

LA CREACION DEL DERECHO ENTRE LOS ESPAÑOLES

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. FACTORES DETERMINANTES DE LA POSTURA DE LOS ESPAÑOLES NUCLEARES. La nostalgia del orden visigodo como factor sentimental. El fracaso del precoz ensayo judicialista castellano como factor experimental. El predominio del autoritarismo como factor político. El gobierno de los territorios americanos como factor histórico.—II. EL DECISIONISMO JURÍDICO, COMO POSTURA DE LA ESPAÑA NUCLEAR. La pronta y total relegación de la costumbre. La anulación de la capacidad creadora del juez. El triunfo de la pragmática, la provisión de gobierno y el auto acordado. Los intentos de “nacionalización” del derecho común.—III. LA MODERACIÓN TRANSCENDENTALISTA DEL DECISIONISMO JURÍDICO DE LA ESPAÑA NUCLEAR. En neo-goticismo. El iusnaturalismo católico. El krausismo.—IV. LOS FACTORES DETERMINANTES DE LA POSTURA DE LOS ESPAÑOLES PERIFÉRICOS. La desvinculación del orden visigodo como factor sentimental. La debilidad del poder real como factor político. La expansión sobre territorios fuertemente normativizados y la posición defensiva frente al decisionismo castellano, como factores históricos.—V. EL NORMATIVISMO HISTORICISTA COMO POSTURA DE LA ESPAÑA PERIFÉRICA. La exaltación de la costumbre como base normativa. El concepto pactista de la ley. El reconocimiento moderado de la jurisprudencia. La ausencia de trascendentalismo jurídico. Las posiciones radicalistas frente al derecho común.—VI. EL REPLIEGUE DEL NORMATIVISMO HISTORICISTA PERIFÉRICO ANTE EL DECISIONISMO TRANSCENDENTALISTA DE LA ESPAÑA NUCLEAR. El reconocimiento “decisionista” de los ordenamientos aragones, catalán y balear, y la exclusión del valenciano. La participación navarra y vizcaína en el decisionismo de la España nuclear. El sistema de “apéndices forales” como repliegue del “nativismo” de la España periférica. El sistema de “compilaciones” como posible conversión del “nativismo historicista” en un “decisionismo periférico”.

INTRODUCCIÓN

La especialización en la Historia del Derecho ha rendido a España indudables frutos al permitir un mejor conocimiento de los textos jurídicos y de las instituciones en ellos contenidas o desarrolladas. Sin embargo, el progreso experimentado no ha sido

coronado suficientemente con visiones de síntesis, lo que ha restringido notablemente su valor, tanto en el terreno de la ciencia pura como en el de su posible utilidad práctica.

Por lo que se refiere al primero, debe tenerse en cuenta que el historiador puede experimentar placer en el análisis de los elementos que constituyen el derecho histórico, pero sólo en cuanto vea en ellos el camino necesario para comprender el conjunto de aquél, y que sólo experimentará cumplida satisfacción cuando vea o crea poder ver el todo. A su vez, esta visión es la que perfeccionará su conocimiento de la parte o de las partes, pues es cuando éstas adquirirán una significación o un sentido.

En cuanto al segundo terreno, igualmente, si la Historia del Derecho quiere prestar algún servicio a la Historia y al Derecho, tiene que ofrecer visiones de síntesis, pues los textos o las instituciones aisladas no están en condiciones de ser utilizados, o lo que es peor, no pueden ser bien utilizados.

Uno de los aspectos en los que es urgente la visión de síntesis es el de la creación del Derecho entre los españoles. No basta saber cómo se ha elaborado la ley, la costumbre y las demás formas de manifestación del Derecho en las sucesivas épocas históricas, sino la proporción en que se han combinado, el papel que cada una ha desempeñado, la atracción que han ejercido sobre los españoles que las han usado, y, en última instancia, el sistema o concepción que ha determinado como característica de aquéllos.

A lo largo de la historia, la postura de los españoles ante la creación del Derecho no ha permanecido estática, pero esto es justamente una de las circunstancias que el historiador debe apreciar, es decir, el cómo y el porqué de los cambios, así como debe señalar lo que ha habido de permanente y en lo que los españoles se han mostrado constantes.

La importancia práctica de tal determinación es indudable, pues el que aquéllos hayan mostrado una cierta afección por un sistema o una concepción no significa que no puedan o deban cambiar en el futuro, pero sí que para que ese cambio se produzca deberán alterarse los factores que han conducido a él. El conocimiento de la última de las posturas históricas en el citado aspecto de la creación del Derecho, no es suficiente, pues pueden existir factores

circunstanciales, fáciles de desarraigar, en tanto existir otros cuya huella será difícil de borrar, precisándose para esto un mayor esfuerzo.

Dado que la Historia del Derecho no puede incurrir en un unitarismo antihistórico, no puede pretenderse hablar de una sola concepción sobre la creación del Derecho entre los españoles, sino de varias, pues aquéllos son varios también, y hasta ayer mismo, castellanos, aragoneses, catalanes, vascos, navarros, valencianos, etcétera, aunque con más afinidad entre sí que con respecto a franceses, italianos, alemanes, etc., han sido grupos distintos e individualizados, cada uno de los cuales merecería una atención especial, pero que la necesidad de síntesis exige agrupar.

Sólo por ese deseo de síntesis, los españoles históricos pueden reducirse a dos grupos. Uno es el de los españoles del centro, que proceden sustancialmente de los del norte, y a los que se han plegado éstos y los del sur. Vascones, cántabros, astures y hasta gallegos han bajado hacia León y, finalmente, hacia Castilla, identificándose con el desarrollo de ésta, como lo han hecho también la Andalucía y la Extremadura reconquistada por aquélla, y, después, las islas Canarias. Otro grupo es el de los españoles desde el reborde oriental de la meseta hasta los Pirineos y el Mediterráneo, entre los que, a su vez, hay muchas diferencias, incluso hasta en sus relaciones con los españoles occidentales. Unos y otros, españoles occidentales y orientales, han creado sus propios grupos nacionales con idéntico vigor y denuedo, pero España, o sea la unidad política que los aglutina a todos, aun siendo también obra de todos, lo es en muy distinta medida, habiéndose de recordar la frase de Ortega y Gasset: "Porque no se le dé vueltas: España es una cosa hecha por Castilla"¹. Naturalmente que España debe grandes aportaciones a los distintos grupos que la componen, y que, incluso, esas aportaciones son, a veces, más laudables por lo que tienen de contribución generosa a una obra que no se dirige, pero la realidad es que, para bien y para mal, la decisión de "hacer España" corresponde a Castilla. La actitud de los otros grupos es distinta.

1. JOSÉ ORTEGA Y GASSET. *España invertebrada*, Revista de Occidente. Madrid, 1957, 10.^a ed. en castellano, pág. 40.

desde la identificación o la renuncia generosa hasta la de la reticencia y el apartamiento cauteloso, cambiando, además, según las épocas y las circunstancias, y respondiendo a diversas motivaciones, a veces, justificadamente.

Dada esta realidad, aquí se habla de “españoles nucleares” y “españoles periféricos” para calificar los dos grupos mencionados, sin que ello implique mérito y demérito, y sin que exprese una situación irreversible. España ha sido hecha por Castilla, y ésta podrá jactarse de lo que en aquella unidad política haya de elogiabile y se deba a ella, pero tendrá que arrepentirse de los errores que haya cometido². Aragón, Cataluña, etc., podrán deplorar no haber corregido defectos nacionales o no haber dado otro rumbo a las empresas españolas, pero nada hay que impida el que en el futuro pueda pasar a ellas el papel directivo.

Una visión histórica de la actitud de los españoles frente a la ley tiene siempre naturaleza polémica. No creo que nadie pueda irrogarse el ver en estas cuestiones con claridad absoluta. Se trata aquí, simplemente, de contribuir en forma modesta a que todos los españoles y los amantes de España podamos tener un mejor conocimiento de cómo hemos sido históricamente, de forma que ese conocimiento pueda ser tenido en cuenta en cualquier ensayo que se haga para una nueva sociedad española.

I

FACTORES DETERMINANTES DE LA POSTURA DE LOS ESPAÑOLES NUCLEARES

La nostalgia del orden visigodo como factor sentimental.

Una de las grandes consecuciones de la historiografía española contemporánea es la de resaltar la importancia del legado visigodo en la Edad Media³, sobre todo en Castilla. Por lo que respecta

2. Del mismo pensador es la frase de que “Castilla ha hecho a España y Castilla la ha deshecho”, op. cit., pág. 55.

3. En éste sentido, la obra de Menéndez Pidal, Sánchez-Albornoz, Gar-

al orden político se citan siempre la Crónica conocida como "Albeldense" y la Crónica de Alfonso III, esta última atribuida por muchos al propio monarca. En la primera se atribuye a Alfonso II, "el Casto", rey astur-leonés de los años 791 a 842, el establecimiento de un "orden godo" en lo eclesiástico y en lo palatino, a la manera del reino de Toledo⁴, y en la segunda, con manifiesta falsedad, pero con gran encanto narrativo, se atribuye nada menos que a Pelayo y al famoso obispo Opa el invocar el orden godo de España, en un impresionante diálogo sostenido como prelude de la batalla de Covadonga⁵.

No es lógico suponer que los iniciadores de la reconquista hayan tenido presente desde el primer momento dicho legado, al menos, en forma de reliquia que ha de salvaguardarse, pues ha tenido que predominar el desnudo y salvaje instinto de conserva-

cia de Valdeavellano, etc. La unidad del derecho de los reinos medievales por la subsistencia de las leyes godas aparece muy destacado por el profesor José Antonio MARAVALL, *El concepto de España en la Edad Media*, 2.^a edición. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1964, págs. 175 y ss.

4. "... omnemque Gotorum ordinem, sicuti Toletum fuerat, tam in ecclesia quam palatio in Obeto cuncta statuit". Vid. Luis VÁZQUEZ DE PARGA, *Textos históricos en latín medieval. Siglos VIII-XIII*. Selección y notas. Madrid, 1952, pág. 30.

5. Vid. *Crónica de Alfonso III*, ed. preparada por Zacarías García Villada, S. I. Centro de Estudios Históricos. Madrid, 1918. La versión castellana de este fragmento, en Claudio Sánchez-Albornoz y Aurelio Viñas, *Lecturas de Historia de España*, Editorial Plutarco, S. A. Madrid, 1929, página 35.

El obispo sube a un montículo ante la cueva de la Virgen en el monte Aseuva e inquiera dónde se encuentra Pelayo, que le responde detrás de una ventana. El obispo trata de convencerle que si encontrándose toda España bajo el orden gótico ("Puto te non latere, confrater et fili, qualiter omnis Spania dudum in uno ordine sub regimine Gotorum esset ordinata...") no pudo con los ismaelitas, a los que llama "caldeos" en estilo bíblico, menos ha de poderlo hacer ahora. Pelayo le replica con una cita también bíblica de que la Iglesia del Señor llegaría a quedar reducida como un grano de mostaza, creciendo de nuevo por la misericordia de Dios, lo que el obispo reconoce estar así escrito, y concluye con la declaración de fe de que aquel montículo sea salud de España y reparación del ejército de los godos. ("Spes nostra Christus est, quod per salutem et Gothorum gentis exercitus reparatus.")

ción, que prescinde de todo ideal sentimental. Sin embargo, tampoco puede defenderse que haya desaparecido por completo, y menos aún que se haya pretendido un desarraigamiento⁶. En todo caso, ha permanecido en estado latente, lo que le ha permitido después el ser utilizado como un mito político⁷, que persistirá a través de siglos⁸, y también como una normatividad efectiva, amparando instituciones⁹, constituyendo un derecho común¹⁰, metamorfoseán-

6. Vid. MARAVALL, op. cit., págs. 305-306, que sigue a Sánchez-Albornoz en la tesis de la inexistencia de la herencia goda en los primeros tiempos de la Reconquista, y en la oposición a Pierre David, que quiere ver una concepción anterior de haberse terminado los godos en 711 y no tener nada que ver con ellos los habitantes de la Península.

7. Vid. op. cit., pág. 304: "La ilusión del legado goda actúa ciertamente como un mito. Es probablemente en su origen, no explicación de un hecho real, sino una invención culta para dar sentido a una acción..."

8. Vid., por ejemplo, *Refundición de la Crónica del Halconero por el obispo Don Lopez Barrientos*, ed. y estudio por Juan DE MATA CARRIAZO. Espasa-Calpe, Madrid, 1946, pág. 13: "Este rrey don Enrrique el terçero descendió de la muy antigua y noble y clara generacion de los rreyes godos. E señaladamente del glorioso y cathólico príncipe Ricardo, rrey que fue de los godos en España... la sangre de los rreyes de Castilla descendiendo de un rrey en otro lo qual se ha continuado fasta oy, que son más de ochoçientos años, syn aver en ella mudamiento de otra generacion. Lo qual creo que se fallará en pocas generaçiones de los rreyes cristianos, que tan luengo tiempo durase."

La admiración por lo visigodo, aun en una época tan poco propicia a ello como la renacentista, puede verse en Diego DE COVARRUBIAS Y LEYVA, *Textos jurídico-políticos*, trad. de Atilarino Rico Seco, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pág. 247: "De aquí se puede deducir que hace unos mil años que las Españas quedaron sometidas al imperio de los reyes y la monarquía, durante los cuales, reyes de sangre goda la gobernaron felicísimamente en paz y en guerra con justas y muy saludables leyes bajo la égida de la religión católica."

9. Así, la sociedad de gananciales, la mejora, etc., Vid., por ejemplo, José M.^a FONT RIUS, *La ordenación faccionada del régimen matrimonial de bienes en el derecho medieval hispánico*, conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado, el día 7 de febrero de 1950. Madrid, 1954.

10. Así lo reconocen García de Valdeavellano, García-Gallo y en general todos los historiadores del Derecho. En la posición más extremista, vid. ALFONSO OTERO VARELA, *El código López Ferreiro del "Liber Iudiciorum"*. AHDE, XXIX, Madrid, 1959, págs. 557-573.

dose en un derecho de alzadas¹¹ o hasta en un derecho local¹², etc.

No interesan aquí de forma directa los problemas que suscitan la trayectoria del derecho visigodo en la edad media, y entre ellos el de la posible supervivencia del de carácter consuetudinario, pero es fundamental resaltar que la nostalgia medieval se orienta al derecho legislado: la "Hispana", en lo canónico, y el "Liber Iudiciorum", en lo civil. Suponiendo que en la reconquista castellana hayan subsistido las prácticas consuetudinarias germánicas del pueblo visigodo, aun así y todo, no perderá valor el dato de que la aspiración no ha ido encaminada a esas prácticas, que, en todo caso, han constituido un caso de necesidad, sino a la referida legislación visigoda, y con ello, al procedimiento de creación del Derecho prevista en aquélla, y de la que se hablará más adelante.

La posible objeción de que el pueblo no participa en la nostalgia por la ley no parece convincente. Es cierto que la aspiración a lo visigodo ha podido ser de carácter culto, pero esto no lo priva de valor. Gran parte, si no todos, de los movimientos que hoy calificamos de populares, son de origen culto. La intervención de la masa consiste en prestar la adhesión, y el que un movimiento tenga carácter popular no significa sino que ha coincidido o ha sido adecuado a la facultad apetitiva de la masa. En este sentido, nadie puede dudar de que el mito de orden gótico ha llenado un vacío importante que habían de sentir los guerreros de las montañas y los repobladores de los valles astur-leoneses.

Aunque no afecte decisivamente al objeto de esta exposición,

11. Vid. Claudio SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *El "Juicio del Libro" en León durante el siglo X, y un feudo castellano del XIII*. AHDE, tomo I, Madrid, 1924, págs. 382-390.

12. Es el caso del "Fuero Juzgo", versión romanceada del "Liber Iudiciorum" visigodo, que es concedido a grandes ciudades de Andalucía y Levante, insistiéndose en su consideración de local, como puede verse en Joaquín Francisco PACHECO, *Comentario histórico, crítico y jurídico a las leyes de Toro*, tomo I, Madrid, 1862, pág. 35: "Item statuto... quod Liber Judicium... nullus sit ausus... aliter appellare nisi Forum de Corduba...". o en Miguel DE MANUEL RODRÍGUEZ, *Memorias para la vida del santo rey don Fernando III*, Madrid, 1800, pág. 545: "Otrosí mando, e establezco, que el libro judgo que yo dí a los de Carmona... que ninguno non sea osado de llamar de otra guisa este fuero, si non fuero de Carmona."

parece que no debe desaprovecharse la ocasión para rechazar los ataques injustificados contra el papel histórico de los visigodos y su legislación, que han partido de dos grandes figuras de nuestro tiempo, desgraciadamente desaparecidas, José Ortega y Gasset y Jaime Vicens Vives, debiendo destacarse que frente a los del primero ha reaccionado acertadamente Claudio Sánchez-Albornoz¹³.

Para el primero, que estaba dotado de un gran intuicionismo histórico, pero que no era historiador, parece como si la causa de que nuestro desarrollo haya sido inferior al de otros pueblos residiera en haber contado con los visigodos como antecesores. Para el gran pensador madrileño, los visigodos carecieron de vitalidad, contrastando con los francos, siendo de los pueblos germanos al más deformado por más civilizado¹⁴. La realidad es que estas afirmaciones ni las fundamentó ni se molestó en hacerlo, reconociendo que no podía averiguar el origen de la diferente potencialidad de francos y visigodos, y lo que es peor, afirmando que no le importaba. Ya se comprende que es perfectamente lícito que a un pensador no le importe el referido problema, ya que puede sentirse atraído por otros de diversa índole, pero entonces no puede desarrollar teorías sobre tales bases. En realidad, lo que hacía Ortega no era demostrar el diferente grado de desarrollo de los pueblos español y francés por la distinta vitalidad de los visigodos y francos, sino, al revés, esta diferente vitalidad por la diversa evolución posterior, recurso ciertamente cómodo. Hubieran sido los visigodos los antecesores de la moderna Francia, y los francos los de la actual España, y se hubiera dicho que el mayor desarrollo de aquélla era lógico, pues el pueblo que la había impulsado ya era más civilizado que el que había movido la subdesarrollada España.

13. Claudio SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *España, un enigma histórico*. Buenos Aires (1956), tomo I, pág. 135. Aunque desde otro punto de vista, también AMÉRICO CASTRO, *La realidad histórica de España*, ed. renovada: Ed. Porrúa, S. A.; México, 1962, ha impugnado la opinión de Ortega y Gasset.

14. ORTEGA Y GASSET, op. cit., pág. 131: "Si cupiese acomodar los pueblos germánicos inmigrantes en una escala de mayor a menor vitalidad histórica, el franco ocuparía el grado más alto, el visigodo un grado muy inferior... El visigodo era el pueblo más viejo de Germania... era el más "civilizado", esto es, el más reformado, deformado y anquilosado."

Está todavía por ver la mayor o menor vitalidad histórica de francos y visigodos, pues no es suficiente que los primeros obtuvieran triunfos militares sobre los segundos, o que las naciones asentadas sobre su población se encuentren en la actualidad por encima de las otras. Respecto a los primeros hace falta saber si el resto de las circunstancias que no eran el grado de vitalidad estuvieron equilibradas, y respecto a la situación segunda, igualmente hace falta saber si el diferente grado de evolución ha dependido exclusivamente del repetidamente citado grado de vitalidad. Por de pronto, hace falta saber si los francos hubieran resistido el empuje musulmán de haberse encontrado a orillas del estrecho de Gibraltar. Asimismo, hace falta saber si en el supuesto de haber perecido bajo este empuje, el ideal franco hubiera servido de bandera para que unos pequeños núcleos de guerreros dispersos concluyeran por recuperar todo el territorio perdido, tras una batalla multiseccular. Es cierto que el pueblo visigodo era el más "viejo" de los inmigrantes germánicos, en cuanto que históricamente venía actuando eficazmente desde hacía mucho más tiempo que el franco, pero esta vejez de los pueblos no produce los mismos resultados que la vejez de los individuos, y seguramente que Ortega no defendería la tesis de que Nigeria está en condiciones de actuar históricamente en forma más eficaz que Francia, por el hecho de ser más joven. Desde luego, todavía más rechazable es la afirmación de que ese grado inferior de vitalidad histórica pueda provenirle al pueblo visigodo de ser el más "civilizado", pues tampoco Ortega defendería que Roma, por más civilizada, suministrara menos energía a los pueblos construidos sobre ella que cualquiera de los pueblos balcánicos de civilización inferior, y que siguen sin desempeñar un papel histórico trascendental.

El gran historiador catalán Vicens Vives, aunque consideró como tal el desplome visigodo, reconoció la influencia de la aristocracia visigoda en el futuro, pero fue también injusto por no ser jurista a la hora de enjuiciar el "Liber Iudiciorum", al que estimó como una "voluntad de supervivencia romana en un mundo que le es absolutamente extraño e impermeable"¹⁵. A medida que se es-

15. Jaime VICENS VIVES, *Aproximación a la Historia de España*, 2.^a edición, Barcelona, 1960, pág. 61.

tudie más la gran recopilación visigoda se huirá, tanto de censurarla por la barbarie de su contenido, lo que hicieron los Montesquieu y los ilustrados en visión, por cierto antitética de la de Ortega, como de considerarla un mero triunfo del romanismo. El "Liber" es creador de un notable número de fórmulas jurídicas originales, y sus antecedentes romanistas no deben restarle valor, como no se lo quitan a la recopilación de Justiniano por más que ésta no haga sino acumular materiales antiguos.

En conclusión, puede afirmarse que como factor sentimental determinante de la postura de los españoles nucleares ante la ley, hay que señalar el de una pronta y pertinaz nostalgia por el orden legislado visigodo que aparece cristalizado, ante todo, en el "Libro de los Juicios", una recopilación, pero con muchas innovaciones, que emprende el genio revolucionario de un anciano, Chindasvinto; cristaliza un hijo reflexivo, Recesvinto, y corrigen o manipulan reyes ambiciosos o inquietos, como Ervigio y Egica.

El fracaso del precoz ensayo judicialista castellano como factor experimental.

