

INFLUENCIA DEL DERECHO COMÚN CASTELLANO EN LA NUEVA ESPAÑA. LA CUESTIÓN DE LA SOBERANÍA

Rafael SÁNCHEZ DOMINGO*

SUMARIO: I. *Planteamiento general*. II. *Las bases del naciente pensamiento jurídico*. III. *Recepción inicial del Derecho Romano*. IV. *El tránsito de la concepción del “unum ius” a la de “ius commune”*. V. *Doctrina política de la soberanía*. VI. *Una misión singular: el Concilio de Basilea*. VII. *La literatura jurídica castellana*. A) *La literatura jurídica de los siglos XV y XVI*. VIII. *Los juristas indianos y el ius commune*. A) *La costumbre del derecho indiano bajo la óptica del ius commune*.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Debido a la imposibilidad de la Nueva España, recién abierta al pensamiento europeo, de vivir plenamente con arreglo al movimiento renacentista, porque era difícil romper con el pasado inmediato y ahondar en las entrañas de la antigua cultura. Las ideas del renacimiento llegaron a las américas de soslayo, importadas por letrados y religiosos, quienes entre las ideas del viejo mundo del que llegaban imbuídos, traían también las renacentistas. Pero ni aún los que parecen más influídos por ellas, como Cervantes Salazar, Vasco de Quiroga, viven a fondo y de verdad la gran peripecia del Renacimiento tal como se desarrolla en Europa¹.

La impronta jurídica de los grandes filósofos y juristas españoles, formados en las Universidades de Salamanca y Alcalá, principalmente se proyectaba en la convicción por la idoneidad de la escolástica como respuesta totalizadora y perfecta que les llevará a polemizar sin complejos, por ejem-

* Profesor Titular de Historia del Derecho, Universidad de Burgos.

¹ GALLEGOS ROCAFULL, J.M. *El pensamiento mexicano en los siglos XVI y XVII*, México 1951, p. 169.

plo, con el humanista italiano Leonardo Bruni a propósito de una traducción latina más fiel al genio del texto griego de la Ética de Aristóteles.

Desde la lúcida conciencia de sus posibilidades intelectuales, los cultivadores del Derecho Común iban a comunicar generosamente su saber en los círculos cortesanos, nobiliarios y eclesiásticos, poniéndolo a disposición de aquellos hombres que demandaban nuevas formas de saber y suscitaron con sus requerimientos algunas de las aportaciones más valiosas del contrareformado prerenacimiento castellano. La misión de los juristas era transmitir un saber ya elaborado y es que tal era la función del sabio dentro de la concepción tradicional del saber², por eso nos van a descubrir una angustia característica del intelectual moderno: la que deriva de la imposibilidad de leer todo lo escrito, siquiera de un tema específico.

Previamente, durante los siglos XII y XIII canonistas y romanistas comenzaron a establecer conceptos generales, como “representación”, “sociedad”, “jurisdicción”, etc. Nuevamente, el derecho de Justiniano proporcionaba el material conceptual básico: la dialéctica y el método. La combinación de ambos aplicada a un contexto social completamente diferente, produjo un resultado novedoso. El jurista europeo que revivía el estudio del derecho romano, sistematizó y armonizó la inmensa cantidad de preceptos jurídicos en términos de principios y conceptos generales. Para ello usó los métodos que sus colegas en teología emplearon para sistematizar y armonizar el Antiguo y el Nuevo Testamento, los escritos de los Padres y otros textos sagrados³.

Tanto los aspectos filosófico y teológico se encontraban estrechamente relacionados con los cambios políticos. La coexistencia de las autoridades centralizadas emergentes -eclesiásticas y seculares- hacía imperioso articular los principios subyacentes a las normas, así como también, los conceptos subyacentes a los principios. Un proceso similar al de la sistematización del derecho de la iglesia comenzó a llevarse a cabo en el derecho secular y los mismos términos, ampliamente derivados del derecho romano, fueron usados en la articulación de principios generales y asimismo en la formulación de conceptos generales⁴.

A finales del Medioevo el saber se concibe como horizonte libresco. La biblioteca viene a ser la imagen palpable del conocimiento y es entonces cuando el gusto por coleccionar libros entre las clases superiores, no tanto

² MARAVALL, J.A. “La concepción del saber en una sociedad tradicional”, en *Estudios de Historia del Pensamiento español*, Madrid, 1980, t. I, pp. 203-254.

³ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de Occidente. Estudios histórico sobre la recepción de la Ciencia jurídica y su impacto en las ideas políticas*, México 2005, p. 156.

⁴ J. BERNAN, Harold, *Law and Revolution. The Formation of Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass, pp. 151-152.

como necesidad profesional o de clase, sino como expresión de unos nuevos valores culturales. de esta manera, el acceso al saber ya no consistirá predominantemente en el trato asiduo con el sabio, en transmisión auricular, sino que tiende a individualizarse. En el retiro íntimo de la lectura el hombre del siglo xv busca por sí mismo la sabiduría y como el libro viene a ser referencia mensurable del conocimiento, se adquiere una más clara conciencia de las limitaciones del saber individual y de ahí los desvelos y vigiliass que padece el intelectual y asimismo, la angustia por no poder abarcar todo lo escrito por el hombre ⁵, y la ambigüedad va a consistir en la presencia de indicios renovadores dentro de unas actitudes marcadamente tradicionales, por ello el itinerario intelectual se conformará como una apertura tímida a formas novedosas de cultura.

II. LAS BASES DEL NACIENTE PENSAMIENTO JURÍDICO

El nasiente pensamiento jurídico tenía unas bases. Lo primero fue la palabra escrita en latín en los textos del Derecho Romano Justiniano. Irnerio y los juristas de la Escuela de Bolonia se dedicaron desde los últimos años del siglo xi hasta la segunda mitad del xiii a entender y explicar el significado técnico-jurídico de los términos contenidos en las distintas partes del *Corpus Iuris Civiles*. Su quehacer es el de unos exegetas del texto romano que ellos mismos leen (*lectio*) a sus alumnos. Junto a los términos jurídicos anotaban variantes o sinónimos o desarrollaban conceptualmente el sentido de un pasaje, o lo relacionaban con otro situado en una fuente distinta. Estas glosas marginales cobran paulatinamente mayor amplitud y complejidad a medida que el jurista se atreve a pasar de la mera lectura gramatical a la interpretación del texto, es decir, de la *littera* al sentido o al concepto. En esta etapa el jurista es poco más que un filólogo de textos cuasi sacralizados, cuyo sentido descubre analíticamente y transmite de palabra, en las *Lectiones* universitarias, o por escrito, a través de los incipientes géneros literarios.

Desde entonces se venera en Europa a las fuentes del Derecho romano como textos que encierran la *ratio iuris*. En las normas romanas *Spiritum Sanctum locum fuisse credendum est*, tal como afirmaba Alberico de Rosate en el siglo xiv. Se trata de la expresión de la *legalis sapientia*, un verdadero *donum Dei*, esa es la razón por la que algunas fuentes jurídicas hispánicas precisaban que cuando no fuera suficiente el Derecho del reino había que

⁵ MARAVALL, J. A., "El intelectual y el poder: arranque histórico de una discrepancia", en *La oposición política bajo los Austrias*, Barcelona, 1972, pp. 35-37.

recurrir al sentido natural o a la equidad, norma que permitía aplicar el Derecho romano-canónico, puesto que era la verdadera encarnación de la razón natural y de la equidad y por ello se compara el papel desempeñado por el *Corpus Iuris* para los juristas con el de la Biblia, puesto que en aquél se contenía una verdadera revelación jurídica de la que los glosadores fueron quienes escucharon la palabra revelada y la interpretaron y predicaron.

El jurista cultivaba su ciencia sin separarse del texto, como intérprete. La *ratio iuris* en cuanto *ratio scripta* está al alcance del jurista, lo que va a convertir al saber jurídico en saber táctico en un *ars*. El Derecho, como saber práctico, implicaba un conocimiento útil para resolver problemas. Del texto se pasaba al caso, *casus*, al supuesto práctico en el que la norma debía ser aplicada y donde la solución no era idéntica, puesto que en las aulas universitarias se imponía la discusión, *questio disputata*, el enfrentamiento dialéctico. La retórica es el arte de convencer argumentando. El pensamiento jurídico, sobre la base del texto a interpretar y sobre el problema (*casus*) a resolver, razona argumentando y apoya su razonamiento en *regulae iuris* en brocados o breves proposiciones que encierran principios o reglas jurídicas fundamentales, igualmente en tópicos, *topoi* que se constituían como espacios comunes que propiciaban un nexo intelectual.

A partir del siglo XII el trabajo técnico de los juristas en toda la cristiandad reviste una fisonomía constante, pues parte de unos mismos supuestos, se elabora con un mismo estilo y se expresa en una misma y única lengua culta. Hubo una importante evolución a través de la cual pueden distinguirse tres etapas: la época de los glosadores y de formación del Derecho canónico del *Decretum* y las Decretales, la época de los comentaristas y la edad de la *communis opinio* y de la *letteratura consiliare*. El tiempo de los glosadores es el de la construcción de un *ius cannonicum* como *ius comune in spiritualibus*, pero ya entonces el *ius civile* e *ius cannonicum* no se correspondían exactamente con el Derecho de la sociedad civil y de la Iglesia, ya que esa dicotomía era ajena e incluso opuesta a la sociedad medieval y según expresión de F. Connan “*son más bien dos elementos de un mismo ordenamiento, el ius commune, relacionados entre sí como el alma con el cuerpo*”. Idéntico proceso se operó por obra de Graciano y los decretalistas entre el *ius cannonicum* y la Teología y tanto los teólogos como los juristas pudieron llevar a cabo tan importantes tareas sin usar los modos de pensar y de exponer propios de su tiempo y de su ámbito cultural, que eran los de la Escolástica. Igualmente había vinculación e influencia de unos métodos formales del pensamiento teológico-filosófico en el jurídico, la utilización en uno y otro campos de unos mismos métodos o formas.

Uno de los tópicos más generales y constantes entre los juristas del *ius commune* es el de estructurar su pensamiento sobre un triple fundamento: el de las *leges*, *rationes*, *auctoritates*.

Los comentaristas del Derecho común se caracterizaban por su mayor preocupación por resolver problemas jurídico-prácticos, no inventados *ad usum scholarium*, sino tomados de la realidad. Por la prevalencia de la sistematización del contenido dogmático e institucional del Derecho frente a la precedente preocupación por la exégesis del texto y por la inquietud por integrar el *ius commune* con los Derechos estatutarios o *iura propria* de cada lugar. Todo ello conducía a un distanciamiento mayor respecto a los textos normativos (*leges*) romano-canónicos, a una mayor libertad del jurista para desplegar la capacidad creadora más atento a encontrar soluciones útiles que a ser fiel a un texto concreto romano o canónico. Esta tónica de los comentaristas no era nueva para ellos ni para sus antecesores, pues la vinculación entre retórica y Derecho persistió tanto en la alta Edad Media como dentro de los Estudios Generales y en las Universidades posteriores, sobre todo a través del conocimiento de las obras de Cicerón y Boecio. Junto a la retórica, los escolásticos practicaban una lógica deductiva y silogística, pero los juristas no sólo harán uso de ésta, sino principalmente de aquel pensamiento retórico o tópico que también se da en Tomás de Aquino. El jurista del *mos italicus* escribía en primera persona del singular, tal vez como un eco de su lección universitaria o de su alegación forense, utilizando varios argumentos en la defensa de su tesis. El jurista del *mos italicus* procede *magistraliter* y no *methodice*. Su modo de razonar (*rationes*) es argumentativo, porque no trata de demostrar una verdad incompatible con cualquier otra afirmación no idéntica a ella misma, sino de convencer ofreciendo razonables y convincentes soluciones.

Las soluciones a las que llegaban los juristas de prestigio universitario y forense eran grandes, como Bártolo, Baldo, Cino, Lucca de Penne, Paolo di Castro, Decio, Jasón de Maino o los canonistas Juan Andrés y Nicolás Tudeschi, soluciones a las que se reconoce fuerza para obligar y por eso eran objeto de estudio en las Universidades. La relación entre el Derecho romano y el Derecho común de gentes que Baldo había entrevisto al comentar el fragmento *Omnes populi* se manifiesta claramente, pues en el Derecho romano existen normas propias de la *civitas* nacidas más desde la prudencia y del seno del pueblo de Roma que de la razón natural y estas normas bien pudieran ser rechazadas por otras naciones si tuvieran algo mejor en sus instituciones y si ello fuese más apto para conservar su ciudad. Sin embargo en aquel derecho están recogidos los preceptos de la naturaleza y de la recta

razón, que deben ser reconocidos por todos y por los que todos están obligados a regirse y obedecer⁶.

Desde la exigencia doctrinal de la primera época boloñesa de una universal y rigurosa aplicación del derecho de las fuentes legislativas romanas como derecho imperial y entre los siglos XIII y XIV se había pasado a ver en aquellas fuentes, estudiadas más en su espíritu que en su letra, un derecho no ya único sino más bien común, parcialmente derogado por los derechos particulares, llevados a un sistema de la especie a un género y se había desplazado justamente en la Europa occidental, usándose los textos jurídicos romanos como simple *ratio scripta*, casi como si de una ética jurídica se tratase o más que un derecho subsidiario del Derecho real o señorial o de los municipios, entendiéndose éste como un solo y verdadero Derecho común del Estado. Por tal camino histórico la idea de un Derecho común, vinculada en otro tiempo a la universalidad imperial de Roma, volvía a ser referida en la época más próxima a nosotros a un derecho igualmente extendido a toda la Humanidad.

La nueva enseñanza debe dar su lugar no sólo a las nuevas disciplinas: la dialéctica, la física, la ética, sino también a las técnicas científicas y artesanales que constituyen una parte esencial de la actividad del hombre. En el programa de estudio de su *Didascalion*, Hugo de San Víctor ratifica esta nueva concepción. Honorio de Autun la desarrolla en su famosa fórmula: “*El exilio del hombre es la ignorancia; su patria es la ciencia*”. Y en efecto, agrega: “*Y se llega a ella mediante las artes liberales que son otras tantas ciudades etapas*”⁷.

A principios del siglo XII se produce una transformación social de la que depende, en gran medida, la novedad de las instituciones escolares y la de las mismas doctrinas. La enseñanza se continúa impartiendo en las escuelas monásticas y en las urbanas, pero las primeras dejan de tener una importancia primordial. Las escuelas urbanas acogen estas nuevas tendencias. En torno a las catedrales se encontraban en épocas precedentes unas escuelas denominadas “*capitulares*”, que alcanzarán un notable desarrollo en el siglo XII, como la de Toledo, en la que sobresale el arzobispo Raimundo.

⁶ En la concordancia entre el Derecho imperial romano con el Derecho natural se encuentra la base jurídica, que la doctrina de los nuevos tiempos dio a su universal aplicación. Con ello se explica su aceptación por parte de todos los pueblos civilizados y por ello se reconoce su valor de Derecho interestatal y de Gentes y por ello al Derecho romano debe considerársele como el Derecho común por antonomasia.

⁷ La primera ciudad es la gramática. La segunda es la retórica. La tercera la dialéctica. La cuarta la aritmética. La quinta la música. La sexta la geometría. La séptima la astronomía. La octava es la física. La novena es la mecánica y la décima es la economía.

Numerosos *Tratados* nos dan a conocer los programas y procedimientos de la enseñanza en el siglo XIII, *Tratados* que exponen cuestiones de método y que eran comunes en la Universidad de Laon, París, Reims, como en las de Palencia o Salamanca, debido a la movilidad de docentes y discentes. Los *Tratados* más importantes son el *Didascalion* de Hugo de San Víctor; el *Metalogicón* de Juan de Salisbury; el *Eptateuchon* de Thierry de Chartres. El programa de la enseñanza era el de las siete artes liberales, clasificación que se remonta a Varrón, quien distinguía las artes liberales y las *artes mechanicae*. Marciano Capala la reanuda y la expresa de una forma simbólica en su poema *De nuptiis Philologiae et Mercurii*. Se encuentra posteriormente en Casiodoro y en Alcuino, a quien se debe la división de las siete artes en dos ramas: *el trivium y el quadrivium*⁸.

A lo largo de la Edad Media las siete artes no proporcionarían simplemente una coordinación empírica del saber. Se esboza una nueva organización, sin que esta adquiriera cuerpo sistemático, y se irá estructurando en torno a la Dialéctica y no a la Gramática. Las modificaciones que se introducen proceden de un conocimiento, cada vez más extenso, de Aristóteles. No se trata de un estudio de las obras metafísicas y físicas, que sólo serán accesibles a finales del siglo. Aristóteles sigue siendo el lógico, así lo define Juan de Salisbury en su obra *Metalogicus*.

Pero hay que distinguir la *Logica Vetus* de la *Logica Nova*, que plantea nuevos problemas, los de la demostración y de la ciencia⁹. La Dialéctica no aparece ya como una simple *arts disputandi*; no debe ser abandonada a sí misma, sino encontrar fuera de ella su materia y su contenido. De esta forma se ve aparecer el deseo de un realismo más profundo del conocimiento. Una de las mayores dificultades que encontrará el pensamiento del siglo XII será hacer entrar la Ciencia divina en esta organización. El saber total se denomina, con aire de generalidad, *Filosofía*, aunque la Teología, el conocimiento de Dios, adquiere especificidad y a la par su propio método.

