

EL PROCESO DEL CONDE BERA Y EL PROBLEMA DE LAS ORDALIAS*

SUMARIO: EL PROBLEMA DE LAS ORDALIAS EN LA HISTORIOGRAFIA PENINSULAR: 1. Planteamiento. 2. Argumentos aducidos en defensa del carácter germánico del sistema ordalíaco medieval peninsular. 3. Tácito, Velejo Paterculo y la existencia de un sistema ordalíaco germánico común. 4. El sistema ordalíaco germano en la obra de Brunner. 5. Crítica interna de la exposición brunneriana. 6. Dificultades para reducir a un origen común las distintas ordalías, si se prescinde de su vinculación a las creencias cristianas. 7. La ordalía como fenómeno universal. 8. Insuficiencias de la exposición brunneriana en la exposición del sistema probatorio germánico común.—HACIA UN NUEVO PLANTEAMIENTO EN EL ESTUDIO DE LAS ORDALIAS: 9. La ordalía, un intento de delimitación. 10. Desconocimiento de la ordalía en la época visigoda. 11. La ordalía en la Edad Media peninsular: su aparición. 12. La variedad del sistema ordalíaco peninsular. Apuntes. 13. El proceso del conde Bera: su valoración exagerada como presunto puente de unión entre la época visigoda y la época medieval. 14. Necesidad de un nuevo planteamiento en el estudio de las ordalías.—UNA HIPOTESIS DE TRABAJO: 15. Intento de explicación del sistema ordalíaco medieval peninsular.

* Una breve indicación sobre la forma de citar. Hemos prescindido de indicar las ediciones de los fueros y redacciones extensas de derecho empleadas, pues son de dominio general; para los fueros breves, indicaremos únicamente el nombre de su editor; la identificación, en su caso, puede lograrse fácilmente acudiendo a las bibliografías publicadas por G. de Valdeavellano en su *Historia de España* y en su *Curso*. Reenviamos igualmente a estas bibliografías para la cita de documentos —y fueros breves— publicados en colecciones documentales. Indicaremos el nombre del editor, un elemento significativo del título, el número del documento, en su caso, la fecha del documento entre paréntesis, y la página, que ocupa el documento o el fragmento mencionado. Prescindimos de dar las abreviaciones de las grandes colecciones documentales, por ser las habituales, y nos limitamos a recoger aquí algunas abreviaciones especiales que caen fuera de las indicaciones señaladas.

BALARI, *Orígenes*: José BALARI JOVANY, *Orígenes históricos de Cataluña* (2.ª ed.) (Abadía de San Cugat del Vallés 1964).

1. El proceso por infidelidad, al que fue sometido el conde Bera, suele ser considerado desde antiguo por los historiadores del derecho como testimonio del empleo del duelo judicial, una ordalía o juicio de Dios, entre los visigodos.

Sin entrar ahora a trazar un elenco de los distintos autores,

-
- BONNASSIE I-II: Pierre BONNASSIE, *La Catalogne du milieu du X^e à la fin du XI^e siècle. Croissance et mutations d'une société* I (Toulouse 1975), II (Toulouse 1976).
- BRUNNER DRG I-II: Heinrich BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte* I (Leipzig 1906). Heinrich BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte* II (Neu bearbeitet von Claudius Freiherrn von SCHWERIN) (München und Leipzig 1928).
- FONT: José M.^a FONT RIUS, *Cartas de población y franquicia de Cataluña. I. Textos. 1. Introducción. Diplomático. Presentación monográfico-local e índices. 1-2* (Madrid-Barcelona 1969).
- GARCÍA-GALLO, *Medinaceli*: Alfonso GARCÍA-GALLO, *El fuero de Medinaceli*, en *AHDE* 31 (1961) 9-16.
- GARCÍA-GALLO, *León*: Alfonso GARCÍA-GALLO, *El fuero de León*, en *AHDE* 39 (1969) 5-171.
- GARCÍA-GALLO, *Llanes*: Alfonso GARCÍA-GALLO, *El fuero de Llanes*, en *AHDE* 40 (1970) 241-268.
- GARCÍA-GALLO, *Benavente*: Alfonso GARCÍA-GALLO, *Los fueros de Benavente*, en *AHDE* 41 (1971) 1143-1192.
- GARCÍA-GALLO, *Toledo*: Alfonso GARCÍA-GALLO, *Los fueros de Toledo*, en *AHDE* 45 (1975) 341-488.
- GRIMM, *DRA*: Jacob GRIMM, *Deutsche rechtsalterthümer* (Göttingen 1854).
- MARTÍNEZ DÍEZ, *Santander*: Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ, *Fueros locales en el territorio de la provincia de Santander*, en *AHDE* 46 (1976) 527-608.
- MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo*: Francisco MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de don Alonso el Sabio*, en *Obras Escogidas* I (Estudio preliminar y edición de D. José MARTÍNEZ CARDOS) (Madrid 1966), en *BAE* 194.
- MIQUEL, *LFM* I-II: *Liber Feudorum Maior. Cartulario real que se conserva en el Archivo de la Corona de Aragón*. Reconstitución y edición por Francisco MIQUEL ROSELL. I-II (Barcelona 1945 y 1947).
- MUÑOZ: *Colección de Fueros municipales y cartas pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra* (Madrid 1970. Reimp. de la ed. Madrid 1847).
- PRIETO, *Documentos* I: Alfonso PRIETO PRIETO, *Documentos referentes al orden judicial del monasterio de Otero de las Dueñas*, en *AHDE* 44 (1974) 619-674.
- PRIETO, *Documentos* II: Alfonso PRIETO PRIETO, *Documentos referentes al orden judicial del Monasterio de Sahagún*, en *AHDE* 45 (1975) 489-541.

que han invocado este testimonio, recordaremos entre los extranjeros únicamente el nombre de Brunner, quien, en su conocida historia del derecho alemán, afirma, recogiendo las conclusiones de un trabajo anterior, que «se vincula a un origen visigodo el duelo a caballo que aparece bajo Luis I como una forma jurídica nueva de la ordalía de la pugna»¹.

