

## PARA LA CLASIFICACION DE LAS FUENTES DEL DERECHO MEDIEVAL ESPAÑOL

Como señalaba René Savatier<sup>1</sup>, los historiadores del derecho “están empeñados en demostrar que el derecho les interesa menos que la historia”... La historia jurídica, realmente, ha sido tributaria en exceso de aquella oriundez facultativa. Tienen también razón quienes se extrañan de que nuestra disciplina se estudie en la Facultad de Derecho y no en la Facultad de Historia..., porque se ha venido exponiendo como disciplina histórica y sólo raramente como disciplina jurídica. Por eso cuando algunos estudiosos nos planteamos el problema sociológico del saber histórico-jurídico<sup>2</sup>, pretendemos buscar la raíz de aquel saber en el hombre más que en la obra del hombre y darla una dimensión comparativa.

Una Historia del Derecho que no se abra al método para servir a la cultura jurídica que necesita el hombre de leyes de nuestro tiempo deja de tener valor formativo. La Historia —subraya Miguel Reale<sup>3</sup>— es en verdad impensable como algo concluido, a la manera de catalogación de los hechos de los hombres que fueron. La categoría de pasado —añade— sólo existe en cuanto muestra posibilidad de futuro. Torna a valer así aquella observación de Spengler sobre la historia del Derecho en cuanto experiencia del modo de producirse una actividad al hilo de la vida<sup>4</sup>. El Derecho —insiste Reale— es un hecho histórico-cultural, un “factum”, que

1. *Les methamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, París 1959.

2. BENEYTO, *Una Sociología de la Historia jurídica*, Madrid 1957.

3. *Horizontes do Direito e da Historia*, S. Paulo 1958, y especialmente sus “Fundamentos da concepção tridimensional do direito”, *Rev. brasileira de Filosofia*, 10, 1960.

4. Vuelven aquí mis juveniles preocupaciones sobre la formación del Derecho. Cfr. mis *Fuentes de Derecho histórico español*, Barcelona 1931, donde recogía aquella frase de SPENGLER y otras análogas observaciones de R. HUBER, cuya obra *El Derecho y su realización* acababa de ser vertida al castellano por aquellas fechas.

se integra normativamente. Hurtar al Derecho la dimensión histórica sería equivocación y mutilación; el Derecho es una expresión del vivir y del convivir<sup>5</sup>.

La historia jurídica ha de partir de la realidad social del Derecho, subrayando los factores causales metajurídicos, buscando la tipificación de sus formas en relación con las formas mismas de la sociedad y de la cultura, y sobre todo viendo en las leyes la huella de las líneas de la evolución del fenómeno jurídico, que es del todo dinámico y que no puede encontrarse emparedado por el positivismo que le acosa, tanto del lado del poder de hacer leyes como del lado de la capacidad para reflexionar. Ni es sencillamente el cuerpo de leyes que prescribe una conducta, ni tampoco el conjunto de principios sobre los cuales se pretende levantar la ley<sup>6</sup>. El Derecho ha surgido siempre para el hombre, y aún podríamos decir que para la vida: "pro utilitate hominum". La concepción actual de la historia jurídica va acercándose al mundo sociológico<sup>7</sup>. No hace mucho se preguntaba uno de nuestros más altos colegas, si el término "directum" que designaba el ordenamiento jurídico del Bajo Imperio frente a los "iura" o las "leges", acaso era una concreta mención del derecho vivido<sup>8</sup>. Le llevaba a pensar así la contraposición con el vocablo "ius" que debería aludir a las manifestaciones activas: jurisdicción, juez, juicio. Estaba y está presente siempre una realidad social, un juego de estructuras, y no simplemente, según la concepción ripertiana, un transitorio acuerdo formulado en un texto que sólo se respeta en tanto ha sido concluído de plena voluntad<sup>9</sup>; entre otras cosas, porque el orden jurídico se endereza a imponerse a las distintas voluntades.

