientes diferencias.

Con esta hipótesis nos encontraríamos con el Ordenamiento de Nájera y sus reelaboraciones, por una parte, y el fuero Antiguo y el Fuero Viejo con sus reelaboraciones, por la otra. Y dentro de este cuadro hipotético, pienso que el denominado pseudo Nájera I y II vendrían a ser reelaboraciones del Ordenamiento de Nájera del rey, y los demás textos serían reelaboraciones del que se consideraba verdadero Derecho señorial antiguo, el viejo Derecho. Pensando así, se explicaría que después, casi inmediatamente después de confirmarse oficialmente en Alcalá por Alfonso XI el Ordenamiento de Nájera, se hiciera, en el reinado de Pedro I su sucesor, una nueva versión del Fuero Viejo. Se podría pensar incluso que la de Alcalá fue la primera confirmación de lo aprobado en Nájera y el Fuero Viejo sistemático, como siempre, contestación al Derecho señorial del rey confirmado en Alcalá. De dudas nos ayudaría a salir una reconstrucción del Ordenamiento de Nájera a partir del Ordenamiento de Alcalá, y la comparación de éstos con el Fuero Viejo de 1356 y su entorno.

3.

a) Para conocer cómo se entiende actualmente la ley 28,1 del Ordenamiento de Alcalá, que nos viene ocupando, podemos echar mano de los manuales, observatorio en principio definitivo, si es que en ellos se decanta el estado de la investigación. La elección para empezar no parece difícil, pues el Curso de don Galo Sánchez fue durante mucho tiempo máxima autoridad en la Historia de las fuentes, y más en este terreno, por haber sido el principal investigador del Ordenamiento de Alcalá. Nos dice don Galo: «Una de sus leyes señala el orden de prelación de las fuentes del Derecho castellano, disponiendo que después del Ordenamiento se apliquen los fueros municipales en cuanto se pruebe su uso, y, en último término, las Partidas; y declara que pertenece al rey la facultad de hacer fueros y leyes y de interpretarlas y enmen-

darlas»⁷⁴. Por mucho que se estime la sobriedad, no es posible celebrar tampoco la calidad de lo que nos dice. Y puede que no esté en lo cierto, pero da la impresión de que esta formulación de Galo Sánchez fue seguida fielmente, sin más que añadir, si acaso, alguna precisión sobre las condiciones de la aplicación de los fueros y de que las Partidas se aplicaran en defecto de las otras fuentes, y no en tercer lugar, como también se dice. Pero es justo señalar que últimamente se ha dedicado atención a la última parte de la ley, la que trata de la aplicación del Derecho señorial, sin denominarlo Derecho comarcal, como alguna vez se me ocurrió. Cómo se interpretó lo dispuesto en Alcalá ya se ve que no preocupa. Si se aplicó o no se aplicó, o cómo se aplicó, que tanto inquieta en otros casos, no parece interesar, siendo tan importante y de tanta trascendencia.

Siglo y medio después del Ordenamiento promulgado en las Cortes de Alcalá de 1348 aparecen las Leyes de Toro, el principal monumento legislativo posterior al Ordenamiento de Alcalá hasta el Código civil; Leyes de Toro que son la consecuencia de la puesta en práctica por Alfonso XI del proyecto legislativo de Alfonso X.

Alfonso X consentía y quería que siguiera usándose el Derecho tradicional, para lo cual lo recogió en el Fuero Real, pero suponía que no era suficiente ni, a veces, adecuado, por lo cual redactó un texto, las Partidas, para que sirviera de complemento y fuera reflejo del buen Derecho. El rey legislaría después para renovar el Derecho envejecido o no ajustado y para dar forma a las nuevas situaciones. Como se ve, legislación real, Derecho consuetudinario tradicional y Nuevo Derecho para completar son los elementos que están presentes en el Ordenamiento de Alcalá, cuya preferencia o jerarquía de aplicación se dispuso según los principios imperantes.

Pero la vigencia del Derecho tradicional, recogido en el Fuero Real, al lado del Nuevo Derecho, contenido en las Partidas, era difícil, pues, aunque procedían ambos de un origen común, se habían ido diferenciando al evolucionar, desarrollando indepen-

74. G. SANCHEZ, *Curso cit.*

dientemente en ambientes culturales distintos los principios existentes antes de la separación de Oriente y Occidente. Y esta discrepancia se hizo más real a medida que, por la escasa legislación, la poca posibilidad de aplicación de los fueros y al ser conculcado un tanto el orden de prelación, el Fuero Real y las Partidas se hicieron los textos preferentes. Sin embargo, la mayor dificultad la constituirían los juristas con su incomprensión del Derecho tradicional, su afán de aplicar el Nuevo Derecho y sus ansias de protagonismo en el campo de la creación del Derecho, aunque sólo fuera a través de la interpretación.

Se hizo necesario aclarar el Derecho tradicional que se quería conservar, porque era controvertido. Las Leyes de Toro hicieron esta labor de aclarar y fijar aquellas instituciones más típicas del Derecho tradicional, que chocaban incluso con el sistema del Nuevo Derecho, pero que se querían conservar. Se recibió el Nuevo Derecho, las Partidas en Castilla, que se hicieron Derecho común, quedando como Derecho especial aquello que salvaron las Leyes de Toro de la Recepción total de las Partidas. Andando el tiempo, a este Derecho especial que se conservó después de la Recepción se le denominó Derecho foral en todos los otros Reinos, incluso cuando persistió al lado del Código civil. Pero las Leyes de Toro no recibieron esta calificación.

