

ESTUDIO SOBRE LA LEY: DEL FUERO JUZGO A LA NOVISIMA RECOPIACION

René Ortiz Caballero

I. Introducción

La materia legislativa es en el Derecho la más fácilmente identificable y, a la vez, la más fácilmente prescindible como objeto de estudio, pues como fiel recipiente de Dios, la razón o la voluntad, sólo pretende y procura contener aquello que se quiere, o se debe, guardar o emplear.

Gracias a ella ha sido cómodo otear el panorama del Derecho en sus distintas ramas, incluso antes de que ellas se constituyan como tales y, así, los estudios abundan sobre lo sustantivo, en especial en el Derecho Civil, olvidando o eludiendo aquello que, apareciendo en *documentos*, tenía sentido de *monumento*, al decir de Michel Foucault.

¿Cómo afrontar, pues, el conocimiento del Derecho pasado, sin esbozar, antes, siquiera, la naturaleza de la legislación que le da existencia y validez a las normas jurídicas sustantivas?

Ante esta inquietud y orientados hacia los antecedentes legislativos del Derecho Civil peruano, esto es, el Derecho español, hemos seleccionado dos cuerpos legislativos por vocación y destino y uno al que el destino le dio esa vocación; nos referimos al Fuero Juzgo y a la Novísima Recopilación de las Leyes de España, por un lado, y a las Partidas de Alfonso el Sabio, por el otro.

Creadas en distintos momentos históricos, las tres obras jurídicas coincidirán en contener normas sobre la naturaleza de la ley, pero cada una será tributaria de su entorno no sólo en el contenido sino, también, en la conceptualización del continente, es decir, de la ley. Esto mismo se reflejará en los problemas historiográficos

que genera la lectura de una obra de otra época y que señalaremos en la primera parte.

En la segunda parte del trabajo, trazaremos algunos hilos que hemos considerado posibles a partir del tenor de los textos y del contorno —contexto— que previamente habremos descrito, no para identificar esa continuidad, las más de las veces sobreestimada, entre una y otra fuente, y que MOLITOR y SCHLOSSER llaman “legitimación *genética* de la disciplina Historia del Derecho” (1980: 10), sino para describir tanto continuidades como rupturas en el tema específico de la ley. Para esto recurriremos, tal vez con exceso, a la transcripción de la fuente, de modo que el lector individualice y “palpe” el objeto de estudio, y luego expondremos las líneas que estimamos “existen” (ortodoxamente, quizás, no sean hechos históricos esas líneas pero creemos que relucen una vez eliminada la herrumbre de los lugares comunes) en el discurso histórico-legislativo.

Nos interesa, pues, la sal que resalta el sabor de las comidas porque el esfuerzo por elucidar los principios informadores del Derecho —en particular, de las instituciones del Derecho Civil— en el plano teórico exige repensar lo conocido y, por lo menos, someter a un paladar distinto el paradigma de nuestra ciencia jurídica.

II. *Ubicación Histórica del Fuero Juzgo, las Partidas y la Novísima Recopilación*

A. *El Fuero Juzgo*

Reconocemos hoy con el nombre de “Fuero Juzgo” al texto legislativo traducido del latín a la lengua romance castellana por disposición de Fernando III (1217-52), de Castilla. Mas es sabido, también hoy, que el texto original latino es la obra más completa que conozcamos de la producción legislativa visigoda.

Conocido bajo distintas denominaciones latinas, el Fuero Juzgo tuvo antes por nombre más común el de “Liber Iudiciorum”. De su conformación se advierte que no se trata de la obra de un legislador o cuerpo de legisladores, ni que fuese elaborado en un lap-

so más o menos breve; por el contrario, se trata de leyes dictadas por distintos reyes e, incluso, al parecer, de normas transcritas de fuentes romanas.

No concierne a este trabajo elucidar el origen histórico del *Liber Iudiciorum* pero sí creemos útil reseñar los problemas planteados sobre este particular a fin de iluminar la lectura jurídica del texto y precaver de las dificultades que encierra la lectura de normas tan antiguas.

Una cuestión inicial concierne al título preliminar del *Fuero Juzgo*, el cual tiene una inscripción que indujo a más de una confusión por lo asertórico del texto; la leyenda es la siguiente:

“Esti libro fó fecho de LX.VI. obispos enno quarto concello de Toledo, ante la presencia del Rey don Sisnando, enno tercero anno que regnó.
Era de DC et LXXXI. anno.”

Los concilios toledanos constituían reuniones de gran importancia para la buena marcha del reino, sobre todo después que Recaredo I (586-601) abjurara de la herejía arriana y se convirtiera al catolicismo. Ya en el tercer concilio encontramos los dos brazos, eclesiástico y civil, obispos y príncipe, resolviendo de consuno asuntos religiosos y civiles y dictando, en consecuencia, “juntamente con varios cánones sobre costumbres y asuntos eclesiásticos diversas leyes civiles y políticas” (LARDIZABAL 1815: XVIII).

El tenor de la inscripción copiada atribuye la dación del *Liber Iudiciorum* al citado Concilio y al Rey Sisenando, resolviendo así la cuestión sobre su origen; sin embargo, se trata de una obra de gestación lenta y la información en sí no es exacta.

