

FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE

Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

MANUAL
DE
HISTORIA DEL DERECHO
ESPAÑOL

4.ª edición

tecnoS

CAPÍTULO XVII

ENTRE ABSOLUTISMO Y PACTISMO

1. UNIDAD DE LA MONARQUÍA Y DIVERSIDAD DE LOS REINOS Y DE SUS RESPECTIVOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Desde los Reyes Católicos la Monarquía hispánica se compuso de dos Coronas, las de Castilla y Aragón, y desde 1580 a 1640 (fechas de la incorporación y de la separación de Portugal) de tres. El monarca, en cuanto titular del poder estatal, ejercía su soberanía sobre los diferentes reinos integrados en las Coronas y oficialmente se titulaba rey de cada uno de ellos y señor de Vizcaya y príncipe de Cataluña. Pero su poder no era uno y el mismo en cada territorio, porque cada reino conservaba su personalidad jurídico-política, su constitución, y dentro de ellas los límites al poder del rey eran distintos. Los diferentes sistemas normativos expuestos hasta aquí se conservaron por debajo de la integración de la Monarquía durante los siglos XVI y XVII.

España era una comunidad de naciones y muchos textos de esas dos centurias aluden a este hecho. Hay un sólo Estado, una sola Monarquía, un solo soberano. Pero hay diversidad de reinos y de sistemas jurídicos. Y hay, además, otra realidad acaso más profunda y permanente, y fuente innegable de muchas complejidades: los "naturales" de cada reino, quienes han "nacido" en él, componen la "nación" de los castellanos o de los valencianos, de los vizcaínos o de los aragoneses. No hubo en los naturales de cada tierra diferenciada histórica, jurídica y lingüísticamente una voluntad de independencia o de separación respecto a los demás núcleos integrantes de España. Tales fenómenos sólo se dieron en 1640 en Portugal y Cataluña, con muy distinto resultado como es bien sabido. Pero sí que hubo en todo caso una decidida voluntad de mantener el propio Derecho, las instituciones peculiares de cada reino, la constitución política heredada.

Esta compleja y radical realidad (unidad de la Monarquía, diversidad de los reinos) provocó tres tipos de fenómenos que debemos estudiar aquí. Existió, en primer lugar, lo que Lalinde ha denominado "ósmosis hispánica", consistente en que la Monarquía, siendo única y con unidad de política, trasvasó con relativa frecuencia instituciones castellanas a la Corona aragonesa o tomó instituciones originales en este ámbito para introducirlas en Castilla o incluso en Indias. Esta política de ósmosis canalizada por la Monarquía de modo especial a fines del siglo XV o principio del XVI no provocó protestas ni resistencias, porque en general permitió el enriquecimiento de un sistema normativo e institucional con elementos y experiencias ajenas, pero convenientes y adecuados. Como forma amortiguada de este fenómeno podríamos señalar también la influencia ejercida por instituciones de cualquiera de los sistemas hispánicos sobre los otros; influencias directas, sin intervención de la Monarquía, que operaban

por el mero hecho de la contigüidad entre los distintos sistemas jurídicos. Estos coexistían y se relacionaban y por consiguiente tenían que influirse recíprocamente, por ósmosis o por inducción, sin que esto pusiera en peligro su respectiva independencia.

Mayor conflictividad encerraba otra realidad, lo que aquí llamaremos la tentación unificadora. Castilla fue la base y la sede de la Monarquía hispánica y aun de la Monarquía universal. "Madrid, silla del Imperio". Castilla era la tierra económica y demográficamente más rica en España a fines del xv y a lo largo del xvi. De la nobleza castellana eligieron los Austrias sus más directos y dilectos colaboradores. Los pecheros castellanos soportaron una increíble presión fiscal para recaudar fondos con los que financiar la política exterior de la Monarquía. El sistema jurídico-político de Castilla fue, en su raíz bajomedieval y en su funcionamiento posterior a la guerra de las Comunidades, el más propicio para la Monarquía, el que menos resistencia ofreció a la concepción absolutista del poder real.

Ahora bien, cuando en el siglo xvii, exhaustas ya las gentes pecheras de Castilla, la Monarquía trató de obtener el apoyo militar y financiero de los otros reinos de España, éstos se escudaron en sus barreras institucionales para resistir frente a la política real. Es entonces cuando la Monarquía, no tanto el rey, como su valido, comprenden que la lógica interna del absolutismo conduce a la unificación del Derecho. Si todas las leyes de España fuesen iguales, el monarca gobernaría con mayor facilidad y su poder sería mayor. Siempre y cuando, naturalmente, esas leyes fuesen las de Castilla. De este modo, la tendencia a la unificación del Derecho se entiende como equivalente a la expansión del Derecho de Castilla, a la imposición de este Derecho a los demás reinos hispánicos. Y ello no tanto por "castellanismo" emocional, sino porque tal sistema jurídico era el más cómodo para un monarca absoluto.

En un Memorial secreto dirigido por el conde duque de Olivares a Felipe IV en 1624, en el que le recomienda cómo debe gobernar y comportarse con los diferentes estamentos sociales y con los distintos reinos de España, Olivares aconseja explícita y rotundamente al rey la unificación del Derecho sobre la base del de Castilla. "Tenga V. M. por el negocio más importante de su Monarquía —dice Olivares— el hacerse rey de España: quiero decir, señor, que no se contente V. M. con ser rey de Portugal, de Aragón, de Valencia, conde de Barcelona, sino que trabaje y piense, con consejo mudado y secreto, por reducir estos reynos de que se compone España, *al estilo y leyes de Castilla sin ninguna diferencia*, que si V. M. lo alcanza, será el Príncipe más poderoso del Mundo".

El consejo de Olivares es bien claro: lo que él intenta es suprimir la personalidad jurídica y política de los reinos, convertir esa plural y compleja realidad de los reinos y naciones (en el sentido de entonces) de España, en una realidad jurídica y política homogénea y unificada sobre la base del Derecho de Castilla. De momento, hasta finales del siglo xvii esta tentación unificadora y castellanizante no prosperó. Pero las tentaciones suelen ser compulsivas, se repiten, sobre todo si están dentro de la coherencia interna de las cosas; en este

caso, de la lógica interna del poder entendido como absoluto. En el siglo XVIII la tentación se repitió, con distinto resultado.

