

## EL MODELO JURIDICO EUROPEO DEL SIGLO XIII

JESÚS LALINDE ABADÍA\*

### Introducción

Acudí en 1984 a la Universidad de Murcia para colaborar en el Simposio que representaba la *botadura* del Instituto de Derecho Común bajo la dirección del Prof. Antonio Pérez Martín, y que tan buen recuerdo dejó entre los participantes<sup>1</sup>. Me es muy grato acudir nueve años después a colaborar en las nuevas Jornadas convocadas por el mismo Instituto, el cual muestra su vitalidad rindiendo homenaje a la memoria del Maestro Jacobo, *el de las Leyes*, con motivo del VII Centenario de su fallecimiento.

Me temo que, pese al tiempo transcurrido, las posiciones mantenidas en 1984 y las que se defenderán en 1994 no habrán experimentado un acercamiento perceptible, pero eso puede justificar aún más la oportunidad de las presentes jornadas. Debe repetirse la confrontación si ello permite arrojar alguna claridad en un tema de tanta transcendencia como es el que aquí se formula. Lo que es necesario es que todos nos esforcemos por abordar el tema con la mayor precisión. A ello puede contribuir el que el tema de estas Jornadas sea más concreto que el de las anteriores, ya que antes se hablaba de un pasado jurídico común en

---

\* Balmes, 406, 4<sup>a</sup> 1; 08022 Barcelona

<sup>1</sup> Vid. Jesús Lalinde Abadía, *El Derecho común en los territorios ibéricos de la Corona de Aragón en España y Europa. Un pasado jurídico común*. (Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común, Murcia, 26-28 abril de 1985) Edición a cargo de Antonio Pérez Martín. Murcia. Publicaciones del Instituto de Derecho Común (Universidad de Murcia, I), 1986, págs. 14-178.

en tanto que ahora se concreta ese pasado en el modelo *ius commune* y el *ius proprium*., limitado, además, al siglo XIII. Será conveniente que respetemos estas limitaciones, aunque sin maximalismos. Naturalmente, sería exagerado pretender que viviendo siete siglos después de la época estudiada no aprovecháramos la amplitud de perspectiva que ello conlleva, pero es perfectamente exigible que no retrotraigamos al siglo XIII lo que haya sido propio de siglos posteriores.

Admito que cuando la organización de las Jornadas convoca bajo un título no se adhiere forzosamente a una tesis, pues lo que hace es someter a discusión un tema abierto, pero hay que reconocer que en este caso el título no es formal y que quien convoca es un Instituto de Derecho Común, lo que implica una previa toma de posición, y ello es lícito y lógico. A mi entender, la organización defiende la existencia de lo que podríamos denominar un modelo para España y Europa en el siglo XIII en el campo del Derecho y que ese modelo jurídico está integrado por un binomio constituido por dos términos o elementos, los cuales son el *ius commune* y el *ius proprium*. La participación con trabajos concretos no deberá interpretarse como una adhesión a la existencia del modelo, pero puede implicar una consagración implícita de éste, y, además, como modelo seguro, definido y preciso. En evitación de esto, lo que me propongo es cuestionar el propio modelo, procediendo a una depuración histórica del mismo con arreglo a la metodología que he observado respecto a los conceptos de *Estado* y de *Corona de Aragón* <sup>2</sup>. En mi intervención de 1984, ya destacué el papel que respecto al *ius commune* ha jugado el europeísmo de la ciencia alemana, al que hay que agregar el de la ciencia italiana, frente a la intangibilidad anglosajona y al positivismo del Este europeo<sup>3</sup>, europeísmo, por otra parte, que no ha dejado de proporcionar beneficios significativos al conocimiento de la Historia.

Para obtener la depuración histórica que propugno estimo que será conveniente distinguir los diversos niveles en los que se puede mover el modelo propuesto, y que serán el historiográfico, el doctrinal y el normativo. Me propongo mostrar la inseguridad del modelo historiográfico, es decir, el que resulta del tratamiento del modelo por parte de la historiografía o ciencia histórica posterior al fenómeno; la indefinición del modelo doctrinal, es decir, el elaborado por los eruditos hasta el siglo XIII, inclusive, aunque sin dejar de observar el desarrollo posterior, y, finalmente, la imprecisión del modelo normativo, es decir, del que

---

<sup>2</sup> Vid. J. Lalinde, *Depuración histórica del concepto de Estado en El Estado Español en su dimensión histórica*, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, 1984, págs. 17-58, y *Depuración histórica del concepto de Corona de Aragón*, Zaragoza (en prensa).

<sup>3</sup> Vid. op. cit. en nota 1, págs. 145-149.

realmente ha tenido vigencia, congruentemente con los modelos historiográfico y doctrinal. Rechazando la actitud meramente destructiva, una réplica al modelo propuesto se concretará en propugnar una vez más el reconocimiento de una penetración diferenciada del *ius commune* en el area del *Directum*.

Antes de concluir la introducción, debo hacer reparos a la extensión del modelo a España y Europa. Si España y Europa son concebidas como realidades geográficas, no era menester citar a la primera, pues está incluida dentro de la segunda, aunque supongo que se ha hecho así para destacar que el tema será tratado con más profundidad por lo que se refiere al ámbito español que al ámbito europeo. Si España y Europa son concebidas como realidades políticas hay que oponerse a ello, más todavía si su existencia se retrotrae. Creo haber contribuído bastante a que el concepto de España no se retrotrajera indebidamente, distinguiendo, además, cuando fué una realidad política y cuando fué una utopía política<sup>4</sup>. En cuanto a Europa, creo que es obvio que no ha sido nunca una realidad política. En el supuesto de que llegara a serlo, lo que no deberá hacerse es retrotraer su concepto y su existencia<sup>5</sup>.

