

JUSTICIA EN CÍRCULO (CON UN ENIGMA DE ANTONIO GÓMEZ)*

Enrique ÁLVAREZ CORA
Universidad de Murcia

1. PLANTEAMIENTO

«The Hierarchical Structure of the Legal Order», así se titulaba el punto 35 de la *Pure Theory of Law* de Hans Kelsen, que he consultado en edición californiana¹ y me basta para invocar la clave de un Derecho contemporáneo al día de hoy caracterizado por un principio de organización formal con un doble sentido, cual es la identificación diferenciadora de las fuentes jurídicas en razón de sus elementos fácticos constitutivos por sobre las claves materiales, sustantivas, axiológicas, más la formación de un sistema de mayores y menores fuerzas de obligatoriedad y de condicionantes materiales a partir de la posición ocupada en una pirámide o jerarquía por las distintas fuentes jurídicas. Resulta así sencilla la construcción de una *tipología* de significados centrípetos y cuya tensión centrífuga está marcada por una serie de reglas que prefigura la incardinación de los elementos en la red de un sistema jurídico. Esta *jerarquía* proporciona la llave para el control normativo de los actos jurídicos, que se validan en el respeto de sus propias características formales y en la fuerza que asumen por la *forma* en la que ocupan legítimamente una posición en la estructura de Derecho.

El asunto al que quiero dedicar estas páginas –de planteamiento con gusto por la anacronía– pudiera concentrarse en la pregunta de si en el sistema del Dere-

* Proyecto de Investigación DER2012-31098, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

¹ Hans KELSEN, *Pure Theory of Law* (California, 1967) 221 ss.

cho moderno de los reinos, cuyo orden remite a una cierta prelación de elementos jurídicos pero no evidentemente a una jerarquía compacta y reglada de los mismos, existe una generación de factor o factores (acaso con *reductio ad unum*) que controlen –desde el exterior– o autocontrolen –desde el interior– la legitimidad de las fuentes jurídicas. Dicho de otra manera y en comparación, si una ley contemporánea se legitima en el cumplimiento de las condiciones formales de su elaboración y a su vez en la no contradicción con criterios materiales –incluidos los materiales respecto de su forma debida– establecidos por una fuente jerárquicamente superior, como la Constitución en último término, cabe plantear si existieron puntos de referencia en el Derecho moderno que exigieran de las fuentes una determinada naturaleza formal y material en su identificación y relación. Nótese que no discuto en qué medida cada fuente jurídica debió cumplir con unas características formales o materiales de diferenciación, pues resulta evidente que, como actos (normativos), esto es, como hechos jurídicos voluntarios, su propio nacimiento o su propio uso daría lugar irremediablemente a un criterio de identificación cuando menos formal (que podría ser más primitivo o más sofisticado); lo que se quiere analizar, más allá y lejos, es si existe un presupuesto, una condición previa del respeto a *cómo es* (identidad formal y material) y *dónde está* (*orden* o *jerarquía* normativa) cada fuente, *como exigencia del sistema*. Por lo demás, todavía puede sugerirse otro argumento: de qué modo en un sistema ordenado *sin jerarquía* –*prelativo* ordenado, o *desordenado* (desde el orden)– las fuentes jurídicas que son sus elementos habitan y flotan. Y como remate habría una última idea que alumbrar: en qué medida los sistemas ajerárquicos pueden, en puridad, distinguirse, o bien si la libre flotación de sus elementos a pesar –podría decirse– de un *dibujo previo de arranque* –por ejemplo, la prelación de fuentes– tiende a homologarlos. Esto, particularmente a propósito de la comparación entre los derechos de la corona de Castilla y de la corona de Aragón.

Una nota más, de carácter previo. Quizá podría contemplarse el nacimiento de las Constituciones como el resultado del *fracaso* último del iusnaturalismo. No me refiero al iusnaturalismo teológico, sino al iusnaturalismo racionalista, del que se habría derivado una preeminencia pura, en el sentido de directa, de los derechos y de las libertades individuales, como orientadora y límite de las fuentes jurídicas. Su *fracaso* se refiere a la imposibilidad de ejercer esta primacía desde una pura y mera materialidad, prescindiendo de una cobertura formal que sostenga las libertades en un orden. La Constitución, al recoger los derechos y las libertades individuales, les otorga una coraza formal desde la que rige su preeminencia material. Paradójicamente, la transfiguración de los derechos *naturales* en derechos *constitucionales* rinde una sumisión al Derecho que los racionalistas anarcoides más furibundos hubieran rechazado con escrúpulo; desde aquella coraza formal –junto a otros elementos básicos del Estado– se ordenan jerárquicamente las fuentes jurídicas inferiores que se deben al respeto de la Constitución. Digo esto porque,

una vez planteados los problemas, no puede olvidarse el hiato entre modernidad y contemporaneidad jurídica que se produce a partir de esta vertebración jerárquica que implica –en un sentido nunca absoluto²– la crisis de lo material y la eclosión de lo formal. El efecto de la quebradura se encuentra en la imposibilidad de tender puentes evolutivos entre una y otra época: la modernidad remite a un mundo fundamentalmente *material* en cuyo troquel no encaja el sistema *formal* contemporáneo. Es más, el desarrollo de la materialidad moderna fue también binario (lo que aumenta la confusión) pero no a propósito de un binomio de materia y forma, como sucede en la contemporaneidad, sino de intelectualismo y voluntarismo en cuanto caminos de interpretación de la materialidad. Como es natural, el dualismo materialista –frente al dúo de unidades de materia y forma– al mismo tiempo que se convierte en referencia con la que no resulta posible la conexión del sistema contemporáneo, funge de obstaculizador o socavador o matizador en el tránsito de construcción del formalismo contemporáneo³. En fin, al menos esta repulsión tiene una virtud: la comprensión de que el puente entre modernidad y contemporaneidad *teóricamente* no está en pie, no existe.

² Cuando los resortes formales fallan –por defectuosos, disfuncionales, técnicamente mal compuestos, corruptos o defraudados– la llamada a la materialidad vuelve a brillar. Siguiendo el ejemplo, si la ley ignora la libertad individual en su elaboración o ejecución, si el Tribunal Constitucional se arroga una condición paralegislativa que olvida su función de intérprete a favor de la protección y bajo el imperativo de la libertad individual, el sujeto reclamará, más allá de la cáscara formal, la reviviscencia material de la libertad sepultada. El drama reside en que la materialidad no le puede proteger su libertad, esto es, cuanto más aumente la materialidad de la libertad más aumentará la posibilidad de interpretación –protectora, pero también vulnerativa– del contenido de la libertad; sólo, pues, una depuración formal puede otorgar seguridad al reconocimiento de la libertad. Pero, ¿cómo puede depurarse la formalidad degenerada? Quizá mediante la formulación de imperativos categóricos al modo kantiano, selección de límites invulnerables que acotan materialmente una teoría de la anulabilidad de las formas que es, por antonomasia, una teoría de la depuración de la forma.

³ El mismo Hans Kelsen, cuando se dispone a distinguir el Derecho formal del Derecho material, ofrece dos razones materiales del Derecho. KELSEN, *Pure*, op. cit., 230-231: «Hence the general norms to be applied by judicial or administrative organs have a double function: (1) determination of these organs and of the procedure to be observed by them; (2) determination of the content of the individual norms to be created in the judicial or administrative procedure. / These two functions correspond with the two categories of legal norms usually distinguished: the norms of formal law and the norms of material law. Formal law is the general norms regulating the organization and procedure of the courts and administrative authorities, namely the civil, criminal, and administrative proceedings. Material law is the general norms that determine the contents of judicial and administrative acts, and which are referred to as civil law, criminal law, and administrative law, although the norms that regulate the procedures of the law courts and administrative agencies are civil law, criminal law and administrative law no less».

2. NUDO

Voy a comparar los sistemas de fuentes jurídicas de la corona de Castilla (SJC) y de la corona de Aragón (SJA) a partir de preceptos de ordenación muy conocidos. En SJC puede hablarse perfectamente de un orden de prelación de fuentes, si se toma como evidente referencia la ley 1 de Toro que transcribe –lo que no debe olvidarse, a efectos interpretativos– la ley 1 del título 28 del ordenamiento de Alcalá de Henares:

SJC = [OA = ordenamiento de Alcalá > fueros según razón, Dios, mejoramiento > Partidas > libramiento regio de dudas y lagunas] > LT = Leyes de ordenamientos de Cortes y pragmáticas > fueros en uso > Partidas > interpretación y declaración del rey

En SJA se encuentra un orden más rudimentario o flotante que prelativo: hay orden de prelación de fuentes rudimentario en los reinos de Aragón (Fueros de Aragón de 1247) y de Valencia (Costums de Valencia de 1240) no obstante atractivo de nuevos elementos (fueros de Cortes, observancias, privilegios), mientras en el principado de Cataluña la prelación (Cortes de Barcelona de 1251, 1409 y 1599) es flotante, con unas fuentes locales y generales acumuladas y mezcladas sobre un fondo de homogeneidad:

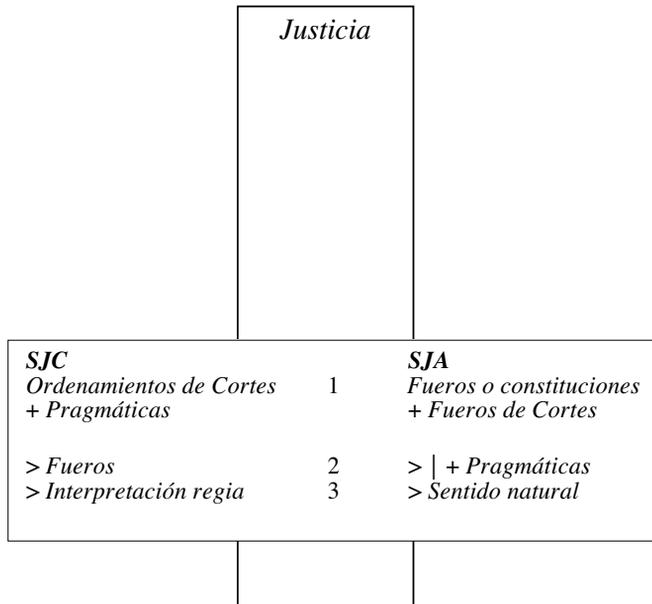
SJA = fueros (+ fueros de Cortes, observancias, privilegios) > [sentido natural y equidad / razón natural y Derecho común] (*Aragón, Valencia*) | Usatges, costumbres locales, constituciones de Cortes, privilegios, altres drets > sentido natural o buena razón, Derecho canónico, Derecho romano, equidad y Derecho común (*Cataluña*).

La bibliografía jurídica suele describir tres niveles en estos órdenes de prelación de fuentes: Derecho local, Derecho general, Derecho supletorio. La diferencia clásica entre SJC y SJA está en la preferencia del Derecho general sobre el local, en el primer sistema, y del Derecho local sobre el general, en el segundo. Por otra parte, y ahora en el nivel del Derecho general, SJC equipara fuentes elaboradas por el rey *motu proprio* o en Cortes, en tanto SJA antepone las fuentes elaboradas por el rey en Cortes por su calidad de Derecho pactado, si bien con la suma o incorporación de normas unilaterales (como el privilegio o la pragmática, en Cataluña y Valencia). A estas disimilitudes previas habría que añadir el distinto valor, o el distinto enlace por ejemplo con el Derecho tradicional, de las compilaciones (Partidas, Fueros de Aragón, Furs de Valencia, Usatges). Finalmente, en el nivel del Derecho supletorio, SJC tiene un planteamiento de carácter *judicial* –esto es, opta por una referencia a un tipo formal de fuente, *libramiento*, que plasma una declaración jurídica– en orden a la resolución de dudas y lagunas, mientras SJA emplea referencias materiales –sentido o

razón natural, equidad, memoria, consejo, *utrumque ius, ius commune*— con ecos múltiples autóctonos y foráneos.

Quizá, atendiendo a estas últimas consideraciones, y para trazar una senda en este nuestro trabajo comparativo, sea conveniente la distinción de dos grandes bloques en SJC y SJA: un cúmulo de Derecho tradicional y Derecho nuevo del rey, por una parte, y por otra el heterónimo Derecho supletorio. Pero no hay que olvidar que el *Planteamiento* se preguntaba por la localización de un elemento, concepto o criterio informador respecto de las condiciones que deben cumplir las fuentes jurídicas a propósito de cómo deben ser para legitimarse y a propósito de en qué posición del sistema deben incardinarse para ser, una vez más, legítimas. El tesoro o la clave, el concepto, durante Medioevo y Modernidad, está en una palabra augusta: la justicia.

Intentaré, por lo tanto, acercarme a la función vertebradora y sistematizadora que cumple la justicia, pero inmediatamente poniéndola en relación con las características de las fuentes jurídicas que se encuentran alumbradas por ella, sin perder de vista el criterio comparativo entre los sistemas jurídicos de las dos coronas a los efectos de comprobar si las claras diferencias que muestran los escalones de los órdenes *prelativo, flotante o desordenado* terminan por resolverse —como me apetece anticipar— en lecturas aleatorias y congruentes —pero lecturas, en plural, y no amalgama— de unos mismos principios y criterios. Valga el *dibujo* que sigue como recapitulador, máquina contrastadora y punto de partida.



2.1. Presidencia de la justicia

No hay vacilación sobre la preeminencia que todos los órdenes jurídicos medievales y modernos reconocen a la justicia. Mas la justicia no es un concepto incólume e indubitado, sino espejo de la reflexión materialista que enfrenta, en términos filosóficos y dentro del vientre común del iusnaturalismo teológico, intelectualismo y voluntarismo. Como explica Domingo Báñez, el intelectualismo excluye la pertenencia de la justicia a la voluntad, porque la justicia se identifica con la verdad, que no reside en la voluntad, sino en el intelecto; frente a esta explicación, el voluntarismo describe la voluntad como un apetito de la rectitud de la razón, con la que cabe identificar precisamente la verdad⁴. En todo caso, la relación de la justicia con la razón o la verdad demuestra su carácter de virtud cardinal entre otras virtudes –como la temperancia– aunque sea ella, como dice Luis de Molina, la que fundamentalmente debe constituir el legislador y administrador de la república⁵.