Un tercer tipo de problemas, distintos a la ósmosis-institucional y a la frustrada tendencia unificadora, fue el enfrentamiento entre los reinos y el monarca en función de su respectiva forma de entender el poder real y el Derecho de los reinos. El rey intentó con frecuencia que su voluntad predominase por encima del Derecho de cada reino y que las normas emanadas de su voluntad, de su poderío real absoluto, pudiesen derogar y vulnerar las normas procedentes del Derecho pactado entre el rey (él o sus antecesores) y los reinos. Este problema surgió, como ya hemos visto, durante la Baja Edad Media y en cada lugar se resolvió de un modo más o menos favorable al Derecho regnícola, más o menos limitativo para la voluntad del rey.

Pero el problema se hizo más agudo a partir del momento de la unificación de la Monarquía y la consolidación del Estado. Porque cada reino procuró que el monarca continuase comportándose allí como se comportaría si sólo fuese rey de ese reino, esto es, respetando y jurando respetar el Derecho del mismo. Sin embargo, los reyes tendían a trasladar a ámbitos no castellanos un modo de actuar que el Derecho castellano sí les permitía, esto es, un modo de reinar poco respetuoso con límites jurídicos procedentes del Derecho del reino. Por el contrario, los reinos procuraron fortalecer los mecanismos de defensa del ordenamiento jurídico regnícola frente a un rey ausente, que normalmente residía en Castilla y que con frecuencia se resistía a aceptar los límites jurídicos que los reinos y territorios no castellanos le presentaban.

Este orden de problemas es el que estudiaremos aquí. Para ello examinaremos en primer término la concepción absolutista del poder real y las consecuencias que de ella se derivaban a propósito del Derecho, y después analizaremos los diferentes mecanismos institucionales por medio de los cuales los reinos trataron de defender sus respectivos ordenamientos frente al rey.

2. LA CONCEPCIÓN ABSOLUTISTA DEL PODER REAL. SUS CONSECUENCIAS NORMATIVAS. LOS POSIBLES LÍMITES DE LA "PLENITUDO POTESTATIS"

a) *Absolutismo y divinización del rey*

Un escritor del siglo XVII, Alamos de Barrientos, caracterizado por su realismo político y por cierta amargura de sus "aforismos" o sentencias escribió, a propósito de las leyes y de su valor, el siguiente texto: "Poco suelen valer y aprouechar las leyes contra quien puede y quiere contradézirlas", es decir, contra el príncipe. O como se decía en la Castilla del siglo XV: "allá van leyes, do quieren reyes". Con unas u otras palabras se plantea el mismo problema: ¿de qué sirven las leyes en relación con el príncipe? ¿Está el príncipe obligado a cumplirlas? O, por el contrario, ¿es cierto el viejo texto de Ulpiano que nos advierte de que "Princeps legibus solutus est"? Aunque vamos a analizar las consecuencias de este problema referidas al período ahora estudiado (desde fines del XV hasta la muerte de Carlos II en noviembre de 1700) es inevitable

retrotraernos a las raíces bajomedievales de este tema. Veamos lo que en pleno siglo xv decía al respecto algún rey castellano y lo que por entonces, y aun antes, escribieron los comentaristas del Derecho común.

Ya sabemos que la imagen del príncipe legislador fue reconstruida y difundida por glosadores y comentaristas. En cuanto legislador, el príncipe puede dar leyes nuevas y derogar las anteriores. Aquí surge un primer obstáculo, tantas veces mencionado: ¿han de ajustarse las leyes del príncipe, sus Pragmáticas, a otras leyes superiores, las dadas en Cortes? La visión absolutista del poder contestará afirmando que el príncipe no tiene por qué reconocer límites jurídicos a su poder legislativo. Ya vimos cuál fue de hecho en cada reino el papel y el rango de las Pragmáticas.

Pero el problema tenía una segunda faceta, tan importante como la anterior. Mientras las leyes están vigentes y no han sido derogadas por el príncipe, ¿está éste obligado a cumplirlas? O por el contrario, ¿puede dar actos de gobierno, tomar resoluciones administrativas contrarias a las leyes vigentes y por lo tanto lesivas contra los súbditos y contra los derechos a éstos reconocidos por las leyes?

Para razonar el sometimiento del príncipe a las leyes civiles vigentes en su reino, los teólogos y los juristas del bajo medioevo utilizaron principalmente un texto del *Codex* y una idea de Santo Tomás. Aquél era una Constitución (C. 1, 14, 4), la "Digna vox" que alababa a aquellos príncipes que se declaraban sometidos a las leyes. La idea de Santo Tomás era una sutil distinción por él establecida entre la fuerza coactiva ("vis coactiva") de la ley, que obliga a cumplirla bajo pena, y la fuerza directiva ("vis directiva") consistente en el valor que toda ley encierra en cuanto orientación o dirección de la conducta; sentada esta distinción, Santo Tomás añadía (*Summa*, I, II 9.96. art. 5) que el príncipe no estaba obligado a la fuerza coactiva de la ley, pues nadie tenía poder para imponerle penas, pero sí debía someterse a la "vis directiva". No obstante, es claro que este deber era de carácter ético, pero no exigible jurídicamente.

Un comentarista del xiv, Alberico de Rosate, muerto en 1354, realizó un importante desarrollo del tema de la vinculación del príncipe a las leyes, distinguiendo entre su "potestas ordinata et limitata" y su "potestas absoluta" o "plenitudo potestatis". Ambas son facultades del príncipe, modos de obrar; cuando el príncipe quiere, puede usar de su potestad ordenada y actuar con arreglo a la ley, reconociéndola como un límite; pero el príncipe puede usar también de su potestad absoluta, de la plenitud de su poder, y cuando la ejerce no está sometido al Derecho, porque la potestad absoluta está por encima de toda ley.