### **La inseguridad del modelo historiográfico.**

Creo que la actuación de la historiografía española en relación al modelo propuesto y, más concretamente, al concepto de *ius commune*, es acrítica. La inmensa mayoría de los estudiantes que salen de nuestras Universidades lo hacen admitiendo: a) que el *ius commune* es un compuesto de derecho romano, canónico y feudal; b) que el *ius commune* es un producto europeo y se ha extendido por toda Europa indiferenciadamente, y c) que la indiferenciación expansiva del *ius commune* ha sido manifiesta en el caso de España. No me arriesgo a pronunciarme si esto ha sucedido también en el caso de Francia o de Alemania, por ejemplo, pero creo que no ha debido ser así en el caso de Italia, pese a haber sido la que alumbrara el *ius commune* y aunque es cierto que el modelo aquí propuesto está muy arraigado, dada la influencia ejercida en su día por Francesco Calasso, continuada hoy por algunos de sus más destacados discípulos al frente de sus cátedras universitarias. Creo que, al menos, ha habido alguna posición crí-

---

4 Lo he hecho a partir de *La creación del Derecho entre los españoles*, A.H.D.E. (Madrid), XXXVI (1966), págs. 301-377 y ha sido patente en mi Manualística.

5 Vid. J. Lalinde, *Las culturas represivas de la Humanidad (h. 1945)*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1992, segundo volumen, donde, aparte de la situación especial de Hungría, se distingue entre una Europa latina, una Europa germánica, una Europa eslava y una Europa anglosajona.

tica, como pudo ser la de Giuseppe Ermini, poco utilizado entre nosotros, pese a haber sido autor de un Curso de Derecho Común<sup>6</sup>.

Con arreglo a la exposición de Ermini, han podido existir hasta siete posturas historiográficas distintas en el tema del *ius commune*, incluyendo la propia. Si se sistematiza y complementa a Ermini, creo que pueden distinguirse cuatro modelos historiográficos, caracterizados por entender el *ius commune* como una doctrina, un conjunto de ordenamientos, un sistema jurídico o una corriente histórica. El primer modelo se ha encontrado en Bussi, quien consideraba el *ius commune* como pura doctrina, y en Roberto, para quien estaba constituido por la doctrina que había sido admitida judicialmente. El segundo modelo se encuentra muy extendido y es el que predomina en España. Para Riccobono, el *ius commune* lo ha representado la compilación justiniana, en tanto que según el Cardenal Giovanni Battista de Luca había estado constituido por los derechos romano, canónico y feudal, a los que Carusi agregó el estatutario. Según Cavanna, el tercer modelo ha procedido de la pandectística alemana y ha sido asimilado por Calasso y Ermini, para quienes el *ius commune* y el *ius proprium* se han integrado en un *sistema jurídico*, de tal forma que uno no ha podido ser explicado sin el otro.<sup>7</sup> Este modelo ha sido admitido también por H. Coing, en cuanto que al recensionarle, Antonio Pérez Martín se ha referido al *sistema jurídico del Derecho común*, considerando que éste ha estado constituido por el derecho justiniano, el derecho canónico y el derecho altomedieval.<sup>8</sup> El cuarto modelo lo asumió en una obra de gran ambición el Profesor belga René Dekkers, pues al desarrollar una exposición iushistórica universal distinguió *Variaciones y Dominantes*, y dentro de los primeros los *Derechos Propios* y los *Derechos comunes*, partiendo de que en el derecho de cada pueblo había una parte propia o *ius civile* y otra, tomada de prestado, o *ius gentium*, con lo que Dekkers universalizaba un modelo considerado generalmente como europeo.<sup>9</sup>

A la vista de lo expuesto, yo creo que se convendrá en que el *modelo historiográfico* es muy inseguro. Conforme a él, Pitzorno situaba el principio del Derecho común en 1059, en tanto que Ermini lo hacía en los siglos XIV y XV y

---

6 Vid. Giuseppe Ermini, *Corso di Diritto Comune*. Terza edizione. Milano. Giuffrè, 1962, especialmente en la segunda parte, capítulo 1.

7 Vid. Adriano Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*. Giuffrè editore. 1982, pág. 50.

8 Vid. A. Pérez Martín, recensión en A.H.D.E de la obra de H. Coing sobre la historia del derecho privado desde una perspectiva europea.

9 Vid. René Dekkers, *El Derecho Privado de los pueblos*. Trad. Francisco Javier Osset. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid (1957).

Calasso, a su vez, eludía una cronología concreta y entendía que existía el Derecho común cuando la idea de *unidad* había penetrado en el mundo jurídico, creando las bases de una antítesis conceptual entre *ius commune* y *ius proprium*<sup>10</sup>. La inseguridad obliga a emitir algunas consideraciones sobre los mencionados *modelos historiográficos*.

La postura de Bussi resultaba atrayente por su simplicidad, cuando, por otra parte, procedía del autor de uno de los libros más importantes sobre el derecho privado<sup>11</sup>. Nunca se insistirá bastante sobre el carácter esencialmente doctrinal del *ius commune* en cuanto producto de la Universidad y el único inconveniente que se puede encontrar es el de que se olvide su incorporación a ordenamientos jurídicos positivos, algo que, posiblemente, no llegara a obviar la postura observada por Roberto. La posible participación del *ius commune* en un ordenamiento positivo parecía relegada siempre por Roberto a la actuación final y, en cierta manera excepcional, dentro del ordenamiento positivo, como es la judicial, cuando se ha manifestado frecuentemente en la actuación inicial, como es la que conocemos como legislativa.

El segundo modelo historiográfico es elocuente sobre su inseguridad, pues cuando un autor se refiere al *ius commune* no es posible conocer automáticamente si se está refiriendo exclusivamente al derecho romano, del cual, desde luego, no se puede prescindir. Es posible que el autor se refiera también al derecho canónico y aún, aunque en menor medida, al derecho feudal. Con todo, lo más sorprendente es que pueda referirse también al derecho estatutario, pues ello conduce a preguntarse qué es lo que queda fuera del *ius commune* o si queda un *ius* que no sea *commune*.

El modelo más elaborado es el tercero, pero ofrece un gran inconveniente y es el de que quienes lo han elaborado han sustituido como objeto de análisis el *ius commune* por el sistema del Derecho común. a veces, expresado tautológicamente como *sistema jurídico del Derecho común* en cuanto que todo sistema de *Derecho* tiene que ser *jurídico*, o también expresado desenfocadamente como *sistema normativo* cuando el *ius commune* ya se ha dicho que ha sido esencialmente doctrinal. No se comprende, por otra parte, que el sistema de Derecho común pueda haber integrado también el derecho altomedieval, pues éste ha sido, precisamente, el destinado a ser desplazado por el *ius commune*.

