

PODER Y DERECHO EN LA BAJA EDAD MEDIA: EL MONARCA

J. ALFREDO OBARRIO MORENO Y J. MIGUEL PIQUER MARÍ (UV)

SUMARIO: Introducción. 1. El monarca. 1.1. El *princeps-iudex*. 1.2. La potestad de conceder leyes. 1.2.1. Ámbito político: la fórmula *El rey no reconoce al emperador en su reino*. 2.2. Ámbito jurídico: Los actos de disposición. 2.2.1. El príncipe no está ligado a las leyes: las cláusulas *Non obstante — ex certa scientia — ex plenitudine potestatis*. 2.2.2. La sentencia del príncipe. 2.2.3. Las cartas de los príncipes. 2.2.4. Las pragmáticas sanciones. 3. Límites al poder del monarca. 3.1. El dualismo medieval: la lucha de las investiduras. 3.2. El carácter paccionado del Derecho. 3.3. El conflicto: *ius proprium versus ius commune*. 3.3.1. Los Fueros y los Estatutos como Derecho común del reino. 3.3.2. La prohibición de la aplicación del Derecho común. 3.3.3. Orden de prelación de fuentes: subsidiaridad. 3.4. La doctrina de los doctores como fuente del Derecho: El *ius interpretandi*. 3.5. Los límites sustanciales de la ley: ley honesta, justa, destinada al bien común y al orden natural. 3.5.1. Honesta. 3.5.2. Justa. 3.5.3. Posible. 3.5.4. Según la naturaleza. 3.5.5. Según las costumbres de la patria. 3.5.6. Lugar y tiempo conveniente. 3.5.7. Necesaria y útil. 3.5.8. Clara, manifiesta y sin ninguna capciosa oscuridad. 3.5.9. Destinada a la utilidad común, no a la privada. 3.5.10. Escrita. 3.6. La costumbre.

RESUMEN: El presente trabajo pretende analizar los límites al principio de soberanía en un período concreto, el de la Baja Edad Media, donde, frente al poder político y jurídico del emperador, cabe observar cómo el papado, las leyes paccionadas y la vigencia de los principios de la ley natural fueron elementos que vinieron a limitar la soberanía del monarca.

ABSTRACT: This paper analyzes the limits to the principle of sovereignty over a particular period, the lower middle ages, where, from the political and legal power of the Emperor, it should be noted how the Papacy, paccionadas laws, and the validity of the principles of natural law were elements that came to limit the sovereignty of the monarch.

PALABRAS CLAVES: Baja Edad Media, el poder del monarca, el Papado, leyes paccionadas.

KEYWORDS: Middle Ages, the monarch's power, the Papacy, Paccione laws.

INTRODUCCIÓN ⁽¹⁾

El presente estudio que ahora pasamos a exponer tiene por finalidad analizar una de las cuestiones que, a nuestro juicio, pueden ayudar a comprender

⁽¹⁾ El presente artículo se haya encuadrado dentro del proyecto de Investigación: *Rupturas y pervivencias de la tradición jurídica y financiera de la Corona de Aragón en la crisis del Antiguo Régimen*. DER2012-37970.

la evolución y el desarrollo del devenir jurídico durante la Baja Edad Media: la idea del monarca como *conditor legum*, esto es, el poder y los límites del príncipe en la esfera jurídica ⁽²⁾.

Si durante la época visigoda y, especialmente, durante toda la A.E.M, el Derecho se caracterizó por su naturaleza privada y sacral, con un amplio predominio de los juicios ordálicos en detrimento del proceso romano, lo que postergó al monarca a un plano secundario, con la plena recepción del *ius commune*, el monarca adquiere una nueva relevancia jurídica, que se advierte en una doble dimensión: en su papel de *princeps-iudex* y en su renovada potestad de conceder leyes — *Princeps legibus solutus est* —.

La potestad normativa del monarca fue abordada por los comentaristas y por la propia doctrina canónica desde una doble perspectiva: política, a través del impulso a la fórmula “*El rey no reconoce emperador en su reino*”, y jurídica, expresada en múltiples actos de disposición, como fueron las cláusulas *non obstante* o *ex plenitudine potestate*, las sentencias y las cartas del príncipe, o las pragmáticas sanciones.

No obstante, el resurgir de la soberanía fue un largo y complejo camino, en el que el monarca se vio sometido a determinados límites jurídico-políticos: el poder del papado — que dio lugar a la denominada lucha de las investiduras —, el carácter paccionado del Derecho — limitando la titularidad normativa al monarca en beneficio de la comunidad —, el conflicto con el *ius commune*, la importancia de los juristas como fuentes del Derecho y de interpretación, los límites sustanciales de la ley y la pervivencia de la costumbre.

En definitiva, nuestro trabajo pretende señalar que el fundamento y el desarrollo histórico de la soberanía, en su ámbito político-jurídico ⁽³⁾, no siempre fue lineal; muy al contrario, cabe hallar una relación de tirantez entre quie-

⁽²⁾ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano. Recepción, jurisdicción y arbitraje*. 11.ª ed. Madrid, 2008, p. 367 y ss.; “Ciencia jurídica europea y Derecho Comunitario: *Ius romanum. Ius commune. Common law. Civil law*”. *Iustel. Revista General de Derecho Romano* 10 (2008), pp. 1-35.

⁽³⁾ JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*. Buenos Aires 1954, p. 447, quien apunta que es difícil hallar un concepto tan discutido como el de soberanía, por estar sus perfiles, ya desde su origen, poco precisos y cambiantes. No será hasta la obra de Jean Bodin cuando podamos hallar algunas de las características que han sido consideradas como esenciales para concebir su significado: el carácter supremo, absoluto, independiente, originario, indivisible e inalienable del poder del Estado, presupuestos de su independencia y estabilidad, en donde la soberanía aparece como parte o esencia de la unidad y del poder del Estado, o como sostendrá el propio Bodin: “La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república” que se convierte en el “recto gobierno de varias familias, y de lo que les es común, con poder soberano, por lo que ésta, “sin el poder soberano que une todos los miembros y partes de ésta y todas las familias y colegios en un solo cuerpo, deja de ser república”. BODIN, J., *Los Seis Libros de la República*, I. 2 (Madrid, ed. Tecnos, 1986). En e.....

nes sostenían que el soberano debía ostentar el monopolio de la creación jurídica y del poder político, y quienes veían necesario su limitación, en un intento por armonizar ambos poderes: el del soberano y el de la comunidad, o si se prefiere, una armonización entre el Derecho y el Poder ⁽⁴⁾.

1. EL MONARCA

1.1. El *princeps-iudex*

Si durante los siglos en los que se acentuó la crisis de la tradición jurídica romanala justicia tuvo un carácter eminentemente privado y sacral, con la recepción del Derecho romano-canónico se aprecia el declive de la concepción teocrática del oficio regio y de la idea de la justicia como *imago deitatis* ⁽⁵⁾, lo que permitió a los monarcas asumir todas las prerrogativas que el Ordenamiento romano confería al emperador ⁽⁶⁾, llegando a presentarle, en el ámbito civil ⁽⁷⁾, como titular supremo de la *potestas iudicandi* ⁽⁸⁾.

Esta concepción del *princeps-iudex*, presente ya en el pensamiento de San Isidoro ⁽⁹⁾ y, posteriormente, en el de Santo Tomás ⁽¹⁰⁾, se hallaba — como

⁽⁴⁾ MARAVALL, J. A., *Teoría del Estado en España en el siglo XVI*, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 15: “si bien la palabra soberanía había llegado a tener un uso corriente a comienzos del siglo XVI, tal vez fue Bodin en su *Six livres de la République*, de 1577, quien primero trazó una teoría en torno a esta palabra”.

⁽⁵⁾ Véase, entre otros, KERN, F., *Derechos del Rey y derechos del pueblo*. Madrid, 1955, pp. 36 ss.; GARCÍA PELAYO, M., *El reino de Dios, arquetipo político*. Madrid, 1959, pp. 152 ss.; MARAVALL, A., “El pensamiento político en la Alta Edad Media”. En *Estudios de Historia del pensamiento español*. I. Madrid, 1983, pp. 33-66; ULLMAN, W., *Historia del pensamiento político en la Edad Media*. Barcelona, 1983, pp. 21 ss.; PETIT, C., “Iustitia, e Iudicium en el reino de Toledo. Un estudio de teología jurídica visigoda”. En *Giustizia nell'alto Medioevo*. Settimane di Studio del Centro Italiano di Studi sull'alto Medioevo. Spoleto, 1995, pp. 843-932; CORONAS GONZÁLEZ, S. M., *Estudios de Historia del Derecho público*. Valencia, 1998, pp. 11-13.

⁽⁶⁾ COVARRUBIAS Y LEYVA, D. DE, *Opera Omnia. In regula Peccatum, de regulis iuris Libro Sexto*. Genevae, 1762, VI *De regulis iuris* 4. II. *Caput* 9, num. 6.

⁽⁷⁾ En este sentido, el Papa Nicolás al afirmar que la Santa Iglesia de Dios no tiene más espada que la espiritual, está reconociendo que no quiere entrar en la jurisdicción soberana del emperador. *Vid. C. 33 q. 2 c. 6*.

⁽⁸⁾ MARONGIU, A., “Un momento típico de la Monarquía medieval. El rey juez”, *AHDE*, 23, 1953, pp. 677-715; PACHECO CABALLERO, F. L., “Reyes, leyes y Derecho en la Alta Edad Media castellano-leonesa”; *El Dret comú i Catalunya*. Barcelona, 1996, pp. 165-206; del mismo autor, “Potestad regia, justicia y jurisdicción en el Reino de Aragón. (Edades media y moderna)”. *El Dret comú i Catalunya*. Barcelona, 1997, pp. 119 ss.

⁽⁹⁾ S. ISIDORUS, *Etymologiarum*. Ed. Madrid, 1982. *Liber* 9, num. 3.5.

⁽¹⁰⁾ S. THOMAE, *Summa theologiae*. Romae, 1588. *Secunda Secundae, Quaestio* 58, Art. 1. *ad. totum*.

afirma Grossi ⁽¹¹⁾ — en todo el ideario medieval, a través del concepto de *iurisdictio*, de “la necesidad de decir el Derecho y de establecer la equidad” ⁽¹²⁾.

En virtud de esta concepción, el rey dispuso, como reconoce la doctrina medieval ⁽¹³⁾, de determinadas facultades de jurisdicción con carácter de exclusividad ⁽¹⁴⁾, entendida, no tanto como la *potestas legis condendae* ⁽¹⁵⁾, sino como la *potestas iuri dicendi* ⁽¹⁶⁾.

1.2. La potestad de conceder leyes

Reconocida la superioridad jurisdiccional del monarca, éste, a su vez, poseía la potestad de crear derecho, ya que esta facultad era transmitida al monarca por la comunidad — *transferendo de populo ad principem* ⁽¹⁷⁾—.

La potestad normativa del príncipe tenía su base textual en el Digesto 1,4,1 y en Código 14,12,3. El texto, que sitúa en el centro de la potestad normativa al príncipe, proporcionó, a partir del siglo XIII, un sólido apoyo a la concepción del *princeps* como *conditor legum*, esto es, como responsable de la potestad legislativa dentro de su propio reino, ya sea con potestad absoluta, ya a través de la asistencia de los prohombres de la ciudad ⁽¹⁸⁾ o mediante delegación ⁽¹⁹⁾.

⁽¹¹⁾ GROSSI, P., *El Orden jurídico medieval*. Madrid, 1996, p. 140.

⁽¹²⁾ Con relación a este término, CALASSO, F., “Iurisdictio nel diritto comune classico”, *Scritti di Francesco Calasso*. Milano, 1965. Asimismo, en *Annali di storia del diritto*, IX (1965), p. 100; COSTA, P., *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*. Milano, 1949, pp. 99-101. Recientemente, VALLEJO, J., *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*. Madrid, 1990, pp. 40 ss. y 314; GROSSI, P., *El Orden jurídico*, p. 144.

⁽¹³⁾ SAXOFERRATO, B. DE, *In primam Digesti Veteris Partem commentaria*. Lib. 1, Tit. 1, *Lex 9, Quaestio 1*, num. 3; UBALDIS, B. DE, *Commentaria in primam Digesti Veteris Partem*. Lugduni, 1585. Lib. 1, Rub. *De iustitia et iure, lex 9*, num. 20.

⁽¹⁴⁾ AZO, *Summa Super Codicem*. Rub. *De iurisdictione omnium iudicum et de foro competenti*.

⁽¹⁵⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 2, *De inventione Curia*, num. 7. En este sentido, puede verse VALLEJO, J., *Ruda equidad*, pp. 100 ss.; PACHECO CABALLERO, F. L., “Potestad regia”, p. 215.

⁽¹⁶⁾ Esta idea del rey-juez la hallamos ya en *Espéculo* 2,1,5: *Et los santos dixeron que el rey es puesto en la tierra en lugar de Dios para cumplir la justicia e dar a cada uno su derecho; Partidas* 2,1,5.

⁽¹⁷⁾ ACCURSIUS, *Digestum Vetus seu Pandectarum Iuris Civilis. Tomus Primus. Florentinarum varietatibus, diligentius quam antea in margine appositis, post sane Accursii Commentarios Venetiis*, 1598. gl. *ad D. 1,4,1 v. imperio*.

⁽¹⁸⁾ SAXOFERRATO, B. DE, *In Primam Digesti Veteris Partem*, Rub. *De legibus, lege Omnes populi*, num. 9; MAYNO, J. DE, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*. Lugduni, 1530, Rub. *De constitutionibus principum, lege 1*, num. 1.

⁽¹⁹⁾ Bártolo y Nicolás de Tudeschi admitieron que tal poder era delegable dada la dificultad técnica en el proceso de elaboración de una ley. *Vid.* SAXOFERRATO, B. DE, *In Primam Digesti*

Esta línea de pensamiento, presente tanto en la escolástica ⁽²⁰⁾ como entre los canonistas ⁽²¹⁾ y comentaristas ⁽²²⁾, quienes abordaron el estudio de la potestad normativa del monarca tanto desde un ámbito político, a través de la fórmula *rex superiorem*, como desde una perspectiva estrictamente jurídica.

1.2.1. **Ámbito político: la fórmula *El rey no reconoce al emperador en su reino***

Esta fórmula, ampliamente analizada por Calasso ⁽²³⁾, suponía el final del conflicto que mantenía el emperador con los diferentes reinos por el control y la creación del Derecho, toda vez que la aceptación del Derecho romano como Derecho del imperio, determinaba el reconocimiento tácito de la superioridad del emperador, así como la fuerza vinculante de las leyes imperiales ⁽²⁴⁾.

Desde el punto de vista jurídico, la equiparación de ambos poderes vino a través de la decretal de Inocencio III *Por medio del venerable — Per venerabilem* —, del año 1213, por la que se afirmaba que el rey que no reconocía superior en lo temporal, se le tenía por emperador en su propio reino ⁽²⁵⁾.

El reconocimiento expreso a que el Ordenamiento de cada reino era el Derecho del imperio en su territorio, y que su potestad recaía en la persona del monarca, fue prontamente asumido en los distintos reinos hispanos.

Veteris Partem. D. 1,1,9, num. 20; TUDESCHIS, N., *Commentaria ad Quartum et Quintum Libros Decretalium*. Augustae Taurinorum, 1577.

⁽²⁰⁾ S. THOMAE, *Summa*. II II, *Quaestio* 50, num. 1.

⁽²¹⁾ C. 10.X,1,2; HOSTIENSIS, *Summa*, *Proemium*, n 18: *Quid potest constitutionem facere ... Imperator in temporalibus ...*; TRANESIUS, G., *Summa super Titulis decretalium*. Lyon 1519. Reed. Aalen, 1992. Rub. *De constitutionibus*, num. 5.

⁽²²⁾ SAXOFERRATO, B. DE, *In Primam Codicis Partem*. Venetiis, 1575. *Ad C.* 1,14,11; UBALDIS, B. DE, *Ad tres priores Libros Decretalium Comentariorum*. Lugduni, 1585. Reed. Aalen, 1970. Rub. *De constitutionibus*, Cap. 1, num. 31.

⁽²³⁾ CALASSO, F., *I Glossatori e la teoria della sovranità*. Milán, 1957, pp. 39-83. Asimismo, ha sido apuntada su influencia en los distintos reinos peninsulares por OTERO VALERA, A., "Sobre la "plenitudo potestatis" y los reinos hispánicos". *AHDE*, 34 (1964), pp. 141-163; EGEA I FERNÁNDEZ, J. / GAY I ESCODA, J. M.^a, "Eficàcia de les normes a la tradició jurídica catalana des de la Baixa Edat Mitjana fins al Decret de Nova Planta", *RJC*. 78,2, 1979, p. 9.

⁽²⁴⁾ SAXOFERRATO, B. DE, *Commentaria in Secundam Digesti Novi Partem*. VI. Venetiis, 1615. *Ad D.* 49,15,24; CHECCHINI, A., "Impero papato e comunità particolari nelle dottrine dei glossatori". *Atti del convegno internazionale di studi accursiani*. Bologna, 21-26 Ottobre 1963. Milano, 1968, pp. 117-130.

⁽²⁵⁾ C. 13.X,4,17.

Así, en la Corona de Castilla este criterio tuvo una pronta recepción, tanto desde el punto de vista legal — Partidas 2,1,8 — como doctrinal ⁽²⁶⁾. En concreto, Diego de Covarrubias aceptó al monarca como fuente del Derecho, bien en reconocimiento por la guerra que éste sostuvo contra los sarracenos, bien por el derecho de prescripción o por el valor intrínseco de la costumbre ⁽²⁷⁾.

En el ámbito de la Corona de Aragón, los comentaristas vinieron a reforzar el poder de los distintos reyes, al asumir con prontitud la fórmula *Rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*, por la que se reconocía la *plenitudo potestatis* del rey ⁽²⁸⁾, lo que le equiparaba a un príncipe soberano, a un emperador.

En este sentido, los primeros tratadistas, no ajenos a los postulados del *ius commune*, sostuvieron que “era cierto que, en el reino, el príncipe no reconoce como superior al emperador” ⁽²⁹⁾, por entender que el rey, con respecto al reino, no era únicamente el titular de la suprema jurisdicción, el *summus iudex* ⁽³⁰⁾, o de los bienes conquistados ⁽³¹⁾, sino la *lex animata in terris*, esto es, la fuente primigenia del auténtico *ius* ⁽³²⁾. Posteriormente, la doctrina tardo-medieval se hizo eco de esta concepción, al entender que el monarca, en su reino, por ser *vicarius Christi* ⁽³³⁾, no estaba subordinado a las constituciones o decretos de los emperadores y de los papas ⁽³⁴⁾, porque lo que le

⁽²⁶⁾ SALÓN DE PAZ, M., *Ad leges Taurinas in signes comentarii ...* 1568. *Prooemio*, ns. 32-35 y 143-144.