Aunque en principio Alberico de Rosate opinaba que el príncipe podía libremente elegir entre actuar con arreglo a una u otra forma de poder, lo cierto es que los juristas italianos del xv trataron de advertir que sólo con causa justa o en casos extraordinarios podía el príncipe usar de su "potestas absoluta". Esta fue también, por ejemplo, la postura defendida por el jurista valenciano Pedro Belluga en su *Speculum Principis* (obra escrita en 1441), para quien la "potestas absoluta" debe ser entendida como potestad extraordinaria. Dentro de

esta línea tendente a restringir el uso de la potestad absoluta se insistió también por parte de los juristas en la idea de que los actos de gobierno del príncipe contrarios al Derecho vigente en su reino sólo serían válidos cuando contuvieran una expresa cláusula derogatoria o suspensiva de la vigencia de aquellas leyes contra las que tales actos iban.

Los reyes, y muy en particular los de Castilla, utilizaron estas cláusulas profusa y libremente, y siempre que querían hacer o mandar algo contrario a Derecho, se limitaban a incluir en su mandato o disposición tales cláusulas; por ejemplo, la fórmula "ex certa scientia", que indicaba que el rey era consciente de que tal acto o mandamiento de gobierno era contrario a las leyes, o las fórmulas "motu proprio", "de mi poderío real absoluto" u otras análogas, indicativas de que el rey imponía su voluntad por encima de las leyes, "non obstante aliqua lex".

Son muchos los textos reales alusivos a este modo de entender el poder real como absoluto, es decir, como superior al Derecho y desligado de éste. Pocos, sin embargo, tan expresivos como uno de Juan II de Castilla en 1439. Dirigiéndose a muy altos dignatarios de su corte les recuerda que todos ellos y todos sus súbditos están obligados a cumplir su voluntad "con toda umildad e rreuerencia" y que nadie puede atreverse ni siquiera a murmurar contra el rey, pues así está establecido por toda ley y Derecho divino y humano, canónico y civil, y todo el Derecho común "e especialmente por las leyes de mis reynos", es decir, las de Castilla. "*Según las quales, tan grande es el derecho del poder del rey, que todas las leyes e todos los derechos tiene so sy, e no lo ha de los hombres, mas de Dios, cuyo lugar tiene en las cosas temporales*".

Este muy explícito texto enlaza la superioridad y absolutismo del poder real con otra idea: el origen divino del mismo. De ahí, de la teoría del derecho divino de los reyes se extraerá otra importante consecuencia: si el rey tiene el poder de Dios, sólo a Dios deberá rendir cuentas y responsabilidad por su ejercicio. Maravall ha estudiado cómo esta divinización de la figura del rey, tan tempranamente sostenida por Juan II, se generalizó en el siglo XVII y se hizo perceptible en multitud de textos. A los por él citados podríamos añadir uno procedente de un jurista castellano, Castillo de Bobadilla (muerto hacia 1605): "También llaman al rey los derechos civiles, canónicos y reales Dios en la tierra, y quien menosprecia a él, menosprecia a Dios". El absolutismo desembocaba así en la divinización del monarca.

b) *Los límites extrajurídicos de la soberanía absoluta*

Pero por muy extendida que estuviese, y lo estaba ya mucho en el siglo XVII, la sacralización de la persona y del poder del rey, hubo también, en los siglos XVI y XVII una tendencia orientada a señalar límites al poder absoluto del monarca.

En primer lugar, que el rey pudiese actuar contra el Derecho positivo no significaba que el Estado, es decir, cada una de las instituciones reales colectivas (Consejos, Audiencias...) o unipersonales (los funcionarios u oficiales del rey)

podiesen también actuar del mismo modo. Sólo el príncipe quedaba exento del deber de cumplir el Derecho. Excepcionalmente aquella o aquellas instituciones (el Consejo Real, en algún momento la Audiencia castellana, por ejemplo, con Enrique IV) que se consideraban identificadas con la persona del rey y como representantes suyos, actuaban también en ocasiones al margen de o en contra del Derecho. No era lo ordinario. Lo normal era el reconocimiento del Derecho como superior a la voluntad de cada órgano o funcionario. Pero el ejemplo del absolutismo real impulsaba a un amplio margen de discrecionalidad o de arbitrio por parte de los oficiales del rey a la hora de actuar. Así ocurría, por ejemplo, con el amplísimo ámbito del arbitrio judicial.

Por otra parte, muchos y sobresalientes teólogos y juristas de los siglos XVI y XVII en España mantuvieron la tesis tomista de la sumisión del príncipe a la "vis directiva" de la ley; así, Vitoria, Soto, Azpilcueta, Covarrubias y Suárez. Y otros como Mariana y Vázquez de Menchaca defendieron incluso la sumisión del Príncipe a la "vis coactiva".

Otro esfuerzo, retórico en la forma y acaso desesperado en el fondo, tendente a limitar la conducta del rey fue la apelación a su educación cristiana. En el barroco la educación moral y virtuosa del príncipe es contemplada como una esperanza. Si el príncipe es bueno, virtuoso, prudente; si está adornado de las virtudes cristianas, todo irá bien en la república. "Siendo Dios por quien reinan los reyes (escribía hacia 1640 Saavedra Fajardo) y de quien dependen su grandeza y sus aciertos, nunca podrán errar si tuviesen los ojos en El".

Dentro de esta misma línea, se afirmaba que el rey debía siempre obedecer la ley divina, el Derecho natural y de gentes. Si no lo hacía, el soberano dejaría de ser un buen rey cristiano y se convertiría en un tirano. El tema de la resistencia al tirano, e incluso el del tiranicidio, se estudiaba por teólogos y juristas, Mariana en especial, dentro de esta perspectiva, como justa oposición al rey injusto.