---

10 Vid. Francesco Calasso, *Introduzione al Diritto Comune*. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1970, págs. 105 106.

11 Emilio Bussi, *La formazione dei dogmi di Diritto Privato nel Diritto commune*, Padua, 1937.

En cuanto al cuarto modelo o del Derecho común como constante histórica considero acertada su propuesta. Cuando menos, debe ser siempre tenido en cuenta, pues un fenómeno de la importancia del derecho común es extraño que sea monopolizado por un continente como Europa. Sin embargo, creo que Dekkers se sintió demasiado vinculado al famoso texto de Gayo para definir el derecho común y demasiado alejado para detectar éste fuera de Europa. Tenía delante de sí casos como el de la India o de la China que le recordaban el de Roma, pero, quizá, perdía de vista que el fenómeno del *ius commune* en Europa no se producía bajo la hegemonía política de Roma, sino, precisamente, al contrario, cuando había desaparecido. Quiero creer que el problema ha quedado resuelto con el concepto de *cultura represiva* y el desarrollo de las *culturas represivas*<sup>(12)</sup>.

Aún liberando el modelo expuesto en estas Jornadas del enorme lastre que supone su calificación como *sistema* o *sistema normativo*, habría que plantearse si se encuentra ordenado debidamente y formulado inequívocamente. En el segundo aspecto hay que recordar alguna expresión alternativa para *ius proprium*, como ha podido ser la de derecho municipal o leyes municipales, lo que podría abrir un debate sobre la sinonimia o heteronimia entre *proprio* y *municipal* o sobre por qué en determinados espacios y tiempos se ha podido preferir un término u otro en el supuesto de su sinonimia. En el primer aspecto, hay que destacar que el orden de formulación no suele ser neutro, salvo en el conocido caso de la multiplicación. Es más que discutible el que el *ius commune* haya de preceder al *ius proprium*, pues el orden habría de determinarse en función de la mayor o menor prescindibilidad y de a quién ha favorecido el juego de las presunciones. En el famoso texto de Gayo, el *ius proprium* antecedía al *ius commune*, como no podía por menos que suceder. Todo pueblo comenzará rigiéndose por un *ius proprium*, el que, en todo caso, complementará con el *ius commune* o *gentium*. Se puede comprender que un pueblo en sentido político sólo posea un *ius proprium* y carezca de un *ius commune*, pero no, al revés. A su vez, el juego de las presunciones siempre favorece al *ius proprium*, pues el *ius commune* sólo es admitido en defecto de *ius proprium* y no, viceversa.

### La indefinición del modelo doctrinal.

La inseguridad del *modelo historiográfico* tiene que explicarse por el sujeto o por el objeto. No creo que el responsable lo haya sido el primero, pues ello

---

12 Vid. mi obra cit. en nota 5 y *La cultura represiva* A.H.D.E., Madrid 1993-4, pág. 1135-1191.

supondría poner en duda la capacidad de la historiografía europea, en especial, de la alemana y de la italiana, cuyo trabajo, por el contrario, ha sido tan elogiabile. Yo creo que la inseguridad del *modelo historiográfico* deriva de la indefinición del *modelo doctrinal*. Todo modelo doctrinal permanentemente *in fieri* tiende a la indefinición, a diferencia de lo ocurrido con el *modelo normativo*, y el *modelo* aquí propuesto, en cuanto producto de la Universidad ha ofrecido la indicada característica de estar permanentemente haciéndose y deshaciéndose. Sobre la Universidad se ha trabajado mucho y bien, pero, posiblemente, aún está por hacer un estudio ideológico. Por ejemplo, nosotros decimos que en la Universidad medieval se ha estudiado el *ius commune*, pero parece que lo que realmente se ha estudiado ha sido el *ius civile* y el *ius canonicum*, sea por separado, sea conjuntamente como *utrumque ius*. Oficialmente, que yo sepa, la Universidad o las Universidades no se han pronunciado sobre que los *derechos* o *jura* hayan constituido el *derecho común*, ni aún siquiera *un derecho común*. Otra cosa es que haya podido deducirse de sus enseñanzas esa conclusión, pero aún en este caso habrá que comprobarlo. Se dirá que los textos son contundentes en este sentido, pero yo invito a analizarlos.

Cuando me acerco a las obras generales sobre el tema, la impresión que obtengo es la de que se manejan escasos textos significativos para defender el que la edad media haya elaborado una noción doctrinal medianamente clara de *ius commune*. Es cierto que, en general, la edad media ha sido sensible a la antítesis entre un ordenamiento más común y otro menos común, los cuáles, a su vez, han podido ser sintetizables, pero no lo ha sido siempre y, desde luego no ha sido firme en la concreción de uno y otro. Trataré de mostrarlo a continuación, refiriendo el fenómeno al período cuyo último siglo lo ha sido el XIII, aunque sin perjuicio de utilizar datos de siglos posteriores en cuanto que contribuyan a aclarar los siglos anteriores.

Al parecer, los comentaristas de la legislación lombardo-franca y componentes de la escuela de Pavía en el siglo X han manifestado que la ley romana era *lex omnia generalis*<sup>13</sup>. Si el texto ha hablado de *lex* y no, de *ius*, ha debido ser por referirse al Código, ya que no se había producido la resurrección de las Pandectas. El término *todos* ha debido referirse exclusivamente a lombardos y francos, que eran los que padecían un problema de coexistencia de ordenamientos distintos. Como elemento integrante de la *lex generalis* se ha encontrado sólo el que llamamos derecho romano, con exclusión de cualquier otro, como el canónico o el feudal. Parece que en estas condiciones, el comentario de la escue-

---

13 Vid. Calasso, op. cit., pag. 42.

la de Pavía sirve de poco para fundamentar un *ius commune*, no digo para Europa, sino ni siquiera para el Imperio Romano o Sacro Imperio. Además, ha carecido de antítesis expresa, y sólo por deducción podría llegarse a calificar de *ley particular* o *ley singular* a la de lombardos y francos. Tras la resurrección de las Pandectas, ha podido pasarse de *lex* a *ius* en cuanto al ordenamiento romano, como lo demuestra el que Roffredo Beneventano, comentarista de la Lombarda, se haya pronunciado porque *communi iure id est Romano vivamus*<sup>14</sup>. Sin embargo, ha seguido sin surgir la antítesis, es decir, la calificación que ha correspondido al ordenamiento feudal en relación al ordenamiento romano como *ius commune*.