Por un lado, el cuarto concilio toledano se realiza el año 633, durante el reinado del mencionado Sisenando, y no en el 681, en que reinó Ervigio. Por otro lado, nada indica que en el cuarto concilio se aprobara o discutiera el texto mencionado porque no aparece citado en el “tomo regio” (escrito del Rey conteniendo los asuntos que sometía a la deliberación de la asamblea) ni en las actas del Concilio (LARDIZABAL 1815: XX).

Salvado este punto, los autores coinciden en señalar al año 653 o 654 y al VIII Concilio de Toledo como los del origen del Liber Iudiciorum; en aquél empezamos a encontrar, ya desde el Tomo Regio, referencias a una compilación de leyes, hecha por Recesvinto (653-672). En este sentido se pronuncia IRIBARREN (1938: 241), al reproducir textualmente, aunque sin citar, la opinión de MINGUIJON (1927, I: 41), y también BASADRE (1937: 224 y 198: 304). Sólo Juan SALA (1867, I: 4) sostendrá la duda sobre el autor y el tiempo en que se creó e indicará que así como se remonta la autoría a Sisenando (+635), Chindasvinto (+650) y Recesvinto (+672), se prolonga, por otro lado, hasta Wamba, Ervigio y Egica (durante su asociación con Witiza), reinantes hasta antes de la invasión musulmana.

Ahora bien, se sabe que en el 681 Ervigio publica una edición revisada del Liber Iudiciorum, conocida con el nombre de “Lex Visigothorum”, fruto del encargo hecho al XII Concilio de Toledo, pero lo que no se menciona comúnmente es que durante el cogobierno de Egica y Witiza, hacia el 698, esto es, trece años antes de la invasión árabe, se compone la colección final de leyes visigodas en el XVI Concilio de Toledo a pedido de Egica. A este respecto SALA dirá que el texto “no es más antiguo que los últimos años de Egica” (1867, I: 5) y LARDIZABAL sostendrá y fundamentará con decisión que:

“De las colecciones que consta haberse hecho por diversos príncipes, no se puede dudar, según lo dicho hasta aquí, que la última de todas ellas fue la de Egica, y esto solo bastaba para creer con mucho fundamento y probabilidad, que es la misma que ahora tenemos” (1815: XXXIV) (*).

Producida la invasión árabe, se desconoce la suerte tenida por el texto. Dentro de la diversidad de opiniones se reconoce mayor autoridad a la que nos indica de la existencia de ediciones revisadas de la de Ervigio, denominadas “Lex Visigothorum Vulgata”, y entre éstas, tal vez, debiera incluirse la de Egica.

(*) Lardizabal añadirá que no existe prueba alguna de que el inmediato sucesor de Witiza, don Rodrigo, haya agregado ley alguna al texto.

No se volverá a tener información certera sobre el Liber Iudicum hasta el 4 de abril de 1241, fecha en que Fernando III, padre de Alfonso el Sabio, establece como “Fuero de Córdoba” el Libro de los Jueces visigodo (“Librum Iudicum”) y manda que sea traducido del latín a la lengua vulgar (LARDIZABAL 1815: XXXVII). Sin embargo, los distintos códices que han pervivido hasta hoy no reflejan un mismo tenor. Tanto los latinos como los castellanos contienen no sólo diferencias de palabras sino de párrafos y leyes enteras que se omiten, agregan y alteran mutuamente (*).

La edición de la cual tomamos las citas procede del publicado por la Real Academia Española (¿de la Lengua?) en 1815; ésta, a su vez, tomó como obra preferente la versión contenida en el “códice de Murcia”, por haber sido confeccionado al poco tiempo de realizarse la traducción y constituir, al parecer, un obsequio que hizo Alfonso X a la ciudad de Murcia.

Al leer el texto encontraremos, asaz de la dificultad propia de los arcaísmos, que las leyes (artículos, diríamos hoy) están encabezadas por una sumilla y por inscripciones, atribuyendo a algún rey la autoría de dicha norma, y por palabras como *ley antigua o nuevamente enmendada*.

Una opinión comúnmente aceptada señala a las leyes *antiguas* como procedentes del código de Leovigildo (568-586) y aún, más atrás, del Eurico (466-488), primer rey compilador de las leyes godas, si bien no el primer legislador (SALA 1867, I: 5; MINGUIJON 1927, I: 41-42; y BASADRE 198: 304-305). A esto cabe agregar la confusión generada por las leyes sin inscripción que también son remitidas a la época de Leovigildo y antes (IRIBARREN 1938: 243).