Pero todas estas consideraciones colocaban los posibles límites al poder real fuera del ámbito del Derecho. No son límites jurídicos y políticos, sino meras recomendaciones éticas, no exigibles jurídicamente. No son éstos unos límites institucionales y normativos. El moralismo y la esperanza en la buena educación y virtudes del príncipe parecen ser las únicas armas depositadas en manos de los súbditos.

c) *Las "Leyes fundamentales" y la Constitución política, como posibles y conflictivos límites de la soberanía absoluta*

Hubo (en Inglaterra sobre todo, pero también en Francia y en España) pensadores que trataron de establecer frente al poder real unos límites positivados en leyes vigentes. Se intenta hacer compatible la noción de soberanía absoluta con el obligado cumplimiento por parte del príncipe de algunas normas, no de Derecho natural sino de Derecho positivo; a esas determinadas normas obligatorias algunos autores las denominan "Leyes fundamentales". Era difícil hacer lógicamente compatibles la noción de soberanía absoluta y la de Leyes funda-

mentales. Pero en la historia hay exigencias más fuertes que las de la lógica; por ejemplo, las de los intereses.

Muchos autores franceses y casi todos los ingleses de finales del siglo XVI y del XVII afirman o insinúan la idea de que el rey está obligado a respetar, a obedecer y a no derogar determinadas leyes civiles sin las cuales el orden social y estatal es inconcebible. Leyes que en cierto modo “constituyen” la base o “fundamento” del poder real, del Estado y de la misma sociedad. Casi ningún autor elude el tema en Francia o en Inglaterra. Pero es fácil distinguir a propósito del mismo dos direcciones: una restrictiva, que podemos personificar en Bodino, y otra que con mayor amplitud trata de ensanchar el número y contenido de tales “Leyes fundamentales”; varios autores ingleses y entre nosotros el P. Mariana representan esta segunda orientación.

Bodino fue el más difundido teórico de la noción de soberanía absoluta. En su obra (tempranamente traducida al castellano por Gaspar de Añastro en 1590) se configura el concepto de soberanía o de suprema autoridad del príncipe y se considera que ésta se caracteriza por ser perpetua, inalienable, imprescriptible e indelegable. “Esta autoridad —dice Bodino— es absoluta y suprema, porque no tiene otra condición que obedecer lo que la ley de Dios y la natural manda”, de tal manera que “el príncipe es libre de la autoridad de las leyes”.

Y, sin embargo, el propio Bodino, defensor del poder real absoluto, considera que el príncipe tiene obligación de respetar ciertos principios del orden establecido. Bodino estima que el rey está obligado a proteger y respetar la propiedad privada de los súbditos. Afirma también que no puede derogar determinadas leyes “que tocan al estado y establecimiento del reino” y que están como “anexas e incorporadas a la Corona”. Bodino, además del respeto a la propiedad sólo menciona como tales leyes limitativas y al mismo tiempo “constitutivas” del poder real, la ley de sucesión a la Corona y la de inalienabilidad del patrimonio real.

Mariana es entre nosotros un tardío exponente (en 1599) del pactismo político medieval. Para él, como ha estudiado Delgado Pinto, los límites del poder real se derivan de que el pueblo no ha delegado en el príncipe todo poder; la república conserva cierta autoridad, y las “Leyes fundamentales” son aquellas leyes positivas vigentes en cada reino que constituyen las cláusulas del contrato por el cual la república cedió su poder al rey. Mariana considera que este carácter de normas fundamentales de la organización social y política lo poseen tres leyes: la que establece el orden de sucesión a la Corona, la relativa a la percepción de impuestos y la que asegura el respeto a la religión propia del pueblo.

Glosando el pensamiento de Mariana, es fácil comprender que con el obligado respeto real al orden de sucesión a la Corona se trata de garantizar la seguridad jurídica respecto a la transmisión hereditaria de la misma. Seguridad que interesa no sólo a los posibles herederos en cada caso, sino a los súbditos todos para evitar guerras sucesorias. En cuanto a las otras dos leyes fundamentales, es claro que Mariana trata de proteger los privilegios fiscales de los esta-

mentos de la nobleza y clero, así como también la religión y con ella a la Iglesia como poder establecido.

De este modo, las leyes fundamentales se nos muestran como un puente ideológico construido principalmente para proteger a los estamentos privilegiados frente a la soberanía absoluta del príncipe. Una vez más conviene comprender que el pactismo, en cualquiera de sus manifestaciones, no fue nunca (no podía serlo) una forma de "democratización" del poder o algo parecido, sino una fórmula para reconocer la alianza objetivamente ineludible entre la Monarquía y los estamentos privilegiados.

Estos mismos principios teóricos aparecen también en Saavedra Fajardo; aunque él no hable de "leyes fundamentales", sí recomienda al rey que no caiga en la tentación de "abajar la nobleza, deshacer los poderosos y reducirlo todo a la autoridad real". A su juicio, "no es menos soberano el que conserva a sus vasallos sus fueros y privilegios que justamente poseen. *Conténtese con mantener su Corona con la misma potestad que sus antepasados*".

Los textos de los pensadores nos interesan aquí como expresiones de la realidad de los hechos sociales de aquel momento. Mientras ellos, en el plano de la doctrina, esbozaban sus ideas, los estamentos privilegiados de cada uno de los reinos de la Monarquía se esforzaban por combatir y compartir de modo simultáneo el poder del Estado. Lo compartían ocupando los cargos de colaboración con el rey, si bien éstos permanecieron con mucha frecuencia más al alcance de los castellanos, que no al de los otros súbditos. Lo combatían defendiendo sus privilegios, su exención fiscal, su propiedad señorial; lo combatían, defendiendo su posición social eminente, actitud lógicamente conservadora.

Por eso la idea de conservar o mantener la Corona tal como el rey la recibió de sus antepasados no es sólo un deseo de Saavedra: era la meta perseguida por los estamentos privilegiados en cuanto interesados en conservar la estructura de la sociedad y la constitución política de la Monarquía. Ahora bien: una característica fundamental de la organización o constitución política era la diversidad de reinos y la de sus respectivos ordenamientos jurídicos.

De ahí que la defensa por parte de cada reino de su Derecho propio estuviera motivada en primer lugar por la continuidad histórica de una conciencia de diferencia, que hacía a cada reino (Aragón o Cataluña o Vizcaya o Navarra o Castilla...) saberse distinto a los demás, aunque integrando todos ellos una unidad compleja y superior: España. Pero también y en segundo lugar, porque los estamentos privilegiados que controlaban junto con las oligarquías urbanas las instituciones políticas tradicionales de cada reino (Cortes, Juntas, Audiencias...) se atrincheraron en ellas para resistir cualquier ataque procedente de la voluntad soberana del monarca contra sus privilegios estamentales o regnícolas.