El texto básico para la elaboración del modelo propuesto en estas Jornadas científicas lo ha tenido que constituir el fragmento de Gayo recogido en el Digesto y en el que declaraba que *partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur*<sup>(15)</sup>. En efecto, aquí aparecía la antítesis *ius commune-ius proprium* o, con más precisión, *ius proprium-ius commune*, como ya se indicó anteriormente. La dificultad para la definición de este modelo partió, sin embargo, del propio Gayo, al considerar *ius civile* al *ius proprium* y *ius gentium* al *ius commune*. La historiografía acrítica respecto al modelo se ha sentido satisfecha con una inversión de los términos llevada a cabo por glosadores y comentaristas, sobre la base de que el derecho civil o romano, que para Gayo era *ius proprium*, para la edad media fuera *ius commune*, pero, entonces, el *ius gentium* debería haber pasado a ser *ius proprium* o habría desaparecido la antítesis. La verdad es que si se sigue a Ermini, la inversión no ha sido tan clara. Accursio distinguió entre el Emperador, del que emanaba el *ius gentium*, y los pueblos, los cuales podían darse *iura propria* a sí mismos, con lo que se mantuvo el esquema de Gayo. Tampoco Bartolo rompió el esquema de Gayo, sino que lo distorsionó, sobre la base de respetar el que el *ius civile* era *ius proprium*, es decir, dado por los pueblos, si bien su antítesis ya no era *ius commune*, sino *ius civile commune* y era constituido por el *princeps*. Dándose cuenta Baldo de la contradicción de que siendo el derecho romano un *ius proprium* en Gayo pudiera Bartolo llamarle *ius civile*, trató de resolverlo diciendo que en el *ius commune* de Gayo, no sólomente debía entrar el *ius gentium*, que mejor debía llamarse *ius communissimum*, sino el derecho civil romano donde rigiera *eius auctoritas*, reservando la condición de *ius proprium* al estatuto que se diera a sí mismo cada pueblo, el cual mejor podría llamarse *ius proprissimum*. Liberándose del lastre que representaba el texto de Gayo, Jason del Maine optó por distinguir entre un

14 Vid. Calasso, op cit., pag.55.

15 Vid. op. cit., pag. 60. El texto es D. I, 1, 9.



*ius civile privatum*, constituido por los estatutos, un *ius civile commune* y un *ius commune gentium*. A todo esto hay que agregar el que Ulpiano había llamado *ius commune* al derecho natural y al derecho de gentes, así como que para Gayo el derecho de gentes estaba constituido por la *naturalis ratio*<sup>16</sup>.

Un texto al que concede gran relevancia la historiografía italiana es el precedente de las *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, obra del siglo XII y de la que el autor ha podido ser Placentino. En el indicado texto se dice que *aut unum esse ius, cum unum sit imperium, aut si multa diversaque iura sunt, multa superesse regna*. Según Cavanna, fué en el *unum ius* en el que Calasso vió la representación del *ius commune* frente a los *iura propria*<sup>17</sup>. Sin embargo, a mi me parece que no sólo no convergen *unum ius* y *ius commune*, sino que son divergentes, y la alternativa *unum ius* frente a *multa diversaque iura* es totalmente distinta de la alternativa *ius commune* frente a *iura propria*. En la segunda alternativa lo que se pretende es una complementariedad o una compatibilización, lo que no parece pretenderse en la primera, explicable porque ésta es un texto *político*, en tanto que la otra era un texto jurídico. Gayo partía de una observación de la realidad jurídica, como era la de que no existían ordenamientos unitarios jurídicamente hablando, algo que no aceptaba. El autor de las *Quaestiones* partía también de una observación, pero política y que no aceptaba, como era la de que o existía un *derecho único*, necesario para que el Imperio fuera también único, o si existían *muchos y diversos derechos* existirían muchos reinos. Gayo parecía promover un mutuo desarrollo del *ius commune* y los *iura propria*, en tanto que el autor de las *Quaestiones* propugnaba un desarrollo del *unum ius* contra la proliferación de los *multa diversaque iura*. En definitiva, creo que no debe pensarse en un mismo modelo doctrinal, sino en dos modelos. El modelo de Gayo ha podido permitir lo que yo he denominado *recepción técnica*, en tanto que el modelo del autor de las *Quaestiones* ha debido despertar la reacción contra lo que yo he denominado *recepción política*.

Un texto de Ulpiano, recogido en el Digesto, ha tenido menos fortuna historiográfica que el de Gayo, pero sin que deba menospreciarse doctrinalmente, y ha sido el que se ha formulado como *in civitate nostra aut lege aut iura constituitur aut est proprium ius civile quod sine scriptis sola prudentium interpretatione consistit*<sup>18</sup>. En este texto, la antítesis parece haberse formulado entre *ius*

---

16 Sobre todo esto, vid. Ermini, op. cit.

17 Vid. Cavanna, op. cit., pag.49.

18 D. 1. 2. 2.12, cit. por Antonio Pérez Martín, *Las glosas de Pérez de Patos a los Fueros de Aragón*. Institución Fernando el Católico. Instituto de Derecho Común. Zaragoza, 1993, pág. 9.

*civile*, aunque aparezca eludido, y *propium ius civile*, caracterizando al primero el ser escrito y constituido a través de *lex* o de los *iura*, y definido el segundo por no ser escrito o ser consuetudinario. No muy alejado de este modelo puede haberse encontrado la doctrina aragonesa en el siglo XIV, cuando ha contra-puesto la actuación de *foro* y de *iure*, entendiendo el *forum* como *ius municipale vel sensus aut usus seu consuetudo regni*<sup>19</sup>. En general, en los países de Derecho consuetudinario, como Francia del norte o como Aragón, la aproximación al concepto de *ius commune* se ha verificado a través de la denominada *ratio scripta*<sup>20</sup>, aunque en el caso de Aragón la aproximación ha podido realizarse por la invocación de los *Dreitos* y las *leyes*<sup>21</sup>.