El orden gótico experimenta una quiebra con el alboreo de Castilla, que ha de tener indudables consecuencias en la postura definitiva de los españoles nucleares frente a la ley. Esta quiebra nos aparece muy bien explicada en el prólogo de una colección de "fa-zañas" castellanas de fines del siglo XIII¹⁶.

Según el indicado prólogo, los cristianos que inician la reconquista en las montañas juzgan por el "Libro Juzgo", nombre que dan al "Liber", y que, erróneamente, atribuye a Sisenando, el cual se transforma en "Fuero de León", al conquistar esta ciudad. Los castellanos, que habitan lejos de León y que deben encontrar dificultades en el "Liber" por la gran dimensión de éste, además, sobre todo, de ser humillados por los leoneses, los cortesanos de entonces, recurren a un medio para evitarlo, que es el del juicio ar-

16. Vid. GALO SÁNCHEZ, *Para la historia de la redacción del antiguo derecho territorial castellano*, AHDE, tomo VI, Madrid, 1929, págs. 312-313.

bitral, es decir, el nombramiento de árbitros en lugar de jueces, puesto que éstos no pueden nombrarse sin el mandato del rey de León, nombrando así, al principio, a Nuño Rasura y Laín Calvo.

La solución del arbitraje es superada cuando los castellanos se consideran fuera de la dependencia de León, como consecuencia de una legendaria contienda entre el rey, de una parte, y el conde Fernán González, de otra, sobre un caballo y un azor. La fórmula de creación del Derecho que encuentran en el "Liber Iudiciorum" es la de recurrir al rey en los asuntos no regulados en aquél, pero no dependiendo ya del rey no se encuentran ligados tampoco a esa fórmula, y tras una quema de los ejemplares del citado "Liber" ordenan alcaldes o jueces en las comarcas para juzgar en las alzadas por su propio entendimiento o "albedrío", escogiendo lo bien juzgado en los pleitos y rechazando lo que produjera daño, quedando entonces tal sentencia como "hazaña" o "fazaña", es decir, como hecho destacable, que pudiera servir de modelo o ejemplo para sentenciar en adelante.

Prescindiendo de todo lo que pueda haber de legendario y de inexacto históricamente, no parece lícito dudar de que los castellanos, por reacción política contra el rey de León, se han entregado a un derecho judicialista, que algunos autores llaman "derecho libre"¹⁷, caracterizado porque la creación jurídica corresponde a los que dirimen los litigios que actúan con arreglo a lo que hoy denominamos "sentido común"¹⁸.

Este ensayo podría haber cambiado el rumbo de la nación española en el supuesto de haber tenido resultados satisfactorios, inclinándola a un sistema jurídico de tipo anglosajón, opuesto al de tipo continental, pero esos resultados, al parecer, no se han pro-

17. Vid. Alfonso GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1959, tomo I, pág. 350.

18. El autor que más recientemente se ha ocupado de las "fazañas" es Juan GARCÍA GONZÁLEZ. *Notas sobre fazañas*, AHDE, Madrid, 1963, págs. 609-624. Vid., por ejemplo, cómo se prescribe este sistema en el fuero de Molina de Aragón, cap. 12, pág. 86 de la edición de Sancho Izquierdo. El conde don Manrique pone juez y alcaldes anuales, a los que ayuda el conde y el concejo: "... et ninguno non aya uerguença de judgar derecho o decir uerdad et íacer justicia segunt su aluedrío et segunt su conseío." Otro ms. dice: "... segunt su alvedrío et segun su seso..."

ducido, y el método ha fracasado. En el siglo XIII su inferioridad ante el empuje del nuevo derecho alfonsino es manifiesta, y en el siglo XIV ya sólo aparece como una supervivencia nobiliaria¹⁹.

Declarar el fracaso del ensayo judicialista es fácil porque es un hecho, pero es más difícil establecer las causas de este fracaso. Quizá pueden señalarse las siguientes: *a)* la impureza del sistema; *b)* la precocidad de su instauración, y *c)* el abuso nobiliario en su utilización.

En cuanto al primero, hay que tener en cuenta que el juicio de "albedrío" y su consecuencia, la "fazaña", no se impone como sistema exclusivo, sino que coexiste con el de usos o costumbres. Uno de los dos textos más representativos de este derecho, como es el "Libro de los Fueros de Castilla", contiene de unos y otras. Tanto el Fuero Real, como el Espéculo, como el Ordenamiento de Alcalá, testimonian que junto a las fazañas existían "usos" y "fueros"²⁰. Un sistema, para que sea tal, ha de ser exclusivo, lo que le permitirá purgar sus yerros y beneficiarse de sus éxitos.

Por lo que respecta al segundo, hay que señalar que el sistema ha sido ensayado en una época muy propicia para desacreditar cualquier método, debido a la rudeza de las costumbres, el desenfreno de las pasiones, la imperfección de la sociedad y la ausencia de toda ciencia jurídica. Sólo un pueblo muy conservador y muy pertinaz en sus ideas, como ha demostrado serlo el inglés, es capaz de continuar con un sistema que haya engendrado monstruos. Actualmente alabamos la justicia inglesa, pero ni un solo español hubiera tolerado uno de los muchos fracasos de aquélla, ni las monstruosidades en forma de sentencias que ha producido durante largos períodos. El pueblo castellano no dudará ni un momento en volver la espalda a un sistema que también aquí produjo monstruosidades.

Por lo que se refiere a la tercera causa, también es imputable a la época. Cualquier tipo de justicia hubiera sido utilizado enton-

19. En el "Libro de las leyes", de Alfonso XI, comúnmente conocido por "Ordenamiento de Alcalá", el "fuero de alvedrío" aparece reconocido exclusivamente para los fijosdalgo, que lo tienen establecido en algunas comarcas (tít. XXVIII, ley primera).

20 Vid. prólogo del "Fuero Real", tít. XXVIII del Ordenamiento de Alcalá y la introducción del "Espéculo".

ces en beneficio de la clase social dominante, a la que hubiera sido pedir demasiado el que actuara con sensatez. Una vez más se produjo el fenómeno, y aún hoy irritan los despropósitos cometidos para la defensa de su situación y de sus privilegios.

Un alto en el camino para darse una idea de la naturaleza de estas "fazañas" servirá para comprender el fracaso de las mismas. Mientras en el citado "Libro de los Fueros" son razonables los preceptos consuetudinarios de las dos series que contiene, es decir, las iniciadas con las palabras "esto es por fuero" y "esto es por fuero de todo omne", así como también lo son las pocas "fazañas" de origen civil, como la 150, por ejemplo, sobre el principio de que heredad nueva no haga daño a heredad vieja, las "fazañas" en lo criminal o son disparatadas o producen impresión desfavorable por su radicalismo "salomónico".

En la fazaña 105, el hijo de un alcalde, el de Grañón, niega haber forzado a una mujer, pero reconoce haberlo querido hacer. Para un hombre de nuestros días, en el delito concurren varias circunstancias que lo modifican: *a)* el delito consumado no aparece probado, pues no hay confesión, en una época en la que ésta no era difícil de obtener; *b)* el delito no parece haber pasado de un grado de tentativa o de delito frustrado; *c)* existen buenos antecedentes familiares, reforzados por un mensajero de don Diego López de Haro, su propio hijo, que pide al rey no haga daño al delincuente por ser hijo de hombre bueno. Alfonso X, a la vista de todas estas circunstancias, ordena sacar los ojos al delincuente. Hay, sin duda, una nota de ejemplaridad en el castigo, en cuanto el delincuente es hijo de autoridad, pero el castigo es muy duro, y, sobre todo, sin apreciación ninguna de las circunstancias intervinientes, por lo que da la sensación de que Alfonso X busca ante todo el intimidar a la nobleza, pues hay que suponer que el alcalde de Grañón lo es de tipo señorial, al servicio de don Diego.

En la fazaña 116, un caballero de Ciudad Rodrigo castra a otro caballero, a quien encuentra yaciendo con su mujer. Fernando "el Santo" ahorca al primero por no haber causado daño a su mujer, y aún advierte que el que quiera matar al adúltero debe matar también a la adúltera. El fallo, como todo fallo, admite cierta justificación en el plano moral: *a)* en cuanto que el arrebató ex-

perimentado por el ofendido no ha sido demasiado intenso, cuando ha sido capaz de distinta actitud ante los adúlteros; *b*) en cuanto el perdón de la mujer ha podido ser de naturaleza egoísta, como la defensa de intereses familiares, o, simplemente, personales; *c*) en cuanto el adulterio ha podido ser provocado por el propio ofendido para desembarazarse de un enemigo. etc. De todas formas, estas circunstancias no aparecen comprobadas en la "fazaña", y sólo la primera es presumible, pues las otras tendrían que deducirse de una actuación posterior del ofendido, como no buscar la separación o el retiro de la mujer, etc. Tal como está redactada la "fazaña", no puede dejar de impresionar desfavorablemente, sobre todo, porque ni siquiera está adaptada al espíritu de la época, como lo prueba el que un texto tan representativo de aquélla, como es el "Fuero Juzgo", no contiene una condena similar, y aun mediante interpretación "a sensu contrario", lo único que puede obtenerse es que el que mata sólo al adúltero no se libra de responder por homicidio, que implica una pena pecuniaria²¹ y todo lo más una declaración de "enemistad", con lo que el ofendido hubiera quedado a merced del ataque de los parientes del adúltero castigado. Por lo demás, no debe olvidarse que conforme al indicado texto lo normal es que los adúlteros sean puestos a disposición del ofendido, que puede hacer de ellos lo que quiere y, por tanto, matar a uno y dejar al otro²².

Aunque no son las únicas que podrían mostrarse, hay una que por encima de todas produce la más penosa impresión, y es la que lleva el número 253, debida al señor de Vizcaya, D. Diego López de Haro. En síntesis no es nada más que el que éste condena a morir por consunción y aspado en un madero, a un gascón que en el Barrio de la Viña, de Belorado, le ha matado un azor porque éste le había cogido una gallina. ¿Qué es lo que se condena aquí? Puede pensarse en la protección dispensada a aves de presa utilizadas en la cetrería, pero en textos de la época, aunque no del

21. Fuero Juzgo, III, 4, 4: "Si el marido o el esposo mata la mujer hy el adulterador, non peche nada por el omecillo."

22. Fuero Juzgo, III, 4, 1: "... Mas si el adulterio fuere fecho de voluntad de la mujer, la mujer é el adulterador sean metidos en mano del marido, é faga dellos lo que se quisiere."

territorio, la limitan a la imposición de penas pecuniarias²³. Sólo queda, pues, el escarmiento que un soberbio señor pretende infligir a un humilde, pero terco granjero, cuyo delito es no haber soportado el daño ocasionado por quien ya debía suponer no era sino un mensajero alado de un poderoso. Por lo demás, debe observarse: *a)* que ha habido provocación, y hasta si se quiere provocación suficiente, pues una gallina para un gascón puede tener un valor equivalente y aun superior al de un azor para un poderoso; *b)* que se trata de un delito de daños, y no en personas, y *c)* que D. Diego es juez y parte. Es posible que el gascón, muy expeditivo y terco como debía ser, no se humillará lo suficiente ante el poderoso señor, pero por más circunstancias que acumulemos ante nosotros, no podemos llegar a justificar ni la más minúscula parte de un castigo tan horroroso, que convierte, efectivamente, a la sentencia del de Haro en una "hazaña" sin igual, aunque ciertamente no de carácter heroico ni de la que pueda vanagloriarse en su tumba²⁴.

El ensayo judicialista no muestra demasiada vitalidad. Su nacimiento parece que ha previsto una judicatura comarcal o de extensas áreas, con poder y ciencia suficientes para la labor de discernir lo razonable, pero esa judicatura es la que no parece haber existido nunca. En definitiva, cuando Alfonso X consulta en Sevilla a Jimeno Ruiz, señor de los Cameros, y a D. Diego López de Salcedo sobre las "fazañas" que debían acatarse, aquéllos señalan las procedentes o juzgadas por el rey, o las del Señor de Vizcaya confirmadas por el rey, correspondiendo a las partes el alegarlas, mostrando quiénes fueron las partes y la sentencia dada por el rey. Sólo estas "fazañas" pueden ser tenidas en cuenta en juicio "por Fuero de Castiella"²⁵.

23. Fuero General de Navarra, V, 7, 21: "Todo ombre qui furta aztor desatanto de la percha ó sacando de casa, deve peytar C. sueldos de calonia, et si fuere mudado, por cada nuda C. sueldos." Fuero de Viguera y Val de Funes, 440: "Et qui furtare aztor de casa o de su estage pagará a su dueyno C ss. et doblar l'a las calonjas."

24. Son muy interesantes las consideraciones de MARICHALAR Y MARIQUE sobre esta "hazaña" en su *Historia de la legislación*, tomo II, Madrid, 1861, págs. 234-237.

25. "Otrosi es a saber que las façañas de Castiella, porque deven judgar son aquellas por quel Rey judó e confirmó por semejantes casos, diciendo

Por su fracaso, el régimen de "fazañas" puede ser hostigado por el derecho real. Alfonso X justifica la promulgación del Fuero Real en que gran parte de sus reinos se juzgaban por "fazañas" y por el albedrío de parte de los hombres, y por usos inadecuados y anti-jurídicos, de los que se originaban grandes daños a los pueblos y a los individuos, dando lugar a que éstos mismos le pidieran la corrección de los usos y la promulgación del fuero²⁶. En el "Espéculo" insiste en la idea de que unos se juzgaban por "fazañas" inapropiadas, así como otros lo hacían por textos cortos e insuficientes²⁷. Alfonso XI respeta el "fuero de albedrío" en algunas comarcas, pero a título de privilegio de los "fijosdalgo" y no como derecho general²⁸. Bajo este mismo título es con el que sobreviven en tiempos de Pedro I, en los que se sistematiza el "Fuero Viejo", compuesto en parte de "fazañas", e impulsado siempre por las clases sociales elevadas como ricos hombres e hidalgos²⁹.

o mostrando el que alega la façaña el derecho sobre quel Rey judgó, e quien eran aquellos, entre quien era el pleito, e quien causa la voz, e qual fue el juicio quel Rey dió, a este tal juicio, en que tal son provadas estas cosas, e que lo judgó así el Rey, o el Señor de Vizcaya, e lo confirmó el Rey, esta tal façaña deve ser cavida en juicio por Fuero de Castiella, y tal fue la respuesta de D. Ximon Rois, Señor de los Cameros, y D. Diego Lopez de Salcedo, que ouieren dado al Rey D. Alfonso en Seuilla sobre pregunta que les ouo fecha, que le dijieren verdad en esta raçon." Apéndice al Fuero Viejo, publicado por Asso y De Manuel. Ms. que titulan: "Por quales raçones de Castiella deben judgar".

26. "Entendiendo que la mayor partida de nuestros Reynos no huvieron Fuero fasta el nuestro tiempo, y juzgabase por fazañas, é por alvedrios departidos de los homes, é por usos desaguisados sin derecho, de que nascien muchos males, é muchos daños a los Pueblos, y a los homes; y ellos pidiendonos merced, que les emendasemos los usos que fallasemos que eran sin derecho, é que les diesemos Fuero, por que viviesen derechamente de aqui adelante."

27. "... que los unos se julgavan por fueros de libros minguados e non complidos, e los otros se judgan por fazañas desaguisadas..."

28. Vid. nota 19.

29. Según el prólogo del Fuero Viejo, Alfonso VIII, con doña Leonor, confirma a los concejos las cartas de Alfonso VI, VII y de él mismo, y manda a ricos hombres e hidalgos de Castilla que escriban las historias, los buenos fueros, las buenas costumbres y las buenas fazañas que tienen para ver lo que puede enmendar y confirmar. Por las muchas prisas, juzgan

No sabemos hasta cuándo dura el régimen de "fazañas" que, en todo caso, ya no es citado en las leyes de Toro. Su único recuerdo, como "fuero de albedrío", se encuentra en el siglo XVI en el Fuero de Vizcaya, donde ya no constituye sino un elemento interpretativo ³⁰.

Como ensayo precoz de una fórmula judicialista de creación del Derecho, el régimen de "fazañas" o del "fuero de albedrío" ha fracasado en Castilla, y ello ha constituido un factor experimental en la postura ante la ley. Los castellanos, que por un momento han abandonado el neogoticismo leonés, han sufrido una decepción ante un sistema para el que no debían tener una especial actitud, y han retornado, esta vez definitivamente, a las viejas fórmulas.

El predominio del autoritarismo como factor político

Como factor político determinante de la postura de los españoles nucleares ante la ley hay que destacar el predominio del autoritarismo entre los mismos. No es momento de exponer aquí lo que abarca gran parte de cualquier manual de historia general o de historia del derecho, sino que se dará como un hecho que no necesita demostración, o que, al menos, esta demostración puede encontrarse con relativa facilidad.

A diferencia de lo sucedido en los reinos orientales de la Península, durante la Reconquista los reyes castellanos no han tenido ante sí una nobleza prepotente. La "democracia" castellana, con desarrollo de los concejos y de las fuerzas de éstos, es un resultado de la ausencia de poder en la nobleza que, políticamente, no ha

por este libro y por estas "fazañas" hasta que Alfonso X da el "Fuero del Libro" a los concejos en 1255 y juzgan por él hasta 1272, en que ricos hombres e hidalgos piden a Alfonso X que dé a Castilla los fueros que tuvieron y el Rey manda a los de Burgos que juzguen por el "fuero viejo", como solían. En 1356 es cuando se concierta el fuero y se divide en cinco libros.

30. "...casi todos sus pleitos se pueden determinar por este su Fuero: el cual es mas de albedrío que de sotileza, y rigor de derecho..." Fuero de Vizcaya, tít. 36, ley 3.^a.

tenido fuerza para oponerse ni para oscurecer la potestad real. Los Reyes Católicos aun han fortalecido ésta, y Carlos V ha ahogado los últimos intentos de la pequeña nobleza por hacer pervivir un orden antiguo. En la Edad Moderna, las cortes castellanas han desaparecido prácticamente, y con ello, la posibilidad de que el rey haya encontrado oposición en estamentos que, como la burguesía, han podido ir desplazando a la vieja nobleza. Los Borbones han acentuado el autoritarismo hasta llegar al despotismo, y hasta en el siglo XIX, la centuria del constitucionalismo, si computamos los períodos de suspensiones constitucionales, pronunciamientos militares, etc., encontramos que los españoles, en especial los nucleares, han venido soportando, casi ininterrumpidamente, regímenes autoritarios o de fuerza. Esto ha constituido el factor político de la determinación de su postura ante la ley.

El gobierno de los territorios americanos como factor histórico

Si el autoritarismo político, a su vez, que ha obedecido a diversas circunstancias históricas y geográficas, ha actuado como factor político, hay un hecho, como el descubrimiento de América, que ha dejado su impronta en toda la vida española y que ha constituido el factor histórico determinante de la postura del español nuclear ante la ley, en cuanto los amplios y salvajes territorios que se le han ofrecido le han obligado a crear derecho de una forma específica determinada, y esta creación, a su vez, no ha podido por menos que influir en la creación de su derecho interno.

II

EL DECISIONISMO JURÍDICO, COMO POSTURA DE LA ESPAÑA NUCLEAR

Todos estos factores han determinado una postura de la España nuclear ante la ley, que puede ser denominada de diversas maneras, y, entre ellas, de "decisionismo jurídico". Esta postura está caracterizada, fundamentalmente, por el hecho de que la ley positiva, es

decir, la que gobierna al hombre por voluntad de éste, no surge de forma espontánea y en virtud de un proceso que pudiéramos llamar natural o mecánico, sino en virtud de un proceso psicológico en la autoridad o poder que rige la comunidad, es decir, en virtud de un acto de voluntad o "decisión" del gobernante. Esto no significa que la "decisión" pueda no tener límites, y ya se verá cómo los tendrá, y numerosos, en el derecho castellano, sino que dentro de esos límites, la creación es obra de la "psiquis", que es de naturaleza individual.

El "decisionismo jurídico" castellano se manifiesta, fundamentalmente, en los siguientes fenómenos: *a)* la pronta y total relegación de la costumbre; *b)* la anulación de la capacidad creadora del juez; *c)* el triunfo de la provisión de gobierno y del auto acordado; y *d)* los intentos de "legalización" del derecho común.

La pronta y total relegación de la costumbre

Naturalmente, el derecho consuetudinario no ha carecido de importancia en la España nuclear, porque no puede carecer de ella en ninguna parte. En él está el origen forzoso y remoto de todo ordenamiento y en él se encuentra la garantía de renovación en los momentos en los que falla todo otro recurso. La importancia del derecho consuetudinario en un pueblo no hay que detectarla, pues, por su presencia, siempre forzosa, sino por el puesto al que es relegado en la jerarquía de las fuentes de creación del Derecho.

En este sentido, puede hablarse de que la costumbre experimenta una pronta y total relegación en el ordenamiento de la España nuclear y en su zona de influencia. Florece durante los siglos VIII al XII, en los que la legislación real, por motivos obvios, es casi inexistente, manifestándose vitalmente y siendo recogida en centenares de pequeñas colecciones, comúnmente denominados "fueros". Dentro de este siglo y en el XIII la costumbre se hipertrofia y pierde vitalidad al cristalizar en grandes colecciones, a las que la doctrina conoce con el nombre de "fueros extensos". Como antes no ha tenido enemigo, es entonces cuando es puesta a prueba, y es entonces cuando se aprecia su decadencia. Muchas ciudades

sustituyen su costumbre por el "Fuero Real", un texto emanado del monarca, que es el mismo que reciben las ciudades importantes reconquistadas, en lugar de crear su propia costumbre. En zonas fronterizas un modelo de fuero, es decir, lo que hoy denominaríamos "costumbre prefabricada" es lo que se extiende paulatinamente³¹.

En el Ordenamiento de Alcalá de 1348, la costumbre ha cedido el paso a la ley, y sólo se mantiene en un segundo lugar, habiendo sufrido con el derecho judicialista los ataques del derecho real. En las leyes de Toro, la costumbre mantiene teóricamente ese segundo puesto, pero se observa que prácticamente no es así, en cuanto un comentarista de la talla de Antonio Gómez, alterando el orden, son las Partidas las que sitúa tras los ordenamientos y pragmáticas, si bien después, pareciendo percibir el "lapsus" cometido, aclara que "no está prohibido" el uso ni la costumbre, y que es después de éstos cuando se utilizan las Partidas³², y sin que esto le prive de reconocer que en derecho substantivo no habiendo ley se ha de recurrir a la costumbre³³. Después, las hinchadas recopilaciones, con centenares y centenares de disposiciones asfixian la costumbre, que sólo a título excepcional resurgirá alguna vez, como en el caso del fuero del Baylío. El pueblo no parece sentir esta desaparición de la costumbre, viendo, por el contrario, en la ley un corrector de aquélla cuando opina que "las buenas leyes son hijas de las malas costumbres"³⁴.