⁽²⁷⁾ COVARRUBIAS Y LEYA, D. DE, *Opera Omnia. In regula Peccatum de regulis iuris libro sexto. VI, Parte II, 9, num. 9.*

⁽²⁸⁾ D. 1,4,1: *Quod principi placuit, legis habet vigorem; ut pote quum lege Regia, quae de imperio lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*; D. 1,3,31: *Princeps legibus solutus est.*

⁽²⁹⁾ BELLUGA, P., *Speculum principum ac iustitiae*. Paris, 1530. Rub. 11. *In versiculo. In His igitur*, num. 5.

⁽³⁰⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 17, Vers., *Nunc vidanamus*, num. 36. En Rub. 14, fo. 26, advierte que se debe recurrir al Príncipe por cuanto éste guarda todo el Derecho. Puede verse, con relación a Belluga, GARCÍA-GALLO, A., “El Derecho en el “Speculum Principis” de Belluga. *AHDE*, 42 (1972), pp. 208-210.

⁽³¹⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 13, Vers., *Restat*, num. 6 señala cómo al soberano la conquista del reino le proporcionó título justo y legítimo para convertirse en la suprema autoridad de todo lo conquistado; *Furs* 3,5,6.

⁽³²⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 10, num. 19. MORLÁ, P. A., *Emporium. Pars I. Titulus 2, questio 13, num. 6: Princeps est lex animata in terris*. Con relación a este término, MAYALI, L., “Lex animata. Rationalisation du pouvoir politique et science juridique XI-XIV siècles”. *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'Etat*. Société Histoire Droit. 1988, pp. 115 ss.; ULLMANN, W., “The Development of the Medieval Idea of Sovereignty”, *Law and Jurisdiction in the Middle Ages*. London, 1988. Cap. VII, pp. 3-6.

⁽³³⁾ MORLÁ, P. A., *Emporium. Titulus primus, summarium praemissorum*. num. 21.

⁽³⁴⁾ En este sentido, Inocencio III advirtió que las constituciones canónicas no obligaban a los paganos que vivieran al margen de la Iglesia. c. 8,X,4,19.

investía de autoridad para dictar normas era su actividad política, su lucha contra los infieles ⁽³⁵⁾.

2. ÁMBITO JURÍDICO: LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN

2.1. El príncipe no está ligado a las leyes: las cláusulas *Non obstante* — *ex certa scientia* — *ex plenitudine potestatis*

El reconocimiento del soberano como fuente del Derecho, como *conditor legum*, fue admitido por los tratadistas, al asumir que tanto la potestad judicial como la normativa confluían en la figura del príncipe.

La aplicación más específica de esta argumentación se concretó en la inclusión de las fórmulas *non obstante, ex certa scientia, plenitudine potestatis*, en las que se encontraba implícitas el reconocimiento de la supremacía jurídica del príncipe, de su potestad normativa más allá de los límites establecidos por el Ordenamiento jurídico ⁽³⁶⁾ — *conditor legis, ea non obligatur* ⁽³⁷⁾ —.

El reconocimiento genérico del príncipe como *legibus solutus* lo advierte la doctrina en la afirmación de la potestad absoluta del monarca, en su consideración de *princeps supra legem*, al observar que a través de las mencionadas fórmulas no se hallaba sometido al ordenamiento foral, porque si el príncipe hubiese dictado la ley sin la mediación de la Corte, ésta sería válida en virtud de la aplicación de la cláusula general “no obstante” ⁽³⁸⁾.

Un ejemplo ejemplificador de este planteamiento lo hallamos en el tratado de Rabaça ⁽³⁹⁾, donde se sostiene que el príncipe concedía libertad de testar, no obstante las leyes y las reglas del derecho civil, o los fueros y los privilegios que pudiera contravenir ⁽⁴⁰⁾.

En definitiva, mediante el uso que de estas fórmulas se dio en las Cancillerías o en las Curias Regias, se legitimó al monarca, en cuanto titular de la potestad normativa, para que, una vez invadidos los ámbitos de regulación

⁽³⁵⁾ BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Praeludium*, nums. 5-6.

⁽³⁶⁾ NICOLINI, U., *La proprietà*, p. 168; CORTESE, E., *Norma giuridica*, II, pp. 81-96; PACHECO, F. L., “*Non obstante. Ex certa scientia. Ex plenitudine potestatis*. Los reyes de la Corona de Aragón y el principio princeps a legibus solutus est”: *El Dret Comú i Catalunya. Actas del VII Simposi Internacional. Barcelona, 23-24 de maig de 1997*, Barcelona 1998, pp. 91-127.

⁽³⁷⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 11, Vers. *Restat*, num. 1.

⁽³⁸⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 2, num. 5.

⁽³⁹⁾ Seguimos la edición de FEBRER ROMAGUERA, M. V., “Giner Rabaça “lo fill”, caballero y jurista. Biografía y edición de su tratado *Ad Forum “totes aquelles persones”*”. *Rub. de testamentis interpretatio*”, *AEM*, 32/1 (2002), pp. 91 y 181.

⁽⁴⁰⁾ FEBRER ROMAGUERA, M. V., “Giner Rabaça “lo fill””. pp. 159 y 180.

específicos del Derecho estatuario, pudiera adquirir su voluntad valor de *ius generale*, lo que vino a justificar, en cierta medida, los argumentos de quienes sostuvieron la titularidad exclusiva del monarca en materia normativa ⁽⁴¹⁾.

2.2. La sentencia del príncipe

La primera referencia textual donde se constata el posible valor normativo de la sentencia inmemorial la hallamos en la constitución de Justiniano contenida en el *Codex* 1,4,12, donde se afirma que la sentencia dictada por el emperador en un proceso judicial en el que se hallan presentes las partes se convierte en ley y en un precedente jurídico, lo que justifica, en última instancia, su potestad normativa, su posición de *conditor legum* ⁽⁴²⁾. Criterio que se reitera en el texto de Ulpiano compilado en Digesto 1,4,1, al reconocer que consta que es ley lo que el emperador decretó como juez, por cuanto éste, en palabras de Acursio, actuaba dictando una sentencia definitiva ⁽⁴³⁾.

Este mismo reconocimiento se hallaba presente en el planteamiento esgrimido por los civilistas y por los canonistas de los siglos XIII al XV. Así, si bien en el ámbito del *ius canonicum* se afirmaba el valor de precedente de la sentencia pontificia, tal y como se desprende de la decretal *in causis*, de Inocencio III ⁽⁴⁴⁾, entre los glosadores y comentaristas se daba un amplio reconocimiento a la sentencia del soberano como *ius generale* ⁽⁴⁵⁾, con independencia de que ésta fuera definitiva o interlocutoria ⁽⁴⁶⁾, lo que llevó a sostener — a autores como Jasón de Maino — la nulidad de una sentencia judicial si atentaba contra las leyes y las sentencias dictadas por el príncipe ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴¹⁾ D. 1,4,1; C. 1,14,12,1. ACCURSIUS, *Digestum Vetus seu Pandectarum Iuris Civilis*. I. Rub. *De constitutionibus principum*, gl. *Quod principi placuit*.

⁽⁴²⁾ C. 1,14,12. Cabe reseñar cómo, a juicio de ACCURSIUS, *Codicis Iustiniani Sacratissimi Principis Imeratoris Augusti*. IX, gl. C. 1,14,12 vv. *Si imperialis*, la mencionada ley es aplicable únicamente para las causas no resueltas por las leyes.

⁽⁴³⁾ ACCURSIUS, *Digestum Vetus seu Pandectarum Iuris Civilis*, I. gl. 4.4.1 v. *Decrevit*.

⁽⁴⁴⁾ c. 19,X,27,19. Vid. FRANSEN, G., "La valeur de la jurisprudence en droit canonique". *La norma en el Derecho Canónico*. I. 1979, p. 201, donde, a su vez, cita a c. 22,X,1,6: VALLEJO, J., *Ruda equidad*, p. 180, nota 7.

⁽⁴⁵⁾ AZO, *Summa Super Codicem*, Rub. *De legibus et constitutionibus*.

⁽⁴⁶⁾ La exclusión o no del valor normativo de la sentencia interlocutoria dependerá, en buena medida, de su inclusión en el *Corpus Iuris*; ACCURSIUS, *Digestum Vetus*, gl. D. 1,4,1, vv. *Interlocutus est*; SAXOFERRATO, B. DE, *In Primam Codicis Parte Commentaria*, Rub. *De legibus, lex II*, num. 1; UBALDIS, B. DE, *In I. II et III Codicis Libros Commentaria*. Venetiis, 1615. Rub. *De legibus, lex 2*, num. 2; ROSATE, A. DE, *Commentarii in Primam Digesti Veteris Partem*, Rub. *De constitutionibus principum, lex 1*, num. 5.

⁽⁴⁷⁾ MAYNO, J. DE. *In Primam Digesti Veteris Partem Praelectiones*, Rub. *De feriis*, num. 23-24.

Este reconocimiento del valor normativo de la sentencia del príncipe lo hallamos recogida en la mayoría de la doctrina de los distintos reinos peninsulares ⁽⁴⁸⁾. En este sentido, los tratadistas fueron explícitos al afirmar que toda sentencia en la que el rey ponía su rúbrica alcanzaba valor de ley — *et vim legis habet* —, lo que la convertía en un precedente jurídico *in omnibus similibus casibus* ⁽⁴⁹⁾.

Más allá de los antecedentes jurídicos, la razón cabe hallarla en la obligación del monarca de regular o aclarar, en virtud de su suprema jurisdicción, todas aquellas cuestiones o lagunas no plenamente reguladas por el Ordenamiento jurídico ⁽⁵⁰⁾. No obstante, la literatura jurídica entendía que para que la expresión *sententia regia habet vim legis* poseyera validez jurídica, debía circunscribirse dentro de una serie de requisitos, ya fuesen de naturaleza formal o material.

Requisitos formales:

- [a] Se exigía que la sentencia fuese pronunciada y rubricada por el propio rey, o, en su defecto, en su nombre ⁽⁵¹⁾.
- [b] Se establecía que fuese emitida en el Consejo Supremo de Aragón y no en la Audiencia de Valencia, o en otras instancias inferiores ⁽⁵²⁾.
- [c] Debía quedar inserta *in corpore Juris* ⁽⁵³⁾.

Requisitos de materiales (o de naturaleza sustancial):

- [a] La sentencia no podía contravenir los principios del Derecho foral ⁽⁵⁴⁾.
- [b] La causa debía ser conocida expresamente por el monarca y por el Supremo Consejo de Aragón, de lo contrario: *non habet ejus sententia vim legis* ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁴⁸⁾ MIERES, T. *Apparatus super Constitutionibus, collatio* 10. Cap. 1, num. 21; CANCÉR, J., *Variarum*, lib. 3, c. 3, nums. 73-74; SALÓN DE PAZ, M., *Ad leges Taurinas in signes comentarii, Prooemii*, num. 461 y 465; BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 35, num. 1; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, nums. 109-100.

⁽⁴⁹⁾ LEÓN, F. J., *Decisiones*, lib. 3, *Decisio* 10, nums. 24-25; MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, lib. 3, Cap. 10, Rub. 5, num. 148; CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio* 1, num. 194; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, num. 111.

⁽⁵⁰⁾ LEÓN, F. J., *Decisiones*, lib. 1, *Decisio* 17, nums. 11-12.

⁽⁵¹⁾ MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, lib. 3, Cap. 11, Rub. 1, num. 83; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, num. 113; CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio* 1, num. 83.

⁽⁵²⁾ BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, num. 112.

⁽⁵³⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio* 23, num. 197.

⁽⁵⁴⁾ MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, lib. 3, Cap. 11, Rub. 1, nums. 87-88.

⁽⁵⁵⁾ BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, num. 115.

- [c] Se preceptuaba el valor de fuerza de ley únicamente para las sentencias definitivas ⁽⁵⁶⁾.
- [d] Si las partes habían concurrido en litigio, la sentencia debía pronunciarse sobre el fondo del asunto, y no en torno a una mera cuestión incidental ⁽⁵⁷⁾.
- [e] La sentencia carecía fuerza de ley, si en ella no se hallaba reflejada la voluntad del soberano ⁽⁵⁸⁾.

2.3. Las cartas de los príncipes

En el intento por armonizar el sistema de prelación de fuentes, la doctrina medieval se cuestionó si la respuesta del soberano a una duda podía elevarse a la categoría de ley ⁽⁵⁹⁾.

La base textual de esta argumentación la hallamos en el *Corpus Iuris*, especialmente en *Codex* 1,14,12, y en el texto de Ulpiano recopilado en *Digesto* 1,4,1,1, donde se establece que lo que el emperador otorgaba por carta *legis vim obtinere*.

Los pasajes del *Corpus* justiniano llevaron a los comentaristas de ambos *Corpora Iuris* a una amplia controversia en torno a si las respuestas dadas por el emperador o el papa alcanzaban valor únicamente *inter partes*, como sostendrían, entre otros juristas, Bártolo ⁽⁶⁰⁾, Godofredo de Trano ⁽⁶¹⁾, Decio ⁽⁶²⁾ o Pablo de Castro ⁽⁶³⁾, o, por el contrario, su fuerza legislativa se podía extender *inter omnes*, como sostendría Azón ⁽⁶⁴⁾, y, posteriormente, Jasón de Maino ⁽⁶⁵⁾, el Abad Panormitano ⁽⁶⁶⁾

⁽⁵⁶⁾ MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, lib. 3, Cap. 11, Rub. 1, num. 82.

⁽⁵⁷⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes. Pars 1, Observatio* 23, num. 217.

⁽⁵⁸⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio* 23, num. 218.

⁽⁵⁹⁾ LÓPEZ DE PALACIOS RUBIOS, L., *Opera varia*. Antuerpiae. Apud Ioannem keerbergium. 1616. *Repe Titio* Rub., num. 11, donde menciona que las cuestiones jurídicas resueltas en un rescripto únicamente hacían referencia al Derecho foral, no al Derecho imperial.

⁽⁶⁰⁾ SAXOFERRATO, B. DE, *Commentaria in Primam Codicis Partem*. Rub. *De legibus, lex* 2, num. 1.

⁽⁶¹⁾ TRANENSIUS, G., *Summa Super Titulis Decretalium*. Lyon, 1519, Reed. Aalen. 1992. Rub. *De rescriptis*, num. 2.

⁽⁶²⁾ DECIUS, P., *Lectura Super Decretales*. Venetiis, 1523. Rub. *De rescriptione*, num. 1.

⁽⁶³⁾ CASTRO, P. DE, *In Primam Digesti Veteris Partem Patavinae Praelectionis*. Lugduni, 1550. Rub. *De constitutionibus principum, lex* 1, num. 1.

⁽⁶⁴⁾ AZO, *Summa Super Codicem*, Rub. *De legibus*.

⁽⁶⁵⁾ MAYNO, J. DE, *In Primam Digesti Veteris Partem Praelectiones*. Lugduni, 1545. Rub. *De feriis*, nums. 23-24.

⁽⁶⁶⁾ TUDESCHIS, N. DE, *Commentaria Secundae Partis in Primum Decretalium Librum*. Lugduni, 1586. Rub. *De filiis presbyterorum ordinandis vel non*, Cap. 9, num. 2.

o Felino Sandeo ⁽⁶⁷⁾. Este último criterio fue fue recepcionado — aun con matices — por la doctrina de los distintos reinos peninsulares, al elevar la respuesta del soberano, así como las epístolas de los pontífices, a la categoría de ley ⁽⁶⁸⁾. En concreto, ésta vino a sostener, como regla general, que *rescriptum Principis legis habet vigorem* siempre que éste no atentara *contra foros, vel utilitatem publicam* ⁽⁶⁹⁾.

2.4. Las pragmáticas sanciones

Azón, tomando como precedente el *Codex* 1,23,7,2 ⁽⁷⁰⁾, definió la pragmática sanción “como lo que el príncipe, con el consejo de los próceres, estatuye y sanciona, si bien no se concede para los negocios particulares sino para las universidades”.

Esta concepción, presente en la doctrina estatutaria ⁽⁷¹⁾, la hallamos recogida en el *Speculum* de Belluga, para quien el príncipe, con el consejo de la *curia regis*, solía dictar pragmáticas sanciones, las cuales alcanzaban fuerza de ley cuando recaían sobre el bien público del reino o de la comunidad ⁽⁷²⁾.

Posteriormente, la doctrina del *mos italicus* tardío, a diferencia de las pragmáticas sanciones de los emperadores romanos, le atribuyó el valor de ley general, de estricta obediencia en la praxis jurídica, por entender que en el orden de prelación de fuentes éstas sucedían en defecto de estatuto, fuero o privilegio ⁽⁷³⁾.

Esta posibilidad propició que la *communis opinio* valenciana fuera particularmente sensible a la cuestión de si las pragmáticas sanciones, en cuanto leyes generales, podían hallarse dentro del ámbito de potestad normativa del monarca,

⁽⁶⁷⁾ SANDEUS, F., *Commentaria ad V Libros Decretalium Pars Prima*, Rub. *De rescriptione*, num. 1.

⁽⁶⁸⁾ Puede verse, SALÓN DE PAZ, M., *Ad leges Taurinas, proemio*. nums. 450-451, quien recoge, en una amplia exposición, la polémica planteada entre la jurisprudencia medieval.

⁽⁶⁹⁾ MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, lib. 1, Cap. 3, Tit. 3, nums. 24-25; LEÓN, F. J., *Decisiones*, lib. 1, *Decisio* 113, num. 3; lib. 2, *Decisio* 144, nums. 3-4; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Praeludium*, num. 108.

⁽⁷⁰⁾ C. 1,23,72. DELL'ORO, A.: “Sull concetto di “Pragmatica Sactio”. *SDHI*, 11 (1945), pp. 314-318.

⁽⁷¹⁾ RAVANIS, I. D. E., *Lectura Super Codice*. Parhissis, 1519. Reep. Fac., 1967. Rub. *Si contra ius vel utilitatem publicam*: BARBOSA, A., *Collectanea in Codicem Justiniani*, lib. 1, Tit. 22, Rub. *Si contra jus, lex* 6, num. 4.