En estas Jornadas se rinde homenaje a la memoria del Maestro Jacobo, *el de las Leyes*, y se propone su estudio. ¿Se contiene en sus obras alguna referencia clara al Derecho común y a sus componentes? En las *Flores del Derecho*, el Maestro declara que el Rey le dijo que escogiese *algunas flores de derecho* para librar los pleitos *segund las leys de los sabios*. En el *Doctrinal* manifiesta que *el saber de las leyes ha en si doctrinas que fazen muy grand pro a quien bien las aprende*<sup>22</sup>, y se refiere a *sabidores*<sup>23</sup> y a *los sabios antiguos*<sup>24</sup>. Si no se me ha pasado nada por alto, esto es todo. Se dirá que los *sabios* o *sabidores* han de ser los juristas romanos y los glosadores, así como que el proceso que se delinea es el proceso canónico, y esto es cierto, pero hay que convenir en que el Maestro Jacobo ha sido poco explícito y que las *leyes de los sabios* no han aparecido en él muy concretadas. En las Partidas, las *leyes* se tomaban de fueros y costumbres o del *derecho que fallamos que es más comunal*, pero sin especificar cuál había sido éste. Sin embargo, el mismo texto ofrecía otro modelo cuando justificaba el que el Rey pudiera hacer las leyes por *razón, e por fazanna e por derecho*. Aquí ya había desaparecido el *derecho más comunal*, y aunque parecía acercarse a él

---

19 Vid. Gonzalo Martínez Díez, *Observancias de Jaime de Hospital*. Caja de Ahorros de la Inmaculada. Zaragoza, 1977, pág. 8.

20 Aunque posterior, y como *scripta ratione*, vid. en Gonzalo Martínez, op. cit. pág. 5. Respecto a Francia, vid. Calasso, op. cit. pág. 312. Según el autor, la *ratio scripta* ha podido ir detrás de la costumbre de los lugares vecinos.

21 Así, en el caso de la *dreyturera* compilación de Vidal de Canellas. Vid. Jesús Lalinde, *Derecho y Fuero*. Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, I. Dirigidos por José Luis Lacruz Berdejo, pág. 36 y ss.

22 Vid. Rafael de Ureña y Smenjaud-Adolfo Bonilla San Martín, *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes*. Madrid. 1924, pág. 201

23 Id. id., pág. 205.

24 Id. id. pág. 240.

al considerar constituido el derecho por las *leyes romanas* y por el *derecho de la Santa Iglesia*, al final, había introducido la confusión al incluir también la ley gótica o *Liber Iudicum*<sup>25</sup>. Si se escucha al hombre de la calle, aunque erudito, como ha sido el caso de Gonzalo de Berceo, la referencia no la ha constituido ningún derecho más o menos comunal, sino, simplemente, el *derecho*, el cual aparecía como la antítesis de la fuerza<sup>26</sup>.

Es posible que, como sucederá con el modelo normativo, sea el modelo doctrinal catalán el más próximo al *ius commune*. Al menos, en Pere Albert se encontraba alguna referencia al Derecho romano y se especulaba sobre la asimilación del uso cotidiano a la ley, pero como en Castilla la primacía terminológica correspondía al derecho o *dret*<sup>27</sup>. Faltarían casi dos siglos para encontrar declaraciones doctrinales claras sobre la integración del derecho canónico y el derecho civil romano en el derecho común<sup>28</sup>.

Resumiendo lo expuesto, creo que los europeos del siglo XIII han dispuesto de siete modelos doctrinales, al menos, de *ius commune* o figura similar. Mi deseo es el de que sean sometidos a crítica y se pueda determinar si han sido más o menos, o si, incluso no ha existido ninguno o sólo ha existido el que se propone en estas Jornadas. En este caso nos encontraríamos con un modelo definido, algo que no creo, especialmente, en cuanto al siglo XIII. Los indicados siete modelos han podido ser los que se exponen a continuación:

1. *Lex omnium generalis* (lex romana) v. Ley particular o singular (lombardos y francos)

2. *ius proprium* (ius civile) v. *ius commune* (*ius gentium* o *naturalis ratio*)

---

25 *Por derecho, ca lo podemos prouar por las leyes romanas e por el derecho de la Sancta Iglesia e por las leyes de Espanna que fizieron los godos...* Vid. Alfonso X el Sabio, Primera Partida según el ms. ADD. 20787 del British Museum. Edición por Juan Antonio Arias Bonet. Universidad de Valladolid (1975), pág. 9

26 Vid. José Luis Bermejo Cabrera, *Derecho y pensamiento político en la literatura española*. Madrid, 1980, págs. 12 y 13. Un diablo le dice a la Virgen: *Madre eres de fiijo, alcalde derechero que nol plaze la fuerza...* Santiago le dice a los diablos: *Tenedla a derecho, fuerza non li fagades.*

27 Vid. Sixto Sánchez-Lauro en *Iniciación histórica al derecho español*, de Jesús Lalinde, PPU. Barcelona, 1989, pág. 287, texto 3.: *...no sie stablit de Dret empero per ús cotidiá de Cathalunya, qui és semblant a lig, e per ço és ajudat de les ligs et defès, cor les covinences là en ús deuen ésser servades per Dret.*

28 Vid. Sixto Sánchez-Lauro, en op cit., pág. 291., texto de Tomás Mieres en el siglo XV: *Y aquí se entiende dret comu, esto es todo el derecho canónico y el civil romano, como está contenido in corpore iuris*. Por lo demás, este texto debe ser tratado con cuidado al constituir una traducción castellana del siglo XVII.

3. *unum ius* (derecho del Imperio) v. *multa diversaque iura* (derecho de los reinos)

4. (*ius civile*) (*lex aut iura*) v. *Proprium ius civile* (no escrito)

5 *ratio scripta, leys de los sabios* (derecho romano) v. (*ratio non scripta*)

6 *derecho, derecho más comunal* (leyes romanas, derecho de la Santa Iglesia y leyes godas de España) v. *razón y fazaña*.