Sin duda la influencia positivista, del mismo modo que hizo

5. REALE, "Fundamentos da concepção tridimensional", *Rev. cit.*

6. A este respecto es fundamental H. KANTOROWICZ, *The Definition of Law*, Londres 1958.

7. LEON HUSSON ("La science du Droit et la 'Sociologie'", *Rev. de l'Inst. de Sociologie* [Solvay], 1958, cuad. 2) considera el método sociológico como base de operaciones, sobre fondo fundamental constituido por la actividad de reflexión del jurista.

8. A. GARCÍA-GALLO, "Ius y Derecho", en *Anuario de hist. del Der. esp.*, 30, 1960.

9. GEORGES RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, París 1955.

cristalizar en Constituciones los ordenamientos que regían el cruce de poderes públicos, llevó a una unilateral consideración de la ley. Es singular mérito del Maestro a quien queremos rendir tributo con estas líneas, la exaltación de las fuentes “libres” del Derecho castellano. Lo que don Galo escribió en aquella preciosa monografía permite una completa visión del surgimiento del derecho como obra de los juzgadores castellanos<sup>10</sup>.

Creo que habría que meditar sobre aquellos avatares tratando de levantar una construcción sistemática de los mecanismos de elaboración del Derecho en el cuadro completo de la vida jurídica medieval. La actividad judicial estaría así al lado de la actividad legislativa, sobre un fondo de derechos locales apoyados en el “*usus terrae*”.

Si acudimos a un jurista antes que a un historiador, Demófilo de Buen ilustra el proceso al señalar que el Derecho español “aunque no carece del sabor de la tierra que le da un matiz nacional”, es más bien resultado de trasplantes e injertos<sup>11</sup>. Y si es probable que el trasplante se exteriorice en las recepciones, el injerto se encuentra apoyado en la obra personal. De tal manera puede advertirse la obra de elaboración en el centro y en la periferia, cuando textos como el de las Costumbres de Lérida señalan en qué consiste el derecho propio (“*in quibus consistit ius nostrum*”) y colecciones de fazañas de la zona burgalesa reiteran “Esto es fuero de Castilla”...

Importa con todo distinguir el grupo central, castellanoleonés, del grupo periférico en sus dos puntos de despliegue, pirenaico y mediterráneo. Menos claro es que quepa hablar de dos edades—diplomática y legislativa—, porque la recepción del Derecho romano cada vez nos parece menos tajante en sus apariencias. En todo caso la contraposición de diplomas y leyes significaría peculiarmente el contraste entre la vida efectivamente documentada y la vida que describen los proyectos institucionales. Precisamente los

---

10. GALO SÁNCHEZ, “El antiguo derecho territorial castellano”, *Anuario de hist. del dcr.*, 7, 1930. Yo mismo hube de encontrar iluminado por aquella investigación uno de los primeros temas que me ocuparon. V. “Diritto romano e diritto popolare nel Medioevo spagnuolo”, *Studi in onore di Aldo Albertoni*, Padua 1938.

11. DEMÓFILO DE BUEN, *Introducción al Derecho civil*, Madrid 1934.

diplomas nos llevan hacia la interpretación y el atemperamiento, tareas en las cuales la mejor parte toca al juzgador, sea un rey, un abad, un príncipe, un conde o un hombre aureolado por su propio prestigio.

Otro de los grandes hallazgos de don Galo —la calificación de la carta puebla como contrato agrario colectivo— permite calar en la hondura del desarrollo institucional la formalización del régimen establecido por la convocatoria que pide cultivadores en un sistema orgánico de convivencia ciudadana. El punto de partida es la atribución de libertades y la ordenación elemental del poder: relaciones económico-fiscales y consiguientes estatutos para cada libertad (civil, de movimiento, patrimonial, profesional) levantan una personalidad colectiva que es preciso reconocer en el conjunto de los vecinos<sup>12</sup>.