Por otra parte, a esta bipolaridad *presidencial* de la justicia –voluntad o intelecto– se añade una bipolaridad de la justicia en su riego de las distintas fuentes, mediante su configuración calificativa en justicia *distributiva* y justicia *conmutativa*. La primera ratifica la *presidencia* sobre las fuentes normativas en relación subordinada de poder, y la segunda ratifica la *presidencia* sobre las fuentes convencionales en relación sinalagmática. No son distintas justicias sino una sola, pues una misma y sola –el *medium*– resulta la orientación que equilibra tanto la justicia distributiva como la conmutativa⁶.

Al centrarse en la ley humana positiva, Domingo de Soto enseña cómo debe contar con la virtud, sólo posible precisamente en cuanto la ley participa en la *ratio iustitiae*. La *rectitudo* de esta *ratio legis* obedece a su derivación de la ley natural: de la ley natural recibe la ley humana una rectitud que le atribuye una justicia sin la cual carecería de virtud, de modo que en consecuencia perdería –no habría ganado– su presunta naturaleza de ley. La ley no constituye la virtud, sino que lleva a cabo una *explicatio virtutis*, una conclusión de los principios que forman parte de la ley natural⁷. De esta manera, se dibuja un acto presuntivo-teleológico: la ley debe aspirar a una justicia que se presume en ella si se trata de ley en verdad. Esta argumentación deja en incógnita qué sucede bajo la dicadura del nombre: aquella que la voluntad política reconoce como ley, ¿ha de

⁴ Domingo BÁÑEZ, *De Iure & Iustitia Decisiones* (Salmanticae, apud Ioannem & Andream Renaut fratres, 1594) 37-38.

⁵ Luis de MOLINA, *De Iustitia et Iure* (Moguntiae, excudebat Balthasar Lippius sumptibus Hermanni Mylii Birckm, 1614) I col. 4.

⁶ *Ibidem* 106-107.

⁷ Domingo de SOTO, *De Iustitia & Iure, Libri decem* (Salmanticae, excudebat Ioannes Baptista a Terranoua, 1573) 34.

presumirse justa, puesto que en caso contrario no habría llegado a ser ley? El juego todavía queda más oculto si se considera cómo la ley late en un corazón normativo de tipos (fueros, ordenamientos, constituciones, etc.) que esconden, en la medida en la que la contienen (como norma), la ley. A este *misterio de la justicia de la ley* ayuda por lo demás aquella naturaleza consuntiva o explicativa de la virtud de la justicia: la ley humana adapta la ley natural y por lo tanto su sumisión no es réplica, sino que permite un campo in- o renovativo. En realidad, se percibe muy bien ahora la tensión irresuelta entre intelectualismo y voluntarismo, cada vez más cercana a la tierra en su descenso de los cielos: la voluntad redondea materias que se deben a una materia superior sin la cual nada son pero cuya precisión queda abierta en su plasmación problemática. No es virtuoso causar la muerte a un ladrón o a un hereje según la ley natural que prescribe no obstante la necesidad del castigo –dice Soto– pero la ley humana concreta el contenido de este castigo y convierte la pena de muerte en virtud.

Con clara percepción del problema, Francisco Suárez explica que es de razón y esencia de la ley la prescripción justa –de la justicia–. Ahora bien, el legislador humano carece de la voluntad perfecta de Dios, de manera que puede suceder prescriba una norma injusta. En tal caso, la ley no tiene fuerza de obligar, y bien puede decirse que su iniquidad procede de su contrariedad para con la ley natural o la ley divina. Sin embargo, cuando esta contrariedad no se verifica, la ley no es mala por sí misma, no es esencialmente mala, y por lo tanto la prescripción del superior que la caracteriza es válida, su ejercicio no debe ser yugulado, debido a la fuerza prescriptiva misma del legislador. Lo que no es en sí mismo bueno ni malo resulta bueno si obedece a un cumplimiento de la voluntad del legislador, porque supone un bien y procura el bien⁸.

Sede clásica de la tensión entre intelectualismo y voluntarismo es también la tercera clase de justicia –junto a la distributiva y la conmutativa–: la justicia *punitiva* o *vindicativa*. Hay una clara inclinación, así en Francisco de Vitoria, a transformar las condiciones de justicia y obligatoriedad en conciencia de la ley, en referencia a la legitimación del sujeto agente –el *opus Dei* del rey, prolongación de la voluntad de Dios– de manera que la ley humana aparezca como un mecanismo indirecto –causa segunda– de la ley divina y natural, y quede en segundo plano el grado de fuerza de la obligatoriedad, en función de la *quantitas materiae*, donde caben elementos morales (caridad) o políticos (bien público, honestidad de costumbres)⁹. Si este desplante no satisface al purista, puede hacerse renacer a través de la obligatoriedad, como en el análisis de Pedro de Aragón, el viejo enfren-

⁸ Francisco SUÁREZ, *Tractatus de legibus, ac Deo legislatore in decem Libros distributus* (Conimbricæ, apud Didacum Gomez de Loureyro, 1612) 47-48.

⁹ Francisco de VITORIA, *Relectiones undecim* (Salmanticae, apud Ioannem a Canoua, 1565) 90r-93r.

tamiento entre intelectualismo *–ex materia rei–* y voluntarismo *–ex voluntate legislatoris–* mas sin evitar el choque con la habitual frustración: como la *materia* o *natura rei* es abstracta y la voluntad legislativa concreta, e interesa una dependencia no yuguladora y habilitadora (sin depauperación del sujeto político), la materia se amplía por la vía de la necesidad de la república y además, significativamente, por la severidad de la pena impuesta, lo que viene a resultar, en definitiva, una ágil voltereta hacia el voluntarismo desde el intelectualismo¹⁰. En vez de la voltereta, Domingo de Soto prefiere con mayor rigor aumentar el campo *–pero políticamente–* de la razón material: la *ratio scandali* justifica la conminación bajo obligatoriedad en conciencia, con independencia de la justicia o injusticia de la ley¹¹. En Francisco Suárez se reúnen ya enumerativamente la intención del legislador, la gravedad de la pena y la materia de la ley como fundamentos en cascada de la obligatoriedad *sub culpa*¹².

Se dirá que ningún autor resuelve nada categóricamente. Para mí, esto es lo significativo: el hecho de que a un diagnóstico claro del problema no le siga una solución perfecta. Le ha seguido, antes bien, una *estructura* del problema: un *orden* en el que hay que entender el problema. Como sucede siempre con la escolástica, su operación intelectual, a pesar de las apariencias, no consiste en una resolución deductiva mediante un procedimiento lógico, sino en la tozuda construcción de un cerco, de una tramoya en la que forzosamente quede recluido o encarcelado todo razonamiento. Suárez, por ejemplo, describía un campo intelectual *–la preceptividad natural–* y un campo volitivo *–la preceptividad humana–* bajo un orden prelativo que concedía a la ley humana una derivación tanto más autónoma cuanto más supletoria. Lo interesante de esta precisión *estructural* es que traslada el problema a la localización de una legitimación de la ley humana que le permita dar ese paso flexibilizador, o *explicativo*, como decía Soto. Y así como la justicia es una virtud entre virtudes que se ilumina como *presidencia* del sistema jurídico, la ley es un instrumento que no excluye otro instrumento que pueda iluminarse para justificar la adaptación de la ley humana cuando la información material de la ley natural no resulta suficientemente precisa. Este otro instrumento es la epiqueya.

La epiqueya, en su aspecto externo de equidad, concreta por lo tanto la justicia de una ley cuya inyección abstracta de justicia natural pierde matices frente a los hechos, frente a las circunstancias particulares de los casos jurídicos: no es una excepción a la ley, sino una enmienda, o tan sólo una simple inteligencia de la ley¹³. Por lo tanto, la equidad presente en los derechos supletorios de los

¹⁰ Pedro de ARAGÓN, *De Iustitia et Iure* (Salmanticae, apud Guillelmum Foque, 1590) 219-227.

¹¹ Domingo de SOTO, *De Iustitia*, op. cit., 43-44, 46-51.

¹² Francisco SUÁREZ, *Tractatus*, op. cit., 464-472.

¹³ *Ibidem* 176.

reinos no es otra cosa, desde un punto de vista sustantivo, que el cierre *en círculo* de la justicia, de *presidencia* a última costura. Esta especie de infantería de la justicia que es la equidad puede señalarse, con Gabriel Álvarez de Velasco, contraria al Derecho estricto –mejor que a la ley, flexibilizada su prescripción justa– al mismo tiempo que se considera sin contradicción que la equidad pertenece a la justicia, e incluso que la justicia contiene la equidad, y en fin que tal y como hay una justicia distributiva y conmutativa –y punitiva– hay equidad con tantos idénticos calificativos¹⁴.

Así se comprende sin dificultad que el advenimiento del Derecho contemporáneo con su progresivo desapego hacia el Derecho natural –racionalización dieciochesca o arrinconamiento decimonónico– afecte en mayor medida a la justicia que a la equidad. Aunque pueda repetirse que la justicia es necesaria en la ley y que sólo la ley justa obliga en conciencia¹⁵, cada vez con mayor claridad la justicia quedará vinculada al cumplimiento riguroso de la ley, a una conformidad con la ley –en palabras de Cirilo Álvarez Martínez– por encima de cualquier consideración de la justicia como virtud religiosa o social¹⁶. En cuanto a la equidad, permanecerá tranquila, aun en su sinonimia con la justicia, como acto conforme a la ley natural, de suerte que, como concluirá Benito Gutiérrez, si la justicia es ley de necesidad, la equidad será ley de conveniencia, sin perjuicio de que justicia y equidad expresen en definitiva «casi la misma idea»¹⁷.

Virtudes \subset Justicia (distributiva / punitiva / conmutativa) \wedge Ley humana
[< Ley natural \rightarrow | Epiqueya (aequitas / aequabilitas) = Justicia]

2.2. Orden bajo justicia

2.2.1. Primer nivel

Como reflejé en el *dibujo*, bajo la *presidencia* de la justicia los órdenes jurídicos de las Coronas sitúan, en un *primer nivel*, ordenamientos de Cortes más pragmáticas (SJC), y fueros (o constituciones) más fueros (o constituciones) de

¹⁴ Gabriel ÁLVAREZ DE VELASCO, *Iudex perfectus seu de iudice perfecto Christo Iesu Domino Nostro unice perfecto, vivorum et mortuorum iudici dicatus* (Lugduni, sumptibus Horatii Boissat & Georgii Remeus, 1662) 202-205.

¹⁵ Juan ÁLVAREZ POSADILLA, *Comentarios a las Leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España* (Madrid, imprenta de don Antonio Martínez, 1826) 23-26.

¹⁶ Cirilo ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Instituciones de Derecho civil* (Valladolid, imprenta de don Julian Pastor, 1840) xxiii.

¹⁷ Benito GUTIÉRREZ, *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español* (Madrid, 1862) I 11.

Cortes (SJA). SJC excluye de este *primer nivel* todo Derecho tradicional, que SJA sin embargo reconoce. El *elemento común* de SJC y SJA es el Derecho elaborado en Cortes o *pactado*. Pero en la relación de éste con la pragmática aún cabe apreciar una diferencia: mientras en SJC es la pragmática la que se declara *commo fecha en Cortes*, en SJA es el fuero de Cortes el que, en su misma nominación, se suma al Derecho tradicional. Por consiguiente, contra cierta apariencia —aquella que considera el pactismo como caracterizador exclusivo de la corona de Aragón— en SJC la *fuerza gravitatoria* es propia del Derecho pactado, del que la pragmática se antoja émula, en tanto la *fuerza gravitatoria* en SJA reside en la masa del Derecho tradicional, del que el Derecho pactado opera como fórmula renovadora. Dicho sintéticamente, el *elemento común* es de *primer grado* en SJC y de *segundo grado* en SJA:

$$(a)$$

$$\begin{aligned} \text{SJC} &= \text{ordenamiento de Cortes} \leftarrow \approx \text{pragmática} \\ \text{SJA} &= \text{fueros o constituciones} \leftarrow \approx \text{fuero o constitución de Cortes} \end{aligned}$$

Desde luego, este simple análisis formal debilita el discurso que presume *pactismo* en SJA y *absolutismo* en SJC. Tal disimilitud aparente o prejuicio de los sistemas jurídicos de las Coronas se derrumba. No obstante, estudiemos particularmente si existen otras disimilitudes con verdadera profundidad que ayuden a confirmar, o a desmentir, esta primera marcada.

SJC sitúa en *primer nivel* al ordenamiento de Cortes, por encima de los fueros tradicionales. Se trata de una clara diferencia con SJA, donde los fueros conservan su vigor y son Derecho preeminente al que se añadirán, como prolongación respetuosa, los fueros de Cortes. Tamaña disimilitud, sin embargo, puede debilitarse, si en SJC se atiende, en vez de al tenor novativo de la ley 1 de Toro, al tenor de su transcrito Ordenamiento de Alcalá, donde se encontraba el argumento de la primacía de los fueros siempre y cuando no estuvieran en contradicción con el propio Ordenamiento:

$$\text{SJC} = \text{fueros} < \text{ordenamiento de Cortes}$$

El planteamiento inicial de SJC sigue, así, un hilo conductor de fuentes pautado tal y como en SJA. Parece que la incorporación en Toro de la *subordinación* (ya en *segundo nivel*) de los fueros tradicionales, los había retirado de su manifestación inmediata en el discurso de Alcalá —al expresar con brusquedad directa la anteposición del ordenamiento de Cortes que ya Alcalá reconocía pero indirectamente o de forma negativa, como un anticipo suave del cambio de lugar de los fueros en el orden de prelación que consumará Toro—. Incorporemos, pues, a la fórmula (a), la concepción foral de Alcalá —transcrita en Toro— y también, para completar el paralelismo entre SJC y SJA, el conjunto de pragmáticas

y privilegios que en los órdenes de prelación de SJA se caracterizan ora por la subordinación –al Derecho tradicional y pactado– mediante *desaparición* (Aragón), ora por su adhesión al *ius proprium* (Cataluña, Valencia) mediante una suma en mayor medida expresa (privilegios) o tácita (pragmáticas)¹⁸:

(b)

SJC = [fueros <] [ordenamiento de Cortes ← ≈ pragmática / privilegio] > fueros

SJA = fueros ← ≈ fuero o constitución de Cortes [← ≈ pragmática / privilegio]

Ahora es posible examinar otras supuestas disimilitudes de SJC y SJA, aunque comience a notarse un trasfondo circular, el aire de un remolino que atrae simultáneamente a varios conceptos.