Veamos ahora qué mecanismos institucionales se utilizaron en cada reino ("lato sensu") para defender jurídicamente y con eficacia su respectivo ordenamiento contra las posibles vulneraciones del monarca, tanto si éstas revestían la forma de normas generales, como si consistían en disposiciones de gobierno o en simples actos de gobierno del rey o de los oficiales reales.

3. MECANISMOS INSTITUCIONALES PARA LA DEFENSA DEL DERECHO PROPIO DE CADA REINO

a) *Consideraciones generales*

Por su propia esencia, tales mecanismos surgieron particularmente dentro de cada ordenamiento jurídico regnícola. Aunque hay semejanzas entre algunos, y a pesar de que hubo también un cierto trasvase de alguno de ellos fuera de su ámbito inicial, es necesario estudiarlos por separado y con referencia a su respectivo reino. Como se señalará en cada caso, su eficacia fue muy diferente.

b) *El decisionismo castellano y la fórmula "obedézcase, pero no se cumpla"*

En Castilla hubo que luchar contra dos manifestaciones del autoritarismo real en relación con los modos de creación del Derecho. Por una parte, contra la preeminencia de las Pragmáticas frente a las leyes de Cortes; por otra, contra la validez de las disposiciones de gobierno contrarias a Derecho.

Del primero de estos fenómenos hemos hablado al señalar el triunfo de las Pragmáticas en Castilla, ya en el siglo xv. En el xvi y en el xvii las Cortes continuaron quejándose de tal hecho, pidiendo que para dar normas generales se reuniesen Cortes y que no se revocasen las leyes de Cortes por medio de Pragmáticas. En tal sentido insistieron, entre otras, las de Valladolid de 1506 y las reunidas en la misma ciudad en 1555, pero siempre sin éxito. Pocos años después, las Cortes de Madrid de 1579 se limitan, casi como si se tratase de una mera cuestión de cortesía, a pedir "que no se hagan ni promulguen ningunas Pragmáticas estando el Reyno junto", es decir, estando reunidas las Cortes. Y así continuó ocurriendo en adelante, sobre todo teniendo en cuenta que las Cortes ya no se reunieron a partir de la segunda mitad del siglo xvii. El triunfo de las Pragmáticas es uno de los síntomas de ese fenómeno que Lalinde ha denominado "el decisionismo castellano", como consecuencia del autoritarismo o mayor éxito del absolutismo real en Castilla tanto en la Baja Edad Media, como en los siglos de los Austrias. Contra esto no hubo ningún mecanismo eficaz en Castilla.

No obstante, las Cortes realizaron un último esfuerzo por ejercer la actividad legislativa junto con los reyes en los últimos años del siglo xvi y primeros del xvii. Se aprobaron entonces con cierta periodicidad unos elevadísimos impuestos, el llamado Servicio de Millones. Cada vez que lo otorgaban, las Cortes imponían al rey unas ciertas "condiciones del Servicio". Para cumplir y desarrollar muchas de éstas, los reyes promulgaron, de acuerdo con el reino, Pragmáticas o por lo menos Reales Cédulas. Las Cortes insistían en el carácter acordado de tales normas y exigían su cumplimiento "como si fueran leyes incorporadas en la *Nueva Recopilación*". De hecho, sin embargo, el rey y sus oficiales las incumplían con frecuencia sin que las Cortes tuvieran medios eficaces para impedirlo.

¿Qué sucedía, en efecto, cuando el rey no cumplía una ley sino que dictaba disposiciones de gobierno contrarias a las leyes vigentes? Ya en la Castilla de fines del XIV, como ha estudiado José Luis Bermejo, surgió la idea del "contrafuero", esto es de la existencia de documentos ("cartas") o mandamientos reales, de meras disposiciones administrativas, contrarias a las leyes, al Derecho, y constitutivas, pues, de contrafuero.

Sobre todo a partir de las Cortes de Burgos de 1379 y de las de Briviesca de 1387, así como de una Pragmática de Enrique III de 1397, se generaliza en Castilla la fórmula consistente en que tales disposiciones de gobierno contrarias a Derecho deben obedecerse, pero no cumplirse. El obedecimiento implica acatamiento respetuoso a la voluntad del rey; el no cumplimiento era en realidad, como ha escrito García-Gallo, "una suspensión de la aplicación de la ley, hasta que el monarca, informado del hecho, resolviese en definitiva". Diversas leyes castellanas incluidas en la *Nueva Recopilación* de 1567 (NR IV, 14 leyes 1 a 4) reconocían este principio.

La fórmula "obedézcase, pero no se cumpla" constituía, pues, un verdadero recurso por vicio intrínseco de ilegitimidad de las disposiciones contrarias a Derecho. En virtud del no cumplimiento, se suspendía la aplicación del mandato de gobierno (una Real Cédula, una Real Provisión) incurso en contrafuero y se suplicaba al rey su anulación. Nótese, sin embargo, que tales disposiciones no eran nulas de pleno derecho sino tan sólo anulables. Y añádase a esto que si el rey no quería anularlas y obligaba insistentemente a su cumplimiento, no cabía ya resistirse a su voluntad.

Por ello, la eficacia de este mecanismo contra el autoritarismo real y en defensa del Derecho de Castilla fue escasa. No obstante, se extendió a las Indias desde los primeros tiempos, teniendo allí, por lo que en su lugar oportuno diremos, muy superior eficacia.

c) *La defensa del Derecho del reino en Navarra*

También a Navarra se extendió desde los primeros tiempos de su incorporación a la Corona de Castilla la fórmula "obedézcase, pero no se cumpla", para defender el Derecho navarro de las Cédulas y mandamientos dados por el rey en agravio de las leyes del reino. Las Cortes de Pamplona de 1514 así lo pidieron y lo obtuvieron. Pero como tal medida era insuficiente, los navarros completaron su defensa del Derecho regnícola con otros dos mecanismos: la sobrecarta y el reparo de agravios.