De entre los españoles citaremos exclusivamente los nombres de d'Abadal y Sánchez Albornoz. El primero, tras sintetizar el enfrentamiento entre la escuela de Hinojosa y las nuevas afirmaciones de García-Gallo, señalaba la permanencia de algunas instituciones propias de la nobleza visigoda, entre ellas el duelo, apoyando su afirmación en el proceso del conde Bera; -en conclusión, afirmaba, «tenim, doncs, un duel judicial a caball, constatat com a cosa específicament goda i transmès als temps carolingis»².

De forma todavía más tajante, dado el contexto en el que hace sus afirmaciones, Sánchez Albornoz reivindica el carácter germánico y visigodo del duelo judicial a caballo, testimoniado en las fuentes francas que se ocupan del proceso del conde Bera, duelo que no puede ser vinculado al celebrado en la península en el siglo III a. C. ante Escipión³.

Por nuestra parte, al ocuparnos tanto del derecho visigodo⁴ como del derecho catalán⁵ pusimos ya de relieve que los testimonios aducidos sobre el proceso del conde Bera manifestaban exclusivamente la existencia del duelo judicial entre los francos; la afirmación de que, al ser godos ambos contendientes, la lucha se

1. BRUNNER *DRG* II 542.

2. Ramón D'ABADAL I DE VINYALS, *El llegat visigòtic a Hispània*, en *Dels Visigots als Catalans. I. La Hispània visigòtica i la Catalunya carolingia* (Barcelona 1969) 117. Se trata de la traducción catalana de *A propos du iègs visigothique en Espagne*, en *Settimane di Spoleto. V. Caratteri del secolo VII in Occidente. 23-29 aprile 1957* (Spoleto 1958) 541-585 y 678-682 (discusión).

3. Claudio SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Tradición y derecho visigodos en León y Castilla* (=en *CHE* 29-30 (1959) 243-265), en *Investigaciones y documentos sobre las instituciones hispanas* (Santiago de Chile 1970) 120.

4. Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *La creación del derecho en el reino visigodo*, en *Revista de Historia del Derecho* II-1 (1977-1978) 141 n. 185.

5. Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *La creación del derecho en Cataluña (I)*, en *AHDE* 47 (1977) 196 n. 529.

realiza a caballo y con las armas propias de los mismos, testimonia únicamente la costumbre visigoda de combatir a caballo. Como dice Gàl, «el juicio de prueba se promulga según el derecho franco, mientras la lucha se realiza a caballo según la costumbre goda»⁶.

2. Estas soluciones divergentes significan algo más que el simple desacuerdo en la interpretación de algunas noticias históricas, ya que inciden en el problema de las ordalías y, por consiguiente, en el problema de la influencia del derecho germano en la península.

Tanto d'Abadal como Sánchez Albornoz presuponen que el duelo es una institución típicamente germana; la aparición del duelo a caballo como una institución propia de los visigodos, viene a confirmar la visión general que mantienen los mencionados autores en torno al derecho medieval peninsular. De forma sintética, puede señalarse que ambos autores parten de la idea —de forma mucho más clara y convencida en Sánchez Albornoz— que los visigodos, en el momento de asentarse en la península, tenían un derecho consuetudinario propio, de tinte germánico, que lograron conservar, pese a los esfuerzos regios por imponer una legislación muy romanizada; tras la desaparición de la monarquía visigoda, este derecho consuetudinario germano pudo mostrarse ya plenamente a la luz del día, lo que explicaría el florecimiento de un derecho medieval caracterizado por sus rasgos germánicos, incluso antiguos, hasta el punto de poder ser emparentado con los derechos nórdicos, con el derecho noruego-islandico.

Apoyo principal para la declaración de una institución como germánica se encuentra en la conocida obra de Eduardo de Hinojosa, «El elemento germánico en el derecho español», publicada primero en alemán, en 1910, y traducida posteriormente al castellano, en 1915⁷. En esta obra Hinojosa ha aplicado los resultados de la germanística alemana de su época al derecho medieval peninsular; realiza así un elenco de aquellas instituciones medievales que reflejan claramente los trazos de las instituciones del derecho germano.

6. Alexander GÀL, *Der Zweikampf im frankischen Prozess*, en *SZ* 28 (1907) 246. Cf. Josep M. SALRACH, *El procés de formació nacional de Catalunya (segles VIII-IX)* 1. *El domini carolingi* (Barcelona 1978) 46.

7. Puede verse ahora en Eduardo de HINOJOSA Y NAVEROS, *Obras II. Estudios de Investigación* (Madrid 1955) 407-470.

Esta forma de actuar, válida en su momento, quizá pueda ser hoy cuestionada por dos razones diferentes. En primer lugar, Hinojosa partía del carácter indiscutiblemente germano de determinadas instituciones, dando como algo perfectamente sentado lo que en muchos casos se presenta hoy —e incluso se presentaba ya en su época— como pura hipótesis. En segundo lugar, debe señalarse que esta aproximación entre el derecho medieval y el derecho germano se ha llevado a cabo mediante una comparación que podríamos calificar de externa, sin intentar profundizar en el estudio de las instituciones, tarea que rebasaba la finalidad del trabajo de Hinojosa.

Al partirse de la idea que el derecho germano común podía descubrirse en los diferentes derechos de los distintos pueblos germánicos no se estaba en las mejores condiciones para poder pensar que la aparición de determinadas instituciones podían ser fruto de una influencia posterior o resultado de la creación autónoma medieval.

La labor de la germanística ha encontrado una magistral sistematización en la obra de Brunner, que ha servido además de apoyo a Hinojosa en el campo de las ordalías⁸; parece así necesario examinar los planteamientos brunnerianos, si queremos descubrir hasta qué punto podemos seguir reenviándonos a Brunner e Hinojosa para afirmar el carácter germánico de las ordalías y, en especial, del duelo.