Entre tanto, en Navarra, y tras su incorporación a Castilla, las cortes de Pamplona de 1576 barren la costumbre, si bien temporalmente, cuando no reconocen como fuentes sino el Fuero general, las leyes escritas del reino y el derecho común³⁵. A su vez, en

31. Vid. ALFONSO GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho español*, 2.^a ed., Madrid.

32. ANTONIO GÓMEZ, *Comentarii in leges taurinas*, Salamanca, 1598, lex prima, núm. 1, fol. 4.

33. Op. cit. núms. 8 y 9, fol. 5.

34. Vid. FRANCISCO RODRÍGUEZ MARÍN, *12.600 refranes más no contenidos en la Colección del Maestro Gonzalo Correas ni en "Más de 21.000 refranes castellanos"*, Madrid, 1930, pág. 173.

35. "Item, suplicamos a V. M. que en cuanto decidir y sentenciar las causas y pleitos, a falta del Fuero y leyes de este Reino, se juzgue por el

Vizcaya, el Fuero general ha hecho algo parecido al no reconocer sino las leyes del propio fuero y las leyes del reino y pragmáticas reales³⁶.

¿Cómo han actuado los factores determinantes en esta relegación de la costumbre? El "Libro de los Juicios" la desconoció en absoluto, por lo que los nostálgicos del orden visigodo no pudieron encontrar en él sino estímulos para su desaparición. El fracaso del ensayo judicialista ha llevado consigo el fracaso del derecho consuetudinario, con el que está íntimamente ligado. En último término, las decisiones de los jueces debían estar basadas en las costumbres observadas por las partes, y uno de los destinos de las "fazañas" es su conversión en "fueros"³⁷. Siempre que se atacan aquéllas se atacan éstos en forma conjunta, y como si fueran casi algo común: son las "fazañas y usos desaguisados". Uno de los ataques más interesantes ya citados es el del "Espéculo", que considera a unos regidos por las "fazañas" y a otros por textos cortos e insuficientes. A su vez, el autoritarismo político no es por naturaleza el más apropiado para el desarrollo de la costumbre, pues está acostumbrado a regularlo todo por sí y sin encontrar obstáculos. Finalmente, el gobierno de los territorios americanos tampoco es un ensayo que pueda favorecer la costumbre. Los españoles

derecho común, como siempre se ha acostumbrado." *Novísima Recopilación de Navarra*, I, 3, 1. José ALONSO, *Recopilación y comentarios de los fueros y leyes del antiguo reino de Navarra*, tomo I, Madrid, 1848, pág. 39 (la obra ha sido reeditada por la Diputación Foral de Navarra en 1964), lo interpreta como que en primer lugar se aplican las leyes de cortes generales admisibles según la modificación de fueros, y las leyes posteriores a la Novísima Recopilación; en segundo lugar, ésta; en tercero, las del fuero, y en último lugar, el derecho común.

36. "Por ende, que ordenaban y ordenaron, que ningún Juez, que resida en Vizcaya, ni en la dicha Corte, y Chancillería, ni en el Consejo real de su Alteza, ni en otro cualquiera, en los pleitos que ante ellos fueren de entre vizcainos, sentencien, determine, ni libren por otras Leyes, ni ordenanzas algunas, salvo por las Leyes de este Fuero de Vizcaya, y los que por ellas no se pudieren determinar, determinen por las Leyes del reino, y pragmáticas de su Alteza... siempre se prefieran a todas las otras Leyes, y pragmáticas del reino, y del derecho común..." Fuero de Vizcaya, tít. 36, ley 3.ª.

37. Vid. Juan GARCÍA GONZÁLEZ, *Notas sobre fazañas*, AHDE, XXXIII, Madrid (1963), págs. 609-624.

encuentran costumbres entre los indígenas, pero son primitivas y no están adecuadas a su grado de civilización. Los extremeños, andaluces, etc., pueden tener costumbres en sus países de origen, pero no es fácil que las transporten a otros medios ambientes totalmente diferentes. Si en España el gobierno es autoritario, en Indias lo ha de ser más, pues: *a)* no tienen enfrente una costumbre racional o civilizada; *b)* no existen privilegios que respetar; *c)* no hay ningún órgano representativo, como las cortes, que aun en estado de penuria, como en Castilla, pudieran ofrecer alguna resistencia.

La postura de los españoles nucleares ante la costumbre, más que de oposición, es de desconocimiento. Se dirá que está reconocida en el Código civil, que hay que tener en cuenta los usos mercantiles, etc. Sobre los últimos hay que tener en cuenta la diferencia entre usos y costumbre; sobre la primera es cierto que está ahí, pero también lo es que rarísimamente se la invoca en los tribunales, salvo en alguna institución, fundamentalmente, de derecho agrario, y, sobre todo, todo el mundo considera, y el Código civil también, que tiene naturaleza meramente subsidiaria. La fuente de derecho por excelencia es la ley, y sólo cuando ésta excepcionalmente no existe, se recurre a la costumbre, pero, sobre todo, nadie piensa que la ley pueda ser una creación de la costumbre, pues para el español nuclear, la ley es una decisión del titular del poder legislativo. Esto no es un pensamiento de hoy, sino de siglos. De las doce centurias de vida que tiene el español nuclear, sólo en las cuatro de su infancia ha tenido la costumbre como fuente del derecho. Siendo mayor de edad, y, especialmente, en los cinco últimos siglos de su existencia, la ha desconocido casi por completo, y esta "carga histórica" debe ser tenida en cuenta en el futuro, sobre todo, a la hora de intentar reforzar los lazos de unidad nacional con los españoles de la periferia.

Una prueba más de esta actitud se encuentra en la repudiación del desuso, que es otra forma de la costumbre. La Novísima Recopilación recoge todavía la Cédula de Fernando y de Juana en Sevilla 1511 sobre observancia de las Leyes de Toro³⁸; la dispo-

38. Novísima Recopilación, III, 2. 6.

sición de Felipe II, dada en Madrid en 31 de diciembre de 1593 y la de Felipe III en pragmática de 1610 sobre observancia de las leyes de la Nueva Recopilación, no derogadas por otras³⁹, y aun una de Felipe V, dada en Madrid en 12 de junio de 1714, en la que se ordenaba observar literalmente todas las leyes del Reino que no se hubieran derogado expresamente por otras posteriores, sin admitirse la excusa de decir que no se encontraban en uso⁴⁰.

La anulación de la capacidad creadora del juez

El orden visigodo, al que los asturleonenses han vuelto la mirada, ha negado al juez toda capacidad creadora del derecho. Una ley del "Liber Iudiciorum", cuya antigüedad es discutible, prohíbe al juez decidir en los casos que no aparecen previstos en la recopilación, ordenándole que, entonces, remita las causas, juntamente con las partes, a la presencia del rey, para que sea éste el que dirima la cuestión, y, después, la solución la inserte entre las leyes⁴¹. Esto significa la prohibición de un juez legislador, mostrándose el "Liber" enemigo, incluso, de un juez intérprete, quedando, pues, sólo la figura del juez ejecutor.

Como se ha dicho, Castilla, en virtud de una reacción política, procede al ensayo de un juez creador del derecho, pero el sistema fracasa, probablemente por su precocidad, y el castellano, quizá, poco apto para un sistema judicialista, se aferra, ahora más fuertemente, a la vieja fórmula visigoda.

La interpretación suscita sospecha entre los españoles nucleares, acordes con el pensamiento visigodo, romanceado en el "Fuero Juzgo", de que separa gran diferencia al que hace derecho del que habla de éste en su condición de abogado⁴². Por ello, las Partidas,

39. Novísima Recopilación, III, 2, 10.

40. Id. id., III, 2, 11.

41. "Ut nulla causa a iudicibus audiatur que in legibus non continentur. Nullus iudex causam audire presumat, que in legibus non continentur; sed comes civitatis vel iudex aut per se aut per exsecutorem suum conspectui principis utrasque partes presentare procuret, quo facillius et res finem accipiat et potestatis regie discretione tractetur qualiter exortum negotium legibus inseratur". Liber iudiciorum, II, 1, 13.

42. "Onde nos que amamos las buenas costumbres, he bien fazer, mas

que tan bien saben identificarse con el pensamiento castellano pese a que normalmente traduzcan derecho romano, opinan que siendo dudosas las leyes por equivocación material o por mala interpretación, el aclararlas no puede ser misión sino del que las hizo, o del que se encuentra en su lugar, de forma que pueda hacerlas de nuevo y obligar a observar las hechas⁴³, lo que resume Gregorio López, indicando que sólo al creador de la ley le incumbe el aclarar las dudas⁴⁴, que es lo que más o menos vienen a decir Antonio Gómez y sus contemporáneos⁴⁵.

Navarra, tras de su incorporación a Castilla, impone la interpretación literal, prohibiendo toda interpretación⁴⁶, y norma parecida se contiene en el Fuero de Vizcaya⁴⁷. En la España nuclear, las sentencias de los altos tribunales bajo los Borbones, son dictadas sin considerandos⁴⁸, con lo que se evita toda posible utilización en otro pleito.

Naturalmente que en el transcurso de los siglos, y, sobre todo, en los tiempos modernos, podremos encontrar opiniones favorables a la jurisprudencia, como la de Pacheco, por ejemplo⁴⁹, pero

que gent fablar, non queremos semeiar boceros, mas queremos semeiar á los que fazen derecho". Fuero Juzgo, I, 1, 1.

43. "Dubdosas seyendo las leyes por yerro de escriptura, ó por mal entendimiento del que las leyese: porque debiesen de ser bien espaladinadas, é facer entender la verdad de ellas; esto no puede ser por otro fecho, sino por aquel que las fizó, ó por otro que sea en su lugar, que haya poder de las facer de nuevo, é guardar aquellas fechas". Partidas, I, 1, 14.

44. "Nullus nisi conditor potest legis dubium declarare".

45. Vid. ANTONIO GÓMEZ, *op. cit.*, lex prima, núm. 7, fol. 5.

46. "Suplicamos a V. M. ser servido de concedernos por ley, que los jueces de los tribunales reales de este Reino hayan de juzgar por las leyes de él a la letra, sin darles interpretación... Ordenamos y mandamos, que los jueces de nuestros tribunales reales guarden las leyes del Reino segun su ser y tenor...". Cortes de Pamplona de 1678. Novísima Recopilación de Navarra IV, 3, 6.

47. "Otrosi: Que la forma, y orden suso declarada se haya y tenga, y se guarde al pié de la letra en todo el dicho Condado y Señorío... sin embargo de cualquier Ley del Fuero y uso, y costumbre...". Fuero de Vizcaya, tít. 7, ley 13.

48. Vid. GARCÍA-GALLO, *op. cit.*, núm. 393.

49. PACHECO, *op. cit.*, pág. 48: "Sin trastornar en el fondo el derecho

son defensas tímidas y sin eco. Llegada la codificación, la jurisprudencia no encuentra lugar entre las fuentes del derecho, y sólo a través de una ley de procedimiento se ha introducido casi subrepticamente, pues sólo desempeña un discretísimo papel mediante recurso al más alto tribunal.

He aquí que el español nuclear, casi en virtud de un complejo infantil de frustración, concibe el derecho como creación o "decisión" del legislador, sin que ésta admita ni siquiera la interpretación del que ha de aplicarlo. El juez es un nudo ejecutor de la "decisión" jurídica del legislador. El autoritarismo político ha ayudado a ello, pues no se conviene a la idea de que nadie pueda coartar bajo ningún título su poder, ni aun siquiera bajo el pretexto de interpretarle. Tampoco el gobierno de los territorios americanos lo ha hecho, pues, antes al contrario, el autoritarismo se ha mostrado allí todavía más fuerte que en la metrópoli, al encontrarse libre de toda oposición.

El triunfo de la pragmática, la provisión de gobierno y el auto acordado.

Relegada la costumbre, fracasado el ensayo judicialista y con el predominio de la fórmula autoritaria en la política, la creación del derecho se encuentra exclusivamente en manos del rey durante los períodos más largos de la vida de la España nuclear.

La asunción del poder legislativo por el rey tiene lugar a través de dos vías doctrinales, de las que ninguna es romana, aunque las dos tengan su origen remoto en Roma. La primera vía es la del neogoticismo, y la segunda, la del derecho común.

La fórmula visigoda es una versión del procedimiento rescriptal del Bajo Imperio, y ya ha sido explicada en lo fundamental. El rey visigodo ha sustituido al emperador romano, y éste, a su vez, ha reivindicado para sí y su propia oficina lo que anteriormente habían

escrito, la jurisprudencia le inclina justamente á uno ú otro lado, y en eso consiste una de sus mayores ventajas". Sobre tendencias actuales favorables al judicialismo, vid. JOSÉ CASTÁN VÁZQUEZ, *Las teorías realistas del Derecho*, en Estudios ofrecidos al profesor Ignacio Serrano y Serrano por la Universidad de Valladolid en 1966, tomo II, págs. 65-79.

realizado los juristas más destacados, a los que el emperador había concedido como prerrogativa especial la del "derecho público de respuesta". Cuando el juez romano, que sustancialmente es un simple ciudadano iletrado, encuentra dificultades jurídicas en la resolución del caso que le ha sido sometido, acude en demanda de instrucción vinculante a los juristas oficiales, primero; a la oficina del emperador, después. En el remate de esta evolución, el juez visigodo, que ya no es un simple ciudadano iletrado, sino un magistrado conocedor de las leyes, cuando no encuentra ley aplicable en el "Libro de los Juicios", que ha sido redactado para él, acude al rey, que decide entonces como supremo juez en aquel caso, y su decisión la hace incluir luego en el cuerpo de las leyes.

Este procedimiento ha sido adecuado a los inicios de la monarquía medieval, en la que la idea del rey como juez superior está muy difundida, pero ha persistido mucho tiempo en la conciencia española. No deja de ser curioso que todavía Solórzano Pereira compare las reales cédulas castellanas a los rescriptos o cartas de los emperadores romanos, induciéndose de ellas el derecho para el caso especial que las origina, y decidiendo después para todos los casos similares⁵⁰. Un auto acordado de 4 de diciembre de 1713 recuerda como procedimiento para el supuesto de no haber ley o ser dudosa, el recurrir al rey para que la explique⁵¹, y un historiador como Miguel de Manuel explica la creación de las Partidas y del primer consejo real de Castilla por el peso que sobre el rey suponía el ser juez decisivo en las alzadas⁵².

50. JUAN DE SOLÓRZANO Y PEREYRA, *Política Indiana*, V. 16. 13 (ha sido reeditada por la Compañía Ibero-Americana de Publicaciones, Madrid-Buenos Aires, sin fecha): "Pero el mas común y frecuente modo que en el Consejo de Indias se tiene en proceder en ella es, reduciendo a Cédulas Reales las órdenes y despachos de este género, que por él se consúitan y libran. Las quales cédulas podemos comparar a los rescriptos o cartas de los Emperadores Romanos... y por ellos se induce derecho... así para el caso que especialmente deciden, como para otros qualesquier en los cuales se hallaren y militaren las mismas razones y circunstancias...".

51. Libro II, tít. I, auto primero: "... en caso de que en todas ellas no aya ley, que decida la duda, ò en el de que la aya, estando dudosa, se recurra precisamente à su Mag. para que la explique; ò en contravencion de lo dispuesto, se substancian, ò determinan muchos pleitos...".

52. MIGUEL DE MANUEL, *op. cit.*, pág. 88: "Pesaba mucho aun á nuestro

La segunda vía es la del derecho común en alianza con la escolástica. Su origen, como en el caso de la fórmula visigoda, está en el derecho romano, pues aspira a ser una restauración de éste, pero, en realidad, han pasado muchas cosas entre tanto, y su solución es muy distinta. Sea como sea, este derecho común atribuye la potestad legislativa al emperador, y también a los reyes en sus respectivos reinos, criterio que recogen las partidas⁵³, y que Hinojosa expuso ya con gran claridad⁵⁴.

La filiación escolástica aparece en Egidio, quien, siguiendo a Aristóteles, se decide, incluso, por el buen rey frente a la buena ley⁵⁵, y al que siguiéndole Castrogeriz, insistirá en la atribución de la facultad legislativa al emperador, al papa, y a cada rey en su reino⁵⁶. El saber popular traducirá todo esto a su lenguaje, diciendo que "La ley es retrato del rey", "Buena, si bueno; y mala, si malo" o "Tales reyes, tales leyes"⁵⁷.

El "decisionismo jurídico" castellano se impone netamente a partir del siglo XIII, relegada la costumbre y fracasado el ensayo

heroe la carga de ser juez absoluto y resolutivo en los pleytos, que ultimamente por apelación, que entonces llamaban alzadas, venían al trono".

53. Partidas, I, 1, 12: "Emperador ó Rey puede facer leyes sobre las gentes de su Señorío, é otro ninguno no ha poder de las facer en lo temporal: fueras ende, si lo ficiesen con otorgamiento dellos. E las que de otra manera fueren fechas no han nombre ni fuerza de leyes, ni deben valer en ningún tiempo". Gregorio López aclara que se refieren a las leyes generales para todo el reino, pues hay estatutos particulares de lugares, villas y ciudades, que pueden ser hechos por los pueblos, con limitaciones, y desarrolla ampliamente la teoría del derecho común.

54. EDUARDO DE HINOJOSA Y NAVEROS, *Influencia que tuvieron en el derecho público de su patria, y singularmente en el Derecho penal, los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo*, tomo I de sus Obras completas, Madrid, 1948 (págs. 25-151), pág. 53, indicaba que, inspiradas en la tradición romana, las Partidas vinculaban en el rey la plenitud del poder legislativo, proclamando que las leyes no dictadas por él mismo o con su aprobación no tenían nombre ni fuerza de leyes, ni debían valer en ningún tiempo.

55. Vid. *Glosa castellana al "Regimiento de Príncipes" de Egidio Romano*, ed. y estudio preliminar de Juan Beneyto Pérez, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1947, cap. XXIX, págs. 246 y ss. del tomo III.

56. Op. cit., cap. XXVII, pág. 236 del tomo III: "E en pos del emperador, cada rey en su reyno ha poder para facer leyes".

57. Vid. RODRÍGUEZ MARÍN, op. cit., pág. 164.

judicialista. Surge inmediatamente la objeción basada en el papel de las "cortes" castellanas, pero a este respecto hay que destacar que queda limitado a dos siglos, desde el XIII al XV, pues está reconocido unánimemente que posteriormente decaen, para conservar una mera apariencia vacía de contenido con los Austrias, y desaparecer prácticamente con los Borbones, y además que, incluso, en aquellas dos centurias su intervención en la creación del Derecho es más modesta de lo que se supone corrientemente⁵⁸. Con excepción de Alfonso IX, que da el nombre de "ley" al fruto de su actuación con la "curia"⁵⁹, el término no aparece en las asambleas celebradas a lo largo del siglo XIII y primera mitad del XIV, y a las que con poca precisión terminológica denominamos "cortes", sino que lo que en ellas se pide por los estamentos y se otorga por el rey son "cosas" o "posturas", las cuales se plasman en documentos a los que se aplica el nombre poco específico de "carta"⁶⁰, o ya dentro de la segunda mitad de la primera centuria citada, y cuando el número se incrementa, el de "ordenamiento", y después, posiblemente ya en el siglo XIV, el de "quaderno"⁶¹. Las citadas "cosas" o "posturas" están referidas a los problemas políticos de la comunidad en su conjunto o de alguno de los estamentos que la componen, y su solución, jurídicamente, es unilateral del rey, por más que políticamente pueda pesar la presión del reino.

58. JOSÉ MANUEL PÉREZ PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACÓ, *Cortes de Castilla y Cortes de Cádiz*, Revista de Estudios Políticos, noviembre-diciembre 1962, págs. 321-431.

59. "... hanc legem edidi mihi et a meis posteris omnibus observandam". Curia de León de 1208, en Real Academia de la Historia (en adelante citada como RAH.), *Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla*, tomo 1.º, Madrid, 1861, pág. 47. Cfr. GARCÍA-GALLO, op. cit., tomo II núm. 1100.

60. "... oue mio acuerdo e mio conseio... sobre muchas cosas sobeianas... Et las cosas son estas... mando uos que todas las posturas...", en asamblea de Valladolid de 1258, RAH, op. cit., págs. 55 y 63; "... Et las cosas que y posimos son estas... E para faser guardar todas estas cosas y posturas...", en Jerez 1268, RAH, op. cit., págs. 64 y 84; "... e mostraron me aquellas cosas en que acordaron de me pedir merced... otorgo de vos las tener... segund en esta carta...", en Palencia 1286, RAH, op. cit., págs. 95 y 99.

61. "E este ordenamiento fue iecho...", en asamblea de Zamora de 1274, RAH, op. cit., pág. 94; "Sepan quantos este quaderno vieren...", en Zamora 1301, op. cit., pág. 151.

y aun al rey le interese no contradecir a éste por razones obvias. Aun el que más se compromete, que es Alfonso IX de León, cuando manifiesta que no hará guerra, paz o decisión judicial, sino con el consejo de los obispos, los nobles y los hombres buenos⁶², no hace sino una declaración programática, a cuyo cumplimiento no puede ser impelido por medios jurídicos, sino sólo políticos. Después, la única declaración real que consigue el reino, y no muy brillante, es la de las cortes de Madrid de 1419, en las que el rey accede a oírles para resolver en “cosas generales o arduas”, es decir, en las cuestiones de mayor trascendencia⁶³.