La sobrecarta era un remedio preventivo. Consistía en que cualquier disposición real no podía ejecutarse en Navarra sin haber sido revisada por el Consejo Real de Navarra; si el Consejo entendía que tal disposición agravaba alguna ley del reino, es decir, contenía un contrafuero, la declaraba "nula y sin ningún efecto" y no permitía su aplicación. Este control preventivo de las normas de gobierno emitidas por el rey comenzó a practicarse de hecho por el Consejo de Navarra a mediados del siglo XVI y fue definitivamente consagrado por una ley dada en las Cortes de Sangüesa de 1561 e incluida después en las

recopilaciones del reino (*NoRN*, I, 4, 7). Las Cortes de 1632 y de 1709 reiteraron el derecho de sobrecarta.

Este mecanismo reforzó su eficacia desde el primer tercio del siglo XVII. En varias ocasiones fechadas en 1624, 1630, 1632, y en forma definitiva en las Cortes de Corella de 1665, la Diputación de las Cortes de Navarra, y en 1665 las mismas Cortes, insistieron en que la sobrecarta del Consejo debía realizarse con intervención de la Diputación. Téngase en cuenta que el Consejo estaba integrado por individuos nombrados por el rey y que casi nunca eran navarros, mientras que la Diputación era un organismo dependiente de las Cortes (y, por tanto, del reino) e integrado por naturales de Navarra. Pues bien, a través de la política llevada a cabo por las Cortes y la Diputación, ésta exigió y obtuvo el derecho a conocer toda disposición real antes de que el Consejo la sometiera a sobrecarta. De este modo, la Diputación podía oponerse a cualquier cédula o provisión real y exigir la nulidad de ésta. A este control ejercido por la Diputación como paso previo a la sobrecarta, se le denominó "pase foral". Así, pues, las disposiciones de gobierno emanadas del rey, al llegar a Navarra y antes de ser ejecutivas habían de obtener el pase foral de la Diputación y la sobrecarta del Consejo. Pero como la Diputación por sí sola no podía declarar la nulidad de los mandamientos reales, el pase foral no se consideró como una institución independiente, sino como un trámite o requisito integrado en el derecho de sobrecarta, destinado a reforzar la vigilancia ejercida por el Consejo.

A pesar de este control preventivo, podían cometerse contrafueros en agravio (es decir, en perjuicio) de las leyes del reino, bien porque una disposición real se ejecutase a pesar de la oposición de la Diputación y del Consejo, o bien, caso más frecuente, por simples actos de gobierno del rey, del virrey, de los tribunales o, en general, de cualquiera que, dependiendo del monarca, actuase contra lo establecido por los fueros de Navarra.

La denuncia del contrafuero podía ser realizada por cualquier corporación o individuo navarro. Las Cortes, o si éstas no estaban reunidas, su Diputación permanente, eran las encargadas de promover la reparación del contrafuero, o, como los navarros decían, "el reparo de agravios".

Como ha señalado Joaquín Salcedo, lo más frecuente era que el virrey reparase los agravios, sobre todo los de no gran importancia. Sin embargo, bien porque el virrey se negase a reparar determinado agravio, o bien porque se tratase de casos de especial entidad, el reino podía acudir al rey pidiéndole que reparase el agravio en cuestión.

Hubo algunos agravios no reparados por el rey, por negarse éste a reconocerlos pese a la petición del reino. Pero lo ordinario era que el rey reparase el agravio, declarando nula la disposición o el acto administrativo causante del contrafuero; en tales casos, la decisión real por la que se reconocía y reparaba el agravio tomaba el rango de ley principal del reino, y como tal se incluyeron muchos "reparos de agravios" en las recopilaciones navarras. De este modo, el Derecho del reino resultaba confirmado, fortalecido y aun desarrollado con ocasión de tales enmiendas de los contrafueros cometidos por el rey o sus oficiales.

d) *El "pase foral" en Guipúzcoa, Vizcaya y Alava*

En los tres territorios se ejerció el "pase" o "uso" foral consistente en admitir o rechazar aquellas "cartas", cédulas o provisiones reales que se estimaron contrarias a los privilegios y Fueros de los respectivos territorios. En cada uno de ellos el pase o control era ejercido por la Junta (en Alava y en Guipúzcoa) o por la Diputación (en Vizcaya).

En Alava el derecho del "pase foral" fue confirmado en 1644 y en 1703, pero sin duda se ejercía desde mucho antes.

En Guipúzcoa se alude a él, como uso practicado por la Junta, ya en una de las leyes de las *Ordenanzas* de Enrique IV de 1473, incluida después en el capítulo II del Título XXIX de la *Recopilación* de 1696. Fue expresamente confirmado el pase foral a Guipúzcoa en 1644 y en 1703.

En Vizcaya se recoge el principio castellano de obedecer, pero no cumplir las disposiciones reales contrarias a Derecho del señorío en dos leyes del *Fuero* de 1527. En la ley 11 del título I se dice que cualquier carta, provisión o mandamiento dado por el rey "que sea o ser pueda contra las *Leyes* o *Fueros de Vizcaya* directa o indirecta, que sea obedecida y no cumplida". En la ley 3 del título XXXVI, después de recoger el ya conocido orden de prelación de fuentes en Vizcaya, se añade que "todo lo que en contrario se sentenciare y determinare o se proveyere, sea en sí ninguno y de ningún valor y efecto". Este párrafo declara, por tanto, nulos todos los actos judiciales ("sentenciare") o administrativos ("determinare") contrarios al *Derecho de Vizcaya*, sin tener en cuenta quién pueda ser el autor de la sentencia o el acto. Y para que no quepa duda de que también se declaran nulas las provisiones reales ("proveyere"), se especifica a continuación de modo explícito que tal acto contrario a *Fuero* será nulo "aunque venga proveido e mandado de Su Alteza por su Cédula e Prouisión Real", la cual "sea obedecida e no cumplida como cosa desaforada de la tierra".