Manteniáse en vigor el orden de prelación de Alcalá, pero la práctica se iba distanciando, y tanto se alejaba, que en Toro se aprovechó para apuntalarlo con aclaraciones y precisiones de los puntos que se iban minando por la incomprensión del letrado y por él ánimo interesado del jurista. L. Toro 1 quiso mantener el planteamiento querido en Alcalá —debe tenerse bien presente—, para lo cual reprodujo íntegra y textualmente Ord. Alcalá 28,1, pero a continuación hace así como una versión de ella corregida y aclarada. Conviene tener esto en cuenta para dejar de repetir sin discernimiento, con don Galo, que reproducen el orden de prelación de fuentes fijado en el Ordenamiento de Alcalá, así como también su equivocada idea de la Ordenanza de Madrid.

La fuente más interesante para saber cómo fue interpretado y consiguientemente aplicado Ord. Alcalá 28,1 es, a mi entender, L. Toro 1, a través de las aclaraciones y adiciones que de aquélla

hace, pues no se limita a reproducirla, como se repite, sino que, después de reproducirla con el fin de que sea conocida para ser fielmente guardada, hace así como una nueva formulación con las dichas aclaraciones y adiciones. De estas aclaraciones y adiciones aclaratorias, así como de algunos comentarios que de ellas se hicieron, es bastante lo que se puede conocer. Para facilidad del lector, voy a reproducir la ley de Toro en la parte que en Toro se añadió después de reproducir la ley de Alcalá. Lo voy a hacer utilizando distintos tipos de letra para que resulten más claras las diferencias y los matices.

A) Dice así L.Toro 1 después de reproducir Ord. Alcalá 28,1:

Y AGORA SOMOS INFORMADOS QUE LA DICHA LEY NO SE GUARDA, NI EXECUTA ENTERAMENTE COMO DEBIA: y porque nuestra intencion y voluntad es que la dicha ley se guarde y cumpla como en ella se contiene ORDENAMOS Y MANDAMOS que todas las nuestras justicias destos nuestros Reynos y Señorios ansí de realengos y abadengos como de ordenes y behedrias y otros Señorios qualesquier, de qualquier calidad que sean, que en la dicha ordenacion, decision, y determinacion de los pleytos y causas GUARDEN Y CUMPLAN LA DICHA LEY EN TODO y por todo SEGUN QUE EN ELLA SE CONTIENE: y EN GUARDANDOLA y CUMPLIENDOLA en dicha ordenacion, y decision y determinacion de los pleytos y causas, así Civiles como Criminales, se guarde la orden siguiente. Que LO QUE SE PUDIERE DETERMINAR POR LAS LEYES de los ORDENAMIENTOS, Y PRAGMATICAS por NOS HECHAS, Y POR LOS REYES DONDE NOS VENIMOS, y por LOS REYES QUE DE NOS VINIEREN, en la dicha ordenacion y decision y determinacion SE SIGAN Y GUARDEN COMO EN ELLAS SE CONTIENE: NO EMBARGANTE que contra las dichas levas de ordenamiento, y pragmaticas SE DIGA Y ALEGUE QUE NO SON USADAS NI GUARDADAS Y EN LO QUE POR ELLAS NO SE PUDIERE DETERMINAR, mandamos que se GUARDEN LAS LEYES DE LOS FUEROS ansí del FUERO DE LAS LEYES como las de LOS FUEROS MUNICIPALES que cada Ciudad, Villa, ó Lugar tuviere EN LO QUE SON, ó FUEREN USADAS y guardadas en los dichos lugares, Y NO FUEREN CONTRARIAS a las dichas LEYES DE ORDENAMIENTOS Y PRAGMATICAS, así en lo que por ellas está determinado, COMO EN LO QUE DETERMINAREMOS adelante POR algunas leyes, y ORDENAMIENTOS y PRAGMATICAS, y LOS REYES QUE DE NOS VINIEREN: ca por ellas es nuestra intencion y voluntad que se determinen los dichos pleytos y causas,

no embargante los dichos fueros, y uso y guarda dellos Y LO QUE POR LAS DICHAS LEYES de ordenamientos y pragmáticas, Y FUEROS NO SE PUDIERE DETERMINAR. Mandamos que en tal caso SE RECURRA á las leyes de LAS SIETE PARTIDAS hechas por el Señor Rey D. Alfonso nuestros progenitor: por las cuales *EN DEFECTO DE LOS DICHOS ORDENAMIENTOS, PRAGMATICAS Y FUEROS*, mandamos que se determinen los pleytos y causas así Civiles como Criminales de qualquier calidad ó cantidad que sean, *guardando lo que por ellas fuere determinado como en ellas se contiene AUNQUE NO SEAN USADAS NI GUARDADAS*, y no por otras algunas. Y MANDAMOS que quando quier QUE alguna duda ocurriere en la INTERPRETACION Y DECLARACION de las dichas LEYES de ORDENAMIENTOS, y PRAGMATICAS y FUEROS, o de LAS PARTIDAS, que en tal caso RECURRAN A NOS, y á los Reyes que de nos vinieren, PARA LA INTERPRETACION ET DECLARACION DELLAS porque nos vistas las dichas dudas declararemos é interpretaremos las dichas leyes como se conviene á servicio de Dios nuestro Señor, y al bien de nuestros subditos y naturales, y la buena administracion de nuestra justicia Y por quanto NOS HEMOS FECHO en LA VILLA DE MADRID en el año que pasó de noventa y nueve ciertas leyes y ordenanzas las quales mandamos que se guardasen en la ordenacion y algunas en la decision de los pleytos y causas en el nuestro consejo, y en las nuestras audiencias: y entre ellas hecimos UNA LEY Y ORDENANZA QUE habla CERCA DE LAS OPINIONES DE BARTOLO Y BALDO, Y JUAN ANDRÉS Y EL ABAD. *QUAL DELLAS se DEBE SEGUIR EN DUDA á FALTA DE LEY* y porque agora somos informados que lo que hecimos por estorvar la prolixidad y muchedumbre de las opiniones de los Doctores ha traído mayor daño y inconveniente: PORENDE por la presente REVOCAMOS, CASAMOS Y ANULLAMOS en cuanto á esto todo LO CONTENIDO EN LA DICHA LEY Y ORDENANZA por nos hecha en la dicha villa de Madrid y MANDAMOS que de aqui adelante NO SE USE DELLA, NI SE GUARDE, NI CUMPLA, PORQUE NUESTRA INTENCION y voluntad ES, que cerca de la dicha ordenacion y determinacion de los pleytos y causas SOLAMENTE se HAGA Y GUARDE LO CONTENIDO EN LA DICHA LEY DEL SEÑOR REY D. ALFONSO, Y EN ESTA NUESTRA