Entre tanto, para la redacción de las “leyes”, término que en la época parece reservado a las cuestiones susceptibles de ser dirimidas por la vía judicial, y que son las que integraron los códigos o “Libros de los Juicios” visigodos, los reyes no acuden a las “cortes”, porque no necesitan consejo político, sino a los juristas, y con la sola ayuda de éstos y unilateralmente elaboran los grandes textos legislativos, frustrados o no, como el “Fuero de las leyes”, el “Libro de las leyes”, etc. Sólo la experiencia de que un problema, al parecer exclusivamente jurídico, como es la elaboración de un texto legal y su difusión, puede convertirse en un problema político, como lo demuestra la oposición de los concejos al uniformismo legislativo de Alfonso X, que obliga a admitir el restablecimiento del derecho viejo castellano y leonés⁶⁴, ha debido inducir

62. “Promissi etiam, quod non faciam guerram vel pacem vel placitum, nisi cum consilio episcoporum, nobilium et honorum hominum, per quorum consilium debeo regi”. Curia de León de 1188 en RAH, op. cit., pág. 40.

63. “A lo que me pedistes por merçed que por quanto los rreyes mis antecesores nueva mente querian ordenar o mandar por sus rregnos, que fazian sobre ello Cortes... lo qual muy omill mente me soplicauades que que-siese asi mandar fazer de aqui adelante... A esto vos rrespondo que en los fechos grandes e arduos asi lo he fecho fasta aqui e lo entiendo fazer de aqui adelante”. RAH, op. cit., tomo III, Madrid, 1866, pág. 21.

64. Cortes de Zamora de 1274: “Que en los pleitos de Castilla e de Estremadura... libren sus pleitos segund que lo usaron”; Cortes de Valladolid de 1293; “... a lo que nos dixieron de los fueros de las villas, que ay algunos logares que an Fuero de las Leyes, et otros Fuero de Castiella...”; Cortes de Valladolid de 1293: “... a lo que nos pidieron que los alcaldes del regno de Leon judgasen en nuestra Casa los pleitos e las alçadas que y

a Alfonso XI a consultar a las cortes en aquella materia, promulgando con ellas un "Libro de leyes" ⁶⁵, y permitiendo que a partir de entonces el término "ley" se identifique con el de disposición dada en cortes, aun cuando el papel de éstas sigue siendo el consultivo, pues la sanción corresponde exclusivamente al rey.

El "decisionismo jurídico" castellano queda de manifiesto, además, en el triunfo de la pragmática, la provisión de gobierno y el auto acordado. Los tres instrumentos son rotunda prueba de que en la España nuclear la iniciativa normativa se abandona en manos del gobernante. La primera es una decisión personal del rey, con obligatoriedad general y con la misma fuerza que si estuviera hecha en cortes; la segunda es la decisión personal del monarca motivada por asuntos concretos, y el tercero es la decisión de un órgano de gobierno del rey (Consejo, Audiencia), que actúa en su nombre.

Estos tres instrumentos encuentran muy poca resistencia en su camino, sobre todo los dos primeros, que podrían haberla encontrado por desarrollarse en el momento de plenitud de las cortes, pues el tercero lo hace ya en un momento tardío, y su triunfo, por tanto, aunque significativo, tiene menos mérito.

La pragmática no deja de molestar a parte de los castellanos, pero la reacción de éstos no es muy fuerte, como lo prueba el que se conforman con que el rey no la utilice para reformar lo que hoy denominaríamos derecho privado. Es decir, que, expresamente, se autoriza al rey para que por decisión propia y sin dar cuenta a nadie pueda legislar sobre toda la importante materia del orden público.

La importancia de la provisión de gobierno va a quedar de manifiesto en un fenómeno muy interesante y poco estudiado de la

veniessen por el Libro Judgo de Leon e non por otro ninguno... otorgámosgelo". Vid. GARCÍA-GALLO, tomo II, textos 323-325.

65. "Por ende Nos don Alfonso... con conseio de los Perlados, è Ricosomes, è Cavalleros, è Omes buenos que son connusco en estas Cortes, que mandamos fazer en Alcalà de Fenares, è con los Alcalles de la nuestra Corte... façemos, è establescemos estas leys...". Prólogo del "Libro de las leys", comúnmente conocido como "Ordenamiento de Alcalá".

legislación castellana, y que es el de la fórmula "obedézcase, pero no se cumpla".

La indicada fórmula aparece y se desarrolla en los siglos XIV y XV, como consecuencia de las peticiones hechas en cortes contra las provisiones, a las que, generalmente, se denomina "cartas", y también, a veces, "provisiones", "albaláes" y "cédulas", las cuales, libradas por el rey, lo son contra Derecho, fuero, etc., o perjudican a las partes. El rey que, un poco ingenuamente, atribuye el libramiento de estas "cartas" a la importunidad de los que se las piden, dispone la invalidez de las mismas, sea cualquiera la forma en que estén redactadas, esto es, aunque haya cláusulas precautorias o derogatorias. Así lo conceden Alfonso XI, Enrique II, Juan I, Juan II y Enrique IV⁶⁶. Alguna vez, como con Fernando IV, sigue resonando el tradicional procedimiento rescriptal visigodo, pues lo que el rey dispone es que alcaldes y merinos no las usen, tra-

66. Enrique II, cortes de Toro 1369 y 1371 y Juan I, cortes de Burgos de 1379; "Porque acaesce, que por importunidad de algunos o en otra manera Nos otorgaremos y libraremos algunas cartas o albaláes contra Derecho, ó contra ley, ó fuero usado: por ende mandamos, que las tales cartas o albaláes que no valan ni sean cumplidas, aunque contengan que se cumplan no embargante qualquier fuero ó ley, ó ordenamiento, ó otras qualesquier cláusulas derogatorias". Novísima Recopilación, III, 4, 2.

Alfonso XI, cortes de Valladolid 1325, pet. 3 y de Madrid 1329, pet. 77; "... Si otras cartas algunas fueren dadas desaforadas contra fueros, y leyes y privilegios, y usos y costumbres, que nos lo envien a mostrar, y entre tanto, que esté sobreseida la execución, hasta que Nos mandemos proveer sobre ello...". Novísima Recopilación, III, 4, 3.

Juan II, Valladolid 1442, pet. 4 y 11: "Mandamos que la ley de Birbiesca, porque es justa, se guarde en todo segun que en ella se contiene; y demas de aquella mandamos, que si entre partes y privadas personas hubiere contienda ó debate, y en perjuicio de qualquier de ellas se diere alguna nuestra carta o provisión, y sobre ella se dé segunda yusión, y otras qualesquier nuestras cartas y sobre-cartas, con qualesquier penas y cláusulas derogatorias y firmezas y abrogaciones y derogaciones y dispensaciones generales ó especiales, aunque se diga proceder de nuestro proprio motu, y cierta ciencia y poderío Real absoluto... mas que las cartas que fueren entre partes sobre negocios de personas privadas vayan llanamente y segun el estilo acostumbre... por manera que por ellas no se haga ni engendre perjuicio á otro alguno...". Novísima Recopilación, III, 4, 6.

tándose de cartas contra los privilegios concedidos a los concejos, y se las envíen a él para decidir en forma conveniente ⁶⁷.

El "decisionismo jurídico", consecuencia del autoritarismo castellano aparece cuando dentro de estas anulaciones de provisiones dadas contra las leyes, fueros, privilegios, se desliza la fórmula de que aquéllas "sean obedecidas y no cumplidas", lo que ocurre asimismo en disposiciones de Alfonso XI, Enrique II, Juan I, Enrique III, Juan II y Enrique IV ⁶⁸. Esta fórmula suele suscitar la impresión de una gran degradación legislativa, pero no hay tal, pues

67. Vid. carta de Fernando IV en cortes de Burgos de 10 de mayo de 1301, en Antonio BENAVIDES, *Memorias de Fernando IV de Castilla*, Madrid, 1860, tomo II, doc. CLXXXIII: "Otrosí tengo por bien que si cartas mías desaforadas algunos mostrasen que sean contra privilegios, é cartas que han los concejos de los reys onde yo vengo é de mí que les yo confirmé, que las tomen los alcaldes del lugar, é los merinos, é que non usen dellas, é que envíen á mi mostrar el traslado en como dicen que son contra sus privilegios, é yo librarlo he como toviere por bien é fallare que es derecho."

68. Alfonso XI, Valladolid, 1325, pet. 44; D. Enrique II en Toro, 1371, ley 23, y Burgos, año 1373, pet. 19; D. Juan I en Briviesca, 1387, ley 25, y Enrique IV en Ocaña, año 1469, pet. 16; en Toledo, año 62, pet. última, y en Nieva, año 73, pet. 13: "Muchas veces por importunidad de los que nos piden algunas cartas, mandamos dar algunas cartas contra Derecho: y porque nuestra voluntad es, que la nuestra justicia florezca, y aquella no sea contrariada, establecemos, que si en nuestras cartas mandáremos algunas cosas en perjuicio de partes que sean contra ley ó fuero ó Derecho, que la tal carta sea obedecida y no cumplida; no embargante que en la tal carta se haga mención general ó especial de la ley ó fuero, ó ordenamiento contra quien se diere, ó contra las leyes y ordenanzas por Nos hechas en Cortes con los Procuradores de las ciudades y villas de los nuestros Reynos, aunque hagan mención especial de esta nuestra ley, ni de las cláusulas derogatorias en ella contenida... y todo lo que en contrario de esta ley se hiciere, Nos lo damos por ninguno..." Novísima Recopilación, III, 4, 4.

Juan II, Valladolid, 1448: "... las tales cartas sean obedecidas y no cumplidas..." Nov. Recopilación, III, 4, 6.

Enrique III, Alcalá, 1394; Juan II, Valladolid, 1453, pet. 16 y 22; Enrique IV, Toledo, 1462, pet. 9, y Salamanca, año 75, pet. 3; Juana, Burgos, 1515, pet. 16, y Carlos y Juana, Valladolid, 1525, pet. 62, y Madrid, año 28, pet. 160, y año 34, pet. 42. Hablando de "cartas y provisiones", donde se ordena sobreseer pleitos pendientes, sacar los pleitos de las Chancillerías

nunca está referida a las leyes, es decir, a las disposiciones dadas con las cortes, ni a las pragmáticas, emanadas exclusivamente del soberano, pero con la misma nota de generalidad de las leyes, sino a las provisiones de gobierno, y esto va a ser muy normal en la época. No es nada raro que los monarcas condicionen la validez de sus disposiciones administrativas a que no vayan contra las leyes, y, por el contrario, lo original está en que aun siendo ilegales, o como diríamos hoy, anticonstitucionales, se imponga, sin embargo, su obediencia aunque sólo sea formal. En otros lugares, como los de la Corona de Aragón, por ejemplo, tales provisiones son nulas, simplemente, mientras en Castilla, por el contrario, por salvar ante todo la autoridad del rey, son meramente anulables.

El decisionismo castellano extiende la fórmula a sus zonas de influencia. En 1514 aparece introducida en Navarra⁶⁹, y asimismo aparece inserta en el Fuero de Vizcaya⁷⁰. Con Felipe II pasa tam-

o justicias ordinarias o "dar por ninguno" todo lo actuado, dice que "sean obedecidas y no cumplidas". Nov. Rec., III, 4, 7.

Enrique IV, en Nieva, 1473, pet. 13, revoca "qualesquier cartas, cédulas y provisiones" dadas desde 15 de septiembre de 1464 en perjuicio de tercero y las que se den en adelante, ordenando "que sean obedecidas y no cumplidas". Nov. Rec. III, 4, 8.

69. "Por cuanto por importunación de algunos, V.M. mandara para este su Reino, cédulas y mandamiento en agravio de las leyes del dicho Reino, y en deslibertad de aquel, y contra lo que antes de agora está proveído. Suplican se guarde de aquí adelante, poniéndolo por ley, que aunque sean obedecidas, no sean cumplidas.—Decreto. Vista la presente suplicación, y havida consulta sobre aquella, me place, que las tales provisiones, ó cédulas emanadas de nos aunque sean obedecidas, no sean cumplidas, fasta que sea consultada con nos." Cortes de Pamplona, 1514. Nov. Rec. de Navarra, I, 3, 2.

70. "... y aunque venga proveído y mandado de su Alteza por su cédula, y provision real, primera, ni segunda, ni tercera jución, y más, sea obedecida, y no cumplida, como cosa desaforada de la tierra..." Fuero de Vizcaya, tít. 36, ley 3.

"... Que habían por Fuero, y Ley, y Franqueza, y Libertad, que qualquier carta, ó provisión Real, que el dicho Señor de Vizcaya diere, ó mandare dar, o proveer, que sea ó ser pueda contra las Leyes, y Fueros de Vizcaya, directa, ó indirecta, que sea obedecida, y no cumplida." Fuero de Vizcaya, tít. I, ley 11.

bién a Indias en 1564⁷¹, donde persiste con Felipe III en 1620⁷², y hasta su pérdida, puesto se trata de disposiciones recopiladas. Aquí es donde ha solido llamar la atención, considerándosela a veces, como original del derecho indiano, procediendo, como se ha visto, sin embargo, del derecho castellano medieval. Su persistencia es tal, que todavía en 1817 una Real Orden firmada por Martín de Garay utiliza la vieja fórmula. Se trata de los indultos en materia de contrabando, que sólo se dispensan a los reos que pueden echarse a los pies del rey. No obstante, gentes constituidas en agentes de los reos se presentan al rey, molestándole, y dando lugar a que los Subdelegados de Reyes hayan de consultar, habiéndose de anular tales gracias. Deseando el rey establecer una regla fija ordena que todos los salvoconductos y cartas órdenes en favor de reos de contrabando "sean obedecidas y no cumplidas", excepto la de aquéllos que se hubieran echado personalmente a los pies del rey⁷³.

El señalado triunfo de las provisiones se manifiesta también

71. Felipe II, El Escorial, 17 de mayo 1564: "Nuestras Reales Cédulas se despachen señaladas, y las Provisiones firmadas de los de el nuestro Consejo Real de las Indias, y las que no tuvieren esta solemnidad, sean obedecidas y no cumplidas, y los Virreyes, Presidente y Oidores, y otros qualesquier Jueces y Justicias de las Indias así lo guarden, cumplan y executen." Recopilación de Indias, II, 1, 23.

72. Felipe III, Madrid, 3 de junio 1620: "Los Ministros y Jueces obedezcan y no cumplan nuestras Cédulas y Despachos, en que intervinieren los vicios de obrepcion y subrepcion, y en la primera ocasion nos avisen de la causa por que no lo hicieren." Rec. Indias, II, 1, 22.

73. La R. O. está firmada en 11 de julio de 1817. Emplea fórmula similar a la medieval: "como obtenidas por importunidad". La parte dispositiva dice: "Deseando pues S.M. establecer sobre este punto una regla fija que de tal manera estreche y limite los casos en que hayan de cumplirse las cartas de indulto que no favorezca la relajación de las costumbres, y la falta de respeto a las leyes promulgadas para contener estos y otros delitos que son consiguientes ha resuelto el Rey nuestro Señor que todos los salvoconductos y cartas órdenes que se expidan y comuniquen a los Subdelegados en favor de algún reo ó reos por delitos de contrabando sean obedecidas y no cumplidas, excepto aquellas que obtengan los que personalmente tuvieron la felicidad de echarse á sus Reales pies." La dirigida al Subdelegado de Rentas de Lugo puede verse en el Museo-Archivo de esta ciudad, legajo de Reales Ordenes y Reales Cédulas.

en un cierto grado de confusiónismo entre la ley y la orden administrativa. Es cierto que siempre suele quedarse un rescoldo de la diferenciación, y lo demuestra lo dicho sobre que el "obedézcase y no se cumpla" juega sólo cuando se trata de provisiones de gobierno, y no de leyes, pero la diferenciación neta desaparece. Sólo así se explica que en Indias se considere oficialmente que las leyes se dan en cédulas, provisiones, instrucciones y cartas⁷⁴, y que sólo éstas son las que tienen fuerza de "ley pragmática sanción"⁷⁵, lo que, indudablemente, es un galimatías jurídico. Los tipos de provisiones se multiplican, como puede observarse en una comparación entre las ordenanzas de Montalvo, donde sólo se habla de "cartas" y la Novísima Recopilación, donde se habla de "pragmáticas, cédulas, decretos y provisiones reales"⁷⁶. El confusiónismo aparecerá magníficamente denunciado por Martínez Marina, quien defenderá el que no se produjera en la antigua jurisprudencia española, pero declarará ser "obra de un talento metafísico" el que en su tiempo se pudiera definir exactamente lo que significaban "alvalaes, cartas, cédulas, provisiones y decretos reales"⁷⁷.

En todo caso, la provisión de gobierno ha triunfado netamente en el pueblo español nuclear. SÁNCHEZ DE ARÉVALO prescribirá al político el instituir buenas "leyes e ordenanças"⁷⁸. SOLÓRZANO

74. "Habiendo considerado quanto importa que las leyes dadas... en diferentes Cédulas, Provisiones, Instrucciones y Cartas..." Rec. Indias, II, 1. 1.

75. "... y que solas estas tengan fuerza de ley pragmática sanción, en lo que decidieren y determinaren..." Loc. cit.

76. En el Ordenamiento de Montalvo, III, 12, se habla "De las cartas, y traslados", y en Nov. Rec., III, 4, "De las pragmáticas, cédulas, decretos y provisiones reales".

77. FRANCISCO MARTÍNEZ MARINA, *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, Madrid, 1820, págs. 210-1: "En la jurisprudencia española nunca se han reputado por leyes del reino, sino los Fueros, Ordenamientos y Pragmáticas-sanciones y se tuvo gran cuidado en no confundir estas reglas generales con las providencias particulares... en la Novísima Recopilación se han insertado con el nombre de leyes, infinitas provisiones, decretos, órdenes, bandos y acuerdos particulares que no merecen ocupar un sitio en el código."

78. SÁNCHEZ DE ARÉVALO, *Suma de la Política*, 2, 10, en Juan BENEYTO PÉREZ, *Textos políticos españoles de la Baja Edad Media*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, pág. 28: "Todo Rey o buen político, para

PEREYRA, que rechazará no muy convencido la conveniencia de no usar de leyes escritas cuando se trata de repúblicas sujetas a variaciones, ensaiza el sistema seguido por el Consejo de Indias de reducir a Cédulas Reales las órdenes y despachos por él librados, comparándolo al procedimiento rescriptal imperial⁷⁹.

Si el "decisionismo" se impone en una edad media en la que actúan unas cortes dotadas de fuerza, y con unos monarcas como los Austrias, muy respetuosos, en general, con la legalidad vigente⁸⁰, ya puede suponerse lo que sucede con los Borbones, los cuáles consideran atributo de la soberanía el imponer y derogar leyes sin limitación⁸¹. Sólo el constitucionalismo de los siglos XIX y XX

que su cibdad o Reyno sea bien regido e gobernado... deve... instituir en ella buenas e derechas leyes e ordenanças."

79. SOLÓRZANO PEREYRA, op. cit., V, 16, 8, tras citar la opinión de los que creen que cuando la república está sujeta a variaciones es mejor no usar de leyes escritas, y someterlo todo al arbitrio de un prudente gobernador, dice luego: "Pero esto en ninguna republica bien gobernada jamás se ha admitido, ni debe admitir en Magistrados algunos, por graves y preeminentes que sean... enseñando ser mucho más conveniente, que juzguen por leyes escritas y que estén atados a ellos..." Vid. también nota 44.

Los políticos se muestran radicalmente decisionistas, como el infante D. Juan Manuel, *Libro de los Estados*, I, 24, en BENEYTO, op. cit., pág. 24: "Et guardando el rey su sennorío et sus derechos et sus mandamientos, et non haciendo tuerto ninguno, tenemos que non ha menester otra ley."

El ejemplo del "decisionismo" radical está en el totalitarismo de la ley, pues se regula todo: se obliga al cristiano a creer en los artículos de la fe (Nov. Rec., I, 1, 1); se le obliga a acompañar al Santísimo Sacramento, sin poder "excusar de lo así hacer por lodo, ni por polvo, ni por otra cosa alguna" (Nov. Rec., I, 1, 2, que lo recoge de Juan I, en Briviesca); se obliga al cristiano a confesar y comulgar al tiempo de su muerte (Nov. Rec., I, 1, 3, recogido de Alfonso XI y Enrique IV); se regulan las formalidades de los entierros (Nov. rec., I, 3, 2, recogido de Felipe II, en 1565) o de los ataúdes y ceremonial (Nov. Rec., I, 3, 3, recogido de Felipe V), etc.

80. HINOJOSA, op. cit., pág. 110, destacaba que el protestante Treitschke no vaciló en elogiar el respeto de Felipe II a la legalidad constitucional de los Países Bajos.

81. Felipe V, al derogar los fueros de Aragón y Valencia, basándolo en el derecho de conquista, declara: "... y considerando también, que uno de los principales atributos de la Soberanía es la imposición y derogación

se ha opuesto a ese "decisionismo", pero su triunfo ha sido más teórico que práctico, si se tiene en cuenta los períodos interconstitucionales, los pronunciamientos, períodos dictatoriales, y, en general, el imperio del decreto-ley. El español nuclear, pues, está habituado a lo largo de los doce siglos de su vida, a la "decisión" del gobernante. Naturalmente, sus técnicos conocen la diferencia entre la ley y la provisión de gobierno, y aún el ciudadano medio la intuye, pues son nociones naturales, pero históricamente no ha profundizado en ella, y, por el contrario, las confunde a ambas. En caso de contradicción sabe que gana la primera y pierde la segunda, o, mejor aún, que los efectos de la provisión no pueden contradecir la ley, pero, en todo caso, sabe que le resulta más práctico respetar ambas, en cuanto han de obedecerse porque emanan de la autoridad, que es una .

Los intentos de "nacionalización" del derecho común

El fenómeno de la recepción del "derecho común", estructurado en Italia, es demasiado importante para que pueda ser tratado aquí en extenso. Su admisión en casi todos los reinos se hace a título "decisionista", en cuanto se trata siempre de defender las independencias nacionales frente al imperio. Lo interesante es señalar que en la España nuclear no sólo se mantiene esa independencia, sino que, incluso, el derecho común, como sistema de conjunto no se admite nunca, y, por el contrario, lo que se intenta es su "nacionalización", lo que se consigue con la redacción de las Partidas, las cuales, por otra parte, no se discuten nunca en cortes, sino se realizan, exclusivamente, a través de la vía del monarca o de los monarcas, salvo el reconocimiento de su vigencia contenido en el Ordenamiento de Alcalá.