Sin ánimo de resolver la disputa y sólo con el fin de tener presente el contexto histórico y la antigüedad del texto legal al mo-

(*) Igual suerte debe haber corrido el nombre, pues es conocido en tiempos de Fernando III como Liber Iudicum o Libro de los Jueces, para luego denominarse Fuero de los Jueces, Forum Iudicum, Fori Iudicum y, finalmente, “se ha corrompido —al decir de SALA— en el de *Fuero Juzgo*, de que usamos” (1867, I: 5).

mento de su lectura, nos permitiremos seguir la clasificación que de las leyes visigodas hace LARDIZABAL (1815: IV y ss.). El indicado autor distingue cuatro clases de leyes:

- a) “Unas que hacian los príncipes por su propia autoridad y potestad, como lo manifiestan sus respectivos nombres puestos en ellas”.
- b) “Otras [que] se hacian en los concilios nacionales por la nación representada en ellos por los dos brazos eclesiástico y regular [civil] unidos al príncipe como cabeza suprema del estado” y que al final, contaba con el consentimiento del pueblo.
- c) Otras, que “sin data ni nombre de autor ni otra señal alguna. . .” se cree que tomaron de las antiguas colecciones y pasaron “sin nombre de autor, ó porque en aquellas no le tenían, ó porque no se creyó necesario conservarle si le tenían”; y, finalmente,
- d) Otras, “que tienen al principio una nota que dice: *antiqua*, y en algunas se añade: *noviter emendata*” y que se cree tomadas de la legislación romana (prejustiniana) pues, en algunos casos, se reconoce la copia literal de la misma y, además, por la referencia que se hace en un discurso que aparece en algunos códices (Ver, en el texto que seguimos, pag. XV de la versión castellana, después de las leyes del Título Preliminar) y por la ley de Ervigio que aparece inmediatamente después del discurso:

“El rey Don Flavius Horius [Ervigio].— De qual tiempo fuéron las leyes emendadas, et dadas por valederas.

Nos pusimos en señal sobre cada un iuyzio que aviemos emendado de los iuyzios antiguos, los cuales fueran de los romanos (. . .) Mas la antigua ley romana los qui la pusiéron devieran ende tollere [quitar] la dubda (. . .) De si señalar sobre ellas con su señal et decir *ley antigua*, de sí señalar las que emendades, et en las que acrecemos [añadimos], et decir *antigua emendada*, et así partiemos lo oscuro, et arrancamos

lo dudoso por aquellos que tuertos [daños] recibieron”.

Lardizabal concluye esta clasificación indicando que los dos últimos géneros pueden subsumirse en el primer tipo de leyes porque la imperatividad no procede de su origen romano sino de la autoridad del rey que las adoptó.

Sea como fuere, debe tenerse presente que las leyes del Fuero Juzgo que comentaremos provienen de una traducción romance, realizada en el siglo XIII, de una versión latina de fines del siglo VII y comienzos del VIII. Asimismo, es de anotar que las sucesivas transcripciones de la obra no han sido meras copias sino que han importado, a veces, grandes supresiones y añadidos.

Las normas que nos interesan, sobre la naturaleza de la ley, tienen solamente la sumilla indicadora del contenido y sólo una, que citaremos, la inscripción sobre el posible autor, por lo que puede presumirse que aquéllas proceden de las primeras normas visigodas, bajo la muy probable influencia romana; bástenos señalar ahora que el Fuero Juzgo es una obra de germanos que acogen el Derecho Romano pero no el de Justiniano pues éste, si bien fue publicado entre los años 529 a 534, no era conocido en la península ibérica porque ya no estaba sujeta al Imperio Romano. Es, el Fuero Juzgo, también, un texto influido por el Derecho canónico, pues es al clero, única clase culta de la época, al que debían acudir los reyes para recabar asesoría —y respaldo moral—. Precisamente, se cree que Recesvinto mandó revisar un código de leyes a San Braulio, entonces obispo de Zaragoza, el cual “después de San Isidoro estaba reputado en su tiempo por el más sobresaliente, no sólo en las ciencias eclesiásticas, sino también en las profanas, aún en concepto del mismo San Isidoro” (LARDIZABAL 1815: XXVI). Sin embargo de todas las opiniones que atribuyen a San Braulio la revisión del proyecto que presentaría Recesvinto al VIII Concilio de Toledo, LARDIZABAL sostendrá que las fuentes no indican con claridad qué texto remitió el rey al obispo y que “no es creíble que este príncipe, que poco tiempo antes había elogiado y aprobado el grande trabajo que el santo había hecho para enmendar el código, si este contuviese la colección de leyes, hubiera pensado en formar otra” (1815: XXVII). Contra esta reflexión debemos recordar lo que el propio Lardizabal señalaba respecto de los tipos de normas:

que las leyes pueden ser dadas en un concilio para que tengan un mayor respaldo y que, para su inclusión en la asamblea, el Rey debía pedirlo en el Tomo Regio. En realidad, la discusión subsiste.

B. Las Partidas

Mejor conocida que el Fuero Juzgo, las Siete Partidas es fruto de la labor legislativa y unificadora del Derecho de Alfonso X, el Sabio (1252-1284), iniciada por su padre Fernando III. Sin embargo, el "Libro de las Leyes" o "Fuero de las Leyes", como se denominó originalmente a las Partidas, no tuvo inicialmente, al parecer, carácter legislativo. Redactadas entre 1256 y 1265, se discute si se trató de un texto legal o de una obra doctrinal; esta última posición tiene mayor asidero si se considera que, recién, en la prelación de fuentes legales del Ordenamiento de Alcalá (1348) se dispone recurrir a las Partidas, en defecto de los fueros municipales, del Real y de la nueva legislación, es decir, en un plano francamente secundario (véase la Ley 3^o, tít. 2^o, Lib. 3^o de la Novísima). A esto debe agregarse lo que se sostiene sobre la publicación de las Partidas recién en 1348, citado (Cfr. SALA 1867, I: 8; MINGUIJON 1927, I: 80; IRIBARREN 1938: 309; y BASADRE 198: 295).