Se hace decir al monarca legislador que ahora, siglo y medio después de Alcalá, se entera de que la ley del Ordenamiento no se observa ni se aplica como se debía. Ingenua, tardía y, por ello ridícula manera de comunicar un secreto que lo sería a voces. Todavía entonces se entera el legislador de un hecho notorio, al

que, por cierto, habían contribuido los reyes sus antecesores y el propio rey que legisla, según él mismo admite más adelante, al derogar una disposición suya, dada en Madrid, que es conculcatoria del Ordenamiento de Alcalá.

a) La ley de Alcalá, pues, no se guardaba ni se cumplía debidamente, y como el rey quiere que se haga tal y como disponía, ordena y manda que guarden y cumplan la dicha ley *en todo... según que en ella se contiene*. En consecuencia de lo cual, se deben observar en la aplicación pacífica y se deben juzgar los pleitos por las leyes de ordenamientos y pragmáticas. L. Toro 1 ya empieza a aclarar, añadiendo nuevos datos. Me explicaré. Ord. Alcalá 28,1 decía que se *libraran primeramente los pleytos por las Leys de este nuestro libro*, y, al final, añadía que al rey pertenecía el poder de hacer fueros y leyes, y también tenía poder de interpretarlas y aclararlas. Por consiguiente, las leyes dadas con posterioridad a Alcalá estaban ya comprendidas no sólo por la doctrina de la época, que hemos visto recogida en las Partidas, acerca de la sustitución de las leyes envejecidas y las nuevas necesarias, sino por lo que al final de la ley de Alcalá se dice, puesto que las leyes posteriores pueden ser enmendadoras o aclaradoras de las del Ordenamiento. Pero admitamos que no estaba claro, a pesar del convencimiento de que se trataba más bien de obstaculizar la aplicación de la ley. L. Toro 1 viene a aclarar que se deben aplicar las leyes de los monarcas posteriores a Alcalá. Y como quiera que desde Juan II se había desarrollado una legislación del rey sin el concurso de las Cortes, que se dio en llamar pragmáticas, como la *pragmatica sanctio* de los emperadores, la ley de Toro dice que se deben aplicar estas pragmáticas y las leyes de ordenamientos, que eran las aprobadas por las peticiones en Cortes.

Sin embargo, la aclaración de la ley de Toro, al decir *leyes de los ordenamientos* dio lugar a otra discusión acerca de qué ordenamientos se trataba. Según Llamas Molina⁷⁵, el P. Burriel se plantea el problema de qué se debe entender por ordenamientos, porque ninguno de los autores explica si los ordenamientos man-

75. LLAMAS MOLINA, *Comentario* cit. p 91.

dados guardar son los de Alcalá y Nájera o si son otros, o si es el de Montalvo, porque —dice— es un problema que no tocan Hernán Gómez, Arias, Tello Fernández, Avendaño y Guillén de Cervantes, y que no ha visto si lo hacen Palacios Rubios, Calatayud, del Castillo, Cifuentes y Luis del Toro, pero que sí ha visto Llamas que no lo hacen. Después, Llamas Molina emprende la tarea de aclarar la duda del P. Burriel, comenzando por afirmar que «los Ordenamientos —ahora emplea mayúscula— de que habla la ley de Toro son el de Alcalá y el que formó Diaz de Montalvo de orden de los reyes católicos... y los mismos cuya lectura y estudio manda la ley 2 de Toro a todos los letrados que...». Lo siento, pero no lo estimo así. Porque, si bien es cierto que L. Toro 2 dice al principio «las dichas leyes y Ordenamientos y Pragmáticas y Partidas» no es menos cierto que al final, así como repitiendo, dice «leyes de Ordenamientos e Pragmáticas e Partidas e Fuero Real»; leyes de, que es lo que debieron de querer decir, incluso para comprender a las posteriores leyes de Cortes. Así, pues, hay que entender ordenamientos genéricamente y no unos concretos, pues la ley claramente dice *ordenamientos y pragmáticas por nos hechas por los Reves donde nos venimos y por los reves que de nos vinieren*. Además del argumento que cree encontrar en L. Toro 2, libra Llamas Molina una batalla pírrica para probar que el Ordenamiento de Montalvo tiene carácter oficial, objetivo que no consigue, y que no tiene mucha relevancia a los efectos de su aplicación, pues las leyes de Alcalá y Fuero Real que incluye, así como las leyes de ordenamientos y las pragmáticas tienen fuerza de obligar por sí mismas, sin que se la dé el pretendido carácter oficial del Ordenamiento de Montalvo. El de Montalvo es una recopilación de textos cuya fuerza de obligar se acredita con la mención de su procedencia: Fuero Real, don Alonso en Alcalá, Juan II en Toro, Enrique IV pragmática y demás. El problema, que no parece apreciar Llamas Molina, se podría plantear con los textos del Fuero Real, que adquirirían carácter de ley si el Ordenamiento de Montalvo fuera promulgado, y se provocaría una diferencia entre las leyes del Fuero Real recopiladas y las que no lo fueron. De hecho, esto ocurrió con las Recopilaciones, pero a estas alturas apenas se aplicarían los fueros

municipales, y ya las Partidas eran la legislación preferente, al lado de las cuales completaban el Derecho especial las Recopilaciones, dentro de las que se incluyeron las Leyes de Toro y las más usadas del Ordenamiento de Alcalá y del Fuero Real. Así quedó fijado el Derecho castellano hasta la codificación.