⁽⁷²⁾ BELLUGA, P., *Speculum*. Rub. *De inventione Curiae*. num. 2. Criterio que hallamos en CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio* 1, num. 71.

⁽⁷³⁾ BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Praeludium*, num. 95; CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio* 1, num. 73.

con exclusión de cualquier otra titularidad concurrente, esto es, de las Cortes del reino, lo que confería al príncipe la posibilidad de dictar normas de carácter general sin el control de éstas ⁽⁷⁴⁾.

El planteamiento que acaba de hacerse, en cuanto que confería la titularidad de la potestad normativa al monarca al margen del reino, no siempre fue admitido por igual en la argumentación jurídica de la Corona de Aragón. En concreto, dentro un sector de la literatura catalana, si bien no rechazó la posibilidad de que las pragmáticas alcanzaran el valor de leyes generales, sí llegó a sostener que el príncipe no era el señor del Derecho positivo — *non est dominus iuris positivi* ⁽⁷⁵⁾ —, porque, de serlo, se rompería con el principio de la elaboración colegiada de las leyes generales ⁽⁷⁶⁾.

Por el contrario, autores como Marquilles, Callis, Mieres o Ferrer, aun admitiendo que en Cataluña el rey no estaba facultado para dictar leyes generales sin contar con las Cortes, esta argumentación no implicaba negar al monarca la potestad de dictar pragmáticas, si su tenor no contradecía el de las *Constitutiones generales* ⁽⁷⁷⁾.

Es evidente que la posible revocación de una pragmática no se debía a la falta de legitimación de su titular ⁽⁷⁸⁾, quien, por otra parte, sí tenía poder para alterarla, cambiarla o derogarla a su libre arbitrio — *ad libitum* ⁽⁷⁹⁾ —, sino por una notoria contradicción con el Ordenamiento foral ⁽⁸⁰⁾.

3. LÍMITES AL PODER DEL MONARCA

Frente al poder jurisdiccional y legislativo del monarca bajo-medieval, cabe observar que éste se hallaba sujeto a unos ciertos límites político-jurídicos que no podía soslayar.

⁽⁷⁴⁾ MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, lib. 1, Cap. 1, Tit. 2, num. 43; CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio 4*, num. 271.

⁽⁷⁵⁾ FONTANELLA, J. P., *De pactis nuptialibus*, lib. 1, *clausula 4, glossa 10, pars 2*, num. 36; *clausula 4, glossa 18, pars 5*, num. 66; *glossa 19, pars 1*, num. 73; Lib. 2, *clausula 7, pars 9*, num. 41; CÁNCER, J., *Variarum Resolutionum Juris Cesarei, Pontifici et Municipalis Principatus*.

⁽⁷⁶⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 92.

⁽⁷⁷⁾ FERRER, M., *Observantiarum Sacri Regni Cathaloniae Senatus*. Barcinonae, 1608. III pars, Cap. 14, nums. 11-13; CALLIS, J., *Curiarum extragravatorium rerum summis illustratum*. Lugduni, 1552. Cap. 7, num. 45, prerrogativa 16; MIERES, T., *Apparatus super Constitutionibus, pars 2, collatio 9, Cap. 37*, num. 54.

⁽⁷⁸⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 109.

⁽⁷⁹⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 110.

⁽⁸⁰⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 110.

3.1. El dualismo medieval: la lucha de las investiduras

Como acertadamente señala García Marín, la soberanía fue el punto de llegada de un “largo y áspero camino” que tanto el rey como los juristas bajo-medievales habían recorrido para lograr la deseada *plenitudo potestatis*, y en este árduo camino se interpone la denominada lucha de las investiduras, con la que la Iglesia, en la persona del Romano Pontífice, reivindicará el derecho de representar la continuidad del poder imperial. En efecto, el Papa, que asume por primera vez el título de Vicario de Cristo, reclama también la *plenitudo potestatis*, plenitud que no se circunscribe a una *auctoritas sacrata* por encima de la potestad regia, sino que llega hasta la potestad regia, aquella que decide sobre el recto uso del poder coercitivo, y que dio origen a la doctrina del poder indirecto de la teoría de las dos espadas — *potestas indirecta* —. De acuerdo con esta concepción, el Papa podía disponer de los príncipes y disolver el vínculo de fidelidad feudal, si así lo juzgaba preciso. Juicio que, como manifiesta Inocencio III, no se emitía conforme a criterios de política, sino *ratione peccati*, es decir, por razones de índole moral y espiritual, y siempre en la lógica de la subordinación de los reyes — vasallos — al Papado — feudatario ⁽⁸¹⁾ —.

No cabe duda que esta doctrina de la *plenitudo potestatis* del Romano Pontífice conformaba una auténtica teoría de la soberanía limitadora del poder temporal, ya que no trataba de convertirse en una verdadera *potestas directa*, por entender que al papado le habían sido confiadas las dos espadas para la salvación de los hombres y del mundo, y no para el ejercicio habitual del poder temporal ⁽⁸²⁾.

En este sentido, la doctrina de la *plenitudo potestatis* reiteraba, en término de poderes, la neta superioridad de lo espiritual sobre lo temporal ⁽⁸³⁾. Ahora bien, tal supremacía se aseguraba mediante un Derecho que convertía al poder temporal en brazo secular del espiritual, confiriendo al Papa el derecho a instituir y destituir a los reyes, lo que implicaba su soberanía sobre la base del primado de lo sacral sobre lo terrenal ⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸¹⁾ BURS, *The Cambridge History of Medieval Political Thought*, pp. 300-305; ULLMAN, W., *Principios de gobierno y política en la Edad Media*, Madrid, 1971, pp. 23 y ss.; *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, Barcelona, 1983; *Escritos sobre teoría política medieval*, Buenos Aires, 2003, p. 201.

⁽⁸²⁾ SABINE, G. H., *Historia de la teoría política*. F. C.E. 1.994.

⁽⁸³⁾ BLACK, A., *El pensamiento político en europa, 1250-1450*. Cambridge, 1996. p. 65.

⁽⁸⁴⁾ ULLMAN, W., *Principios de gobierno. ob. cit.*, pp. 72-86.

3.2. El carácter paccionado del Derecho

No obstante el reconocimiento de la potestad normativa del monarca, la titularidad de su soberanía no correspondía en exclusividad al monarca, sino que incluía, como señalaba Bártolo, a la propia comunidad — *civitas sive princeps* —, lo que permitió que se perfilaran los primeros trazos entre una soberanía estatal y una popular, lo que acentuó la complejidad del sistema jurídico bajo-medieval como consecuencia del denominado carácter paccionado del Derecho, de un Derecho en el que la *universitas civium* empezaba a convertirse en legislador ⁽⁸⁵⁾.

Un buen ejemplo de esta concepción la hallamos en la obra del jurista Pedro Belluga, quien, en su *Speculum Principum* ⁽⁸⁶⁾, vino a resumir las ideas imperantes en torno al pactismo ⁽⁸⁷⁾.

A su juicio, la esencia del pactismo se hallaba reflejada ya en el Derecho romano ⁽⁸⁸⁾, por entender que si bien en el *Codex* se afirmaba que el poder político y el legislativo eran transmitidos por el pueblo al emperador; no obstante, éste también solía conceder leyes con el consejo de los próceres, de los senadores y de los jueces ⁽⁸⁹⁾.

Esta concepción se perpetuará en la mayoría de los Ordenamientos bajo-medievales, no por la exigencia de la Justicia ⁽⁹⁰⁾, sino a través de la costumbre, y, posteriormente, por la obra de los monarcas, quienes acostumbran a promulgar leyes, así como numerosas pragmáticas sanciones, con el consejo de los próceres congregados en la *Curia* ⁽⁹¹⁾, lo que determinaba que la función legislativa no recayese únicamente en la persona del rey, sino en una asamblea constituida formalmente. Estas leyes que emanaban de la Curia, prosiguen el

⁽⁸⁵⁾ LALINDE ABADÍA, J., "El sistema normativo valenciano", *AHDE*, 2 (1972), pp. 305-330; VALLET DE GOYTISOLO, J., "Valor jurídico de las leyes paccionadas en el Principado de Cataluña", p. 80; LALINDE ABADÍA, J., "El pactismo en los Reinos de Aragón y de Valencia", en especial pp. 126-127. En *El pactismo en la Historia de España*. Madrid, 1980.

⁽⁸⁶⁾ Con relación a este aspecto, seguimos la magnífica traducción llevada a cabo por GARCÍA-GALLO, A., *Antología de fuentes del antiguo Derecho. Manual de Historia del Derecho Español II*. Madrid, 1979, pp. 97-103. Así mismo, puede verse una referencias en MARONGIÙ, A., "Lo "Speculum principum" del valenzano Pere Belluga", VIII *CHCA*, II. Valencia, 1970, pp. 53-65; VALLET DE GOYTISOLO, J., "Valor jurídico de las leyes paccionadas en el Principado de Cataluña", p. 80; LALINDE ABADÍA, J., "El pactismo en los Reinos de Aragón y de Valencia", en especial pp. 126-127. En *El pactismo en la Historia de España*. Madrid, 1980.

⁽⁸⁷⁾ LALINDE ABADÍA, J., "El pactismo", *ob. cit.*, p. 126.

⁽⁸⁸⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 2, num. 1.

⁽⁸⁹⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rúb. 47, versículo *Sciencum*, num. 1.

⁽⁹⁰⁾ Esta misma concepción la hallamos en el número 4 cuando sostiene que si bien es propio de los reyes dictar leyes, también lo es dictarlas con el consejo de los próceres, y no por necesidad, sino por su humanidad.

⁽⁹¹⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 2, num. 2.

autor, alcanzaban pleno valor jurídico cuando la comunidad otorgaba dinero para su promulgación, lo que jurídicamente las convertía en un contrato ⁽⁹²⁾, esto es, en leyes paccionadas e irrevocables ⁽⁹³⁾, tanto para el príncipe como para sus sucesores ⁽⁹⁴⁾.

Este valor prevalente de las leyes paccionadas ⁽⁹⁵⁾, que fue asumida por los glosadores y, aún con matices, por la canonística ⁽⁹⁶⁾, se ratifica cuando sostiene que el príncipe, con el consejo de los próceres, podía dictar leyes que atentaban contra el Derecho privado ⁽⁹⁷⁾, por entender que si aquellas leyes tendían a la utilidad pública, al bien común, era lícito dictar normas que pudieran atentar contra los derechos privados ⁽⁹⁸⁾.

En virtud de esta línea argumental, entendemos que esta concepción pactista del Derecho, si bien no implicaba la negación de los principios *quod Principi placuit, legis habet vigorem* o *Princeps legibus solutus* ⁽⁹⁹⁾, sí determinaba su limitación, dado que la vinculación del monarca al pacto normativo limitaba su arbitrio legislativo en favor de la justicia y del bien común ⁽¹⁰⁰⁾.

A nuestro juicio, en el *Speculum* de Belluga se advierte un intento por armonizar el principio fijado por Ulpiano con la voluntad del reino de hacer prevalecer un poder limitado y regulado por Derecho, en virtud del cual el príncipe se vería sometido a la autoridad de las leyes, aunque, en expresión de Bártolo, lo fuera *de voluntate* y no *de necessitate* ⁽¹⁰¹⁾.

En este sentido, el tratadista valenciano llega a sostener que aunque correspondía al príncipe dictar las leyes, cualquier pueblo podía otorgarse estatutos particulares con tal de que éstos no atentasen contra las normas del rey; criterio que, conjuntamente con el fragmento gayano de la *lex omnes populi* ⁽¹⁰²⁾, le sirve de base para incidir en que el Derecho civil, al ser lo que cada pueblo establecía para sí ⁽¹⁰³⁾, tenía la facultad de adentrarse en el ámbito propio de una *civitas*, sin que fuese necesario solicitar la autorización o aprobación del príncipe ⁽¹⁰⁴⁾.

⁽⁹²⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 9, num. 28.

⁽⁹³⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 11, versículo *His igitur*, num. 2.

⁽⁹⁴⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 2, num. 3.

⁽⁹⁵⁾ No en vano sostiene BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 2, num. 4.

⁽⁹⁶⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 2, num. 3.

⁽⁹⁷⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 9, num. 26.

⁽⁹⁸⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 9, num. 25; num. 23.

⁽⁹⁹⁾ BELLUGA, P., "Valor jurídico", *ob. cit.*, pp. 90-91.

⁽¹⁰⁰⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. a 11, num. 8.

⁽¹⁰¹⁾ SAXOFERRATO, B. DE. *In Primam Codicis Partem Praelectiones*, rub. *De legibus, lex* 4, num 4.

⁽¹⁰²⁾ D. 1.1.9.

⁽¹⁰³⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 2, num. 6.

⁽¹⁰⁴⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 2, num. 7.

La heterogeneidad de la realidad jurídica del Derecho bajo-medieval es puesta en evidencia por el jurista valenciano al reconocer en la figura del monarca, no sólo un *princeps conditor legum* ⁽¹⁰⁵⁾, responsable del dictado de la ley, sino de un *iudex ordinarius et superior*, capaz — *in omni tempore* — de hacer justicia y de considerar a la sociedad, al reino, con una potestad normativa suficiente ⁽¹⁰⁶⁾, lo que permite, en última instancia, identificar al príncipe y al reino como realidades convergentes en el ejercicio de la potestad normativa.

3.3. El conflicto: *ius proprium versus ius commune*

3.3.1. Los Fueros y los Estatutos como Derecho común del reino

Una vez admitida la existencia de reinos independientes por los juristas boloñeses, la propia doctrina bajomedieval se cuestionó el problema de la relación del Derecho romano con los Ordenamientos de las distintas ciudades, con el Derecho estatutario, distinción que ya se señalaba en el fragmento *omnes populi* de Gayo — D. 1,1,9 —, y aún más explícitamente en *Codex* 1,14,12,1, textos en los que se podía fundamentar la validez jurídica de un *ius proprium* en contraposición con el *ius commune*.

El reconocimiento de estas dos realidades lo encontramos ya en las glosas de Azón y Acursio, en las que, al interpretar que la expresión *solus imperator* del texto justiniano no excluía a las ciudades de la potestad normativa, se abrió paso al principio de que al emperador se le reservaba la facultad de dictar disposiciones de carácter general, mientras que a las ciudades se les facultaba para dictaminar estatutos singulares ⁽¹⁰⁷⁾.

Dentro de esta misma línea argumental, juristas como Bártolo, o su discípulo Baldo de Ubaldo ⁽¹⁰⁸⁾, partiendo de la contraposición entre el *ius statuendi* de las ciudades y el *ius commune* propio del emperador, llegaron a la conclusión de que la diferencia entre las leyes del emperador y los *statuta* de los reyes se hallaba en el antagonismo existente entre el *ius commune* y el *ius proprium*, entre la ley general y el estatuto municipal, entre la persona del emperador y la

⁽¹⁰⁵⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 2, versículo *De inventione curia*, num. 4-5.

⁽¹⁰⁶⁾ BELLUGA, P. *Speculum*, Rub. 11, versículo, *ac Iusticiae*, num. 1.

⁽¹⁰⁷⁾ AZO, *Lectura Super Codicem. Corpus Glossatorum Juris Civilis*. III. Reed. 1965. Rub. *De legibus et constitutionibus Principum. Et edictis*. Tit. 13, num. 50-52; ACCURSIUS, *Codicis Iustiniani Sacratissimi Principis Imperatoris Augusti*, Libri IX. IV. Venetiis. 1985. *Gl. ad C. 1,14,12*. Lib. 1, Tit. 17, *lex 11, v. solus Imperator*.

⁽¹⁰⁸⁾ UBALDIS, B. DE, *Ad tres priores libros decretalium commentaria*, Rub. *De Constitutionibus*, Cap. 1, num. 15, donde advierte que si bien el *ius commune*, por su fuerza atractiva, informaba y vestía a los estatutos, aquél no era investido e informado por éstos.

del monarca ⁽¹⁰⁹⁾, antagonismo que consolidó la identificación del *ius commune* con el Ordenamiento que aparecía encerrado en el *Corpus Iuris Civilis* ⁽¹¹⁰⁾, y al *ius civile* con los estatutos comunales, por lo que, en su ámbito estricto de vigencia, fueron considerados el *ius commune* del reino ⁽¹¹¹⁾.

Esta doctrina la hizo suya la literatura jurídica de la Corona de Aragón, al afirmar que los fueros adquirirían un papel preponderante en el orden de prelación de fuentes, al ser concebidos no sólo como el *ius municipale*, sino como el Derecho general de un reino ⁽¹¹²⁾, a cuya observancia se debían todos los habitantes ⁽¹¹³⁾ y villas del reino ⁽¹¹⁴⁾, lo que impedía la aplicación de cualquier otro Derecho, en especial del Derecho aragonés ⁽¹¹⁵⁾.

La razón se hallaba en la tendencia incipiente de los monarcas a dictar disposiciones que regulaban aspectos que iban más allá de un mero capitular, propio del localismo jurídico altomedieval ⁽¹¹⁶⁾, lo que impedía que las partes lo pudiera interpretar o derogar ⁽¹¹⁷⁾, para conformar un Ordenamiento que fue desplazando paulatinamente al Derecho romano-canónico, hasta convertir al estatuto y al fuero en el verdadero *ius commune* del reino ⁽¹¹⁸⁾. En este sentido, son explícitas las palabras de Matheu y Sanz cuando sostiene que no era admisible otro Ordenamiento que el Derecho foral, por ser éste, salvo en el ámbito espiritual ⁽¹¹⁹⁾, el Derecho común del reino ⁽¹²⁰⁾.

En consonancia con esta línea argumental, la doctrina, al entender que la ley foral era el *ius commune* de todo el reino, se cuestionó si su ámbito debía

⁽¹⁰⁹⁾ SAXOFERRATO, B. DE, *In primam digesti veteris Partem comentaria*. Rub. de iustitia et iure. Lex IX, Omnes populi, num. 2.

⁽¹¹⁰⁾ MAYNUS, I. DE, *In primam digesti veteris Partem commentaria*. Venetiis, 1590. Rub. de iustitia et iure. Lex IX, Omnes populi. num. 4; COING, H., *Derecho privado europeo*. I. Madrid, 1995, p. 29.

⁽¹¹¹⁾ LÓPEZ, G., *Las Siete Partidas*. Gl. Partidas 1,1,12, vv. Sobre las gentes de su señoría.

⁽¹¹²⁾ BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars I, Praeludium*, num. 48. La fuente se toma del C. 1.14.3.

⁽¹¹³⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 39, Vers. Novissime. num. 1.