Así se logran construcciones doctrinales cuyo mayor interés radica en mantener los valores del humanismo cristiano en el orden de la sabiduría. El pensamiento alcanzará, dentro de las síntesis escolásticas, a una organización doctrinal nueva, pero no se podrá corresponder este éxito sin conocer

⁸ El comienzo del *Eptateuchon* reza así:

“El manual de las siete artes liberales es llamado por los griegos Eptateuchon. Los poetas griegos y latinos afirman, efectivamente, que la filosofía se comprometió oficialmente con Mercurio, con todo el cortejo del himeneo, el concierto de Apolo y las musas y la intervención de las siete artes como si nada se pudiera hacer sin ellos. Para filosofar se precisan dos instrumentos, organa, el espíritu y su expresión; el espíritu se ilumina por el quadrivium, mientras que el trivium proporciona su expresión elegante, razonada y adornada”

⁹ La *Lógica Nova* comprende: *Analytica priora et posteriora et Topici Sophistici elenchi*.

el esfuerzo especulativo que lo preparó, puesto que los cuadros establecidos por las artes liberales se mostraron insuficientes. La vida intelectual del siglo XII está influenciada por un dato histórico capital, como es la introducción en Occidente de una abundante literatura científica y filosófica de origen griego, judío y árabe. No conocemos en toda su extensión el alcance de este movimiento de traducciones árabes-latinas y greco-latinas.

Los pensadores cristianos comienzan a ahondar en la filosofía aristotélica; su visión naturalista del universo predominará ante la perspectiva cristiana. La Teología latina, de inspiración agustiniana, se acomodó a las especulaciones neoplatónicas orientadas hacia la contemplación religiosa. Ahora bien, el empirismo aristotélico tenía una tendencia más inquietante, puesto que si el empleo de su dialéctica en Teología había suscitado agitaciones en el mundo religioso del siglo XII, después existieron sacudidas más violentas ante la revelación de su filosofía integral¹⁰.

Sobre Platón no se conocerá mucho durante el siglo XII¹¹ y tampoco se dispuso de ningún libro de Plotino, pero las fuentes indirectas del neoplatonismo son numerosas¹².

La importancia de las ciencias empíricas griegas y el florecimiento en el estudio de los filósofos griegos durante el siglo XII se intensificaron aún a expensas de otras ramas del saber musulmán. Los eruditos cristianos mostraban una veneración casi acrítica respecto a los “*secretos*” que poseían los musulmanes. El proceso de transmisión fue selectivo y muchas de las traducciones eran obras relativas a la ciencia y filosofía griegas¹³. El proceso de transmisión se ha considerado frecuentemente dentro del contexto de una “*Escuela de traductores de Toledo*”, que según se afirma fue fundada

¹⁰ En el siglo XII la mayor parte de los escritos de Aristóteles eran accesibles a los lectores latinos: la *Lógica Vetus*, la *Lógica Nova*, los *Libri Naturales*, (traducidos durante la segunda mitad del siglo XII). Existe una traducción de los cuatro primeros libros de *Metafísica*, versión que hoy conocemos con el nombre de *Metafísica vetustissima*. Se traduce parcialmente la *Ética a Nicómaco*, que comporta los libros II y III, y que posteriormente se llamó *Ethica Vetus*. Igualmente circulan comentarios aristotélicos: el *Isagoge* de Porfirio (introducción a las *Categorías* de Aristóteles), los comentarios de Boecio sobre las *Categorías* y sobre el *Tratado de la Interpretación*, el comentario de Temistio sobre las *Analíticas posteriores*, el comentario de Alfarabi sobre *Física* y las grandes paráfrasis de Avicena.

¹¹ Se posee un fragmento del *Timeo*, el *Fedón* y el *Menón*, a mediados del siglo XI.

¹² Del Neoplatonismo latino: Apuleio, Calcidio, Macrobio; neoplatonismo cristiano: Nemesio, Pseudo-Dionisio y San Agustín; neoplatonismo árabe: Alfarabi, Avicena y judío: Avicebrón. El célebre *Liber de Causis*, comentario árabe a las tesis extraídas de la *Institución teológica* de Proclo, fue traducido por Gerardo de Cremona antes de 1187.

¹³ Hubo excepciones, por ejemplo, Pedro el Venerable, abad de Cluny, relata que tradujo el *Qu'an* durante su visita a España en 1142. MACKAY, A. *La España de la Edad Media. Desde la frontera hasta el imperio, 1000-1500*, Madrid, 1981, p.99.

por el arzobispo Raimundo (1124-1151). Ya en el siglo x las obras de matemáticos y astronomía procedentes de Córdoba que trataban de novedades científicas, como el astrolabio y el cuadrante, fueron reunidas y traducidas en la abadía catalana de Ripoll. Pero estos contactos tan tempranos no se mantuvieron regularmente y fue en el siglo xii, después de haber avanzado la frontera hasta el Tajo y el Ebro cuando se estableció una tradición consolidada de traducciones, cuyos resultados se ceñían a la astronomía, astrología e incluso a las ciencias ocultas, explicándose en los Estudios Castellanos.

La frontera ibérica de transmisión cultural que se formó a través de seleccionadas traducciones no fue exclusivamente castellana en sus resultados. Aquí se tradujeron numerosas obras, como la del persa Avicena y ello muestra el notable desarrollo de circulación de ideas y de eruditos en el interior del mundo islámico.

A modo de recapitulación de este epígrafe podemos afirmar que la Universidad castellana que se consolida a partir del siglo xii debe ser considerada en el contexto más amplio del movimiento asociativo que caracteriza el período alto medieval. Sólo gradualmente se redujo el término genérico de *universitas* (corporación) para designar una comunidad de sabios docentes.

Se trata de un período turbulento caracterizado por la presencia de profesores itinerantes, algunos de ellos como Abelardo, intentó separarse de las escuelas catedralicias. Pronto aparecieron corporaciones de profesores o estudiantes que establecieron sus propias instituciones y se emanciparon del control episcopal.

Consejeros y administradores formados en las nuevas disciplinas, especialmente en los Derechos romano y canónico, fueron demandados por las autoridades, tanto eclesiásticas como seculares. Era el Papa quien eventualmente concedía a las nuevas instituciones el privilegio de otorgar la *licentia ubique docendi* (grado que autoriza a su titular a enseñar en cualquier lugar). El carácter universal de este nuevo estamento, reflejado en la movilidad de sus miembros, se conservó en medio de la creciente influencia de las autoridades seculares, reales y municipales, sobre las escuelas.

El despertar intelectual del siglo xii abrió un nuevo capítulo en la historia de la civilización occidental. El conocimiento y el razonamiento, transmitido por instituciones educativas, se convirtieron en parte fundamental de la civilización europea.

El ansia de aprender, la urgencia de conocimiento *per se*, se ha presentado como la *vis compulsiva*, y los profesores itinerantes de la primera época considerados, junto a los estudiantes errantes, conocidos como poetas goliardos, los primeros *intelectuales* de la tradición occidental.

Lo fundamental es que se produce la integración de los nuevos saberes en el orden socio-político de Castilla y esta integración fue impuesta por las

autoridades eclesiásticas y seculares. Asimismo, la apertura de Europa jugó un importante papel en la mayor clarificación de la doctrina cristiana y en la absorción intensiva de la herencia clásica.

Existió compenetración en la teología judía. A través de los árabes se produce una transmisión de conocimientos en la España de la Reconquista y fueron introducidos en Europa escritos de la Antigüedad desconocidos hasta entonces. Incluían un conocimiento más directo de la Ciencia antigua- tanto Matemáticas y Astronomía, como Óptica, Mecánica y Medicina. La Filosofía y la Teología constituía el núcleo de la formación escolástica, a la que el “*Aristóteles latinizado*” servía de fundamento. Así llegaron a relacionarse la Física con la Cosmología, la Ciencia con la filosofía moral, como muestra el concepto básico de las esferas¹⁴.

Las escuelas catedralicias fueron el origen del método y de los contenidos de los nuevos saberes, propiciando el humanismo medieval, conocimientos que sirvieron al propósito religioso. El pensamiento de los autores clásicos era una manifestación religada y debía ser utilizado dentro de dicho contexto, así lo observamos en la formulación de Anselmo de Canterbury, que los escolásticos adoptarían más tarde como máxima, *credo ut intelligam*.

La estructura de las universidades castellanas refleja el diálogo básico entre fe y saber. Es verdad que avanzó el saber en siglos posteriores, y que sus representantes reclamaron vehementemente la existencia de una filosofía independiente de la religión, con el consiguiente rechazo y persecución por parte de la Iglesia, el nexo entre la Teología y el resto de las disciplinas nunca fue institucionalmente suprimido.

Entre los planes de la Reconquista se encontraba no sólo la recepción y articulación del territorio. También se pretendía y a ello contribuyeron de manera eficaz las Universidades, sobre todo las castellanas, a formar intelectualmente un conjunto de mentes preclaras y capacitadas para defender los aspectos más débiles de unas operaciones reales y señoriales. La fuerza expansiva del Islam, con toda su carga cultural, diversificada en las diferentes ramas del saber, era una realidad que los reinos cristianos no podían obviar. La fe cristiana era un instrumento aglutinador de realidades terrenales a las que aspiraban monarcas y prohombres. Por ello la Universidad se convirtió en una institución fuertemente apoyada, porque desde su núcleo de influencia se podía justificar y extender un proyecto político y cultural.

¹⁴ El orden cosmológico de las esferas, tal como lo concibió Aristóteles y que fue incorporado a la doctrina teológico-filosófica del siglo XII, había concebido un universo finito. Aunque la Tierra, al contrario que las esferas perfectas, había sido considerada imperfecta, la creación se encontraba en la Humanidad. KOYRE, A., *From the Closed World to the Infinite Universe*, Nueva York, 1957; trad. cast., *Del mundo cerrado al universo infinito*, México, 5, 1984.

III. RECEPCIÓN INICIAL DEL DERECHO ROMANO

El renacimiento jurídico se refiere al Derecho romano y al Derecho canónico. El Derecho que se recibe antes de finales del siglo XI, no es un texto justiniano puro, sino que venía influenciado por las adherencias que había recibido a lo largo de casi seis siglos de eclipse de la ciencia jurídica en Occidente, a pesar que el Derecho romano no dejó de estar presente, en cierta medida, en colecciones seculares como el *Liber Iudiciorum*, o en *Colecciones de la Iglesia*, como el *Epitome Iuliani Imperatoris sacra privilegia Concilii Vizanceni*, *Excerpta Bobiensia*, *Lex Romana canonice compta*, *Brevis libellus*, etc.

A pesar que hasta el siglo IX no puede hablarse de una verdadera *recepción* del derecho romano en el canónico, sí constaba el Derecho romano en los documentos de los papas, en los concilios y colecciones canónicas. En estos casos se alude al Derecho romano como ley secular vigente en el territorio en cuestión, pero no se alude a dicha ley como recibida en el ordenamiento canónico. El contenido de estas leyes suele versar sobre privilegios concedidos por los emperadores romanos a la Iglesia o sobre la confirmación por la autoridad laica de normas eclesiásticas que adquieren de esta manera fuerza de ley en el ámbito secular. En otros casos se alude a intervenciones del poder secular en la vida de la Iglesia, que unas veces acata y otras rechaza en su legislación canónica. El Derecho romano utilizado en estos casos es el teodosiano en Italia, y el *Breviario de Alarico* en España y Francia¹⁵.

Ya a mediados del siglo IX se da cierta recepción del Derecho romano, fenómeno que se manifiesta en la confección de algunas *colecciones* del mismo para uso de clérigos, a la vez que se reciben numerosos textos romanísticos en las *colecciones canónicas*, de suerte que desde esta época se puede hablar de una cierta recepción de las leyes romanas en las leyes de la Iglesia, aunque subordinándolas al Derecho canónico. En Italia los pontífices invocaban el Derecho romano justiniano, que usaban para reforzar el canónico, nunca en contra de este último y por ello en las *Colecciones canónicas* aparecen textos romanos, en ocasiones en series aisladas y otras veces fundidos con los textos canonísticos, a la vez que se reconoce valor legal a estos textos romanísticos en el ámbito canónico. En Francia, por ejemplo, debido a la reforma carolingia acaecida a mediados del siglo IX, surgen varias colecciones que intentan defender los derechos de la Iglesia y de las iglesias a base de textos de Derecho romano, y esto es precisamente lo que ocurre con las siguientes *colecciones*: *Collecta ex lege et canone de Floro de Lyon*; *Capitula Augilramini* y con el *Pseudoisidoro*. Entre los

¹⁵ GARCIA Y GARCIA, A. *En el entorno del Derecho Común*, Madrid, 1999, pp. 12 y ss.

autores del siglo ix, Hincmaro de Reims utiliza ampliamente el Derecho Romano en sus obras y en los Concilios que inspiró. También ocurre este fenómeno con Regino de Prüm y con Abdón Floriacense, a pesar que según normativizan estos legisladores eclesiásticos, el Derecho romano sólo tiene fuerza legal canónica cuando expresamente es recibido por la iglesia como derecho vinculante¹⁶.

El siglo x no aporta nada apreciable sobre la recepción del Derecho romano en el canónico. Pero en el siglo xi se registran en varias *colecciones canónicas* varias series de textos de las *Instituciones* y del *Digesto* de Justiniano. Este fenómeno que se inició en Italia, se trasladó posteriormente a Francia y otras áreas de influencia cultural, como podemos observar en las siguientes colecciones canónicas: *Collectio Britannica*, *Polycarpus*, *Collectio trium librorum* del Ms. Vat. lat. 3831, *Collectio novem librorum* del Ms. Bas. Vat. C.118, las tres colecciones atribuidas a Ivo de Chartres (*Decretum*, *Panormia* y *Tripartita*) y la *Caesaraugustana*.

A la vez que el Derecho civil de los reinos de la Alta Edad Media se sustentaban en un derecho de raíz germánica, se vislumbra en ellos, de manera más o menos epidérmica, el Derecho romano. De esta proximidad entre el derecho secular medieval y el Derecho romano, es un buen exponente el hecho de que en la versión medieval de las *Novellae de Justiniano*, conocida como *Authenticum* o *Authenticae*, dichas *Novelas* se dividen en nueve colaciones, adicionándose en los códigos y posteriormente en las antiguas ediciones una *Decima collatio* en la que se recogen las constituciones de los emperadores alemanes, quienes a su vez, consideran que pertenecen a la misma serie de los emperadores romanos, como bien lo expresó el Emperador Federico Barbarroja, proclamándose en 1165 sucesor de los emperadores romanos Constantino, Valentiniano y Justiniano¹⁷. Es precisamente durante la reforma gregoriana de finales del siglo xi y principios del siglo xii cuando se intensifica el interés por el Derecho romano. Estas noticias sobre la recepción del Derecho romano con anterioridad al siglo xii son válidos para conocer en sus justos términos el proceso de la Recepción.

Se advierte en la praxis notarial de finales del siglo xi un retorno a Justiniano e incluso llega a hablarse de una escuela de Derecho romano en Pisa, anterior a la de Bolonia. El interés de los notarios por el Derecho romano es compartido muy pronto en la práctica forense. Las *Pandectas* o *Digesto* de Justiniano se aplican en la práctica jurídica en torno al año 1070 y sobre ella gira el redescubrimiento del Derecho Romano y su utilización en Toscana.

¹⁶ *Ibidem*, p. 12.

¹⁷ M.G.H. *Constitutiones et acta publica*, 1, Hannover, 1893, 322, n. 227. 3; GARCÍA Y GARCÍA A., *En el entorno...*, p. 13.

A finales del siglo *xi* e inicios del *xii* se registran citas del *Código* y del *Digesto* de Justiniano en un litigio entre los Arzobispos de Arezzo y de Siena, lo que implica un importante precedente en la aplicación del Derecho Romano anterior a la labor desarrollada por el monje Irnerio en Bolonia. El Derecho longobardo va cediendo paso al cultivo del Derecho Romano, incluso en la Escuela de Pavía, donde el Derecho romano recibía el nombre de “*lex generalis omnium*”, nominación formulada antes de la celebración del Concilio de Sevilla del año 619, presidido por san Isidoro de Sevilla, donde se denominaba al Derecho romano “*legem mundialem*” y durante el primer tercio del siglo *ix*, Benedicto Levita lo denomina “*mater omnium legum*”.

Las escuelas donde se aprendía el Derecho romano poco antes de la fundación de la Universidad de Bolonia van ligadas primero a las escuelas de notarios y posteriormente a las de los profesionales del foro. En estas Escuelas no sólo se impartía del Derecho, sino que el aprendizaje se efectuaba paralelamente junto a las siete artes liberales del *trivium* y del *cuatrivium*. Este modelo de Escuela se localiza en 1045 en Ravena¹⁸. Los maestros de la Universidad de Bolonia, Pepo e Irnerio¹⁹ también aparecen ligados a la práctica forense. A la práctica jurídica romanística en Toscana y Ravenna hay que añadir la que gira alrededor de la curia pontificia de la reforma gregoriana de finales del siglo *xi* y principios del *xii*. La *Collectio Britannica*²⁰, contiene 93 fragmentos del *Digesto*. Esta conexión de la práctica forense con el estudio de las *leyes* prevalece en Bolonia y en los Estudios Generales o primeras universidades de estilo boloñés hasta finales del siglo *xii*, pero cediendo cada vez más terreno a una ciencia jurídica más teórica al objeto de dar respuesta a los litigios que emergían cada día en la vida cotidiana y por ello no debe colegirse que la Universidad se desentendiera de la praxis cotidiana, como lo demuestran las *Ordines iudiciorum*.

La Universidad de Bolonia, según leyenda documentada en 1081, fue fundada por el emperador Teodosio *ii*, quien había reconstruido la ciudad, considerada por este motivo *urbs regia* y Carlomagno y sus sucesores Lotario y Lotario *ii* habían restaurado y favorecido el estudio. Otras teorías

¹⁸ CORTÉSE, E. *Il rinascimento giuridico medievale*, Roma, 1992, p. 141.

¹⁹ El *magister artium* del monje Irnerio estableció en el estudio de Bolonia la lectura del *Digesto* hacia 1112. Su posteridad fue innumerable. Sus inmediatos discípulos, los cuatro doctores (Búlgaro, Martino, Hugo y Jacobo) activos en la dieta de Roncaglia (1158), ganaron para Bolonia el título de *nutrix legum*. Una tercera generación comprende a Placentino, Bassiano, Hugolino, Odofredo y Azón. Un epígono, Acursio, llevó a cabo en la *Glosa Ordinaria* (1227) la tarea inmensa y necesaria de ordenar y resumir el secular trabajo de la escuela que en estos momentos entraría en decadencia. R. GIBERT, *Ciencia Jurídica Española*, Granada, 1983, p. 3.