Volviendo a la fórmula (a), ordenamientos de Cortes y pragmáticas, unidos en *primer nivel*, están considerados en la ley 1 de Toro –mas también el fuero, inmediatamente subordinado– como actos que contienen *ley*. La ley, siguiendo a Antonio Gómez, debe ser, en orden a su esencia y validez, justa, honesta, posible y *secundum naturam*, necesaria, útil y conveniente a la república, común (no particular), dispositiva y preceptiva en su tenor verbal, redactada en escritura pública¹⁹. Así la ley *concreta* –la ley como fuente del *ius proprium*– recoge el sople de la justicia que la ley humana, en general, habíamos visto requiere, de acuerdo por otra parte con la tradición visigoda. Aunque SJA no reconozca *concretamente* el término *ley*, obviamente aquellos requisitos son propios de la *humanidad* de su Derecho –fueros, usos– y por lo demás de la influencia visigoda y romano-canónica de su evolución tradicional.

Por otra parte, la doctrina parece compensar la posición de *segundo grado* –dentro del *primer nivel* y en relación con los fueros, usos o costumbres tradicionales, dotados de *fuera gravitatoria*– que tiene el fuero o constitución de

¹⁸ La *desaparición* se refiere a la no incorporación expresa de los privilegios o las pragmáticas, en el reino de Aragón, a la descripción del *ius proprium*, lo que obviamente no quiere decir que no existan privilegios o mandatos generales unilaterales del rey (razón de la necesidad del reparo de agravios); en el reino de Valencia los privilegios se suman al binomio –*furs, privilegis*– de *ius proprium* jurado por el rey, y a las recopilaciones protectoras del *ius proprium*, expresamente, lo que no excluye que la pragmática, al margen (y sólo en este sentido *tácitamente*, para estas páginas) constituya el cauce formal de determinadas regulaciones –por ejemplo, la organización de la Real Audiencia– sin duda con plena fuerza normativa no subordinada a otras fuentes; en el principado de Cataluña, el privilegio es incorporado a la descripción del *ius proprium* en el orden de prelación de fuentes de las Cortes de Barcelona de 1409, y la pragmática formaría parte (y así *tácitamente*, de nuevo) de esos *altres drets* que añaden (sin citar ya expresamente a los privilegios) las Cortes de Barcelona de 1599, hasta tomar vuelo, paralelo al de las constituciones de Cortes, en la bifurcada tarea –constituciones y *altres drets*, pragmáticas y *altres drets*– de la recopilación.

¹⁹ Antonio GÓMEZ, *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum* (Matriti, typis D. Gabrielis Ramirez, 1768) 5.

Cortes en SJA. Pedro Belluga sostiene que, a la hora de determinar cuándo un juez comete una injusticia por haberse pronunciado *contra ius*, la observancia del Derecho debe comprenderse como acto *secundum* la ley que el rey edita con los regnícolas, porque sólo esta ley, sobrentendida de Cortes (constituciones de Cataluña y fueros de Valencia y Aragón), es una *ley general*, cuya naturaleza adquiere un carácter contractual, pacto del que el *ius naturale* extrae el fundamento de su obligatoriedad y de la ejecución a la que se deben los oficiales y los jueces²⁰. Lorenzo Matheu y Sanz explica que el término *fuero* implica que, en principio, *de Curia loquitur*: el consejo –de preladados y nobles– no tiene tanta fuerza como la curia, cuya operatividad hace que nazca la ley paccionada, máxime si interviene *oblatio pecuniae* en orden a la irrevocabilidad²¹. Por lo tanto, si la doctrina explica que en SJA la ley cuya justicia natural prima es la ley de Cortes, no hay en consecuencia disimilitud con SJC, donde la ley primera que pudiera encontrar la justicia, según el orden de Toro y más aún de Alcalá, sería la ley de Cortes; tanto como en SJC se había desplazado la posición preeminente de los fueros (todavía manifiesta, pero depauperadamente, en Alcalá) se desplaza en SJA la importancia del fuero o constitución originaria, en virtud del valor del fuero o constitución de Cortes sobrevenida. La disimilitud, en efecto, se desvanece, a salvo de la subordinación (*segundo nivel*) de los fueros en SJC –no constatable en SJA, donde se salvaguarda su deferente mención de *primer nivel*–, asunto que analizaremos más adelante.

Veamos ahora la disimilitud de grado, funcional, del *elemento común de primer nivel* en SJC y SJA que son las *leyes* de Cortes, desde el punto de vista de SJC. A primera vista, la *ley* de SJC puede derogar el fuero, lo que no puede hacer la *ley* de SJA. Sin embargo, cuando Juan Guillén de Cervantes acepta, en su comentario a las leyes de Toro, que la ley posterior deroga la ley anterior, matiza en seguida el alcance de una declaración de este calibre: si quiere derogarse el Derecho antiguo, hay que mencionarlo expresamente. Esta consideración se liga a una fuente jurídica concreta: el privilegio²². En la fórmula (b) yo había incorporado delibera-

²⁰ Pedro BELLUGA, *Speculum principum* (Bruxellae, typis & sumptibus Francisci Vivieni, 1655) 81.

²¹ Lorenzo MATTHEU Y SANZ, *Tractatus de regimine regni Valentiae* (Lugduni, sumpt. Joannis-Antonii Huguetan & Soc., 1677) 5.

²² Juan GUILLÉN DE CERVANTES, *Commentariorum in leges Tauri* (Mantuae Carpentanae, excudebat Guillelmus Drouy typographus, 1594) I 15r, 16r-18r: «Ex quibus omnibus concludo priuilegia ex alicuius legis generalis promulgatione non censi sublati, & ne videamur nostrae legis limites egredi; inde resoluendum est, quod licet nostra lex praecipiat secundum has leges Taurinas iudicandum esse, vt supra ex hac lege collegimus, tamen si aliquis esset qui haberet aliquod priuilegium sibi a Rege concessum, cui contradiceret aliqua ex istis legibus Tauris postea superueniens, non ideo debet censi expirasse praedictum priuilegium, cum generalis dispositio non debeat includere casum illum, qui ob speciale priuilegium debet haberi pro excepto, ex his quae supra resoluimus».

damente en SJC –aunque no forme parte del orden de prelación de Toro– al privilegio, junto con las pragmáticas, en su régimen de equiparación a los ordenamientos de Cortes. Ahora la reflexión de Guillén de Cervantes corrobora que así debe ser entendido, sin subordinación: como Derecho singular, el privilegio no puede ser derogado por el Derecho general. Mejor dicho, como Derecho singular anterior, el privilegio no puede ser derogado por el Derecho general posterior; para el reino de Aragón, Miguel de Molino afirmaba justamente que el fuero especial anterior no puede ser derogado por el fuero general posterior²³. Esto significa que SJC incluye una misma regla de respeto al Derecho antiguo que SJA; al Derecho anterior se someterían entonces por igual las nuevas leyes o los nuevos fueros del rey. Ahora bien, el Derecho anterior de SJA es un conjunto de privilegios y fueros, porque también los fueros, evidentemente, pueden ser locales, particulares y con una razón especial o singular. Pues bien, también es así en SJC, como se constata cuando Guillén de Cervantes añade al privilegio, en esta fuerza vinculante del pasado, las costumbres o estatutos que regulan especialmente determinados lugares o se dirigen singularmente a determinadas personas. La disimilitud, en fin, de SJA con la subordinación de los fueros en SJC quedaría por lo demás suavizada mediante el mecanismo de la mención expresa requerida para la derogación –en *primer nivel*– antes del alcance de la aplicación –en *segundo nivel*– de los fueros usados: es como si este *segundo nivel* de los fueros usados funcionara por defecto de la mención expresa, y *representara* (como una presencia agazapada) la potencia del Derecho anterior. En cualquier caso, la contemplación de la fórmula (b) hace notar que con el privilegio ha sido introducido en SJC un elemento homogeneizador en la comparación de los sistemas jurídicos de las Coronas, a raíz del respeto al Derecho pretérito que forma parte de SJC y SJA.

Una conclusión a la que se llega por otro camino, especialmente para SJC, donde el tradicionalismo parecía más dudoso. Así, Francisco de Amaya añade a la verdad que requiere la ley del príncipe –esa verdad que es razón de la justicia– la necesidad de que el precepto que contiene su mandato no opere más allá de su intención agente²⁴. Las recopilaciones –Nueva y Novísima– seguirán incorporando preceptos de origen medieval exigiendo a las cartas regias respeto para con el Derecho, la ley o el fuero usado, y esto –más allá del razonamiento de Guillén de Cervantes– por encima de cualquier mención expresa o cláusula derogatoria²⁵. En realidad, no responde a otro sentido el mecanismo del *obedéz-*

²³ Miguel de MOLINO, *Repertorium fororum, et observantiarum regni Aragonum* (Caesaraugustae, ex officina Dominici a Portonarijs, 1585) 157.

²⁴ Francisco de AMAYA, *Observationum Iuris libri tres* (Salmanticae, excudebat Antonia Ramirez, 1625) 6-7.

²⁵ Nov. R. 3.4.2 (= NR 4.14.1): «No valgan ni se cumplan las Reales cartas dadas contra Derecho, ley, o fuero usado. / Porque acaesce, que por importunidad de algunos o en otra

case, pero no se cumpla, en casos de vulneración por las cartas del rey de los fueros o de las leyes de Cortes pretéritas²⁶. Todo ello, por cierto, en honor al *florecimiento de la justicia*²⁷. Ya las Partidas habían expuesto el criterio de que la ley no debía ser derogada salvo por una causa razonable, que consistiría en su contrariedad con la ley divina, el supremo dominio regio, el bien común o la bondad²⁸. Cuando existe necesidad de elaborar una ley nueva, ésta ha de valer *tanto* como la ley antigua, o *más*, mas un *más* vinculado a la obsolescencia de la vieja ley. Quien hace la ley debe reflexionar sobre el *antes* y el *después*: una

manera Nos otorgáremos y libráremos algunas cartas o albalaes contra Derecho, o contra ley, o fuero usado; por ende mandamos, que las tales cartas o albalaes que no valan ni sean cumplidas, aunque contengan que se cumplan no embargante cualquier fuero o ley, o ordenamiento, o otras qualesquier cláusulas derogatorias».

²⁶ Nov. R. 3.4.4 (= NR 4.14.2): «Se obedezcan y no cumplan las cartas contra Derecho en perjuicio de partes, aunque contengan qualesquier cláusulas derogatorias. / Muchas veces por importunidad de los que nos piden algunas cartas, mandamos dar algunas cartas contra Derecho: y porque nuestra voluntad es, que la nuestra justicia florezca, y aquella no sea contrariada, establecemos, que si en nuestras cartas mandáremos algunas cosas en perjuicio de partes, que sean contra ley o fuero o Derecho, que la tal carta sea obedecida y no cumplida; no embargante que en la tal carta se haga mención general o especial de la ley o fuero, o ordenamiento contra quien se diere, o contra las leyes y ordenanzas por Nos hechas en Cortes con los Procuradores de las ciudades y villas de los nuestros Reynos, aunque hagan mención especial de esta nuestra ley, ni de las cláusulas derogatorias en ella contenidas; ca nuestra voluntad es, que las tales cartas no hayan efecto, aunque las nuestras cartas contengan las mayores firmezas que pudieren ser puestas, y aunque se diga, no obstante que los fueros y leyes y ordenamientos, que no fueron revocados por otros, que no pueden ser perjudicados, ni derogados, salvo por ordenamientos hechos en Cortes: y todo lo que en contrario de esta ley se hiciere, Nos lo damos por ninguno. Y mandamos a los del nuestro Consejo, y a los nuestros Oidores, y a otros nuestros oficiales qualesquier, que no libren ni firmen carta ni albalá en que se contenga, no embargante leyes, o Derechos, o ordenamientos, so pena de perder los oficios: y esta misma pena haya el Escribano que la tal carta o albalá firmare: y desde agora relevamos a qualesquier ciudades y villas y lugares, y otras personas de qualesquier penas o emplazamientos que por las dichas cartas, que Nos en contrario diéremos, fueren puestas; en tal manera, que no incurran en las dichas penas, ni sean tenidos de parecer a los tales emplazamientos». Vid. Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, «La fórmula “obedézcase, pero no se cumpla” en el Derecho castellano de la Baja Edad Media», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 50 (1980) 469-487.

²⁷ El hecho de que el rey finalmente imponga su voluntad en el libramiento último al que dan lugar estas normas y mecanismos nada empee a la idea que ahora interesa: la falta de disimilitud profunda de SJC y SJA. No se trata de delimitar ahora la capacidad política de la voluntad regia —que tiene vías de imposición, por otra parte, tanto en SJC como en SJA, y problemas y límites tanto en SJC como en SJA—, sino de analizar los mapas formales de unas fuentes y preguntarnos por su semejanza o desemejanza sistémica.

²⁸ Partidas 1.1.18: «Como las leyes non deuen ser dessechas sin causa razonable e como se deue esto fazer. Desatadas non deuen ser las leyes, por ninguna manera, fueras ende si ellas non fuessen tales, que desatassen el bien que deuián fazer, e esto seria, si ouiesse en ellas alguna cosa contra la ley de Dios, o contra derecho señorio, o contra grand pro comunal de la tierra, o contra bondad conocida». Gregorio López, glosa *Contra derecho señorio*.

posición análoga a la que en SJA produce el diálogo entre el *fuero antiguo* y el *fuero nuevo*. Significativamente, las Partidas concluyen que, una vez analizados el antes y el después, debe elegirse –como en la justicia distributiva y en la conmutativa– *lo que es de medio*²⁹. Se dirá que éste es un combate entre leyes, pero si se superpone el razonamiento al orden de prelación de Toro –donde leyes son tanto las que contienen los ordenamientos de Cortes y las pragmáticas cuanto las que contienen los fueros o las Partidas– puede imaginarse el resultado. Por otra parte, el principio de la irretroactividad se planteaba en las Partidas precisamente con fueros en danza³⁰.