No obstante el aserto de Martínez Marina (cit. por IRIBARREN 1938: 308) sobre el carácter personal de la obra del rey don Alfonso, la opinión general estima que las Partidas es una obra colectiva, en la que intervino ciertamente Alfonso X, que se caracterizará por recoger casi todo el conocimiento que se tenía sobre el Derecho en esa época. Las Partidas no son una obra original en el fondo.

Debe recordarse que el Derecho culto, próximo al poder, no es simplemente foral sino romano, y no tan sólo romano sino medieval, porque es el reflejo nítido de una manera nueva de pensar el Derecho, la manera que los estudiantes españoles aprendieron en las universidades italianas de los maestros glosadores y que, llevada a España, ha venido a denominarse con el tiempo la "segunda recepción del Derecho romano".

Sostenemos que es una nueva manera de pensar el antiguo derecho romano porque la historia precedente a las Partidas no es la

de una mera reproducción de la obra justiniana, sino la de un trabajo de aclaración y explicitación del texto romano que se va a verificar mediante el resumen del texto (notabilia), la categorización de conceptos (distinciones), las preguntas que ponen a prueba la interpretación del pasaje (quaestiones) y las máximas extraídas de varios casos similares (brocárdica).

El método escolástico, al que hacemos referencia y que aquí se emplea, lleva al Derecho romano a una sistematización y es este producto —la sistematización— el que encontramos en la obra del Rey Sabio: “pusimos cada una destas razones do conviene” (Prólogo General). La ciencia medieval no es ya la que quiere mostrar el mundo exterior:

“Para un hombre occidental (un hombre de la Europa medieval), la verdadera certeza de las ciencias (i.e. matemáticas) residía en su propia lógica interna, más que en la falibilidad de la observación humana” (TAMAYO 1983: 69).

Debido a este carácter, la fuerte influencia romana no puede ser estudiada sino a la luz de la obra de los glosadores (CAMACHO 1968: 1077), porque lo recogido de los romanos está, por lo general, modificado por la glosa medieval (un ejemplo de esto veremos al tratar la ley 1º de la Part. 1º, tít. 1º).

Pero, admitida esta necesidad, encontraremos un grave problema de fuentes pues, al parecer, no conocemos la versión original de las Partidas, sino ediciones corregidas posteriormente para ser utilizadas en los tribunales (CAMACHO 1968: Loc. cit.). Por otro lado, recordar que la obra es una conjunción de fuentes es retomar la idea de un trabajo por hacer, cual es el de determinar en qué partes la influencia es de los glosadores —y de cuáles—, en qué otras del derecho hispano (Fuero Juzgo, Fuero Real, etc.) y en cuáles, además del canónico, de los Padres de la Iglesia, de los clásicos griegos y latinos, filósofos y teólogos medievales, etc.

A estos algunos autores han adicionado la presencia de la *Disciplina Clericalis* de Pedro Alfonso y de los Rrooles de Olerón (colección de Derecho marítimo), y aun de obras de origen hindú e islámico (Cfr. CAMACHO 1968: 1075).

Admitir estos orígenes mueve a reconocer lo titánico del esfuerzo y la excelencia del producto que, distribuida en siete partes, impuso el peso de su saber, con los años, al de la autoridad de las normas vigentes. Por eso la consulta frecuente de que era objeto y su mención ante los tribunales y en la doctrina, incluso hasta el siglo XIX, no es de extrañar.

C. *La Novísima Recopilación de las Leyes de España*

Como colección de textos legales, la Novísima es una obra atrasada para su tiempo. Ya al momento de su dación el resto de Europa contenía los gérmenes de la codificación, cuando no frutos maduros como el *Code Napoléon*.

A diferencia de las Partidas, la Novísima pretendió ser, en un principio, una reimpresión de la Nueva Recopilación de 1567 y de su técnica compiladora de normas legales. Sin embargo, la gran profusión de leyes nuevas y poco conocidas fomentó la necesidad de poner en orden el tráfigo legislativo y volver a dar unidad a la dispersidad normativa. A este cometido se abocó su autor, Juan de la Reguera, siempre dentro del molde compilador, sin obtener el resultado esperado, porque no se resolvieron los problemas anotados en el ordenamiento precedente.

Martínez Marina dirá que padecía de “falta de orden y método en la disposición de las materias, existencia de muchos anacronismos, reproducción de leyes superfluas y, en general, falta de sentido jurídico y de técnica en la legislación” (*En IRIBARREN 1938: 318*). A esto debe agregarse que la Nueva Recopilación y sus proclamados errores quedaron como fuente supletoria, en defecto de la Novísima.