²⁰ Llamada así porque el único *códice* conocido de la misma se custodia en la British Library de Londres.

creen que dicho Estudio derivaría de la Escuela Episcopal, Municipal o Imperial. Una vez restaurada, Irnerio comenzó a enseñar allí, principalmente la lectura del *Corpus*, a la vez que eran trasladados a la ciudad los libros legales que habían pasado de Roma a Rávena, de manera que dicho profesor se convirtió en causídico en documentos de esa época, a la vez que ejercía funciones consultivas en el tribunal de la condesa Matilde de dicha ciudad. Esta vinculación subraya el carácter oficial de la escuela de Bolonia a semejanza de Berito y Constantinopla. Los glosadores han pretendido una especie de monopolio sobre la enseñanza del derecho. Una constitución de Honorio III en 1219 autorizó al archidíacono de la catedral de Bolonia a conferir la *licencia docendi*, previo examen de los candidatos por los maestros. El Estudio General de Bolonia adquirió pronto gran fama de manera que se percató de su importancia el Emperador Federico I Barbarroja, quien otorgó especiales privilegios a los maestros y escolares boloñeses por medio de la *Constitución Habita*²¹.

Los libros de Justiniano que fueron transferidos a Bolonia fueron: el Código, el *Digestum vetus* (libros 1 al 24), el *Digestum novum* (39 al final) y la *Instituta*. Posteriormente el *Infortiatum* o *aumentado*. En cuanto estas obras se repartían en cinco volúmenes (tres para el *Digesto* y uno para el *Código*, excepto sus tres últimos libros), se dio el nombre de *Volúmen* por antonomasia al quinto, que comprendía aquéllos, la *Instituta*, las *Novelas* y una *Colección de Derecho feudal*. Los sucesores de Irnerio le califican de sutil y demasiado dialéctico. Su discípulo Rofredo ha transmitido una *distinctio* suya sobre el arrendamiento.

IV. EL TRÁNSITO DE LA CONCEPCIÓN DEL “*UNUM IUS*” A LA DEL “*IUS COMMUNE*”

Justiniano recordó, sobre la base de un conocido texto de Gayo, cómo los pueblos viven en parte mediante el Derecho común a todos los hombres (el Derecho de Gentes), y en parte mediante el derecho suyo propio (el Derecho civil)²². Partiendo de esta afirmación, el *auditor* de las *Quaestiones*, propuso una grave duda sobre el valor del contraste que existía y las leyes del Imperio, las leyes romanas:

La autoridad de nuestra ciudad es, la que nos enseñan los derechos comunes, y nos propone observar los suyos propios. Sin embargo, éstos como se

²¹ *Codex Iustinianus*, P. KRÜGER (ed), Berlín, 1959, p. 511. Se registró en la antiguas ediciones del *Corpus Iuris Civilis* desde las más antiguas.

²² *Digesto*, 1, 1.9; *Inst.* 2,1.

encuentran en muchas constituciones, se extiende a todos, los que están bajo el imperio Romano. En efecto, esto es estar bajo el imperio: obedecer al que manda y al que ordena legítimamente. Mas ya que cada pueblo él mismo constituye para sí su derecho, derecho propio es el de la misma ciudad. De aquí proviene el hecho de que muchos pueblos no ya sólo por las costumbres, sino también por el (derecho) escrito constituyan para sí mediante leyes derechos distintos.²³

A pesar de ello, del contraste entre el derecho del imperio y los distintos derechos de las diversas *civitates*, se podían entresacar los diversos derechos germánicos, de manera que se les negaba todo fundamento jurídico por considerarles abusivos, y de esta forma prevalecía la idea de un Derecho común, el romano y el del imperio, como antitético a los otros derechos propios de los diversos organismos inferiores.

El Derecho romano común era el reconocido como Derecho observado tanto por los romanos como por los longobardos, en el mismo sentido que en el siglo XI se les denominó *lex omnium generalis*, es decir, ley general de todos. Pudiera ser que el término Derecho común abarcara todo lo relativo al Derecho de diversos territorios o a distintas categorías de súbditos, pues el mantener la creencia de dos *derecho comunes*, en el caso que se entienda el término *común* en sentido absoluto, sea más bien la manifestación de una cierta situación de contraste vigente entre el Derecho romano y el longobardo durante la Monarquía de Sicilia²⁴, época en que la concepción del *ius commune* romano imperial y universal no era todavía bien considerada. Paulatinamente se fue imponiendo el reconocimiento de los juristas junto al Derecho romano como exigencia de una realidad política nueva que sería reconocida jurídicamente por los reinos que se proclamaron abiertamente exentos de la autoridad del emperador y la de los propios ciudadanos, que igualmente no toleraban superioridades. Se trata de hechos patentes de un nuevo mundo, que avanza tras abrirse las puertas de la Edad Moderna, al romperse aquella unidad medieval en la fragmentariedad de la nueva época: el *unum imperium* y el *unum ius*.

Hacia la segunda mitad del siglo XIII se produce una grave alteración en el Derecho público, ya que las monarquías y los comunes llegaron a tal grado de potencia que se sentían capaces de evadirse de toda superior auto-

²³ Quaest. I, 10. Cit. ERMINI G., *Curso de Derecho Común, I, Génesis y evolución histórica. Elementos constitutivos-Fuentes*, (Trad. J. G. Martínez), Cáceres, 1998, p. 26.

²⁴ Las *Constituciones del Reino de Sicilia* de 1232 prescribían “que los juicios vengan actuados según nuestras constituciones y en defecto de estas según las constituciones autorizadas y finalmente según los derechos comunes, es decir, el longobardo y el romano, como la actualidad de los litigantes exige”. *Const.*, I. 63.

ridad imperial, atribuyendo a sus organismos políticos *de facto* y *de iure* la autoridad misma del emperador. De ahí se entenderá que el único derecho que se debe observar es el derecho propio, de manera que existía una gran animadversión para derogar el derecho del Imperio. Desde ese momento, la antítesis entre Derecho romano y derechos regios o estatutarios, de manera que se reconocería la necesidad del *derecho de estatuir* de los entes políticos menores a la par que el derecho del Imperio.

El tránsito del *unum ius* al *ius commune* se convierte en una situación *de iure*, de manera que el pensamiento de los juristas pasó desde la concepción del único Imperio y del único Derecho a la aceptación del nuevo estado de hecho de forma que encuentra definición en la impostación jurídica de tal situación de hecho, precisamente el concepto del *ius commune*, el Derecho común. Con la conocida fórmula *rex in regno suo est imperator* -el rey en su reino es emperador-, encontrará justificación y conducirá a la negación absoluta de toda autoridad imperial sobre sus territorios y a la consiguiente negación en éstos de todo valor al Derecho de Roma, que no sea reconocido por el rey o por el príncipe, que sólomente es aceptado como Derecho subsidiario del Derecho regio, se trata de una posición hecha al Derecho imperial romano, que llegará a ser verdaderamente general, como se podrá apreciar en época más tardía y que representará una ulterior fase histórica del fenómeno del Derecho común.

Los centros de elaboración de aquella doctrina jurídica defensora del *ius commune*, que desde Italia encontraba el camino para difundirse en las otras tierras del mundo civilizado, quedaban en los Estudios generales de la Italia central y septentrional donde la tradición de la unidad imperial y de la unidad jurídica había echado profundas raíces, tradición de la que precisamente debían tomar sus motivaciones los Postglosadores del siglo XIII y los Comentaristas del siglo XIV, para dar sistematización jurídica a la nueva realidad de los derechos propios y particulares. Las cuestiones que la floreciente legislación estatutaria proponía a la doctrina eran bastantes, aunque dos de gran peso específico: una sobre la capacidad de legislar por parte de los municipios, es decir el carácter de leve o no que habría que reconocerle a sus estatutos. La otra versaba sobre el valor del Derecho estatutario en relación al Derecho romano imperial y también al Canónico.

El punto de la legislación justiniana vendrá en ayuda de tal fin y será el fragmento *Omnes populi* - todos los pueblos- de Gayo (D.I,1); *Inst.* I,2,1, “ley notable, famosa y alegable”, como será llamada. Sobre este pasaje se concentrará la actividad interpretativa de los prácticos y de ella derivará el origen de una fructífera producción doctrinal en materia estatutaria durante

tres siglos. Es precisamente en la abundante literatura donde la doctrina de los derechos particulares encuentra su expresión.

El fragmento de Gayo *Omnes populi* establecía:

Todos los pueblos, que se rigen por leyes y costumbres, en parte se gobiernan por su propio derecho, en parte por el derecho común de todos los hombres. Pues, lo que cada pueblo se da para sí mismo, eso constituye su derecho, es el derecho de esa misma ciudad y se llama derecho civil, como el derecho propio de la misma ciudad; lo que verdaderamente la razón natural lo constituye entre todos los hombres, éste se observa entre todos con mucha equidad, y se llama derecho de gentes, porque como derecho lo usan todos los pueblos.²⁵

Observamos la existencia de dos derechos claramente diferenciados, uno común a todos los hombres o Derecho de Gentes y el otro propio de cada *civitas*, el Derecho civil, de manera que cada ciudad era capaz de otorgarse su derecho particular. Pero esta tesis chocaba con un obstáculo, expresado por Justiniano en su Código: “el crear leyes le está permitido al solo emperador”, lo que excluía cualquier otra fuente de creación del derecho que no fuera la imperial, lo que convertía en difícil labor la posibilidad de concordar la existencia y el valor de los estatutos con el principio de exclusiva competencia imperial para legislar. Posteriormente la glosa de Accursio mitigaría el principio, distinguiendo entre la capacidad del emperador, de quien sólomente provenía la ley de valor general o *ius gentium* y la de los pueblos que podían otorgarse derechos propios.

El dualismo gayano del Derecho de gentes y Derecho propio posibilitaba la identificación de Derecho civil de la Roma imperial con el Derecho común de todos los hombres del que hablaba el jurisconsulto romano, y los derechos estatutarios ciudadanos, con los *iura municipalia*, derechos municipales, recordados en los textos justinianeos como los propios de las ciudades. Bártolo dirá que “el derecho civil propio puede ser constituido por el pueblo, pero sólo el príncipe constituye el derecho civil común”²⁶. En la expresión “*communi iure*” del fragmento “*omnes populi*” Baldo intentaba clarificar que debe entenderse comprendido no sólo el Derecho de Gentes, que podría llamarse *ius communissimum*, -derecho comunísimo- pero también el Derecho civil romano, siendo también común -*ubi viget eius auctoritas*-, donde rige su autoridad; y por *ius proprium*, derecho propio, debe

²⁵ Cit. ERMINI, *op. cit.*, pp. 32-33.

²⁶ BARTOLO (ad. 1.9, D.I,1).

entenderse el *statutum*, el estatuto, que cada pueblo se da, podría llamarse *ius propriissimum*, es decir, derecho particularísimo. Se trata de afirmaciones que corresponden al sentimiento y a la realidad del siglo XIV, que conocía un Derecho común o de Gentes, un Derecho civil común propio romano y diversos derechos estatutarios, pero que no correspondía al significado del texto comentado, que definía propio el Derecho de Roma, que desconocía los estatutos ciudadanos y que veía el derecho común en el Derecho de Gentes.

Por ello durante la segunda mitad del siglo XVI Jasón el Maino distinguirá tres derechos: un Derecho civil privado o de la ciudad, contenido en los estatutos u ordenanzas municipales, un Derecho civil romano para ser utilizado en defecto de las normas estatutarias, y un Derecho común de Gentes. De todos modos, la voluntad de prescindir de la voluntad imperial al objeto de buscar sólo en la situación de hecho el motivo del carácter de Derecho común reconocido al Derecho romano, es un síntoma que denota un nuevo valor otorgado al Derecho común.

La aceptación de la legislación estatutaria como *ius*, había acaecido superando diversas y tenaces oposiciones. Se había sostenido que el “*omnes populi*” -todos los pueblos- de Gayo debería haberse entendido en sentido colectivo para todo el pueblo cristiano y sujeto al Imperio romano o para el pueblo bárbaro o semejantes y que el “*quisque populus*” -cada pueblo- podía darse un propio derecho y no debiera referirse a la población de una u otra ciudad, sino que pueblo era más bien *pars populi*, la parte del pueblo. Se había observado también que el relativo “*qui legibus et moribus reguntur*” -que se rigen por las leyes y las costumbres-, limitaba el significado de aquellos “*omnes populi*” -todos los pueblos-, a los únicos pueblos que vivieron con leyes escritas y consuetudinarias, excluyendo de éstos los *sylvestres salvajes*, como había sido creada la Glosa accursiana, o los *populi de novo inchoati*, los pueblos fundados de nuevo, que no tuvieran aún una ley cierta. Otros recordaban que, siendo el emperador *dominus totius mundi* señor de todo el mundo, habría que tenerse por cierto no ser lícito a los inferiores, esto es, a los diversos pueblos, alterar de cualquier modo cada uno con sus estatutos el derecho del superior²⁷.

El hecho de insistir en el reconocimiento del *ius statuendi*, el derecho a establecer normas por parte de todos los pueblos, indicaba que se seguiría insistiendo por ese camino, el de reconocer la capacidad de los comunes o municipios para legislar mediante una concesión imperial por la que la voluntad misma del emperador daba la cualificación de *ius* a las fuentes estatutarias, manifestación de una voluntad que se había creído encontrar en

²⁷ G. ERMINI, *op. cit.*, p.37.

un momento inicial en el texto de la paz de Constanza. Paulatinamente se va reconociendo validez jurídica a la gran masa de los derechos particulares, sin que al menos en un principio se lesionara el derecho del emperador de conceder la facultad de estatuir las normas, de la que cada uno de los reinos y ciudades hacían uso, a la vez que aparentemente se salvaba la unidad romana del derecho, pues se afirmaba que los derechos particulares y propios recibían su razón de ser del derecho imperial.

La relación entre el Derecho común y los Derechos propios quedaba determinada y la antítesis se manifestaba más bien como una *concordantia*, de manera equivalente a como en la concepción imperial de la misma época había encontrado definición la relación entre la jurisdicción universal del Imperio y la jurisdicción particular de los reinos y de los comunes, los municipios, antítesis entre uno y los otros que se había resuelto en una necesaria y oportuna colaboración de todos en interés de la humanidad.

El Derecho civil entraría en contacto con el Derecho eclesiástico, de manera que la Monarquía universal del siglo xiv, comisionada al emperador y al pontífice para el gobierno temporal y para el espiritual de los hombres, justamente había visto la estrecha relación entre ambos derechos, directamente conectados con la estrecha relación que intermediaba entre aquellas dos supremas potestades. Pero desaparecida la Monarquía universal y sustituida en las diversas regiones por la del rey o príncipe absoluto de la Edad Moderna, una clara voluntad de reforzar cada vez con mayor ahínco la autoridad temporal del Estado, con tendencia al absolutismo, anima a los gobiernos y al haberse luchado con valentía por alejar todo atisbo de injerencia de la superior autoridad imperial en los asuntos del reino y del principado, se inaugura en la época moderna una nueva política dirigida a alejar a la Iglesia de los asuntos temporales, que los gobiernos reclaman de su exclusiva competencia.

A partir de este momento el gobierno civil y el gobierno eclesiástico se quieren entender como distintos y de esta dirección política deriva una acción contraria al derecho canónico, al menos en el sentido que en un primer momento se manifestó en función de reducir el valor de las fuentes canónicas y la competencia de los tribunales eclesiásticos en límites restringidos, reivindicando para el Estado y su derecho el conocimiento de múltiples relaciones de naturaleza temporal antes disciplinadas por la Iglesia, ya que sólo el derecho del reino y el principado se entiende que pueda ser exclusivamente el del rey o el del príncipe, al margen de cualquier tipo de interferencias.

Contra la concepción del derecho común regio y principesco que no toleraba sobre su territorio nacional otros derechos que le puedan derogar sino están autorizados por el rey o el príncipe, el derecho canónico se defiende

con éxito de la manera de venir a ser absorbido en aquél, como le había sucedido al Derecho romano imperial, mientras que la Iglesia sostenía la autonomía de su propio Derecho y la propia absoluta libertad para legislar. De ahí se derivaría una neta separación que iría aumentando con el tiempo entre el Derecho civil y el canónico. Desaparecida la unidad política e imperial de los pueblos con Roma, golpeada también por la reforma protestante la unidad religiosa, permanecerá aún en las situaciones de hecho la unidad jurídica confiada a las fuentes del Derecho canónico, que aplicadas en diversa medida en distintos Estados, permanecerán todavía como fuentes de un derecho realmente común a más reinos y principados.

El Derecho romano aparte de constituir fuente de la numerosa legislación posterior, debió hacer concesiones al Derecho natural, que por su humanidad es una de las manifestaciones más bellas entre las que se han dado en la historia de los pueblos, por ello es precisamente que se aplique universalmente. Una vez posibilitada la reforma que la Escuela del Derecho natural propugnaba, no se trataba tanto de consolidar el derecho vigente y de llegar a una clarificación de las fuentes legislativas o doctrinales, como de purificar y ampliar este derecho según las exigencias naturales. De esta manera, el Derecho romano común era visto en parte como un derecho para abrogarlo y en parte como una importante fuente originada en el más vasto Derecho natural.

Se intentaba una consolidación y una codificación del Derecho, emanado de las fuentes y de la doctrina vigentes, era una constante reivindicación de los juristas y prácticos. Desde la aplicación rigurosa de las fuentes romanas como derecho imperial en el segundo Medievo, estudiadas en su letra por los glosadores y posteriormente en su *ratio* por los comentaristas, la cuestión se había deslizado en la época moderna hacia su aplicación en Europa occidental como simple *ratio* escrita, casi entendida como una ética jurídica. Se pasaba a ver esta *ratio* más bien en el amplio cuadro del Derecho natural, del que el romano no había sido más que su expresión. El tránsito había sido gradual y todas las fuerzas que a lo largo de la historia y la vida de los pueblos han concurrido, aportaron su esencia, desde las causas espirituales a las materiales, desde las religiones a las políticas, desde las económicas a las sociales. La idea de un Derecho común vinculada antaño a la universalidad de Roma, volvía ahora referida a un Derecho igualmente extendido a toda la humanidad, que nacía de la común naturaleza humana, por aquella sólida comunión natural de los hombres, que el particularismo nacional moderno no había podido dañar y menos eliminar definitivamente.