Todo ello va encontrando cauce por usos, por normas que tienen muy diversas raíces pero que van logrando fijación en la memoria de las gentes, en los privilegios que se ruega a los reyes que confirmen y en los pergaminos donde van redactándose la costumbre o la sentencia que valen como ley. Precisamente la redacción escrita del derecho, que ha ido forjándose en tal proceso, significa que se ponen barreras a la irrupción de aquellos preceptos que quieren trasplantarse, a ese Derecho romano que traen los juristas al servicio del rey. La carta puebla ilerdense de 1149 nos muestra una mezcla de prácticas primitivas o germánicas, con costumbres de posible origen franco y de usos introducidos por la administración judicial. Lo que revela la generalidad del fenómeno, porque en Castilla encontramos ese mismo entrecruzamiento.

Una tipificación con pretensión sistemática nos daría, si no ando errado, fuentes jurídicas con raíz popular, tales como las costumbres castellanas (a modo de "consuetudo terrae"), de raíz judicial (tal las ejemplares fazañas) y de raíz erudita o sabia, como el derecho producido en forma de ley bajo el influjo de los doctores de Bolonia. Tendríamos así ejemplos de estas tres formas en los fueros locales, en las colecciones de fazañas o devisas y en las enciclopedias jurídicas del tipo de las Partidas.

Aun que es evidente el peso del impulso cronológico, estas tres

---

12. Cfr. mis *Orígenes de la Ciencia política en España*. Madrid 1949.

Formas no siempre se dan sucesivamente, ofreciéndose en algún caso ejemplos de superposición y aun de enlace entre la fuente consuetudinaria y la judicial, sobre todo a causa del arbitraje ejercido en Cataluña por el recopilador-juez.

La fuente consuetudinaria alimenta la mayor parte del derecho local castellano-leonés, incluso cuando surge "ex novo" con ocasión de la concesión de cartas-pueblas, donde está presente la anterior experiencia. Las cartas, y luego los fueros, recogen usos y privilegios, pero no la totalidad del ordenamiento jurídico (como se advierte en el ejemplo de León). Ya más tarde, a principios del siglo XIII, como en el caso de Cuenca, la amplitud del contenido foral abarca a la totalidad de los temas planteados. En las fuentes territoriales Castilla muestra una interferencia (paralela a la catalana del uso popular y el uso judicial) entre la costumbre y la ley, porque en el Fuero Real alfonsino, junto a la raíz de Cuenca y de Soria, entra la trama uniformizadora del romanzamiento del *Liber iudiciorum*.

En las provincias vascongadas las cartas-pueblas de Bilbao y de San Sebastián tienen por fondo al fuero de Logroño, que es mezcla de uso y de privilegio. Los cuadernos de hermandad, autorizados por las Juntas generales, revelan del doble juego del uso y la doctrina, por la influencia de los juristas redactores, bien que aquí ya más tardíamente (por ejemplo, con Alonso de Valdivieso, en 1463). Navarra toma savia consuetudinaria en Estella y Tudela. El paso del ordenamiento tudelano al Fuero general cuenta con aquellas redacciones privadas, rotuladas como fueros superarbenses y obra de algún práctico navarro del siglo XIII<sup>13</sup>. Los llamados Fueros generales buscaron la costumbre de la tierra como su propia trabazón. El Fuero general navarro parte de la costumbre recogida en el Derecho de Jaca, que a su vez anuncia el surgimiento del Derecho aragonés. También en Aragón es consuetudinaria la raíz territorial. Sobre las colecciones jurídicas del siglo XIV, en el XV Martín Díaz de Aux recopila las que llama "observantiae consuetudines regni Aragoniae" (1437). El grupo foral pirenaico insiste de este modo en el "usus terrae" como principal fuente de su derecho.

---

13. Sobre este discutido punto, E. M. MEIJERS, "Los fueros de Huesca y de Sobrarbe", *Anuario*, 18, 1947.

Por lo que toca al grupo mediterráneo, las cartas de población se encuentran fuertemente impulsadas hacia un despliegue orgánico-local, que consigue rápida transformación en virtud de la aplicación de los privilegios regios que confirman el "ius statuendi" izado por la doctrina de los teorizantes de las "universitates". La idea corporativa nutre, de esta manera, el nuevo Derecho de Cataluña, de Valencia y de Baleares.