⁽¹¹⁴⁾ BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars I, Praeludium*, num. 44.

⁽¹¹⁵⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 27, Vers. Iesu Christi. num. 18.

⁽¹¹⁶⁾ Con relación a la dicotomía altomedieval entre *lex et Capitulum*, CALASSO, F., *Medioevo del Diritto*, pp. 150 ss.; CORTESE, E., *La norma*, pp. 231 ss.; ASTUTI, V., *Capitolari*, en *Novissimo Digesto italiano II*. 1958, pp. 918 ss.

⁽¹¹⁷⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 11, Vers. Restat. num. 3.

⁽¹¹⁸⁾ Con relación a este aspecto, es clásico el estudio de CALASSO, F., *Introduzione al diritto comune*. Milán, 1951, pp. 31-76; *Medio evo del diritto*. Milán, 1954, pp. 453, 458-59 y 462.

⁽¹¹⁹⁾ MENOCHIUS, I., *De arbitrii iudicium Quaestio nibus et causis libri duo*. Florentiae, 1572. Lib. 2, casus 185, num. 12.

⁽¹²⁰⁾ MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Cap. 1, Rub. 2, num. 8.

quedar restringido únicamente al campo civil o, por el contrario, si la jurisdicción eclesiástica estaba obligada a conocerlo y aplicarlo cuando no se daban contradicciones aparentes entre ambos Ordenamientos. A este respecto, Bas y Galcerán fue explícito al afirmar que no sólo los jueces civiles debían estudiar y asumir el Derecho foral, sino también los eclesiásticos ⁽¹²¹⁾, por entender que los prelados de la Corona de Aragón intervinieron activamente en su redacción ⁽¹²²⁾, lo que le lleva a concluir que los fueros, siempre que no atentasen contra las libertades ⁽¹²³⁾ y los principios del Derecho canónico ⁽¹²⁴⁾, obligaban a los jueces eclesiásticos, pero no así los actos de corte, las pragmáticas sanciones u otras leyes similares — *et similes leges a Domine Rege in Regno latae, non ligant Ecclesiasticos* ⁽¹²⁵⁾ —.

Esta fuerza vinculante del Derecho foral sobre el Derecho canónico — *Fori nostri habent vim canonis provincialis* ⁽¹²⁶⁾ — fue admitida por la mayoría de la doctrina tardo-medieval, al sostener que ésta se daba no sólo cuando los fueros no atentaban contra los preceptos del Ordenamiento canónico, sino cuando no perjudicaban al estamento clerical ⁽¹²⁷⁾, y, fundamentalmente, cuando se sustentaban en la razón natural y la equidad, únicos principios con los que se podía alcanzar la paz social y el bien común ⁽¹²⁸⁾.

3.3.2. La prohibición de la aplicación del Derecho común

Esta vigencia de la *lex fori* fue matizada por la propia literatura medieval, al reconocer que el conjunto de normas recogidas en un Ordenamiento no podían contemplar toda la realidad jurídica de una época. En consecuencia, se llegó a admitir, siguiendo los postulados del Hostiense ⁽¹²⁹⁾, que si bien el monarca, por ser *imperator in regno suo*, no tenía la obligación de supeditarse a leyes o a la doctrina del *ius commune* ⁽¹³⁰⁾, al ser el Ordenamiento del reino insuficiente ⁽¹³¹⁾,

⁽¹²¹⁾ BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Praeludium*, num. 12.

⁽¹²²⁾ BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum, Pars 1, Praeludium*, num. 13-14.

⁽¹²³⁾ BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Praeludium*, num. 17.

⁽¹²⁴⁾ BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Praeludium*, num. 19.

⁽¹²⁵⁾ BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Praeludium*, num. 20; MORLÁ, P. A., *Emporium*, Tit. 1, *Quaestio* 16, num. 9.

⁽¹²⁶⁾ MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Cap. 1, Rub. 2, num. 30.

⁽¹²⁷⁾ LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 20, num. 53.

⁽¹²⁸⁾ LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 20, num. 55-66.

⁽¹²⁹⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 11. Vers. *His igitur*, num. 4.

⁽¹³⁰⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 11. Vers. *His igitur*, num. 1.

⁽¹³¹⁾ FONTANELLA, J. P., *Decisiones*, II, *Decisio* 498, num. 18, criticó, a nuestro juicio erróneamente, la pasividad, por su adhesión a la literalidad de los Fueros, con la que sus vecinos aragoneses y valencianos recibieron el *ius commune*.

se veía obligado a recurrir a la aplicación subsidiaria del Derecho romano-canónico, por estar ambos *corpora iura* sustentados en la recta razón y en la equidad ⁽¹³²⁾.

Fruto de esta compleja realidad, cabe observar cómo la recepción del *ius commune* no fue pacífica en los distintos ordenamientos de la Corona de Aragón. Por un lado, el monarca temía que los juristas pudieran limitar su potestad legislativa, al reconocer valor normativo únicamente a las leyes emanadas por el emperador. En otro ámbito, la incorporación de este nuevo Derecho para resolver los conflictos jurídicos produjo una mayor lentitud procesal, dada la complejidad del proceso romano-canónico y el frecuente recurso a la alegación de la doctrina medieval, lo que propició el colapso de los tribunales de Justicia, provocando, en última instancia, el recelo y el descontento en una población que veía “con disgusto la invasión del Derecho romano y la conducta de los legistas, vehículo principal de aquélla en el ejercicio de la abogacía” ⁽¹³³⁾.

Este conjunto de circunstancias crearon el clima necesario para que Jaime I adoptara una serie de disposiciones tendentes a dificultar el recurso al Derecho común. En concreto, en 1251 dictó un conjunto de medidas contrarias a la praxis de los abogados, entre las que se hallaba su exclusión de los tribunales ⁽¹³⁴⁾, por entender que el uso que hacían del Derecho romano prolongaba en exceso el proceso ⁽¹³⁵⁾. Prohibición que reiterará en 1264, al rechazar el recurso al Derecho canónico y al Derecho romano, así como a la *forma legum* ⁽¹³⁶⁾, y en 1270, al prohibir a los abogados que aleguen, además de las Leyes, el Decreto de Graciano y el *Liber Extra*, aunque, contradictoriamente, permitió el recurso al sentido natural y a la equidad ⁽¹³⁷⁾.

3.3.3. Orden de prelación de fuentes: subsidiaridad

Una tercera problemática la hallamos cuando la doctrina medieval nos hace ver que si bien el recurso al *ius commune*, como Derecho supletorio, fue

⁽¹³²⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 11, Vers. *His igitur*, num. 3.

⁽¹³³⁾ VALLS TABERNER, F., “Los abogados en Cataluña durante la Edad Media”, *Literatura jurídica*. Barcelona, 1986. p. 216.

⁽¹³⁴⁾ Prohibición que fue recogida por la propia doctrina foral. BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum*, Pars 1, *Praeludium*, num 8: *Unde, in nostro Regno non tenemur sequi in iudicando juris communis constitutiones, tamquam leges*; num. 9, *Haec quae tradimus aniam praebuerunt nostris*;

⁽¹³⁵⁾ AO, Jaime I, Privilegio 37.

⁽¹³⁶⁾ AO, Jaime I, Privilegio 65.

⁽¹³⁷⁾ MORLÁ, P. A., *Emporium*, pars 1. Tit., *Quaestio* 16, num. 13.

admitido por los primeros comentaristas al Derecho castellano ⁽¹³⁸⁾, a los *Usatges* ⁽¹³⁹⁾ y por los glosadores al Derecho catalán ⁽¹⁴⁰⁾, aragonés ⁽¹⁴¹⁾ y valenciano ⁽¹⁴²⁾, la equivalencia entre equidad y recta razón, como la aplicabilidad subsidiaria del Derecho común, no fue unívoca en la Corona de Aragón, dado que no sólo el Derecho romano y el canónico eran portadores de ambos conceptos, sino que éstos se podían encontrar en otros ordenamientos más cercanos en el tiempo: ya en las leyes góticas ⁽¹⁴³⁾, ya en las leyes castellanas ⁽¹⁴⁴⁾.

Esta ambigüedad en torno al orden de prelación de fuentes, llevó a la doctrina a plantearse supuestos de índole práctico, a saber: si en defecto del Fuero General se tenía que recurrir al *ius commune*, 1) qué orden de preferencia se debería de dar entre ambos *corpora iuris*; o, no hallándose respuesta ni en el Fuero General ni en el *Corpus Iuris Civilis*, 2) a qué criterios se debía recurrir: a los fueros de los reinos vecinos o a la propia doctrina del reino; por último, admitida su observancia, 3) a qué reglas interpretativas se debía someter.

⁽¹³⁸⁾ SALÓN DE PAZ, M., *Ad leges Taurinas in signes comentarii, nunc primum in lucem editi, quorum hic codex primus est tomus*. Ed. Prinae, 1568. *Legis Primae*. num. 520.

⁽¹³⁹⁾ ASÍ en MONTJUICH, J. DE, *Antiquiores Barchinonensium leges quas vulgus Usaticos appellat, cum comentariis supremorum iurisconsultorum Iacobi a Monte Iudaico, Iacobi et Guilelmi a Vallesicca ... Barchinonae per Karikyn Anirisyn ... impensis*, 1515. Gl. al *Usatge*. 81, *Iudicia Curiae*, fo. 130, co. 1; MARQUILLES, J. DE, *Comentaria Jacobi de Marquilles Super Usaticis Barchinone*. Barchinone, 1505, Gl. al *Usatge* 81: *deficientibus usaticos, ad leges romanas recurritur de consuetudine*. Asimismo, en EGEA I FERNÁNDEZ, J. / GAY I SCODA, J. M.^a, "Eficàcia de les normes a la tradició jurídica catalana des de la Baixa Edat Mitjana fins al Decret de la Nova Planta". *RJC* 1979, pp. 515-520; VALLET DE GOYTISOLO, J., "El Derecho romano como buena razón en Cataluña", *BFDC*, Coimbra, 1982, p. 496.

⁽¹⁴⁰⁾ MIERES, T. *Apparatus*, App. II, 161-163, num. 16.

⁽¹⁴¹⁾ *Observancias de Jaime de Hospital*. *Prooemium*, num 25, quien, tras preguntarse por qué en el supuesto en el que los fueros no fuesen suficientes se recurre al sentido natural y a la equidad, concluye con una nueva pregunta, a saber: por qué razón non deben ser observadas las leyes romanas en el fuero eclesiástico. Para dar respuesta a la misma, afirma que entiende que en algunos casos deben ser observadas y se observan en algunos casos. como, por ejemplo, cuando ocurre un supuesto en el que ninguna decretal haga al caso, no pudiéndose resolver el asunto litigioso por medio de la decretal.

⁽¹⁴²⁾ JAFFER, G. DE, *Note super foris Regni Valencie*. Manuscrito 205. BUV; este criterio sería adoptado por la literatura jurídica posterior (BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum, Praeludium*, num. 149; MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. I, Cap. 1, Rub. 2, num. 10).

⁽¹⁴³⁾ MIERES, T. *Apparatus*, App. II, Coll. 9, Cap. 4; GOYTISOLO, V DE, "Las fuentes del Derecho", p. 333.

⁽¹⁴⁴⁾ VILLALBA, F. DE, *Fororum ac observantiarum regni Aragonum codex sive enodata methodica compilatio ... Caesaraugustae*, 1724. Comentario al Fur IV, *De communi dividundo*, fo. 604.

c.1. Derecho canónico versus Derecho romano

Con relación a la primera cuestión, Pedro Belluga, siguiendo el criterio de Baldo ⁽¹⁴⁵⁾, así como el de la literatura jurídica de la Corona de Aragón ⁽¹⁴⁶⁾, admitió, como regla general ⁽¹⁴⁷⁾, la prevalencia del Derecho canónico sobre el Derecho romano, y no porque tuviera un mayor grado de credibilidad jurídica, sino por estar imbuido de una mayor equidad, por lo que se le tenía por un Derecho Divino y Natural ⁽¹⁴⁸⁾.

c.2. Las lagunas normativas

Con relación a la segunda cuestión, la literatura jurídica se planteó si se debía acudir a la doctrina de los doctores o a otros Ordenamientos coetáneos cuando no se podía hallar en el *Corpus Iuris Civilis* una respuesta a las lagunas normativas del Derecho foral. La mayoría de la doctrina sostuvo que lo más conveniente era recurrir a la *Communis opinio doctorum*, porque su opinión era creadora de Derecho — *faciet jus* —, por lo que, sólo en su defecto se debía buscar la solución en los Ordenamientos vecinos ⁽¹⁴⁹⁾.

c.3. reglas interpretativas

Con relación a la observancia y aplicación del *ius commune*, la doctrina, consciente de que el Derecho foral era un *iura propria* dentro de un marco general, el del Derecho romano-canónico, estableció dos criterios de interpretación. El primero sostenía que los fueros que fuesen correctores de los principios y reglas del Derecho común no podían extenderse por analogía a otros supuestos ⁽¹⁵⁰⁾, dado que éstos debían interpretarse, *eo modo, quo minus jus commune*

⁽¹⁴⁵⁾ UBALDIS, B. DE. *Commentaria*. Comentario a C. 6, 32.2.

⁽¹⁴⁶⁾ PORTOLÉS, J., *Scholia*, voz *Forus*, nums. 1-2, fo. 732; SESSÉ, J. DE, *Decisionum*, *Decisio* 93, num. 3; RAMIREZ, C. P., *Analyticus*, *Decisio* 21, num. 30; LISSA, G., *Tyrocinium iurisprudentiae forensis, seu animadversiones theorico practicae iuxta Foros Aragonum ... Caesaraugustae*, 1703. Lib. III, Tit. 2, Vers. *Ad. Sed ius quidem Civile*; MIERES, T. *Apparatus*, App. II, Coll. 10, Cap. 19. 50.

⁽¹⁴⁷⁾ BELLUGA, P. *Speculum*, Rub. 11, Vers. *De usurariis*, num. 10, observa que dándose un delito de usura el Derecho civil cede ante el Ordenamiento canónico.

⁽¹⁴⁸⁾ BELLUGA, P. *Speculum*; Rub. 11, Vers. *hiis igitur*, nums. 4-5; MORLÁ, P. A., *Emporium*, *pars* 1, Tit. 1. *Quaestio* 16, num. 13.

⁽¹⁴⁹⁾ BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae. Praeludium*, nums. 151-152.

⁽¹⁵⁰⁾ MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Cap. 1, Rub. 2, num. 28; Cap. 8, Rub. 8, num. 12.

corrigant, vel laudatur ⁽¹⁵¹⁾. El segundo determinaba que los fueros que seguían los postulados del *ius commune*, se debían de someter a las interpretaciones y limitaciones del Derecho común ⁽¹⁵²⁾.

3.4. La doctrina de los doctores como fuente del Derecho: El *ius interpretandi*

Al margen de la posición que el Derecho común tuviera con relación al Derecho propio, en la práctica judicial, ya fuera por las alegaciones jurídicas o por las decisiones de los comentaristas, la *communis opinio doctorum* ⁽¹⁵³⁾ se convirtió, paralelamente al *ius interpretandi* de los monarcas bajomedievales ⁽¹⁵⁴⁾, en una regla válida para la interpretación de los numerosos vacíos normativos que en los Ordenamientos se originaban, por lo que se tuvo como un criterio de autoridad válido tanto para analizar y aplicar los principios y máximas del Derecho romano-canónico, como para dar respuestas jurídicas a las cuestiones planteadas ⁽¹⁵⁵⁾, o para dar cabida a las nuevas figuras jurídicas que iban surgiendo en los albores de la Edad Media ⁽¹⁵⁶⁾.

En concreto, la denominada doctrina de los doctores, en virtud del método empleado — de clara orientación casuística y forense —, no fue tomada como una mera ratio legis abstracta y compleja ⁽¹⁵⁷⁾, sino como fuente de Derecho y de interpretación, por ser ésta la que podía dar las respuestas a las numerosas

⁽¹⁵¹⁾ BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 20, num. 81.

⁽¹⁵²⁾ LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 1, num. 36; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, *Praeludium*, num. 24; MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Cap. 1, Rub. 2, num. 13; CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes*, *Observatio* 3, num. 57.

⁽¹⁵³⁾ Gai. 1,8.

⁽¹⁵⁴⁾ La labor interpretativa del emperador, presente ya en el *Corpus Iuris* — C. 1,14,1; 1,14,12—, fue asumida con prontitud por la doctrina medieval: AZO, *Summa super Codicem*, Rub. *De legibus*; SAXOFFERATO, B. DE, *In Primam Codicis Partem Praelectiones*, Rub. *De legibus*, lex 1, num. 7; *lex* 11, num. 2.

⁽¹⁵⁵⁾ PIANO MORTARI, V., "L'argumentum ab auctoritate nel pensiero dei giuristi medievali", pp. 77-91; "Cultura medievale e principio sistematico nella doctrina esegetica acursiana", pp. 95-151; del mismo autor, "Il problema dell'interpretatio iuris nei commentatori", pp. 154-262 (todos ellos en *Dogmatica e interpretazione*. Napoli. 1976); CARPINTERO, F., "Mos italicus. mos gallicus y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica. *Ius Commune*. 6 (1977), pp. 108-171; del mismo autor, "En torno al método de los juristas medievales", *AHDE* 52 (1980), pp. 617-642.

⁽¹⁵⁶⁾ CALASSO, F., *Introduzione al diritto comune*. Milán, 1951, pp. 38 ss.; *Medioevo del Diritto*. p. 614; WIAECKER, F., *Historia del derecho romano en la Edad Media*. Madrid, 1957. pp. 38 ss.; BRAGA DA CRUZ, G. *El Derecho subsidiario en la historia del derecho portugués*. Madrid, 1971, pp. 41 ss.