V. DOCTRINA POLÍTICA DE LA SOBERANÍA

Por lo que se refiere a la doctrina política, desde mediados del siglo xv y aunque subsistan escasos residuos medievales reacios a desaparecer, la idea de poder se concretiza en lo material, se seculariza como también se seculariza el Derecho, por ello la interpretación de las Leyes canónicas y civiles adquiere importancia para la nueva praxis jurídica que se perfilaba en las monarquías y estados modernos, como lo demuestra la magistral intervención del jurista burgalés Alonso de Cartagena en la Universidad de Aviñón que como hemos visto efectuó en relación a la *Lex Gallus*.

La anterior unidad, aunque sólo fuera como idea aglutinante, se rompe para dejar paso a unos estados nacionales que entienden el poder como instrumento para el logro de unos fines concretos y particulares, con frecuencia opuestos entre sí²⁸. Fines, en suma, que en muchos casos sólo son factibles por la vía de la confrontación. El caso de Italia es paradigmático. También lo es el de Francia, aunque con distintos perfiles. No es casualidad que sea en Italia donde surjan los primeros teóricos de un pensamiento filosófico-político nacido precisamente como reacción ante la paralizante realidad de un país de glorioso pasado y ahora dividido en pequeños estados independientes. Como afirma un autor “en esta empresa -los reyes- son celosamente apoyados por los juristas de la corona, educados en las leyes, que utilizando el Derecho romano crean un concepto de soberanía estrictamente jurídico y a partir de doctrinas de la Antigüedad tardía sustituyen la idea medieval del derecho, de carácter moral y religioso, por el moderno Derecho Natural”²⁹.

La cuestión del origen del poder y, consecuentemente, el de crear leyes es algo que, lógicamente, preocupará a una doctrina jurídica medieval profundamente comprometida con la política de su tiempo. Preocupará a ellos de la misma manera que en la Castilla de los siglos xiv y xv preocupaba a los sucesores del rey Alfonso x el Sabio³⁰. Precisamente, para ilustrar estas inquietudes el infante don Juan Manuel, nieto de Fernando iii, en el *Libro de los Estados*, refiriéndose a “qué estado es el del Papa”, nos dice:

²⁸ Durante los siglos xvi y xvii, la existencia en Europa de estados independientes no eclipsa totalmente la idea de *corps politique*, en el que los estados miembros participan, como siempre había sucedido, de unos principios comunes a todos. CHABOD, F. *Historia de la idea de Europa*, Madrid, 1992, p. 47.

²⁹ RITTER, G. *El problema ético del poder*, Madrid 1972, p. 27.

³⁰ Se reconoce idéntica fuerza en la asunción del teocratismo en los *Castigos e documentos de Sancho iv*, el *Libro de los cien capítulos*, de finales del siglo xiii o en la obra de Don Juan Manuel. Cfr. J. GIMENO CASALDUERO, *La imagen del monarca en la Castilla del siglo xiv*, Madrid, 1972, p. 145.

“... el Papa ha poder cumplido en todo lo spiritual, así como Nuestro Señor Jesucristo lo dió a sant Pedro que dejó por su vicario... Otrosí ha muy grant poder en lo temporal; mas cuál ó cuánto es este poder, porque yo só de Castiella, et los reys de Castiella et sus reinos son mas sin ninguna subjección que otra tierra del mundo...”³¹.

En 1306 y con ocasión del pleito entablado entre don Diego López de Haro y Fernando IV, ante la intención de aquél de apelar al papa, los consejeros juristas del rey dictaminaron que:

“Don Diego non podía facer esta apelación... porque el rey e todos los sus reinos de Castilla é de León son esentos en la iglesia de Roma, que non han nin deven aver ninguna juridición por ningund agravamiento que el Rey ficiese... que non podía apelar dél para el Papa ni para ante otro ninguno, é que esta esencion guardaron siempre todos los Reyes onde él venía...”³².

El año 1333 tiene lugar la coronación y unción de Alfonso XI y el cronista nos describe con minuciosidad la solemne ceremonia en el que resaltamos un dato revelador:

... et ungió el Arzobispo al Rey en la espalda derecha con olio bendicho... Et desque el Rey fué ungido, tornaron al altar... el rey subió al altar solo, et tomó la su corona, que era de oro con piedras de muy grand precio, et pusola en la cabeza: et tomó la otra conona, et pusola a la reina...”³³.

³¹ Don Juan Manuel, “Libro de los Estados”, cap. xxxvi, en *B.A.E.*, LI. Madrid 1952, p. 357. Y agrega de manera misteriosa “... *por ende non sé yo mucho desto; mas los que son del imperio ó a los que esto tañe, ellos se lo vean; ca nos non habemos que adobar en esto nin nos queremos meter en lo que non habemos de librar*”. El mismo Don Juan Manuel en el *Libro de los Castigos*, dirigido a su hijo Fernando, deja constancia no sólo del carácter vicarial del rey, sino de lo que entiende por rey y por tirano: “*Fijo Don Fernando:... Vos debedes saber que los reyes en la tierra son á semejanza de Dios, et creed por cierto, que segund los merecimientos del pueblo... dales Dios buenos reyes... Et quando el pueblo yerra contra Dios, et non le sirven como deben, dales Dios Reyes torticeros, et crueles, et cobdiciosos...*”. En *B.A.E.*, LI, cap. IV, p. 268. J. M^a. GARCÍA MARÍN, *Teoría política y gobierno en la Monarquía Hispánica*, Madrid, 1998, p. 273.

³² “Crónica de Don Fernando IV”, en *Crónica de los Reyes de Castilla*, tomo LXVI, I, Madrid, 1953, p. 139.

³³ “Crónica de Don Alfonso XI”, en *B.A.E.*, tomo LXVI, I, Madrid, 1953, p. 235. *Cfr.* J. GIMENO CASALDUERO, *Imagen del monarca...*, p. 60.

Observamos que la concepción teocrática o descendente del poder es, a fin de cuentas, un artificio desarrollado por los juristas medievales, con el auxilio de la patrística y las fuentes bíblicas, para explicar la razón de ser del poder de mando y de jurisdicción que, residiendo en el príncipe, se ha de extender legítimamente sobre los súbditos. Se busca, pues, la legitimidad en su más alta instancia. Pero no es precisamente de la parte del Derecho civil donde surge con mayor fundamento este posicionamiento doctrinal. La manera de adquirir el poder de gobernar la toma prestada el derecho secular del ejemplo vivo que le ofrece la consolidación de la misma doctrina que se produce en el ámbito del Derecho canónico donde el papal se había configurado como la más pura manifestación de la concepción teocrática o descendente del poder.

Puesto que la Iglesia había sido la verdadera continuadora del Imperio romano, la única que había demostrado ser capaz de sustituirle, porque su lenguaje y el mensaje que proponía tenían de por sí un carácter supranacional. La Iglesia había logrado hermanar espiritual y culturalmente lo que la caída del Imperio romano había deshermanado políticamente, aunque los inestimables restos del Imperio -lengua y Derecho- quedaran a la vista de todos para ser reutilizados en la construcción de una nueva unidad.

Es durante la Edad Media cuando la filosofía teocéntrica del poder, cuyo origen paulino y agustino se condensaba en el principio *nulla potestas nisi a Deo*, envolvía e inspiraba tanto a la teoría ascendente como a la descendente del origen del poder político. Tanto en un caso como en otro, la voluntad divina estaba en la base de la autoridad del soberano. Más directamente en la tesis teocrática que en la ascendente, pero en ambas actuaba como la verdadera razón legitimadora del poder. Es por ello que durante todo el medievo no se puede hablar de absolutismo político en sentido estricto, el absolutismo contenido en la idea de la *plenitudo potestatis* es más doctrinal que efectivo. De ahí que la monarquía europea medieval sea siempre y en todo caso una monarquía preeminencial o, si se quiere, limitada³⁴ por la ley divina, por la ley natural y hasta por el derecho consuetudinario de origen popular que es anterior al derecho regio.

Durante los siglos posteriores, cuando la Modernidad había calado en lo profundo del ser europeo, entre ambas teorías se producirá una disociación en tono creciente hasta convertirse en postura radical, llegándose a una situación que poco tenía que ver con la mentalidad típica medieval. Lo que ocasionó problemas a la jurisprudencia bajomedieval fue conciliar el principio de la *plenitudo potestatis* del príncipe con aquel otro que procla-

³⁴ Cfr. M. TERNI, *La pianta della sovranità. Teologia e politica tra medioevo ed età moderna*, Roma-Bari, 1995, pp. 12-13.

maba que éste había de considerarse a *legibus solutus*, es decir, que el rey no sólo estaba capacitado para dictar normas generales, sino que también se encuentra por encima de ellas, tal como recogía el Derecho romano. La íntima compenetración de los gobiernos europeos medievales con la cosmología cristiana imponía un principio de respeto del propio rey a las leyes que habían sido dadas, incluso por el mismo. El monarca debía actuar conforme a Derecho, entre otras razones porque las leyes humanas habían de acomodarse a las divinas de las que son fiel reflejo y si éstas son de obligado cumplimiento, de la misma manera deben serlo aquéllas³⁵.

En España ese principio tenía una larga tradición puesto que ya era conocido desde los tiempos de la monarquía visigoda³⁶ la tensión entre ambas concepciones se advierte claramente en las *Partidas*, donde al mismo tiempo que se reconoce que el rey debe guardar las leyes, también se hace la advertencia de que nadie puede obligarse a hacerlo³⁷. No se debe olvidar que el derecho que el rey castellano bajomedieval “*crea*” es, en realidad, un derecho nuevo, o mejor dicho, un derecho viejo pero nuevo en Castilla. Un ordenamiento jurídico en gran parte venido desde fuera, asumido por él porque le interesa, ya que reafirma su posición ante el reino, y que él hace suyo. No así el reino, que desde el primer momento muestra su hostilidad contra él. Sin embargo, junto a este Derecho preexiste un derecho antiguo, esencialmente, de formación consuetudinaria y judicial, es decir, eminentemente popular que el rey no puede soslayar porque los estamentos se lo impiden, puesto que lo consideraban propio. Descartando que la fórmula *quod omnes tangit, ab omnibus debet approbari* implique la vigencia en los siglos medios de un principio verdaderamente democrático, lo que queda es una lucha por la titularidad de la creación jurídica entre ambas partes, rey y reino. No se trata de sustituir al rey en la tarea de crear el derecho, no se trata de discutir la *summa potestas* del rey, lo que se pretendía era poner límites al ejercicio por parte del rey de esa *summa potestas*, vinculándolo al derecho del pasado, en último término manifestación del derecho divino. Esta tesis, un tanto contradictoria en Castilla, estaba suscitando no pocas controversias entre los juristas vinculados al

³⁵ VALLEJO, J. *Ruda equidad ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, 1992, pp. 341-342; 362-363, 366 y 371-372.

³⁶ Así quedó establecido en el *Liber Iudiciorum* (año 654), II, 2, 1. Así lo defendió en términos inequívocos con su imponente autoridad durante el siglo VII san Isidoro de Sevilla y así lo reflejan los *cánones* de algunos Concilios toledanos, especialmente el *canon* 9 del Concilio XVI. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L. *Curso de Historia de las Instituciones españolas*, Madrid, 1970, p. 192.

³⁷ *Partidas*, II,1,15.

mos italicus, con dudosas posibilidades de clarificación en beneficio de un rey legislador y *supra iuris*³⁸.

Los textos dispersos por la *Compilación justiniane*a fueron objeto de una interpretación por parte de los juristas que en buena medida flexionaba su sentido originario, hipertrofiando a veces las facultades imperiales y ello se explica porque tanto glosadores como comentaristas, situados en un primer plano de la vida política de su tiempo, se habían alineado muchos de ellos junto al emperador, favoreciendo de esta manera la difusión de su consideración como *dominus totius mundi*. Lo mismo sucedió respecto al papa, dando con ello lugar a la formación de dos tendencias contrapuestas, la pontificia y la imperial, que pugnaban entre sí a la hora de atribuir a uno u otro la primacía universal³⁹.

Sin embargo queda claro que el emperador, lo mismo que el *rey teocráticos*, van a encontrar doctrinalmente mayores dificultades para demostrar su condición de vicarios de Dios. Aunque su esfuerzo por justificar una supremacía universal se produce antes en el tiempo, ellos no podían demostrar formalmente, como sí podían hacerlo los sucesores de Pedro, que había existido en su favor una delegación expresa por parte de Dios⁴⁰. El problema no era, desde luego, nuevo ya que se remonta a los primeros tiempos de la Iglesia. El cesaropapismo inaugurado con Constantino (306-337), que suponía, además de que el emperador pudiera legislar en materias eclesiásticas, la obediencia de la Iglesia al estado, persistió como una inquietante herencia, primero en las dos partes del Imperio y, más tarde, en la mitad oriental, en Bizancio. Pero habría que esperar a los tiempos del papa León I (440-461), para encontrar una reacción enérgica por parte de la Iglesia y esta reacción iba a descansar en el principio de que la teoría monárquica de la Iglesia encuentra su origen nada menos que en la directa designación por parte de Cristo a Pedro, como sucesor y que de éste pasaba a sus continuadores al frente de la Iglesia. Lo cual suponía, ni más ni menos, reconocer la supremacía jurisdiccional de la Iglesia de Roma en todo el orbe cristiano⁴¹. La negación de este principio por parte de los emperadores de Oriente sólo traería conflictos entre ambas potestades. Conflictos que se arrastrarían durante siglos. Era lógico, puesto que lo que estaba en juego era la idea de dominio universal, cuyos fundamentos encontraban los emperadores en el propio Derecho de Roma. Frente a la primacía papal, Constantinopla opuso

³⁸ VALLEJO, J. *Ruda equidad...*, pp. 343-359.

³⁹ KOSCHAKER, P. *Europa y el derecho romano*, Madrid, 1955, pp. 77 y ss.

⁴⁰ ULLMANN, W. *Principios de gobierno y política en la Edad Media*, Madrid, 1971, pp. 51-53.

⁴¹ GALLEGU BLANCO, E. *Relaciones entre la Iglesia y el Estado en la Edad Media*, Madrid, 1973, p. 18.

la doctrina del carácter sacerdotal de los emperadores, que les facultaba para gobernar el Imperio de los cristianos no sólo en materia temporal, sino también espiritual. El mismo Justiniano (527-565), bajo cuya mano se realizó la obra del *Corpus iuris*, según hemos visto, justificaba la doble vertiente, temporal y espiritual, de su condición de *basileus* en el principio del origen divino del poder imperial. Este principio se convirtió en el argumento básico de los pontífices para proclamar su soberanía y hacer frente a los intentos de delimitación del poder por parte de los reyes frente a la instancia papal, con las teorías de la *summa potestas* y de la *plenitudo potestatis*. El emperador sólo podía serlo si era ungido por el romano pontífice, única autoridad verdaderamente universal, ya que su poder derivaba directamente de Dios a través del primado de Pedro. Esta legitimidad de origen nunca podían probarla los emperadores, por mucho que se proclamaran a sí mismos vicarios de Dios en la tierra, de conformidad con la teoría teocrática o descendente del poder que la doctrina jurídica, de inspiración romanista, había elaborado cuidadosamente a favor de sus pretensiones⁴².

Durante los siglos XIV y XV y tras diversas vicisitudes, la suerte de aquella doctrina pontificia frente a los reyes-sacerdotes y al *principatus* de los emperadores, entró en crisis y con ella la autoridad del papado. La posición de fuerza en que los nuevos emperadores y los reyes de Francia e Inglaterra se encontraron, unido a las graves consecuencias del gran cisma, provocaron un claro retroceso en los logros obtenidos por Gregorio VII y que habían sido precipitados por sus antecesores⁴³. Los nuevos aparatos estatales, accionados por poderes seculares ansiosos de glorificar su imagen y servidos, a su vez, por una doctrina secular incondicional, encontraron no sólo en el Derecho romano y en el canónico, sino en la teología y la doctrina eclesiástica el material prestado que necesitaban para elaborar una doctrina propia del estado. Se trataba ya de un estado territorial, protonacional e independiente de cualquier otro poder, al que los juristas al servicio de los reyes calificarán sin titubeos de *Corpus Reipublicae mysticum* en una clara apropiación de conceptos elaborados con tenacidad por la doctrina eclesiástica⁴⁴. Más tarde

⁴² KOSCHAKER, P. *Europa y el Derecho romano*, pp. 80-81.

⁴³ Los principales adversarios con que contó la Iglesia en el siglo XIV fueron Marxilio de Padua (?-1342) y Guillermo de Ockam (1270-1347), quienes, con sutiles diferencias de matices, llegan a atribuir toda potestad, incluso espiritual, al Estado. Vid. TOUCHARD, J. *Historia de las ideas políticas*, Madrid, 1990, pp. 164-169.

⁴⁴ KANTOROWICZ, E. H. *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*, Madrid 1985, p. 201. La idea de *corpus mysticum* que la Iglesia había elaborado para explicar la relación de Cristo con su Iglesia, fue apropiada por los juristas laicos para explicar la relación existente entre el rey y el Estado. Este nuevo concepto lo encontraremos aplicado tanto en reinos gobernados “políticamente”, como Inglaterra, como en los que lo son “monárquicamente”,

Enrique VIII de Inglaterra se encargaría de eliminar la secular fijación del cuerpo místico, para sustituirla por la nueva doctrina política en la que el rey fuera la cabeza de los cuerpos político y espiritual⁴⁵.