Así, pues, se combinaba en Vizcaya el pase foral con la citada fórmula castellana. Al llegar cualquier disposición real al Señorío, ésta era comunicada al procurador síndico del mismo, el cual dictaminaba sobre su aceptación o rechazo. Su dictamen lo recibía la Diputación de la Junta y ésta concedía o no el pase foral. Si rechazaba la disposición real, ésta era devuelta al rey, y, según la citada ley 3 del título XXXVI del *Fuero*, seguía siendo nula por ser desaforada, aunque el rey insitiera por segunda o por tercera vez en su envío al Señorío.

De este modo, la fórmula castellana transformada en el pase foral se convirtió en un mecanismo eficaz; eficacia que le venía dada por la fuerza política de la Junta General y de su Diputación, que transformaron aquella fórmula, que en Castilla era un recurso cuya resolución competía al rey, en un mecanismo de control en manos de los órganos representativos del Señorío. Aunque en el *Fuero de Vizcaya* se recoja dicha fórmula y no se hable expresamente de "pase foral", en realidad, lo que hubo en el Señorío fue un verdadero pase

o uso foral; es decir, la posibilidad de declarar nulas las disposiciones reales que a juicio de la Diputación fuesen “desaforadas”, contrarias al Derecho de Vizcaya.

Las provincias de Alava y Guipúzcoa y el Señorío de Vizcaya utilizaron separadamente el “pase foral” con gran frecuencia durante los siglos XVI, XVII y XVIII hasta, como veremos en su momento, bien entrado el siglo XIX. Con él defendieron eficazmente sus respectivos ordenamientos, si bien es cierto que en general los Austrias (y también los Borbones del XVIII) fueron respetuosos con los mismos.

e) *La defensa de sus respectivos ordenamientos en los territorios de la Corona de Aragón*

Dentro de la citada Corona, el reino de Aragón y el Principado de Cataluña fueron los territorios que más eficazmente defendieron sus ordenamientos contra posibles ataques reales. Valencia no tuvo mecanismos originales, y la defensa de su Derecho se operó por el carácter paccionado de los Fueros medievales y de los posteriores dados en Cortes; este rango superior de los *Furs* fue defendido por las Cortes. Mallorca, que no tuvo Cortes, estuvo más desasistida de mecanismos defensivos, si bien tampoco tuvo que sufrir especiales agravios por parte de los reyes. Por consiguiente, expondré aquí las instituciones y normas catalanas y aragonesas, con referencia a la existencia de alguna de ellas en el reino de Valencia.

En Cataluña la norma más explícita y eficaz para la defensa de su propio Derecho fue la importantísima Constitución dada por Fernando el Católico en las Cortes de Barcelona de 1481, conocida con el nombre de sus dos primeras palabras: “Poc valdria...”, y que fue recopilada en el libro I, título XVII, ley 11 de las “Constitutions i altres Drets de Catalunya”.

De dicho texto (extenso, minucioso y algo reiterativo en la forma) podemos extraer los siguientes principios, vigentes desde 1481 hasta 1716: 1. Quedan confirmados una vez más los *Usatges*, las *Constitutions*, los *Capítols* y expresamente todos los Privilegios generales y particulares que componen el Derecho del Principado. 2. Si contra cualquiera de esas diferentes normas se diera alguna provisión, carta, cédula o mandamiento real, tales disposiciones de gobierno se declaran “ipso facto” nulas, y en cuanto tales no deben ser obedecidas ni mandadas obedecer por ningún juez ni oficial. 3. Tal nulidad es automática y opera aunque la disposición real llevara incorporadas las cláusulas alusivas al poderío absoluto; es decir, aunque el rey diga que actúa “de certa scientia”, “proprio motu” o con otra semejante fórmula evocadora de su “potestas absoluta”. 4. Si a pesar de tal nulidad de la disposición real algún oficial o juez la aplicara, los actos de tal juez u oficial serían también nulos y deben ser revocados. 5. Si hubiera duda acerca de que una disposición real de gobierno fuera o no contra el Derecho del Principado, el canciller, el vicecanciller, el

regente de la Audiencia o en su defecto el doctor más antiguo miembro de la misma, deberán recibir la denuncia contra dicha disposición real, e informar a la Audiencia sobre si contradice o no el Derecho catalán, decidiendo inmediatamente la Audiencia acerca de la nulidad de la disposición y sobre la revocación de los actos realizados de acuerdo con la misma.

El contenido de la Constitución "Poc valdría" fue ampliado en 1493 por otra Constitución, que consideraba incurso en la misma nulidad los actos del lugarteniente general o de otros altos funcionarios o de cualquier oficial real en Cataluña que fuesen contrarios al Derecho catalán ("contra los dits drets de la Patria"). Una tercera Constitución también de las Cortes de Barcelona de 1493 declaraba igualmente nulos cualesquiera usos o abusos surgidos y practicados por el rey o por sus oficiales contra el Derecho catalán.

Estas normas catalanas, todas promulgadas siendo rey Fernando el Católico, son tal vez las más explícitas y firmes limitaciones jurídicas frente al absolutismo real. Por encima de su voluntad, el rey tiene en Cataluña al Derecho.

A este fenómeno es a lo que Lalinde denomina "normativismo historicista", porque significa el predominio de normas jurídicas tradicionales en cada reino (en este caso, el Principado de Cataluña) por encima de la voluntad o decisión real. Por mi parte, y en un sentido semejante, creo que podemos hablar de triunfo del pactismo frente al absolutismo, tal como hemos entendido ambos términos reiteradamente a lo largo de este capítulo.

Compare el lector la débil fuerza de la fórmula castellana "obedézcase, pero no se cumpla", con esta Constitución "Poc valdría", que ordena que ni se obedezca la disposición real que sea contraria al Derecho del Principado, ni se cumpla, pues es nula de pleno derecho. El Derecho del Principado quedaba así confirmado, fortalecido y conservado.

Conservación defensiva que produjo un efecto negativo: el ordenamiento jurídico tan firmemente protegido tendió a preocuparse más por su conservación que por su desarrollo. El peligro de inmovilismo acechó a estos Derechos, como el catalán o el aragonés, más atentos durante los siglos XVI y XVII a permanecer incólumes que a evolucionar. En fin de cuentas, ese es el riesgo y el precio de cualquier actitud conservadora.