Es cierto que, pese a ello, el derecho romano, sobre todo, pesa en la vida de los tribunales, pero siempre merced a un sector especializado, y sin el apoyo, ni de la realeza, que lo ataca, ni de la

de leyes, las cuales con la variedad de los tiempos y mudanzas de costumbres podría yo alterar..." D. de 29 de junio de 1707, en Nov. Rec., III, 3, 1.

masa, que permanece insensible a él. Sobrevenida la codificación, mientras el derecho romano pesará como componente de algunas de las legislaciones forales, no lo hará como componente del derecho castellano, esto hablando siempre de él como conjunto o sistema, y sin que, naturalmente, se desconozca que la mayoría, incluso, de las instituciones aparecerán influidas más o menos remotamente por el derecho romano, aunque muchas de las veces por el conducto vehicular visigodo, que le hace perder su condición de derecho romano puro ⁸².

III

LA MODERACIÓN TRASCENDENTALISTA DEL DECISIONISMO JURÍDICO DE LA ESPAÑA NUCLEAR

Aunque el "decisionismo jurídico" puede desembocar en un positivismo, incluso legal, factores metajurídicos pueden desviarle de esa meta, que es lo que sucede con el de la España nuclear, el

82. Miguel A. PÉREZ DE LA CANAL, *La Pragmática de Juan II, de 8 de febrero de 1427*, AHDE, XXVI (1956), págs. 659-668, ha destacado bien la transcendencia de un párrafo del Ordenamiento de Briviesca de 1387, en la que se permite la alegación de las leyes, decretales y decretos junto con las Partidas y fueros, pero no creo que desvirtúe lo indicado en el texto ni pueda ser interpretado como admisión o "recepción" del derecho común, en cuanto que en el mismo ordenamiento Juan I declara no ser su intención el derogar el Ordenamiento de Alcalá de 1348, lo que significa que la alegación permitida lo ha sido en cuanto ello no fuera incompatible con los textos reconocidos en el Ordenamiento. Incluso creo que no lo contradice un texto que no encuentro haber sido utilizado hasta ahora, y que procede de las cortes de León de 1208, ed. RAH, tomo I, Madrid, 1861, pág. 48, donde se hace alusión al principio procesal de que el actor sigue el fuero del reo "tanto por el derecho civil como por el derecho canónico" ("sicut jus tam civile quam canonicum atestatur"), pues si bien es claro que Alfonso IX admite los principios doctrinales del derecho común en una materia como la procesal, puede hacerlo en cuanto aquéllos no lesionan los ordenamientos propios, sin que ello implique admisión del derecho común en bloque, sobre lo que nunca hubo una declaración específica, ni de los reyes leoneses ni de los reyes castellanos.

cual sufre una moderación de carácter transcendentalista, como consecuencia de las fuertes corrientes religiosas del pensamiento castellano, y español, en general.

En virtud de estas corrientes y del ensalzamiento que en ellas se hace de la ley, puede creerse erróneamente que la posición del español nuclear se haya convertido en la de un normativismo, pero esto se halla lejos de la realidad. El normativismo, pese a lo que expresa la palabra, no debe entenderse en el simple sentido de sistema de normas, pues, entonces podría aplicarse a todo. Lo que caracteriza al normativismo frente al personalismo es su carácter mecanicista, es decir, el que la creación de la norma tiene lugar en virtud de un procedimiento abstracto y automático. Las corrientes religiosas del pensamiento español no aspiran, al menos, en su momento más significativo a este procedimiento, sino que respetan el "decisionismo" peculiar castellano, si bien limitándolo, toda vez que aunque la norma sea una "decisión de la autoridad, ésta no es libre de adoptar la que le parezca, pues su "decisión" tiene carácter transcendental. Claro está que la limitación en su mayor parte es de naturaleza extrajurídica, pero a veces también es de naturaleza jurídica, pues la doctrina se planteará el problema de la obediencia que merece la decisión que no se adapta a esas limitaciones.

La moderación transcendentalista de la España nuclear tiene la rara cualidad de ser unánime históricamente, es decir, de haberse producido en todas las épocas, sin que hasta el momento pueda registrarse una tendencia contraria. Gran parte de la unanimidad es lógica, pues obedece a las corrientes católicas, predominantes como se sabe, en la historia española, pero persiste aun en aquellos casos en lo que cesa esa influencia.

Sintetizando las corrientes ideológicas que han nutrido dicha unanimidad, pueden señalarse: *a)* el neo-goticismo; *b)* el ius-naturalismo católico; y *c)* el krausismo.

El neo-goticismo

La España nuclear encuentra su primera gran fuente de moderación transcendentalista en el ordenamiento visigodo al que

vuelve la mirada casi desde los primeros momentos. Precisamente, el "Liber Iudiciorum", que no contiene sino lo que es materia o procedimiento de litigio dirimible ante el juez, hace una excepción para dedicar todo un libro, el primero, a la ley y al legislador. En él se contiene toda la doctrina de la Iglesia, que, entonces, resume San Isidoro, sobre todo, y del cual parece proceder directa o indirectamente. En la Edad Media castellana se expande a través del "Fuero Juzgo" o versión romanceada del "Liber", pero también a través del Fuero Real y de las propias Partidas. En definitiva, el pensamiento posterior, sobre todo el iusnaturalismo del XVI, tan rico en matices, profundizará y sutilizará, pero no añadirá substancialmente nada que no esté contenido ya en el pensamiento visigodo.

Ante todo, destaca que la ley no se da en provecho de las personas particulares frente a las demás, sino que su objeto es el bien común, doctrina que, como se sabe, va a constituir fundamento del pensamiento tomista. San Isidoro, tras especificar las cualidades que debía reunir la ley, había manifestado que no había de ser hecha en beneficio particular, sino por la utilidad de todos los ciudadanos⁸³. En el "Fuero Juzgo", y en delicioso romance arcaico, se recoge la idea de igualdad ante la ley al proclamarse que el legislador debe ser igual para los poderosos que para los débiles, cuidándolos a todos, y no actuar en beneficio de uno solamente⁸⁴, de donde debe haber pasado a las Partidas.⁸⁵ En este sentido debe ser interpretada también la sentencia contenida en el Poema del Cid de que "las leyes eran del pueblo"⁸⁶.

83. SAN ISIDORO, *Etimologías*, c. XXV: "Qualis debeat fieri lex. Erit autem lex honesta, iusta, possibilis, secundum naturam, secundum patriae consuetudinem, loco temporisque conveniens, necessaria, utilis, manifesta quoque, ne aliquod per obscuritatem in captione contineat, nullo privato commodo, sed pro communi civium utilitate conscripta." Cfr. HINOJOSA, *op. cit.*, nota 21.

84. "El fazedor de las leyes... deve seer comunal á los mayores he á los menores... cuydando de todos, que de pro de uno solamiente." Fuero Juzgo, I, 1, 4.

85. "El facedor de las leyes debe amar a Dios é tenerle ante sus ojos... e... amar justicia, é pró comunal de todos." Partidas, I, 1, 11.

86. Cfr. JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *La vocación jurídica del pueblo español*,

La ley aparece impregnada de un fuerte sentido ético. Persigue el castigo e intimidación de los malos, brindando así la paz y seguridad a los buenos⁸⁷, pero, incluso, tiene carácter docente o de guía, enseñando las cosas de Dios, y con ello, el derecho, la justicia, las buenas costumbres, etc.⁸⁸, carácter ético docente tan acusado en las Partidas⁸⁹, y que se puede ver también en el prólogo de las Ordenanzas de Montalvo⁹⁰.

El neo-goticismo por sí solo ha podido evitar cualquier desembocadura del "decisionismo" castellano en el positivismo legal, dándole dimensión transcendentalista, como vio acertadamente HINOJOSA cuando afirmaba que las Partidas habían vinculado el poder en el Rey, pero sentando el principio defendido por los teólogos visigodos de que el legislador debía conformarse a las normas eternas de la justicia⁹¹.

Revista Gral. de Legislación y Jurisprudencia, septiembre-octubre 1948 (separata), Madrid, 1948, pág. 25, donde la cita está aprovechada, a mi juicio equivocadamente, para justificar una pretendida vocación jurídica del pueblo español, que, en realidad, no será inferior, pero tampoco superior a la del resto de los pueblos.

87. "Esta es la razón que nos movió para facer leyes, que la maldad de los homes sea refrenada por ellas, é la vida de los buenos sea segura, é los malos dexen de mal facer por miedo de la pena." Fuero Real, I, 6, 3.

88. "La ley ama, y enseña las cosas que son de Dios, y es fuente de enseñamiento, é muestra de derecho, é de justicia, é de ordenamiento, é de buenas costumbres, é guiamiento del Pueblo, é de su vida..." Fuero Real, I, 6, 1.

89. "E estas razones en que se muestran todas las cosas cumplidamente segun son, é el entendimiento que han, son llamadas Leyes." Partidas, I, 1.

"Estas leyes son establescimientos, porque los homes sepan vivir bien, é ordenadamente, segun el placer de Dios." Partidas, I, 1, 1.

"Ley tanto quiere decir como leyenda en que yace enseñamiento, é castigo escripto que liga é apremia la vida del home, que no faga mal, é muestra, é enseña el bien que el home debe facer, é usar." Partidas, I, 1, 4.

90. "... porque la ley es derecho escripto, que afirma lo honesto, y veda lo contrario: y es interprete de igualdad, é iguala las cosas divinas, y humanas..." Prólogo de las Ordenanzas Reales de Montalvo.

91. HINOJOSA, op. cit., pág. 53.

El iusnaturalismo católico

El iusnaturalismo católico es la corriente más importante del pensamiento español, si no es la única hasta el momento presente, lo que es interpretado por unos como unanimidad ideológica, y por otros, como penuria. No faltan pensadores que militen en otros campos, pero como escuela, es decir, como conjunto de mentalidades fuertes que concurren en unos principios filosóficos-jurídicos, no encuentra oposición.

Como el derecho visigodo, o, mejor dicho, el repetidamente citado "Liber iudiciorum", también ha estado basado en la acomodación del derecho creado por el hombre o positivo al derecho natural insito en los hombres y de origen divino, también se le podría calificar de "iusnaturalismo", al que también le convendría la adición de "católico". La diferenciación es, pues, más histórica que filosófica, pues a lo que llamamos "iusnaturalismo católico" es al momento de su apogeo doctrinal, fundamentalmente en el siglo XVI, momento en el que una brillante pléyade de teólogos y juristas, más bien lo primero que lo segundo, elaboran todo un conjunto de conceptos que forma un sistema cerrado. Ellos parecen resumir un pensamiento que, más o menos brillantemente, se ha esbozado en los siglos anteriores, y parecen consolidarlo de tal forma que en los siglos venideros no se aportan ideas fundamentalmente originales. Exponerlo aquí es extemporáneo, y basta sólo apuntar ciertos pensamientos que tienen relación con la postura española ante la ley.

Ante todo, es interesante destacar que los teólogos reivindican para sí el estudio del derecho, como lo hace SUÁREZ, basándose en la importancia de la teología⁹², lo que es significativo sobre su concepción de aquél, y, en último término, sobre la atmósfera ideológica del país, en cuanto a la importancia de estos problemas⁹³.

92. SUÁREZ, en *De legibus et Deo legislatore*, según HINOJOSA, op. cit., pág. 80: "Nadie debe maravillarse de que los teólogos de profesión diserten sobre las leyes: pues la eminencia de la teología, derivada del sujeto eminentísimo sobre que versa, excluye todo motivo de admiración."

93. VÉL. JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *La idea de la justicia en la tradición*

Esto conduce a un ensalzamiento de las leyes, que aparece entre los hombres del XVI, inmersos en el apogeo del iusnaturalismo, como un GINÉS DE SEPÚLVEDA, para el que la desaparición de la autoridad de las leyes conduce a la desaparición del gobierno⁹⁴, pero también en los de siglos posteriores, como SAAVEDRA FAJARDO, para el que el obstáculo a la ley supone la abertura al mal⁹⁵.

La ley es concebida como un acto del entendimiento, y no de la voluntad, como puede verse en Fray Luis de León, entre otros⁹⁶, y también mucho después en el mismo SAAVEDRA FAJARDO⁹⁷. Esta actitud intelectualista, que predomina sobre la voluntarista, aun en el mismo SUÁREZ, no dice nada contra la postura

filosófica del mundo occidental y en el pensamiento español, discurso de apertura de los Tribunales de Justicia. Ed. Reus, Madrid, 1946, pág. 53, que cita a MARIANA: "Son muy amigos los españoles de la justicia." En la pág. 58, CASTÁN destaca que las sátiras y caricaturas en nuestra literatura sólo demuestran que el pueblo español, por su amor a la justicia, ve con desconfianza sus realizaciones en la justicia oficial.

94. Juan Ginés DE SEPÚLVEDA, *Tratados políticos*, con trad. castellana, introducción, notas e índice de Angel LOSADA, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pág. 54: "La fuerza de las leyes es tal que, desaparecida su autoridad e imperio de la nación, el gobierno desaparece también y su nombre es vano y se convierte en pecado contra el propio gobierno."

95. SAAVEDRA FAJARDO, *Idea de un Príncipe político cristiano representada en cien empresas*, Clásicos Castellanos, Ediciones de La Lectura, ed. y notas de Vicente GARCÍA DE DIEGO, Madrid, 1927, pág. 262: "En cerrando el príncipe la boca a las leyes, se abre a la malicia y a los vicios..."

96. Vid. Fray Luis DE LEÓN, *De legibus o Tratado de las leyes 1571*, introducción y edición crítica bilingüe por Luciano PEREÑA, C. S. I. C., Madrid, 1963, págs. 19 y 20, donde, tras de darle muchas vueltas al problema, la realidad es que concluye que, ateniendo a su esencia, la ley es un acto del entendimiento ("Lex secundum suam substantiam est operatio intellectus"), aunque para satisfacer a todos conceda que incluye también de alguna manera el acto de voluntad ("Lex includit etiam quodammodo actum voluntatis").

97. SAAVEDRA, op. cit., pág. 260: "Sobre las piedras de las leyes, no de la voluntad, se funda la verdadera política." Vid. también CASTÁN, op. cit. en nota 73, pág. 25, que recoge unos versos de *El Príncipe perfecto*, de LOPE, en los que se dice: "Eso la ley y la razón lo abona que es alma de la Ley..."

“decisionista”, pues sigue excluyendo una creación mecanicista de la ley, para acogerse a una creación psicológica, que se sitúa en la autoridad, a la que se considera de origen divino y, mediata o inmediatamente, depositaria de la potestad legislativa. Lo mismo ocurre con la obediencia del rey a la ley, que, en general, es proclamada, aunque sea razonada por Vitoria un poco sofisticadamente⁹⁸. El hecho de que el rey quede sometido a su propia obra, no quita para que ésta se considere suya y de su oficio.

Punto capital de la doctrina, como expusiera HINOJOSA, con citas de VITORIA, CASTRO, MOLINA, SUÁREZ y QUEVEDO, es que la ley humana debe conformarse a la divina y a la natural, cuyos preceptos inmutables se consideran pauta y límite a un tiempo del derecho humano positivo⁹⁹. Donde cesa esa conformidad comienza el derecho injusto, con lo que deja de ser tal, y no ha de ser obedecido¹⁰⁰.

Siguiendo el mismo camino que el neo-goticismo, pero recogiendo ahora de la tradición tomista, todo el iusnaturalismo se vuelca en torno a la utilidad pública de la ley. FRAY LUIS DE LEÓN, para el que la ley es un medio moral, el fin del legislador no puede ser otro que el bien común específico de la comunidad¹⁰¹, señalando unas veces el “bien público y común” y otras, el “bien divino”, como el objeto de la ley¹⁰². Es muy interesante el planteamiento del problema en VITORIA, a quien le preocupa si

98. Fray Francisco DE VITORIA, *Relecciones teológicas*, versión española y notas de Jaime TORRUBIANO RIPOLL, Editorial Enero, Buenos Aires, 1946, pág. 353: “La misma obligación tienen las leyes dadas por el rey que si fueran dadas por la República toda. Pero las leyes dadas por la República obligan a todos: luego también, si son dadas por el rey, obligan al mismo rey.”

Respecto a Saavedra, Vicente GARCÍA DE DIEGO, en el prólogo, pág. 43, destaca que su veneración al derecho constituido, obligatorio para todos, se muestra en diferentes pasajes, citando especialmente la empresa 21.

99. HINOJOSA, op. cit., pág. 99.

100. Vid. CASTÁN, op. cit., pág. 26, que recoge unos versos de la célebre obra de Calderón *La vida es sueño*: “En lo que no es justa la ley—no ha de obedecer al rey.”

101. Vid. PEREÑA en la introducción a op. cit. de Fr. Luis, pág. XLIX.

102. Op. cit., págs. 22 y 24: “Omnis lex debet habere pro fine bonum publicum et commune” y “Leges omnes habent pro fine mediato et ultimo bonum divinum.”

cesa la obligación de la ley cuando ha cesado la razón que la motivó, concluyendo, entre otras cosas, que la ley deja de serlo cuando ya no es útil a la república¹⁰³.

La ley tiene así un objetivo ético, tanto es así que para FRAY LUIS DE LEÓN el efecto de la ley, en cuanto de sí depende, es hacer “hombres buenos”¹⁰⁴. Esto explica el antimachiavelismo castellano en el que participan PEDRO DE RIBADENEYRA, QUEVEDO, GRACIÁN, SAAVEDRA, y, en general, todas las grandes mentalidades de la época¹⁰⁵, cuyos ataques lo son siempre desde el campo de la ética, a diferencia de los de BODIN o DESCARTES, que lo hacen desde el campo de la razón.

El iusnaturalismo católico, a diferencia de lo que sucederá con

103. VITORIA, op. cit., págs. 353-354: “... si la ley es defectuosa y carece de fuerza, es que no hay razón para darla; por tanto, también para conservarla debe durar la razón de ella... Además, si la ley no es útil a la república, ya no es ley.”

104. Fr. LUIS, op. cit., pág. 47: “Legis effectus est, quantum est de se, efficere homines bonos.” Eso en cuanto de sí depende, porque no se le escapa que hay un “bonum utile” y otro “honesto”, y que las leyes no pueden buscar sino el primero, que permita la vida en sociedad. No intentan hacerlos perfectos de todo punto, sino mediante la virtud política.

105. Vid. la opinión de Pedro DE RIBADENEYRA, en *Maquiavelo, el Príncipe*, ed. bilingüe de Luis A. Arocena, Universidad de Puerto Rico, Revista de Occidente, Madrid, pág. 526: “... ante todas cosas digo que hay razón de Estado... pero que esta razón de Estado no es una sola, sino dos: una, falsa y aparente; otra, sólida y verdadera; una, engañosa y diabólica; otra, cierta y divina; una, que del estado hace religión; otra, que de la religión hace estado...” Vid. la opinión de QUEVEDO, en pág. 536 y ss.; GRACIÁN, en pág. 543 y ss.; SAAVEDRA, pág. 545 y ss.

Vid. Fernando DE LOS RÍOS, *Religión y Estado en la España del siglo XVI*, Instituto de las Españas en los Estados Unidos, Nueva York, 1927, pág. 62: “... cuando el machiavelismo —que significó la eliminación del valor substantivo de los medios y la exaltación de la finalidad nacional a finalidad suprema, esto es, la concepción de lo particular histórico como fin sumo del Estado— extendíase por todas partes, reacciona contra él la mentalidad española, produciendo una abundante y admirable literatura filosófico-política, en que la moral y la religión son afirmadas de nuevo como normas a que el Príncipe y el Estado no pueden menos de subordinar sus actos... Los propios machiavelistas españoles (por ejemplo, Juan BLÁZQUEZ MAYORALGO, *Perfecta razón de Estado*) se detienen “ante el engaño que induce a ofensa”.

el iusnaturalismo protestante o europeo, vincula estrechamente el derecho a la religión. Exigiendo a aquél una conformidad plena con el derecho natural y divino, le concede después unos amplios efectos, que llegan hasta los de obligar en conciencia, con lo cual la desobediencia a la ley y el pecado marchan conjuntamente. VITORIA no duda de que las leyes civiles obliguen en el fuero de la conciencia, basándose en San Pablo, que prescribía la sumisión al poder por su conciencia, y no por temor a la ira, y en San Pedro, que declaraba la sujeción a toda criatura humana por causa de Dios, lo mismo al rey que a todo el que ejercía el mando. Para VITORIA, la ley humana es de Dios, y, por tanto, igualmente obligatoria que la divina, no habiendo diferencia alguna en cuanto a la obligación el tratarse de ley divina o humana, y habiendo de considerarse a las leyes humanas como divinas para saber a cuánto obligan¹⁰⁶. Cuando más, lo que se hace es establecer alguna reserva. ANTONIO GÓMEZ, por ejemplo, afirma la obligación en el fuero de la conciencia, siempre que la ley no alimente pecado¹⁰⁷, y ALFONSO DE CASTRO sostiene que sólo las leyes justas son las que obligan en conciencia¹⁰⁸.

El iusnaturalismo

El criterio clásico iusnaturalista católico sigue teniendo ecos en todas las épocas, y también, por tanto, en el siglo XIX. Cuando el influyente PACHECO, en posición antihistoricista y aplaudiendo el que lo fueros no se aplicaran si no estaban en uso, declara a Dios y la razón por encima de toda concepción y prescripción humana¹⁰⁹, aunque con lenguaje diferente no se encuentra en línea

106. VITORIA, op. cit., págs. 346-350. Vid. también Fr. Luis DE LEÓN, op. cit., pág. 89.

107. Antonio GÓMEZ, op. cit., lex prima, núms. 3 y 4, fol. 4^o: "... breviter resolutivè... quód si non est peccati nutritiva est servanda in foro conscientiae". Sigue a Juan Andrés, el Panormitano y Santo Tomás.