⁽¹⁵⁷⁾ TROBAT, J. B *Tractatus de effectibus immemorialis*. *Quaestio* II, num. 3.

deficiencias jurídicas que el ius proprium propiciaba; para lo cual no dudó en recurrir a una amplia selección de textos legales, que iban desde las fuentes justinianeas —Instituta, Codex y Digestum⁽¹⁵⁸⁾— a Las Partidas, Leyes de Toro, Novísima Recopilación, Furs o Fueros de Aragón, o a una copiosa pluralidad de opiniones doctrinales, lo que otorgaba un valor vinculante a sus opiniones, dotándolas de mayor garantía jurídica. No en vano, aunque de forma reiterada se afirmaba que lo importante no era el número de los autores que se citaba, sino su calidad o trascendencia jurídica —sententias non ex numero sed ex ratione meriri oportet⁽¹⁵⁹⁾—, el elenco de obras venía a confirmar que éstas no sólo se utilizaban para acreditar su mayor erudición, sino para corroborar sus conclusiones, ya que rara vez vemos una frontal oposición. Así, en las alegaciones jurídicas o en los distintos tratados se recurre, como criterio de autoridad, a autores como Acursio, a comentaristas como Bártolo, Baldo, Jasón de Maino o Pablo de Castro; a consiliatores como Sordo o Decio; a autores del mos gallicus como Cujacio, Faver o Donello; o a juristas hispánicos como Sessé, Caldero, Cáncer, Antonio Gómez, Covarrubias, Fontanella; e incluso vemos citado, dentro de las fuentes puramente literarias, a Cicerón o a Aulio Gelio.

En este sentido, la doctrina fue explícita al afirmar que si bien los distintos Ordenamientos y Estatutos solían tener una regulación minuciosa, la doctrina y la práctica foral, ante el vacío normativo existente, se veían obligadas a recurrir a la aplicación de las fuentes romanas y a la literatura jurídica del *ius commune*. La razón se hallaba en que si bien se había abandonado el estudio exegético de las fuentes jurídicas romanas, éstas no sólo servían para refrendar las construcciones doctrinales, sino que eran tomadas como punto de partida para crear un sistema *iuris* donde los *iura propria* sólo podían ser interpretables con el auxilio del *ius commune*⁽¹⁶⁰⁾.

Esta concepción de la realidad jurídica llevó — a los prácticos del Derecho — a rechazar sus iniciales postulados teórico-doctrinales, para adentrarse definitivamente en la realidad de la vida jurídica. Y así, cabe observar cómo se compatibilizaban en sus obras elaboraciones doctrinales y eruditas con un estilo que incidía en la práctica del foro, incluyéndose formularios, sentencias, actas notariales o meros consejos, lo que las convertía en auténticos manuales del Derecho⁽¹⁶¹⁾.

⁽¹⁵⁸⁾ Puede citarse, a modo de ejemplo, TROBAT, J. B., *Tractatus de effectibus immemorialis. Quaestio II*, num. 7.

⁽¹⁵⁹⁾ LARREA, J. B., *Allegationum fiscalium*. Lugduni, 1642-1645, proemio.

⁽¹⁶⁰⁾ BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae. Pars II*. Cap. 57, num. 44-45.

⁽¹⁶¹⁾ LALINDE ABADÍA, J., "La literatura foral y jurídica en el Reino de Aragón", pp. 133-149; FERRO POMÀ, V., "Los juristas catalanes de los siglos XVI y XVII", pp. 153-166; MARZAL RODRÍGUEZ, P., "Juristas valencianos de la Edad Moderna", pp. 167-197 (publicados todos ellos en *Historia de la literatura jurídica en la España del Antiguo Régimen*. Madrid, 2000).

En definitiva, como afirmara Koschaker, las numerosas lagunas jurídicas, la aparición de nuevas instituciones o la dificultad de comprensión y de adecuación de algunos textos llevó a la doctrina del *ius commune* a ser canalizada por el *usus fori*, y a ser tenida su opinión como la más veraz interpretación de las leyes ⁽¹⁶²⁾, lo que le otorgaba una fuerza vinculante semejante a la costumbre ⁽¹⁶³⁾, toda vez que ésta era confrontada y sometida al *argumentum veritate* para hallar la *optima ratio* ⁽¹⁶⁴⁾.

Pero este esfuerzo por ordenar el Derecho propio según los principios rectores del Derecho romano-canónico, así como el de adecuar la exégesis de las fuentes de tradición romana a los problemas y necesidades de cada época, desembocó en la aparición de numerosas opiniones que, si bien no siempre fueron contradictorias entre sí, hacían difícil su correcta aplicación al caso en litigio.

Un ejemplo evidente de esta problemática la hallamos en el Ordenamiento medieval del Reino de Valencia, donde se establecía, de forma precisa y taxativa, la prohibición de toda interpretación al Derecho foral ⁽¹⁶⁵⁾, por entender que éste, como se afirmaba en las constituciones *Deo auctore* y *Tanta* ⁽¹⁶⁶⁾, podía contemplar todos los supuestos jurídicos — *in omni loco et tempore* ⁽¹⁶⁷⁾ —:

A tenor de lo expuesto en los dos preceptos legales, la doctrina ⁽¹⁶⁸⁾,

⁽¹⁶²⁾ PIANO MORTARI, V., "L'argumentum ab auctoritate", p. 84, quien, citando a Coratius — *Autoritas doctorum ... ex duobus fontibus emanare dicitur, nempe ex scientia, seu peritia seu doctrinae excellentia et morum honestate, ac animi probitate* — sostiene: "Era, perciò, tale presunzione di verità che assicurava prestigio e credito alle opinioni dottrinali più autorevoli e comuni".

⁽¹⁶³⁾ GÓMEZ, A., *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*. Matriti, 1780. *Opera Omnia*. I, *ad legem primam*, Cap. 9, num. 6.

⁽¹⁶⁴⁾ KOSCHAKER, F., *Historia del derecho romano en la Edad Media*. Madrid, 1950, pp. 150 ss.

⁽¹⁶⁵⁾ No en vano BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum, Pars 1, Praeludium*, nums. 10, 21-22, tras reconocer que este criterio no sólo se aplicaba en el reino de Valencia, afirma que prohibir toda interpretación determinaba que los fueros *durus et rigorosus fuerit*: MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de re criminali, Controversia* 41, num. 15.

⁽¹⁶⁶⁾ C. 1,17,1,12; C. 1,17,2,21: en el *Corpus Iuris* se ofrecen argumentos contradictorios con relación a la posibilidad de las leyes puedan ser objeto de interpretación. Así, se afirma que *sunt stricti iuris et ea non recipiunt interpretationem* en D. 40,9,12,1: ..., *quia ita verba faciunt, ...; quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est*; o en D. 45,1,99 pr. Por el contrario, otros textos sí admiten la interpretación de las normas. Así en D. 1,3,28; D. 30,1,50,3; D. 50,4,11,1; Nov. 22,2.

⁽¹⁶⁷⁾ Criterio seguido por la mayoría de la doctrina aragonesa: HOSPITAL, J. DE, *Observancias de Jaime de Hospital*. Ed. Martínez Díaz, Zaragoza, 1997. *Proemium libri fororum*, [4] *Et videtur quod non: quia sunt stricti iuris et ea non recipiunt interpretationem, ...* [7] *Dic quod pro eo quia leges municipales seu statuta non recipiunt interpretationem, maxime quia de foro chArtae statur et secundum eam iudicatur, ...*

⁽¹⁶⁸⁾ En la literatura de la Corona de Aragón hemos hallado una excepción en las Observancias de HOSPITAL, J. DE, *Observancias*. En su *Proemium Libri Fororum*, se pregunta si acaso

aun reconociendo que el Ordenamiento exigía una interpretación *ad litteram* ⁽¹⁶⁹⁾, lo que impedía acudir al Derecho romano y canónico ⁽¹⁷⁰⁾, sostenía, siguiendo las palabras de Justiniano ⁽¹⁷¹⁾, que se atentaba a la voluntad de la ley cuando se estaba sujeto a su tenor literal; de ahí que afirmase que la *interpretatio* era la única vía por la que se podía llegar a la recta inteligencia de las leyes ⁽¹⁷²⁾, ya fuese, como se afirma en el *Decreto* de Graciano ⁽¹⁷³⁾, encontrando su verdadero sentido, ya supliendo la insuficiencia y la oscuridad de los supuestos no previstos en la mente del legislador ⁽¹⁷⁴⁾.

Siguiendo esta misma línea argumental, Crespí, al analizar el privilegio otorgado por Jaime I, no sólo rechazará la prohibición a toda interpretación jurídica, por ser contraria a los principios y a las reglas jurídicas establecidas en la tradición romanística ⁽¹⁷⁵⁾, sino porque atentaba al propio raciocinio, y, por tanto, al Derecho civil y al Derecho natural, Ordenamientos en los que se esta-

el fuero, las leyes municipales o los estatutos de las ciudades reciben interpretación o han de ser juzgadas y guardadas tal como han sido publicadas. A lo que afirma que parece que no, porque son de Derecho estricto y las cuestiones de Derecho estricto no son susceptibles de interpretación. Por todo ello, concluye el comentarista, que al constar que las leyes municipales y los estatutos son leyes, éstas deben interpretarse por otras leyes municipales; y si hubieran sido interpretadas, cierto es que ya no pueden interpretarse.

⁽¹⁶⁹⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 23, Vers. *Sed pone*, num. 21; Rub. 42, Vers. *Mixtum*, num. 3; LEÓN, F. J., *Decisiones, Libro 1, Decisio 1*, num. 17. En análogo sentido se manifestó la literatura catalana — JUAN P. FONTANELLA, *Tractatus de pactis nuptialibus*, II, *Clausula 7*, gl. 3, *Pars 4* — y en la aragonesa — SERVETO A., *Tratado de sucesiones, De linea ascendentium*, num. 67 —.

⁽¹⁷⁰⁾ Crespí de Valdaura, C., *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 19. Criterio que es recogido por toda la literatura de la Corona de Aragón; FERRER, M., *Observantiarum, Pars 3, Observatio 180*, num. 3; FONTANELLA, J. P., *Tractatus de pactis nuptialibus, Clausula 7*, gl. 3, *Pars 4*, num. 61.

⁽¹⁷¹⁾ C. 1.14.5. Este criterio lo hallamos presente en toda la literatura jurídica española. Valga, a modo de ejemplo. DIEGO DE COVARRUBIAS Y LEYVA, *Relectio Regulae c. Possessor. I, Pars 2, Caput 6*, num. 3.

⁽¹⁷²⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 1, num. 13.

⁽¹⁷³⁾ D. 38 c. 12: C. 1 q. 1 c. 64.

⁽¹⁷⁴⁾ MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Cap. 1, Rub. 2, num. 18.

⁽¹⁷⁵⁾ Crespí de Valdaura, C., *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 22, donde nos relata, siguiendo un comentario de Baldo a un texto de Pomponio, cómo las primeras leyes de los romanos fueron entregadas a los prudentes para su interpretación, por cuanto el rechazo al esclarecimiento de las leyes sería contrario a los principios del Derecho natural. Interpretación que el propio Crespí ve su origen en un texto de Pomponio — D. 1.2,2 — en donde se afirma que una vez promulgadas las leyes suele acontecer su interpretación en el foro a través de la autoridad de los jurisconsultos: criterio que se extendió entre los propios comentaristas.

blecía que ninguna constitución podía prohibir la interpretación de sus normas ⁽¹⁷⁶⁾.

Más en particular, al analizar la influencia que las fuentes justinianas tuvieron en el Ordenamiento foral ⁽¹⁷⁷⁾, el jurista valenciano la advierte en un privilegio de Jaime I ⁽¹⁷⁸⁾, en el que si bien se reafirmaba la prohibición de una interpretación general del Derecho por parte de los jurisconsultos, a su vez se concluye que cuando la norma era ambigua, se debía recurrir a la autoridad del emperador, no sólo por ser la *interpretatio* un ámbito propio de la actividad normativa del príncipe, sino porque ésta venía dada por mandato divino ⁽¹⁷⁹⁾.

En virtud de este criterio, y ante la imposibilidad de sustraerse al comentario y a la aclaración de las leyes ⁽¹⁸⁰⁾, Crespí de Valdaura advierte de la necesidad de establecer qué interpretaciones eran posibles y cuáles eran las reprobables.

El autor, siguiendo el planteamiento de Acursio en su *Glosa Magna* ⁽¹⁸¹⁾, señala distintos criterios de interpretación ⁽¹⁸²⁾, a saber:

- [a] una interpretación general y necesaria, que es la que realizaba el príncipe o el senado;
- [b] una interpretación necesaria, pero ya no general, como era la que se otorgaba al juez, porque ésta únicamente vinculaba a las partes de un proceso ⁽¹⁸³⁾;
- [c] una interpretación probable, cuando la realizaba un *magister*;
- [d] una interpretación declarativa, que era aquella que aclaraba el significado de un precepto ⁽¹⁸⁴⁾;
- [e] por último, si se atendía a las formas y a las reglas jurídicas, era lícito hablar de una interpretación extensiva y restrictiva cuando se limitaban o extendían los supuestos contemplados en las normas ⁽¹⁸⁵⁾, o de una

⁽¹⁷⁶⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observationes, Observatio 1*, num. 20. En idéntico sentido. D. 1,3,12.

⁽¹⁷⁷⁾ C. 1,17,1,12 y 1,17,2,21.

⁽¹⁷⁸⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Pars 1, Observatio 1*, num. 25.

⁽¹⁷⁹⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 27.

⁽¹⁸⁰⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 32.

⁽¹⁸¹⁾ ACCURSIUS, *Digestum Vetus*, Rub. *De legibus*, gl. *Si de interpretatione; Codicis Iustini*, Rub. *De legibus*, gl. *inter aequitatem*; gl. *Solis*; véase su recepción en MIERES, T. *Apparatus, collatio 4*, Cap. 32, num. 9.

⁽¹⁸²⁾ Clasificación que en un comentario posterior reducirá a dos: a la interpretación legal y a la doctrinal, careciendo esta última de fuerza jurídica. CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 2, Observatio 105*, num. 7.

⁽¹⁸³⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 11.

⁽¹⁸⁴⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 12.

⁽¹⁸⁵⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 13.

interpretatio fraudulenta, astuta o cavilosa cuando se llegaba a corromper el espíritu de la ley ⁽¹⁸⁶⁾.

Esta necesidad de llevar a cabo un examen cuidadoso del Ordenamiento foral, que supusiera, no una mera reflexión conceptual, sino una auténtica labor de interpretación, fue asumida por la práctica totalidad de la literatura jurídica del *mos italicus* tardío; como así lo demuestran las opiniones vertidas por León ⁽¹⁸⁷⁾ o Matheu y Sanz, quien reconocía que la observancia del Derecho foral no era contradictoria con su exégesis ⁽¹⁸⁸⁾, porque, lo contrario — una interpretación literal — conduciría al absurdo de imponer, como se afirma en el fuero 6 de la rúbrica *Sobre los menores*, la pena capital a un menor de diez años ⁽¹⁸⁹⁾, o, a tenor del fuero 12 de la rúbrica *Sobre los testigos*, la negación de la denominada prueba testifical de oídas, lo que imposibilitaría la prueba inmemorial ⁽¹⁹⁰⁾.

3.5. Los límites sustanciales de la ley

La doctrina medieval, haciendo suyo el concepto dado por Santo Tomás ⁽¹⁹¹⁾, definió la ley como “la ordenación de la razón destinada al bien común, promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad” ⁽¹⁹²⁾.

La ley aparecía, siguiendo el esquema de la *Summa Theologica*, como el instrumento idóneo para que el príncipe se sometiera, no a los impulsos de la voluntad, sino a los de la recta razón y del intelecto ⁽¹⁹³⁾, de lo contrario, no sería *lex sino iniquitas* ⁽¹⁹⁴⁾.

Admitida la idea de que la ley no pertenecía al ámbito de la voluntad sino al de la razón, la literatura jurídica, apoyándose en un pasaje del Decreto de Graciano ⁽¹⁹⁵⁾, delimitó los elementos sustanciales que la configuran ⁽¹⁹⁶⁾: honesta, justa, posible, de acuerdo con la naturaleza, en consonancia con las costumbres de la patria, apropiada al lugar y a las circunstancias temporales, necesaria, útil, clara

⁽¹⁸⁶⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 14; C. 1,14.5.

⁽¹⁸⁷⁾ FRANCISCO G. LEÓN, *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio*. 34, num. 18.

⁽¹⁸⁸⁾ MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Cap. 1, Rub. 2, num. 24.

⁽¹⁸⁹⁾ MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Cap. 1, Rub. 2, num. 20.

⁽¹⁹⁰⁾ MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Cap. 1, Rub. 2, num. 23.

⁽¹⁹¹⁾ S. THOMAE, I-II, *Quaestio 90*, num. 4.

⁽¹⁹²⁾ MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Cap. 3, Rub. 2, num. 98; MORLÁ, P. A., *Emporium, Summarium praemissorum*, num. 14.

⁽¹⁹³⁾ S. THOMAE, *Summa Theologica*, I-II, *Quaestio 91*, Art. 1, c; MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Cap. 3, Rub. 2, num. 102.

⁽¹⁹⁴⁾ S. THOMAE, *Summa Theologica*, I-II, *Quaestio 90*, Art. 1, c.

⁽¹⁹⁵⁾ I. d. 4. c. 2.

⁽¹⁹⁶⁾ MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Cap. 3, Rub. 2, num. 98.

y no dictada para el beneficio particular, sino en provecho del bien común de los ciudadanos ⁽¹⁹⁷⁾. Como señala Crespí de Valdaura, sólo cuando concurrían todos los requisitos señalados, la ley o el fuero alcanzaba plena validez jurídica ⁽¹⁹⁸⁾.

3.5.1. Honesta

En virtud de un principio de Derecho natural *Honeste vivere* ⁽¹⁹⁹⁾, se consolidó la autoridad textual que establecía que la ley era una medida de rectitud, una regla recta y honesta, contraria, como afirmaba Santo Tomás, a todo precepto inmoral ⁽²⁰⁰⁾.

Este principio fue asumido por el conjunto de la literatura *iuris commune* ⁽²⁰¹⁾, y, en particular, por la doctrina valenciana ⁽²⁰²⁾, cuyos juristas afirmaron que no sólo debía preceder a otras reglas preexistentes, sino que ningún precepto podía derogar la regla que sostenía que las normas debían estar dirigidas por la razón ⁽²⁰³⁾.

Con carácter ejemplificador, se subrayaba que no se entendían honestas las licencias concedidas para la representación de comedias cuando éstas atentaban contra la moral, las costumbres y la educación de la juventud, por lo que la autoridad competente estaba facultada para revocarlas, por no atenerse al Derecho natural ⁽²⁰⁴⁾.

3.5.2. Justa

El segundo de los elementos constitutivos de la ley era que ésta debía adecuarse a la razón y ser justa ⁽²⁰⁵⁾, porque la justicia precedía al Derecho ⁽²⁰⁶⁾.

⁽¹⁹⁷⁾ LEÓN, F. J., Lib. 1, *Decisio*. 34, num. 19; CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio 3, num. 73*.

⁽¹⁹⁸⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio 1, num. 188*.