La técnica de la recopilación se ubica, en verdad, en un punto intermedio en el tránsito que sigue el derecho occidental hacia su racionalización y sistematización. Ya el Liber Iudiciorum podría recibir el nombre de “recopilación”, en tanto constituye la selección de normas anteriores que se ordenan por materias, sin limitarse a un campo concreto. Empero, creemos que el Fuero Juzgo todavía reposa en la concepción antigua de jurisprudencia que “describe las ‘cosas’ que conforman el Derecho”. Sin ser propiamente un texto legislativo, las Partidas tienen otra concepción de

la jurisprudencia —siempre entendida como disciplina— y, por lo menos en la experiencia española que conocemos, es a partir de la obra alfonsina que empezamos a encontrar “recopilaciones”, esto es, repertorios legales con una lógica propia apuntando hacia la concordancia y posterior sistematización; a esta categoría responden el Ordenamiento de Alcalá (1348), el de Montalvo (1484), la Nueva Recopilación (1567) y la Novísima que comentamos.

Al llegar a este punto creemos haber planteado implícitamente las continuidades y rupturas que, al nivel de las fuentes, encontramos en el tratamiento de la ley. La Novísima, por su naturaleza, es una obra que mira al pasado, a diferencia de los códigos que, con nueva redacción, miran al futuro (BASADRE 198: 285); empero, por su ubicación en el tiempo, responde a una concepción distinta de la del Fuero Juzgo, no obstante reproducirlo casi textualmente (*Cfr.* leyes 1a. y 2a. del Lib. III, tít. 2°).

III. Continuidades y Rupturas en la Ley Castellana

Descrito el marco histórico en el que se sitúa la ley castellana, advertimos una primera línea de continuidad —evidente, mas por ello primera— en la propia mención que se hace del tema de la ley en las tres obras jurídicas mencionadas. El Fuero Juzgo, por ejemplo, dedica en especial el título II “De las Leyes”, del Libro I, “Del Facedor de las Leyes et de las leyes”. Las Partidas, por su lado, también atribuyen un lugar preminente a la ley: el título I, “que fabla de las leyes”, de la Partida I. Sólo la Novísima Recopilación “relega” la ley al Libro III, sobre Derecho Público, al destinar los dos primeros libros al Derecho Eclesiástico.

La importancia en tratar el tema de la ley, que se desprende del trazo realizado, no es original del Fuero Juzgo; desde antes encontramos en los autores romanos, recogidos en el Digesto (1.3.), una importante mención sobre la ley, mas también colocan los romanos en pie de igualdad a la costumbre (D. *loc. cit.*). En la organización de los códigos castellanos no encontraremos tal paralelo.

La ley es siempre entendida en su sentido estricto como “derecho escrito”, en oposición a la costumbre o “derecho no escrito”. Localizada en una comunidad o región, la costumbre no pretende regir sino a aquéllos que la practican y adoptan con el tiem-

po. La ley, por el contrario, aparece como un “decreto de hombres prudentes” (D. 1.3.1.), es decir, un “consultum”, una resolución, un acto de voluntad (autorizada o autoritaria). A diferencia de lo demás que conforma el Derecho, la ley es algo que se “establece” y ello es muy nítido en los textos castellanos.

Es muy probable que los tres cuerpos jurídicos respondan a la necesidad de reforzar, o extender, el poder central de la Corona y para ello es muy dúctil la ley. El Fuero Juzgo (FJ), por ejemplo, dedica todo el título I del Libro I al Fazedor de las leyes, esto es, al hombre que tendrá la responsabilidad de dar leyes “para el provecho del pueblo, pues los puede gobernar mejor”:

“El fazedor de las leyes non deve fazer el derecho por desputacion, mas deve fazer el derecho; ni deve fazer ley en contienda, mas ponerla ondradamientre [honradamente], ca no es conveniente cosa, que el entienda de fazer grand roydo [ruido], mas de fazer la ley, que sea a salvamiento del pueblo” (FJ Lib. 1º, tít. 1º, ley 2a.).

Luego, señalará que el “fazedor” dice (“diz”) la ley, la “manda tener”, en otras palabras, la existencia de la ley depende de la voluntad del legislador pero hemos de tener cuidado de atribuir, además, a esa voluntad el origen de la validez de la norma. Sin precisar mayormente, entre los romanos la ley no sólo es “consultum” sino también “invención y don de Dios” (D. 1.3.2.). Para los godos “la ley es por demostrar las cosas de Dios é que demuestra bien bevir, y es fuente de disciplina, é que muestra el derecho, é que face, é que ordena las buenas costumbres, é gobierna la ciudad, é ama iusticia, y es maestra de vertudes, é vida de tod el pueblo” (FJ Lib. 1º, tít. 2º, ley 2a.).

En las Partidas creemos encontrar una relación muy semejante a la anotada. Es condición de existencia de la ley que la dé el emperador o rey “sobre las gentes de su señorío”, porque “las que de otra manera son fechas non han nombre nin fuerza de leyes, nin deben valer en ningunt tiempo” (Part. 1a., tít. 1º, ley 12a.). Ratifica este aserto el que las leyes sean “establecimientos”, esto es, ordenanza, mandato: acto de voluntad. Empero, la misma norma continúa refiriendo que las leyes:

“son establecimientos como los homes sepan creer et guardar la fe de nuestro señor Jesu Christo complidamente asi como ella es; et otrosi de como sepan vivir los unos con los otros bien et ordenadamente segunt el placer de Dios, et otrosi segunt conviene á la vida deste mundo, veviendo en derecho et en justicia. . .” (Part. 1a., tít. 1º, ley 1a.),

con lo cual la validez no reposaría en el acto formal de la promulgación únicamente sino también en la concordancia entre el contenido de la ley y la doctrina católica, el derecho —¿natural?— y la justicia.