Tal vez sea conveniente volver a la fórmula (b) y transfigurarla, teniendo en cuenta esta aproximación entre SJC y SJA en cuanto a los aparentes *primer y segundo grado* respectivamente del *elemento común*: el Derecho de Cortes. La diferencia de grado desaparece si ampliamos semánticamente el término *fuero*, de su sentido concreto y local y privilegiado a un significado amplio de Derecho tradicional, muy propio de la función política que cumple en los órdenes de fuentes. El cambio no es baladí: implica que la interpretación a fondo de los sistemas jurídicos introduce un elemento abstracto donde habíamos partido del *dibujo* de actos normativos concretos; yo diría que responde a la inyección continua de la justicia como *presidencia*. Los *elementos comunes* aumentan en la fórmula *infra* (c). (Sin dejar de llamar la atención, no obstante y al margen, sobre una circunstancia evidente para todas estas consideraciones: no se trata de defender la desaparición de las diferencias entre SJC y SJA, sino de notar hasta qué punto responden a construcciones con una diferente estética, con un diferente

²⁹ Partidas 1.1.19: «*En que manera deuen ayuntar con estas leyes las que se fizieren nueuas. Acaesciendo cosa de quando aya ley en este libro porque a menester de se hazer de nueuo, deue el rey ayuntar omes entendidos e sabidores, para escojer el derecho, porque se acuerde con ellos en que manera deue ende fazer ley, e desde lo ouiere acordado deue lo fazer escreuir en su libro e de si en todos los otros de la tierra sobre que el a poder e señorío, e las leyes que desta guisa son añadidas e fechas de nueuo valen tanto como las primeras, o mas porque las primeras hanlas vsado los omes tan luengo tiempo, que son como enuejescidas, e por el vso de cada dia resciben enojo dellas. E otrosi, porque los omes naturalmente cobdician oyr e saber, e ver cosas nueuas, e porende los que fazen las leyes, deuen querer el bien e el derecho, que los que ante lo sopieren que lo non destoruen, ni lo dañen los que despues vinieren por desentendimiento. E porende deue catar el que faze leyes, lo de ante y lo despues. E desde estas dos cosas bien cataren, entendera luego lo que es de medio, e las leyes que desta guisa fizieren, an de ser puestas con las otras, e avn adelantadas entrellas*».

³⁰ Partidas 3.14.15: «*Como los pleytos se pueden prouar por ley e por fuero. (...) Otrosi dezimos que si sobre pleyto, o postura, o donacion, o yerro que fuesse fecho en algund temporal que se judgauan por el fuero viejo fuere fecha demanda en juyzio en tiempo de otro fuero nueuo que es contrario del primero que sobre tal razon como esta deue ser prouado e librado el pleyto por el fuero viejo, e non por el nueuo. E esto es porque el tiempo en que son començadas, e fechas las cosas deue siempre ser catado, maguer se faga demanda en juyzio, en otro tiempo sobrellas*».

lenguaje, pero con una maquinaria más sintonizada, con menos disimilitudes, de lo que parece.)

(c)

SJC = Derecho tradicional \approx ordenamiento de Cortes \leftarrow [\approx pragmática / privilegio] $>$
 fueros usados

SJA = Derecho tradicional \approx fuero o constitución de Cortes [$\leftarrow \approx$ pragmática / privilegio]

Evidentemente lo que distingue SJC de SJA es la subordinación de los fueros usados. Con otras palabras, el Derecho tradicional es *abstracto* en SJC y *concreto* (más abstracto, por qué no) en SJA; el Derecho tradicional concreto de SJC queda subordinado en la fórmula (c). Sin duda, la persistencia en las recopilaciones de preceptos antiguos que no permiten la carta regia contra fuero usado pone en cuestión el orden de prelación de Toro, pero sin olvidar que el seísmo puede responder antes bien a un problema de *estabilidad* del sistema, de factores *flotantes* —nueva conexión con SJA— o bien, dicho de forma más positiva, a la comprobación esencial de que la *prelación* no es *jerarquía*. No obstante, hay que aceptar la subordinación de los fueros a tumba abierta como especificidad, o fundarla en una determinada razón explicativa. Añádase que acaso también requiere una mayor fundamentación el hecho mismo de la viabilidad de la sustitución de *fuero* por *Derecho tradicional*.

¿Qué es un *fuero*? Según la ley 1 de Toro, un acto normativo que contiene leyes; pero también es reconocido el vínculo del fuero con el privilegio y la costumbre. Asegurar que el fuero conecta materialmente con la ley y con el privilegio viene a ser, en última instancia, decir lo mismo desde perspectivas distintas, ya que la ley puede ser general (ley) o singular (privilegio) y evidentemente las leyes que contienen los fueros tradicionales no son generales: son locales, especiales o singulares, y en este sentido —si no expresamente— privilegios. La sinonimia entre fuero y privilegio está muy documentada, tanto en SJC como en SJA. De modo que si el fuero es un privilegio, la anteposición en SJC del Derecho tradicional —en vez de los fueros— significaría —permitiendo admitir la sustitución nominativa con toda naturalidad— la anteposición de los privilegios. De este modo, todo encaja perfectamente, porque nos encontraríamos en la fórmula (c) con una duplicación de los privilegios, con una doble posición coincidente en SJC y SJA, por una parte sumados al nivel de los ordenamientos de Cortes y pragmáticas, por otra parte subrayada la irrevocabilidad de su naturaleza con una anteposición que los preserva temporalmente. Aquello que afirmaba Guillén de Cervantes no sería una divagación doctrinal, sino que podría confirmarse en la interpretación del sistema de fuentes. Y resulta notable que toda esta explicación nos permita comprender, ahora también, la subordinación, en *segundo nivel*, de los fueros usados. Éstos ya no son comprendidos como privilegios, sino como leyes,

expressis verbis en Toro: las *leyes de los fueros*³¹. Contemplados como leyes –no generales, pero tampoco singulares: con otra visión, *particulares* o *especiales*–, su posición responde a una regla que, al comienzo de su razonamiento, no olvidaba Guillén de Cervantes, y aceptaron, pese a todo matiz, las Partidas: el Derecho posterior deroga al Derecho anterior, de manera que en defecto del Derecho posterior –enmendador, como decían las Partidas, y no exterminador– rige el Derecho anterior. Así lo estaría reflejando la fórmula (c) nítidamente. También la doctrina; Marcos Salón de Paz recuerda muy oportuno que el fuero usado puede tener incluso una fuerza analógica, pero nunca contra la ley escrita³². Y Gabriel Álvarez de Velasco expresa la idea como un reflejo de la *justicia en círculo* inyectada en los sistemas jurídicos: la costumbre no puede ir contra la ley –razonable y justa, representativa de la utilidad pública– como la ley no ha de transgredir la ley divina o la razón natural³³.

Mas si ampliamos la semántica del *primer nivel* sustituyendo *fueros* por *Derecho tradicional* tenemos que hacer frente a otro problema: el Derecho tradicional suma fueros, suma privilegios, pero también suma usos y costumbres. No requiere demostración que esto sea así en SJA³⁴, donde se admite perfectamente la anteposición de todas aquellas fuentes, se diría que incluso en una relación de sinonimia. En SJC parecería más difícil invitar al uso y la costumbre (a pesar de que alguna reflexión doctrinal salva la situación, también mediante sinonimia: dice Cristóbal de Paz que la costumbre inmemorial tiene la fuerza misma del privilegio no escrito³⁵). ¿Nos atrevemos? Desde luego, hay un apoyo en la ley 238 del Estilo, que señala, entre las cosas que embargan el derecho escrito, en primer lugar la costumbre usada, en segundo lugar la postura entre partes –el contrato–,

³¹ Ley 1 de Toro: «(...) E en lo que por ellas no se pudiere determinar, mandamos que se guarden las leyes de los fueros, así del Fuero de las leyes como las de los fueros municipales que cada ciudad o villa o lugar toviere, en lo que son o fueren usadas e guardadas en los dichos lugares, e no fueren contrarias a las dichas de Ordenamientos e Premáticas, así en lo que por ellas está determinado como en lo que determináremos adelante por algunas leyes de Ordenamientos e Premáticas, e los Reyes que de Nos vinieren; ca por ellas es nuestra intención e voluntad que se determinen los dichos pleitos e causas, no enbargante los dichos fueros e uso e guarda dellos».

³² Marcos SALÓN DE PAZ, *Ad leges Taurinas insignes commentarii* (Pinciae, apud Franciscum Ferdinan. a Corduba, 1568) 79v-81r.

³³ Gabriel ÁLVAREZ DE VELASCO, *Iudex perfectus* op. cit. 107-109.

³⁴ Así en el Privilegio General de las Cortes de Zaragoza de 1283: «(...) nobis humiliter supplicarunt et rogando conquerendo monstrarunt, quod in pluribus nec nos nec nostri iudices seu oficiales, foros, usus, consuetudines, libertates Aragonum nec privilegia observabamus, quare supplicarunt quod dignaremur confirmare dictos foros, usus, libertates et consuetudines Aragonum praelibatas et privilegia universa quae habent, et instrumenta donationum et permutationum per Nos et per nostros perpetuo observare».

³⁵ Cristóbal de PAZ, *Scholia ad Leges regias Styli* (Madríti, apud Alphonsum Martinum typographum, 1608) 652-653.

en tercer lugar el perdón del rey, en cuarto lugar la ley nueva, y en quinto lugar el Derecho natural. Es ésta una ley muy interesante, de la que quiero despejar varias cuestiones, antes de proseguir. La principal, por lo que se refiere a nuestra duda más reciente: al decir que la ley –derecho escrito– debe respetar la costumbre usada, la ley 238 confirma que en SJC podemos incorporar perfectamente la costumbre y el uso en el Derecho tradicional situado *en primer nivel*, como en SJA. Otros aspectos de la ley 238 que no deben ser silenciados, porque ratifican ideas ya expuestas en estas páginas, son la no contradicción de la anteposición del Derecho tradicional con el principio de derogación de la ley anterior por la ley posterior; el papel del voluntarismo, en forma de perdón regio; y la subordinación de la ley humana a la ley natural –justicia presidente– con una expresa afirmación, al final de la ley, de la naturaleza *explicativa* que respecto de ésta tiene aquélla³⁶. Significativamente, esta coda de la ley 238 apunta una posibilidad de interpretar la costumbre, en combinación con el Derecho natural, que está presente en la doctrina y explica perfectamente la inclusión de la costumbre en el *primer nivel*³⁷. Decía Pedro González de Salcedo que la costumbre cuya obligatoriedad es inviolable no es la costumbre positiva, ni siquiera inmemorial, sino la costumbre que interpreta, declara y conserva el Derecho natural, de modo que una costumbre que descende del Derecho natural ha de llamarse Derecho natural, mejor que costumbre³⁸. Reorientada a la ley natural y la justicia, no rechina la contemplación de la costumbre en ese abierto *primer nivel* del Derecho tradicional, imbuido de justicia.

Yo diría que la estilosa ley 238 ofrece otra clave. Al exigir de la costumbre, para localizarse en *primer nivel* (como Derecho tradicional), el uso, coincide con

³⁶ Ley 238 del Estilo: «*Quántas cosas embargan el derecho escripto. / Otrosí, es a saber, que cinco cosas son que embargan los derechos escriptos. La primera la costumbre usada, ques llamada consuetudo en latin, si es razonable. La segunda es postura, que hayan las partes puesto entre sí. La tercera es perdon del rey quando perdona la su justicia. La quarta es quando fazen ley de nuevo ques contraria al otro derecho escripto, con voluntad de fazer ley; la quinta es quando el derecho natural es contra el derecho positivo, que fizieron los omes. Ca el derecho natural se debe guardar, et en lo que non fallaron en el derecho natural, escrebieron et pusieron los omes leyes*».

³⁷ Para un diagnóstico práctico de la costumbre, en el sentido de la comprensión de su fuerza *praeter, secundum o contra legem* –o *ante legem*– en el juego efectivo de una maquinaria institucional y de la relación entre fuentes jurídicas, así como en la conexión (interesante para lo sucesivo en estas páginas) con el estilo judicial, resulta imprescindible la lectura de Enrique GACTO, «La costumbre en el Derecho de la Inquisición», en A. Iglesia Ferreirós (ed.), *El Dret Comú i Catalunya. Actes del IV Simposi internacional. Homenatge al professor Josep M. Gay Escoda. Barcelona, 27-28 de maig de 1994* (Barcelona, 1995) 215-262.

³⁸ Pedro GONZÁLEZ DE SALCEDO, *De lege politica, eiusque naturali executione, et obligatione, tam inter laicos, quam ecclesiasticos ratione boni communis* (Matriti, ex Typographia imperiali apud Iosephum Fernandez de Buendia, 1678) 124, 136.

la exigencia de Toro para el fuero subordinado en *segundo nivel*. El uso tiene un sentido de garantía de autenticidad y actualidad de la costumbre y del fuero. Tiene sentido que el fuero de *segundo nivel* incluya esta condición, porque es común a todo Derecho tradicional, por una parte, y porque, por otra parte, en su posición como *ley* en *segundo nivel* requiere el recordatorio de un factor de diferenciación respecto de la (otra) *ley* entendida como contenido de los actos normativos generales de las autoridades políticas, porque de esta *ley* –la *ley* de las posturas del rey–, a diferencia de aquella –la *ley* de los fueros–, nunca se considera el desuso como causa de excusación de observancia³⁹. La idea todavía queda más clara si recordamos los requisitos que, de forma disyuntiva, añadía el Ordenamiento de Alcalá: la conformidad con la razón y con Dios –prefigurada en las Partidas⁴⁰– que nos remite evidentemente al control propio de la *presidencia* de la justicia⁴¹.

2.2.2. Segundo nivel semisubyacente

Así las cosas, hay lugar para una nueva reflexión a propósito de la fórmula (c). En SJA el Derecho tradicional funge de abstracción a partir de la referencia concreta a fuentes –fueros, privilegios, costumbres– incluidas expresamente en los órdenes de prelación (o en disposiciones tan significativas, por su propio nombre, como el *Privilegio General*). En SJC, el Derecho tradicional es una añadidura abstracta –sin réplica en fuentes concretas, más allá de la anteposición de fueros en el Ordenamiento de Alcalá que transcribe Toro– para cuya prueba me remito a nuestras anteriores meditaciones. Aceptado el Derecho tradicional, y concluida a su través una homologación entre SJC y SJA contra las apariencias, para que tal homologación fuera redonda debería encontrarse en SJA la presencia de fueros tradicionales en *segundo nivel*, al igual que en SJC. Es decir, si SJC es capaz de asimilar la presencia en *primer nivel* del Derecho tradicional, propia de SJA, aun de una manera *subyacente* (aflorada en nuestra fórmula), la homologación absoluta se produciría si en SJA encontráramos una presencia en *segundo nivel* del Derecho tradicional, aun de una manera *subyacente* (susceptible de aflorar en nuestra fórmula). Pues bien, así como en SJC la doctrina nos explicaba la congruencia de un

³⁹ Benito GUTIÉRREZ, *Códigos* op. cit. I 54-55.