Otro problema se fabricó también con las Leyes del Estilo. Parece que lo planteó Burgos de Paz, y hasta en las Cortes de Madrid de 1552 se pidió al rey que resolviese cuál de los dos, Fuero Real o Leyes del Estilo, debía seguirse en los tribunales, pues había sentencias distintas por seguir uno u otro texto. Llamas Molina ⁷⁶, después de rasgar sus vestiduras diciendo: «en tan lastimoso estado estaba entonces la arbitrariedad e ignorancia de los jueces, o la de los diputados de Cortes...», resuelve afirmando que «no podía haber oposición entre las leyes declaratorias y las declaradas», y que no consta que las Leyes del Estilo fueran publicadas y sancionadas por ningún rey. Las Leyes del Estilo son interpretaciones —interpretación auténtica, sin duda— y jurisprudencia de la Corte, que como tal orienta, pero no vincularía. Esto me parece que lo demuestra claramente Palacios Rubios con su comentario, que refleja lo que vincularon y cómo vincularon las Leyes del Estilo a los redactores de las Leyes de Toro. Las Leyes del Estilo además, si bien recopilación privada, tendría cierto carácter oficial por los materiales recogidos y por su aceptación en la práctica.

Se deben aplicar las leyes de ordenamientos y las pragmáticas *no embargante se diga y alegue no son usadas ni guardadas*. Esta declaración aclaratoria nos hace suponer que se debía de afirmar e incluso alegar en juicio que algunas leyes no eran usadas ni aplicadas, como si de costumbres se tratase. Debo confesar que la aclaración me sorprende por lo conocido que supongo el principio de que las leyes no pierden la vigencia por falta de uso, siendo así que la pierden las costumbres, por fundarse su vigencia en el uso. Lo cierto es que las Partidas no formulan el principio de manera clara, pues solamente dice Part. 1,1,16 que el pueblo debe guardar las leyes porque si no mostraría desobedecer man-

76 LLAMAS MOLINA, *Comentario cit.* p 97

damiento de Dios y del señor temporal, y que las leyes no se deben *desatar*, según Part. 1,1,18, a no ser que sea menester enmendarlas a tenor de Part. 1,1,17. Se trataría de que lo aprobado por el pueblo reunido en asamblea o lo establecido por el legislador no podía alterarse sino por el pueblo o por el legislador que hacen la ley nueva o derogan la antigua. En todos los tiempos se dice o se hace algo por el estilo; actualmente se dice de alguna ley que es o está obsoleta, sin caer en la cuenta de que dicen poco usada, cuando quieren decir vieja inservible. Pues bien, no me imagino la aclaración de Toro dirigida a interesados defensores del Derecho municipal o del Nuevo Derecho que buscaran la no aplicación de las leyes para favorecer la aplicación de sus respectivos Derechos. Más bien parece dirigida a los poco sabedores, que creerían que con las leyes ocurriría como con la costumbre. O mejor, para no fustigar a los ignorantes, sucedería, como dice Palacios Rubios al explicar los motivos de alguna ley, que dudaban los jurisconsultos —yo traduzco por abogados o por jurisperitos—, pero no los doctores.

b) Y lo que por las leyes no se pudiese determinar, sigue diciendo L. Toro 1, se deben observar las leyes de los fueros, tanto del fuero de las leyes —Fuero Real— como de los fueros municipales de cada ciudad, villa o lugar, *en lo que son y fueren usadas y no fueren contrarias a las leyes de ordenamientos y pragmáticas*. Como se puede apreciar, coincide con Ord. Alcalá 28,1, aunque resulta más claro, por el inciso posterior, que los fueros no deben ser contrarios a las leyes de ordenamientos y pragmáticas actuales y de los reyes posteriores; legislación posterior que en Ord. Alcalá había que deducir del poder de legislar de los reyes posteriores, en cuya virtud podían incluso modificar los fueros. E insisto en que coincide, aunque deja de decir contra Dios, ya demasiado medieval quizá, y se limita a lo que se refiere a la prohibición de costumbre contra ley. Así, por lo tanto, podemos remitirnos a lo dicho para la ley del Ordenamiento.

c) L. Toro 1 también es más clara que Ord. Alcalá 28,1, aunque nada añade, al ordenar y confirmar la aplicación de las Partidas y la manera de hacerse. Dice la ley que en lo que no se pudiese determinar por las leyes de ordenamientos y pragmáticas

y por los fueros se debe recurrir a las Partidas. Y precisa, *por las quales Partidas, en defecto de los dichos ordenamientos, pragmáticas y fueros mandamos que se determinen los pleytos*. Ya no queda duda, pues, de que se aplicarán en defecto, es decir, subsidiariamente. Mas he dicho que nada añade L. Toro 1, y debo rectificar, porque sí añade una aclaración un tanto sorprendente, aunque, siendo la misma, no lo es aquí tanto como al referirla a las leyes de ordenamientos y pragmáticas que acabamos de comentar. Sí, la ley dice que se deben guardar las Partidas *aunque no sean usadas ni guardadas*. Puestos a suponer, hasta puede que fuera necesario explicar que al Derecho subsidiario no le afecta el desuso, pues no es Derecho consuetudinario. Nuevamente hay que repetir que las Partidas no fueron promulgadas, sino que fueron dadas como leyes, es decir, se les dio carácter legal, para aplicar en defecto, subsidiariamente, repito una vez más. También Adriano, por ejemplo, dio carácter legal al *ius*, y a nadie se le ocurre decir que el *ius* sea ley ni que haya que probar su uso. Sé que las comparaciones y los ejemplos no son recomendables, pero no se me ocurre cómo explicarlo con manzanas. Sin embargo, eran necesarias las aclaraciones y seguirían siéndolo mucho tiempo después, como nos lo prueba los problemas que se plantearon.