7. *derecho v. fuerza*.

A los siete modelos cabe añadir algunos otros, aunque parecen ser posteriores al siglo XIII, como han podido ser los siguientes:

8. *Ius municipale - ius commune*<sup>29</sup>

9 *ius communissimum* o *ius gentium* y *ius civile romanum* v. *statutum* o *ius proprissimum*

10. *Ius civile privatum* y *ius commune gentium*.

### La imprecisión del modelo normativo.

Hubiera sido pedir mucho el que el modelo normativo corrigiera la indefinición del modelo doctrinal y, sobre todo, que lo hubiera conseguido ya en el siglo XIII. Es posible considerar preciso el modelo normativo por lo que se refiere a España y Portugal en el siglo XV, pero es difícil pretender esa precisión antes.<sup>30</sup> Como en el caso del modelo doctrinal, se echa de menos en la historiografía una referencia concreta a todas las posibles manifestaciones del modelo normativo cuando lo que conocemos como *recepción* ha consistido en la conversión del *modelo doctrinal* en *modelo normativo*. Voy a intentar una aproximación con el siglo XIII como término final y extendidas al Imperio, Francia, Italia y España.

Dentro del Imperio, y con relación al Reino de Sicilia, ha destacado la constitución *Puritatem*, contenida en el *Liber Augustalis*, perteneciente a los años treinta del siglo XIII<sup>31</sup>. La *Constitución* ha admitido los *iura communia*, pero en este caso con la precisión de que los indicados *iura communia* han sido el lombardo y el romano, lo que se ha justificado por la cualidad de los litigantes<sup>32</sup>. Es curioso que Calasso calificara de *tormentatissimo* este texto y que lle-

29 Vid. J. Lalinde, op. cit. en nota 1, pag. 157. Se lee en Mieres: *ius municipale non extenditur contra ius commune y ubi est iure patriae expressum cessant alia iure*.

30 Vid. J. Lalinde, op. cit. en nota 5, págs. 684 y 687.

31 Id. id. pág. 979.

32 Vid. Calasso, op. cit., pag. 236, nota 4: *secundum consuetudines approbatas ac demum secundum iura communia, Longobarda videlicet et Romana, prout qualitas litigantium exegerit*.

gara a rechazar la interpretación terminológica para sentar que *ius commune* siempre había significado el derecho romano<sup>33</sup>. El texto rompía el esquema mental del gran iushistoriador italiano, hasta el punto de hacerle vulnerar el más elemental principio metodológico, como es el de respetar lo manifestado por el documento en tanto que no se demuestre haber sido manipulado, algo que pudo suceder, pero que Calasso no llegó a demostrar<sup>34</sup>. En el momento actual no es que nos veamos obligados a admitir que *iura communia* haya de referirse siempre a los ordenamientos lombardo y romano, pero sí, el que no siempre ese término ha amparado al derecho romano y al derecho canónico. Creo que nos pone a prueba, precisamente, otro texto alegado por Calasso, como si fuera el de una instrucción de Luis de Baviera al *Reichshofgericht* para que juzgara según las leyes y los derechos escritos de los antepasados del Rey y Emperador en el Imperio Romano<sup>35</sup>. Podrá pretenderse que los *geschriebenen Rechten* hayan sido el romano y el canónico, pero no es nada seguro, aunque así hayan aparecido en Portugal, pero en siglos más tarde. Han podido ser el derecho romano y el lombardo, como en la Constitución *Puritatem*, o, simplemente, los derechos elaborados por los *Länder*, no debiéndose olvidar que el derecho de las tierras ha roto el derecho común, el cual, a su vez, no ha significado el derecho romano, sino el derecho general del Imperio<sup>36</sup>. En todo caso, parece que este modelo normativo se ha correspondido con el modelo doctrinal al que anteriormente se ha asignado el número 3, dentro del que ha formado parte del *unum ius*.

Tratándose de Francia, es preciso distinguir entre el sur, con los países de *droit écrit*, y el norte, con los países de *droit coutumière*. A los primeros ha debido corresponder el Rosellón, con las *Costums* de Perpiñán, aparecidas hacia 1250, donde se ha debido escapar de Hispania cuando se han rechazado los *Usaticos Barchinone* y la *Lex Gotica*, admitiendo los *iura* en su lugar<sup>37</sup>. Este modelo normativo parece haberse correspondido con el modelo normativo 4, con lo que las *consuetudines* de la villa habrán constituido un *proprium ius civi-*

---

33 Op. cit. pág. 235 y 240.

34 Calasso se refirió a una interpolación detectada por Savigny y se opuso a Schupfer, entre otros.

35 Vid. Calasso, op. cit: *nach Kunig und Kaisern seiner vofarn an dem romischen richte gesetzen und ihre geschriebenen rechten*. Tengo alguna duda sobre la penúltima palabra

36 Vid. Lalinde, op. cit., pág. 976. La expresión es la de *Landrecht bricht gemein Recht*.

37 Vid. Alfonso García-Gallo, *Manual de Historia del Derecho español*, II, Madrid, 1950, 377: *Homines perpiniani debent placitare et iudicare per consuetudines vile et per iura ubi consuetudines deficiunt, et non per Usaticos Barchinone neque per Legem Gothicam, quia non habent locum in villa...*

le y, en su defecto, los *iura* habrán constituido el *ius civile* prefiriendo en este caso los *iura* a la *lex*. ¿Dónde han podido encontrarse la *lex* y los *iura*? Es posible que lo haya sido en el que conocemos como *Breviario de Alarico* o, más propiamente, como *lex Theodosii*.

Si de los países de *droit écrit* nos trasladamos a los de *droit coutumière* parece que habrá que recurrir a la *ratio scripta* como sinónimo de derecho romano, la cual ha podido ir detrás de la costumbre de la región e, incluso, de la costumbre de los lugares vecinos<sup>38</sup>, correspondiéndose con el modelo doctrinal 5. Será preciso comprobar si la *ratio scripta* se ha encontrado en el Código de Justiniano.