108. Vid. HINOJOSA, op. cit., pág. 99.

109. PACHECO, op. cit.: "... por cima de las concepciones y prescripciones humanas hay dos cosas de una importancia mucho más capital: Dios y la razón."

divergente. La famosa constitución del 12 cuando exige que las leyes sean sabias y "justas"¹¹⁰ o desea que los españoles sean "justos" y benéficos¹¹¹, tampoco se está alejando de una modernización de las viejas concepciones. La reacción que en un MARTÍNEZ MARINA, por ejemplo, se observa contra conceptos utilitarios del derecho como el de BENTHAM¹¹², hacen recordar el antimodernismo de otros tiempos.

Muy bajo el nivel filosófico del siglo XIX sólo destaca la escuela krausista, en la que militan hombres como Federico de Castro, Nicolás Salmerón, Canalejas, Costa, Azcárate, Giner de los Ríos, Luis de Zulueta, Rafael Altamira, Leopoldo Alas, Posada, Bernaldo de Quirós, Dorado Montero, Manuel Bartolomé Cossío y José de Caso, aparte del introductor, Julián Sanz del Río (1814-1896), quien encuentra su credo en las doctrinas del idealista alemán Carlos Cristian Federico Krause (1781-1832), y cuyos discípulos en Alemania son Roeder y Leonhardi, y en Bélgica, Ahrens y Tiberghien. No correspondiendo a este trabajo el valorar la importancia de la escuela, lo que aquí es interesante destacar es que casi todas las opiniones más importantes, como la de Pedro Font y Puig¹¹³ o la de Julián Marías¹¹⁴ coinciden en que la elección de la doctrina de KRAUSE obedeció a su espiritualismo y a su carácter religioso y moral. La doctrina jurídica, que se encuentra,

Vid. también Juan Luis VILLOTA ELEJALDE, *Doctrinas filosófico-jurídicas y morales de Jovellanos*, Oviedo, 1958, págs. 41 y 43, según el cual la existencia de la ley eterna, si no aparece muchas veces en la literatura jovellanista, en ella está virtualmente contenida, encontrándose Jovellanos dentro del escolasticismo.

110. "Art. 4: La nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen."

111. "Art. 6: El amor de la patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles, y asimismo el ser justos y benéficos."

112. Vid. FRANCISCO MARTÍNEZ MARINA, *Teoría de las Cortes e Grandes Juntas Nacionales de los Reinos de León y Castilla*, Madrid, 1813.

113. Vid. CASTÁN, *op. cit.*, en nota 80, pág. 73, nota 1.

114. Vid. JULIÁN MARIÁS *Historia de la Filosofía*, Revista de Occidente, Madrid, 11.ª ed., 1958, págs. 329-330.

fundamentalmente, en *AHRENS*, se encuentra plenamente dentro de un iusnaturalismo, y con ello, los europeístas españoles no hacían sino tratar de verter el vino viejo en odres nuevos.

IV

LOS FACTORES DETERMINANTES DE LA POSTURA DE LOS ESPAÑOLES PERIFÉRICOS

La desvinculación del orden visigodo como factor sentimental

En el territorio catalán, el derecho visigodo ha ofrecido una continuidad, quizá mayor que la observada en el reino asturleonés, pues en éste, a causa del desconcierto que produjo el hundimiento total, debió haber una cesura, mientras que en aquél, con un "hinterland" del que carecieron los súbditos de Pelayo, la cesura no debió producirse, ello sin perjuicio de que las dificultades de reproducción de libros haya impedido un conocimiento general exacto del "Liber", y que, en consecuencia, hasta, quizá, el siglo XI, lo que han pervivido son las instituciones al amparo de una prestigiosa, pero inconcreta "lex gotorum" ¹¹⁵. El orden gótico se ha mantenido aún con la dependencia del reino franco, y los catalanes han sido en aquél los "goti" o "hispani".

En los territorios pirenaicos centrales, Aragón y Navarra, las cosas no han sucedido de la misma manera, y aunque, posiblemente, cada vez sean hallados más elementos del "Liber" en la legislación navarroaragonesa, el derecho franco ha ejercido una mayor influencia ¹¹⁶.

Sin embargo, lo que es un hecho es que mientras en la España que hemos dado en llamar "nuclear", es decir, la centro-occidental,

115. Así lo he hecho constar en *Los factos matrimoniales catalanes*. *AHDE*, XXXIII, Madrid, 1963, págs. 133-266.

116. Vid. JOSÉ MARÍA FONT RIUS, *El desarrollo general del Derecho en los territorios de la Corona de Aragón (siglos XII-XIV)*, VII Congreso de Historia de la Corona de Aragón, vol. I, Barcelona, 1962, pág. 292.

la nostalgia por el orden gótico ha constituido un factor sentimental, éste no ha actuado ni en Aragón-Navarra, ni en Cataluña, donde se ha producido una desvinculación.

Naturalmente, la desvinculación no se ha producido instantáneamente, ni en el mismo grado. En Aragón-Navarra, la vinculación casi parece no haber existido, salvo lo dicho de las huellas del "Liber" en su derecho. En cambio, en Cataluña, el legado visigodo ha sido muy fuerte, y por ello ha pervivido largo tiempo. Cuando Ramón Berenguer I, "el Viejo", procede a otorgar con su esposa Almodiz los "usualia" o "usos más usados de la corte"¹¹⁷, quizá ha actuado con parecida actitud psicológica a la de su contemporáneo el leonés Alfonso V, y, desde luego, así se lo ha atribuido el jurista anónimo que, probablemente, ya en los días de Ramón Berenguer IV ha recopilado aquellos "usualia" y las disposiciones sucesivas no procedentes de usos de la corte, y a las que por distinguirlas ha denominado con otra variante de la expresión "usos", como es la de "usatici" o "usaticos"¹¹⁸.

¿Cómo se ha producido la desvinculación de lo visigodo? Generalmente, hablamos de su desplazamiento por el derecho común¹¹⁹, pero, independientemente de que esto sólo puede ser válido para Cataluña, se olvida un escalón intermedio. La desvinculación se produce por un fenómeno nacionalista, cuya manifes-

117. "Usatges de Barcelona", 4: "Hec sunt usualia de curialibus usibus".

118. "Usatges de Barcelona", 3: "Cum dominus Raymundus Berengarii Vetus comes et marchio Barchinone atque Ispanie subiugator, habuit honorem et vidit et cognovit quod in omnibus causis et negociis ipsius patriae leges Gotice non possent observari, et vidit multas querimonias et placita que ipse leges specialiter non iudicabant laude et consilio proborum suorum hominum, una cum prudentissima coniuge sua Adalmodi, constituit et misit usaticos cum quibus fuissent omnes querimonie et malefacta in eis inserta districte et placitate et iudicate atque ordinate seu emendate vel vindicate. Hec enim fecit comes auctoritate libri iudicis, qui dicit: "Sane adiciendi legis si iusta novitas causa causarum exegerit, principalis clectio licentiam habebit", et "potestatis regie discretionem tractetur, qualiter exortum negocium legibus ingeratur". Sola vero potestas regia erit in omnibus libera qualemcumque iusserit in placitis inserere penam".

119. Yo he descrito el fenómeno dentro del campo económico matrimonial en op. cit. en nota 102.

tación más clara se observa en Cataluña, porque es donde el arraigo visigodo ha sido mayor, con las disposiciones de Jaime I, prohibiendo la alegación de leyes visigodas, romanas y canónicas¹²⁰, las cuáles asfixian el nuevo derecho que va creando el rey. Lo que sucede es que esta reacción nacionalista triunfa en Aragón, poco permeable al derecho común, posiblemente, por su continentalismo y por su fuerza propia de creación jurídica, que ha encontrado codificación en el mismo siglo XIII, mientras fracasa en Cataluña, permeable al derecho común por su comunicabilidad mediterránea, y en la que la referida prohibición derriba un derecho visigodo en crisis y beneficia al derecho común en cuanto éste ve desaparecer el único enemigo de importancia. Todo esto, en el aspecto territorial, pues en el local, y dado su proceso de formación, nada hay que impida el que coexistan distintos ordenamientos en forma parcial¹²¹, y sin olvidar que el que la reforma nacionalista no se haya hecho bajo la bandera del visigotismo puede haber obedecido al deseo de no irritar al vecino franco, o al de prevenirse de los peligros del expansionismo castellano, que podría irrogarse la posesión de la sede toledana¹²².

120. Cortes de Barcelona de 1251: "Item statuimus consilio predictorum quod leges Romane vel Gothice, Decreta vel Decretales, in causis secularibus non recipiantur, admitantur, indicetur vel allegentur, nec aliquis legista audeat in foro seculari advocari, nisi in causa propria. Ita quod in dicta causa non allegentur leges vel iure predicta, sed fiant in omni causa seculari allegationes secundum Usaticos Barchinone et secundum approbatas constitutiones illius loci ubi causa agitabitur; et in eorum defectu procedatur secundum sensum naturalem". Vid. GARCÍA-GALLO, op. cit., tomo II, texto 384.

121. Vid. Costumbres de Lérida, ed. Pilar Loscertales de Valdeavellano, Barcelona, 1946, pág. 19: "Consistit ius nostrum in donacionibus et concessionibus sive privilegiis principum et in moribus scriptis et non scriptis, in usaticis et legibus goticis ac romanis". En op. cit. en nota 102 he destacado la importancia del legado visigodo en Cataluña.

122. El exclusivismo castellano en la sucesión del reino visigodo está latente, incluso en los escritores del siglo XVI.

La debilidad del poder real como factor político

En los territorios periféricos el poder real no ha tenido, generalmente, la fuerza que ha poseído en la España nuclear. Es un hecho, cuyas causas no cabe determinar aquí. Secularmente, los aragoneses blasonan de haber tenido leyes antes que reyes, con lo que quieren decir que éstos han tenido que acatar sus privilegios, y son sumamente conocidas las luchas de la Unión, que llegan a imponer determinadas declaraciones a los monarcas. No importa que algún monarca, como Pedro IV, parezca remontarse sobre la nobleza, pues, en todo caso, son situaciones forzadas y muchas veces transitorias. Positiva o negativamente, esta nobleza determina, incluso, parte del desarrollo del derecho valenciano, pues aquélla exige la contraprestación de su participación en la conquista, y los reyes se ven en dificultades para sortear sus exigencias¹²³. En Cataluña, los brazos reunidos en córtés se muestran frente al rey más inquietantes, quizá por menos identificados que sus homónimos castellanos. La entronización de la dinastía de los Trastámaras, conseguida a través de un laborioso proceso de negociaciones con activa participación de parlamentos, concluye por redondear la fuerza de los brazos frente al rey, de tal forma que el primero de ellos, Fernando, "el de Antequera", pronto tiene ocasión de comprobar la diferencia que separa sus nuevos reinos de los que anteriormente hubo de regentar, y sus sucesores no dejarán de mostrar nostalgia por sus lugares de origen¹²⁴. Por circunstancias de las que se hablará más tarde, los Austrias no gobiernan en los territorios de la Corona de Aragón con la comodidad que lo harán en Castilla, y si es los Borbones, sabido es que su autoritarismo necesitará exteriorizarse de forma brusca y mediante el empleo de las armas.

123. Vid. ROGUE CHABÁS, *Génesis del derecho foral valenciano*, obra cuyo mejor elogio es el de que no ha sido superada pese a su antigüedad.

124. Los reinados de Juan II y Fernando el Católico han sido muy bien estudiados por el malogrado Jaime Vicens Vives y su escuela.

La expansión sobre territorios fuertemente normativizados y la posición defensiva frente al decisionismo castellano, como factores históricos

El fenómeno expansionista de los territorios periféricos españoles es anterior al de la España nuclear, por haber terminado con anterioridad lo que estiman su área de reconquista. Mientras Castilla se expande en la edad moderna, que en sí tiende al decisionismo en la mayor parte de los países, la Corona de Aragón lo hace todavía en plena edad media, caracterizada, en general, por un mayor normativismo, aun en la misma Castilla, si se la pone en relación con la edad que la sigue. Mientras la expansión de Castilla se verifica sobre tierras que a los ojos de los europeos son "vírgenes" jurídicamente, la de la Corona de Aragón se verifica sobre territorios cuya antigüedad es, al menos, tan grande como ella misma, los cuales se presentan fuertemente normativizados, es decir, con una plenitud jurídica y con órganos y procedimientos propios para la creación del derecho. Territorios como Sicilia o Cerdeña poseen ordenamientos completos, en los que Cataluña no dejará de influir, pero sólo a título particular en las instituciones¹²⁵, respetando tanto el ordenamiento ya creado, como los procedimientos de modificación y evolución del mismo.

Es cierto que Castilla también tendrá alguna experiencia de este tipo, como será la de los territorios de Flandes, pero quedará palidecida ante la sorprendente e insólita de la de Indias, en la que, sin embargo, los territorios periféricos no tendrán una contribución decisiva, al menos, en el aspecto ideológico.

Esta expansión sobre territorios, no ya normativizados, sino fuertemente normativizados, actuará como un factor histórico, al que hay que añadir el de la posición defensiva frente al decisionismo castellano, que actúa casi también como factor político.

La indicada posición defensiva es un fenómeno de la edad moderna, que es cuando se ha producido la unión política entre las

125. Recuérdese el ya antiguo artículo de LUIGI GENCARDI, *La influencia del derecho español en las instituciones públicas y privadas de Sicilia*, AHDE, IV, Madrid, 1927, págs. 158-224.

coronas de Castilla y Aragón, aun cuando, probablemente, una investigación meticulosa encontraría huellas anteriores, sobre todo a partir de la entronización de los Trastámaras castellanos en Aragón.

El absentismo de los monarcas, que ya es anterior a esa unión, pues es muy fuerte, sobre todo, en Alfonso V, "el Magnánimo", ha debilitado, en cierta manera, aún más, el poder real, en cuanto ha privado a éste de identificarse plenamente con el reino, representado por los brazos de las cortes, y ha hecho desarrollarse en éstos el recelo, y hasta un cierto complejo de desamparo por la citada lejanía del poder real, y su sustitución por lugartenientes generales. Cuando el "absentismo moral" de los monarcas, aún peor que el absentismo físico, no se produce por los asuntos de Italia, se produce por los asuntos de Castilla, hacia la que los Trastámaras no dejan nunca de volver la cabeza, sobre todo un Juan II, y hasta, incluso, un Fernando, "el Católico".

En la edad moderna, el absentismo real se hace permanente cuando los Austrias fijan su residencia real, ora en Valladolid, ora en Madrid, y encomiendan el gobierno de sus territorios a la Corona de Aragón a lugartenientes generales permanentes, elegidos, por regla general, entre personajes de la nobleza o del alto clero¹²⁶. Los citados territorios se hipersensibilizan al creer en estado de permanente peligro los privilegios de que gozan, y, al mismo tiempo, no se identifican con las empresas que por primera vez se pueden denominar "españolas", es decir, las que deben corresponder a todos los habitantes de la Península Ibérica y territorios insulares baleáricos y canarios, que integran ahora un nuevo complejo político. Castilla, cuya vitalidad se muestra extraordinaria, consiguiendo imponer su dominio en la Península y en los territorios europeos, al mismo tiempo que organizar un inmenso y vasto nuevo mundo, no sabe incorporar a sus empresas a la Corona de Aragón, en tanto que ésta, de otra parte, muestra pasividad y falta de genio político, al no incorporarse a esas empresas ni, por otra parte, intentar dirigir las o imprimirlas un nuevo rumbo.

126. Sobre todo esto, vid. LALINDE, *La institución virreinal en Cataluña*, Instituto Español de Estudios Mediterráneos, Barcelona, 1964.

En el campo del derecho, la posición defensiva general de la corona de Aragón lo es frente al decisionismo castellano. Los Austrias, que inauguran su reinado con mentalidad renacentista, encuentran en el "decisionismo" castellano el instrumento adecuado y moderno para su política de grandes espacios, sin que aquél pierda eficacia por el trascendentalismo del iusnaturalismo, el cual, por el contrario, mostrándose pragmático en algunas ocasiones, le presta grandes servicios¹²⁷. Los territorios de la Corona de Aragón oponen, entonces, a ese "decisionismo" un "normativismo historicista", de acento fuertemente medieval.

V

EL NORMATIVISMO HISTORICISTA COMO POSTURA DE LA ESPAÑA PERIFÉRICA

En tanto la postura de la España nuclear puede ser denominada de "decisionismo trascendentalista", la de la España periférica puede serlo de "normativismo historicista". En la primera, el gobernante es el que decide en virtud de un proceso psicológico e individual, aunque entre los límites que le impone el que su decisión ha de ser ajustada a unos principios inmutables, de cuyo conocimiento el propio Dios le hace partícipe, y que es el derecho natural. En la segunda, el gobernante no decide, sino que acepta

127. Todavía no se ha profundizado suficientemente sobre la escuela iusnaturalista católica española, en la que no pocas veces campea un fuerte pragmatismo, bajo el ropaje de su trascendentalismo. Vid. HINOJOSA, op. cit., página 108, quien destaca la "habitual discreción y acierto" con que Vitoria resuelve el problema de la validez de las leyes emanadas de gobiernos de hecho, mediante el razonamiento de que obligan a los súbditos si son convenientes para el Estado. Recuérdese que Vitoria derrumba definitivamente los títulos justificativos de la intervención en países vírgenes que por entonces circulaban, pero sutilmente suministra otros al Emperador y ayuda a que éste destierre escrúpulos de conciencia. También su reelección "De Indis" servirá para la intervención en Filipinas, adonde Legazpi llevará instrucciones inspiradas en aquélla, como destaca JOSÉ CORTS GRAU, *Los juristas clásicos españoles*. Editora Nacional, Madrid, 1958, pág. 85.

unas normas que la propia comunidad que dirige se ha forjado en el transcurso de su historia, y actúa, entonces, con arreglo a ellas. Naturalmente, estas normas han aparecido de manera diversa, como la vida misma, o como la historia, puesto que ésta es la vida de los pueblos. Lo importante es que cada comunidad en un momento determinado considera unas soluciones como las propias de ella porque las ha heredado de sus antepasados, y entiende que en tanto dentro de ella misma no se forjen otras, el gobernante ha de respetarlas y acomodarse a ellas.

Pronunciarse sobre cuál de ambas posturas sea mejor desde un punto de vista absoluto, no le corresponde al historiador, en tanto que hacerlo desde un punto de vista relativo o histórico no le es posible en forma absoluta. Esto quiere decir que, históricamente, ambas posturas ofrecen ventajas e inconvenientes. Ya se comprenderá que las ventajas del "decisionismo" están en la rapidez con que el derecho puede adecuarse a las nuevas situaciones, en tanto la del "normativismo" está en la identificación de la comunidad con la ley. Lógicamente debe pensarse que, como sucede siempre en las cosas humanas, la bondad o la maldad de estos sistemas reside en la utilización o el abuso que se haga, como ocurre también cuando se contraponen razón y sentimiento.

El "normativismo historicista" de la España periférica se manifiesta, fundamentalmente, en los siguientes fenómenos: *a)* la exaltación de la costumbre como base normativa; *b)* el concepto pactista de la ley; *c)* el reconocimiento moderado de la jurisprudencia; *d)* la ausencia de transcendentalismo jurídico; y *e)* las posiciones radicalistas frente al derecho común.

La exaltación de la costumbre como base normativa

La base fundamental del "normativismo" lo constituye la costumbre, entendiendo como tal, no la simple práctica más o menos repetida, que no es sino un "uso", sino el uso al que la antigüedad consagra como norma de la comunidad, y cuya validez jurídica descansa en último término en el reconocimiento de la comunidad, pues la antigüedad o repetición no es sino la exterior-

rización o manifestación externa de ese reconocimiento. Mientras la comunidad o parte de la misma "usa" una solución, no hay costumbre, sino "uso". Solamente cuando este "uso" es repetido de tal forma que demuestra el que la comunidad lo encuentra adecuado como norma para sí, es cuando deviene "costumbre". Naturalmente, lo que puede variar es la forma de esa exteriorización, que en épocas avanzadas suele desembocar finalmente en su recogida por escrito y su reconocimiento por el poder público.

La costumbre es fuente última de todo derecho, o, dicho de otro modo, la última que se extingue. Desaparecido todo principio de orden o de gobierno, cualquier comunidad tiene que refugiarse en la costumbre como creadora del derecho. Sin embargo, en pleno desarrollo de formas políticas puede desaparecer casi por completo, dependiendo su subsistencia de que aquéllas adopten o no rechacen un normativismo historicista.

Como se recordará, también la costumbre tiene importancia básica en los albores de la España nuclear, pues, derrumbado el orden gótico, sólo el derecho consuetudinario es el que ha podido reglamentar las primeras comunidades cristianas. Sin embargo, la costumbre pronto es relegada ante el imperio de la ley, lo que no sucede en la España periférica.

Por lo que se refiere a Aragón, el núcleo de su derecho secular, que es el llamado "Código de Huesca", no es sino una compilación hecha en el siglo XIII por el obispo Vidal de Canellas en la que se recogen costumbres de diverso origen e índole. Sobre todo, y esto es lo más importante, la costumbre, y aun en su sentido más puro, como es la local, será reconocida por encima de la propia ley ¹²⁸.

En cuanto a Cataluña, las recopilaciones recogerán, junto a disposiciones del rey o del rey y las cortes, los "usatges" que, como su propio nombre indica, y aunque promulgados por el rey, no son sino "usos", en su sentido de costumbres, y aun impor-

128. Vid. p. e. J. LORENTE SANZ y L. MARTÍN BALLESTEROS COSTEA, *La norma en el ordenamiento jurídico aragonés*, Anuario de Derecho aragonés, 1944, págs. 104-111.

tantes colecciones de costumbres, como las de Pere Albert ¹²⁹. Uno de aquellos "usatges", el "Unaquaque gens", sitúa a la costumbre junto a la ley, establece su vigencia y la define limpiamente. Según el citado "usatge", cada pueblo elige su propia ley mediante su costumbre, puesto que la costumbre antigua es tenida por ley, y todo el derecho se manifiesta o en leyes, es decir, en disposiciones de los emperadores o reyes, o en costumbres, es decir, en los usos que devienen costumbre por su antigüedad ¹³⁰. La doctrina antigua se muestra favorable al elevado rango de la costumbre ¹³¹, y es corriente en los escritores catalanes actuales la misma veneración por esa fuente del derecho ¹³².