No debe engañarnos la reiteración con que se habla de costumbres. Las "Consuetudines illerdenses", al igual que las der-tusenses y las gerundenses marcan la influencia de los juristas. Pilar Loscertales subrayó el carácter de la redacción hecha en 1228 por Guillermo Botet<sup>14</sup>; si las dudas sobre la validez de la costumbre no escrita obligaron a la redacción del "usus terrae" leridano, por la pluma del jurista entraron otros elementos. En general, en la zona litoral el peso de la doctrina es menos profundo de lo que podría pensarse, porque junto a los jueces actúan los notarios: las dos recopilaciones valencianas son obra de dos notarios, Riucech, en 1482, y Alanya, en 1515.

Ahora bien, si el Derecho medieval encuentra su fuente principal sobre esa raíz del "usus terrae", en el resto hubieron de resultar tributario el juez y autoritaria la ley. El núcleo inicial de los Usatges (hacia fines del XI) está formado por "usualia", usos judiciales en agregaciones diversas y sucesivas, redactados por un juez de la Curia condal bajo Ramón Berenguer II. Fernando Valls subrayaba la obra de los March, Guillén y Bofill, y de Guillén Borrell<sup>15</sup>, en tanto que Ficker señalaba el enlace subalveo con las *Exceptiones legum romanorum*<sup>16</sup>. Esa misma presencia de lo judicial es advertida por Font en la primera carta leridana. Aquí, la carta puebla de 1149 no sería un documento de aplicación, sino un texto de significación normativa<sup>17</sup>; influye sobre él la carta de franquicias de Barcelona, de 1025, con los dos principios de libre

14. PILAR LOSCERTALES DE VALDEAVELLANO, Introd. a su ed. de las *Costumbres de Lérida*, Barcelona 1946.

15. VALLS, *Estudis d'història jurídica catalana*, Barcelona 1929.

16. FICKER, *Sobre los Usatges y sus afinidades con las Exceptiones legum romanorum*, Barcelona 1926.

17. FONT, "La reconquista de Lérida y su proyección en el orden jurídico", *Ilerda*, 7, 1949.

posesión del suelo y sujeción exclusiva a la justicia pública, pero, ante todo, allí aletea el vigor de los usos judiciales.

Tal línea fué brillantemente aclarada por Galo Sánchez al darnos un dinámico esquema de la forja del Derecho de Castilla. El valor de la fazaña castellana es realmente extraordinario. Mientras en el juicio alemán, la "Weistum" no es aplicable a otros casos, aquí la fazaña crea derecho al desplegarse sobre el esquema mismo de la costumbre.

Ligado al uso de la tierra, el uso autorizado por el prestigio del primer juzgador —o por la reiteración de las fórmulas logradas— es la más excelente fuente del Derecho castellano. La comparación de los doscientos cuarenta capítulos del Fuero Viejo con los trescientos del Libro de los fueros, marca distintamente de qué manera ha cristalizado la jurisprudencia del siglo XIII en una ley impuesta por la costumbre de seguir una sentencia de albedrío. La fazaña es la típica sentencia arbitral, raramente dada por un alcalde. También fuera de Castilla el juez crea Derecho: buen ejemplo me parece el de Huesca, donde el Código de 1247 no sólo recoge disposiciones consuetudinarias, sino judiciales.

La actividad del legislador se inicia para conceder privilegios y se desarrolla al reconocérselē el poder de confirmarlos. Pero no se ha de olvidar que el rey es fundamentalmente otro árbitro, cuando no un juez. Algunas sentencias de los reyes (como la que pasa al Fuero general de Navarra, 4.1.7) son principio de norma jurídica, antes de formularse como ley o "praeceptum", en virtud de un típico decreto regio. La autoridad unificadora corresponde más bien a la jurisprudencia de la corte o del tribunal de palacio, que al rey mismo como dador de ley. Y ello porque los reyes que dieron nombre al reino, trataron igualmente de darle unidad.