Expondremos en primer lugar las afirmaciones brunnerianas, para examinar a continuación su coherencia interna; llamaremos la atención preferentemente sobre sus posibles contradicciones, sobre sus hipótesis sin apoyo alguno, para resaltar que no puede aceptarse sin más la demostración del carácter germano de las ordalías realizada por Brunner y que, aun admitiendo el origen germano de las ordalías, no puede concluirse que el conocimiento de las mismas entre los distintos pueblos germánicos se explique, necesariamente, como una pervivencia de la situación primitiva común germana⁹.

8. Vid. HINOJOSA, *El elemento* cit. 421 n. 40, donde se remite a la obra de Brunner, así como a Ficker y a los textos publicados por Wolf.

9. Cf. E. A. THOMPSON, *Una cultura barbarica. I Germani* (trad. di O. Capitani e M. C. De Matteis) (Bari 1976) 63-64; 78-79, 94, 102-103.

Ocasionalmente podremos hacer alusión a nuevos resultados o a posiciones opuestas a las defendidas por Brunner; no se trata de invalidar sus conclusiones, ya que la discusión de las mismas pretendemos hacerla desde sus propios presupuestos, sino de poner de relieve, por un lado, que el carácter germano de determinadas instituciones no es un dato adquirido, como aparentemente se podría pensar, sino algo discutido, y, por otro lado, que muchas de las hipótesis de Brunner eran admisibles dentro del clima científico de su época; superado éste, aquellas hipótesis no pueden encontrar ya la misma adhesión¹⁰.

El problema mayor con el que se encuentra el estudio de las ordalías en el mundo germano es la falta de fuentes coetáneas; las noticias que tenemos sobre su empleo proceden de la época en la que los pueblos germánicos se habían convertido ya; se comprenden así fácilmente los esfuerzos realizados para encontrar testimonios del empleo de las ordalías en época pagana. Antes de acometer el examen del planteamiento brunneriano, aludiremos a los esfuerzos para descubrir en la obra de Tácito o de Veleyo Paterculo apoyos que permitan defender el conocimiento de las ordalías entre los germanos en aquellas épocas.

3. ¿Era propio del originario proceso germano el sistema probatorio basado en las ordalías? Dar una respuesta satisfactoria es difícil, ya que para la época germana común falta toda noticia coetánea sobre el proceso¹¹.

Frente a quienes defienden el origen germano de las ordalías o juicios de Dios, von Amira niega que los germanos hayan utilizado las ordalías, dentro del sistema probatorio, antes de la conversión al cristianismo, a partir de la pretendida incompatibilidad entre las creencias religiosas paganas y los presupuestos que están en la base de la creencia ordalíaca¹².

10. Cf. THOMPSON, *Una cultura* cit. X.

11. BRUNNER *DRG* I 252.

12. Karl von AMIRA, *Grundriss des germanischen Rechts* (Dritte verbesserte und erweiterte Auflage) (Strassburg 1913) 277-278. Cf. las objeciones en contra de este planteamiento de Max PAPPENHEIM, *Über die Anfänge des germanischen Gottesurteils*, en *SZ* 48 (1928) 143 s.

La existencia de estas posiciones completamente opuestas se explica por el silencio de las fuentes, que se ha intentado salvar recurriendo a Tácito. Mediante la interpretación de algunas de sus afirmaciones o mediante la aproximación entre ordalía y auspicio se ha pretendido encontrar en la obra de Tácito el testimonio de la existencia de un proceso probatorio fundamentado en la ordalía entre los germanos.

De la afirmación tacitiana «*deum adesse bellantibus credunt*» (Tác. G. 7) concluye Grimm que la divinidad preside como juez supremo tanto la guerra de los pueblos como la lucha entre dos¹³.

Sin embargo, estas afirmaciones de Grimm no pueden encontrar apoyo en Tácito. La frase tacitiana aparece en el apartado dedicado a señalar la elección y funciones de reyes y duques. Los reyes son elegidos por su nobleza y los duques por su valor; la potestad de los reyes no es ni ilimitada ni arbitraria, mientras el poder de los duques se fundamenta más en su ejemplo que en su imperio. Finalmente, Tácito afirma que sólo a los sacerdotes está permitido condenar a muerte, encarcelar o azotar, «*non quasi in poenam nec ducis iussu, sed velut deo imperante, quem adesse bellantibus credunt*». César, por su parte, había señalado que cuando se estaba en estado de guerra, «*magistratus qui ei bello praesint, ut vitae necisque habeant potestatem deliguntur*» (Caes. b. g. 6,23); mientras César parece aludir a la ejecución de la sentencia, Tácito se refiere a su emisión, indicando que no debe entenderse ni como una pena ni como un mandato del *dux*, sino como si la misma divinidad lo mandase¹⁴. No es posible afirmar que Tácito presente a la divinidad como juez supremo, cuya voluntad se conoce a través de las ordalías. La idea de una divinidad, juez supremo, no tiene por qué ir acompañada necesariamente de la utilización de la ordalía, con el fin de descubrir su voluntad. La alusión a los sacerdotes parece precisamente referirse a su papel de mediadores entre la divinidad y los mortales.

Tampoco la afirmación tacitiana puede extenderse a la lucha

13. GRIMM *DRA* 928.

14. THOMPSON, *Una cultura* cit. 42-43 cree ver una evolución; en el texto seguimos la opinión expresada por Anderson en su edición de la obra de Tácito.

privada, a la pugna entre dos, pues se limita exclusivamente a la presencia de la divinidad en las guerras. Además la presencia de la divinidad en cualquier clase de pugna no supone necesariamente su actuación como juez supremo. Al parecer, entre los griegos los dioses estaban también presentes en el duelo entre particulares, pero la voluntad divina no se consideraba indispensable para determinar la solución; se limitaba a sobreponerse, coloreándola, a una verdad adquirida por otros medios ¹⁵.