No sé por qué le conviene a Llamas Molina que Alfonso XI hubiera modificado las Partidas, por lo cual argumenta con su insolencia habitual, contra Martínez Marina, que sostenía que no las había modificado, diciéndole por qué modificó el Ordenamiento de Nájera y no modificó las Partidas⁷⁷. Pues sería, digo yo, con perdón y sin ánimo de molestar, que sería porque el Ordenamiento de Nájera iba a ser aplicado directamente, como fuente principal, y sería necesario, si habían cambiado algunos aspectos. Las Partidas no era necesario modificarlas porque iban a ser aplicadas subsidiariamente; en lo que contradecían no se podían aplicar porque ya había ley o fuero. Para qué, pues, modificar? Y una verdadera riña tumultuaria parece la que origina el P. Burriel al preguntarle a Antonio Gómez de dónde saca que se debe probar el uso de la ley del fuero y que basta la alegación de la ley de

77 LLAMAS MOLINA, *Comentario cit.* p 88.

las Partidas, porque interviene Llamas Molina, y, después de lamentarse de que el P. Burriel «tuvo la desgracia de que cuando notaba errores ajenos cometía él mismo otros iguales», le responde, con todo el peso de su no saber, que era la ley de Toro, que así lo expresaba. Quién fuera niño para decirle: papá, digo don Sancho, ¿y por qué lo ordena así la ley de Toro? Nosotros ya lo sabemos.

d) Abreviaré, porque voy camino de parecer un comentarista de las Leyes de Toro. Por eso, voy a limitarme a decir que difiere un poco de Ord. Alcalá 28,1 la nuestra primera de Toro, por cuanto se limita a ordenar que si hubiera duda en la interpretación de las leyes de ordenamientos, pragmáticas, fueros o de las Partidas se recurra al rey para la interpretación y aclaración de ellas, sin decir, como hacia Alcalá, que, a la vista de dicha interpretación, el rey proveería, si menester fuere, con la provisión de una nueva ley que entendiere que cumple. Se declara el derecho que el rey tiene en exclusiva de interpretar el Derecho vigente. No estima necesario la ley de Toro insistir en el derecho que también tiene el rey de legislar en exclusiva.

e) El rey, sin embargo, podía delegar este derecho de interpretar, a tenor de lo establecido en Part. 1,1,14. Una delegación de este tipo pudiera ser la Pragmática de Juan II de 1417, que prohíbe alegar en juicio *opinión, determinación, dicho, ni autoridad ni glosa de doctor canonista, ni legista de aquellos que fueron despues de Bartolo o Juan Andres, ni de los doctores que de aqui adelante fueren*. Se prohíbe la alegación de los posteriores, ergo se autoriza la de los anteriores. Quisiera suponer que esta autorización es una delegación regia, pues de no ser así, vendría a ser una conculcación de lo establecido en Alcalá. Y a esta interpretación más bien nos inclina la pragmática, la cual, para facilitar el dar breve fin a los pleitos y contiendas que en los juicios acaescen, prohíbe alegar opiniones posteriores a Bártolo y Juan Andrés. En la práctica, infringiendo lo establecido en Ord. Alcalá 28,1, se alegaban citas y citas que alargaban los pleitos. Para remediar tal trastorno, transigiendo con la infracción de Alcalá 28,1, se permite alegar, pero no a todos, pero no a los actuales. Suponer que a partir de entonces el rey delegaba en los doctores anteriores

a Bártolo y Juan Andrés, me parece rizar el rizo. Así, pues, el rey Juan II conculcó el Ordenamiento de Alcalá. Autorizó la alegación de las opiniones de los autores anteriores a Bártolo y Juan Andrés para la interpretación y, al amparo de ella o ya directamente, para que se aplicara en defecto de ley. Así se deduce también del final de L. Toro 1. Llamas Molina (p. 100), sin embargo, no parece ver en la pragmática «otra cosa que pretender fijar término á la razon y entendimiento humano, que regularmente no debe tener otros que los que le ha prescrito su Criador». ¿Se sentiría discriminado?

Los Reyes Católicos, según dice la ley de Toro, para frenar la *prolixidad y muchedumbre* de citas de doctores, dieron la Ordenanza de Madrid de 1499, por la cual se venía a decir que debía preferirse la opinión de Bártolo a la de Baldo y la de Juan Andrés a la del abad Panormitano en caso de duda. Así, pues, esta Ordenanza de Madrid, tenida como verdadera ley de citas junto con la pragmática de Juan II, autorizaba también para alegar en los pleitos las opiniones de los doctores del Nuevo Derecho. Cómo, cuándo y para qué lo aclara la ley de Toro al prohibir por fin que sean alegadas y que se vuelva a lo establecido en el Ordenamiento de Alcalá. La prohibición se hace al final de L. Toro 1, cuando el legislador dice haber sido informado de que aquella Ordenanza hecha en la villa de Madrid *para estorvar la prolixidad y muchedumbre de las opiniones de los doctores* había producido mayor daño que el que se quería evitar. Dicha Ordenanza trataba, como sabemos, de las opiniones de Bártolo y Baldo, Juan Andrés y el Abad: *qual dellas se debe seguir en duda a falta de ley*. Tal y como está dicho, hay que pensar que, dando por supuesto que a falta de ley se pueden aplicar las opiniones de los doctores, la Ordenanza viene a decir que, existiendo opinión de Bártolo y Baldo o de Juan Andrés y el Abad discrepantes entre sí, se debía preferir la de Bártolo a la de Baldo y la de Juan Andrés a la del Abad. Por consiguiente, se autorizaba ya la alegación de las opiniones de los autores para ser aplicadas en defecto de ley. Se puede pensar que se comenzaría a hacer en la práctica, y que luego los monarcas, con más o menos limitaciones, fueron autorizando la aplicación de los doctores del Nuevo Derecho, concul-

cando lo dispuesto en Alcalá. Los reyes vinieron a ser, pues, los principales responsables no sólo de la no observación del Ordenamiento de Alcalá, sino de su vulneración.