El modo de sentir el Derecho se produce con lentitud; el modo de crearlo no es siempre dictarlo, pero los monarcas que aplican a su poder el esquema imperial piensan a menudo que constituye tarea suya. La unificación jurídica va produciéndose abajo, por las similitudes derivadas de la aplicación de usos e de sentencias y por la difusión de cuadernos forales, y arriba, por disposiciones de pretendida aplicación general. Es conocido el propósito de Alfonso X, al romanescar el *Liber iudiciorum* y lanzar el Fuero Real y las Partidas. Desde la declaración inicial del Fuero, se ve aquí la parte que tienen

en él "los sabidores del Derecho". Las analogías entre el Fuero Real y las Decretales vienen a insistir en tal tendencia. Los usos de la tierra, en la redacción más próxima, estarían representados por el Fuero de Soria, que es su fuente principal. Si se piensa que el Fuero Real es completado por las Leyes nuevas, con típica estructura interpretativa, y por las Leyes del estilo, como aclaración y jurisprudencia, se puede concluir que en el momento de plantearse una norma legal general autorizada por el monarca, más que ante Leyes propiamente dichas, dictadas al modo de "decreta", nos encontramos con una expresiva síntesis de los mecanismos heurísticos tradicionales: "usus terrae", decisión judicial, doctrina... y mandato regio. Este último es todavía poco visible en las Partidas, libro o fuero de las leyes construido en similitud al Digesto, y obra ejemplar de juristas cultos. Los trabajos de Galo Sánchez sobre este punto han marcado un hito: la comisión encargada de la obra se dividiría el trabajo. Ello nos explica que algunas materias reclamen la intervención de ciertos hombres cuya línea doctrinal conocemos por la paternidad mostrada en otros textos. Mas, en cualquier caso, las Partidas representan el triunfo del "Juristenrecht" frente al "Volksrecht".

La línea autoritaria, y casi podríamos decir estatal, arranca de Alfonso XI. La obra de este monarca está ligada al impulso logrado en Francia por el poder público y a la necesidad, urgida por los tiempos, de imponerse a las fuerzas disociadoras. Exactamente calificó Piskorski de época nueva a la que es abierta por las Cortes de 1348, y también Galo Sánchez, en uno de sus más tajantes estudios, subrayó sus consecuencias<sup>18</sup>. Está también ahí el triunfo de la recepción romano-canónica y la decisión de los príncipes de imponer las normas legales dictadas en sus "decreta" por encima de los usos y de los albedríos. Por eso es significativo que el Ordenamiento de Alcalá señale una prelación de fuentes desde arriba; frente a la línea precedente, que se afirmaba también en Cataluña, por ejemplo, en las Costumbres de Lérida, que partía, como era lógico, de abajo. En esa jerarquización, las Partidas ocupaban el último lugar, lo que es justamente explicable por el carácter doctri-

---

18. GALO SÁNCHEZ. "El Ordenamiento de Alcalá", *Rev. de der. privado*, 1922; W. PISKORSKI, *Las Cortes de Castilla*, Barcelona 1930.



nal, de típico "derecho de los juristas" con que se iba calificando aquella valiosísima enciclopedia. Y justamente por ahí las Partidas lograron su posterior encumbramiento. Recordemos que el rey de Aragón Pedro III reclama, en 1365, los tres volúmenes en que las tenía recogidas como "leys d'Espanya" Mateo Adrián, protonotario regio encargado de traducirlas y de adaptarlas de modo que "propiamment poguessen esser dites nostres"<sup>19</sup>. Y cuatro años antes, las Cortes portuguesas reunidas en Elvas testimonian la queja del Clero contra las Partidas, que eran preferidas al Derecho canónico.