El auge de la doctrina conciliaristas en el primer tercio del siglo XV vino a suponer nada menos que la puesta en entredicho que la puesta en entredicho de la supremacía papal en el propio seno de la Iglesia en beneficio de una *plenitudo potestatis conciliar*. Ahora eran los padres conciliares quienes se consideraban destinatarios de la suprema potestad otorgada por Dios. Pero no por mucho tiempo, pues dos décadas más tarde el papa Eugenio IV consumaría la victoria del papado sobre el movimiento conciliar. Al fin esto supuso la implantación de una “monarquía absoluta” dentro de la Iglesia y “el inicio del mundo moderno” que prepararía el camino a Lutero y Maquiavelo en la doctrina del estado, y a Ignacio de Loyola en la Iglesia⁴⁶. Durante la baja Edad Media se plantearía nuevamente la cuestión entre emperadores y reyes, que previamente se había centrado entre emperadores y papas. La nueva fórmula arbitrada por los juristas de los siglos XIII y XIV suponía la difusión por Europa de la nueva unidad jurídica, es decir, del *unum ius* propio del *unum imperium*.

VI. UNA MISIÓN SINGULAR: EL CONCILIO DE BASILEA

Tanta fama adquirió Alfonso de Cartagena con el discurso de la *Lex Gallus* en Aviñón, que al llegar a Basilea, el papa Eugenio habló en público consistorio con todos los cardenales y al ser informado que Don Alfonso pretendía acudir a hacerle una reverencia, el papa respondió: “por cierto, si el Obispo Don Alonso de Burgos en nuestra Corte viene, con gran vergüenza nos asentemos en la silla de san Pedro”⁴⁷.

como es el caso de Francia.

⁴⁵ Fray Prudencio de SANDOVAL, “Historia de la vida y hechos del emperador Carlos V”, en *B.A.E.*, tomo LXXX, Madrid, 1955, p. 226, recoge un pasaje del cronista Ayora, contemporáneo de Carlos V, donde se dice: “Y el rey, asimismo, los debe oír y acoger e remediar (a sus súbditos) con sus propias entrañas y miembros unidos consigo mismo como con cabeza. De lo qual redunda un cuerpo místico, figurado del que Cristo y su Iglesia facen”. Cfr. S. de MADARIAGA, *Carlos V*, Barcelona, 1955, pp. 79-100.

⁴⁶ TERNI, M. *La pianta della sovranità...*, pp. 68-73; E. GALLEGU BLANCO, *Relaciones entre la Iglesia y el Estado en la Edad Media*, Madrid, 1973, pp. 60-61. Vid. BLACK, A. “The Conciliar Movement”, en *The Cambridge History of medieval Political Thought, 350-1450*, Cambridge, 1988, pp. 577-582.

⁴⁷ *Crónicas de los Reyes de Castilla desde Don Alfonso el Sabio, hasta los Católicos Don Fernando y Doña Isabel*, Madrid, 1877, p. 515.

Hasta un mes después no llegaba la embajada a dos leguas de Basilea, la ciudad conciliar, deteniéndose el 23 de agosto en una pequeña población llamada Leichtal en espera del ceremonial de entrada y fijación de la fecha. Mientras tanto, recibiría la visita de bienvenida protocolaria de todas las representaciones diplomáticas del concilio y también de las autoridades eclesiásticas, entre ellas, el representante del Papa. La única que no lo efectuó fue la delegación de Inglaterra, que cumplió, según ella, enviando unos delegados que no eran de su embajada y a quienes acompañaban ochenta soldados para retar a los españoles. La comitiva acompañada de recuaje de acémilas, iban cubiertos con reposteros que llevaban bordadas las armas y colores del dueño y rodeadas de ballesteros y lanceros a pie. A cuatro o cinco tiros de ballesta, tendidas en dos filas, seguían las gentes a caballo: primero los gentiles hombres y escuderos de la embajada precediendo a los caballeros, después las trompetas y tras ellas los pajes de los embajadores. En pos de estos, guiados los de la derecha por Batalla, con la cota de armas del Condestable de Castilla y los de la izquierda por Buena-fiesta, con la cota de las armas del Alférez. De los perseverantes venían los farautes con avanguardia al frente, en medio de las filas y vestido con la cota de armas reales e inmediatamente el cuerpo de los siete embajadores, marchando de dos en dos y por el orden de su categoría y con los clérigos del séquito a la rezaga, en procesión arreglada y conforme a grados.

La entrada solemne en Basilea tuvo lugar el 26 de agosto de 1433, por la tarde. A escasos kilómetros de la ciudad conciliar salieron a su encuentro los familiares del cardenal Cervantes, como el obispo de Viso, Juan de Segovia, maestro en Teología, junto al arcediano de Segovia Frutos Montes y bastantes castellanos y les avisaron de la conveniencia de evitar problemas con la embajada inglesa. Después llegó la embajada de Francia compuesta por tres arzobispos y dos obispos; los del conde de Armagnac, Aragón y Chipre; las delegaciones de todos los cardenales; la de Inglaterra, formada por dos doctores y dos maestros que no pertenecían a la embajada oficial de su país; los dos presidentes del Concilio y varios prelados, como el patriarca de Antioquía⁴⁸. Abrían marcha las acémilas, llegadas de Castilla y poco después se incorporaron a la comitiva el embajador imperial y el de los griegos, tras ellos se sumaron los embajadores del Duque de Bretaña, del rey de Escocia y del Duque de Borgoña. La comitiva se disolvió ante la casa del protonotario Alonso de Carrillo, con quien cenaron aquella noche los miembros de la embajada.

Al día siguiente se incorporó al Concilio el doctor Juan Alonso de Segovia, delegado de la Universidad de Salamanca y la embajada inició inme-

⁴⁸ SERRANO, L. *Los conversos...*, pp. 137-138.

diatamente ese mismo día las visitas protocolarias a los cardenales y embajadores. El cardenal Cervantes informó detalladamente a los castellanos los pormenores de los asuntos conciliares y prometió no marcharse de Basilea hasta que la embajada se incorporase al Concilio y resolver la cuestión de precedencia con Inglaterra y hace notar que en la Asamblea se manifiestan dos tendencias: una pretendiendo alargar todo lo posible la duración del Concilio y otra buscar el camino de disolución cuanto antes, según los deseos expresados por el pontífice. Ya entonces se trataba de imponer al estado eclesiástico de las naciones representadas en Basilea una contribución de ochenta a noventa mil ducados para facilitar económicamente la venida de los griegos al Concilio, contribución que después fue aprobada en sesión general. El cardenal Cervantes tuvo que abandonar ausentarse de Basilea debido a la misión encomendada de reconciliar al Papa con la Asamblea episcopal y restituir al dominio de la Iglesia varias regiones de Italia.

El 2 de septiembre y en la junta extraordinaria del Concilio convocada al efecto, se efectuó la recepción oficial de la embajada, a la que asistieron el cardenal presidente y todas las representaciones diplomáticas. Intervino el Obispo de Cuenca, comentando en su discurso la frase “*gloriosa dicta sunt de te, civitas Dei*” del salmista, aplicada a la ciudad de Basilea y a los tres objetivos que en sus trabajos conciliares buscaban realizar los Padres y doctores. El maestro Juan de Torquemada leyó en castellano las cartas del rey acreditando a la embajada y posteriormente las tradujo al latín. El rey de Castilla siempre escribía en castellano los despachos del Papa y a los demás reyes, así como a los concilios. Tras un lapso, el cardenal presidente hizo el elogio de Juan II y después de agradecer a los miembros de la embajada por su colaboración a la obra reformatoria de la Iglesia, ordenó que al día siguiente actuaran las comisiones establecidas para el examen de los documentos diplomáticos de las embajadas y su oficial incorporación al Concilio.

El litigio de precedencia entre Inglaterra y Castilla, larvado meses atrás, ocasionó la designación de dos comisiones, una inglesa y otra castellana las cuales expusieron ante otra, nombrada por el Concilio, sus respectivos derechos, al objeto que la comisión que presidía pudiera decidir antes de incorporarse la asamblea a las sesiones conciliares. Don Alfonso de Cartagena fue encargado de llevar la voz de Castilla, pronunciando al efecto, el 14 de septiembre, un brillante discurso que había confeccionado en España y perfeccionó en su última parte, tras oír las alegaciones de la comisión inglesa⁴⁹. Como referente de tan conspicua intervención, destacamos un fragmento

⁴⁹ El texto de este discurso está publicado en castellano por el propio Don Alonso de Cartagena en *La Ciudad de Dios*, t. xxxv, p. 122 y ss.

de la misma para entresacar el concepto que Alonso de Cartagena tenía de Castilla:

Castilla es la representante de toda España y heredera legítima y exclusiva del imperio godo con su extensión territorial y personalidad jurídica en el concierto de las naciones europeas. Evangelizada por el apóstol Santiago y por San Pablo, unida a Roma desde el siglo primero de Cristo por los siete varones apostólicos, presidente del primer Concilio general de la Iglesia en la persona del obispo Osio, nación poderosa en tiempo de los visigodos, con una legislación conciliar propia, que ha pasado a la general de la Iglesia, era ya una de las hijas más creyentes de ésta cuando Inglaterra yacía aún en las densas tinieblas del paganismo... No hay corte ni príncipe alguno que tan visitada sea y tan llena de prelados, condes, barones y nobles y de tanta muchedumbre de gentes de pueblos como la Corte real de Castilla, que de continuo es visitada y seguida de los mismos. Inglaterra está, por así decirlo, fuera de Europa: el mar es la muralla divisoria entre Europa y otros países; la nación inglesa podrá, cuando más ser tenida como un barrio de Europa, y así como los barrios de las ciudades no merecen el mismo honor ni tienen las mismas preeminencias que la ciudad, así tampoco los ingleses podrán pretender los mismos derechos que las naciones europeas, y mucho menos que los de Castilla, cuyo dominio se extiende al mar de Canarias y sus islas.⁵⁰

Acabó don Alonso su alegato haciendo constar un dato indudable, como era que en el Concilio de Constanza, se reconoció la precedencia de Castilla sobre Inglaterra, ocurriendo lo mismo en la constitución del Concilio de Basilea, donde el arzobispo de Toledo obró y figuró sin disputa de nadie precediendo a la representación de Inglaterra.

Después de su intervención Don Alonso se dirigió al alférez real Juan de Silva y a los nobles caballeros que le acompañaban y elevando la voz dijo: “Yo he hecho lo que estoy obligado como letrado, vuestra merced haga como caballero”. Entonces se levantó el alférez y arremetió contra los embajadores de Inglaterra y tras arrojarles de sus sillones, él y toda la embajada se sentó sobre ellos, destinando a los ingleses los bancos de la mano izquierda de la sala, que aunque los primeros, eran reputados de inferior categoría en relación a los situados a la derecha que ocupaban franceses y castellanos. El Concilio tardó cerca de dos años en reconocer por escrito el derecho de precedencia de Castilla sobre Inglaterra, pues no expidió el documento hasta el 28 de julio de 1436. Hubo que esperar a la convocatoria de la junta general de 22 de octubre para que pudiera incorporarse oficialmente

⁵⁰ DE CARTAGENA, A. *La Ciudad de Dios*, t. xxxv, pp. 122 y ss.

al Concilio la embajada de Castilla, concediéndose el codiciado puesto de la derecha al obispo de Cuenca y al protonotario Alonso de Carrillo. La embajada inglesa, que también asistía al acto no levantó entonces protesta contra los castellanos. Los miembros de la Asamblea estaban distribuidos en cuatro secciones, dedicadas a la fe, paz, reforma y diputación común, sin distinción de naciones. Cada sección la conformaban un número igual de miembros de cuatro naciones: italiana, francesa, alemana y española, reconocidas oficialmente por el Concilio y entre las que se distribuían todos los países de la Iglesia universal. Cada sección tenía obligación de presentar mensualmente el resultado de su trabajo a otra diputación de doce miembros, que examinaba las conclusiones y si estaban conformes al menos tres de las cuatro secciones, las transfería al examen plenario de la asamblea conciliar.

Los miembros destacados del reino de Castilla que trabajaron en el Concilio de Basilea durante los años de estancia en el mismo de Alonso de Cartagena (1434-1435), fueron los siguientes: Gonzalo de Santa María, obispo de Plasencia y representante de la provincia eclesiástica de Compostela; el abad benedictino de Lézé, procurador del arzobispo y ciertos prelados de su provincia; Pedro Remigio, maestrescuela de Toledo y procurador de su arzobispo y del obispo de Cartagena; Pedro de Pores, prebendado de Sevilla y procurador de su arzobispo; García Martínez de Bahamonde, arcediano de Reina y procurador del obispo de León; Luis González Llanos, canónigo de León y procurador del obispo de Oviedo; Juan Díez de Coca, abad de Cervatos, pariente y procurador del obispo de Burgos don Pablo de Santa María; Pedro de Guzmán, procurador de la Orden de Calatrava; Antonio Gil, doctor y canónigo de Cuenca; Nuño Álvarez, bachiller en leyes y prebendado de la misma catedral; Gonzalo Ibáñez, canónigo de Mondoñedo; el sacerdote Pedro Martínez; Pedro Martínez de Bahamonde, bachiller en decretos; el presbítero Fernando Alonso; el bachiller en leyes y futuro arcediano de Treviño Rodrigo Sánchez de Arévalo; fray Pedro de Aguilar; fray Andrés, de la Orden de San Francisco; Fernando Pérez de Palenzuela; Martín Fernández de Covarrubias; Luis López de Sahagún; Rodrigo González de Gumiel de Izán, prior de la Colegiata de Roa y procurador de Fernando González de Aranda, rector de dicha iglesia. Posteriormente, el 10 de septiembre se agregaron el licenciado Fernando, abad de San Leonardo, de Alba de Tormes y Alfonso Díez, canónigo de Plasencia y bachiller en Derecho canónico.

En medio de la vorágine de las tareas marcadas por el Concilio, Don Alfonso tuvo que atender otro asunto referente a la propiedad de las Islas Canarias. El informe sobre este asunto lo escribió a instancias del rey y fue remitido al embajador de Castilla ante el Pontífice, Luis Álvarez de Paz, al objeto de impedir publicara Eugenio IV una bula concediendo a Portugal la Gran Canaria y tal vez alguna otra isla más del archipiélago, bajo pretexto

de introducir en ellas la fe católica. Don Alfonso conocía la cuestión de Canarias por haberlo tratado con el monarca de Portugal cuando era embajador de Castilla en aquella corte. Debido a sus gestiones se obtuvo entonces que una nutrida flota no fuese a dichas islas para efectuar su ocupación.

En 1425 pretendió apoderarse de Gran Canaria el portugués Fernando de Castro sin conseguir su propósito y según Alfonso de Cartagena, Enrique III, que se consideraba con derecho indiscutible a todas las islas, había donado algunas de ellas a Juan de Betancurt, reservándose en ellas el derecho supremo real, como se le reservaba en las donaciones de ciudades o pueblos a los nobles de su reino. Don Alfonso procuró la conversión de todo el archipiélago, estableció el obispado de Rubicón en Fuerteventura y debido a la carencia de oportunidad, no llegó a disponer la ocupación militar de todas las islas. Juan II negó la posesión de las mismas al infante don Enrique de Portugal que las ansiaba y al correr la voz que el Papa disponía entregar a Portugal aquellas islas no ocupadas por Castilla, con la condición que se convirtieran a la fe católica, se hizo necesario asegurar el derecho político que a todas tenía la Corona castellana. Castilla alegó, a través de Don Alfonso, el derecho de propiedad sobre todo el archipiélago Canario, en cuanto dependiente de la antigua provincia de Tánger, que formó parte del imperio visigodo de España y del que es heredera universal e indiscutible la monarquía castellana, y en ese momento el obispado de Rubicón se extendía a todo el archipiélago y caía de lleno en el mar de influencia de Castilla y de esta manera se intentaba deslegitimar la teoría portuguesa que se creía con derecho a las islas por estar más cercanas a su propia costa que a las de Castilla.

Según la teoría de Alonso de Cartagena, si los portugueses deseaban evangelizar las islas no recuperadas aún por Castilla, podían hacerlo, pero sin desconocer la propiedad y derecho de Castilla sobre ellas y si el Pontífice desea otorgarles una bula que autorizara dicha anexión, no podía inmiscuirse en la cuestión de propiedad de las mismas, puesto que esa cuestión no le compete a él ni tampoco al Concilio de Basilea.

Alonso de Cartagena redactó, a instancia de parte, varios informes jurídicos sobre extensión de las penas impuestas a los padres por el rey; sobre si un clérigo particular está ligado por toda la vida a las consecuencias de una sentencia, no pudiendo recibir colación de beneficio alguno; sobre la legitimidad de la colación de una prebenda realizada por el cardenal presidente del Concilio; sobre que el clérigo presentado a un beneficio por el primogénito de un patrono, a quien herede o debe heredar, es presentado válidamente y la respuesta de Don Alfonso a varias cuestiones que se le propusieron en el Concilio de Basilea.

VII. LA LITERATURA JURÍDICA CASTELLANA

El estudio de los métodos que utilizaban los juristas medievales suscita gran interés para el conocimiento del Derecho actual. A pesar de la lejanía en el tiempo, es sorprendente su carácter innovador. La tarea de realizar un análisis sobre estos métodos y a pesar de ser complicada, justifica en sí misma su realización por el interés que nos provoca su conocimiento. El objetivo no es otro que el de acercarnos a la metodología jurídica medieval, entresacando la técnica utilizada en el estudio del Derecho, observando su carácter novedoso y su posible aplicación en la actualidad.