Pero el rey legislador, a la vista de que la Ordenanza había producido mayor daño que el que se pretendía evitar, la revocó, casó y anuló, y ordenó que en adelante no se cumpla y que se guarde lo establecido en la ley del señor rey Don Alfonso y en esta de Toro. Averiguar si se cumplió la orden de la vuelta a lo establecido en Alcalá, no entra en nuestro propósito. La publicación editorial de la Glosa de Gregorio López así como las de los comentarios a las Leyes de Toro, a las del Fuero Real y de las Recopilaciones pudiera tener algo de usurpación del derecho de interpretar las leyes, a no ser que fueran autorizadas por el monarca. Quizá el verdadero antídoto contra la fiebre de alegar opiniones de los doctores para interpretar y aun para suplir no se lograría hasta que se importó el dogma de la doctrina legal, que sería aplicado celosamente por los jueces. Digo así, porque es muy esclarecedor que, queriendo restablecer en su verdadero puesto al Derecho nacional, el Consejo de Castilla en 1713 manda se aplique éste tal como se halla contenido en sus fuentes —ordenamientos, pragmáticas, fueros y Partidas—, y se aplique sólo subsidiariamente el romano, con lo cual es evidente que se conculca lo establecido en L. Toro 1. Podíamos alegar más datos del incumplimiento de lo ordenado en Toro pero, repito, no es mi propósito. Pero me reafirmo en mi presunción de que el freno sólo se consiguió con la doctrina, que se llamará legal.

B) La aplicación de los fueros municipales iría decreciendo, y no por que fueran suplantados por el Fuero Real, cuya aplicación, sobre todo después de las Leyes de Toro, que en parte lo reemplazan, sería escasa; y ya lo sería antes a juzgar por las leyes recogidas en el Ordenamiento de Montalvo por considerarse más en uso. También por observación de Montalvo, no parece haberse aplicado el Fuero Juzgo por su alegación como fuero municipal; Montalvo recoge alguna ley para sus primeros libros porque quizá le parecían superiores a los de las Partidas sobre el rey, el legislador y esos temas que po-

dríamos denominar del rey y del Reino, pero son muy escasos. Alguna aplicación concreta se pidió, pero conviene retener que fue por la vía de los organismos de gobierno. De la legislación de Cortes y pragmáticas aplicables, según la recopilación de Montalvo, se llega a la conclusión de que la mayoría tratan de cuestiones fiscales, de policía y de reglamentación de organismos de gobierno y oficiales de éstos, así como del rey y del Reino, y, eso sí, abundan las disposiciones sobre organización procesal y procedimiento. Leyes de Cortes y pragmáticas referentes a Derecho privado puede decirse que apenas existen o se refieren a cuestiones marginales o secundarias. Para darse una idea, basta decir que sobre Testamentos y Demandas (*sic*) Ord. Montalvo 5,2 contiene cinco leyes —sobre número de testigos, dos sobre mandas de romeros y destino de sus bienes si mueren sin testamento y sobre obligación del cabezalero—; el tít. 3 de Herencias tiene dos leyes —una prohíbe heredar a los hijos de los clérigos—; el tít. 7 de las Vendidas y Compras contiene diez —sobre monedas, pesos y medidas y tres sobre regatones, los precursores de los intermediarios de hoy—. Creo que con esto basta. El examen de la Nueva y Novísima Recopilación darían proporcionalmente el mismo resultado, a pesar de la inserción de las Leyes de Toro. El hecho de que me parezca oportuno citarlas, siendo tan sólo ochenta y tres da idea, y confirma lo que digo.

Así, pues, la vida jurídica del Reino de Castilla pasó a ser regida fundamentalmente por las Partidas: el Derecho civil, el Derecho penal y el Derecho procesal. Se aplicaría, por consiguiente, la Recopilación vigente y las Partidas. Y como quiera que, según hemos visto, las Recopilaciones contenían fundamentalmente lo que hoy llamamos Derecho administrativo, tendremos en ellas la Organización y sus normas; y en las Partidas, fundamentalmente, y las Leyes de Toro, junto con las escasas disposiciones de las leyes de ordenamientos y pragmáticas, el Derecho aplicable.

No es prueba irrefutable de lo que he dicho, pero puede ser un tanto esclarecedor contemplar cómo exponía el Derecho civil el Manual para mí más interesante de las vísperas de la codificación, debido al catedrático y miembro de la comisión codificadora

don Benito Gutiérrez ⁷⁸. Pues, alguna vez comienza por el Fuero Juzgo, cuando es el origen de alguna de nuestras más típicas instituciones, sigue, cuando es necesario, por el Fuero Real, al ser conductor del caudal traslaticio, perfila con las Leyes de Toro, fijadoras del Derecho tradicional, injertándolo en el núcleo fundamental y siempre presente de las Partidas. A veces, aunque pocas, se hace necesario añadir algo de las Leyes generales, preparatorias de la codificación. El Manual de don Benito Gutiérrez, que yo acompaño, a los efectos de esclarecer incluso históricamente, con los Comentarios de García Goyena al proyecto isabelino de codificación, me sirven para despedir el pasado y ver venir la codificación que termina con él.