⁴⁰ Partidas 1.2.9: «*Como se puede desatar el Fuero. (...) Onde como quier que el fuero sea fecho para venir ende todo bien. Si por auentura de comienço non fue catado, porque el bien sea y mucho escogido, o seyendo escogido, non vsan del como deuen, non catando y lo de Dios complidamente, ni lo del señor natural, ni el pro de la tierra, por cada vna destas razones deue ser desfecho*».

⁴¹ Marcos SALÓN DE PAZ, *Ad leges Taurinas* op. cit. 111v.

antepuesto y subyacente Derecho tradicional, en SJA la doctrina nos explica la congruencia de un subordinado y subyacente (e igualmente *concreto*) Derecho tradicional. Pedro Belluga dice, con toda claridad, que las buenas y longevas costumbres y observancias tienen fuerza de ley en el sentido de que –y fuera de cualquier asombro– a falta de ley del reino hay que acudir a ellas, como Derecho supletorio⁴². Con este sostén, no me resisto a rehacer la fórmula (c) y comprobar el aumento de la dosis de homologación:

(c')

SJC = Derecho tradicional ≈ ordenamiento de Cortes ← [≈ pragmática / privilegio] > fueros usados

SJA = Derecho tradicional ≈ fuero o constitución de Cortes [← ≈ pragmática / privilegio] > costumbres y observancias

Tomando como punto de partida esta fórmula (c') –en la que hemos acompañado el *segundo nivel expreso* de SJC con un *segundo nivel subyacente* en SJA, además de mantener la incorporación en el primer nivel de un Derecho tradicional *subyacente* en SJC y *expreso* en SJA– no es difícil profundizar en la homologación de SJC y SJA.

El *fuero usado* de SJC puede equivaler a la *costumbre observada* de SJA. Decía Alfonso de Acevedo que fuero «significat, in quo usus, & consuetudo continetur». Ante esta cita, podrá el lector soliviantarse, porque implica –al defender que el término *fuero* sea consustancialmente *fuero-costumbre-(privilegio)-Derecho tradicional*– que el fuero de *segundo nivel* en SJC ya no podría ser un *fuero-ley*: quedaría, pues, fuera de juego, la prueba que explicaba la incorporación del Derecho tradicional en SJC al *primer nivel* al tiempo que los fueros usados pasaban al *segundo nivel*. Sin embargo, no hay que perder la calma, nada ha cambiado, no hay coloso en llamas; Marcos Salón de Paz, por ejemplo, recuerda que no pueden confundirse fuero y costumbre: la costumbre nace del tácito consentimiento y el fuero nace del expreso consentimiento del rey, la curia o el consejo⁴³; y también lo explicaban las Partidas, no obstante el zurcido de los conceptos⁴⁴. El mismo Acevedo, por lo demás, afianza nuestras impresiones

⁴² Pedro BELLUGA, *Speculum principum* (Bruxellae, typis & sumptibus Francisci Vivieni, 1655) 81: «Item debet Princeps, & alii iudices, bonas tenere consuetudines, & observare (...) Et istae in Aragonia observantiae notantur, & ita Princeps in Aragonia illas jurat quemadmodum foros, & non est mirandum, cum habeant vim legis, lege deficiente (...) Si ergo casus non esset a lege regni provisus, standum est longaevae consuetudini (...)».

⁴³ Marcos SALÓN DE PAZ, *Ad leges Taurinas* op. cit. 85r.

⁴⁴ Partidas 1.2.7: «*Que cosa es fuero, e porque ha assi nome.* Fuero es cosa en que se encierran dos cosas que auemos dicho, vso e costumbre, que cada vna dellas a de entrar en fuero para ser firme. El vso porque los omes se fagan a el, e lo amen. La costumbre que les sea

sobre la utilidad del uso para la cirugía discriminadora del *fuero-ley*. El uso es sustancia del fuero, por lo tanto las leyes (contenido) del fuero, como las leyes (contenido) del *estilo*, lo requieren en orden a la validez. Consecuentemente, si el fuero es incorporado a las leyes de la recopilación –como acto normativo que contiene leyes del rey– el uso ya no es necesario: la ley del fuero ya no es del fuero sino del rey, porque en el seno de la recopilación las diferencias entre las leyes desaparecen bajo el mandato regio. El uso, pues, del fuero no inserto, ni transcrito en la recopilación de leyes del rey, debe ser probado⁴⁵.

Mas si en SJC la ley del fuero se diferencia de la ley del rey por la necesidad del uso, y sólo en este sentido se aproxima a la costumbre, la homologación con SJA requiere que, tal y como la ley del fuero se relaciona, como ley, con las leyes de *primer nivel* en SJC, la costumbre u observancia se relacione, en SJA, con los fueros o constituciones de *primer nivel*. Nada complicado, pues es conocida la vinculación interpretativa de la observancia, particularmente, en el reino de Aragón, o el vigor respaldado en Cortes de las costumbres feudales, en el principado de Cataluña. El reconocimiento de estas fuentes aproxima con fuerza su *segundo nivel* al *primer nivel* en SJA, así como las leyes de los fueros usados aproximaban los fueros al *primer nivel* en SJC. Este mismo efecto puede contemplarse desde el valor de la costumbre (por ejemplo, en el famoso *Privilegio General*⁴⁶) indiscutido en SJA: la tradición de SJC mantiene reiterada la admisión de una costumbre usada con valor supletorio de la ley escrita –con

assi como manera de heredamiento para lo razonar e guardar ca si el fuero es como conuene, e de buen vso e de buena costumbre ha tan gran fuerça que se torna como en ley porque mantiene los omes, e biuen vnos con otros en paz e justicia, pero ay entre el e estas otras tanto departimiento que el vso e la costumbre fazense sobre cosas señaladas, maguer sea sobre muchas tierras o pocas o sobre algunos lugares sabidos. Mas el fuero a de ser en todo e sobre toda cosa que pertenezca señaladamente al derecho e a la justicia. E por esto es mas paladino que la costumbre, ni el vso e mas concejero, ca en todo lugar se puede dezir, e entender».

⁴⁵ Alfonso de ACEVEDO, *Commentarii juris civilis in Hispaniae regias constitutiones* (Lugduni, apud fratres Deville, 1787) I 122-124: «maxime cum Regis expresso jussu Recopilatio facta haec sit, quo casu leges fori in ea insertae non jam leges fori, sed Regiae hujus Recopilationis censendae sunt, sicut & in feudis frequentius recipitur, quod leges Imperiales dicantur. In proemioque hujus recopilationis omnes leges in ea insertas servari expresse jubetur nulla distinctione adhibita sint ne leges fori, ordinamenti, aut pragmaticarum vel curiarum. Neque iis obstant alia verba ipsius proemii, leges fori jubentia servari quatenus utuntur, nam intelligenda sunt de legibus libri ipsius fori in hac Regia Recopilatione non transcriptis, non vero de specialiter, & expresse in nostra Recopilatione insertis: quod patet ex ipsomet proemio nostrae Recopilationis. Quod quidem proemium nisi sic intellexeris, ejus verba in plurimum repugnantia, & contraria forent sibi ipsis».

⁴⁶ Privilegio General (1283) 11: «Primerament, que el señor rey observe e confirme fueros, usos, costumbres, privilegios, cartas de donaciones e cambios del Regno de Aragon, de Ribagorça, de Valencia e de Teruel».

fuërça de ley, lo que la asimila al fuero– e interpretativa en caso de duda, desde las Partidas⁴⁷ al Código civil⁴⁸.

2.2.3. Segundo nivel: homología de primer nivel

Hay otros elementos en este *segundo nivel* cuya consideración ha permitido verificar hasta qué punto la comparación entre sistemas obliga al salto entre niveles, como en el *Inception* de Christopher Nolan. La pragmática –y el privilegio– forma parte del *primer nivel* en SJC, pero en SJA puede, o bien formar parte también del *primer nivel* –así he preferido reflejarlo en las formulas (b) y (c)–, o bien –como en el *dibujo* principal– situarse en una posición de *subordinación*, en el *segundo nivel*.

La subordinación está presente de una forma *concreta* en el reino de Aragón, en el sentido del silencio o la exclusión de toda fuente no pactada en la recapitulación del *ius proprium*, y de forma abstracta o *subyacente* en el principado de Cataluña y el reino de Valencia, por el cauce de las teorías política y económica del pactismo. No hay subordinación, por el contrario, cuando los órdenes de prelación de fuentes o el juramento del rey incluyen sin tapujos privilegios, si no *altres drets*, en el *ius proprium*. Por lo tanto, un camino fácil para la demostración de la homogeneidad de SJC y SJA sería tomar como fundamental esta incorporación *expresa*, técnica, de privilegios y pragmáticas en dos de los tres territorios de la corona de Aragón, de modo que SJC y SJA presenciarían un cúmulo de leyes de Cortes y *motu proprio* del rey, en un conjunto muy semejante, y los *elementos comunes* de la fórmula aumentarían:

(c'')

SJC = Derecho tradicional ≈ ordenamiento de Cortes ≈ pragmática / privilegio
> fueros usados

SJA = Derecho tradicional ≈ fuero o constitución de Cortes ≈ pragmática / privilegio
> sentido natural

SJC y SJA se han homogeneizado, ciertamente. Los *elementos comunes* han crecido. Como esta fórmula está basada, en cuanto a la incorporación de pri-

⁴⁷ Partidas 1.2.6: «*Que fuerça ha la costumbre para valer*. Fuerça muy grande ha la costumbre, quando es puesta con razon, assi como diximos, ca las contiendas que los omes an entresi, de que non fablan las leyes escritas, pueden se librar por la costumbre que fuesse vsada sobre las razones sobre que fue la contienda, e avn ha fuerça de ley. Otrosí dezimos que la costumbre puede interpretar la ley quando acaesciesse dubda sobre ella, que ansi como acostumbraron los otros de la entender, ansi deue ser entendida e guardada».

⁴⁸ Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* (Madrid, imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852) 18.

vilegios y pragmáticas en el *ius proprium*, en el orden jurídico reconocido por las Cortes catalanas y ratificado por el contenido de las recopilaciones de impulso estamental, así como en el juramento del rey valenciano –sobre el binomio de fueros y privilegios– y de nuevo en el contenido de las recopilaciones de este territorio, el problema que resta es el de contemplar el reino de Aragón como una excepción, si no quiere excluirse como asunto político –lo que sería tramposo en nuestro razonamiento– la motivación estamental en Cortes para la exclusión de la normativa unilateral no pactada.

Por otra parte, brota en la fórmula (c'') un dato interesante: al sumarse pragmática y privilegio a la serie de *elementos comunes*, ascienden en SJA al *primer nivel* (con los fueros de Cortes) –tomando como referencia una vez más nuestro *dibujo*– así como formaban parte del *primer nivel* en SJC (con los ordenamientos de Cortes), quedando como elemento subordinado en el *segundo nivel* –como los fueros usados en SJC– *por ascensión* –desde el *tercer nivel*– el sentido natural. Esto cambia la comparación entre sistemas; ya no ha de contrastarse como elementos subordinados la pragmática y el fuero, sino el sentido natural y el fuero. ¿Hay mayor homogeneidad en esta tesitura? Dejo la respuesta para un momento posterior.

2.2.4. Segundo nivel: heterología de primer nivel y homología de tercer nivel

Optemos sin embargo por el camino más complicado: supongamos que la *subordinación* de pragmáticas –conforme al *pactismo*– está arraigada en el espíritu de SJA. Será interesante tanto para quien piense en todos los territorios de la corona de Aragón cuanto para quien reduzca esta situación a la excepcionalidad –si así se quiere reconocer sin entrar en argumentos marginales que la matienan– del reino de Aragón.

Descarto los privilegios del *elemento de subordinación*, a pesar de todo. Ya hemos visto que el privilegio cumple una función homogeneizadora entre SJA y SJC por lo que entraña de concepción de la fuerza temporal de las fuentes jurídicas, en su alcance y en sus límites. Si la incorporación del privilegio a SJC provenía de la reflexión doctrinal –así como se debe a la doctrina el mayor peso en SJA de la *ley pactada*, superando su conexión de segundo grado al Derecho tradicional– en la corona de Aragón hay una documentada relación de sinonimia entre fuero y privilegio, que incluye el trastrueque de calificativos general y especial⁴⁹: los fueros generales y especiales junto a los privilegios generales y

⁴⁹ Valga como ejemplo *Fori Regni Valentiae* 1.3.28: «E los richs hòmens e cavallers e persones generoses sien tenguts de contribuir en los cases de contributió veñnal contenguts en lo fur antich de València, e encara en les messions que.s faran en defendre furs e privilegis del regne de València atorgats en general e en special, axí en demanar justítia si nós o nostres

especiales configuran un conjunto que, por una parte, identifica y aúna fuero y privilegio en un mismo nivel, y, por otra parte, enlaza las normas pactadas con las normas unilaterales –así pueden ser también los privilegios– acentuando su origen en la voluntad regia. En este sentido, un nuevo contacto entre SJC y SJA puede apreciarse en el hecho de que, así como la doctrina exigía en SJC mención expresa para la derogación por ley del Derecho antiguo, y el *obedézcase, pero no se cumpla* no permitía amparo en ninguna cláusula derogatoria, SJA muestra la misma variedad de criterios al aceptar la eficacia de la mención expresa para la derogación de ciertas leyes de Cortes no contractuales y negarla para aquellas otras validadas como pacto con precio⁵⁰.

Dicho esto, la pregunta es: ¿hay disimilitud entre SJC y SJA en la elección como fuente de *segundo nivel*, respectivamente, del fuero y la pragmática? No me atrevo a decir que no, y ardo por recuperar la idea de que la pragmática ha sido absorbida, como el privilegio, en el *primer nivel*... Pero dije que abandonaba esta hipótesis, pensando sobre todo en el reino de Aragón, donde el enfoque hacia las fuentes tradicionales y pactadas no deja campo a las pragmáticas en el *ius proprium*. También dije que no acudiría a razones o discursos políticos para considerarlos camuflaje de una operatividad a la postre cierta de la normativa unilateral del rey; incluso si lo hiciera, la razón político-institucional del Justicia Mayor y su protección del *ius proprium* explicaría, y ahondaría, en la función de la pragmática como *elemento subordinado*. Así que parece que hay que admitir que en este punto SJC y SJA presentan una clara disimilitud.