Nuestro interés en conocer la jurisprudencia medieval reside en el deseo de profundizar en los métodos aplicados a la ciencia jurídica, para ello y en aras de conocer mejor la literatura jurídica castellana, debemos conocer los hitos de la literatura jurídica europea, concretamente la desarrollada en Alemania. Algunos tratadistas del pensamiento jurídico consideran que los estudios realizados por teólogos y juristas medievales denotaban una clara influencia del método escolástico teológico, basado en el análisis lógico-formal, pero la realidad era muy distinta, por lo que llegan a conclusiones equivocadas. Por ello, para conocer realmente el método empleado se debe acudir a un estudio directo de los textos de los juristas de la época, que es lo que hemos realizado al estudiar en profundidad la Ley de Gallo- *Lex Gallus*-, concretamente en la *Repetición* que en 1434 realizó en Basilea Alonso de Cartagena. Las investigaciones realizadas por autores como B. Brugi, Paradisi y Meijers destacan el carácter específicamente jurídico del método empleado por los glosadores, aunque hay disparidad de opiniones en cuanto al uso de la dialéctica, pues mientras que para unos era escasamente usada, otros, en cambio, consideraban que era necesaria para exponer las decisiones y convencer al auditorio.

A) La literatura jurídica de los siglos XV y XVI

Los siglos XV y XVI, siglos iniciales de la recepción, no podían dar nacimiento a una literatura jurídica, tomada en su conjunto, de alto nivel. La recepción consistía en la introducción de una técnica jurídica que, por una parte, era nueva en el mundo germánico y, por otra, suponía una educación escolástica e imponía la satisfacción de dos exigencias fundamentales: la vulgarización de las técnicas nuevas y el reclutamiento de personal especializado en número suficiente para desempeñar los puestos clave de la función pública que exigía la presencia de juristas.

Por lo que respecta a la literatura jurídica castellana se deben exponer las obras que escriben los juristas para comprender el derecho de su época, centrándonos en el Derecho secular, tanto del *ius commune* como de los *iura propria*.

La producción de literatura jurídica castellana durante la Edad Media fue escasa, puede ser que no la conozcamos porque se perdiera, a pesar que eran escasas las personas que cursaban entonces estudios jurídicos en las Universidades de la Península Ibérica⁵¹. Examinando la literatura jurídica producida durante los siglos XIII-XV en Italia o en Francia, se observa que existe un predominio de la literatura del Derecho común, frente a la literatura de los *iura propria*. En la Península Ibérica, por lo general, y en Castilla en particular, la relación se trastoca, puesto que es escasa la literatura de Derecho común y abundante la literatura de los *iura propria*.

Una de las obras de literatura de Derecho común en Castilla es el *Comentario a la Ley de Gallo*, objeto del presente libro⁵², sobre cuyo manuscrito original hemos trabajado y realizado el estudio jurídico y exegetico. Otras obras de literatura son diversos repertorios de Juan Alfonso de Madrid, obras de Juan Faber, Cino de la Pistoia, Bártolo, Durante, Baldo, etc. A estas obras deben añadirse traducciones al castellano de obras de Derecho común, tales como la traducción del *Libellus fugitivus* de Nepos de Montealbano así como la traducción de *Lo Codi*⁵³. A pesar que algunas obras son traducción del Derecho común, presentan algunas modificaciones como la *Suma de los nueve tiempos* de Jacobo de las Leyes o la *Margarita de los pleitos* y la *Summa aurea de ordine iudiciario*, de Fernando de Zamora. Las restantes obras de literatura jurídica que se produjeron en el territorio castellano se refieren al derecho aplicado en Castilla.

La literatura jurídica castellana se alimenta de la cultura jurídica del Derecho común debido a que los autores de dichas obras eran juristas formados en los postulados jurídico-dogmáticos del Derecho común que se impartían

⁵¹ Durante los siglos XIV-XV se graduaron en Bolonia en uno o varios derechos 239 hispanos (34 en el siglo XIV y 235 en el siglo XV). Durante el siglo XVI se graduaron 571 hispanos. En un sólo siglo de la Edad Moderna se graduaron más del doble que los que llegaron a la obtención de grado durante dos siglos. PÉREZ MARTÍN, A. "Proles Aegidiana", I-IV, en *Studia Albotoniana* XXXI, Bolonia-Zaragoza, 1979; *Españoles en el Alma Mater Studiorum. Doctores hispanos en Bolonia de 1369 a 1800*, Murcia 1998. Del mismo autor "La Literatura Jurídica castellana en la Baja Edad Media", en *Historia de la Literatura Jurídica en la España del Antiguo Régimen*, Vol. I, Madrid 2000, pp. 61-78.

⁵² Se trata del *Comentario a la Ley de Gallus* contenida en el *Digesto*, 28,2,29, conservada en el Ms. 11 del Archivo de la Catedral de Burgos. Se trata de una obra que hasta el momento de la presente publicación era inédita.

⁵³ Vid. PÉREZ MARTÍN, A. *El Derecho procesal del Ius commune en España*, Murcia, 1999, pp. 196-197.

en las principales Universidades europeas. Por otro lado, el Derecho común era el referente de Derecho culto y paradigmático al que debían emular los *iura propria*. Los juristas castellanos comentaban cada uno de los preceptos del Derecho castellano acudiendo a textos paralelos del Derecho común, casi todos ellos inspirados en el *Corpus Iuris Civilis* o en el *Corpus Iuris Canonici*, así como de la literatura jurídica del *ius commune*, siendo escasas las citas de obras castellanas⁵⁴. Los índices de fuentes publicadas por el Profesor A. Pérez Martín son una buena muestra de ello: *Summa aurea de ordine iudiciario* y el *Tratado de los frutos* de Fernando Martínez de Zamora, el *aparato de glosas al Ordenamiento de Briviesca* de Arias Dávila, los *aparatos de glosas al Ordenamiento de Alcalá* el *Tratado sobre la sucesión en la Corona* de Arias de Balboa y el *Tratado sobre los mayorazgos* de Diego Gómez de Zamora⁵⁵.

El contenido del Derecho castellano era, en gran parte, un Derecho inspirado en el Derecho común, como podemos observar en la obra legislativa culmen castellana, el *Código de las Siete Partidas*.

Los principales géneros jurídico-literarios en los que manifiestan sus conocimientos los juristas castellanos son las siguientes:

a) *Traducciones* al romance de obras latinas. Merece la pena resaltar la versión del *Libellus fugitivus* de Nepos de Montealbano y la traducción de *Lo Codi*. La *Summa de los nueve tiempos* de Jacobo de las Leyes y la *Summa aurea de ordine iudiciario* y la *Margarita de los pleitos*⁵⁶

b) Las *glosas* o *comentarios* a los cuerpos legales castellanos, entre otros:

- El *Fuero Real*, además de los comentarios conocidos o inéditos a dicha obra, existen aparatos anónimos de *glosas*, algunas incluso en romance que se conservan en diversos códices de El Escorial⁵⁷.

⁵⁴ PÉREZ MARTÍN, A. “La Literatura...”, p. 65.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 65 y 66. Vid. ALONSO ALONSO, “Bibliotecas medievales de los arzobispos de Toledo”, en *Razón y Fe*, 123, 1941, pp. 295-309; M. C. DÍAZ y DÍAZ, “Notas de bibliotecas de Castilla en el siglo XIII” y M. A. LADERO QUESADA y QUINTANILLA RASO, M. C. , “Bibliotecas de la alta nobleza castellana”, en *Livre et lecture en Espagne et en France sous l’ancien régime. Colloque de la Casa de Velázquez*, París, 1981; MARCOS RODRÍGUEZ, F. “La antigua biblioteca de la catedral de Salamanca”, en *Hispania Sacra*, nº 14, 1961, pp. 281-239; BELTRAN DE HEREDIA V. , *Bulario de la Universidad de Salamanca*, I, Salamanca, 1970, pp. 87, 598, 610, 617, 619, 622, 623, 637-639, 651-653, 662-663, 666-667 y 679.

⁵⁶ Vid. CERDÁ RUIZ-FUNES, J. “La Margarita de los Pleitos de Fernando Martínez de Zamora”, en *A.H.D.E.*, nº III (1950), pp. 634-738.

⁵⁷ El Profesor Antonio PÉREZ MARTÍN, maestro y experto en Derecho Común, y cuya línea

- Las *Siete Partidas*, aparte de ciertas *glosas* inéditas, el más conocido es el aparato de glosas de Alonso Díaz de Montalvo⁵⁸.
- El *Ordenamiento de Alcalá*, se conservan dos aparatos de *glosas* sobre este cuerpo legal, la atribuida a Núñez de Balboa y otro anónimo que pudiera ser de Juan Arias Dávila, publicado por Juan de Parix hacia 1474. Otros aparatos constan en diversos manuscritos del *Ordenamiento de Alcalá*.
- El *Ordenamiento de Briviesca de 1387*, uno de los *aparatos de glosas al Ordenamiento de Briviesca* que según Pérez Martín pudo ser Arias Dávila, obispo de Segovia, publicado por vez primera por Juan de Parix en 1474, junto con el *Ordenamiento de Alcalá*⁵⁹. En relación a las *glosas* o comentarios a textos no castellanos, sino del *Corpus Iuris* se debe destacar el comentario de Alonso de Cartagena a la *Ley Gallus* (D. 28,2,29), que exponemos e interpretamos en el capítulo X de la presente obra.

c) *Tratados*. La obras que se presentan monográficamente son:

- *El proceso*, así como en la literatura del *Ius commune* los primeros tratados que se elaboran se centran en el proceso en su conjunto o partes del mismo, se puede predicar lo mismo de las obras castellanas⁶⁰. Entre otras obras de Derecho procesal castellano se pueden citar las siguientes: Petrus

discursiva e investigadores seguimos en la composición del presente capítulo, nos informa en su excelente trabajo “La Literatura castellana en la Baja Edad Media...”, nota 19, p. 67, que uno de los comentarios al *Fuero Real* se conserva en el *Códice* 710 de la Biblioteca Nacional de Madrid y que ha sido publicado por CERDÁ RUIZ-FUNES, J. “Las glosas de Arias de Balboa al *Fuero Real* de Castilla”, *A.H.D.E.*, 21-22, (1951). Para la crítica a la autoría de Arias de Balboa, *Vid.* A. PÉREZ MARTÍN, “El Ordenamiento de Alcalá (1348) y las glosas de Vicente Arias de Balboa”, en *Ius Commune*, 11, 1982, pp. 247-248.

⁵⁸ Según PÉREZ MARTÍN, la publicación del aparato de *glosas* junto con las posteriores ediciones que Montalvo realiza de *Las Partidas*, servirá de base para el posterior aparato de Gregorio López. En el código 5-7-6 de la Biblioteca Colombina, se contiene un *aparato de glosas* de las *Siete Partidas* terminado el 24 de diciembre de 1420 por Diego Fernández debido a un encargo de Rodrigo García, hispalense y doctor en leyes. “La Literatura...”, p. 67.

⁵⁹ *Vid.* A. PÉREZ MARTÍN, “El Ordenamiento de Alcalá (1348) y las glosas de Vicente Arias de Balboa”, en *Ius Commune*, 11, 1982.

⁶⁰ Tema tratado en profundidad por el Profesor A. PÉREZ MARTÍN: “*El ordo iudiciarius ad summariam notitiam y sus derivados. Contribución al estudio de la literatura procesal castellana*”, en *Historia, Instituciones, Documentos*, nº 8 (1981), pp. 195-166 y nº 9 (1982), pp. 327-423. Del mismo autor *El Derecho procesal del Ius commune en España*, Murcia, 1999 y “La Literatura jurídica...”, pp. 68 y ss.

Hispanus, autor de dos *ordines iudicarii*, el *Quia utilisimus fore* y el *Ad summarium notitiam*⁶¹; Rodrigo, Obispo de Palencia, autor del *Tractatus de positionibus*⁶²; *Summa de ordine iudiciario*, de la que es autor Fernando Martínez de Zamora, a quien se atribuye otras obras como la *Margarita de los pleitos*⁶³; Jacobo de las Leyes, italiano afincado en Castilla autor, entre otras de las siguientes obras: *Summa de los nove tiempos*, traducción del *ordo iudiciarius Ad summariam notitiam* de Petrus Hispanus. *Flores de las Leyes* y *Doctrinal de los juicios*⁶⁴; el Doctor Infante es autor de *La Forma Libellandi*, obra que modifica la *Suma de los nueve tiempos*, editada repetidamente durante el siglo XVI.

- Resto de materias tratados por los juristas castellanos: El fundamento de la monarquía y el derecho de sucesión fueron tratados por Arias de Balboa con motivo de la sucesión de Martín el Humano. Los frutos civiles los estudió Martínez de Zamora, el Derecho de los mayorazgos los trató Diego Gómez de Zamora, el Derecho de los caballeros aparece en la obra del obispo burgalés Alonso de Cartagena en su obra *Doctrinal e instrucción del arte de la cavallería*, se trata de un compendio de Derecho nobiliario y caballeresco tomado del *Fuero Juzgo*, *Fuero Real*, *Siete Partidas* y otros *Ordenamientos de Cortes*, en particular el de Alcalá de 1348, fue reimpreso en Burgos en 1497⁶⁵. Del mismo autor cabe mencionar el *Derecho de España sobre las Canarias* y el *tratado sobre la preeminencia de la embajada castellana sobre la inglesa* expuesto en el Concilio de Basilea.

⁶¹ Aunque se atribuyen al mismo autor, la verdad es que según Pérez Martín “La Literatura...,” p. 68, deben atribuirse a dos autores distintos, el segundo de los cuales fue utilizado en una larga serie de obras atribuidas a Fano, Odofredo, Bártolo y en España a Jacobo de las Leyes.

⁶² GARCÍA Y GARCÍA, A. “Magister Rodericus Palentinus”, en *Homenaje a Fray Justo Pérez de Urbel*, Burgos, 1976, pp. 111-116.

⁶³ Cerdá Ruiz De Funes, J. “La Margarita de los Pleitos de Fernando Martínez de Zamora”, en *A.H.D.E.*, XX, (1950), pp. 634-738.

⁶⁴ Ambas obras constituyen tratados procesales. La primera dedicada a Alfonso Fernández, hijo natural de Alfonso X. Cfr. Cerdá y Ruiz-Funes J. y Salvador Coderch, P. “El estudio de la recepción del Derecho común en España”, en *I Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado. Nuevas técnicas de investigación*, Bellaterra, 1985, pp. 272-277; A. Pérez Martín, “La obra jurídica de Jacobo de las Leyes: Las Flores del Derecho”, en *Cahiers de linguistique médiévale*, n° 22, 1998-1999, pp. 247-270.

⁶⁵ Martínez de Añibarro, M. Intento de un *Diccionario biográfico y bibliográfico de autores de la Provincia de Burgos...*, p. 101 y G. Antolín, *Catálogo de los códices latinos de la Real Biblioteca del Escorial*, I, Madrid, 1910, p. 97.

d) *Repertorios*.

Se trataba del instrumento más importante durante muchos siglos al objeto de conocer por orden sistemático o alfabético las citas y pasajes de textos⁶⁶, y esa es la razón de la existencia de repertorios jurídicos castellanos, como los siguientes: *Tabula iuris a las Siete Partidas*, escrito por González de Bustamante, completados a través de notas marginales con citas del *Fuero Juzgo*, *Fuero Real*, y *Ordenamientos de Cortes* como el de Alcalá (1348), que vienen a completar el elenco de términos jurídicos de Derecho romano tomados de las *Partidas* principalmente⁶⁷. Otro repertorio es el de Alonso Díaz de Montalvo, autor de la *Secunda compilatio legum et ordinationum regni Castellae*, resumen alfabético de la legislación castellana del que se redactaron ediciones incunables⁶⁸ y otro autor es Juan Alfonso de Madrid, autor de repertorios a obras de Juan de Faber, Cino de la Pistoia, Bartolo, Durante, Baldo Ubaldi, etc.

e) *Autores de Obras de Literatura Jurídica*.

Los juristas escriben sus obras bien en romance castellano, bien en latín, como en Francia e Italia. Los *aparatos de glosas* aparecen escritos en latín, aunque en algunos de ellos aparecen *glosas* en castellano. Los primeros autores que escriben obras de literatura jurídica castellana eran extranjeros que se asientan en Castilla. Fueron llamados por los monarcas castellanos o bien se trataba de hispanos formados en Universidades extranjeras, concretamente en Bolonia, como por ejemplo Hogolino de Sesso⁶⁹, Rodrigo de Palencia, Jacobo de las Leyes, Roldán etc. Poco después apareció una pléyade de juristas castellanos, generalmente clérigos, formados en Universidades castellanas o extranjeras⁷⁰.

⁶⁶ Cfr. BARRERO GARCÍA, A. M^a. “Los Repertorios y Diccionarios jurídicos desde la Edad Media hasta nuestros días”, en *A.H.D.E.*, n° 43 (1973), pp. 311-351.

⁶⁷ El Prof. A. PÉREZ MARTÍN, en “*La Literatura...*”, *op. cit.*, p. 71, cita la amplia glosa editada en 1498 por Bonifacio GARCÍA, jurista portugués, conocida como la *Bonifacia*, *Pelegrina a compilatore glossarum dicta Bonifacia*, Sevilla 1498; Vid. V. GUITARTE IZQUIERDO, *D. Gonzalo González de Bustamante, jurista castellano del siglo XIV: su vida y su obra*, Castellón, 1979.

⁶⁸ Díez DE MONTALVO, A. *Incipit secunda compilatio legum et ordinationum regni Castellae que a regibus Hispanie in generalibus curiis condite et promulgate fuerunt usque al serenissimum et invictissimum dominum regem Fernandum*, Salamanca, 1485.

⁶⁹ MAFFEI, D. “Fra Cremona, Montpellier e Palencia nel secolo XII. Recherche su Ugolino de Sesso”, en *Studi di Storia delle Università e della Letteratura giuridica, Bibliotheca Eruditorum*, n° 1, Frankfurt am Main, 1995, pp. 1-22; A. PÉREZ MARTÍN, “*La Literatura...*”, *op. cit.*, p. 73.

⁷⁰ Estos juristas castellanos pertenecían a la clerecía, habiendo recibido la primera tonsura u órdenes menores. Debido a su condición podían acceder a beneficios eclesiásticos, sistema que les posibilitaba financiarse sus estudios.