⁽¹⁹⁹⁾ I. 1,1,3; D. 1,10,1; sobre la recepción del texto de Ulpiano en la Edad Media, CALASSO, F., *Medioevo del Diritto*. Milano, 1954, pp. 470-473.

⁽²⁰⁰⁾ S. THOMAE, *Summa Theologica*, I-II, *Quaestio 90*, Art. 1. Con anterioridad, CICERO, *De legibus, Libro 2, Caput 5*, num. 11.

⁽²⁰¹⁾ AZO, *Summa Super Codicem*. Rub. *De legibus et constitutionibus principum et edictis*; PLACENTINUS, *Summa institutionum*. Ed. *Corpus Glossatorum Juris Civilis*. 1973. Rub. *De iustitia et iure: Lex est generalis sanctio, cuncta iubens honesta, prohibens contraria*; SAXOFERATO, B. DE, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria. De iustitia et iure, lex IX, Omnes populi*, num. 26; *In Primam et Secundam Codicis Partem Commentaria*, Rub. *Si contra ius, vel utilitatem publicam, lex 6*, num. 2.

⁽²⁰²⁾ MORLÁ, P. A., *Emporium, Summarium praemissorum*, num. 43; MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Cap. 3, Rub. 2, num. 104.

⁽²⁰³⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observatio, Pars 1, Observatio 1*, num. 124.

⁽²⁰⁴⁾ CRESPI DE VALDAURA, *Observatio, Pars 1, Observatio 1*, num. 128.

⁽²⁰⁵⁾ D. 1,1.

⁽²⁰⁶⁾ ACCURSIUS, *Digestum Vetus seu Pandectarum Iuris Civilis*. I., Tit. 1, Rub. *De iustitia, et iure, lex 1, v. Iustitia*. En virtud de este criterio, la *communis opinio* medieval sostendrá que

Siguiendo esta afirmación, la doctrina del reino de Valencia sostuvo que si la ley era lo que convenía que todos obedecieran, ésta no podía ser injusta ⁽²⁰⁷⁾, porque, como afirmaba Bártolo, de serlo atentaría contra uno de los elementos que conformaba la sustancia de la ley ⁽²⁰⁸⁾.

Siguiendo esta línea argumental, Morlá sostuvo que la ley podía ser rígida, pero no injusta, porque de serlo, dejaría de ser ley — *injusta jubere, vel justa vetare, nulla lex potest* ⁽²⁰⁹⁾ —.

Una vez admitido que las leyes debían ser justas, por ser éstas la *materia scientiae legalis*, el propio autor mantuvo que una razón o motivo que podía justificar la supresión de una norma era su iniquidad, a la cual se llegaba, siguiendo la distinción tomista ⁽²¹⁰⁾, ya por un defecto en la potestad del legislador, cuando éste se excedía de los límites de su jurisdicción ⁽²¹¹⁾; ya por un defecto en los fines, esto es, cuando la ley no tenía como fin el bien común sino el interés particular ⁽²¹²⁾, o bien cuando la norma no distribuía proporcionalmente las cargas entre los súbditos de la comunidad ⁽²¹³⁾.

En consonancia con esta argumentación, Crespi de Valdaura afirmaba que una ley injusta o inicua no podía ser observada ni por los jueces, ni por el rey, por lo que, ante este supuesto, se debía acudir a la equidad y la recta razón como reglas supletorias ⁽²¹⁴⁾, capaces de facilitar la paz del reino ⁽²¹⁵⁾.

3.5.3. Posible

En virtud del aforismo que sostiene que no se puede ni obligar ni tener lo que es imposible, toda ley ha de ser posible, y toda sentencia judicial que no lo sea debe de ser declarada nula, aunque no se interponga recurso de apelación ⁽²¹⁶⁾.

los juristas son sacerdotes, por proporcionar *leges sacratissimas*; ROSATE, A. DE, *Commentarii in Primam Digesti Veteris Partem*, Rub. *De iustitia et iure*, lex 1, num. 7.

⁽²⁰⁷⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes. Pars 1, Observatio 1*, num. 139; este criterio es recogido por Marciano en D. 1.3.2; MORLÁ, P. A., *Emporium, Pars 1, Tit. 1, Quaestio 7*, num. 24.

⁽²⁰⁸⁾ SAXOFERRATO, B. DE. *In Primam et Secundam Codicis Partem Commentaria*, Rub. *Si contra ius, vel utilitatem*, lex 6. num. 6.

⁽²⁰⁹⁾ MORLÁ, P. A., *Emporium, Pars 1, Tit. 1, Quaestio 7*, num. 4.

⁽²¹⁰⁾ S. THOMAE, *Summa Thologica*, I-II, *Quaestio 96*, Art. 4, c. 1.

⁽²¹¹⁾ MORLÁ, P. A., *Emporium, Pars 1, Summarium praemissorum*, num. 47.

⁽²¹²⁾ MORLÁ, P. A., *Emporium, Pars 1, Summarium praemissorum*, num. 51.

⁽²¹³⁾ MORLÁ, P. A., *Emporium. Pars 1, Summarium praemissorum*, num. 51; CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 144.

⁽²¹⁴⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observatio, Pars 1, Observatio 3*, num. 62.

⁽²¹⁵⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio 3*, num. 58.

⁽²¹⁶⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 148.

Una vez acotado el principio general ⁽²¹⁷⁾, Crespí advierte que la mayor dificultad devenía cuando, en el ámbito del Derecho, el grado de imposibilidad no se circunscribía a la condición de lo natural sino al campo de la moral, ámbito que se hallaba tan presente en el *verbum possibilis*, que hacía imposible el que se le pudiera excluir de la esfera jurídica ⁽²¹⁸⁾.

A juicio de este autor, era factible hablar de una imposibilidad moral y natural, no siempre convergentes, lo que permitía afirmar la ilicitud de un imposible moral cuando lo era en grado superlativo, aun cuando no constituyese un imposible natural ⁽²¹⁹⁾.

Dos ejemplos vienen a corroborar esta argumentación. El primero se daría cuando se ordenaba el ayuno a pan y agua durante cuarenta días. Esta imposición no conllevaba un imposible físico, pero sí moral, lo que la hacía reproachable ⁽²²⁰⁾.

Asimismo, en el ámbito estrictamente normativo, se podía apreciar el deseo del legislador porque la ley se ajustase a los plazos establecidos en la praxis jurídica del reino. En concreto, con relación a la posible permanencia de un imputado en la prisión, se sostuvo que ésta debía de ser muy breve: un máximo de treinta días, prorrogable únicamente para el esclarecimiento y la veracidad de algunos hechos. Este plazo legalista conllevaba, no obstante, un imposible, que, a juicio del jurista valenciano, no era un imposible físico, sino moral ⁽²²¹⁾.

3.5.4. Según la naturaleza

La doctrina medieval, al admitir que el Derecho se fundaba en la Naturaleza ⁽²²²⁾, sostuvo que las leyes no podían ser contrarias al Derecho natural ⁽²²³⁾, por ser éste, en palabras de Cicerón, el fundamento último y la base inmutable para las leyes del Estado ⁽²²⁴⁾.

⁽²¹⁷⁾ Con todo, el autor aprecia distintos grados de imposibilidad, que determinarán, en última instancia, la aplicabilidad de la ley (CRESPI DE VALDAURA. C., *Observationes. Pars 1, Observatio 1*, num. 151).

⁽²¹⁸⁾ CRESPI DE VALDAURA. C., *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 149.

⁽²¹⁹⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 151.

⁽²²⁰⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 152.

⁽²²¹⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, nums. 154-155.

⁽²²²⁾ Véase, a modo de ejemplo, *Decretum D. 21, c. 4; c. 11, X.1,4*; UBALDIS, B. DE, *Ad Tres Priores Libros Decretalium Commentaria*, Rub. *De constitutionibus*. Cap. 1. num. 26.

⁽²²³⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 156.

⁽²²⁴⁾ CICERO, *De legibus*, 1,8,28; véase, en este sentido, DAZA MARTÍNEZ, J., *Kyrios nomos. De la "iuris societas" de Cicerón al "politikos logos" de Marco Aurelio*. Cuenca, 1976. pp. 30-40:

No obstante, la doctrina valenciana señaló que en el Ordenamiento foral se daban preceptos que atentaban contra el Derecho natural. En concreto, en la rúbrica *De Testamentis* ⁽²²⁵⁾, a los hijos desheredados se le prohibía la petición de alimentos; precepto que se extendió a los hijos espurios ⁽²²⁶⁾. El fuero fue censurado por la literatura estatutaria por atentar al Derecho natural ⁽²²⁷⁾. En concreto, los tribunales de justicia solían conceder los alimentos a los hijos desheredados y espurios, contraviniendo lo establecido en el Ordenamiento foral ⁽²²⁸⁾.

3.5.5. Según las costumbres de la patria

A juicio de la doctrina, no era posible entender este requisito como un enfrentamiento entre normas de distinta naturaleza, lo que se originaría si se sostenía que una norma no tenía necesariamente que seguir a una costumbre anterior ⁽²²⁹⁾, o bien cuando se afirmaba que ésta no podía alcanzar el valor jurídico de aquélla ⁽²³⁰⁾; por el contrario, el requisito señalado por San Isidoro se tenía que entender en el sentido de que no era lícito ir contra las costumbres que tenían un claro arraigo en la naturaleza del territorio (*usus terrae*), porque, de lo contrario, se atentaba contra el Derecho natural. Siguiendo con esta línea argumental, observa cómo la prohibición del uso de la lengua, la imposición de la moneda de otro reino o las leyes de otros territorios únicamente podían alcanzar valor jurídico cuando no eran contrarias al espíritu y a la letra del Derecho foral.

Con todo, reconoce que este requisito no se hallaba dentro de la praxis jurídica: “porque ya sucedió en otros tiempos, así en tiempos de los romanos, godos, moros” donde se llegó a imponer la misma lengua, moneda y las mismas leyes, sin tenerse en cuenta las ya existentes ⁽²³¹⁾.

principio que, posteriormente, hallamos en S. THOMAE, *Summa Theologica*, I-II, *Quaestio* 94, ad 4-5; I-II, *Quaestio* 100, Art. 8 ad 2; II-II, *Quaestio* 104, Art. 4 ad 2.

⁽²²⁵⁾ *Furs* 6,4,54: *Supplica per tal lo dit braç real plàcia a vostra magestat, per observança del dit fur, proveyr ab acte de la present cort que los dits fills deseretats ni los fills bastrats de algun testador no puixen demanar aliments alguns a lurs germà o germans, com a hereus de llurs pares*. Precepto cuyo origen puede verse en Nov. 89 y en c. 5,X,4.7.

⁽²²⁶⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes*, Pars 1, *Observatio* 1. num. 157.

⁽²²⁷⁾ SAXOFERRATO, B. DE. *In Primam Codicis Partem*, Rub. *De incestis et nephariis nuptiis*, (*Ex complexu*) nums 1-4.

⁽²²⁸⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes*, Pars 1, *Observatio* 1. num. 159.

⁽²²⁹⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes*, Pars 1, *Observatio* 1. num. 161.

⁽²³⁰⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes*, Pars 1, *Observatio* 1, num. 162.

⁽²³¹⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes*, Pars 1, *Observatio* 1. num. 163.

3.5.6. Lugar y tiempo conveniente

Entre los requisitos esenciales de la ley, la doctrina destacó el que fuera conveniente en el tiempo y en el lugar, dado que una norma justa y útil podía, a tenor de las circunstancias, convertirse en contraria a la utilidad pública ⁽²³²⁾.

No en vano, Bártolo, tras sostener que la utilidad pública era la ley suprema, en torno a la cual debía fluir y confluir todas las leyes y todos los contratos, entiende que para alcanzar ésta, la ley debía, por un lado, de ser conveniente en el tiempo, porque si en un principio lo era, y posteriormente se hacía inícuo, no se tenía que observar, y, por otro, ser aplicada en todo lugar, y no únicamente en determinadas ciudades ⁽²³³⁾.

3.5.7. Necesaria y útil

La conveniencia de que la ley fuese justa y útil a toda o a gran parte de la comunidad — Alberico de Rosate ⁽²³⁴⁾ —, está presente en la literatura jurídica hispánica: *quod leges sunt necessariae, et pro salute reipublicae editae* ⁽²³⁵⁾.

La primera reflexión la hallamos en Belluga, quien, siguiendo “el elegante juicio de Bártolo”, sostuvo que cuando la ley estaba sujeta a criterios de utilidad pública, ésta podía atentar contra los derechos adquiridos por los particulares, sin que éstos tuvieran la posibilidad de recurrirla ⁽²³⁶⁾.

En el contexto de esta reflexión, Crespí advierte que siendo indudable que no se debían promulgar leyes inútiles o superfluas, la presencia de este requisito se hacía necesaria, porque si la ley era contraria a la autoridad pública, no podía ser observada ⁽²³⁷⁾.

Una vez admitida que la utilidad pública “era la suprema ley del Estado”, no se dudó que se pudieran dictar nuevas disposiciones legales que derogasen los privilegios, las leyes ⁽²³⁸⁾ — aun siendo paccionadas ⁽²³⁹⁾ — o los contratos existentes ⁽²⁴⁰⁾.

⁽²³²⁾ MORLÁ, P. A., *Emporium, Pars 1, Summarium praemissorum*, num. 53.

⁽²³³⁾ SAXOFERRATO, B. DE, *Consilia, Consilium* 101, num. 170.

⁽²³⁴⁾ ROSATE, A. DE, *Commentarii in Primam Digesti Veteris Partem*, Rub. *De iustitia et iure, lex* 8, num. 6.

⁽²³⁵⁾ MORLÁ, P. A., *Emporium, Pars 1, Summarium praemissorum*, num. 9.

⁽²³⁶⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 9, nums. 23-26.

⁽²³⁷⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., C., *Observationes, Pars 1, Observatio* 1, num. 175.

⁽²³⁸⁾ A modo de ejemplo, autores como Belluga y Crespí advierten que, en virtud de la utilidad pública, se puede admitir la enajenación de los bienes de la Corona (BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 9, num. 9; CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio* 34, num. 22).

⁽²³⁹⁾ BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae. Praeludium*, num. 70; MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, lib. 1, Cap. 1, Tit. 2, num. 44; LEÓN, F. J., *Decisiones*, lib. 1, *Decisio* 34, num. 24.

3.5.8. Clara, manifiesta y sin ninguna capciosa oscuridad

Siguiendo las reglas jurídicas recogidas en la rúbrica *De verborum significationum* ⁽²⁴¹⁾, entre los requisitos formales de la ley, San Isidoro incluyó la necesidad de que ésta fuese clara y manifiesta, porque, de lo contrario, el texto daría lugar a ciertas ambigüedades que podrían conducir a una mayor oscuridad de la norma ⁽²⁴²⁾.

La necesidad de que las leyes se redactasen en términos claros y sencillos, presente en toda la doctrina medieval ⁽²⁴³⁾, fue recogida por la literatura del *mos italicus* tardío, al sostener que las leyes no debían ser oscuras, ni capciosas, sino ciertas y claras ⁽²⁴⁴⁾, porque si se afirmaba que las normas regían nuestras vidas, se podía concluir que todas debían ser conocidas, no pudiéndose admitir su ignorancia o su inobservancia, por lo que, una vez entendido su contenido, únicamente era lícito abstenerse de lo prohibido o hacer lo que la ley permitía ⁽²⁴⁵⁾. Criterio que se podía cuestionar o excepcionar cuando los preceptos jurídicos se sustentaban en un argumento falaz o en una insidia, lo que permitía que su inobservancia no llevase aparejada culpa alguna ⁽²⁴⁶⁾.

Admitida la máxima que sostenía que nunca una ley era más propia cuanto más clara ⁽²⁴⁷⁾, se afirmaba que para alcanzar esta transparencia se tenía que evitar el rumor, las voces vanas ⁽²⁴⁸⁾, las abreviaturas, los signos, las señales ⁽²⁴⁹⁾ o la interpretación personal ⁽²⁵⁰⁾, porque, en caso de duda, se podía acudir al arbitrio del juez ⁽²⁵¹⁾.

Con todo, aunque en los contratos, testamentos, sentencias y demás disposiciones se tiende a fijar los términos con claridad, éstos no estaban exentos de

⁽²⁴⁰⁾ LEÓN, F. J., *Decisiones*, lib. 1, *Decisio* 21. num. 14.

⁽²⁴¹⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes. Pars 1, Observatio* 1. num. 176.

⁽²⁴²⁾ S. ISIDORUS, *Etymologiarum*. liber V, Cap. 21.

⁽²⁴³⁾ c. 25.X,5,40; UBALDIS, B. DE, *Ad Tres Priores Libros Decretalium Commentaria. De constitutionibus*, Cap. 3. num. 5.

⁽²⁴⁴⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio* 1. num. 176; MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 1. Cap. 3. Rub. 2. num. 118.

⁽²⁴⁵⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes. Pars 1, Observatio* 1. num. 177.

⁽²⁴⁶⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes. Pars 1, Observatio* 1. num. 178.

⁽²⁴⁷⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes. Pars 2, Observatio* 96. num. 29.

⁽²⁴⁸⁾ CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Pars 2, Observatio* 103, num. 15, quien afirma que ni el rumor puede detraer las virtudes de la ley, ni tampoco el pueblo puede legislar atendiendo a las voces vanas. Véase su correlación con C. 9.47.12.

⁽²⁴⁹⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio* 1, num. 179. Véase su correlación con C. 1,17.22: Nov. 107. Cap. 1.

⁽²⁵⁰⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes. Pars 1, Observatio* 1, num. 180; MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*. Lib. 1. Cap. 3. Rub. 2. nums. 119-120.

⁽²⁵¹⁾ BELLUGA, P., *Speculum*. Rub. 24. Vers. *Et primo videamus*, num. 2.

la necesaria interpretación, porque, como expresa con gráfica claridad Crespí de Valdaura, “la imbecilidad no está exenta de la condición humana” ⁽²⁵²⁾.

3.5.9. Destinada a la utilidad común, no a la privada

Admitido que la norma tenía que ser justa y honesta, se añadía que la intención del legislador al promulgar la ley debía ir encaminada al bien común, o, en palabras de Acursio, en favor de la utilidad común ⁽²⁵³⁾.

Este requisito, incluido como un axioma general tanto en la escolástica ⁽²⁵⁴⁾ como en los comentaristas al Derecho civil ⁽²⁵⁵⁾, fue prontamente recepcionado por la doctrina de la Corona de Aragón, al sostenerse que ninguna ley podía ser observada si atentaba contra la utilidad común o contra lo que dictaba la recta razón ⁽²⁵⁶⁾.