A no ser que aumentemos el zoom, para encontrar una explicación a este orden del reino de Aragón, que también podría adaptarse a la recomposición de los otros órdenes de SJA desde un punto de vista de acentuación política del pactismo. Tal y como analizamos el *segundo nivel* teniendo en cuenta el *primer nivel*, analicemos el *segundo nivel* teniendo en cuenta el *tercer nivel*:

SJC = fueros usados > interpretación regia
SJA = pragmática > sentido natural

La disimilitud no es tanto sustantiva cuanto estructural. Pero determinados procesos de aproximación semántica relativizan también la diferencia estructural y hacen de la cruz una suerte de deducción, a modo de una regla de tres. Me refiero al hecho de que el fuero usado remita a un juicio, como la interpretación

offitials los agreujàvem contra furs o privilegis, con en altres maneres legudes necessàries o profitoses a defensió dels dits furs o privilegis, ab que sia acordat per lo consell de la ciutat, o de les viles, o de cascuna per sí, ab los cavallers e generoses habitants en aquelles, o en cascuna d'aquelles, o ab la major partida d'aquells».

⁵⁰ Lorenzo MATHEU Y SANZ, *Tractatus* op. cit. 7.

regia y el sentido natural; la pragmática no remite a un juicio, pero es desde el punto de vista de la manifestación de voluntad regia tan unilateral como el juicio, sin perjuicio de que la interpretación regia –o el libramiento regio de dudas y lagunas del Ordenamiento de Alcalá– pueda dar lugar a pragmáticas, o de que el fuero usado también deba quedar sujeto –como decía, una vez más, el Ordenamiento de Alcalá, no se olvide que transcrito en la ley 1 de Toro– al mejoramiento del rey, mecanismo más próximo como postura regia a la pragmática, coincidiendo entonces SJC y SJA en que la manifestación de voluntad unilateral del rey se anteponga al juicio. Juicio que, por otra parte, ocupa un *tercer nivel* que en puridad no es tanto el último nivel como la plataforma de lanzamiento de la fuente, en forma circular bajo la *presidencia* de la justicia, hacia el *primer nivel*: establecimiento y juicio del rey (o del papa o del emperador) se unen en Partidas, por ejemplo, a título de objeto del sacrilegio⁵¹.

2.2.5. Tercer nivel

La absorción circular de los sistemas, la tendencia de cada nivel a absorber niveles inferiores o, quizá mejor, el nítido pánico de los elementos del sistema a perderse en el vacío, su miedo a la soledad... nos conduce a un *tercer nivel* en el que SJC recoge la interpretación del rey –o libramiento de dudas y lagunas– y SJA el sentido o razón natural –más la equidad, el *utrumque ius*, el *ius commune*– como elementos sometibles a contraste.

He omitido a sabiendas en el *dibujo* la posición intermedia –que convertiría este nivel actual en cuarto nivel– otorgable a las compilaciones (Partidas en SJC; Fueros de Aragón, Usatges y Furs de Valencia en SJA): su labor supletoria, colmadora y general es común a los sistemas y no requiere explicación; en cierto sentido, son fuentes hechizadas por el juego *Derecho viejo / Derecho nuevo*, y fundidoras de ambos y reconstituyentes a modo de eje; por lo demás, los problemas propios de cada una de estas compilaciones en su trayectoria no interesan en estas páginas⁵².

Ahora bien, había dejado sin comentario la posición que ocuparían los fueros usados en SJC, paralela al sentido natural en SJA, si las pragmáticas de SJA ascendían homológicamente al *primer nivel*, como la fórmula (c'') refleja *supra*. En tal caso fueros usados e interpretación regia se unen en SJC al nivel del sen-

⁵¹ Partidas 1.18.11: «*De las cosas que han nombre e semejança de sacrillejo. (...) Otrosi faria como sacrillejo, aquel que porfiasse, o contendiesse contra el juyzio, o establescimiento, que ouiesse fecho el Papa, o el Emperador, o el Rey, diciendo a sabiendas mal dello*».

⁵² Se me perdonará si recuerdo mi trabajo titulado *La producción normativa bajomedieval según las compilaciones de Sicilia, Aragón y Castilla* (Milano, 1998) 14-51.

tido natural en SJA: ésta es una opción. Otra opción es que fueros usados y sentido natural queden en paralelo y la interpretación regia de SJC se descuelgue aislada. Voy a prescindir inmediatamente de esta última opción, por dos razones: 1.º el mencionado *horror vacui* de las fuentes, creo que suficientemente constatado en el resto de los niveles de los sistemas; y 2.º el hecho de que semánticamente el sentido natural incluya una relación con el juicio, y más concretamente con el arbitrio judicial, que es consustancial también al libramiento de dudas y lagunas y a la interpretación regia a falta de otras fuentes aplicables. Expresado con otras palabras, tanta relación con el sentido natural de SJA pueden tener los fueros usados como la interpretación regia de SJC, para mantenerse en paralelo. Habida cuenta de que tampoco es necesario repetir que el fuero usado remite en SJC a un respeto del mejoramiento regio y a un juicio último sobre la prueba y certeza del uso que de alguna manera –y si no fuera por el interés del sistema en cerrar en círculo– invierte la prelación de estos elementos... fijémonos en la relación, por una parte, entre fuero usado y sentido natural, y por otra parte, entre interpretación (o juicio) y sentido natural.

El fuero usado remite a la tradición jurídica, como puede remitir a la tradición jurídica el sentido natural –nítidamente como *memoria*, en el Vidal Mayor⁵³–. La consideración de los fueros usados y del sentido natural como Derecho tradicional homogeneizan con mayor profundidad las fórmulas de SJC y SJA, y por otra parte explicitan el cierre en círculo –*justicia en círculo*– del sistema, como podemos reflejar en la siguiente nueva fórmula:

(d)

SJC = Derecho tradicional ≈ ordenamiento de Cortes ≈ pragmática / privilegio
> Derecho tradicional

SJA = Derecho tradicional ≈ fuero o constitución de Cortes ≈ pragmática / privilegio
> Derecho tradicional

No creo que haga falta insistir en el vínculo entre uso –del fuero *usado*–, costumbre y naturaleza –del sentido *natural*– a efectos de una justicia legitimadora a la que resulta permeable toda la estructura del sistema.

No quiero dejar de aludir, con todo, a un efecto semántico muy perceptible sobre todo en la expresión *sentido natural* (presente en las prelaciones de fuentes de Aragón y Cataluña). Sentido natural puede ser una forma de cierre en círculo mediante el significado de Derecho tradicional, efectivamente, pero también una

⁵³ Vidal Mayor I 9-10: «(...) et otrosí a todos los nuestros fieles mandamos que aquestos fueros tant solament usen en todas las cosas et en todos los pleitos et en las determinaciones d'aqueillos, mas empero aiillí do los deuantditos fueros no abastarán, al natural seso et memoria sea recorrido».

forma de concebir la existencia de un mundo jurídico paralelo que precisa enlace con el sistema de fuentes. Me refiero al mundo de la *postura* privada: del contrato u otros actos jurídicos negociales. Una semántica, por lo demás, perfecta y tradicionalmente compatible también con el término *fuero*. La ley 238 del Estilo había sometido el Derecho escrito al respeto de las posturas contractuales, lo que implica la admisión de la pujanza de la libertad convencional, reconocida perfectamente en el sistema. Situados en la Edad Moderna, aún es más clara la aceptación, a través del influjo bajomedieval del Derecho canónico en el Derecho romano, incluso de una promesa negocial basada en una causa que puede ser la misma prestación sinalagmática, conforme a la epiqueya, prescindiendo de la vestidura que otrora se exigía al pacto nudo para la generación de una obligación; de este modo, la importancia del consentimiento como causa del contrato va unida a aquella eficacia plena de la promesa o pacto nudo y a la derogación de la estipulación, como sanciona el Ordenamiento de Alcalá. El vínculo con la *aequalitas*, mantenido como núcleo por el Derecho canónico, recuerda a la postre la necesidad de que este mundo paralelo de lo negocial tenga un vínculo de legitimidad con el sistema jurídico. Tal vínculo estaba preanunciado 1.º en la presidencia de la justicia y en su misma clasificación –*commutativa*, amén de distributiva y punitiva–; 2.º en la ligazón con la ley positiva y el juicio por parte de la obligación civil y natural, y con la ley natural por parte de la obligación natural, como recuerda la doctrina⁵⁴; y 3.º en los enlaces internos de las fuentes del sistema: la promesa no puede ser contra la ley ni contra las buenas costumbres –luego es paralela pero cosida y sujeta– en palabras de las Partidas⁵⁵, lo que no impide razonamiento inverso –subrayado el paralelismo más que la costura– esto es el decimonónico de utilizar para la interpretación de la ley las reglas establecidas por el Código civil para la interpretación de los contratos⁵⁶.

Volviendo a la fórmula (c’), así como el sentido natural remite a un libre albedrío de ejercicio judicial, el uso del fuero debe ser objeto de prueba e interpretación judicial. Esto último, en fin, permite reunir fuero usado e interpretación regia –los dos últimos escalones de SJC– en una sola fuente: el uso del fuero es un caso de duda que el libramiento o la interpretación regia debe resolver, así como lo natural de un sentido en SJA es un factor que la interpretación judicial debe aclarar.

⁵⁴ Bartolomé de ALBORNOZ, *Arte de los contractos* (Valencia, en casa de Pedro de Huete, 1573) 4v.

⁵⁵ Partidas 5.11.28: «*Como non vale la promission que es fecha por fuerça. (...) Otrosi dezimos, que todo pleyto, que es fecho, contra nuestra ley, o contra las buenas costumbres, que non deue ser guardado, maguer pena, o juramento, fuesse puesto en el*».

⁵⁶ José María MANRESA, *Comentarios al Código civil español* (Madrid, imprenta de la Revista de Legislación, 1890) I 67-68.

Hay, sin embargo, una diferencia *judicial* entre SJC y SJA. SJC, con Toro, planteaba una interpretación o juicio *del rey*, mientras SJA planteaba un sentido natural que presume la actuación *de todo juez*. Esta disimilitud se disuelve pronto. En el caso de SJA la interpretación judicial que subyace en el sentido natural no está reñida con una asumida remisión al juicio del rey, tal y como, por ejemplo, en el prólogo de los Fueros de Aragón, el rey justificaba su propia labor de recolección de fueros en la evitación de juicios de corazón, o sea, anteponeía la voluntad regia de determinación foral a voluntades otras de libre interpretación, favoreciendo las subrogadas en su alta justicia⁵⁷. De la misma manera, las Partidas –que forman parte de las fuentes reconocidas oficialmente en Alcalá y Toro– habían planteado el recurso al juicio del rey, para el libramiento de dudas y lagunas, *no tan sólo* desde el rey⁵⁸ –como el Ordenamiento de Alcalá– sino también desde la detección del problema por la justicia inferior⁵⁹, y por otra parte como

⁵⁷ Vidal Mayor *prólogo* I 5 y II 1-2: «Et los fueros de Aragón, assí como por muitos escritos de los nuestros antecessores los trobámos, en la nuestra presentia fizimos leyer, todas las cosas de las quales goardados, et las superfluidades sacadas et toillidas et las non proueitosas, et las cosas mingoadas conplidas, et aqueillo que non dizia bien o era escuro por conuenient interpretatió lo fizimos esponer, deiús cierto uolumpne et ciertos títulos. (...) Como de los Fueros de Aragón ninguna escriptura cierta ni auténtica fuesse trobada, en tanto que los foristas, cubditiosos semeillar ser sauios en los hueillos de las gentes, escondiendo embidiosament algunos libros de los fueros, iudgando de coraçón, amenos de libro, los fueros, los iuditiios diessen, de la quoyal cosa se contendian los iuges en los pleitos por amor ho por pretio de la carrera del dreyto declinar, el glorioso et piadoso rey don Jayme, a salud de los cuerpos et de las ánimas de los presentes habitantes et auenideros en todo el regno d' Aragón, basteció et fizo aquest libro con muit grant estudio, por el quoyal libro des huey más todas las iusticias iudgan, assí como el fuero manda».

⁵⁸ Partidas 7.33.4: «*Como se deue declarar la dubda quando acaesciesse en juyzio, o en priuillejo, o en cartas de señor*. Espaladinar, nin declarar, non deue ninguno, nin puede las leyes, si non el Rey quando dubda acaesciesse sobre las palabras, o el entendimiento dellas, o costumbre antigua que ouiesen siempre vsada los omes de las assi entender. Esso mismo dezimos de los priuillejos, e de las cartas del Rey (...)».

⁵⁹ Partidas 3.22.11: «*Que deuen fazer los judgadores quando dubdaren en como deuen dar su juyzio*. Mucho acerca esta de saber la verdad aquellos que dubdan en ella, assi como dixeron los sabios antiguos. E porende dezimos que quando los judgadores dubdaren en que manera deuen dar su juyzio en razon de las prueuas, e de los derechos que ambas las partes mostraron que estonce deue preguntar a los omes sabidores sin sospecha de aquellos lugares que ellos han de judgar, e mostrarles todo el fecho, assi como passo ante ellos. E si en la respuesta destos sabidores pudieren auer recabdo de manera que salgan, de aquella dubda en que eran, deuen dar el juyzio en la manera que de suso mostramos. Mas si ciertos non pudieren ser de aquella dubda deuen fazer escreuir todo el pleyto como passo ante ellos bien, e lealmente, e despues fazerlo leer ante las partes porque vean, e entiendan si esta escrito todo lo que fue razonado. E si fallaren que es y alguna cosa crecida, o menguada o camiaada deuen la endereçar, e despues sellar el escrito con sus sellos, e dar a cada vna de las partes el suyo que lo lieuen al Rey, e sobre todo esto deuen los juezes fazer su carta, e embiarla al Rey recontandole todo el fecho, e la dubda en que son. E estonce el Rey sabida la verdad puede dar el juyzio, o embiar dezir a aquellos judgadores de cómo lo den si se

respuesta del rey a las fazañas descontroladas⁶⁰. Por lo tanto, tanto en SJC como en SJA estamos ante un Derecho judicial planteado de forma muy semejante, y ante un Derecho tradicional encauzado por el arbitrio judicial. Podríamos expresarlo de la siguiente manera:

(d')

SJC = Derecho tradicional ≈ ordenamiento de Cortes ≈ pragmática / privilegio
> Derecho tradicional y judicial

SJA = Derecho tradicional ≈ fuero o constitución de Cortes ≈ pragmática / privilegio
> Derecho tradicional y judicial

Al margen y formalmente, podría hacerse todavía una consideración a propósito de esta fórmula (d'): la *supletoriedad*, que tan bien marcada parece en los órdenes prelativos de fuentes —claramente en Cataluña, donde se aglutinan derechos local y general pero se diferencia, aun cuando sea tan sólo por su última posición, el Derecho supletorio— al tener una función circular reduce la dureza de su subordinación (>), la única por cierto que restaba para que el círculo del sistema fuera vórtice, bajo el soplo circular de la justicia. Esta suerte de subordinación circular equipotente, o *medio* entre subordinación y equipotencia, fue muy bien expresada por el Espéculo al recordar que el juicio se somete a la ley —pues no es válido el juicio contra la ley— pero asimismo el juicio del rey que no contradice la ley —¿cómo podría contradecirla, si el rey es quien ha, da o tiene por ley— goza de valor y debe ser guardado como ley⁶¹. En el ejercicio de la jus-

quisiere. Pero ningun judgador non deue esto fazer por escusarse de trabajo, nin por alongamiento de pleyto, nin por miedo, nin por amor, nin desamor que aya a ninguna de las partes si non porque non sabe escoger el derecho tambien como deuia, o queria. Ca si de otra guisa lo fiziesse deue porende recibir pena segun entendiere el Rey que la merece».