Entre otros autores de literatura jurídica, podemos mencionar los siguientes:

- Diego Gómez de Zamora, presuntamente natural de Zamora, como se desprende del topónimo que utilizaba de sobrenombre, la fecha de nacimiento pudo ser hacia 1420 y su muerte puede situarse hacia 1484. Estudió Leyes en Salamanca, donde se ocupó de la docencia de Cánones desde 1447 hasta 1484, Diputado, Primicerio y Contador. Asesor real que en varias ocasiones acudió a la corte para explicar asuntos del reino y del estudio salmantino. Su hermano desempeñó el cargo de fiscal e intervino en la condena a muerte de Álvaro de Luna, sucediendo a su hermano, una vez fallecido, en dicho puesto. Autor de un opúsculo sobre mayorazgos, que constituye el primer tratamiento científico de esta materia⁷¹.
- Vicente Arias Balboa, jurista de probable origen gallego, nacido hacia 1360. En 1381 consta que era clérigo en Lisboa y estudiante de tercer año de leyes en Salamanca. Obtuvo el doctorado en Leyes y perteneció al grupo de asesores del arzobispo de Toledo Pedro Díaz Tenorio. Fue auditor, embajador y consejero del monarca castellano y acudió comisionado por él a Aviñón en 1395, defendiendo la obediencia de Castilla al papa aviñonés. El 30 de julio de 1404 Benedicto XIII, en recompensa por sus servicios, le promovió al obispado de Plasencia y en 1406 le comisionó para auditar las rentas del Estudio de Salamanca. Falleció en Plasencia el 29 de julio de 1414 y fue enterrado en la catedral de Toledo. Gozó fama de gran jurista⁷².
- Gonzalo González de Bustamante. Cursó estudios de Derecho canónico y civil en Aviñón y formó parte del grupo de juristas asesores del arzobispo de Toledo Díaz Tenorio, acompañándolo en sus sedes de Coímbra y Toledo. Ocupó la sede del obispado de Segovia desde 1389 hasta su fallecimiento acaecida en 1392. Es autor de la *Pelegrina* y de un aparato de *glosas al Fuero Real*.
- Juan Alfonso de Madrid. Nacido en Madrid y perteneciente al grupo de colaboradores del Arzobispo de Toledo Díaz Tenorio. En 1393 era bachiller en artes y leyes, licenciado en decretos, regente de la cátedra principal de Decretales de Salamanca y familiar del papa Benedicto XIII. A principios

⁷¹ PÉREZ MARTÍN, A. “El Tratado de mayorazgo de Diego Gómez de Zamora”, en *Homenaje a Alfonso García-Gallo*, nº 1, Madrid 1998, pp. 355-401. Del mismo autor, “La Literatura Jurídica...”, p. 72

⁷² PÉREZ MARTÍN, A. *La Literatura...*, op., cit., p. 75.

del siglo xv aparece como doctor en ambos Derechos. El papa, en agradecimiento por sus desvelos para que Castilla retornara a la obediencia de Benedicto XIII le incorporó a la curia papal en calidad de notario, confiriéndole la cantoría de Segovia y luego el arcedianato de Alcaraz, el deanato de Compostela, una canongía en Talavera y el arcedianato de Briviesca. Ocupó el cargo de canciller con el monarca Juan II. Entre sus obras más significativas se cuentan diversos *Repertorios* a obras de Cino, Bártolo, Faber, etc.⁷³

- Alonso de Cartagena, hijo del converso Pablo de Santa María. Ocupó el cargo de Rabino Mayor de Burgos así como las sedes de Cartagena y Burgos. Doctor en leyes por la Universidad de Salamanca. Autor de numerosos libros y comentarios e importantes leyes, la principal es el objeto de la presente obra, *Repetitio super legem Gallus (Digesto 28,2,29)*⁷⁴.
- Juan Arias Dávila, nació en Segovia hacia 1436, de familia de conversos judíos. Estudió en Salamanca, donde se licenció en Derecho canónico. En Segovia fue administrador y posteriormente obispo de la diócesis. Dotó un colegio de Gramática, Lógica y Filosofía. Logró introducir la Biblioteca en su diócesis y ampliar los fondos bibliográficos de la biblioteca capitular. Se le atribuye el comentario al *Ordenamiento de Briviesca* y otro al *Ordenamiento de Alcalá*. Siendo acusado de criptojudasismo por la Inquisición, se exilió a Roma al objeto de preparar su defensa, donde falleció⁷⁵.
- Juan Alfonso de Benavente, natural de Benavente, en Zamora. Estudió en Salamanca donde obtuvo el Doctorado en Derecho canónico y se consagró a la docencia durante más de medio siglo. Sus obras se centran en el Derecho canónico, entre las que sobresale *Ars et doctrina studendi et docendi*⁷⁶.

⁷³ PÉREZ MARTÍN A., La Literatura..., *op. cit.*, p. 76.

⁷⁴ A.C.B., Ms. n.º 11, (inédito).

⁷⁵ Cfr. DE AZCONA, T. "Arias Dávila, Juan", en *Diccionario de Historia Eclesiástica de España*, dirigido por ALDEA VAQUERO Q., MARÍN MARTÍNEZ T. y VIVES CASTELL, J. *Suplemento*, I, Madrid, 1987, pp. 64-67. "El Ordenamiento de Briviesca de 1378 y sus glosas", en GALINDO GARCÍA A., *Arias Dávila: Obispo y Mecenas. Segovia en el siglo XV*, Salamanca 1998, pp. 355-401; A. PÉREZ MARTÍN, *La Literatura...*, *op. cit.*, p. 77.

⁷⁶ Cfr. DE BENAVENTE, J. A. *Ars et doctrina studendi et docendi. Edición crítica y estudio por Bernardo Alonso Rodríguez*, Salamanca 1972.

Para que el Derecho romano llegase a hacerse considerar como el Derecho común en Alemania, se necesitó seguramente una importante aportación de derecho de fondo y la manera en que esta aportación tuvo lugar jugó un papel decisivo. El *Corpus Iuris* de Justiniano fue recibido, por una parte, bajo la forma y con la substancia que los glosadores y comentaristas le habían dado, es decir, con omisiones (los textos griegos, las novelas sólomente en la versión del *Authenticum*, etc.) y adiciones (la *Decima collatio novellarum*, los *Libri feudorum*, la *Lombarda*, etc.) y, por otra parte, concediendo tanto a sus distintos pasajes como a sus diferentes partes el valor que les habían atribuido los juristas italianos. La *Glosa ordinaria* y las obras más importantes de los comentaristas (Bartolo, Baldo, Pablo de Castro, Jásón del Maino) constituían una parte esencial del material recibido y, por ello, una opinión unánimemente adoptada por esos autores era prácticamente indiscutible.

Para permitir la aplicación del Derecho romano y resolver los conflictos entre éste y el Derecho alemán, la jurisprudencia alemana puso a punto, basándose en la teoría italiana de las relaciones entre *ius commune* y *ius proprium*, un sistema que consideraba el Derecho alemán como un derecho especial que debía aplicarse de forma prioritaria, pero interpretar estrictamente (*stricta interpretatio*). El mecanismo de esa regla, bajo su forma final, se resume así:

1. En ciertas materias, el Derecho romano era aplicado a título principal y el Derecho alemán a título de complemento o de modificación; en otras, el Derecho romano era el Derecho subsidiario.
2. Sólo tienen fuerza de ley en Alemania las partes y los pasajes de las *colecciones* de Justiniano que se encuentran acompañadas de *glosas* (*quidquid glossa non agnoscit, illud nec agnoscit curia*). Las fuentes así seleccionadas son las *Instituciones*, el *Digesto*, excepto algunos pasajes, el *Código*, excepción hecha de las *leges restitutae* (ausentes de los manuscritos y encontradas por la Escuela de los cultos en el siglo XVI y del título 3.43 (*De aleae usu et aleatoribus*); de entre las *novelas*, sólo las noventa y seis que formaban las nueve *colecciones* del *Authenticum* estaban acompañadas de *glosas*.
3. Sólo tienen fuerza de ley pasajes glosados del *Corpus Iuris* que contienen normas jurídicas y entre ellas la más reciente. La prioridad cronológica de una regla se determina según los siguientes principios: entre las novelas, la más reciente prevalece sobre la más antigua; todas las novelas prevalecen sobre las *Instituciones*, el *Digesto* y el *Código*; en cuanto a las constituciones contenidas en el *Código* hay que tener en cuenta su fecha, ya

sea para establecer el orden de prelación entre ellas o entre una constitución y una norma contenida en el *Digesto* o en las *Instituciones*.

4. Las normas concernientes a la organización constitucional o a las costumbres de la Roma antigua y que no tienen su equivalente en Alemania, no encuentran ninguna aplicación, incluso si están acompañadas de glosas.

5. Inversamente, el Derecho romano sólo puede aplicarse con una gran reserva en materias que conciernen a instituciones ignoradas en Roma por el hecho de su origen germánico o medieval: comunidad de bienes entre cónyuges, títulos de crédito, seguros y, de una manera general, numerosas instituciones del Derecho mercantil, sucesiones hereditarias por contrato, relaciones legales entre la nobleza, la burguesía y los campesinos, transmisión de la propiedad de inmuebles y registros relativos a ella, reglamento jurídico de las corporaciones profesionales, etc.

6. Para el resto y salvo las restricciones expuestas, el Derecho romano es recibido como Derecho común *in complexu*, es decir, en su conjunto y no como la suma de disposiciones particulares. De este modo, la parte que se basaba en una de esas prescripciones, se consideraba que tenía una *fundata intentio*, pues disponía a su favor de la presunción de que la disposición invocada era válida y concretamente aplicable y ello hasta que se demostrara, recurriendo a alguna de las reglas citadas, que no podía ser aplicada o que había sido derogada por una ley posterior⁷⁷.

En Centroeuropa, concretamente en Alemania, hubo gran presencia, durante esos siglos de juristas que habían seguido algunos cursos en los tribunales sin obtener el diploma final, de esta manera se hizo sentir la necesidad de proporcionar instrumentos de información o de formación de base a los no juristas, indispensables para ocupar los puestos vacantes. De esta situación provino la necesidad de redactar textos que podían servir como medios de información, incluso de vulgarización. Se trataba de llevar los elementos fundamentales de la técnica jurídica del Derecho común al conocimiento de quienes no habían recibido una instrucción adaptada a su actividad profesional y que por añadidura, frecuentemente ignoraban la lengua propia del Derecho, el latín⁷⁸.

⁷⁷ AUGUSTO CANNATA C., *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*, Madrid 1996, pp. 158-159.

⁷⁸ Los ejemplos más llamativos de esa literatura de vulgarización son la reelaboración del *Sachsenspiegel* según criterios y con referencias romanistas que fue la obra de KLING, Melchor (1542) y el *Wendisch-Rüganischer Landgebrauch* de NORMANN Matthaeus (primera mitad del siglo XVI). Entre esas obras destinadas a poner a disposición instrumentos romanistas con vistas a una aplicación técnica del Derecho alemán, deben citarse las *Differentiae iuris civilis et saxonici* de FACHS Ludwig y REINHAUD B. (mediados del siglo XVI). AUGUSTO CANNATA, C. *Historia de la*

Los *Klagspiegel*, especie de guías del proceso, eran por lo que a ellos respecta, exposiciones simplificadas del derecho romano y representaban el colofón de una forma de literatura muy antigua que se remontaba a colecciones de formularios de actos privados y procesales cuya difusión se hacía mediante copias manuscritas hasta que la recepción del Derecho romano, que coincidió con la introducción de la imprenta, provocara la aparición de ese género literario nuevo. El más conocido de los *Klagspiegel* es el *Layenspiegel* (*espejo de los laicos o de los profanos*), cuyo autor, Ulrich Tengler dedicaba en 1495 a los prácticos del derecho, fuesen jueces, cancilleres o partes en el proceso que carecían de formación jurídica⁷⁹. Igualmente proyectaba una traducción completa del *Corpus Iuris*, pero que no llegó a ver la luz, a pesar que era maestro en el dominio de la lengua latina.

Respecto a la literatura científica, los libros escritos por juristas y para juristas, hay que tener presente su nivel medio, como el de la literatura jurídica alemana de los siglos xv y xvi y por otro subrayar la existencia de una excepción poco conocida pero de talla, porque aunque la jurisprudencia alemana no fuera destacable en su conjunto, no se debe olvidar la figura del jurista alemán Zazius, tanto por sus contactos con Andrés Alciato, como por la coexistencia de una vasta cultura humanista con el dominio del *mos italicus* y un profundo conocimiento del derecho alemán, mezcla de cultura y de intereses que le convierte en precursor del *usus modernus*.

VIII. LOS JURISTAS INDIANOS Y EL *IUS COMMUNE*

La controversia jurídica suscitada con motivo del descubrimiento de las islas y tierra firme del mar océano pretendía aclarar a quién pertenecían y en razón de qué títulos, por lo que esta cuestión ocupó la atención no sólo de los juristas y teólogos castellanos, sino también la de la propia corona, cuya solución desde el principio fue que pertenecían a los Reyes Católicos, solución fundada en el título del descubrimiento y la ocupación, confirmado por la donación pontificia, es decir, la adquisición de las Indias se explicaba dentro del marco del *ius commune*, pues Europa vivía en el sistema del derecho común y así, como consecuencia de los diversos títulos invocados, las Indias quedaron incorporadas a la Corona de Castilla. Una vez resuelta esta cuestión se presentaba otra dificultad, como era sobre qué derecho debía

Ciencia Jurídica..., p. 161.

⁷⁹ Esta obra fue impresa por vez primera en 1509 con un prefacio del humanista alsaciano BRANT, Sebastian que en 1516 publicó un *Klagspiegel*, más antiguo y de autor desconocido, que había sido objeto de cinco ediciones anteriores.

aplicarse en aquellos territorios que habían accedido a la Corona de Castilla. No era esta una nueva cuestión para los juristas, pues ya se habían ocupado de ella los canonistas al glosar y comentar el capítulo *Recolens* del título *De statu monachorum* del *Liber Decretalium* (X.3.35.3) a propósito de la unión de monasterios, conventos e iglesias, y a los civilistas al comentar el párrafo Nuda de la ley Si convenerit, del título *De pignoraticia actione* del *Digesto* (13.7.18.1) a propósito del derecho aplicable al territorio que accedía a algún reino⁸⁰.

Una vez “trasvasado” el derecho de Castilla al Nuevo Mundo recién descubierto, no resultó extraño que los juristas hispanos e indianos que se ocuparon de los asuntos del nuevo continente se plantearan la cuestión de derecho que había de aplicarse a él y que lo hicieran dentro del sistema del *ius commune* y ello justifica que asumieran la doctrina de la accesión de un territorio a otro y la extensión del derecho de este último al primero. Por ello, uno de los primeros juristas castellanos que se ocupó del derecho aplicable en las islas y tierra firme del mar océano fue Francisco de Avilés (s. XVI), natural de Monbeltrán, en su obra publicada en Salamanca en 1571, pues en el *Proemium* que antecedió a la exposición se preguntaba si las Indias que habían sido conquistadas por Hernán Cortés debían regirse y gobernarse por las leyes de los reinos de España⁸¹. Su respuesta se basaba en la clásica doctrina de Bártolo de Sassoferrato, sostenida en el comentario a la ley *Si convenerit*, y así escribía que en el citado pasaje Bártolo decía que si un reino era aumentado, aquella provincia agregada a él debía regirse por las constituciones del reino cuando tal provincia hubiera accedido a él de una manera accesoria, de modo que formara un solo reino con el primero o un solo condado, pues en tal caso debía regularse según las reglas del reino al que accedía y debía ser gobernada por sus mismas leyes y privilegios, porque el reino era lo universal, y lo contrario ocurría cuando la provincia no se unía accesoriamente, y agregaba que esta distinción de Bártolo era seguida por Paulo de Castro (1394-1441), quien añadía que ella también procedía cuando aquella tierra o reino tuviera estatutos propios que fueran contrarios a los estatutos del reino al que accedían⁸².

⁸⁰ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, “La Literatura jurídica indiana y el *Ius Commune*”, en *Historia de la literatura jurídica en la España del Antiguo Régimen*, Vol. I, Madrid, 2000, p.202.

⁸¹ DE AVILÉS, Francisco. *Nova diligens ac perulitis expositio Capitum, seu legum Praetorum, ac Iudocum syndicatus regni totius Hispaniae*, Salamanca 1571, *Proemium*, gl. Yslas, nr. 1, fol. 12: “An Indiae, quae expugnatae sunt per Cortes, debeant regi, et gubernari legibus istius regni Hispaniae”.

⁸² *Idem*, nr. 1. fol. 12v: “Yslas. Et quoque Indiarum. Et an istae Indiae, quae nunc nostris temporibus expugnatae sunt per Cortes, que nunc dicitur Marchio del Valle, et per alios debeant regi legibussss, vel constitutionibus istorum regnorum Hispanie....”

Aparte de Avilés, otros civilistas hispanos se ocuparon del derecho aplicable en las Indias, entre ellos, Juan García Gallego, quien sobre la base de la opinión de Bártolo de Sassoferrato, sostenía expresamente que el reino unido como aumento de otro y que no era capaz de subsistir por sí mismo debía sujetarse al mismo reino y a sus mismas leyes, tal como pasaba con los reinos de las Indias Occidentales, unidos primero por caso fortuito y después por la guerra⁸³. En la misma línea se encuentra Juan Bautista Valenzuela Velázquez, al referirse a la incorporación de las Indias a la Corona de Castilla⁸⁴, basado en Bártolo, Guido Papa y Avilés afirmaba que aquéllos, en cuanto eran provincias tocantes a la real corona de Castilla y León, se reputaban como una cosa y parte de ella⁸⁵.