En virtud de este principio, los comentaristas del *mos italicus* tardío, sostuvieron que ningún precepto foral podía tener fuerza de ley sino atendía al bien común ⁽²⁵⁷⁾.

La exigencia de que la ley se otorgaba para el bien común y no para el interés particular, permitió a la doctrina valenciana reflexionar sobre su alcance, vigencia y naturaleza.

Con relación a su alcance, la doctrina estatutaria sostuvo, que para alcanzar este fin, ninguna norma podía basarse en el amor o en el odio a un particular, sino en Dios y en la recta razón, por ser ésta su vicario. No en vano, la ley civil, en aras del bien común, tendía a ordenar lo que era justo en el ámbito de las virtudes, y a prohibir lo contrario a éstas ⁽²⁵⁸⁾.

Asimismo, se planteó la cuestión de si una ley, cuya finalidad era el bien común, la paz y la justicia, podía ser válida cuando resultaba gravosa o perju-

⁽²⁵²⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 181.

⁽²⁵³⁾ ACCURSIUS, *Digestum Vetus, gl. ad D. 1,3,1, v. Lex est: D. 1,3,1; D. 1,3,8*.

⁽²⁵⁴⁾ S. ISIDORUS, *Etymologiarum*, Lib. 2, Cap. 10, num. 6; Lib. 5, num. 21; S. THOMAE, *Summa Theologica*, I II, *Quaestio 90*, Art. 2, c. 1; MATHEU Y SANZ. L., *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Cap. 2, num. 44; MORLÁ, P. A., *Emporium*, Tit. 1, *Summarium Praemissorum*, num. 54: *Octavo praemittendum est, quod in postremo loco tradit D. Isidorus, legem debere constitui non privato commodo, sed pro communi utilitate. Quae sententia constat etiam ex tex. ... D. Thomae. ... Soto ... Alfonsus a Castro ...*

⁽²⁵⁵⁾ SAXOFERRATO, B. DE, *In primam et Secundam Digesti Veteris*, Rub. *De iustitia et iure*, lex 9, *lex est commune*; MAYNO, I DE, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Rub. *De legibus, v. lex est*.

⁽²⁵⁶⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio 3*, num. 65.

⁽²⁵⁷⁾ FRANCISCO. LEON, *Decisiones*, Libro 1, *Decisio 34*, num. 21; CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 2, Observatio 63*, num. 7.

⁽²⁵⁸⁾ SAXOFERRATO, B. DE, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Rub. *De iustitia et iure*, lex 9, num. 53; LÓPEZ, G., *Las siete Partidas*, Gl. *Partida 1,1,9, v. A pro comunal*.

dicial para algunos particulares. Este razonamiento, que ya fue objeto de polémica entre la canonística ⁽²⁵⁹⁾ y la doctrina estatutaria ⁽²⁶⁰⁾, fue recogido por los juristas tardo-medievales, para quienes era lícito que se pudiera dar un perjuicio individual cuando la norma redundaba en beneficio del bien común. En este sentido, Belluga mantuvo que si la norma tendía a la utilidad pública, era viable que pudiera atentar contra los interés de un particular sin que se cuestionase su validez jurídica ⁽²⁶¹⁾, por entender que una ley se convertía en una norma privada cuando su destinatario era el interés privado ⁽²⁶²⁾, por lo que ya no es propiamente una ley, sino un privilegio, una *privata lex* ⁽²⁶³⁾, de ahí que al ser un privilegio o una ley especial, podía ser abrogada por el príncipe sin el consentimiento de las Cortes, atendiéndose únicamente a la anuencia de las personas destinatarias de las disposiciones singulares ⁽²⁶⁴⁾.

Por el contrario, la revocación o la corrección de una ley general únicamente se podía realizar si no atendía al interés común ⁽²⁶⁵⁾, y si se contaba con el concurso de las Cortes Generales ⁽²⁶⁶⁾:

Para corroborar esta línea argumental, los comentaristas al Derecho foral llegaron a sostener que un precepto no sólo podía ser lesivo contra los derechos de un particular, sino que incluso podía contravenir un principio general cuando

⁽²⁵⁹⁾ A favor de su validez, puede verse S. ISIDORUS, *Etymologiarum*, Liber V, num. 21; c. 18,X,3,31.

⁽²⁶⁰⁾ Para la cual cabe apelar o alegar la excepción de dolo, salvo que se den causas razonables en aras del bien común. Así, SAXOFERRATO, B. DE, *In primam Digesti Veteris*, Rub. *De iustitia et iure*, lex 9, num. 52, p. 40; TUDESCHI, N., *Commentaria primae Partis in primum Decretalium librum*. Venetis, 1605, Tit. 1, Rub. 2. num. 2; MAYNO, J. DE, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Rub. *De legibus*, Lex 6, num. 4 a.

⁽²⁶¹⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 9. num. 23; CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes*, Pars 1, *Observatio* 1, num. 184.

⁽²⁶²⁾ Con todo, Morlá señala cómo muchas leyes justas fueron dadas no atendiendo al interés público o común, sino a la utilidad privada. *Vid.* MORLÁ, P. A., *Emporium*, Tit. 1, *Summarium Praemissorum*, num. 17.

⁽²⁶³⁾ Véase esta referencia ya en CICERO, *De legibus*, Lib. 3. Cap. 19, num. 44; S. ISIDORUS, *Etymologiarum*, lib. 5, Cap. 28.

⁽²⁶⁴⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 47, num. 25; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, *Praeludium*, num. 69; CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes*, Pars 1, *Observatio* 1, num. 186; dentro de esta línea argumental, cabe entender, como afirmara Bas y Galcerán, cómo los fueros promulgados en Cortes Generales pueden ser derogados a petición de uno o de dos brazos, siempre y cuando afecte a las personas y bienes de los brazos pedidos; pero no así cuando pudiera afectar al brazo restante, o bien cuando el negocio fuere de naturaleza indivisible (BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, *Praeludium*, num. 71).

⁽²⁶⁵⁾ MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Cap. 1, Rub. 2, num. 44; LEÓN, F. J., *Decisiones*, *Descisio* 34, num. 24.

⁽²⁶⁶⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes*, Pars 2, *Observatio* 49, num. 10.

concurrían causas de extrema urgencia, o cuando la *utilitas publica* así lo requería ⁽²⁶⁷⁾.

3.5.10. Escrita ⁽²⁶⁸⁾

Con relación a este último requisito ⁽²⁶⁹⁾, Bártolo de Saxoferrato se cuestionó si contrariamente a la costumbre, que nacía del consentimiento tácito de la comunidad y del soberano ⁽²⁷⁰⁾, la ley debía estar escrita, para diferenciarla del *ius ex non scripto* ⁽²⁷¹⁾.

Frente al criterio sostenido durante la denominada época preirneriana, en donde la escritura constituía, en palabras de San Isidoro ⁽²⁷²⁾, un requisito necesario y consustancial a la norma, se va abriendo paso a la idea de que ésta era, como apunta Cortese, un mero accidente ⁽²⁷³⁾, cuya inobservancia no privaba a la norma de su existencia ⁽²⁷⁴⁾, porque si bien permitía sopesar con exactitud y rigor sus términos, ésta no se constituía en un requisito esencial, porque podía probarse mediante dos testigos ⁽²⁷⁵⁾.

No obstante esta reflexión, Juan de Andrés reconocía la existencia de determinados supuestos en los que se hacía necesaria la redacción por escrito de la norma, como la concesión de un privilegio, la renuncia a un derecho o cuando

⁽²⁶⁷⁾ BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum. Pars 1, Praeludium*, num. 70.

⁽²⁶⁸⁾ Asimismo, cabe ver en la tradición textual del *Corpus Iuris* argumentos a favor del carácter sustancial de la escritura: C. 1,12,29; C. 1,14,8; C. 1,15,1.

⁽²⁶⁹⁾ Con relación a la exigencia o no de la escritura como requisito necesario para la existencia de la ley, véanse CALASSO, F., *Medioevo del Diritto*, p. 479; CORTESE, E., *La norma giuridica*, II, pp. 355-362; VALLEJO, J., *Ruda equidad*, pp. 271-272; DOLEZALEK, G.: “*Scriptura non est de substantia legis. A propos d’une décision de la Rote Romaine. del’an 1378 environ*”, *Diritto comune e Diritti locali nella storia dell’Europa. Atti del Convegno di Varenna (12-15 giugno 1979)*. Milano, 1980, pp. 51-70, donde se aporta una decisión de la Rota Romana, del año 1378, en cuyo inicio se afirma: “*Constitutio sive statutum canonicorum sive Capituli potest probari per testes: quia scriptura non est de esse sive substantia legis vel constitutionis, ut XXV. Quaestio II. capitulum Institutionis (Decre. Grat. C. 25 q. 2 c. 7) ...*”, p. 51.

⁽²⁷⁰⁾ SAXOFERRATO, B. DE, *Commentaria in Secunda atque tertiam Codicis Partem*. Rub. *Quae sit longa consuetudo*, num. 1.

⁽²⁷¹⁾ SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 3, Cap. 15, num. 6.

⁽²⁷²⁾ VALLEJO, J., *Ruda equidad*, p. 271, nota 20.

⁽²⁷³⁾ Con todo, encontramos comentaristas, como Baldo de Ubaldis, que, aún reconociendo que es mayoritaria la postura que niega a la escritura carácter solemne, advierte que éste se da en determinados ámbitos jurídicos. UBALDIS, B. DE, *Ad Tres Priores Libros Decretalium Commentaria, Librum 1, De constitutionibus*, nums. 7-8; DOLEZALEK, G.: “*Scriptura non est de substantia legis*”, p. 61, nota 43.

⁽²⁷⁴⁾ CORTESE, E., *La norma giuridica II*, p. 361.

⁽²⁷⁵⁾ TUDESCHIS, N. DE, *Abbatis Panormitani Commentaria Primae Partis in Primum Decretalium Librum*. Venetiis, 1605. Rub. *De constitutionibus*, Tit. 2, num. 2.

su contenido no se podía probar por testigos, lo que no impedía el que se facilitaran medios de prueba con los que verificar la veracidad de lo establecido, tales como la presencia de testigos o el juramento de las partes ⁽²⁷⁶⁾.

Esta línea de pensamiento la asume Morlá en su *Quaestio quarta: An pro legis substantia scriptura requiratur*, en donde el autor valenciano se hizo eco del aforismo *scriptura est de substantia legis* ⁽²⁷⁷⁾. En concreto, recoge el planteamiento de Marco de Mantua, para quien la necesidad del mencionado requisito se sustentaba tanto en la autoridad textual del *Corpus Iuris* como en que éste no era consustancial a la costumbre ⁽²⁷⁸⁾. Pero, a su juicio, la postura más plausible era la de aquel sector doctrinal que, apoyándose en la tradición jurídica romana-canónica, sostenía que la escritura no formaba parte de la esencia de las leyes — *non est de essentia legis* —, como lo demostraba el hecho de que la mayoría de los contratos no solían redactarse por escrito. Y así, aun reconociendo que la escritura era eficaz para perpetuar la memoria, ésta se podía probar mediante testigos fidedignos, por lo que su uso únicamente se justificaba para favorecer su conocimiento — *pro maiori notitia* ⁽²⁷⁹⁾ —.

Siguiendo esta línea de razonamiento, a lo largo de su argumentación hará suya esta corriente doctrinal, por entender que la escritura no era un elemento esencial, sino incidental, o si se prefiere, ésta adquiriría un carácter meramente probatorio ⁽²⁸⁰⁾.

3.6. La costumbre

La costumbre ocupó un lugar destacado dentro de la compleja configuración de las fuentes medievales, al estar, como apunta Cortese, estrechamente vinculada a un *populus* con potestad para crear leyes ⁽²⁸¹⁾.

El carácter normativo que fue adquiriendo el Derecho consuetudinario quedó reflejado ya en las primeras *Summae* bajomedievales, en las que se reiteraba que la costumbre prolongada en el tiempo y sostenida por la comunidad *pro lege servantur* ⁽²⁸²⁾.

⁽²⁷⁶⁾ ANDREAE, I. *Glossa Ordinaria. gl. ad 6.3.20.1, vv. In scriptis*.

⁽²⁷⁷⁾ BARBOSA, A.. *Collectanea in Codicem Iustiniani*. Lib. 1. Tit. 14. Rub. *De legibus*. Lex 8. num. 7.

⁽²⁷⁸⁾ MORLÁ, P. A.. *Emporium, Titulus 1. Quaestio 4*, num. 2.

⁽²⁷⁹⁾ MORLÁ, P. A.. *Emporium, Titulus 1. Quaestio 4*. nums. 3-6.

⁽²⁸⁰⁾ MORLÁ, P. A.. *Emporium. Titulus 1. Quaestio 4*. num. 7.

⁽²⁸¹⁾ CORTESE, E., *La norma giuridica*, pp. 101 ss.

⁽²⁸²⁾ GOURON, A., "Le fondement de la coutume chez les civilistes avant Azon", *El dret comú i Catalunya*. Barcelona, 1996, pp. 19-34.

En consonancia con su fuerza vinculante, la variedad terminológica que caracterizó al Derecho consuetudinario durante el período visigótico y altomedieval — *consuetudo, usus, mos, vetustas, antiquitas, observantia, usatge, costum, etc* ⁽²⁸³⁾ — se redujo con el reconocimiento del valor jurídico alcanzado por la costumbre en el orden de prelación de fuentes de la Baja Edad Media ⁽²⁸⁴⁾.

Por lo que respecta al Derecho de los reinos hispánicos, si no cabe hallar en su doctrina un intento por dar una construcción sistematizada de la *consuetudo*, como así se dio entre la *communis opinio* medieval, sí se observa la pretensión por delimitar sus perfiles jurídicos, así como de encuadrarla dentro del conjunto normativo de cada reino, con especial referencia a la relación existente entre *lex* y *consuetudo*.

Asimismo, cabe observar que si bien se hizo una precisa mención de las costumbres inmemoriales, *secundum y praeter legem*, sin embargo, cuando se estudian las características y la naturaleza de la costumbre, fundamentalmente se remetían a la costumbre *contra legem*. La razón, como acertadamente señala Arias Gómez, se debía a que al tener ésta una naturaleza jurídica más compleja, se entendía que en ella se podía contemplar todas las objeciones y los efectos jurídicos que podían darse en las demás costumbres ⁽²⁸⁵⁾.

A este intento por delimitar su nomenclatura y su naturaleza jurídica contribuyeron, con especial relevancia, los comentarios de Azón a la rúbrica *Quae sit longa consuetudo*, donde no sólo la definió como el Derecho no escrito ⁽²⁸⁶⁾ introducido por la inveterada costumbre del pueblo ⁽²⁸⁷⁾, sino que vino a establecer los criterios para resolver los posibles conflictos que se podían suscitar con la ley ⁽²⁸⁸⁾.

⁽²⁸³⁾ WEHLÉ, R., *De la coutume dans le Droit Canonique*. París, 1928, pp. 1-8; SCHERILLO, G., "Sul valore della consuetudine nelle Lex romana Wisigothorum. *RSDI*. 5 (1932), pp. 451-491; GARCÍA-GALLO, A., "Nacionalidad y territorialidad del Derecho en la época visigoda", *AHDE*, 13 (1936), pp. 168-264; del mismo autor, "Consideración crítica de los estudios sobre la legislación y la costumbre visigoda". *AHDE*, 44 (1974), pp. 343-464; PETIT, C., "Consuetudo y Mos en la Lex Visigothorum", *AHDE*, XLIV, (1974), pp. 208-252; GILISSEN, J., *La coutume*. Fasc. 41, A-III, I. Brepols, 1982, pp. 42-54; LALINDE ABADÍA, J., "La costumbre en los territorios ibéricos de la Corona de Aragón". *Studia historica in honorem Vicente MARTÍNEZ Morellá*. 1985, pp. 171-174.

⁽²⁸⁴⁾ WEHLÉ, R., *De la coutume*, p. 197.

⁽²⁸⁵⁾ ARIAS GÓMEZ, J., *El consensus communitatis en la eficacia normativa de la costumbre*. Pamplona, 1966, p. 23, para quien, "Al probar, por tanto, la eficacia jurídica de la costumbre *contra legem* quedan resueltas todas las dificultades sobre cualquier clase de costumbre".

⁽²⁸⁶⁾ SAXOFERRATO, B. DE, *Commentaria in Primam Digesti Veteris Partem*. Rub. *De legibus*, lex 31, num. 6; UBALDIS, B. DE, *Ad Tres Priores Libros Decretalium*, lib. 1, Rub. *De consuetudine*, Cap. 11, nums. 22-24.

⁽²⁸⁷⁾ AZO, *Summa Codicis*, Rub. *Quae sit longa consuetudo*.

⁽²⁸⁸⁾ Así, Azón, ante la pregunta ¿qué autoridad tiene la costumbre?, advierte que si bien para un sector doctrinal la misma se ha de entender como creadora, derogadora o intérprete de

Delimitada conceptualmente la costumbre, la doctrina se cuestionó su valor jurídico, y si ésta podía prevalecer, como se afirma en una decretal de Gregorio IX, sobre un Derecho positivo cuando la *consuetudo* era racional y estaba legítimamente prescrita ⁽²⁸⁹⁾.

Este planteamiento lo hallamos en Pedro Belluga, quien mantuvo que si el príncipe o sus oficiales iban contra las buenas costumbres, esto es, las que no estaban reprobadas por las leyes, se atentaba contra la justicia y la equidad, dado que estaban obligados a cumplirlas, como así lo hacían con los fueros ⁽²⁹⁰⁾. No en vano, siguiendo el planteamiento de Bártolo ⁽²⁹¹⁾, y el de la mayoría de la escolástica ⁽²⁹²⁾, sostuvo que toda transgresión al cumplimiento de las costumbres debía ser sancionada como si de una infracción a los fueros se tratara ⁽²⁹³⁾, porque *consuetudo esset servanda de iure* ⁽²⁹⁴⁾. Criterio que le llevó a afirmar que la costumbre, cuando no se observaba como ley ⁽²⁹⁵⁾, se equiparaba al privilegio ⁽²⁹⁶⁾.