C) Es claro que L. Toro 1 no constituye un cambio del Ordenamiento jurídico, en cuanto pretende una vuelta a lo establecido en Alcalá. No se introdujo cambio alguno en la formación ni en la aplicación del Derecho, que sigue discurriendo por cauces bajomedievales; el Derecho aplicado, por consiguiente, sigue siendo el mismo que se había fijado en el bajo medievo, junto con el poco que se elaboró después de Alcalá, pero por procedimientos bajomedievales.

Lo establecido en Toro supone una vuelta al neocesarismo legislativo de los monarcas traído por la Recepción. En Toro se perdió la ocasión de superarlo mediante su sustitución por una elaboración operada por los jurisconsultos. No llegamos a tener jurisconsultos que lo facilitaran, pues sólo alcanzamos a tener ese nuevo estamento de jurisperitos, peritos simplemente en conocer lo elaborado por los italianos sobre la base de lo que habían construido los, al parecer, irrepetibles juristas romanos. Ellos no sólo no permitieron superar el neocesarismo legislativo, sino que con sus actitudes provocaron la vuelta a él ordenada por las ley de Toro. No me gusta el Derecho creado por el poderoso legislador, porque admiro el creado por la autoridad del jurisconsulto; por eso me disgusta el legista pretencioso que, con sus intromisiones y la imitación servil de los autores, impidió el florecimiento de

78. B. GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español* (Madrid 1881).

una verdadera jurisprudencia, y provocó la vuelta al neocesarismo legislativo, acompañado de una glosa ramplona, heredera de la mediocre ansia de citar.

La exposición de la Historia del Derecho solía y suele hacerse por períodos, que acostumbran a ser los de la Historia llamada general. Algunos autores, dieron en darle a los períodos históricos tradicionales —Edad Antigua, Edad Media, Edad Moderna y demás— nombres con reflejos jurídicos estimados como característicos de la época. Así, se denominó romanización, germanización, recepción, reelaboración a la Edad Antigua, Edad Media, Edad Moderna claramente identificables. Por qué los historiadores generales hicieron esas divisiones se adivina a veces. La Antigua, llamada clásica, y la Moderna parecen ser obra de los filólogos, que, llevados por su admiración de las lenguas llamadas clásicas, denominaron despectivamente Edad Media a la que está en medio, que arruinó y vulgarizó las lenguas hasta que la modernidad puso remedio restaurando lo clásico.

Alguna vez he observado que los períodos de la Historia general coinciden poco más o menos con ordenamientos jurídicos. Podemos verificarlo desde la Historia de España: Edad Antigua, período de vigencia del ordenamiento jurídico romano; Edad Media, la Temprana, que decimos visigótica, ordenamiento visigodo, ya independiente, distinto del romano; la Alta, período de dispersión normativa, según J. Lalinde, es de ordenamiento de Derecho común visigótico de las monarquías; la Baja es el ordenamiento centralizador y unificador consecuencia de la Recepción. ¿Y la Edad Moderna? Se ha dicho con ligereza que comienza con el descubrimiento de América o con la caída de Constantinopla, sabiendo que deberá comenzar con la implantación del Estado moderno y su organización que la caracteriza; así, pues, otro ordenamiento jurídico caracterizando un período de la Historia.

Este hecho es lo que me confirmó en mi idea de que toda Historia es Historia del Derecho. Me confirmó, puesto que ya había observado que a la Historia interesa sólo lo que no se repite, claro, pero lo que no se repite que tiene relevancia jurídica. Por eso interesan a la Historia las guerras y los matrimonios reales, que, por no comprenderlas, sin duda, tratan de excluir los secuaces

de la Historia institucional, la cual, por cierto, no es otra cosa que Historia de instituciones jurídicas. Porque la guerra es la continuación de la política por otros medios, según von Clausewitz, y que yo prefiero decir que es el medio judicial de aplicación del Derecho de gentes; esto es, el medio de solucionar la oposición de pretensiones jurídicas de las organizaciones políticas, porque viven una situación de autotutela, dentro de la cual el duelo —*duorum bellum*— fue la única forma de proceso, al no existir una organización judicial. La guerra, pues, es una institución —procesal— y, como tal, objeto de la Historia. Los matrimonios de los reyes, protagonistas de las organizaciones políticas monárquicas, sirvieron para determinar la organización, en tanto los contratos matrimoniales fueron, como el de Isabel y Fernando, la «constitución» de la así lograda Monarquía de los Reinos hispánicos, y, otras veces, en época de política de alianzas, marcó las directrices de la política, de la relación de las organizaciones políticas. Después, me confirmó en mi idea la constante observación de la realidad histórica, y me consolidó en ella haber merecido la aceptación del gran jurista, e historiador también, Carl Schmitt. Y para terminar, debemos tener en cuenta que, si hacemos Historia de ordenamientos jurídicos en adherencia a la realidad histórica de España, hemos de periodificar coincidiendo con ordenamientos, y ordenamientos que lo sean en España y cuando lo sean en España, por lo que tendremos ocasión de observar.