Según Grimm, el juicio de Dios tenía lugar allí donde una cosa era oscura, un derecho dudoso, superándose dicha situación mediante una invocación a la misma divinidad, la cual «como juez supremo manifestaba la verdad y el derecho» ¹⁶. Si se presupone la intervención de la divinidad, resulta contradictoria la afirmación de Grimm de que en el duelo «el inocente no se entregaba ciegamente al poder de un elemento prodigioso; se confiaba a su propia fuerza y a su acostumbrada habilidad con las armas» ¹⁷.

Para Leitmaier «el fundamento del juicio de Dios radica en la idea, que Dios puede ser inducido por provocación solemne, a mostrar la culpabilidad o inocencia de un hombre por medio de una intervención extraordinaria en el curso natural de las cosas» ¹⁸. Es posible, como quiere Nottarp, que esta definición se adecúe únicamente a una concepción tardía eclesiástica, que ve precisamente en el juicio de Dios la prueba divina de una verdad por un milagro, concepción no acorde con la esencia real del juicio de Dios ¹⁹, aunque pueda discutirse la distinción entre juicios de Dios auténticos o menos auténticos.

De todas maneras no parece necesario, para afirmar la existencia de un juicio de Dios, la creencia en la existencia de un Dios:

15. Gerard SAUTEL, *Les preuves dans le droit grec archaïque*, en *Recueils J. Bodin* 17 (Bruxelles 1965) 125.

16. GRIMM *DRA* 908.

17. GRIMM *DRA* 927-928. Cf. Federico PATETTA, *Le ordalie. Studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato* (Torino 1890. Rist. anast. Milano 1972) 174.

18. Charlotte LEITMAIER, *Die Kirche und die Gottesurteile. Eine rechtshistorische Studie* (Wien 1953) 97.

19. Hermann NOTTARP, *Rec a LEITMAIER, Die Kirche* cit. en *SZ* 40 (1954) 250.

omnipresente y justiciero. Es suficiente que exista la creencia en la posibilidad de acudir a fuerzas sobrenaturales, las cuales, por medio de su intervención, descubren la verdad o la falsedad de una afirmación. Al lado de esta creencia, puede coexistir igualmente otra opuesta: quienes están dotados de poderes mágicos, por medio de los cuales creen poder poner a su servicio a los espíritus del mal, también puede recurrir a procedimientos ordalíacos²⁰.

Sea que la intervención de la divinidad, en sentido amplio, vaya dirigida a implantar la justicia, sea que vaya dirigida a ocultar la justicia, en todos estos casos, y con sus diferencias, el descubrimiento de la verdad o falsedad de una afirmación, la justicia o la injusticia de una acción, no depende de los hombres, sino de fuerzas sobrenaturales. El duelo, tal como lo ha planteado Grimm, sería una lucha entre dos personas, cuyo resultado dependería de la fuerza y habilidad de los combatientes, es decir de un elemento puramente humano.

Para que el duelo pueda funcionar como ordalía debe aportar un nuevo elemento, un elemento prodigioso: la idea de que una fuerza sobrenatural dará la victoria al inocente o a quien ha logrado colocar tal fuerza en su favor, sin entrar ahora en la arbitrariedad de acoger fenómenos diferentes bajo un mismo concepto.

Si faltan estos elementos, el duelo deja de ser una ordalía. Y es necesario destacar este hecho, ya que en la Península estuvo vigente durante la Edad Media el duelo entre los nobles, que no funcionaba en sentido estricto como medio de prueba, ni tampoco podía considerarse una ordalía, ya que la victoria de una de las partes no demostraba la culpabilidad del vencido. Quien moría defendiendo su verdad, conservaba su honor.

De aquí que pueda admitirse la existencia de duelos entre los germanos, sin tener por ello que aceptar que los mismos funcionaban como ordalías.

Tras hablar de la práctica de auspicios y suertes entre los germanos, Tácito concluye su exposición indicando que cuando

20. Cf. Hans FEHR, Rec. de Hermann NOTTARP, *Gottesurteilstudien*, en *SZ* 75 (1958) 464-465. Una síntesis del planteamiento de Fehr, que ve en la ordalía una lucha contra el demonio, en PAPPENHEIM, *Über die Anfänge* cit. 136 ss. Vid. infra p. 210-211.

están en guerra con algún pueblo eligen a algún cautivo perteneciente al mismo para que combata, con sus armas patrias, con algún combatiente de los suyos: «victoria huius vel illius pro praeiudicio accipitur» (Tác. G. 10). Puede aceptarse la afirmación de Patetta de que entre la práctica de los auspicios y la práctica de la ordalía sólo existe un pequeño paso y de que entre invocar a los dioses para que nos prevean el futuro e invocar a los dioses para que nos descubran el pasado sólo existe una transición muy leve. Ahora bien, afirmar que, como entre los germanos existe la práctica de realizar un duelo para preveer la suerte futura del combate, no existe razón alguna para no sostener que pudieron utilizar igualmente el duelo para descubrir al culpable²¹ es un salto en el vacío²².

No es suficiente afirmar que entre el empleo de los auspicios y el empleo de las ordalías existe un paso muy pequeño; es necesario demostrar que los germanos dieron ese paso. Si los germanos conocieron el duelo —las ordalías— ¿por qué Tácito guarda silencio sobre este hecho, hablando en cambio de los auspicios? ¿Por qué Tácito habla del empleo del duelo para descubrir el futuro y no menciona el empleo del duelo para descubrir al culpable?

El silencio no es un argumento plenamente convincente, pero al menos puede afirmarse que Tácito no ofrece apoyo alguno para defender el empleo de las ordalías por parte de los germanos. Todo lo demás es mera hipótesis, sin base en los testimonios históricos.

La ausencia de datos en Tácito se ha creído poder salvar acudiendo a un conocido texto de Velejo Paterculo (II 118), del que ya Brunner admitía que no tenía nada que ver con un proceso judicial²³.