Sobre este particular, CAMACHO sostiene que la norma citada no se refiere a la ley (*ius scriptum*) sino al Derecho en general, porque esta ley “procede de la doctrina romana, con parcial traducción de textos inconexos. Para hablar de ley, los redactores de Ps. recogen los textos del que tratan de la Justicia y de los principios del Derecho (D. 1,1,10; Inst. 1,1,3). La confusión nace de una errónea interpretación que contiene la glosa [de Acursio] a Inst. 1,2,3; (*scriptum ius est.*). En tal sentido, en el texto de Ps., la palabra ley equivale también a Derecho y jurisprudencia” (1968: 1079). Nosotros, sin embargo de lo expuesto, creemos que se refiere al derecho escrito, lo cual no implica, como parece temer Camacho, que el Derecho en su conjunto pueda tener los mismos fines que la ley. El uso del término establecimiento así como la necesidad de que corresponda con el derecho y la justicia nos indican que se trata de la ley (*ius scriptum*).

Menos doctrinal y más dispositiva, la Novísima Recopilación refleja en el Lib. 3º, tít. 2º, ley 1a. la relación expuesta líneas arriba al reproducir las normas del Fuero Juzgo, con un tenor similar:

“La ley ama y enseña las cosas que son de Dios; y es fuente y enseñamiento y maestra de derecho y de justicia, y ordenamiento de buenas costumbres, y guiamiento del Pueblo y de su vida;”

Mas, expresada de este modo la condición de validez, nuevamente y esta vez con gran profusión, encontraremos reiteradas leyes ordenando se cumplan las vigentes. Así, la ley 3a. del citado

título 2º del Libro 3º, reproducirá el orden de prelación establecido en el ordenamiento de Alcalá y en las Leyes de Toro, para ser observadas en la solución de los litigios. Igual sentido tienen las leyes 4a., también sobre el ordenamiento de Alcalá, 6a., sobre la observancia de las leyes de Toro, 9a., sobre las leyes y ordenanzas del Consejo del Rey, 10a., sobre las leyes de la Nueva Recopilación de 1567, y 11a., sobre la observancia literal de las leyes del Reino no derogadas.

No podemos afirmar si la condición de existencia se impuso en la práctica a la de validez anotadas, subsumiéndolas, o viceversa; pero sí podemos advertir del propio tenor que se ha insistido en su imperatividad, existencia publicitada y generalidad en los distintos textos castellanos. Quizá, como señaláramos antes, con más empeño veamos la imperatividad en la Novísima al reiterar, una y otra vez, la vigencia de las leyes del Reino.

Con relación al modo de ser de las leyes, es decir, ingresando a otro nivel de relaciones, el Fuero Juzgo dice lo siguiente:

“La ley gobierna la cibdad, é gobierna á omne en toda su vida, é asi es dada a los barones, cuemo á las mugieres, é a los grandes cuemo á los pequennos, é asi á los sabios cuemo á los non sabios, é asi á los fijosdalgo cuemo á los villanos. . .” (Lib. 1º, tít. 2º, ley 3a.),

también,

“La ley deve ser manifesta, é non deve ninguno seer engannado por ella. Et deve seer guardada la costumbre de la cibdad”, (Idem, ley 4a.);

finalmente,

“Esta fué la razon porque fué fecha la ley, que la maldad de los omnes fuese refrenada, por miedo della, é que los buenos visquiesen [viviesen] seguramiente entre los malos; é que los malos fuesen penados por la ley, é dexasen de fazer mal por el miedo de la pena” (*Idem*, ley 5a.).

Generalidad (respecto de las personas), publicidad y coercibilidad son, pues, tres notas distintivas del derecho de hoy que ya encontramos en la legislación temprana española. Ciertamente, no pretendemos deducir de estos hallazgos un modelo de Derecho como el que manejamos hoy, preocupado en dar sustento u orden legal a una economía de mercado:

“El Derecho se presenta ante los germanos como un algo *inmutable, eterno*; en la época cristiana se hace derivar su origen del mismo Dios. Como parte de la ordenación divina del mundo, el Derecho no puede, por ello, ser creado por los hombres sino solamente ‘encontrado’ por ellos. El Estado ‘no hace’ el Derecho” (PLANITZ 1957: 23).

Así, estimamos confirmada la opinión de Planitz con la ley 2a. del Lib. 2º, tít. 1º, atribuída a Recesvinto en la inscripción inicial, donde dice:

“Onde si alguno quiere obedecer á Dios, deve amar iusticia, é si la amar, deve fazerla todavía, y estonze ama omne la iusticia mas verdadera mientre, é mas firmemiente, quando tiene un derecho con su próximo”.