En Navarra, la base del derecho es fuertemente consuetudinaria, y sólo cuando entra en la órbita de Castilla parece abandonar ese carácter. Sin embargo, aun en el siglo XIX, cuando, quizá, el más insigne tratadista del derecho navarro, José Alonso, habla

129. Vid. GUILLERMO MARÍA DE BROCÁ, *Historia del Derecho de Cataluña*, Barcelona, 1918, vol. 1., pág. 275.

130. "Cascuna gent assi mateix elegeix propria Ley per sa costuma, car longa costuma per Ley es hauda. Ley es special dret. Us es longa costuma solament, treta de Usos. Costuma es un dret, instituit de Usos, la qual per Ley es rebuda, car ço que Rey, ne Emperador mana, Constitutio, o edicte es apellat, é tot dret esta en Ley, e en costumus. Us es aprovada costuma per antiquitat, e es apellat costuma, car es commu us. Institutio de equitat es doble, ara en Leys, ara en costumus". *Constitutions...*, I, 15, 1.

131. Vid. ENRIQUE JARDI, *El elemento consuetudinario en la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, febrero 1964 (separata), págs. 8 y 9. Para Fontanella, la costumbre opera similarmente al privilegio, aunque con rango más elevado, que la hace equiparable a la ley. Para Mieres las normas consuetudinarias, siendo generales e introducidas con tolerancia del poder público, son superiores a las constituciones. Para Ripoll, ninguna fuente del derecho puede derogar la costumbre.

132. Vid., por ejemplo, JAIME COTS Y GORCHS, *La vocación jurídica de Cataluña*. Ensayo sobre el sentimiento de justicia en el pueblo catalán. Ed. Bosch, Barcelona, 1955, págs. 21 y 22, para el que, con base en Fontanella, dice que "en todo tiempo" el derecho catalán "ha sido de profunda raigambre popular"; es decir, que "nacía de los hechos o actos jurídicos manifestados por el pueblo". Dice asimismo Cots: "Bajo este aspecto es doctrina admitida y observada que siendo la costumbre anterior a la Ley, tiene indiscutiblemente supremacía sobre la misma".

de las fuentes del derecho, las divide en leyes escritas y no escritas, considerando como éstas al uso y a la costumbre¹³³. Hoy mismo, como derecho foral navarro es muy difícil que se considere al elaborado en las cortes de la edad moderna, quedando reducido, en lo esencial, al Fuero General de Navarra, de base plenamente consuetudinaria.

Finalmente, la ideología normativista parece pervivir en Valencia e Islas Baleares, aun cuando unas y otras nazcan a la vida jurídica en un momento en el que el desarrollo del poder real puede inducir al decisionismo.

El concepto pactista de la ley

La historiografía actual ha puesto de relieve la importancia del pactismo como fórmula política, especialmente en Cataluña¹³⁴. Este pactismo no puede por menos que reflejarse en el campo legislativo. Partiéndose de la base de que el pacto en sí es considerado superior a la ley¹³⁵, la ley misma es configurada como un pacto entre la comunidad y el que la rige.

El pactismo principia por manifestarse en la creación de la

133. JOSÉ ALONSO, op. cit., pág. 37: "Las leyes se dividen en escritas o no escritas. Las primeras son las que se decretan por el poder absoluto, o por el legislativo... La ley no escrita la forman el uso y costumbre...".

134. VICENS VIVES, en *Consideraciones sobre la historia de Cataluña en el siglo XV*, Separata de Cuadernos de Historia Jerónimo Zurita, Zaragoza, 1951, págs. 16 y 17, lo calificó de "fórmula constitucional". Vid. JESÚS LALINDE, op. cit., cap. II, especialmente en pág. 56, donde se da noticia de un discurso de la Diputación y Consejo de Ciento al recibir la noticia de la designación del Duque de Alcalá como virrey, sin previo juramento del Rey, y en el que se afirma que el Principado aparece gobernado por un conde que lo rige por constituciones aprobadas por tres brazos, "les quals son leys convencionales y pactades entre lo dit comte y la terra", y se alega "contrato particular de vendición" por el que el rey se comprometió a no pedir algo sin jurar previamente la observancia de las normas del Principado. Vid. también ELÍAS DE TEJADA, *Las doctrinas políticas en la España medieval*, Barcelona, 1950.

135. Así, el refrán "Pactes rompen lleis". Vid. LUIS GALIANA, *Recopilación de refranes valencianos*, publicado por Vicente Castañeda y Alcover, Madrid, 1920, pág. 41.

ley cuando se tiende a reconocer la necesidad de la presencia de representantes de la comunidad al lado del que rige ésta, como hace Pedro III, en cortes de Barcelona de 1283¹³⁶. La ley viene entonces a ser el resultado de una propuesta que hace el titular del poder y que no rechaza la comunidad, o una petición que realiza ésta, obteniendo el agrado de aquél¹³⁷.

Estas leyes así nacidas adquieren el valor de pactos, es decir, no pueden ser derogadas unilateralmente, sino que requieren el consenso de las dos partes que intervinieron en la creación. Como tales pactos llega a suponerse que precedieron a los propios gobernantes, que es lo que sucede en Aragón cuando se desarrolla como mito la precedencia de leyes a reyes¹³⁸. Tan incommovible se configura que como uno de los requisitos más importantes para la entronización figura el del previo juramento de respetar la observancia y confirmación de ese derecho así existente, como se impone, por ejemplo, en el Privilegio general de Aragón concedido por Pedro III en Zaragoza en 1283¹³⁹, o se exige en el Fuero general de Navarra¹⁴⁰. La misma interpretación de esas leyes es frecuente

136. Pere segon en la Cort de Barcelona, Any M.CC.Lxxxxij. cap. Xij. Volem, statuim, e ordenam, que si nos, o los successors nostres Constitutio alguna general, o statut fer volrem en Cathalunya, aquella, o aquell façam de approbatio, e consentiment dels Prelats, dels Barons, dels Cavallers, e dels Ciutadans de Cathalunya, o ells appellats, de la major, e de la pus sana part de aquells". Constitutions..., I, 15, 1.

137. Es característica la distinción entre "constituciones" y "capítulos de corte" en el derecho catalán.

138. Vid. MELCHOR DE MACANAZ, *Regalías de los Señores Reyes de Aragón*, Madrid, Imprenta de la Rev. de Legislación (sin fecha), pág. 37: "Quieren fundar los aragoneses en sus fueros, observancias é historias, que primero hubo leyes que Reyes en Aragon, y que cuando los eligieron fué con la calidad de guardar sus fueros...".

139. "Primerament, que el señor Rey, observe, é confirme Fueros, usos, costumbres, Privilegios, cartas de donaciones, camios del Regno de Aragon, de Ribagorça, de Valencia, é de Teruel". Privilegio gral. de Aragón. Pedro I, Zaragoza, 1283. Lib. I. de los Fueros.

140. "... primero que les juras, antes que lo alzasen sobre la Cruz, et los santos et los santos evangelios, que los tovies á derecho, et les mejoras siempre lures fueros, et no les apeyoras". Fuero Gral. de Navarra, I, 1. Vid. la coronación y juramento de los reyes de Navarra en el año 1494, en ALONSO, op. cit., págs. 5 y ss.

que se atribuya a representaciones de los propios brazos, como hace para Cataluña Jaime II, en cortes de Barcelona de 1299, y de Gerona en 1321¹⁴¹.

Estas leyes-pactos no pueden ser conculcadas por provisiones de gobierno, por lo que éstas suelen ser declaradas nulas en tales casos, como hace la constitución "Poc valria", dada por Fernando "el Católico" para Cataluña, en cortes de Barcelona de 1481¹⁴², sin que en estos territorios aparezca al "obedézcase, pero no se cumpla", salvo en los que, como Navarra, ha conseguido introducirse en parte, el criterio castellano. Si a pesar de todo se ejecutan, dan lugar a un perjuicio o "agravio", que es reparado, hasta el punto de que, en ocasiones, el agravio puede dar lugar no sólo a la reparación particular, sino a la general de la comunidad mediante una ley nueva dada especialmente con motivo de aquel caso, como sucede en Aragón¹⁴³. También es frecuente que las decisiones gu-

141. Jaime II, en Barcelona, 1299, establece que la interpretación correrá a su cargo o al de sus sucesores, oídas las partes, y con cuatro ricos hombres de Cataluña, cuatro caballeros, cuatro ciudadanos, y sabios en Derecho (Constitutions... I, 15, 2). Lo rectifica en Gerona, 1321, estableciendo una composición en esa comisión, de cuatro preladados, cuatro ricos hombres, cuatro caballeros y sabios en derecho. Se previene la ausencia de los preladados por tratarse de hechos criminales.

142. La constitución empieza diciendo que "poc valria" el hacer "Leys e Constitutions", si no fueran observadas por él y sus oficiales, para declarar que "qualsevol letras, provisions, manaments, commissio, o commissions ab carta, o sens carta contra los dits Usatges, Constitutions, Capitols, e Actes de Cort, e encara contra Privilegis, e Libertats... esser ipso facto nulles, encara que iossen de propri motiu, e de certa scientia... los Officials, e Intges... no obeescan... encara que emanen primera, segona, e terça iussio...". Si a pesar de ello, se pretendiera su validez, podían ser revocadas "per contrari imperio", sin suplicación, apelación o reclamación. Habiendo duda, el Canciller, Vicecanciller, Regente de la Cancillería o el Doctor más antiguo, hacía relación en la Audiencia, exigiéndose la asistencia a la vista de diez juristas, al menos, sin salario.

143. Vid. GERÓNIMO DE BLANCAS. *Modo de proceder en cortes de Aragón*. Publicado por Juan Francisco Andrés de Ustarroz. Zaragoza, 1641, páginas 61-63. Los agravios pueden resolverse por el Justicia, y si se llevan a las cortes, también lo hace él, pero con distintos consejeros, pues como Justicia actúa con sus Lugartenientes, mientras en cortes, con los brazos. "El otro beneficio, que de dar estos Greuges en Cortes se puede conseguir,

bernativas para que alcancen ejecutoriedad tengan que ser revisadas previamente por algún órgano representante de la comunidad, acto que recibe el nombre, por ejemplo, de "sobrecarta" en Navarra¹⁴⁴.

Todos o casi todos estos elementos aparecen también en la España nuclear. En la Edad Media son muy conocidos los "cuadernos de peticiones" de las cortes al rey, quien, por otra parte, ha reconocido la conveniencia de la presencia de los estamentos en la creación de las leyes; los reyes prestan juramentos de observancia de privilegios; se reparan agravios en cortes, etc., pero no se presentan con la misma fortaleza y en conjunto, como lo hacen en los territorios periféricos, y, además, lo hacen exclusivamente en la Edad Media, período universalmente normativista. Sin embargo, aun dentro de éste, y como se explicó, el decisionismo se va imponiendo, hasta conseguirlo plenamente en los períodos sucesivos. En la España periférica, por el contrario, el normativismo medieval no sólo desaparece en la Edad Moderna, sino que, por el contrario, se solidifica, y hasta pudiera decirse que se anquilosa.

es, que el reparo puede hazerse mas en beneficio universal, pues se puede hazer ley, o fuero, si ya no lo huviere, que particularmente prouea aquel caso...".

144. Vid. JOSÉ ALONSO, op. cit., pág. 38. Las cédulas y resoluciones reales no podían ejecutarse sin que el Consejo, a petición fiscal y con audiencia de la Diputación, en caso de no estar abiertas las cortes, entre quienes se seguía juicio contradictorio con grado de revista, mandase por su sentencia despachar la sobrecarta. La Diputación se oponía siempre no sólo a las cédulas contrarias a los fueros, sino a las otras si tenían carácter de ley, fundándose en que las leyes debían decretarse por el rey a petición de los brazos.

Vid., por ejemplo, *Cuadernos de las leyes y agravios reparados por los tres estados del reino de Navarra*, nueva ed., tomo II, Pamplona. Imprenta Provincial, 1896, pág. 1. Se solicita declarar "nula y de ningún efecto" una sobrecarta del consejo, por no haber previa comunicación de los tres estados, y el Rey, aunque declara no contener perjuicio a fueros y leyes, concede que "la Real Cédula obtenida por el Reverendo Obispo de Tudela, queremos que no les pare (a los fueros), ni se trayga en consecuencia para lo sucesivo el haberla sobrecarteado el Consejo, sin comunicarla previamente a los tres estados". La resolución, que, en realidad, es del Virrey, se adopta en Pamplona, 1794.

Toda la actuación de la administración austríaca se tropieza con el tupido entramado que ofrece este normativismo historicista de la Corona de Aragón. En ocasiones, hay que horadarlo violentamente, como en la persecución de Antonio Pérez por Felipe II, o da lugar, incluso, a la ruptura total, como sucede en la secesión de Cataluña con Felipe IV, pero hoy aparece universalmente reconocido que los Austrias, contrastando con su decisionismo en Castilla, se muestran respetuosos con el normativismo de la Corona de Aragón. No deja de sorprendernos hoy que Felipe IV no aprovechara su victoria sobre Cataluña para adelantarse a lo que haría el siguiente Felipe, de casa totalmente distinta a la suya. Es, sin embargo, una vez más, el reconocimiento de la concepción pactista del poder y de la ley lo que hace a Felipe IV y Carlos II el retornar respecto a Cataluña a la situación anterior a la secesión como si nada hubiera pasado, o como si la guerra hubiera terminado "en tablas", y lo que aun, incluso, a Felipe V le hace al principio de su reinado el continuar por la senda de sus antecesores los Austrias, hasta que el levantamiento de los territorios de la Corona de Aragón le obligue o le dé pretexto para adoptar una postura radical, que de otra forma no hubiera adoptado.

El reconocimiento moderado de la jurisprudencia

Es éste uno de los aspectos en los que se debe huir de los radicalismos, y por ello, se emplea en el epígrafe el calificado de "moderado" para aludir al reconocimiento de la jurisprudencia en la España periférica. Pensar que por oposición a la España nuclear, el juez ha desempeñado un papel de primerísima fila en la periférica puede resultar también exagerado.

Al producirse el desvinculamiento del orden visigodo, y dada la relativa debilidad del poder real, la figura del juez no queda anulada por la capacidad de absorción del monarca. Por otro lado, tampoco se registra un fracaso de ensayo judicialista en forma tan estrepitosa como la de la España nuclear, si bien ello también es debido a no haberse echado nunca en sus brazos en la forma total y plena que lo hizo una vez Castilla, por reacción política contra

León. Las decisiones judiciales que, indudablemente, han colaborado en el desarrollo del derecho pirenaico, han recaído muchas veces en materia de no excesiva trascendencia, como las que se reflejan en el Fuero de Estella, a cargo del concejo de la villa, en la imposición de multas dentro del comercio del pan, pescado o carne ¹⁴⁵.

Para valorar el papel de la jurisprudencia en la España periférica hay que tener presente que por aquélla puede entenderse tanto la actuación del juez como la actuación del jurista, pensándose generalmente en la primera, aunque en el derecho tomado como modelo, que es el romano, la verdadera sea la segunda. Asimismo hay que tener presente que el papel de esa jurisprudencia puede ser creador o de primera fila, cuando se le considera fuente del derecho, pero que puede acercarse a ese papel cuando disfrutando su interpretación de gran prestigio se la utiliza casi tanto como la fuente interpretada.

El primer tipo de jurisprudencia, es decir, la que descansa en la actividad del juez, aparece con valor creador en el derecho aragonés, aunque un poco paradójicamente. La redacción del Código de Huesca tiene lugar, precisamente, como reacción frente al derecho judicialista. Los llamados "foristas" o profesionales del derecho consuetudinario esconden los fueros y juzgan "de corazón", en lugar de hacerlo "de libro", es decir, juzgan en forma semejante a como lo hacen en la España nuclear los representantes del "fuero de albedrío" ¹⁴⁶. Ahora bien, pese a esta reacción, y una vez que

145. Vid. "El Fuero de Estella, según el ms. 944 de la Biblioteca de Palacio de Madrid". Publicado por Gustaf Holmér. Karlshamn, 1963, capítulo 64: "De quoz.—Et es for que toz coz que fara lo conseill de la vila per iusticia del pan o de peis o de carn o de qual que cosa que tot lo conseill metra entredit, que prengan calonia tal com l'avian metuda el oltra en fagan iusticia per destreindre, tal com al conseill de la vila plazra".

146. Vid. GUNNAR TILANDER, *Los Fueros de Aragón según el ms. 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid*, Lund, 1937, pág. 3 del Prólogo: "Como de los Fueros de Aragón nenguna scriptura cierta o autenticada fuesse trobada, en tanto que los foristas, cobdiciosos apparecer sauios en los uellos de las gentes, escondiendo enuidiosa mientras algunos libros de los fueros, iutgando de corazón, menos de libro, los fueros, los iudicios diessen, por la qual cosa se contendian los iuges en los pleitos por estremarse de la carrera de

se salva el derecho consuetudinario escrito, base, como se sabe, del normativismo historicista, se recurre a la actividad del juez, de forma que cuando los fueros no bastan se encarga que los "hombres buenos" juzguen "por naturales sesos"¹⁴⁷, lo que significa encargar al juez, incluso no profesional, que actúe con arreglo a su conciencia.

Otros datos que suelen utilizarse como signos de judicialismo en Aragón hay que aceptarlos con reserva. En primer lugar, se encuentra la figura del Justicia, juez intermedio entre el rey y la nobleza, y defensor en último término del derecho popular frente al derecho real, el cual, pese a su importancia, no es un elemento creador del derecho, sino, en todo caso, salvaguarda del mismo. En segundo lugar, se encuentran las llamadas "Observancias", que principian por ser textos más declarativos que creadores, pues a lo que aspiran es a determinar los fueros y costumbres observadas, y que, además, se anquilosan. Más que "observancias" en sentido estricto, lo que pasa a ser una fuente del derecho aragonés es una "colección" determinada de observancias, la de Martín Díez de Aux, como libro de texto, cuya vida concluye ahí, y sin que, por consiguiente, sea una "fuente", es decir, un manantial del que fluya derecho en forma constante. En cuanto a la interpretación, o se niega la de los fueros, al menos, en su forma extensiva¹⁴⁸, o se

dreito por amor o por precio, el piadoso Rey don Jayme... fizo et estableió aquest libro, por el qual libro des de uuey de más todas las iusticias judguen, assi como fuero manda...".

147. "... e si por uentura en alguna cosa el fuero non abastasse, que fuesse judgado leal mientre por naturales sesos de buenos omnes e leales".

Vid. también GUNNAR TAILANDER, *Vidal Mayor*. Traducción aragonesa de la obra *In excelsis Dei Thesauris* de VIDAL DE CANELLAS. Tomo II. Lund, 1956, pág. 8: "... mas empero aillí do los deuantditos fueros no abastaran, al natural seso et memoria sea recorrido". Este es el primer prólogo, en tanto el segundo, muy similar al del Código, dice: "Et si por auentura en algún caso no abastasse, lo que non cuidó que fuesse iudgado lealment por naturales sesos de buenos omnes et leyaes, catando et açorrienió a los dreitos et a las leyes".

148. Observancias, lib. I, "De equo vulnerato": "De consuetudine Regni. Fori non recipiunt interpretationem extensivam: de Foro estamus cartae". Por ello, herido un caballo en "praelio" no es de enmendar cuando el fuero

reconoce la de tipo doctrinal, como sucede en la promulgación del Código de Huesca, cuya facultad de glosa e interpretación se encomienda al propio autor de la compilación, el obispo Vidal de Canellas¹⁴⁹.

En Cataluña, el tipo de jurisprudencia que aparece es la doctrinal. Los autores catalanes suelen encontrar en el *usatge* "Iudicia curiae" el reconocimiento inicial de la importancia que más adelante tendrán las decisiones de los tribunales¹⁵⁰, pero esto hay que considerarlo con mucha prevención, pues este "usatge" es uno de los últimos restos del legado visigodo en Cataluña, como se sabe, poco adicto a la jurisprudencia, hasta el punto de que lo que allí se previene es que donde no basten los "usatges" se retorne a las leyes godas y al arbitrio de los príncipes, o sea al juicio suyo y de su curia¹⁵¹, que no es sino la fórmula del "Liber Iudiciorum" repetidamente citada al tratar de la España nuclear.

En realidad, las decisiones de los tribunales catalanes, y más concretamente, de su Audiencia, no han tenido fuerza de ley. Lo que ha tenido fuerza de ley, al menos en el ordenamiento de prelación de fuentes de 1599 con Felipe III, es el tipo de jurisprudencia más puro, que es el de la "doctrina de los doctores"¹⁵², es decir, los escritos de los juristas, entre los que, por cierto, no se encuentran solamente los catalanes, sino, dada la universalidad del

o estatuto de la ciudad lo que prevé es enmendar el caballo muerto en la guerra.

149. MIGUEL DEL MOLINO, cit. por TAILANDER, op. cit., pág. 7: "Et iste liber (el "In excelsis Dei Thesauris") est liber Vitalis episcopi oscensis glosatoris fororum antiquorum usque ad novum librum inclusive et habuit potestatem a domino rege Jacobo et curia generali aragonum glosandi et interpretandi dictos foros antiquos non mutata substantia eorum...".

150. Vid. COTS y GORCHS, op. cit., pág. 23.

151. "... et ubi non sufficerent usatici, revertatur ad leges goticas et ad principes arbitrum, ejusdem iudicium atque curie".

152. "... y en los casos que dits Usatges, Constitutions y altres Drets faltaran, hajan de decidir les dites causes segons la dispositió del Dret canònic: y aquell faltant, del civil y doctrines de doctors. Y que no les pogan decidir ni declarar per equitat, sino que sia regulada y conforme a les regles del Dret comú y que aportan los doctors sobre materia de equitat". (Constitutions..., vol. 1., I, 30, 1.

derecho común, los de muchas otras nacionalidades, y ,entre ellas, los castellanos ¹⁵³.

Hechas estas reservas, no hay inconveniente en admitir que la jurisprudencia consistente en la actividad del juez ha desempeñado un papel importante en la España periférica, aun cuando no haya sido creadora de derecho. Las decisiones de las Audiencias han sido publicadas con todos sus considerandos, es decir, con todos los razonamientos jurídicos que las han fundamentado, pero, además, los juristas más importantes de la Edad Moderna han comentado estas decisiones, con la que su papel ha sido revalorizado. Muchas veces los comentarios de estas decisiones han sido de los propios magistrados que han dictado aquéllas u otras. Se ha formado así un cuerpo de doctrina que ha sido tenido en cuenta en el mundo del derecho, junto a las citas de los distintos representantes del derecho común.