Frente a von Amira, que afirmaba el origen cristiano de la ordalía medieval, destacando el silencio de Tácito en torno a las

21. PATETTA, *Le ordalie* cit. 179. cf. 185. En p. 2-3, considera la ordalía una especie de oráculo.

22. Cf. GAL, *Der Zweikampf* cit. 287.

23. BRUNNER *DRG* I 252 n. 1; II 556 n. 93. Cf. GAL, *Der Zweikampf* cit. 286-287.

ordalías entre los germanos, Nottarp²⁴ objetaba que, según Veleyo Paterculo, mientras los germanos tenían por costumbre «armis decerni», Roma les enseñó a arreglar sus conflictos por medio del Derecho. Como señala acertadamente Gaudemet, Veleyo Paterculo se limita a oponer la violencia y el derecho, no dos modos diferentes de prueba²⁵.

La ausencia de textos coetáneos o antiguos se salva mediante el recurso a la hipótesis: Las ordalías aparecen testimoniadas entre los pueblos germanos tras su asentamiento en el imperio y la aparición de las llamadas *leges barbarorum*; el origen germano de las mismas es la explicación más lógica; mediante la utilización de la comparación de los distintos derechos germánicos se puede llegar a conocer la regulación de la ordalía en el Derecho germano común. Veamos como actúa Brunner este planteamiento.

4. Tras establecer la distinción entre proceso y proceso judicial —«Rechtsgang» y «Gerichtsverfahren»—, Brunner declara el principio fundamental en que se asienta toda su reconstrucción: «Nos falta toda clase de noticias contemporáneas para el proceso de la época germana; sin embargo, la comparación crítica de las instituciones procesales, que las fuentes más modernas nos ofrecen, autoriza a establecer determinadas bases, las cuales eran comunes desde antiguo a las diferentes ramas alemanas en el proceso»²⁶.

¿Cuáles son estas bases comunes? La publicidad y oralidad del proceso, el predominio de la máxima de la discusión («die Verhandlungsmaxime») y el señorío de la forma²⁷, principios que pueden reducirse prácticamente a uno solo: el predominio del principio de la discusión, que lleva consigo que el proceso no se desarrolle, en su mayor parte, ante el tribunal, sino que esta fase ante el tribunal sólo constituye un estadio particular del proceso, que gira en torno a la actuación de las partes. Este mismo hecho —la no intervención del tribunal— y la necesidad de un poder, que

24. H. NOTTARP, *Gottesurteile* (Banberg 1949), que no hemos podido ver.

25. Jean GAUDEMET, *Les ordalies au Moyen âge: Doctrine, législation et pratique canoniques*, en *Recueils J. Bodin* 17 (Bruxelles 1965) 102.

26. BRUNNER *DRG* I 252.

27. BRUNNER *DRG* I 252.

determine la marcha del proceso, exige que la actividad de las partes tenga que constituirse como actos formales; aquí radica el formalismo del proceso germano²⁸, que cristaliza, podemos concluir, en su publicidad y oralidad.

Las características del proceso germano son el resultado normal de concebirlo como una guerra, como una lucha entre las partes²⁹; esto explicaría el predominio de la «*Verhandlungsmaxime*» y, resultado de ello, las demás características del proceso germano. Al ser una lucha entre las partes, son éstas las que determinan las pruebas a realizar³⁰. Son las partes quienes determinan la prueba fuera del círculo del tribunal³¹.

Al ser la prueba algo que interesa especialmente y en primer lugar a las partes, sobre el trámite probatorio se ejerce hasta sus últimas consecuencias el principio de discusión³²; dicho con otras palabras, el triunfo en el proceso germano del principio de que las partes deciden sobre el mismo muestra toda su eficacia en el momento de la prueba.

Los medios de prueba que conoce el proceso germano son, según Brunner, el juramento y el juicio de Dios, ambos con base sacral, reposando su fuerza probatoria en el supuesto temor ante las consecuencias de la falsedad, que se piensa que se manifiestan en la ejecución de determinadas acciones³³.

En algunos casos, aquí y allí, puede aparecer la concepción ordalíaca del juramento, remontándose seguramente a la más remota antigüedad, «a saber la creencia, que la execración del perjurio se hará válida inmediatamente o acto seguido o que el perjurio proyectado no tendrá lugar, como consecuencia de intervenciones sobrenaturales»³⁴.

El juicio de Dios u ordalía arranca de la creencia que el resu-

28. BRUNNER *DRG* I 252.

29. BRUNNER *DRG* I 253.

30. BRUNNER *DRG* I 255 ss.

31. BRUNNER *DRG* I 256, que se apoya en *L. Sálica* 53.

32. BRUNNER *DRG* I 256.

33. BRUNNER *DRG* I 257.

34. BRUNNER *DRG* I 260-261.

tado de la acción ordalíaca evidenciará la verdad o la falsedad de una afirmación³⁵.

Tanto en la ordalía como en el juramento, en sus orígenes no funcionaba necesariamente la creencia en una intervención de la divinidad³⁶.

La ordalía presupone así la creencia en la posibilidad de descubrir la verdad o falsedad de una afirmación mediante la realización de determinadas acciones ordalíacas. Esto pone de relieve que debe distinguirse entre la creencia en la ordalía y la forma en que ésta se realiza.

Los tipos más importantes de ordalía que aparecen entre los germanos son: la ordalía de la suerte, la pregunta a las fuerzas naturales del fuego y del agua exorcizadas para el fin de la ordalía, y el duelo³⁷. Las diferencias que muestran su empleo en los derechos particulares, obligan a Brunner a reservar su exposición detallada para el volumen segundo de su obra³⁸.

¿Cuál es el origen de estas ordalías? Pese a que se dude o se discuta de su carácter germano común, muy probablemente los juicios de Dios son construcciones jurídicas surgidas sobre bases indo-germánicas³⁹. La aparición de la ordalía del agua hirviente entre los pueblos germanos habla contra la pretensión de von Amira de considerar los juicios de Dios un préstamo de la India. Y lo mismo puede decirse de la prueba de la suerte⁴⁰.