Siento no haber podido profundizar en el caso de Italia, donde la realidad ha tenido que ser muy rica y esclarecedora. Los Comunes han debido adquirir autonomía legislativa en virtud de la Paz de Constanza, de 1183, lo que les ha debido permitir el desarrollo de ordenamientos o *Statuta*, de tal forma que *statutis deficientibus* se haya podido actuar *secundum legem romanae, secundum iura et leges o secundum iura communia*<sup>39</sup>. Será interesante conocer la distribución de los *Statuta* con arreglo a la triple opción. Es posible que la primera opción pueda corresponderse con el modelo doctrinal 1 y haya sido propia de ciudades dependientes directamente del Imperio. La segunda opción puede haber correspondido al modelo 4 y ser propia de ciudades con ordenamiento puramente consuetudinario. La tercera opción puede haber correspondido a ciudades con población lombarda o, incluso, franca. Tratándose de territorios eclesiásticos es posible que se hayan aproximado al modelo 6 si se tienen en cuenta las *Constitutiones Aegidianae* del siglo posterior, en las que las costumbres antiguas y loables han tenido vigencia a condición de no estar condenadas por el derecho, el derecho canónico y, finalmente, el derecho civil.<sup>40</sup>

Por lo que se refiere a España, puedo dar por reproducido lo que dije en las Jornadas de 1984, pero sin dejar de introducir algunas reflexiones. Una de ellas es la de que puede admitirse la identificación entre derecho romano y *ratio scripta*, pero no puede hacerse lo mismo entre derecho romano y *buena razón* o *bona rahó*, conforme ha querido Juan Vallet de Goytisolo.<sup>41</sup> Aparte de esta puntuali-

---

38 Así opinaba Calasso, op. cit. pág. 312. Vid Lalinde, op. cit. en nota 1, respecto a Alais entre 1216 y 222, conforme a lo sostenido por A. Guzmán.

39 Vid. Lalinde, op. cit. pág. 669 y 684.

40 Vid. Ch. Lefebvre, *Le droit romain dans les Constitutiones Aegidianae*. Studia Albortiana. XIII. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. 1973, pág. 64.

41 Vid. Lalinde, op. cit. en nota 1, nota 26.

zación, que es obvia, lo que no deja de sorprender un poco es el que fuera en España, más concretamente, en Cataluña, donde se produjera el mayor acercamiento al modelo propuesto en estas Jornadas. Sin embargo, ¿cómo es posible que Pedro II de Aragón hablara de *comu dret* en 1210, cuando ese término no se iba a introducir en Cataluña a nivel nacional hasta fines del siglo XIV y, sobre todo, a principios del siglo XV?<sup>42</sup> Dado que el texto no es sino un Privilegio y parece extraído de una recopilación, ¿no se trataría de una manipulación de los recopiladores? En Cataluña y a nivel nacional, en el siglo XIII de lo que se ha hablado, y para rechazarlo, ha sido de *leges Romanae* y de *Decreta vel Decretales*<sup>43</sup>. También a nivel local, como en Lérida y en Tárrega, se ha hablado de *leges Romanas*<sup>44</sup>, en este caso por utilizarlas, y por ello sorprende algo que en Tortosa y antes de finalizar el siglo XIII se haya llegado a hablar de *Dret comu*, cuando parece que en Horta se ha hablado de *derechos comunes*<sup>45</sup>. Yo estimularía a los estudiosos a que repasaran los manuscritos y analizaran los cambios de terminología. Según una edición facsímil de lo que parece que fue la redacción tortosina de los notarios Tamarit y Gil en 1272, a lo que se recurría en defecto de los *usagies* de Barcelona era al *dret civil*, el cual se declaraba ser el determinado *per les ligs*<sup>46</sup> ¿Podrá saberse por qué Arnau de Jardí, Domenec de Terol y Ramón de Besalú han cambiado en 1279 *dret civil* por *dret comu*, si es que lo han cambiado?<sup>47</sup> ¿Sabemos el verdadero sentido de *dret comu* en Tortosa y si es el mismo de *ius commune* aparecido en Mallorca en 1299?<sup>48</sup> Es de suponer que haya sido

---

42 Id. id. nota 10. Guillermo M. de Brocá y también el Prof. Font y Rius han fijado su atención en la Constitución de Pedro II en Barcelona, donde refiriéndose a las querellas se especificaba: *...e encara a comu dret contraris*.

43 Id. id. págs. 151-152. Vid. García-Gallo, op. cit., texto 384: *...quod leges Romane vel Gothice, Decreta vel Decretales, in causis secularibus non recipiantur...*

44 Vid. García-Gallo, op. cit., texto 375. En las Costumbres de Lérida se dice: *De legibus Romanis. Legibus quidem Romanis pluribus utimur, pluribus non, ut in cotidianis tractatus causarum liquere potest*. En las Costumbres de Tárrega se dice: *...et illa non deficiente scundum leges Romanas*.

45 Vid. Aquilino Iglesia Ferreirós, *La creación del Derecho. Una historia del Derecho español*. Editorial Gráficas Signo. Barcelona, 1988, pag. 365.

46 Vid. Instituto de Estudios Tarraconenses, *Consuetudines Dertose*. Prólogo de Jesús Massip Fonollosa. Tarragona, 1972: *...e la on les custumes no basten: per les usagies de barcelona que en aquest libre son escrits. E la on les dutes costumes dels usagies sobredit no basten: los pleyts tots sobredit deuen esser defenits e determinats per dret ciuil so es per les ligs*.

47 Vid. Josep M. Font y Rius, *El Proceso de formación de los Costumbres de Tortosa*. Discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, en *Col·lectanea de treballs... amb motiu de la seva iubilació acadèmica*. EU. Barcelona, 1985, pág. 169

48 Vid. Román Piña Homs, *La creación del Derecho en el Reino de Mallorca*, Palma de Mallorca, 1987, doc.IX.

la conjunción del derecho romano y canónico o de las leyes y cánones, pero no se olvide que en el texto de Gayo, *ius commune* ha sido el derecho de gentes o la razón natural, aunque, desde luego, la evolución de los siglos posteriores haya parecido consagrar el *ius commune* como la conjunción de los derechos romano y canónico. Finalmente, una vez más hay que destacar la ausencia del modelo aquí propuesto por lo que se ha referido a Aragón, Navarra, Valencia e, incluso, Castilla, en el siglo XIII y en cuanto a España, ya que también en Italia ha habido excepciones importantes, como ha sido el caso de Venecia.