⁶⁰ Partidas 3.22.14: «*Como non vale el juyzio que es dado so condicion, o por fazañas. So condicion non deuen los judgadores dar sus juyzios, e si por aventura los diessen, e la parte contra quien fuessen dados se alçasse, por tal razon como esta lo podria reuocar el juez del alçada. Mas si alguna de las partes non se alçasse de tal juyzio, non lo podria despues desatar por esta razon diziendo que era dado so condicion. Otrosi dezimos que non deue valer ningun juyzio que fuesse dado por fazañas de otro, fueras ende si tomassen aquella fazaña de juyzio que el Rey ouiesse dado. Ca estonce bien pueden judgar por ella, porque la del Rey ha fuerça, e deue valer como ley en aquel pleyto sobre que es dado, e en los otros que fueren semejantes*».

⁶¹ Espéculo 5.13.14: «*Firmedumbre nin valor non avrien los juyzios, si fuesen dados contra las leyes deste nuestro libro, a menos de mandado del rey. Ca todo ome debe entender, que pues que el rey lo mandase, non lo farie sin grant conseio, e entendiendo que serie lo meior e venie ende pro. E esto por muchas razones, lo uno por que como quier que cada uno quiere su pro apartadamente, él es tenuto de querer e de guardar la de todos. Lo al por que a la corte del rey vienen a menudo los mas onrados e los mas sabios de la tierra, con quien a el rey sus conseios e sus acuerdos sobre los pleitos e los juyzios que vienen antel. E aun y a al, que aquellos que cutianamente estan en casa del rey, usan mas los pleitos, e entiende*

ticia vindicativa o punitiva, la doctrina defiende luminosamente que toda ejecución de una pena se encuentra fundamentada en su previa obligatoriedad, la cual puede depender, sin duda, de la sentencia de un juez, sin perjuicio a su vez de que ésta deba encontrarse siempre legitimada en la aplicación de la ley; incluso cuando se admite que el juez pueda moderar o agravar la pena, como puede hacerlo el rey al hacer justicia, se advierten claves que diferencian la posición de quien define la ley y de quien la aplica: el juez puede atemperar la pena sólo *ante latam sententiam*, pero el rey puede hacerlo también *post latam sententiam*⁶². Ahí va implícito el valor de ley del juicio del rey.

Otro aspecto interesante de la fórmula (d') consiste en un planteamiento circular alternativo a «Derecho tradicional» «Derecho tradicional y judicial». Alternativo, pero no excluyente. Volviendo al *dibujo*, se trataría de la unión circular del *juicio* –aislado este elemento como esencia volitiva del binomio *Derecho tradicional y judicial*– no con un elemento de *primer nivel* en la fórmula, sino con la *presidencia* misma de la justicia. En verdad, la doctrina discute si el juicio pertenece a la justicia. Dice Domingo Báñez que la justicia en el rey es una *virtud arquitectónica*, ejecutiva y administrativa en su imperio sobre los súbditos; aunque, desde un punto de vista práctico, material y enunciativo, el juicio procede de la razón y se vincula a la prudencia, desde un punto de vista dispositivo pertenece a la virtud de la justicia⁶³. Es cierto que el juicio no siempre se emite conforme a las leyes escritas, máxime si son injustas, pero también lo es que hay que evitar el juicio injusto, luego necesariamente someterse al cumplimiento de la ley escrita, tanto en lo que incluye de justicia natural, cuanto en lo que incluye de justicia positiva en orden al cumplimiento de la epiqueya. Hay, pues, una justicia del juicio, por simpatía con la justicia de la ley, en la que prima la justicia natural o, como alternativa, su positivación equitativa: el juez que dicta una sentencia con ánimo de venganza o sin observar el *ordo iuris* comete una injusticia, pero su sentencia resulta perfectamente válida y ejecutable –y obliga en conciencia– si fue dictada conforme a las alegaciones y las pruebas aportadas en el pleito⁶⁴. También aseguraba Jerónimo Blancas que el Justicia

mas las cosas de que se agravian los de la tierra. Onde por todas estas razones, todo ome debe sospechar, que lo que el rey judgare, derecho es, e los juyzios que diere nuevamente, deven valer e seer guardados como ley. E aun sin estas a y otra razon, segunt los fueros e las costumbres que sienpre se usaron en la mayor partida del mundo, e señaladamente en España, e los reyes podieron crecer e minguar en las leyes, e en los fueros escritos, e en los otros usos, segunt que los tienpos se camiaron e vieorn que fue mester».

⁶² Cf. mi trabajo titulado «Recordando a Tomás y Valiente: la noción de delito en la España moderna», en *Rechtsgeschichte*, 17 (2010) 111-119.

⁶³ Aunque el juicio es *actus elicitus de iustitia* y no *a prudentia*, ambas virtudes son necesarias en un juicio recto, como dice Pedro de ARAGON, *De Iustitia et Iure* (Salmanticae, apud Guillelmum Foque, 1590) 79-81.

⁶⁴ Domingo BÁÑEZ, *De Iure* op. cit. 76-78, 95-97.

Mayor hacía justicia, como *intermedius iudex* entre el rey y los mayores del reino, no en virtud de una potestad tribunicia, sino de la equidad y de la justicia⁶⁵.

La riqueza de problemas en relación con el juicio es apabullante. Así como el juez no debe dictar juicio contra la justicia, tampoco debe dictarlo contra su propia conciencia –afirma Francisco de Avilés⁶⁶. De este modo se retrocede a aquella pluralidad de factores –o virtudes, como la prudencia o la verdad– en cuyo seno la justicia debía crecer y vencer, a efectos estrictamente jurídicos. Según Diego de Covarrubias, el juez ha de seguir, cuando dicta sentencia, su propia conciencia y la verdad que haya podido descubrir, habida cuenta de que la conciencia es el juicio por el que se juzga particularmente a propósito de los actos morales, y cuyo desprecio hace caer en pecado. El juez que sabe en conciencia la verdad de lo que alega el actor, peca si absuelve al reo a falta de prueba. La verdad ha de imponerse *contra auctorum probationes*, y el juez puede soslayar las alegaciones falsas o prescindir *ex certa scientia* de testigos cuyos testimonios sabe falsos. No obstante, esta vara de medir que es la conciencia debe encontrar su equilibrio, su *medium*, a la manera en la que la justicia lo encontraba en su plasmación, entre el rigor y la epiqueya. La *quasi conscientia iudicis*, contraria a los actos y pruebas, no es suficiente para condenar; la verdad se ha de guiar por las pruebas y las presunciones legales; además, la cosa juzgada prevalece sobre la verdad, para la consolidación de la autoridad pública del oficio judicial. Esta matización del vigor de la verdad y la conciencia, en su contraste con las pruebas y la ley, va dando lugar poco a poco –como en el juego de justicia y equidad– a la comunión del principio general con su flexibilización. Citando la autoridad de San Agustín, Santo Tomás y San Ambrosio, dice Covarrubias finalmente que es buen juez el que juzga no *ex arbitrio*, & *domesticae proposito voluntatis* sino *iuxta leges & iura*, y que la sumisión a la verdad consiste en la obligación del juez de sujetarse a lo alegado y probado, con mayor razón si median documentos públicos y se trata de procesos penales. Las disfunciones en la administración de justicia a las que daría lugar una asunción de la conciencia a calzón quitado laten en el fondo del problema. Se plantea así hasta qué punto cabe, si la conciencia cruje, una abstención judicial, una remisión a la autoridad judicial superior, un *non liquet* cuando hay que condenar en función de alegaciones y pruebas al que se sabe inocente –pues en caso contrario, si el querellante no prueba, el juez puede, si le consta la culpabilidad, absolver *tantum ad observacione iudicii*, evitando el efecto de cosa juzgada– y se propone, en vez de aquellos mecanismos, la abs-

⁶⁵ Jerónimo BLANCAS, *Aragonensium rerum commentarii* (Caesaraugustae, apud Laurentium Robles & Dicadam fratres, 1588) 291.

⁶⁶ Francisco de AVILÉS, *Nova diligens ac per utilis expositio Capitum, seu legum Praetorum, ac Iudicum syndicatus regni totius Hispaniae* (Salmanticae, in aedibus Dominici a Portonariis, 1571) 31v.

tención limitada a la colegialidad –así la del juez a quien el reo ha confesado particularmente su inocencia– y sobre todo el recurso al príncipe en orden a la absolución⁶⁷. Qué revelador final. Si la conciencia podía apartar al juicio de la justicia, era tan sólo especulativamente; como el rayo, la conciencia se ha retorcido hacia la ley, y la salvación de las contradicciones mediante el juicio del rey brilla a la postre suficiente, y definitivamente significativa.

El arbitrio judicial, por lo tanto, se encuentra tan trabado con la justicia como la ley, y por esta vía se topa el vínculo del arbitrio judicial con la ley misma. El juicio es un instrumento de equidad: el juez modera la severidad de la ley mediante la misericordia. Cuando el arbitrio judicial modera o agrava la pena de la ley, en función de circunstancias extraordinarias, no vulnera la ley, sino que la moldea⁶⁸. Es interesante detectar en esta argumentación el filtro –en el campo del Derecho tradicional y judicial– de la equidad, conectada al sentido natural, máxime cuando esta expresión es sustituida, como en los órdenes de prelación de Cataluña y Valencia, por la *razón natural* que remite muy directamente –*ratio scripta* del Derecho romano mediante– al Derecho común. La equidad –como *justicia del juicio*– incorporada en los sistemas de Aragón y Cataluña, remite también a los *derechos y leyes*⁶⁹, al *utrumque ius*; así, con particular claridad en el orden de prelación de las Cortes de Barcelona de 1599, la equidad –conectada a la *buena razón*– acompaña al Derecho canónico y al Derecho romano, otorgando una posición preferente a aquél⁷⁰. No se trata de ninguna singularidad: Juan Gracián, por ejemplo, dice que en defecto del Derecho regio hay que acudir al Derecho canónico, siendo éste el que nos remite a la equidad y debe regir por encima del Derecho romano, a no ser que *ex causa* –por resultar *contra ius*, o por utilidad pública– el canónico deba ser moderado, excepcionalmente, por el Derecho romano⁷¹. Pedro Belluga conceptúa la *bona ratio* como *ius naturale*

⁶⁷ Diego de COVARRUBIAS, *Variarum ex iure Pontificio, Regio, & Caesareo Resolutionum*, en *Operum tomus secundus* (Genevae, sumpt. Cramer, Perachon & Cramer filii, 1723) 1-8.

⁶⁸ Gabriel ÁLVAREZ DE VELASCO, *Iudex perfectus* op. cit. 166, 167, 171, 174.

⁶⁹ Vidal Mayor II 2-3: «(...) así como el fuero manda. Et si por aventura en algún caso no abastasse, lo que non cuidó que fuesse iudgado lealment por naturales sesos de buenos omnes et leyaes, catando et acorriendo a los dreitos et a las leyes».

⁷⁰ Cortes de Barcelona de 1599: «Axi be statuim, y ordenam ab loatio, y approbatio de la present Cort, que los doctors del Real Consell hajan de decidir, y votar las causas que portaran en la Real Audientia conforme, y segons la dispositio dels Usatges, Constitutions, y Capitols de Cort, y altres drets del present Principat, y Comtats de Rossello, y Cerdanya, y en los casos que dits Usatges, Constitutions, y altres drets faltaran, hajan de decidir les dites causes segons la dispositio del Dret Canonic, y aquell faltant del Civil, y Doctrines de Doctors, y que no les pugan decidir, ni declarar per equitat, sino que sia regulada, y conforme a les regles del dret comu, y que aportan los doctors sobre materia de equitat».

⁷¹ Juan GRACIÁN, *Quingentarum regularum utriusque iuris* (Madriti, excudeuat Franciscus Sanctius, 1581) 26r-27r.

positivum, según las pautas clásicas define la equidad como justicia atemperada por la misericordia, y subraya la relación entre justicia y equidad al abogar por la aplicación concurrente de la equidad y el rigor, aun admitido, por una parte, que la equidad posterior lógicamente –para no deshacerla– prevalece sobre el rigor anterior, y por otra parte una alternatividad, de suerte que si en función del rigor puede castigarse a principales y colaboradores en la comisión de un delito, en función de la equidad el castigo pueda limitarse a los primeros⁷².

El recurso al Derecho canónico, a través del sentido o la razón natural, no es una tradición contradictoria, como propia de SJA, con el juicio regio en *tercer nivel* de SJC. Como recuerda Miguel de Cortiada, en Cataluña se recurría, en defecto de los usos patrios, al arbitrio del príncipe y de la curia. La sustitución por el empleo de las leyes romanas, *tamquam aequae & justae*, y del Derecho canónico, con preferencia de este último, se antoja relativa si cambiamos el juicio regio –último recurso– por el juicio de la administración de justicia inferior. En Aragón se recurre –continúa Cortiada– a los fueros, en su defecto al sentido natural y a la equidad, y en su defecto al Derecho canónico por ser *quasi magis aequum*, y más coherente con el Derecho divino que el Derecho civil romano; pero la equidad del sentido natural y la equidad del Derecho canónico vienen a ser la misma equidad, cuyo rostro se aparece en toda posición del orden de fuentes, como el gato de Cheshire. En Valencia –dice Cortiada por último– se recurre al fuero, y en su defecto al Derecho común, pero *non ut legem, sed ut rationem naturalem scriptam* y con preferencia del Derecho canónico sobre el romano⁷³. ¿No son distintos arreglos de la misma canción? Tanto tiempo después, Bienvenido Oliver ligará la memoria del recurso al arbitrio del príncipe y de los tribunales –considerado regla de jurisprudencia de la Audiencia– con una sujeción al Derecho romano-canónico como expresión de la equidad y de la justicia⁷⁴.