Cabe interrogarse, en todo caso, si estos aspectos son propios de una concepción objetiva de ley o si, por lo menos, nos proporcionan los antecedentes morfológicos de la concepción occidental. Por otro lado, cabría preguntarse también si la formulación transcrita del Fuero Juzgo es típicamente germana o romana porque las fuentes romanas escuetamente señalan que “ley es aquello á que conviene que todos obedezcan. Conviene [la ley] que para buenos y malos sea presidente, y príncipe y caudillo; y que conforme a estos sea regla de justos é injustos” (D. 1.3.2.), aludiendo, según nuestro entender, a la generalidad de las normas. Indica, además, el Digesto que “la virtud de la ley es esta: mandar, vedar, permitir, castigar” (1.3.7.), en lo que hoy describiríamos como coercibilidad y omite, hasta donde sabemos, alguna referencia explícita a la publicidad de las leyes.

Las Partidas recogen la generalidad —e imperatividad— en la ley 15a. del título 1º de la Partida 1a.:

“Todos aquellos que son del señorío del facedor de las leyes sobre quien las él pone son tenudos de las obedescer et guardar, et judgarse por ellas, et non por otro escripto ninguno de otra manera fecho”,

la coercibilidad, en la definición que hace de la ley:

“Ley tanto quiere decir como leyenda, en que yace enseñamiento et castigo que liga et apremia la vida del home qui non faga mal, et que muestra et enseña las cosas que home debe facer et usar” (Part. 1a. tít. 1º ley 4a.),

antes, en la ley 3a.:

“(. . .) Otrosi en saber refrenar el mal, et tollello [eliminarlo], et escarmentallo en los tiempos et en las sazones que ha menester, catando los fechos quales son, et quien los face, et de que manera et en quales lugares.”,

y, por último, en la ley 5a., recogiendo el texto romano antes citado, se dice:

“Las virtudes de la leyes son en siete maneras: la primera es creer, la segunda ordenar las cosas, la tercera mandar, la quarta ayuntar, la quinta gualardonar [premiar], la sexta vedar, la setena escarmentar. . .”.

No encontramos en los textos tenidos a la vista mención alguna a la publicidad aunque sí denota el contexto dicho elemento por la forma en que se ha redactado todo este título 1º.

La Novísima Recopilación, por su parte, reúne tanto el Fuero Juzgo como las Partidas en cuanto a generalidad, coercibilidad y publicidad:

“La ley ama y enseña las cosas que son de Dios. . . ; y su efecto es mandar, vedar, punir y castigar: y es la ley comun así para varones como para mugeres, de cualquier edad y estado que sean; y es tambien para los sabios como para los simples, y es así para poblados como para yermos; y es guarda del Rey y de los Pueblos. Y debe la ley ser manifiesta, que todo hombre la pueda entender, y que ninguno por ella resciba engaño, y que sea conveniente á la tierra y al tiempo, y honesta, derecha y provechosa” (Lib. 3º, . . . tít. 2º, ley 1a.),

con igual sentido se sigue en la ley 2a.:

“La razón que nos movió á hacer leyes fué, porque por ellas la maldad de los hombres sea refrenada, y la vida de los buenos sea segura, y por miedo de la pena los malos se excusen de hacer mal. Y establecemos, que ninguno piense de mal hacer, porque diga que no sabe las leyes ni el Derecho; ca si hiciere contra ley, que no se pueda excusar de culpa por no la saber”.

Es interesante anotar los diferentes énfasis que se advierten en los discursos legislativos similares. Tal como lo indicáramos líneas arriba, la ley en el Fuero Juzgo pertenece o proviene de un derecho ya establecido por Dios y con ella le adosamos la fuerza y el poder de la autoridad al convertir, precisamente, ese derecho en “ley” (consultum).

El mundo medieval y las Partidas reflejan de algún modo ese tránsito entre lo antiguo y lo moderno. La autoridad y origen divinos son medulares aún, pero se van agregando otros elementos externos (materiales) cada vez con más nitidez; se vincula, por ejemplo, a la ley la posibilidad del castigo en la ley 4a. de un modo que no se apreciaba en el Fuero Juzgo ni se repetirá en la Novísima. En ésta, sin embargo, se recogen las nuevas tendencias jurídicas al exigir la formalidad para que se reconozca a una norma como ley:

“que ninguna ley, regla ó providencia general nueva se debe creer ni usar, no estando intimidada ó publi-

cada por pragmática, cédula, provision, órden edicto, pregon ó bandos de las Justicias ó Magistrados públicos;" (Lib. 3º, tít. 2º, ley 12a.),

pero debemos precaver siempre de cualquier exceso en reconocer la modernidad de las normas. Así, la Novísima hace alusión a la publicidad de la ley recurriendo a la presunción de inexcusabilidad del conocimiento de la ley, contenida en la trascrita ley 2a. del tít. 2º, Lib. 3º. Curiosamente, este cuerpo legal no cita un texto del Fuero Juzgo muy similar, atribuido a Recesvinto que reza así:

"(. . .) E por ende ninguno no asme [ansíe] de fazer mal, por decir que nonsabe las leyes, ni el derecho. Ca el que mal fiziere, non deve seer sin pena, maguer que diga, que non sabie las leyes ni el derecho." (Lib. 2º, tít. 1º, ley 3a.);

ni recoge la ley 20a. tít. 1º, de la Part. 1a., que dispone lo mismo. Repárese, eso sí, en que el Fuero Juzgo no se limita a la ley sino que presume el conocimiento del derecho también, en clara alusión a lo reseñado atrás sobre la naturaleza del derecho germánico, y que las Partidas distinguen, a la usanza escolástica, quiénes pueden excusarse por razón de enfermedad mental, minoría de edad y legítima defensa en estado de guerra (Part. 1a., tít. 1º, ley 21a.).