De entre los diferentes tipos de ordalía utilizados por los germanos es el más importante entre los hombres libre el duelo. Para Brunner el duelo no es necesariamente un juicio de Dios, ni siquiera un medio de prueba, pero su empleo como ordalía entre los germanos del oeste, es decir, los alemanes, está fuera de dudas, sin poderse negar su origen pagano⁴¹. Quizá es más dudoso su empleo como ordalía entre los germanos del norte y los ostrogodos, aunque entre los mismos se conoce al menos el duelo como

35. BRUNNER *DRG* I 262.

36. BRUNNER *DRG* I 262; cf. I 257 para el juramento.

37. BRUNNER *DRG* I 262.

38. BRUNNER *DRG* I 262.

39. BRUNNER *DRG* I 261-262.

40. BRUNNER *DRG* I 262-263. Vid. infra p. 26 ss.

41. BRUNNER *DRG* I 263-264. Vid. infra p. 31 ss.

un proceso en sí, como una autotutela regulada legalmente. De todas maneras, el pensamiento ordalíaco no era extraño a los germanos del norte ⁴².

Finalmente, recordemos que Brunner afirma que la ordalía se utilizó en el más antiguo derecho no sólo como medio de prueba, sino también como medio de manifestación de la voluntad de los dioses, con la finalidad de saber si les agradaba como víctima el reo ya convicto o el enemigo capturado ⁴³.

5. Veamos ahora cuanto hay de hipótesis y cuanto hay de admisible en el planteamiento de Brunner a partir de sus mismas afirmaciones.

Debemos tener en cuenta, en primer lugar, una cosa: la obra de Brunner no se presenta como una historia del Derecho germano, sino como una historia del Derecho alemán. Esto tiene su importancia, ya que si todos los alemanes son germanos, no todos los germanos son alemanes. Es importante hacer esta distinción, pues no siempre Brunner se ve libre de culpa en la posible confusión entre germanidad y alemanidad. El primer volumen de su obra aparece dividido en dos libros; el primero dedicado a la época germana y el segundo a la época franca. Dado que los alemanes son germanos, podía pensarse en una época anterior a la separación de los pueblos, en la que existía un solo pueblo germano; sólo con el transcurso del tiempo irían surgiendo las disintas ramas. Pensar que a esa originaria época dedica su atención Brunner es quizá un tanto exagerado, ya que la división en libros muestra claramente que para Brunner la época germánica es la anterior al momento de la aparición del reino franco, es decir, anterior al siglo V ⁴⁴, por tanto abarca una época histórica en la que la división del pueblo germano en distintas ramas se había ya cumplido.

La historia del Derecho alemán para Brunner no se confunde con la historia del Derecho germano, pues aquélla no se ocupa del derecho de todas las ramas germánicas; incluso admitiendo que haya existido una época en la que las instituciones jurídicas

42. BRUNNER *DRG* I 265. Vid. *infra* p. 32 ss.

43. BRUNNER *DRG* I 266. Cf. I 248.

44. Cf. BRUNNER *DRG* I 272.

de los germanos alemanes y no alemanes fuesen las mismas, incluso pudiendo hablarse de un derecho originario germano, sin embargo, muchos siglos antes de lo que alcanza nuestro conocimiento histórico-jurídico, ese derecho originario germano se había dividido en muchas ramas. A la más antigua división se debe la oposición entre Derechos germanos del oeste o Derechos alemanes y Derechos germanos del este; pese a su parentesco, estos últimos caen fuera de la tarea de trazar la historia del Derecho alemán ⁴⁵.

Es necesario recalcar esta primera afirmación de Brunner, ya que el Derecho visigodo cae así fuera del Derecho alemán, al formar parte de los derechos germanos del este u orientales. A los derechos germanos del este pertenecen el derecho nórdico occidental, es decir el Derecho noruego, del que deriva el Derecho islandés, los derechos nórdicos orientales, es decir, el Derecho sueco y el danés, y finalmente los derechos de los pueblos godos-vándalos. Por ello, con razón se pueden calificar de derechos hermanos del Derecho alemán, porque han nacido como él sobre bases germanas originarias ⁴⁶.

Por derivar del núcleo originario del Derecho germano occidental o alemán pueden ser considerados hijos del mismo los siguientes derechos, según Brunner: el Derecho anglosajón-inglés, el longobardo-italiano, el Derecho francés y el Derecho holandés ⁴⁷.

La relación de parentesco entre estos derechos diferentes es de gran importancia, «pues sólo la comparación crítica de los derechos hermanos e hijos nos autoriza a perseguir hacia atrás en el tiempo la historia del Derecho alemán, hasta épocas en las que nuestras fuentes jurídicas no nos ofrecen noticia alguna o ninguna noticia suficiente, y no raramente nos ofrecen los monumentos de los derechos emparentados los únicos o los más seguros apoyos para la aclaración metódica de las preguntas oscuras y dudosas del desarrollo de nuestro derecho patrio ⁴⁸.

Este principio, establecido aquí con carácter general, es el

45. BRUNNER *DRG* I 1.

46. BRUNNER *DRG* I 1-2.

47. BRUNNER *DRG* I 2-3.

48. BRUNNER *DRG* I 3.

mismo que hemos encontrado al examinar el planteamiento de la obra de Brunner en materia procesal, y que podemos resumir en la creencia de que las cosas conocidas, posteriores en el tiempo, nos permiten conocer las cosas desconocidas, anteriores en el tiempo.

Este planteamiento, surgido del ansia de saber del hombre, no puede rechazarse sin más, pero tampoco puede prescindirse de los peligros que su empleo práctico hacen surgir. Con una cierta facilidad se tiende a establecer un principio general, en base a dos o tres supuestos, que posteriormente se aplica sin excepción a todos los supuestos desconocidos. Esta tendencia se ve reforzada, en el campo del Derecho germano, por la falta de una cronología perfectamente establecida, que permita distinguir entre los tiempos originarios, cuando se presupone que existían sólo un pueblo y un Derecho germano, y aquéllos en los que se haya roto esta comunidad originaria. La tendencia a ver en la civilización y cultura de un pueblo el desarrollo de unos principios existentes ya en los primeros momentos, aunque sea en potencia, de la misma manera que la planta se encuentra ya en la semilla, provoca que la diferenciación entre los distintos pueblos germánicos se considere resultado de la elaboración profundizada de unos principios comunes a todos ellos; dicho de otra forma, lo que es común a determinados pueblos se considera alemán; de aquí a elevarlo a germano hay sólo un pequeño paso, que fácilmente se da; es más, se tiende, con una cierta facilidad, a identificar lo franco con lo alemán y lo alemán con lo germano ⁴⁹.