En Cataluña funcionó también otro mecanismo defensivo consistente en que las Cortes del Principado se negaban a tratar de la concesión de impuestos solicitada por el rey, si éste no satisfacía previamente los perjuicios ocasionados al Principado por cualesquiera actuaciones de los oficiales reales cometidas contra el Derecho catalán. De este modo, la declaración de nulidad de las disposiciones de gobierno se completaba con la necesaria reparación de los agravios o "greuges" que pese a todo pudieran cometerse.

La estimación de los agravios era declarada en forma de sentencia por una especie de Tribunal especial constituido por unos jueces de agravios ("jutges de greuges") nombrados en igual número por el rey y por las Cortes. Su sentencia era obligatoria para todos los oficiales reales, y si éstos o el rey no la cumplían y no reparaban el agravio cometido, las Cortes le negaban al rey el servicio, esto es, los impuestos por el rey solicitados.

El arma de subordinar el pago del servicio al reparo de agravios fue también utilizada en el reino de Aragón y en el de Valencia. Tres juristas de los siglos XVI y XVII, el catalán Luis de Peguera, el aragonés Gerónimo Blancas y el valenciano Lorenzo Matheu i Sanz nos hablan de los "greuges" y de su reparo en términos semejantes. La mayor o menor eficacia en cada lugar de esta institución defensora de su Derecho dependió de factores políticos: la energía de las cortes, en general decadentes a lo largo del XVII, o la existencia de situaciones conflictivas y hasta bélicas contra el rey, como ocurrió en Cataluña en 1640 y en el reino de Aragón con motivo del asunto de Antonio Pérez.

Precisamente en el *reino de Aragón* la defensa del Derecho regnícola se efectuó a través del Justicia Mayor, como juez medio entre el rey y el reino, sobre todo a partir de las Cortes de Zaragoza de 1348, cuyos Fueros fueron desarrollados por otros varios del siglo XV, tendentes todos ellos a fortalecer la figura del Justicia como juez supremo, vitalicio e inamovible por el rey.

Sus competencias consistían, entre otras muchas aquí no pertinentes, en interpretar y declarar las leyes y costumbres del reino y (punto clave) en juzgar, con resoluciones inapelables y obligatorias hasta para el mismo rey, aquellos casos en que alguien denunciara que el rey o alguno de sus oficiales había cometido "contrafuero".

El Justicia podía juzgar los agravios ("contrafueros") o fuera de las Cortes, en cuyo caso juzgaba asesorado por sus Lugartenientes, o dentro de las Cortes si éstas estaban reunidas. En este último caso el reparo del agravio (o greuge o contrafuero, que de todas formas se le denominaba) podía dar lugar, como también ocurría por ejemplo en Navarra, a una ley nueva acordada entre el rey y el reino, que, al mismo tiempo que reparase el agravio, aclarase y fortaleciese el Derecho del reino.

Durante la segunda mitad del siglo XIV y a lo largo del siglo XV y casi todo el XVI, el Justicia sirvió eficaz y satisfactoriamente para defender el Derecho del reino. Sin embargo, el conflicto desencadenado por Antonio Pérez, aragonés y Secretario de Felipe II, entre éste y el reino fue funesto para Aragón y significó el comienzo de la decadencia de su normativismo. La lucha terminó, como es bien conocido, con la decapitación del Justicia Mayor don Juan de Lanuza por Felipe II en 1591, y con la celebración de las Cortes de Tarazona de 1592; a partir de éstas, la figura del Justicia pasó a depender del rey, ya que dejó de ser un cargo irrevocable y vitalicio, para ser revocable por el rey. Ello debilitó enormemente la institución del Justicia y por consiguiente aminoró la eficacia de su función como "juéz de contrafueros".

Por otra parte, la decadencia de las Cortes y la infrecuencia de sus reuniones en cada uno de los reinos de la Corona de Aragón durante el siglo XVII debilitó también la eficacia del otro instrumento utilizado en estos reinos: la subordinación de la aprobación del servicio al reparo de los agravios.

Es cierto que ni Felipe II en 1591-1592 tras su triunfo militar en Aragón eliminó el Derecho del reino, ni su nieto Felipe IV abolió el Derecho catalán en 1640 durante la sublevación ni después de vencerla. Pero también lo es que

en ambos territorios se percibía la amenaza contra sus Derechos contenida en los consejos de Olivares a Felipe IV formulados, como vimos, en 1624.

BIBLIOGRAFIA

- LALINDE, J., "La creación del Derecho entre los españoles", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 36 (1966), 301-377.
- MARAVALL, J. A., *Estado moderno y mentalidad social. Siglos XV a XVII*, I y II, Madrid, 1972, en especial, t. I, págs. 249 y sigs.
- BERMEJO, J. L., "La idea medieval de contrafuero en León y Castilla", *Revista de Estudios Políticos*, 187 (1973), 299-306.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., "Los procesos aragoneses medievales y los derechos del hombre", *Anuario de Derecho Aragonés*, 14 (1968-69), 345-399.
- PÉREZ-PRENDES, J. M., *Los procesos forales aragoneses*, Granada, 1977.
- SALCEDO IZU, J., "Contrafueros y reparo de agravios", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 39 (1969), 763-775.
- SALCEDO IZU, J., "Historia del derecho de sobrecarta en Navarra", *Príncipe de Viana*, 1969, 255-263.
- DELGADO PINTO, J., "La ley fundamental en el pensamiento del siglo XVI. (La antinomia Bodino-Mariana)", *Archivo de Derecho Público*, Granada, 9 (1956), 83-106.
- GONZÁLEZ ALONSO, B., "La fórmula 'obedézcase pero no se cumpla' en el Derecho castellano en la Baja Edad Media", *Anuario de Historia del Derecho Español*, L (1980), 469-497.
- LEGAZ LACAMBRA, L. et alii, *El pactismo en la historia de España*, Madrid, 1980.