Todo esto tiene el mayor interés porque fuera del grupo jurídico central, tanto en Portugal como en Aragón, habían sido promulgados otros textos de análoga estirpe. Mencionemos no sólo las "Ordenações affonsinas" lusas, sino los Códigos de Huesca y de Valencia, donde el peso de tal "derecho de los juristas" es casi específico. La fuerza de las Partidas estribó precisamente en aquello en que podía aparecer como reflexión de la vieja equidad. En el proemio del Código de Huesca se subraya: "Ubi autem dicti Fori non sufficerunt ad naturalem sensu vel aequitatem recurratur..." Y la equidad y el buen sentido fueron rótulos que la fama puso a la obra de Alfonso X.

No es ocasión ésta para volver a plantear el tópico tema de la recepción, pero parece lógico que hagamos inventario de lo que significan las Partidas cuando se tiene cuenta hecho de lo que representaron para todo Levante resúmenes de tan poca altura como las "Exceptiones legum romanorum" o la redacción provenzal de "Lo Codi". De esta manera, la doctrina oficializada cumple un papel semejante al que se atribuye al príncipe en cuantas ocasiones los textos son oscuros. De la fórmula soriana que reclama llevar el asunto a la interpretación o decisión regias, se pasa a la consideración de los puntos de vista de aquellos sabidores de Derecho que habrán de ser, en fin de cuentas, quienes decidan. Ahora bien, en la elaboración del Derecho de Castilla se interfiere el monarca precozmente, sobre la imagen del rey de Francia, precisamente exaltada bajo Alfonso XI (por ejemplo, en el *Speculum regum* de Alvaro Pelayo)<sup>20</sup>, mientras el grupo mediterráneo se agarra a la idea corpo-

---

19. RUBIÓ, *Documents per la historia de la cultura catalana migeval*, 1,206 y 1,208.

20. Sobre lo que advertí en mis *Orígenes* en torno a Alvaro Pelayo, el

rativa que había permitido ya, en casos análogos, desde las costumbres ilerdenses al fuero de Valencia, que el príncipe entregara la interpretación de los textos dudosos a la propia autoridad local. Aquí, pues, tuvieron que ser los notarios y los jueces, redactadores de las compilaciones jurídicas, quienes metieran en ellas esa savia cultural del "Juristenrecht". No es así extraño que la Edad Media, que de manera universal había levantado a ambos derechos ("utruque ius") como prestigioso ordenamiento jurídico superior, termine reconociendo aquellos valores del texto alfonsino. Y será Antonio Gómez, en su comentario a las leyes de Toro, quien corrija la prelación marcada por el Ordenamiento de Alcalá, situando a las Partidas antes que al Fuero Real<sup>21</sup>; parecer que se me antoja símbolo y síntesis de este proceso de elaboración y de exaltación de las distintas fuentes de nuestro Derecho medieval, pues, de otra parte, tan gran enciclopedia inserta elementos de tipo consuetudinario y judicial, sin que le falten las imposiciones autoritarias.

Tornando al principio, me permito señalar el interés de tener en cuenta *el modo de elaboración* de las fuentes del Derecho a la hora de clasificarlas. Distinguimos textos locales y territoriales por razón de la zona donde se extiende el vigor de la norma que recojen; convendría atender al papel del "usus terrae", de la jurisprudencia o de la doctrina, para señalar el impulso que nutre su esquema normativo, y contar con el puesto ocupado por la autoridad pública, que —antes de establecer el Derecho por una voluntad configurada como ley— se interfiere en los tres anteriores procesos mediante mecanismos que pueden sernos útiles para calificar el momento histórico en el cual surge un precepto jurídico.

Una segunda investigación tendría que analizar el contenido de la norma que corresponde a cada uno de aquellos modos; pero esto trascendería al otro problema pergeñado por Demófilo de Buen: junto al injerto que es obra de jueces o de doctores, el trasplante realizado sobre el "usus terrae" inicial. Lo que nos llevaría a examinar los elementos que entran como ingredientes de un Derecho del cual queremos hacer la historia.

JUAN BENEYTO

---

contraste que señalo en mi *Cardenal Albornoz* (Madrid 1950) y las recientes investigaciones sobre los Trastamaras de Suárez Fernández.

21. A. GÓMEZ, *Ad Legem Tauri commentarius*, Salamanca 1555, 1, 1.