En la corona de Castilla, de un lado el juicio –propio del libramiento de dudas y lagunas de Alcalá (y subyacente en el sentido natural de SJA)– remite a la ley y al juicio del rey (que tiene valor de ley, como decía el Espéculo), de forma positiva, y de otro lado también remite, en un razonamiento negativo, al Derecho común: como afirma Juan Guillén de Cervantes, el juez sigue la *opinio communis (ius commune)* porque esta brújula le permite excluir toda presunción de dolo en su juicio⁷⁵.

⁷² Pedro BELLUGA, *Speculum* op. cit. 88-89.

⁷³ Miguel de CORTIADA, *Decisiones cancellarii et sacri regii Senatus Cathaloniae* (Lugduni, sumptibus Anisson & Posuel, 1714) 267-268.

⁷⁴ Bienvenido OLIVER, *Estudios históricos sobre el Derecho civil en Cataluña* (Madrid-Barcelona, Librería Española-Librería de El Plus Ultra, 1867) 37-40.

⁷⁵ Juan GUILLÉN DE CERVANTES, *Commentariorum* op. cit. I 12v.

Sin duda, la absorción del *ius commune* en el *tercer nivel* no presenta ningún tipo de problema en SJA: el *ius commune* –y sus elementos formativos del *utrumque ius*– forma parte de los elementos fundamentales de la tradición aragonesa (Vidal Mayor y observancias), catalana (Usatges y otras costumbres locales) y valenciana (Furs de Valencia). Tampoco el acoplamiento es difícil en SJC: el fuero que ha de ser usado había de ser asimismo –en el Ordenamiento de Alcalá transcrito en Toro– conforme a la razón y a Dios (*utrumque ius*); pero, además, la consolidación *supletoria* del *ius commune* está en la base del razonamiento de muchos doctores.

3. EL ENIGMA DE ANTONIO GÓMEZ

El *desorden* de fuentes que sin empacho provoca Antonio Gómez al comentar la ley 1 de Toro –y que tanto llamaría la atención de Sancho de Llamas y Molina⁷⁶– se coloca en esta línea. Gómez establece la siguiente prelación:

[Leyes de Toro + leyes de ordenamientos de Cortes y pragmáticas] > Partidas
> fueros en uso y costumbre > *ius commune*

Así, las Partidas abandonan la tercera posición que ocupaban en Toro y se aproximan a las leyes del rey: un reconocimiento de un mismo cúmulo de Derecho nuevo y viejo que no merece ser fraccionado. A la sazón, los fueros *en uso* y *costumbre* descienden al *tercer nivel*, tal y como quedó reflejado en la fórmula (c’). Hay un cuarto nivel, en el que resulta incorporado el *ius commune*; en realidad se trata de un tercer nivel, si resumimos de esta manera la propuesta de Gómez:

Ley del rey > fueros usados > *ius commune*

La prueba de que se trata de una interpretación correcta reside en cómo continúa el razonamiento del autor, que tras haber ordenado (o desordenado) las fuentes de tal manera, parece exponer aún otro orden alternativo: en defecto de la ley, hay que recurrir a la costumbre (prescrita por un tiempo de diez años con pluralidad de actos) y en su defecto *ad rationem naturalem*. O sea, ahora,

Ley del rey > costumbre inmemorial > razón natural

⁷⁶ Sancho de LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres Leyes de Toro* (Madrid, imprenta de Repullés, 1827) I 53-54.

Una fórmula empero perfectamente congruente con la anterior, y de ningún modo alternativa. A estas alturas (gracias a mis remisiones y sin ellas), el lector habrá percibido que las páginas de este trabajo parecen, cada vez más, haber estado poseídas por el espíritu de Gómez. Gómez, para mayor impresión, no se olvida de mencionar el privilegio (como debelador sólo *ex iusta causa* del *ius quaesitum*), así como nosotros teníamos que completar la fórmula (b). Mas el mérito de su razonamiento no termina aquí. Cuando decide explicar el significado de la razón natural, la identifica con la opinión común de los doctores –si no es evidentemente falsa o superable por un más sutil ingenio o una óptima razón– para inmediatamente remitir en su defecto –*argumentum* tras *argumentum*– al *argumentum alicuius legis, vel iuris scripti in simili casu disponentis*, esto es, a la analogía, que permite por último el brillante enlace con el (diríase mejor argumento, interpretación) del rey *cuius est condere*.

Ley del rey > costumbre inmemorial > razón natural (= opinión común
> analogía > interpretación regia)

La unión de fueros usados e interpretación regia –de la que hemos partido nosotros en las reflexiones sobre el *tercer nivel* del dibujo para mantener el paralelismo con el sentido natural de *tercer nivel* de SJA– queda, pues, abducida y transfigurada en costumbre memorial y razón natural, con la añadidura de una perla en el bivalvo: el *ius commune*⁷⁷.

Antonio Gómez ha analizado la ley 1 de Toro con todo rigor, y sus incrustaciones están perfectamente justificadas. La introducción de la analogía –si este elemento sorprende– no supone ni mucho menos la construcción de un puente improvisado. Como señala Pedro Agustín Morlá, la equidad, que sirve a la justicia cuando le resulta contrario el rigor del Derecho estricto, tiene como efecto el *extendendi legem, vel ad casus similes, ex identitate rationis*⁷⁸. También Marcos Salón de Paz había injertado la analogía en la aplicación del Fuero Real, o de los fueros municipales en uso, o de las Partidas, e incluso había dejado ver la posibilidad de anteponer las Partidas a los fueros –como decía Gómez– cuando la analogía respecto de sus leyes fuera más razonable y equitativa⁷⁹.

La incorporación del *ius commune* resulta una deducción lógica incluso de las preferencias terminológicas de Toro, que antepone, al libramiento regio de dudas y lagunas de Alcalá, la *interpretación* del rey. Como explicaba significativamente Juan López de Palacios Rubios, ingeniero de la maquinaria prelativa

⁷⁷ Antonio GÓMEZ, *Ad leges Tauri* op. cit. 4-7.

⁷⁸ Pedro Agustín MORLÁ, *Emporium utriusque iuris quaestionum* (Valentiae, per Aluarum Franco & Didacum de la Torre, 1599) 40v, 41v.

⁷⁹ Marcos SALÓN DE PAZ, *Ad leges Taurinas* op. cit. 84r-85v.

de Toro, al rey pertenece la promulgación de las leyes, y en consecuencia su declaración e interpretación, aunque no hay que recurrir al rey para cualquier interpretación, porque también los jueces interpretan la ley en sus causas –una interpretación no proyectada hacia la intención e inteligencia de la ley, sino hacia las circunstancias particulares del litigio, como dirá Juan Álvarez Posadilla⁸⁰– y porque también los doctores procuran interpretaciones. Dejando al margen la interpretación judicial –unida por subrogación y revisable por el rey–, mientras la interpretación del rey es una interpretación *necesaria*, la interpretación de los doctores es una interpretación *probable*. En todo caso, a la interpretación del rey hay que acudir sólo cuando existe una *maxima dubitatio*, que la justicia inferior no puede resolver. Los jueces deben proceder *de similibus ad similia*, o elegir la interpretación más benigna cuando existen varias interpretaciones posibles: la interpretación del rey es, ciertamente, el último recurso⁸¹.

El instrumento de las *probabiles rationes* y de la *opinio communis doctorum* emerge, por lo tanto, como una interpretación probable en el seno de la interpretación que SJC considera propia de la actividad del juicio ejecutor de la ley y que rige como cauce previo a la interpretación auténtica del rey. Se trata de una concepción no reñida con un reconocimiento del *ius commune* identificado, en vez de con el *utrumque ius*, con la propia tradición jurídica. No olvidemos que el elemento del Derecho tradicional y judicial de la fórmula (d') nació de la comunión, en el mismo *tercer nivel*, de los fueros usados y la interpretación del rey. Lógica pues la posibilidad de que el *ius commune* que –como la analogía– se infiltra en la prelación y resulta utilizado por el Derecho judicial, enlace con el Derecho tradicional. Así lo afirma Francisco de Avilés, después de distinguir a través del juicio el valor diverso de la opinión común y de la ley –la sentencia dictada contra la opinión común no es nula *ipso iure*, como la dictada contra la ley–: el Derecho común al que hay que recurrir en defecto del Derecho canónico no es el Derecho civil de los romanos, sino los *iura & consuetudines regni, quae ius commune appellantur*⁸². Por lo demás, el paso del tiempo debilita obviamente al Derecho romano y refuerza el *ius proprium*. Francisco Bermúdez de Pedraza incluye en el Derecho común las leyes de las pragmáticas, los capítulos de Cortes y las leyes de la recopilación, en un puesto preferente; ya sin sorpresa, en su defecto valen los fueros guardados, y en su defecto el Derecho canónico, y en su defecto el Derecho civil romano pero no como Derecho, sino *en cuanto está fundado en razón*, con una interpretación de los doctores caracterizada como probable, a diferencia de la interpretación

⁸⁰ Juan ÁLVAREZ POSADILLA, *Comentarios* op. cit. 30-33.

⁸¹ Juan LÓPEZ DE PALACIOS RUBIOS, *Glosemata legum Tauri* (Salmanticensi academia, expensis Ioannis de Junta, 1542) 2v-3r.

⁸² Francisco de AVILÉS, *Nova diligens* op. cit. 32v-33r y 205r.

general y necesaria del rey⁸³. El peso del Derecho propio llega a condicionar, a mayor abundamiento, el mismo contenido de la opinión de los doctores. Para Juan Álvarez Posadilla, los autores cuya opinión cabe atender en defecto de leyes, fueros usados y Partidas, son los regnícolas, de la mano de la analogía, siempre en el entendimiento de que su interpretación no puede imponerse a la del legislador⁸⁴. También podrá considerarse, con Joaquín Francisco Pacheco, que el Derecho común romano-canónico no se encuentra oficialmente reconocido en Toro de manera autónoma, en la medida en la que su influencia se encuentra incorporada en las Partidas; afirma Pacheco que el Derecho común fue excluido del orden de prelación en virtud de la derogación de la pragmática o ley de citas de 1499, quedando llamativamente reducido su influjo, en último lugar, «a la razón natural, al buen sentido, a la jurisprudencia, en fin, que se forma por los fallos de los tribunales»⁸⁵. La posibilidad –y el significado– de este tipo de bucle ha sido sobradamente examinada.

4. DESENLACE

Cuando el artículo 6.º del Código civil rece una prelación de fuentes que escalone ley, costumbre local y principios generales del Derecho, el comentario de José María Manresa nos recordará las variaciones sobre los órdenes jurídicos a las que en los siglos anteriores había sido tan aficionada la doctrina. Manresa entenderá que, aunque no lo diga el artículo, entre la costumbre y los principios generales del Derecho hay que situar la jurisprudencia de los tribunales⁸⁶. Esta reunión doctrinal de ley, juicio y costumbre parece, a la vista de las páginas anteriores, una *lectura* nada novedosa ni arriesgada. La misma expresión *principios generales del Derecho* se antoja un cúmulo de leyes viejas y nuevas, usos y costumbres, jurisprudencia e interpretaciones doctorales, no tan distinto de la *justicia en círculo* que movía los órdenes de prelación de fuentes medievales y modernas. Sin embargo, la introducción de la jurisprudencia de los tribunales tendrá un reconocimiento que dejará de ser fruto de la interpretación o de mecanismos subrogatorios desde la cúspide unitaria del poder, alcanzando un valor *formal*, por ascensión, en la relevancia concreta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, especialmente a través de su ejercicio resolutorio del recurso de

⁸³ Francisco BERMÚDEZ DE PEDRAZA, *Arte legal para estudiar la jurisprudencia* (Salamanca, imprenta de Antonia Ramirez viuda, 1612) 72-73.

⁸⁴ Juan ÁLVAREZ POSADILLA, *Comentarios* op. cit. 21.

⁸⁵ Joaquín Francisco PACHECO, *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro* (Madrid, imprenta de Manuel Tello, 1862) I 47.

⁸⁶ José María MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español* (Madrid, imprenta de la Revista de Legislación, 1890) I 72-73.

casación que asume como fundamento la sentencia contra ley, sin duda, pero también la dictada contra la doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales (en cuanto unificada por el Supremo). El acordeón judicial –juicios protegidos y alto juicio informador y protector– se une a la ley, bajo casación, lo que resulta todo un síntoma, por una parte, de que la *formalización* contemporánea está en curso, y por otra, de que el sistema tiene la querencia de arrinconar elementos con mayor dosis de *materialidad*, caídos ya en el fondo de un sistema que no tiende al círculo sino a la bifurcación orgánica, y que se quiere *jerarquía*.

La legitimación contemporánea de las fuentes va a producirse desde la jerarquía. A diferencia de esta situación, los Derechos de los Reinos se habían legitimado en una justicia que ejercía, por una parte, una presidencia, rígida y al tiempo flexibilizada en la equidad, y así infiltrada, simultáneamente, en todas las fuentes del sistema, atrayéndolas, aproximándolas, copulándolas. Esta promiscuidad de las fuentes, atraídas por idéntica gravedad, permitía apreciar una cercanía sustantiva muy relativizadora de las disimilitudes de los sistemas jurídicos de las coronas de Castilla y Aragón. Además, la cercanía sustantiva o material de las fuentes –en el caso de la corona de Castilla muy bien expresada en Toro por la común función de la ley en cuanto palabra del contenido normativo: de los ordenamientos, de las pragmáticas, de los fueros, de las Partidas; y en el caso de la corona de Aragón evidente en la comunión nominativa de fuero o costumbre en el Derecho tradicional y en el Derecho nuevo– a través de la justicia, con una prelación más o menos rígida, flotante, desordenada, permitía contemplar el control de la justicia –con el Derecho natural y el Derecho divino– no sólo como una supervisión unánimemente recibida desde la presidencia, sino también como un autocontrol recíproco normativo, en el seno de una sola constelación de las fuentes.