Sin movernos del campo en el que nos encontramos, podemos ver cómo la utilización de determinados tipos de ordalías en algunos pueblos germánicos, permite hablar de una creencia en la ordalía propia de los pueblos alemanes, que se remonta al acervo común germano; pero una vez admitido que la ordalía era conocida por los germanos, automáticamente los distintos tipos de ordalía se germanizan, de tal manera que no sólo todos los pueblos germanos, independientemente de la rama a que pertenecen,

49. Vid. Alfonso GARCÍA GALLO, *La historiografía jurídica contemporánea. Observaciones en torno a la «Deutsche Rechtsgeschichte» de Planitz*, en *AHDE* 24 (1954) 605.

deben haber conocido tales tipos de ordalía, sino que además todos los tipos de ordalía tuvieron que ser conocidos en las épocas más antiguas. Como dice Grimm, «todos los juicios de Dios parecen de origen pagano y de la más alta antigüedad»⁵⁰, y si bien Brunner no admite que todos los juicios de Dios medievales se remonten al derecho originario germano⁵¹, sin embargo, y precisamente por ello, no logra evitar las contradicciones que tal admisión introduce en su exposición.

La exposición brunneriana del proceso gira en torno al que podemos llamar principio de discusión o, dicho de otra manera, las características del proceso derivan de su planteamiento como una lucha entre las partes, lo que provoca, en último término, que sean éstas las que deciden sobre su marcha y, consiguientemente, determinan el sistema de pruebas a realizar dentro del juramento y las ordalías, únicas pruebas, al parecer, conocidas en la época antigua. Estos son los trazos del proceso germano, pero debe señalarse que para delimitar los mismos, al carecerse de noticias contemporáneas, Brunner ha debido recurrir a la comparación crítica de las instituciones procesales, tal como aparecen en las fuentes más modernas, comparación que precisamente establece aquellas bases, que eran comunes a las diferentes ramas alemanas (*den verschiedenen deutschen Stämme*) en el proceso⁵².

El proceso alemán, si se deriva del proceso germano, no puede, sin embargo, ser identificado con el mismo y, lo que tiene mayor importancia, si las características apuntadas son las propias del Derecho alemán, no es posible afirmar sin más que también son las propias de los otros pueblos germánicos —piénsese en los germanos orientales—, en especial no puede afirmarse que sean las mismas del proceso visigodo. Puede no darse mayor importancia a esta afirmación brunneriana y considerar que estamos ante un lapsus: las bases comunes no son las del proceso alemán, sino las del proceso germano. Aun admitiendo esta solución, dicho lapsus mostraría la fácil tendencia a identificar lo propio de una rama —la franca, fundamentalmente— con lo alemán y lo alemán con lo germano.

50. GRIMM *DRA* 909.

51. BRUNNER *DRG* II 559. Vid. *infra* p. 24-25.

52. BRUNNER *DRG* I 252.

Una tal solución, por lo demás, no parece la más acorde con el planteamiento brunneriano. Recordemos brevemente los trazos fundamentales de la tarea acometida por Brunner: pretende trazar una historia del derecho alemán, que no debe confundirse con una historia del Derecho germano; para llevar a cabo esta investigación se presentan como muy importantes, imprescindibles diríamos, los derechos hermanos —es decir, aquellos derechos que derivan del tronco común germano, tras su primera división en pueblos diferentes— y los derechos hijos —es decir, aquellos que derivan del tronco común alemán=germano occidental o del oeste, cuando el pueblo alemán, desgajado ya del tronco común germánico, se dividió a su vez en diferentes ramas—, ya que sólo la comparación crítica de estos derechos permite reconstruir la historia del Derecho alemán, proyectando nuestros conocimientos a épocas de las que nos faltan por completo o son insuficientes las fuentes del derecho, pues no de forma rara el único medio de aclarar sistemáticamente las preguntas oscuras o dudosas de la evolución jurídica nacional (alemana) se encuentra en los monumentos de los derechos emparentados⁵³.

El salto metodológico realizado parece claro y confirma la ambigüedad apuntada: los requisitos establecidos para la reconstrucción del Derecho alemán legitiman igualmente la reconstrucción del Derecho germano, aunque, en buena lógica, debería recordarse que los derechos hermanos del germano son, en todo caso, aquellos derechos utilizados por los pueblos indo-germanos o indo-europeos, si, dentro de la exposición brunneriana, se considera lícito utilizar dicha terminología.

El problema, además, estriba en que con afirmaciones tan generales el proceso delineado puede ser válido tanto para el proceso germano originario como para muchos otros procesos antiguos, desde el momento en que se identifica el proceso como una lucha entre las partes. También en la Grecia arcaica el proceso es una lucha, a veces en el sentido propio de la palabra, aunque cada vez más frecuentemente en sentido figurado; el carácter de batalla entre las partes permanece aún después de que las

53. BRUNNER *DRG* I 3. Vid supra n. 48.

paries acudan al poder político para resolver sus controversias⁵⁴. Y otro tanto podría decirse del proceso antiguo romano. En un manual de Derecho romano pueden espigarse afirmaciones en torno al proceso antiguo romano como las siguientes: el proceso romano antiguo mantiene todavía los trazos de una defensa privada, por lo que las partes escenifican una lucha ante el magistrado, que se limita a controlarla, dada la importancia preponderante que presenta la actividad de las partes. Si añadimos la oralidad y publicidad propia de este proceso, así como la estricta formalidad, que puede hacer que una de las partes pierda su acción, si no respeta escrupulosamente las formalidades a observar⁵⁵, no creemos exagerar mucho al afirmar que son las mismas características mencionadas por Brunner para el proceso germano.