Entre los juristas indianos, uno de los primeros en defender la opinión descrita fue Francisco Carrasco del Saz, oidor en la Real Audiencia de Panamá, en su *Interpretatio ad aliquas leges Recopilationis*, fundado en los pasajes de Bártolo de Sassoferrato y en las opiniones de los comentaristas Guido Papa y Jasón del Mayno. Por su parte, Juan García Gallego afirmaba que unido al reino de las Indias Occidentales, o agregado a los reinos de Castilla y León, se sujetaba y gobernaba por las mismas leyes que habían sido sancionadas en el indicado reino de Castilla, supuesto que la unión había ocurrido primero por el caso fortuito -accesión- y después por la guerra⁸⁶. Posteriormente, Juan de Solórzano y Pereyra, oidor en Lima y ministro togado del Consejo de Indias, sostenía idéntica doctrina en su *Política Indiana*, y citaba expresamente las opiniones de Valenzuela Velázquez y de

⁸³ GARCÍA GONZÁLEZ, Juan *Tractatus de expensis ewt meliorrationibus*, cap. xx, nr. 22, Lugduni 1671, fol. 453: “*Inde quoque est, ut quod regno adiicitur quasi augmentum regni, quod per se subsistere nequit, regnum idem, et iisdem legibus subiciatur; ut sunt Indiarum Occiduarum regna et Imperia Hispanie adiuncta casu primum, et fortuito, deinde bello, quomodo autem regnum novum antiquiori iunctum, regendum sit, et quibus legibus, vide...*”

⁸⁴ VALENZUELA VELÁZQUEZ, Juan Bautista *Consilia seu iuris responsa*, I, cons. LXXXII, nr. 69, Neapoli 1618, fol. 103: “*Et praedista non parum corroborantur cum Hispani, conquiverint, ac subicerint Regiae doronae Maiestatis catholicae, et Regnis Castellae tam magnum Imperium, ut est Indiarum, in quibus tam diversae, et latae includuntur Provincia, ut merito novus Orbis appellentur; ut tradunt Genebrado...*”

⁸⁵ *Ibidem*, nr. 70, fol. 603: “*Quare cum sint Provinciae spectantes ad regiam coronam Castellae, et legionis reputantur, ut res, et partes illius, iuxta doctrinam Bartoli in l, si convenerit*”. Si nuda num. 2 et 3, fols. de pigneraticia actione (D. 13.7.18.1). Aviles in proemio ad cap. Praetorum glos. verbo “Islas” num. 1 Guido papa cons. 134. et decis 265 ubi addit. et constat ex Regia ordinatione Indiarum 14, et 18 anni 1542”. Cit. BARRIENTOS GRANDÓN, J., op. cit., p. 204.

⁸⁶ CARRASCO DEL SAZ, Francisco *Interpretatio ad aliquas leges Recopilationis Regni castellae, explicataeque questiones plures, antea non ita descusae, in praxi frequentes iudicibus quibusque, nec non causidicis, et in Scholis utiles, etiam Theologiae Sacrae professoribus, et confesariis*, cap. 1, nr. 20.

Carrasco del Saz cuando afirmaba que las Indias se habían incorporado por accesión conforme a:

La vulgar doctrina, que nos enseña, que los Reynos y provincias que se adquieren de nuevo, pero uniéndose e incorporándose accesoriamente a otras antiguas, se han de gobernar, regir y juzgar por unas mismas leyes, del qual punto tengo ya dicho algo en otro capítulo y juntan mucho más Juan Orozco, Burgos y Christóbal de Paz... y otros muchos que aun lo entienden, diziendo que no solo procede esto en las leyes, sino también las costumbres, porque assimesmo, las que se hallaren legítimamente introducidas, prescriptas y observadas en el Reino antiguo, se han de guardar, y practicar en el que de nuevo se uniere, y incorporar en el accesoriamente, probándolo con algunos Textos, y autoridades dignas de notarse en esta materia ⁸⁷.

Por otro lado, durante el siglo XVIII encontramos a fray Gaspar de Villarroel, obispo de Santiago de Chile y posteriormente arzobispo de Charcas, quien escribió la obra *Gobierno eclesiástico y pacífico*, en la que aceptaba la misma doctrina de la extensión del derecho del reino al cual se había unido otro reino o provincias, y lo hacía sobre la base de la autoridad de Bartolo, Baldo, Guido Papa, Jasón del Mayno, Gregorio López, Francisco de Avilés y otros⁸⁸, y el mismo autor aclaraba que “estos doctores hablan generalmente de las provincias unidas, o incorporadas a otras”. Pero otros muchos hablan con especialidad de las Indias⁸⁹, a la vez que aclaraba que según la opinión de Juan Bautista Valenzuela Velázquez, lo afirmado acerca de la aplicación de las leyes de Castilla en el Nuevo Mundo, “no sólo se ha de entender, que estas Provincias de las Indias se deven regir, y gobernar por las leyes de Castilla, y de León, sino también por las costumbres de allá”⁹⁰, a la vez que señalaba que “la doctrina que llevaba expuesta se fundaba precisamente en que las Indias no se habían unido a Castilla aequo principaliter, sino que habían accedido a ella en una calidad inferior: lo dicho tiene su fundamento por la inferioridad de las Indias, pero quando las Provincias o Reynos se llegan a unir con igualdad, no tiene lugar lo referido, porque casa

⁸⁷ SOLÓRZANO Y PEREYRA, Juan de *Política indiana sacada en lengua castellana de los dos tomos del derecho y gobierno municipal de las Indias*, V. 16 (nº 12), Madrid 1648, fols. 904-905.

⁸⁸ DE VILLARROEL, Gaspar *Gobierno eclesiástico pacífico, y unión de los dos cuchillos, Pontificio y Regio*, II, q. XII, art. XIV, nr. 75. Al fol. 90: “Y todos los reynos y provincias unidas e incorporadas en otras deven gobernarse por sus mesmas leyes. Sic Bartolus, Baldus et caeteri scribentes in l. si convenerit...” Vid. BARRIENTOS, J. *op. cit.*, p. 205.

⁸⁹ *Ibidem*, nr. 76, fol. 90.

⁹⁰ *Ibidem*, nr. 77, fol. 90.

Reyno conserva sus leyes, y se gobierna por ellas, como lo notaron casi todos los Doctores referidos⁹¹.

De ello se infiere que los juristas, tanto hispanos como indianos, como consecuencia de la accesión de las Indias a la corona de Castilla, debían aplicar en ellas el derecho de Castilla, entendiendo por tal sus leyes, sino también sus costumbres.

Como ya hemos especificado, la formación del derecho en Castilla durante la alta y baja Edad media había sido semejante a la de los restantes reinos europeos, con sus especificidades, dentro de las que destacaban las marcadas por el largo proceso de la reconquista y la repoblación. En una fase primaria, hubo en Castilla numerosos derechos particulares consuetudinarios y escritos que se manifestaban en fazañas, cartas de población y fueros, en cuanto derechos de distintas localidades, y junto a ellos, y en la medida en que se consolidaba el poder y jurisdicción del rey, comenzó a aparecer una incipiente normativa de origen real, por ello, desde los últimos siglos de la Edad Media en el reino de Castilla se había formado un *ius proprium* en el que se advertía la existencia de un derecho real en expansión y con la pretensión de constituirse en una suerte de *lex generalis* del reino, que incluso había llegado a fijarse en una primera Recopilación, las llamadas ordenanzas Reales de Castilla, elaboradas por el jurista Alonso Días de Montalvo, impresas en 1484, a la vez que se advertía igualmente una pluralidad de derechos locales, ahora fijados normalmente en fueros denominados “extensos”, además de costumbres, los que se situaban en la posición de *leges* particulares. Previamente, bajo los reinados de Fernando III y su hijo, Alfonso X el Sabio se había intentado dar a todo el reino un derecho general creado por el propio monarca, como por ejemplo el Fuero Real y las Siete Partidas, a pesar que este ordenamiento superior, constituido por la legislación real, nunca llegó a desplazar a los ordenamientos inferiores.

Pero en el reino de Castilla, como en el resto de Europa, el derecho no era solamente *ius proprium*, ya que desde el nacimiento del derecho común, en los labores del bajo medioevo, se habían desarrollado múltiples y diversas relaciones entre el *ius commune* y el *ius proprium*, de modo tal que integraban un único sistema jurídico que no habría podido concebirse ni subsistir son uno de estos términos y tanto las bases como los principios de las relaciones entre el *ius commune* y el *ius proprium* dentro de éste único sistema habían sido interpretadas y puestas de manifiesto por Bártolo de Sassoferrato y por Baldo de Ubaldo, al manifestar que el *ius commune* informaba y vestía a los estatutos, pero no era vestido ni informado pro ellos, y esto por

⁹¹ *Ibidem*, nr. 78, fol. 90.

la fuerza atractiva que tenía el *ius commune* respecto del municipal, y no a la inversa⁹².

De esta manera, en el momento del descubrimiento y adquisición de las Indias, así como en el reino de Castilla, se hallaba dentro de la unidad del sistema de la cristiandad construida sobre los términos *Imperator-Rex*, cuyas relaciones reflejaban la expresión *Rex est imperator in regno suo*, también el derecho propio de Castilla se encontraba dentro de la unidad del sistema *Ius commune-Ius proprium*.

Por ello, como nos explicita Javier Barrientos, detrás de la opinión de los juristas hispanos e indianos de extenderse el derecho del reino de Castilla a las islas y tierra firme del mar océano, no debe verse la simple aplicación de la legislación real castellana en las Indias, sino la extensión del sistema *ius commune-ius proprium* a ellas, porque aquella *vis atractiva* del derecho común atraía a las Indias al sistema a través del *ius proprium* de la corona de Castilla a la cual se habían incorporado⁹³. Una vez atraída las Indias al sistema *ius commune-ius proprium*, desde el principio de su descubrimiento y adquisición estuvieron presentes ambos polos del sistema, y sus relaciones, como en todo sistema, no fueron estáticas, sino que tuvieron una movilidad similar a la que podía presentarse en cualquier territorio europeo. Por ello, la presencia del *ius commune* significaba que en las Indias se asumía la tradición del *utrumque ius*, representada en ambos *corpora* y en su literatura jurídica, es decir, los dos derechos superiores: *ius civile* e *ius canonocum*.

Por lo que respecta al *ius canonicum*, tenía un amplio uso y vigencia en el Nuevo Mundo, en cuanto era el derecho vivo y vigente de la Iglesia, y como tal, su aplicación era plena en el foro eclesiástico y a su doctrina y disposiciones podía acudir en la causa del foro secular, de manera subsidiaria, cuando faltaran preceptos del derecho real. En cuanto al *ius civile*, éste informaba en las Indias al propio derecho aplicable en ellas en virtud de la *vis atractiva* de la que había hablado Baldo de Ubaldis y su aplicación cotidiana se explicaba porque era estudiado en las universidades que se establecieron en el Nuevo Mundo desde el siglo XVI en adelante y ello se realizaba con las mismas técnicas y formas expositivas que en las instituciones superiores europeas, consolidándose un estamento letrado cuya actividad se manifestaba en el estudio y enseñanza, en la literatura jurídica, en el servicio de oficios públicos vinculados al consejo del monarca y a la jurisdicción real, en el servicio de oficios eclesiásticos y en la práctica de un determi-

⁹² BALDO DE UBALDIS, *Commentaria super Decretalibus*, x.1.2.1, nr. 15 (Lugduni, 1585; reed. Aalen 1970, fol. 9r: “*Hoc est dicere, quod ius commune informat statuta et vestit, sed non informat nec vestitur ab eis, et hoc propter virtutem attractivam quam habet ius commune ad municipale, non econtra*”).

⁹³ BARRIENTOS, Javier *op. cit.*, p. 206.

nado estilo judicial y notarial. El uso del *ius civile* en Ultramar alcanzaba cierta aplicación en cuanto podía recurrirse a sus disposiciones para resolver los pleitos en ausencia del derecho propio cuando dichas normas aparecían como fundadas en la razón natural y no como verdaderas leyes, para de este modo, “salvar la consideración de un rey que se proclamaba superior en su reino, pues el reconocimiento de la fuerza imperativa del *ius civile* habría significado admitir una cierta superioridad del imperio”⁹⁴.

Por otra parte, el sistema se completaba con el *ius proprium* en las Indias, el cual se estructuraba como cualquier otro derecho propio de los reinos europeos, con sus naturales peculiaridades derivadas de las singularidades del Nuevo Mundo. De manera que partiendo de la ley general castellana, junto a una gran pluralidad de derechos particulares, se fraguó el *ius proprium* de las Indias caracterizado por su diverso origen y naturaleza, entre otras, por las plurales disposiciones locales creadas tanto en las provincias como en las ciudades indianas y pro las costumbres, dentro de las cuales se hallaban las de los indígenas, que en cierto modo constituirían una suerte de *privilegium* desde el momento en que la corona las reconocía sujetas a ciertas limitaciones. Por ello se posibilitó el enriquecimiento de la literatura jurídica, gracias a la obra de los letrados americanos, por lo que se enriqueció el *ius commune*, puesto que los propios métodos que este ofrecía posibilitó el encararse a los problemas jurídicos que planteaba el descubrimiento, la conquista y el posterior asentamiento en el Nuevo Mundo. Ello se constata porque los juristas indianos escribieron obras que se inscribían dentro de los géneros tradicionales de la literatura jurídica del *mos italicus* tardío, apoyado principalmente en el derecho romano y en el canónico, y se auxiliaban del método casuístico y del recurso característico del bartolismo, que era la *communis opinio*.

A) La costumbre del derecho indiano bajo la óptica del *ius commune*

Dentro de las abundantes costumbres jurídicas indianas, muchas de ellas no eran compatibles con el derecho legislado, de manera que el derecho indiano se convirtió en el paraíso, no sólo de las *consuetudines praeter legem*, sino inclusive de las *consuetudines contra legem*, aunque la importancia del derecho consuetudinario en la práctica indiana se explica fácilmente, pues el derecho indiano fue un sistema muy complejo, compuesto de varios ingredientes cuya integración y armonización fueron imperfectas y se dictaron normas expedidas *ad hoc* para las Indias -derecho indiano *strictu sensu*-, a veces en España -derecho indiano peninsular- y a veces en las

⁹⁴ *Ibidem*, p. 208.

Indias mismas -derecho indiano criollo-. Estas fuentes completadas por el derecho castellano y este, a su vez, por el *ius commune*. Y en esta “estructura alambicada” había que colocar el derecho consuetudinario indígena hasta donde fuera compatible con los intereses de la Corona y el dogma cristiano⁹⁵. Igualmente, el derecho canónico no sólo jugó un papel como elemento dentro del *ius commune*, sino que también en forma más autónoma, como derecho canónico expedido *ad hoc* para las Indias contra el fondo del derecho canónico hispano, que a su vez tuvo que ser analizado contra el fondo del derecho canónico universal. En muchas ocasiones, la aplicación de este derecho recayó en personas anónimas, voluntariosas, pero de escasa formación técnico-jurídica, aunque en la cima de la estructura gubernativa de las Indias había juristas muy competentes, pero se debe reconocer que la vida en las Indias tenía rasgos geográficos muy variados y a pesar del casuismo fundamental, la legislación emanada del Consejo de Indias o la posterior Secretaría especial para los asuntos de Ultramar, no siempre pudo tomar en cuenta esta circunstancia, de manera que el derecho indiano peninsular a veces “pecó” de cierto irrealismo⁹⁶. Pero debemos tener presente un dato de importancia: la Corona reconocía la validez de las costumbres indígenas, e inclusive, recomendaba la extensión de las costumbres indígenas hacia el mundo de los colonos, como sucedía frecuentemente en casos de prácticas agrarias. Pero a pesar de estas concesiones a la realidad indiana, en otras ocasiones expidió normas mal ajustadas a esta realidad y aunque el procedimiento suspensivo del “*obedézcase pero no se cumpla*” en ocasiones protegía a las Indias contra el dogmatismo o la imprudencia de la legislación que vino desde el exterior, pues el virrey no siempre tenía el valor para asumir la responsabilidad personal de suspender una medida monárquica mediante este recurso de suplicación⁹⁷. El gran aluvión normativo existente con anterioridad a la publicación de la *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias en 1680*, quedaba formalmente en vigor hasta donde fuera compatible con la Recopilación, por ello, las autoridades de las Indias recibieron copias de las recientes reales cédulas que custodiaban de forma cronológica, frecuentemente registradas en sus libros de manera que la base del derecho positivo indiano fue triple, por un lado en el núcleo se encontraba la Recopilación y colateralmente varias normas publicadas con anterioridad no

⁹⁵ FLORIS MARGADANT, G. “La consuetudo contra legem en el Derecho Indiano, a la luz del *Ius Commune*”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, II (1990), p. 172.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 174.

⁹⁷ TAU ANZOÁTEGUI, V. “La Ley se obedece pero no se cumple”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, IX (1985), pp. 379-440.

recopiladas, que formalmente quedaron en vigor, además de una colección incompleta de normas posteriores, registradas cronológicamente.

A partir de estas fuentes jurídicas, los operadores jurídicos, sin la debida preparación ni teórica ni técnica tuvieron que aplicar un derecho, difícilmente localizable, cuantitativamente embarazoso de manejar y plagado de contradicciones⁹⁸, lo que motivó que en las regiones periféricas, la línea divisoria entre derecho escrito y costumbre se encontraba más adscrita a este último carácter, lo que dio lugar a la improvisación que en parte condujo hacia costumbres, sólo vagamente ligadas al derecho escrito, por ello, como muy bien explica G. Floris, aunque en cada municipio había un ejemplar de la Recopilación, en muchos de ellos había varias autoridades, junto al cabildo, que tuvieron que aplicar el derecho indiano, pues el pésimo estado de las comunicaciones no permitía evacuar las consultas ágilmente con autoridades superiores o prácticos en derecho, por lo que en este ambiente jurídico, creado por múltiples factores, algunos de ellos ya expuestos, surgieron varias costumbres en materias como la práctica judicial, elecciones y nombramientos, irrigación, reparto de tierras, etc. surgieron costumbres que no siempre estaba en armonía con el derecho formalmente válido y que fueron aceptada por la opinión pública sin protestar y que el poder aceptó frecuentemente con cierto grado de resignación⁹⁹.

⁹⁸TAU ANOZOÁTEGUI, V. “La Recopilación de 1680: dificultades para su aplicación”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, nº 11 (1985), pp. 77-84.

⁹⁹FLORIS, G. *op. cit.*, p. 174.