Admitido el valor jurídico de la costumbre ⁽²⁹⁷⁾, los postglosadores y los decretalistas ⁽²⁹⁸⁾ fijaron una serie de requisitos que, por su propia naturaleza,

la ley; para otros, tales leyes se han quedado anticuadas. Más en particular, para resolver el conflicto suscitado entre ley y costumbre, establece dos criterios: en primer lugar, diferencia entre costumbre especial, esto es, la que una ciudad establece como norma prevalente, y la general, la cual, a diferencia de la primera, no deroga a la ley; en segundo lugar, establece un criterio de temporalidad: si la ley es más moderna, deroga a la costumbre, si es posterior, la costumbre deroga a la ley, salvo que se hubiera introducido por error. Vid AZO, *Summa Codicis*, Rub. *Quae sit longa consuetudo*. Para el concepto de costumbre medieval puede acudirse, entre otros, a MAYALI, L., "La costume dans la doctrine romaniste au Moyen Age", *RSJB*, LII (1990), pp. 11-31.

⁽²⁸⁹⁾ c. 1,X,1,14; Leyes de Estilo, ley 238: *Otrosí, es a saber, que cinco cosas son que embargan los derechos escripto. La primera la costumbre usada, ques llamada consuetudo en latín, si es razonable*. Con carácter general, GOURON, A. "Coutume contre loi chez les premiers glossateurs", *Droit et coutume en France aux XIIe et XIII e siècles*, 1993, num. 9, pp. 117-130.

⁽²⁹⁰⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 11, *versiculo His igitur*, num. 5-6; Rub. 22, *Vers. Et quia quotidiana*, num. 39.

⁽²⁹¹⁾ La razón, a juicio de SAXOFERRATO, B. DE *In Primam Digesti Veteris Partem, Commentaria*, Rub. *De legibus, lex 21*, num. 7. se halla en que la costumbre *est paris potentiae cum lege*; asimismo, UBALDIS, B. DE, *Ad Tres Priores Libros Decretalium Commentaria*, lib. 1, Rub. *De consuetudine*, Cap. 11, num. 44.

⁽²⁹²⁾ Véase, entre otros autores, BUTRIO, A. DE, *Super Prima Primi Decretalium Commentarii*. Venetiis, 1578. Rub. *De Consuetudine*, Cap. último, ff. 84r.

⁽²⁹³⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 24, *Vers. Et primo videamus*, num. 12.

⁽²⁹⁴⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 27, *Vers. Milites*, num. 34.

⁽²⁹⁵⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 4, *Vers. ut vocati ad curiam personaliter veniant, cessante impedimento*, criterio que toma de D. 1.3,32 pr.

⁽²⁹⁶⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 22, *Vers. Et quia quotidiana*, num. 11 y 32

⁽²⁹⁷⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 4, num. 4.

⁽²⁹⁸⁾ SAXOFERRATO, B. DE, *In primam Digesti veteris Partem, comentaria*, Rub. *De legibus, lex 21*, num. 3; MIER VÉLEZ, A., *La buena fe*, pp. 169-224; FORNÉS, J., "La costumbre contra

determinaban su valor jurídico — *vis iuridica* —, a saber: racionalidad, compromiso, tiempo, buena fe, conocimiento por parte del monarca o la prueba de su uso continuado ⁽²⁹⁹⁾.

[a] Racionalidad ⁽³⁰⁰⁾: requisito que fue prontamente asumido como un elemento imprescindible a toda norma jurídica ⁽³⁰¹⁾.

En esta misma línea de pensamiento se hallaba la doctrina de los reinos hispánicos ⁽³⁰²⁾, cuyos juristas reconocían que la costumbre no podía alcanzar la categoría de ley cuando se encontraba desprovista de racionalidad ⁽³⁰³⁾.

La primera referencia expresa a este requisito la hallamos en la obra de Belluga, quien viene a dar un contenido positivo a la racionalidad, al entenderla como un elemento constitutivo tanto de la ley como de la costumbre ⁽³⁰⁴⁾; de ahí que, haciéndose eco del planteamiento de buena parte de los decretalistas medievales ⁽³⁰⁵⁾, sostuviera que la prohibición de una costumbre, si no venía precedida de un razonamiento motivado, no impedía su alegación, máxime si se hallaban nuevos supuestos para su aplicabilidad ⁽³⁰⁶⁾.

Posteriormente, la doctrina del *mos italicus* vino a subrayar y a delimitar el valor que este requisito tenía en el ámbito de la praxis jurídica. En concreto, la referencia más explícita la hallamos en Trobat, quien, apoyándose en la autoridad textual del *Codex* ⁽³⁰⁷⁾, sostuvo que la costumbre, cuando era racional, no

legem, hoy". *La norma en el Derecho canónico*. I. pp. 754-771; ARIAS, J., "Valor normativo del acto contra legem", *La norma en el Derecho canónico*. I. pp. 863-868; BALBI, R., "Riflessioni sulla legge nel Decretum di graziano", *El Dret Comú i Catalunya*. 1996, pp. 127-156.

⁽²⁹⁹⁾ TROBAT, J. B., *Tractatus de effectibus immemorialis*. *Quaestio* 14, Art. 6, num. 61. Requisitos que CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes*, Pars 2, *Observatio* 63, num. 15 reduce a tres: a un reconocimiento tácito de la comunidad, a una continuidad de los actos y a una vigencia prolongada en el tiempo.

⁽³⁰⁰⁾ Con relación al Derecho canónico, ARIAS, J., "Racionalidad y buena fe en la introducción de la costumbre", *Ius Canonicum* IV (1964), pp. 65-100.

⁽³⁰¹⁾ BARBOSA, A., *Collectanea Doctorum*, Tit. 4, Rub. *De consuetudine*, Cap. 11, num. 11.

⁽³⁰²⁾ Criterio que se halla presente en buena parte de la literatura jurídica de la Corona de Aragón. *Vid.* PEGUERA, L., *Decisiones Aureae*. Barcinonae. 1605. Lib. 1, Cap. 66, num. 12.

⁽³⁰³⁾ TROBAT, J. B., *Tractatus de effectibus immemorialis*. *Quaestio* 14, Art. 6, num. 69-70; LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. I. *Decisio* 29, num. 5.

⁽³⁰⁴⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 11, Vers. *His igitur*, num. 7.

⁽³⁰⁵⁾ BUTRIUS, A., *Super Primio Decretalium*, Rub. *De consuetudine*, Tit. 11, num. 8; ANDREAE, I., *In Quinque Decretalium Libros Novella Commentaria*, Rub. *De consuetudo*, Cap. 11, num. 43.

⁽³⁰⁶⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 11, Vers. *His igitur*, num. 7. En análogo sentido, TROBAT, J. B., *Tractatus de effectibus immemorialis*. *Quaestio* 14, Art. 6, num. 73-76.

⁽³⁰⁷⁾ C. 8.52.2. Con relación a este texto puede verse, LOMBARDI, G., "C 8.52(53)1", *SDHI*, 17 (1951), pp. 281-287; del mismo autor, "Su Titolo 'quae sit longa consuetudo' (8.52 (53) nel Codice giustiniano)", *SDHI*, 18 (1952), pp. 21-87.

poseía menor autoridad que la ley, o, *a sensu contrario*, si le faltaba esta característica, no podía prevalecer en el tiempo ⁽³⁰⁸⁾.

[b] Que no se introduzca por error: una vez admitido que la costumbre debía ser racional y no contraria a la ley, la doctrina bajo-medieval ⁽³⁰⁹⁾ sostuvo que su consolidación debía darse *ex certa scientia* y no por error ⁽³¹⁰⁾.

[c] Antigüedad o prescripción inmemorial: la necesidad de que la costumbre fuese *antiqua et praescripta* se hallaba planteada en la obra de los juristas medievales, ya para reconocer su valor jurídico o para preguntarse por el tiempo requerido para su consolidación:

[c.1.] Valor jurídico: su reconocimiento lo hallamos en Baldo de Ubaldis, quien sostuvo que una costumbre *tam antiqua, cuius initii non est memoria ... vincit legem* ⁽³¹¹⁾.

[b] Tiempo: con relación al tiempo requerido para que una costumbre se pudiera consolidar, Trobat, argumentó que éste era variable según el tipo de costumbre.

[b.1.] Así, si se hablaba de costumbre *contra legem*, el requisito de un legítimo tiempo adquirió idéntica trascendencia al de la razonabilidad o al de la exteriorización de un número de actos coincidentes. En concreto, el jurista valenciano nos informa que se mantuvo el criterio mantenido por la mayoría la *communis opinio* medieval ⁽³¹²⁾, esto es, el que la costumbre *contra legem* se consolidaba con el consentimiento de la comunidad manifestado durante un tiempo prolongado: entre treinta y cuarenta años, *sine interruptione* y *sine controversia*; plazo suficiente para que se pudiera conformar una *consuetudo legitime praescripta* ⁽³¹³⁾.

⁽³⁰⁸⁾ TROBAT, J. B., *Tractatus de effectibus immemorialis. Quaestio 3*, num. 85-86; MORLÁ, P. A., *Emporium. Pars I. Summarium praemissorum*, num. 24.

⁽³⁰⁹⁾ D. 1,3,39: *Decretum* c. 8, D. 8; HOSTIENSIS, *Summa*. Rub. *De consuetudinis*, num. 7; SAXOFERRATO, B. DE, *Commentaria*. Rub. *De legibus. lex De quibus*, num. 6: *Recte initiatum: ideo dixi: quia si esset per errorem introducta non observaretur*; CALASSO, *Medioevo del Diritto*, p. 202 ss.; FEDELE, P., *Il problema dell'animus communitatis nella dottrina canonistica della consuetudine*. Milano, 1937-XV, en especial Cap. 3, pp. 61-100; CORTESE, E., *La norma giuridica*, II, pp. 104-114; CORTESE, E., voz *Errore*. *Enciclopedia del Diritto*. XV, p. 244.

⁽³¹⁰⁾ TROBAT, J. B., *Tractatus de effectibus immemorialis. Quaestio 3*, num. 106.

⁽³¹¹⁾ UBALDIS, B. DE, *Ad tres priores libros Decretalium commentaria*. Lib. 1, Rub. *De consuetudine*. Cap. 11, num. 1.

⁽³¹²⁾ GAUDEMET, J., "La coutume en droit canonique", *RSJB LI (La coutume-deuxième Partie: Europe occidentale médiévale et moderne)*, De Boeck, 1990, pp. 51-54.

⁽³¹³⁾ TROBAT, J. B., *Tractatus de effectibus immemorialis. Quaestio 3*, num. 131-135; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae. Praeludium*, num. 133.

[b.2.] Asimismo, si la costumbre era *praeter legem*, en cuanto que se recurría en defecto de ley aplicable, el criterio de *longum tempus* se reducía a diez años ⁽³¹⁴⁾.

[b.3.] Por el contrario, si la costumbre era *secundum legem*, esto es, aquella que confirmaba o interpretaba las dudas de la ley, se entendía que no se necesitaba la prescripción, porque, en esencia, no era propiamente una costumbre ⁽³¹⁵⁾, lo que no impedía que pudiera prevalecer sobre la propia ley cuando procedía a aclarar o corregir alguno de sus términos ⁽³¹⁶⁾.

5.3.4. Consentimiento de la mayor parte del pueblo

Como afirmaba Baldo, para que la costumbre obtuviese fuerza de ley, se exigía no tanto el transcurso del tiempo como el *animus* para introducirla ⁽³¹⁷⁾, el cual debía venir precedido por un tácito consentimiento del pueblo — *sive maiore parte* ⁽³¹⁸⁾ —, por entender que *in dubiis, non est iudicandum consuetudines* ⁽³¹⁹⁾.

Esta referencia al *consensus tacitus* no era una mera alusión retórica, sino, como mantuvo la escuela estatutaria ⁽³²⁰⁾, el exponente de la potestad normativa de la comunidad, al ser ésta, en palabras de Baldo de Ubaldis, la causa eficiente de la costumbre ⁽³²¹⁾.

La mayor dificultad estaba en delimitar su exteriorización formal, porque si bien no se exigía una concreta y específica manifestación del *consensus populi* ⁽³²²⁾,

⁽³¹⁴⁾ TROBAT, J. B., *Tractatus de effectibus immemorialis, Quaestio 3*, num. 136; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Praeludium*, num. 133.

⁽³¹⁵⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 15; LEÓN, F. J., *Decisiones*, lib. 1, *Decisio 29*, num. 9; TROBAT, J. B., *Tractatus de effectibus immemorialis, Quaestio 3*, num. 143-144.

⁽³¹⁶⁾ TROBAT, J. B., *Tractatus de effectibus immemorialis, Quaestio 3*, num. 145-147.

⁽³¹⁷⁾ UBALDIS, B. DE., *Ad tres priores libros decretalium Comentariorum*, Rub. *De consuetudine*, Cap. 11, num. 44.

⁽³¹⁸⁾ La posibilidad de que la costumbre fuera introducida por una parte de la comunidad está presente en la mayor parte de la doctrina medieval. En este sentido, SAXOFERRATO, B. DE., *In Primam Digesti Veteris Partem*, Rub. *De legibus, lex 31*, num. 15.

⁽³¹⁹⁾ TROBAT, J. B., *Tractatus de effectibus immemorialis, Quaestio 3*, num. 109.

⁽³²⁰⁾ En este sentido, el juicio de Bártolo sobre esta cuestión es claro: el príncipe puede establecer leyes consuetudinarias únicamente cuando obtiene el consentimiento del pueblo. SAXOFERRATO, B. DE., *Commentaria in secunda atque tertiam Codicis Partem*, Rub. *Quae sit longa consuetudo*.

⁽³²¹⁾ UBALDIS, B. DE., *Ad Tres Priores Libros Decretalium*, Rub. *De consuetudine*, Cap. 11, num. 24. CRAVERI, P., *Ricerche sulla formazione del Diritto consuetudinario in Francia (sec. XIII-XVI)*. Roma, 1966, pp. 120-121; ARIAS GÓMEZ, J., *El consensus communitatis*, p. 41.

⁽³²²⁾ TROBAT, J. B., *Tractatus de effectibus immemorialis, Quaestio 14, Art. 6*, num. 102-108.

sí se requería que éste se perfeccionara mediante la repetición de una serie de actos coincidentes ⁽³²³⁾, sobre los que la propia escuela estatutaria reconocía que no era factible dar una regla fija por el carácter arbitrario del término ⁽³²⁴⁾. Y en este sentido se manifestó Bártolo, cuando afirmó que si bien se exigía un mínimo de dos actos, éstos podían aumentar a tenor de su cualidad ⁽³²⁵⁾. Criterio que se estuvo presente en la literatura jurídica valenciana ⁽³²⁶⁾, al admitir que los jueces estaban obligados a arbitrar soluciones ecuanímes, cuando entendían que dos actos no eran suficientes para concretizar este *consensus* ⁽³²⁷⁾.

5.3.5. Consentimiento y aprobación del príncipe

Finalmente, la propia *communis opinio* ⁽³²⁸⁾ sostuvo la necesidad de que la costumbre contara con el consentimiento y con la aprobación del príncipe, máxime si se pretendía ponderar el valor de la costumbre *contra legem* ⁽³²⁹⁾.

Un claro reflejo de este planteamiento lo hallamos reflejado en un comentario de Morlá, en que afirmaba que si se tenía por blasfemo a quien violaba o transgredía las leyes, la comunidad, por idéntico criterio ⁽³³⁰⁾, no podía introducir una costumbre que atentaba contra los fueros, salvo que obtuviera el consentimiento y la aprobación expresa del príncipe ⁽³³¹⁾.

La dificultad fundamental con que tropezó la doctrina fue determinar la prueba de este conocimiento por parte del príncipe ⁽³³²⁾, dado que no se podía

⁽³²³⁾ AZO, *Lectura Super Codicem*, Rub. *Quae sit longa consuetudo*, num. 4-5: ACCURSIUS, *Digestum Vetus*, Rub. *De legibus*, gl. D. 1,3,34, v. *Contradictorio*. Criterio que será recogido por la doctrina valenciana, CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 2, Observatio* 63, num. 36.

⁽³²⁴⁾ UBALDIS, B. DE, *Commentaria in Primam Digesti Veteris Partem*. Rub. *De legibus, Lex* 32, num. 42.

⁽³²⁵⁾ SAXOFERRATO, B. DE, *In Primam Digesti Veteris Partem*, Rub. *De legibus, Lex* 32, num. 10-12; *Lex De quibus*, num. 11.

⁽³²⁶⁾ BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 46. Vers. *Sunt et alia munera*, num 2, advierte cómo entre la doctrina del medievo era criterio común el que, para la introducción y prueba de una costumbre, se requería al menos dos actos, toda vez que un único acto se consideraba que no era suficiente para fundar la misma.

⁽³²⁷⁾ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 2, Observatio* 63, num. 17; TROBAT, J. B., *Tractatus de effectibus immemorialis, Quaestio* 14, Art. 6, num. 129.

⁽³²⁸⁾ CORTESE, E., *La norma giuridica*, II, pp. 109-114.

⁽³²⁹⁾ TROBAT, J. B., *Tractatus de effectibus immemorialis, Quaestio* 14, Art. 6, num. 11; CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 2, Observatio* 63, num. 15.

⁽³³⁰⁾ Véase Partidas 1,2,3; 1,2,5.

⁽³³¹⁾ MORLÁ, P. A., *Emporium. Summarium Preamissorum*, num. 24.

⁽³³²⁾ TROBAT, J. B., *Tractatus de effectibus immemorialis, Quaestio* 14, Art. 6, num. 118, subraya que no es necesario que el propio rey pruebe su ciencia y paciencia, sino que basta que sea alguno de sus oficiales, ya sean jueces o magistrados.

presumir que ni el monarca ni el pontífice tenían conocimiento de las costumbres locales ⁽³³³⁾. Para verificar esta cuestión se recurrió al criterio de autoridad de la doctrina medieval, para la que no era necesario probar el conocimiento del príncipe en las costumbres que se prolongaban por un período de treinta o cuarenta años, sólo en aquellas cuya vigencia se extendía a diez o veinte años ⁽³³⁴⁾, por lo que, como afirmaba Trobat, una vez admitida la *scientia principis*, la costumbre *per decennium inducta est lex*, y como tal, podía abrogar la ley ⁽³³⁵⁾.

⁽³³³⁾ TROBAT, J. B., *Tractatus de effectibus immemorialis*, Quaestio 14, Art. 6, num. 111.

⁽³³⁴⁾ TROBAT, J. B., *Tractatus de effectibus immemorialis*, Quaestio 14, Art. 6, nums. 112-115; CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes*, Pars 2, Observatio 93, num. 30.

⁽³³⁵⁾ TROBAT, J. B., *Tractatus de effectibus immemorialis*, Quaestio 14, Art. 6, nums. 123-126.