Un resumen de los modelos normativos tomando en cuenta todos los elementos integrantes sería muy complicado, pero puede hacerse por el más significativo de todos ellos, como es el que en el modelo aquí propuesto aparece como *ius commune*. Resultan así seis modelos, los cuales han podido ser los siguientes: .

1. *Iura communia* (Reino de Sicilia, Italia, Horta)
2. *iura* (Perpiñán)
- 3 *ratio scripta* (Francia consuetudinaria)
4. *leges Romanae, leges Romanas* (Italia)
5. *iura et leges* (Italia)
6. *ius commune, dret civil, dret comu* (Cataluña, Tortosa, Mallorca)

#### La circunscripción de la presencia del *ius commune* en el modelo normativo del siglo XIII a la cultura represiva del *Directum*.

Dado que en estas Jornadas se nos ofrece la posible extensión del *ius commune* a España y Europa en el siglo XIII, yo me conformaría con que en ellas se concluyera que dentro del modelo normativo la indicada presencia se ha limitado a la cultura represiva del *Directum*. Podría alegarse en contra el caso de la Constitución *Puritatem*, pero debe tenerse en cuenta que, aunque procedente del Sacro Imperio o Imperio Romano, ha sido dada para el Reino de Sicilia, en la parte latina.

En el caso de Inglaterra, Calasso no pudo nada más que valerse de la técnica de algunos tratadistas, como Glanvil, Bracton y Blackstone, el último, procedente ya del siglo XVIII. Cavanna ha partido de la oposición entre el derecho inglés y la tradición continental del derecho común y de la codificación<sup>49</sup>. Sin embargo, es un hecho que el *ius commune, lex communis, commun droit* o *commune lei*, especialmente en el siglo XIII, ha sido dominado por el *common law*<sup>50</sup>.

---

49 Calasso, op. cit. rubricó el capítulo VIII como *in orbem terrarum*.



El propio Coing, ha atendido a la Gran Bretaña e Irlanda sólo por su relación con el continente. La romanización de Escocia ha sido muy moderada y, en todo caso, sólo apreciable a partir del siglo XIV y, sobre todo, del siglo XVI<sup>51</sup>.

Con referencia a Portugal, lo que Calasso registró fue la penetración observada en el siglo XIII y que fué debida a la influencia de la obra de Alfonso X, *el Sabio*, lo que no debe hacer olvidar que, sin embargo, en el siglo XIV ha existido una apertura portuguesa hacia la *recepción*.<sup>52</sup>

Como es sabido, en el caso de Alemania, aunque se hable de una *Frührezeption*, la recepción se produce a fines del siglo XVI<sup>53</sup>. Si en el caso de Sajonia se ha podido pretender el tener que recurrir *ad Leges et Canones*, debe tenerse en cuenta que no lo ha sido en el *Sachsenspiegel*, del siglo XIII, sino en su glosa del siglo XIV.<sup>54</sup>

En Dinamarca, el *Jydske Lov* no ha representado ningún caso de *recepción* pese a las comparaciones que puedan establecerse con las Partidas castellanas<sup>55</sup>. Es curioso que con respecto a Noruega, Calasso sostuviera que el código de Magnus IV, publicado en 1274, no hubiera podido ser hecho sin las ideas del pensamiento italiano y el filtro del derecho canónico, porque aunque hubiera podido suceder así, nunca implicaría un caso de *recepción*, algo a lo que Calasso tampoco parecía llegar. La condición de *Lagobøetir* o *legislador* en Magnús Hákonarson no autoriza a considerarle un representante del *ius commune*<sup>56</sup>. Algo parecido podría predicarse de los restantes países escandinavos y de los germánicos, en general. En el caso de la Europa eslava o de la cultura represiva *Prawo*, el alejamiento del *ius commune* ha sido mayor y no deja de ser curioso que Calasso reconociera que una *vera e propria recezione del diritto romano in Polonia* no se había producido nunca, pero se contentaba con el hecho de que en el siglo XVI hubiera denominaciones políticas que pasaron a expresarse en latín.

## Conclusiones.

*Primera.* Un modelo como el de *ius commune-iura propria* en España y

---

50 Vid. Lalinde, op. cit. en nota 5, pág. 1235.

51 Id. id. pág. 1242.

52 Id. id., pág. 687.

53 Vid. Cavanna, op. cit., cap. V, y Lalinde, op. cit. pag. 954.

54 Lalinde, op. cit., pág. 956.

55 Id. id., pág. 973.

56 Id. id., pág. 974.

Europa en el siglo XIII ha de ser analizado críticamente y depurado históricamente.

*Segunda.* El modelo indicado ha sido historiográficamente inseguro, doctrinalmente indefinido y normativamente impreciso. Historiográficamente, se han registrado, aproximadamente, cuatro modelos; doctrinalmente, los modelos han podido alcanzar, aproximadamente, el número de siete o, incluso, de diez, cuya transformación en modelos normativos ha podido transformarse en cinco, aproximadamente.

*Tercera.* La conversión del modelo doctrinal en modelo normativo, que es lo que se conoce como *recepción*, en el siglo XIII ha sido fenómeno exclusivo de la cultura represiva *Directum*, siendo posible que donde haya aparecido más claramente haya sido en Italia y España, aunque sin extenderse a todas las formas políticas desarrolladas en aquellas dos unidades geográficas, y sin perjuicio de reconocer que han sido seguidas de cerca en Portugal y con mayor distancia en los países de la Europa germánica, afectos a la cultura represiva *Recht*.

*Cuarta.* La respuesta a lo que ha representado el *ius commune* en las áreas represivas *Directum* y *Recht* sólo es posible con un modelo historiográfico como el de la *penetración diferenciada*, con arreglo al cual se distingan grados de penetración como los de *recepción política y técnica*, *simple penetración* y *mera influencia*, al tiempo que en los sistemas normativos se configuren áreas de posible incidencia, como las de sectores de absorción, sectores favorables o propicios, sectores maleables y sectores resistentes.