En consecuencia, pues, sería disparatado pensar que el derecho de la España periférica se ha aproximado al derecho anglosajón, por ejemplo. La diferencia que le separa es enorme y no puede incluirse al primero entre los de base judicialista. Lo que ha pesado, fundamentalmente, han sido las constituciones, fueros, pragmáticas, costumbres, observancias, etc., todos ellos recogidos en libros con arreglo a un sistema de base elucubrativa. La jurisprudencia ha sido recogida moderadamente, unas veces en su forma de actividad judicial y otras en la de actuación doctrinal, por lo que se refiere a la creación del derecho, y siempre ha sido muy estimada para constituir cuerpo de doctrina con la que poder interpretar el complejo normativo. La diferencia con la España nuclear es patente, en cuanto en ésta el juez ha podido tener un gran poder político y social, y hasta en materia de gobierno o de administración, pero ha carecido de valor en cuanto creador o intérprete del derecho.

La ausencia de trascendentalismo jurídico

Una afirmación tan tajante y tan delicada como la que se hace en este epígrafe debe ser aceptada también con muchas reservas.

153. He destacado este fenómeno en *En torno al artículo 1.º de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña*, Revista Jurídica de Cataluña, marzo-abril 1961.

Se trata más bien de una consideración relativa que absoluta, y por comparación con la España nuclear.

Es cierto que en la España periférica la norma no se tiene a sí misma como objeto, y que, en definitiva, las mismas corrientes de pensamiento religioso que pueden encontrarse en la España nuclear se encuentran también en aquélla. La realidad es, sin embargo, que en el campo del derecho ese trascendentalismo casi no aparece.

De una parte, la desvinculación del orden visigodo impide la influencia moralizante del "*Liber Iudiciorum*". De otra, estos territorios no parecen mostrar una especial aptitud para la elucubración, quizá por propios motivos geofísicos, en cuanto en la España nuclear el apogeo de la escuela iusnaturalista católica coincide con el de la mística, hasta el punto de que una misma persona puede destacar en ambos campos, como es el caso de Fray Luis de León. No quiere decirse que no existan personalidades, pero, en todo caso, no existe una escuela o corriente de pensamiento destacada. En último término, esto es congruente con un normativismo como el historicista, que es eminentemente vitalista, y por ende, poco propicio a corrientes racionalistas.

Se cumple, pues, en estos territorios lo que después va a ser elevado como postulados de la escuela histórica del derecho por Savigny. El derecho no puede ser elaborado en un gabinete de trabajo, sino que surge espontáneamente en el transcurso de la propia vida de los pueblos, de forma que los dirigentes de éstos lo único que tienen que hacer es encauzarlos. La justificación de la ley en el decisionismo trascendentalista se encuentra en su adecuación al derecho natural, que es un derecho racionalista, procedente del entendimiento. En el normativismo la justificación se encuentra en la adecuación a la voluntad de la comunidad, manifestada espontáneamente a través de la costumbre. ¿Ausencia total de trascendentalismo? No, porque en el supuesto de que la costumbre sea abiertamente contraria al derecho natural y a la razón, seguramente que se admitirá su repudio, y es más, en los territorios de la Corona de Aragón, subsidiariamente, es decir, en defecto de otras fuentes, se suele recurrir a elementos trascendentalistas, como son el "por naturales sesos", el "seny natural", etc. Ahora bien, aquí el trascendentalismo actúa o en casos extremos o subsidiaria-

mente. En la España nuclear, por el contrario, ese trascendentalismo está siempre presente, parte por vocación y parte por necesidad, pues, como ya se dijo, es el elemento moderador del “decisionismo” que, en otro caso, desembocaría en un positivismo legalista.

Las posiciones radicalistas frente al derecho común

La “recepción” del derecho común estructurado en Italia es siempre un problema del máximo interés para el historiador, que se tropieza con él siempre que se asoma a cualquier campo, sin que le sea posible abordarlo de frente.

En la España periférica las posturas frente al derecho común son radicalistas: o se le rechaza airadamente o se le acepta plenamente. El primer fenómeno se da en Aragón, donde, además, alardean de él, declarando constantemente que allí no existe la patria potestad, etc. Es indudable que en este reino, cuya superioridad sobre los demás de la Península en el campo jurídico ha sido proclamada algunas veces¹⁵⁴, lo conocen profundamente, pero les desagrada. Airadamente es rechazado también el derecho común en Cataluña por parte de Jaime I¹⁵⁵, pero, sin embargo, concluye por introducirse plenamente y es aceptado sin otras reservas que las políticas¹⁵⁶.

Esta diversidad de fenómenos todavía no ha sido explicada, y, sin embargo, es de los que se ofrecen más enigmáticos y más interesantes para explicar nuestro pasado. La desvinculación de lo visigodo ha facilitado la introducción del derecho común en Cataluña, mientras la nostalgia por el orden gótico lo habrá dificultado en Castilla, pero ¿por qué la misma desvinculación no lo ha facilitado en Aragón? El decisionismo castellano ha actuado congruentemente

154. Cfr. CASTÁN, op. cit. en nota 73, págs. 7-8.

155. Cortes de Barcelona de 1251: “Item statuimus consilio predictorum quod leges Romane vel Gothice, Decreta vel Decretales, in causis secularibus non recipiantur, admitantur, indicetur vel allegentur, nec aliquis legista audeat in foro seculari advocari, nisi in causa propria...” (Constitutiones, vol. 3.º, I, 8, 3.

156. Vid. Pragmática de Pedro IV en 1380. *Constitutiones...*, vol. 2.º, I, 10, 1.

al "nacionalizar" el derecho común a través de las Partidas, mientras que Cataluña lo que ha hecho ha sido aceptar en bloque el derecho romano como si fuera costumbre propia, pero, ¿por qué no ha hecho esto mismo Aragón?

Parece que, en todo caso, el nacionalismo aragonés ha sido mucho más fuerte que el catalán, y que su genio jurídico, quizá orgullosamente, ha rehusado ser tributario de tendencias del exterior. Lo único que aquí cabe concluir es que, mientras el "decisionismo" ha podido "nacionalizar" el derecho romano, es decir, dictar en virtud de su decisión una nueva norma que recogiera el espíritu de las nuevas escuelas, el "normativismo" no ha podido hacer sino rechazar o aceptar en bloque el sistema, ambos en base a una misma justificación, aunque utilizada en distinto sentido, y es la ya citada de considerar la costumbre como base del ordenamiento. Los aragoneses han rechazado el derecho romano, porque éste no podía ser considerado como costumbre aragonesa; los catalanes, en los que la base erudita se ha impuesto a la popular, lo han aceptado mediante la ficción de ser costumbre catalana, y no deja de ser curioso cómo su actuación en el campo del derecho ha podido coincidir, como lo ha hecho, con las doctrinas del ya citado Savigny. Para éste, el derecho es algo que surge espontáneamente del pueblo, pero, paradójicamente, no ayuda al resurgir de un derecho alemán popular, como tal, de base germánica, sino todo lo contrario, un derecho romano, que no es alemán, sino que es antitético a lo alemán. Los catalanes, igualmente, oponen al "decisionismo" castellano un "normativismo historicista", justificado en la creación del pueblo, y, precisamente, lo que exhiben como tal creación, independientemente de algunas instituciones propias de indudable valor, es el derecho romano, creado y desarrollado a muchos kilómetros de distancia¹⁵⁷.

157. Vid., por ejemplo COTS y GORCHS, *op. cit.*, pág. 16, que no se preocupa de justificar la "tradición romanística de Cataluña", a la que proclama "base de la vocación jurídica de sus habitantes".

VI

EL REPLIEGUE DEL NORMATIVISMO HISTORICISTA PERIFÉRICO ANTE
EL DECISIONISMO TRASCENDENTALISTA DE LA ESPAÑA NUCLEAR*El reconocimiento "decisionista" de los ordenamientos aragoneses,
catalán y balear y la exclusión del valenciano*

La inclinación de los territorios de la Corona de Aragón hacia el Archiduque Carlos motiva la anulación de su derecho por parte de Felipe V, quien, después, retrocediendo en cuanto a Aragón, Cataluña y Baleares, concluye por reconocer el ordenamiento privado, pero no a título "normativista", esto es, por admisión del entramado jurídico urdido por la sociedad de esos territorios, sino a título "decisionista", esto es, en virtud de su voluntad personal, por lo que subraya que ese entramado es como si fuera promulgado de nuevo ¹⁵⁸.

Constituyen los generalmente conocidos como Decretos de Nueva Planta de Felipe V un triunfo del "decisionismo" de la España nuclear frente al "normativismo historicista" de la España periférica, que pudo haber sucedido cincuenta años antes, a la expiración de la guerra de Secesión, de no ser porque la dinastía austríaca no estaba psicológicamente preparada para ese paso.

Para el "decisionismo" tal triunfo ha representado mucho, pues quedó derribada una barrera que había sabido mantenerse muy firmemente a lo largo, al menos, de dos siglos. El "normativismo" principia entonces a replegarse, congruentemente con su postura psicológica durante aquellos dos siglos, y aún anteriormente, que,

158. D. de 16 de enero de 1716, para Cataluña, art. 42: "En todo lo demás que no está prevenido en los capítulos antecedentes de este Decreto, mando se observen las Constituciones que antes había en Cataluña; entendiéndose, que son de nuevo establecidas por este Decreto, y que tienen la misma fuerza y vigor que lo individual mandado en él". Nov. Rec. V, 9, 1.

Vid. también D. de 29 de junio de 1707, Nov. Rec. III, 3, 1 y 2: "... así por esto como por mi deseo de reducir todos mis Reynos de España a la uniformidad de unas mismas leyes, usos, etc... porque mi Real intencion es, que todo el continente de España se gobierne por unas mismas leyes...".

como se sabe, fue de naturaleza defensiva, frente a la postura agresiva del "decisionismo".

Ahora bien, no debe pensarse tampoco que este triunfo haya sido tan completo que haya representado el hundimiento total del "normativismo". Se principia porque Felipe V, aun en forma "decisionista", reconoció la mayoría de los ordenamientos, en principio anulados, pero, incluso, aunque no hubiera sido así, una manera de pensar y de hacer que se extiende a lo largo de nueve o diez siglos no puede hacerse desaparecer en virtud de un plumazo. El "normativismo" de los territorios periféricos permanece en estado latente, primero, y se recupera parcialmente después. La escuela histórica del Derecho, como influyente corriente del pensamiento europeo le insufla nuevas fuerzas, y reaparece, ya muy repuesto, en el momento de la codificación.

La participación navarra y vizcaína en el decisionismo de la España nuclear

Navarra y Vizcaya ocupan en la Edad Moderna y Contemporánea una posición "sui generis". Incorporadas a la órbita política castellana se acercan en una serie importante de rasgos al sistema "decisionista"¹⁵⁹. Sin embargo, el fondo de su pensamiento se aproxima al "normativismo historicista" de los territorios de la Corona de Aragón.

Muy afortunadas en la conclusión de las luchas civiles en las que han tomado parte, sobre todo Navarra, en lo que se diferencian grandemente, por ejemplo, de Cataluña, Navarra y Vizcaya aparecen en el momento presente alineadas con las fuerzas que corresponden a su pensamiento multiseccular, esto es, las de la España periférica.

159. Vid. notas 30, 31, 40, 41, 57 y 58.

El sistema de "apéndices forales" como repliegue del "normativismo" de la España periférica

La codificación, cuando es tal codificación y no recopilación, representa el apogeo del "decisionismo". Se renuncia casi por completo al legado del pasado, y es el legislador, sea éste quien sea, el que traza en virtud de una geometría de conceptos la regulación de la vida jurídica de un pueblo.

La codificación española no encuentra resistencia que vencer en la España nuclear, salvo en el aspecto técnico, como consecuencia de su habituación "decisionista". Sin embargo, no puede satisfacer a la España periférica, enraizada en el "normativismo", del que no le ha desvinculado el siglo y medio o par de siglos, por lo demás, no demasiado intolerantes, y al que ha insuflado algún aliento la escuela histórica del Derecho.

A pesar de todo, el "normativismo" se encuentra sin fuerza suficiente para oponerse a la codificación, sin que en España se pueda reproducir el triunfo de Savigny sobre Thibaut, pues los tiempos son distintos y, como se ha dicho, la postura del "normativismo" sigue siendo defensiva, frente a la agresiva del "decisionismo".

Los mismos hombres representantes del "normativismo" se muestran con cierta timidez. Durán y Bas, por ejemplo, que, seguramente, es el más representativo de todos ellos, rechaza la idea kantiana de la razón como creadora del derecho, estimando que lo que hace es solamente descubrirla, lo que es una postura perfectamente congruente con su escuela, pero la conclusión de que "el derecho existe por creación de Dios"¹⁶⁰, muy acorde con el pensamiento de un católico, es, quizá, una evasión del problema, o una dimisión del papel que le corresponde tocar, sobre todo cuando restringe la importancia de la costumbre como creadora del derecho, reduciéndola a ser una expresión de él, como lo es la ley¹⁶¹. Estos prohombres del "derecho espontáneo" se inclinan

160. MANUEL DURÁN Y BAS, *La codificación y sus problemas*, Barcelona, 1889, pág. 20.

161. Op. cit., pág. 19: "Los que afirman que el derecho trae su origen

ante el triunfo de la ley, que en su momento es impresionante. El propio Durán y Bas no puede por menos que reconocer la supremacía de la legislación sobre la costumbre, dado el fenómeno del crecimiento de los Estados, cuyas necesidades y el vértigo de su vida no permite actuar eficazmente a la costumbre, lenta por naturaleza¹⁶², y lo mismo hace el foralista navarro Antonio Morales¹⁶³.

Ahora bien, si se reconoce el imperio de la ley y se reconoce la falta de eficacia en la costumbre como creadora del derecho en el mundo moderno, ¿qué queda del “normativismo”? Este repliegue se traduce en el régimen de “apéndices forales”. Las regiones que se estiman poseedoras de un derecho histórico recogen brevemente las instituciones de carácter consuetudinario más arraigadas como “apéndice” del Código civil. Este es el derecho general o nuevo “derecho común”, cuya aplicación sólo cede en beneficio del “derecho foral” en el núcleo reducido de instituciones que aparece recogido en el “apéndice”.

El sistema de “compilaciones” como posible conversión del “normativismo historicista” en un “decisionismo periférico”

Frente a lo que se cree comúnmente, al historiador le es perfectamente lícito hablar del momento presente, y no ya como hom-

de la costumbre caen en error... la costumbre es la expresión del derecho, como expresión del derecho es la ley... es demasiado trascendental su fin... para que una serie de actos con más o menos frecuencia, con más o menos constancia, con más o menos uniformidad repetidos pueda ser el origen de las reglas de la vida social”.

162. MANUEL DURÁN Y BAS, *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1883, págs. X y XI: “Pero no puede desconocerse que cuando crecen en extensión los Estados, y por tal motivo se diversifican notablemente sus intereses, se multiplican sus necesidades, y la actividad social, por lo continua y rápida en el cambio de sus direcciones, se hace vertiginosa, es punto menos que imposible la formación de la regla jurídica por la costumbre, y dar por ella a las necesidades sociales la satisfacción que más diligentemente puede proporcionarle la ley. En tal situación de los pueblos, la supremacía de la legislación sobre la costumbre es lógica...”.

163. ANTONIO MORALES Y GÓMEZ, *Memoria que comprende los principios*

bre actual, cuya dimensión no puede desconocerse, sino, incluso, como tal historiador. Sólo a él le es dable, por otra parte, el comprender algunos aspectos de los fenómenos actuales que a otros pueden pasar desapercibidos, puesto que conoce sus antecedentes.

Tras el repliegue casi absoluto del "normativismo historicista" con el sistema de "apéndices forales", parece como si se produjera un importante renacimiento. Las regiones con derecho histórico no se han conformado con los "apéndices", y de ellos han pasado a las "compilaciones", nombre "historicista", en cuanto no responde a su verdadera significación, sino al deseo de no designar "códigos" a los textos articulados en los que ahora, por extenso, se pasa a recoger todo el derecho especial del territorio.

Estas "compilaciones" ya no son meros "apéndices" o agregados al código civil, sino que son otros tantos códigos civiles parciales. La diferencia de estos códigos territoriales con el civil general está en que tienen una base "normativista", pues en sus artículos se ha intentado vaciar el ordenamiento histórico que poseían, y en que son parciales, pues no intentan regular todos los aspectos del derecho civil, sino sólo aquéllos en los que existe una notable especialidad con respecto al código civil. En lo que esos códigos territoriales regulan, el código civil no es superior a ellos. La superioridad de aquél sólo se manifiesta en su condición de "general", es decir, en los aspectos no regulados en los territoriales.

Hasta aquí todo parece indicar un equilibrio de fuerzas conseguido por el "normativismo historicista" de la España periférica frente al "decisionismo transcendentalista" de la España nuclear, pero ese equilibrio hay que observarlo con cautela.

En primer lugar, en esas compilaciones todo el derecho histórico queda reducido al contenido en el articulado, lo que supone mutilarlo, pues el derecho histórico no puede ser vaciado en unos artículos, aunque éstos sean 300 o más. Cualquiera que en los

é instituciones del Derecho civil de Navarra, Pamplona, 1884, págs. 12 y 13: "Se comprende la necesidad de admitir la fuerza de la costumbre al formarse el derecho... mas cuando ya han llegado unas y otras (las sociedades y las leyes) a un desarrollo perfecto, no es posible admitir la fuerza de la costumbre contra la ley".

anaqueles de una librería vea aún de lejos el tomo de las "Constituciones y otros derechos", de Cataluña; los "Fueros y Observancias", de Aragón; la "Novísima Recopilación", de Navarra, etcétera, ya comprenderá que aquello no "cabe" en unos artículos, pues, además, lo "histórico" de ese derecho no está sólo en los conceptos contenidos, sino en los preámbulos, en las fechas de promulgación, en los órganos participantes, en el monarca interviniente, y en una serie de circunstancias que, desde el punto de vista "histórico", no pueden escamotearse.

En segundo lugar, desaparece en ellas la costumbre, como creadora del derecho¹⁶⁴, cuando la costumbre es la base fundamental del "normativismo". Desaparecida la costumbre, ¿qué queda del normativismo? Nada.

En tercer lugar, desaparecen las fuentes subsidiarias de esos territorios, que unas veces podían reflejar el pensar de la comunidad, elemento fundamental del "normativismo", y otras veces, más o menos paradójicamente, habían llegado a integrarse o a "empotrarse" en la conciencia jurídica del pueblo.

En cuarto lugar, este sistema se hace extensivo a algún territorio integrado en la España nuclear, como es el de Galicia. Es cierto que esta región tiene su personalidad acusada, pero su adhesión a las empresas españolas ha sido total. Es cierto que tiene instituciones peculiares, pero como también puedan tenerla otras regiones y comarcas de la España nuclear, pudiendo vivir perfectamente al amparo de las varias cláusulas permisivas que se contienen en el Código civil. Es hasta muy dudoso el que con esta compilación se haga un beneficio a la misma Galicia, pues como acertadamente ha señalado uno de sus notarios, Luis Moure Mariño, es desacertado fijar su derecho en un momento de cambio de la vida rural gallega¹⁶⁵. ¿A qué puede obedecer esta concesión

164. JARDI, op. cit., pág. 3, reconoce que en mérito de la ley aprobada en cortes de 21 de julio de 1960, el derecho consuetudinario catalán "queda prácticamente suprimido". En pág. 23, asimismo reconoce que la compilación ha suprimido casi en su totalidad las normas consuetudinarias vigentes.

165. Vid. la defensa de CASTÁN, *La Compilación del Derecho civil especial de Galicia*, Rev. Gral. de Legislación y Jurisprudencia (diciembre 1963). Madrid, 1964 (separata), págs. 24 y 25, contra este ataque de Moure Mariño.

de compilación a una región que políticamente no actúa con reservas frente al resto del país, y que, civilmente, ni posee un gran número de instituciones especiales ni su derecho se ha plasmado nunca en una colección o texto general? En definitiva, con su publicación lo único que hace es minimizarse o hacer que se difumine la importancia de la diferenciación del derecho en aquellas regiones o territorios donde auténticamente tienen un derecho distinto a las demás.

¿Qué queda del historicismo en las compilaciones? Sólo una norma interpretativa, estereotipada para todas, según la cuál se “tendrá en cuenta” su tradición jurídica¹⁶⁶. Como se comprenderá, cuando se promete “tener en cuenta” algo, es que su vigencia ha desaparecido, que se le considera inocuo.

He aquí como lo que parece que puede considerarse un equilibrio de fuerzas, no es sino un paso más, quizá definitivo, en el repliegue del “normativismo historicista”¹⁶⁷.

Ahora bien, repliegue del “normativismo historicista” no significa forzosamente repliegue de las regiones o territorios que lo poseían, sino que puede significar sencillamente un cambio de sistema o conversión. Si desaparecen las bases fundamentales del “normativismo” y si a pesar de ello se elabora un derecho distinto al que existe en otros territorios, es posible que nos encontremos ante un “decisionismo periférico”. Si Castilla mantiene una legítima filial de dos tercios porque la ha estimado racional y Cataluña instaure frente a ella la de una cuarta parte sin consideración a que ésta haya sido la observada históricamente, sino simplemente a que así lo dispone la compilación, nos encontramos ante dos normas “decisionistas”. Es cierto que el fondo de la compilación es histórico, pero deja de serlo ahora, y el historicismo es como el interés compuesto, que requiere el que los intereses se acumulen al capital.

166. Vid. op. cit., págs. 16-17: “Y dicta una regla interpretativa que toma en consideración la tradición jurídica, análogamente a como lo hacen las otras Compilaciones vigentes”.

167. Lo he destacado como derrota del historicismo en el art. cit. en nota 138.

¿Se empleará este “decisionismo periférico” como emulación para contribuir más ardientemente a la empresa española, enfrentando diversos criterios para conseguir que vertidos al crisol salga uno más puro?

JESÚS LALINDE ABADÍA