Otra línea evolutiva sobre el sentido de la ley es la que nos dan las fuentes sobre la interpretación de las mismas. El Fuero Juzgo, en la trascrita ley 4a., tít. 2º, Lib. 1º, dispone que la ley "deve seer guardada segund la costumbre de la cibdad" y, antes, en el Lib. 1º, tít. 1º, ley 9a., se señala que el Rey "ante deve él emendar las leyes, que las costumbres de los omnes", situando en un lugar prominente a la costumbre; tanto quizás, aunque no se expresa de ese mismo modo, como lo referían los romanos: Pero también aquello que se ha comprobado por larga costumbre y observado por muchísimos años, como tácito convenio de los ciudadanos, se guarda no menos que las leyes que están escritas" (D. 1.3.35.).

En las Partidas la interpretación de las leyes no se orienta por la costumbre sino recordando a los glosadores, "parando siempre

mientes en el verdadero entendimiento dellas á la mas sana parte et mas provechosa segunt las palabras et razones que hi fueren puestas. . .” (Part. 1a., tít. 1º, ley 13a.).

Por su lado, la Novísima no menciona en el título de las leyes norma alguna sobre la interpretación, aunque podríamos vincular al tema la contenida en la ley 11a., tít. 2º, Lib. 3º:

“Todas las leyes del Reyno, que expresamente no se hallan derogadas por otras posteriores, se deben observar literalmente, sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso”.

Nótese cómo, sobre un mismo fin, la interpretación de las leyes, encontramos diferentes énfasis en tanto provienen de distintos contextos históricos. Aquí no sólo se rechaza la costumbre abrogante sino que, además, se exige una interpretación *literal*, excluyendo nuevamente a la costumbre.

* * *

El tema de la ley es de aquellos cuya amplitud los hace difícilmente agotables; no ha sido, por ello, ese nuestro propósito. La ley, empero, es el centro de nuestros ordenamientos jurídicos —tanto así que llegó a ser casi el único objeto susceptible de ser llamado Derecho— por lo que nos ha interesado mostrar, en el discurso legislativo, y ahora histórico, las líneas entrecruzadas, difíciles, en verdad, de destejer, de continuidades y rupturas. Creemos que ni unas ni otras son definitivas; simplemente “son” o “están” y en ese sentido informan el Derecho. Nuestro propósito ha sido, pues, mostrar antes que demostrar, pero de una manera especial: aquélla que, siguiendo a Foucault, muestra el objeto de estudio como un “enunciado”. La ley ha sido aquí un “enunciado”:

“el enunciado, a la vez que surge en su materialidad, aparece como un estatuto, entra en unas tramas, se sitúa en campos de utilización, se ofrece a trasposos y a modificaciones posibles, se integra en operaciones y en estrategias donde su identidad se mantiene o se

pierde. Así, el enunciado circula, sirve, se sustrae, permite o impide realizar un deseo, es dócil o rebelde a unos intereses, entra en el orden de las contiendas y de las luchas, se convierte en tema de apropiación o de rivalidad”.

(Arqueología del Saber)

BIBLIOGRAFIA

- ALFONSO X, el Sabio, *Las Siete Partidas del Rey don. . .* París, Lib. de la Rosa y Bouret, 1861. T. I.
- BASADRE, Jorge,
1937 *Historia del Derecho Peruano*. Lima.
1985 *Fundamentos de la Historia del Derecho*. Lima, Edigraf, 2a. ed.
- CAMACHO EVANGELISTA, Fermín
1968 *Acursio y las fuentes romanas de las Partidas*. Milán, Dott. A. Giuffré Ed.
Digesto.
Instituciones de Justiniano. Lima, Mesa Redonda, 1986.
- IRIBARREN, Juan Antonio
1938 *Historia general del Derecho*. Santiago (Chile), Nascimento.
- LARDIZABAL Y URIBE, Manuel de
1815 *Discurso sobre la legislación de los wisigodos y formación del Libro ó Fuero de los jueces, y su version castellana*. En: FUERO JUZGO por la Real Academia Española. Madrid, Ibarra.
- MINGUIJON, Salvador
1927 *Historia del Derecho Español*. Barcelona, Labor. T.I.
- MOLITOR, Erich y SCHLOSSER, Hans
1980 *Perfiles de la Nueva Historia del Derecho Privado*. Barcelona, Bosch.
- PLANITZ, Hans
1957 *Principios de Derecho Privado Germánico*. Barcelona, Bosch.

SALA, Juan

1867 *Sala Adicionado o Ilustración del Derecho Español.*
París, Lib. de Garnier hermanos. T. I.

TAMAYO Y SALMORAN, Rolando

1983 *La jurisprudencia y la formación del ideal político.*
México D.F., U.N.A.M.