Después de esta especie de *intermezzo*, que no considero inútil, procede preguntarse por qué, no habiendo introducido L. Toro I cambio alguno en la formación del Derecho ni en el Derecho aplicable ni en la forma de aplicarse, por qué, repito, se incluyen sus leyes en un período nuevo, distinto; o, si se prefiere, ¿por qué no se continúa el período bajomedieval? Se abre, pues, un nuevo período. Si se abre un nuevo período de la Historia del Derecho por haberse descubierto América, se puede comprender, aunque no parece admisible para una Historia del Derecho. Pero si se me dice que es porque comienza la Edad Moderna ya no puedo aceptarlo para España, puesto que el Estado moderno, cuya organización constituye un cambio que determina la aparición de un nuevo ordenamiento jurídico, no aparece en España, y menos

a finales del siglo XV. Sigue aquí el mismo Derecho y no cambia tampoco la organización, ergo no cambia el ordenamiento jurídico. En España no surge el Estado porque no se dieron guerras confesionales, para poner fin a las cuales surgió esa abstracción racionalista llamada Estado, que pone fin también a la Edad Media con su políticamente inviable planteamiento de las dos espadas.

Ya Federico II había hecho sus intentos de superación del orden medieval, fracasados por prematuros, quizá. Fueron los juristas, por boca de Alberico Gentilis, quienes dijeron *silete, theologi, in munere alieno*, reclamando la *auctoritas*, que la vulgarización, con el consentimiento de la Iglesia, había convertido en potestad en lo espiritual. El dogmatismo de los teólogos no les permitía la transacción, necesaria para poner fin a las guerras confesionales, y se les separó, retirándoles la espada, de la que se hizo cargo el Estado. Nació así y ahora la soberanía, que vino a ser potestad en lo temporal, para proteger, y en lo espiritual. No existía en la Edad Media, en donde había poderes, cuya plenitud correspondía al emperador y, después, a los reyes libres; en la Roma papal residía la *auctoritas*, convertida en otro poder, a veces enfrente.

Ahora ya se puede comprender por qué digo que en España no cambia el planteamiento y, por consiguiente, no se puede hablar de nuevo ordenamiento y de nuevo período histórico; no ha habido Estado. No se dio la necesidad de él, y la vida jurídica siguió discurriendo por cauces medievales. Prueba de que no hay Estado en los siglos XVI y XVII y aun después es la persistencia de la Inquisición y los valimientos eclesiásticos, por ejemplo. Es muy interesante conocer lo ocurrido con los libros de las nuevas ideas y con los nuevos planteamientos: es ilustrador. García Gallo nos refleja con acierto lo que ocurría ⁷⁹, el cual nos dice, al hablar de la cultura jurídica de la época, que «la literatura jurídica y política repercute en España. Las obras de Maquiavelo son traducidas e impresas entre nosotros ya a mediados del siglo XVI, son leídas por nuestros monarcas y por todas las clases cultas de la

79. A. GARCÍA-GALLO, *Historia del Derecho español* 11 (Madrid 1944) pp. 681 y 727.

sociedad. Muy pronto, sin embargo, aparece entre nosotros una abundante literatura antimachiavelista. También la obra de Juan Bodin o Bodino —añade— es traducida al castellano, expurgando todo aquello que va contra la religión, modificando algún pasaje y adicionando otros con datos referentes a España; la traducción se dedica a Felipe III». El título de la traducción —*Los seis libros de la República, traducidos de la lengua francesa y enmendados católicamente*— es una buena muestra de la situación y una prueba de la inexistencia de Estado. Y más adelante, García Gallo, al tratar de las doctrinas políticas en el capítulo Estado y Sociedad, dice: «Las teorías de los teólogos y tratadistas de política, análogas a las de la baja Edad Media, como inspiradas en el mismo criterio escolástico, no difieren sensiblemente de la realidad.» Una monarquía que cuenta con la Inquisición como uno de sus organismos y cuya organización es análoga a la medieval no permite hablar de cambio, sino que obliga a hablar de continuación.

Si la vida del Reino continúa discurriendo por cauces jurídicos medievales en una organización inspirada en principios sustentados por los teólogos-juristas, no se puede hablar de Estado ni es posible, por consiguiente, iniciar un nuevo período basado en su existencia. Si se abre un nuevo período histórico, se imitará sin discernimiento a las exposiciones históricas de otros países que adoptaron la organización en forma de Estado, y si para este momento se expone la doctrina extranjera —Bodin, Hobbes y demás—, se falsea la realidad, que estaba inspirada en la doctrina de los teólogos-juristas, y, consciente o inconscientemente, se omite describir la doctrina dominante, sustituyéndola por otra ajena.

Siendo así, ¿es que no tenemos Edad Moderna? Y de no ser así, ¿cuándo comienza nuestra Edad Moderna? No hemos tenido Estado entonces, y puede que no lo hayamos tenido nunca, ni siquiera ahora ⁸⁰. Mas, a pesar de todo, tenemos un período moderno, al que, sin embargo, debemos fijar el momento de su comienzo. Tenemos, si bien se mira, un período estatal incluso, por-

80. Ernst Forshoff, en su primer viaje a España, al bajar en Santiago del Volkswagen de mi compadre W. Böckenförde que lo acompañaba, manifestó que desde pasar la frontera en Irún venía observando que aquí no había Estado. Celebré coincidir con tan destacado jurista, pues desde siempre lo afirmo.

que allá por el siglo XVIII la sociedad española amenazaba con derrumbarse, y para remediarlo se importó, para que sirviera a manera de andamiaje, una Administración en forma de Estado moderno⁸¹. Veo un momento oportuno para situar este acontecimiento, origen de nuestro período Moderno, allá por el comienzo de la época borbónica, cuando se puso fin a la diversidad de los Reinos mediante la incorporación a Castilla de los de la Corona de Aragón; otro acontecimiento éste que, ahora sí, y no con el matrimonio de Fernando e Isabel, produjo la unificación de las Españas, pues el matrimonio sólo unificó las Monarquías. Unificación hispánica y Administración estatal son el cambio que puede justificar una Edad Nueva, nuestra Edad Moderna.

ALFONSO OTERO

81 Así lo enjuició A. D'ORS en su recensión a W. BOSCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19 Jahrhundert. Zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder*, en *ADHE* 30 (1960).