Es muy posible que estas aparentes coincidencias tengan su razón de ser en nuestros escasos conocimientos de los tiempos más antiguos, cuando las instituciones jurídicas presentan un desarrollo tan rudimentario, que al no poderse profundizar, por falta de fuentes, en sus diferencias, permite acomunarlas en todos los pueblos. Esto puede inducir a hablar de fenómenos universales, instituciones comunes a todos los pueblos y a acomunar así tales instituciones por sus rasgos externos más claros, resultado muchas veces de meras hipótesis, y a dejar al mismo tiempo en la oscuridad o por necesidad, al carecerse de fuentes, o por planteamientos metodológicos las diferencias existentes entre las mismas, no sólo en cuanto a la regulación concreta, sino también, y quizá es lo más importante, en cuanto al pensamiento que las anima.

Esta suerte la ha sufrido igualmente la ordalía. Si se afirma que la ordalía descansa en la creencia de que la verdad o falsedad de una afirmación se evidenciará por la realización de determinadas pruebas ordalíacas⁵⁶ es imposible comprender el verdadero alcance de la ordalía en el mundo germano, al permitir la amplitud de la definición su aplicación en cualquier pueblo y en cualquier momento histórico.

54. SATEL, *Les preuves* cit. 118 ss.

55. Vincenzo ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* (14 ed. Rist. anast.) (Napoli 1966) 107 ss.

56. BRUNNER *DRG* I 262.

No vamos a oponer a Brunner la afirmación de von Amira, para el cual el juicio de Dios u ordalía supone el esperar de la divinidad el descubrimiento de la verdad, por lo que, partiendo de las representaciones divinas paganas, según las cuales ni la omnisciencia ni la veracidad pertenecen a la esencia de la divinidad, no podían los pueblos germanos colmar dicha presunción⁵⁷, pero vamos a destacar que la aparente semejanza en las prácticas ordalíacas puede entrar en crisis, si se introducen en las mismas los presupuestos espirituales en los que se fundamentan.

Puede rechazarse la afirmación de von Amira, pues no parece que sea necesaria una divinidad omnisapiente para el desarrollo de la ordalía, pero no puede prescindirse del núcleo fundamental de su planteamiento: pese a las semejanzas externas que puedan existir en el empleo de una determinada ordalía, tienen que existir diferencias profundas a partir de la manera de ser concebida la intervención divina y de la manera de ser representada la misma divinidad.

La prueba de esta afirmación la podría dar la definición del mismo Brunner, aunque las difuminadas barreras temporales de su exposición y la amplitud de su definición prácticamente dejan sin virtualidad un inciso en la misma.

Afirmar, como hace Brunner, que la ordalía reposa en la creencia de que el resultado de su realización patentizará la verdad o falsedad de su afirmación y, al mismo tiempo, matizar tal afirmación señalando que en su origen no se relacionaba necesariamente con una intervención divina⁵⁸ supone distinguir dos momentos cronológicos en la práctica de la ordalía. ¿Se desarrolló esta evolución por completo en la época de la comunidad germana?

A decir verdad, si falta la intervención divina, entendiendo a la divinidad en su sentido más amplio, como toda fuerza sobrehumana, sobrenatural, no parece fácil configurar la ordalía como un juicio de Dios ni explicar la creencia en que la realización de determinados actos permita descubrir la verdad o falsedad de una afirmación. Un juicio de Dios donde no existe o no se precisa una

57. VON AMIRA, *Grundriss* cit. 277; en contra PAPPENHEIMM, *Über die Anfänge* cit. 143-144.

58. BRUNNER *DRG* I 262.

intervención divina se presentaría como algo realmente singular, explicable únicamente a partir de su vinculación a una situación, frecuentemente hipotetizada, en la que no existe todavía una distinción entre derecho y fuerza, donde se parte de la idea de que el inocente es el más fuerte y el más fuerte es el inocente. Es esta la situación cultural que presupone Erler para el nacimiento de las ordalías de defensa, las cuales prueban en primer lugar no la culpabilidad o la inocencia del acusado, sino su poder⁵⁹.

Si se examinan las cosas más de cerca, parece evidente que, para poder afirmar que el más fuerte es el inocente, es necesario un enfrentamiento entre dos partes o, dicho con otras palabras, sólo las ordalías dobles o bilaterales están en condiciones de demostrar la inocencia del más fuerte, a partir de la identificación entre poder y derecho (*Macht und Recht*). Las ordalías de defensa como la del fuego y la del veneno demostrarían en todo caso el poder del acusado sobre los espíritus de la naturaleza, pero no, indudablemente, su superioridad sobre la otra parte, que, en el camino de la hipótesis, es posible que intentase demostrar igualmente su poder.

Puede ser interesante subrayar que recientemente Erler, al ocuparse de nuevo de las ordalías, incluya dentro de las ordalías de defensa únicamente aquellas que están anudadas a la creencia en los elementos (agua, fuego), pero no ya el duelo; quien sale victorioso prueba precisamente su inmunidad contra los mencionados elementos, de aquí que pueda afirmarse que la pregunta no se plantea en torno a la culpabilidad o inocencia del probante, sino en torno a su inmunidad⁶⁰, mientras considera al duelo originariamente un medio de decisión, que tempranamente se convirtió en medio de prueba⁶¹.

Si el humus de donde nacen las ordalías es la identificación entre fuerza y derecho, sin embargo, parece que para Erler la ordalía sólo se convierte en tal desde el momento en que intervienen poderes sobrenaturales, por lo que presupone un pensa-

59. Vid. REHFELDT, Rec. de ERLER, *Der Ursprung der Gottesurteile*, en *SZ* 63 (1943) 395-396.

60. A. ERLER, *Gottesurteil*, en *HRG I* (Berlín 1971) 1769.

61. ERLER, *Gottesurteil* cit. 1771.

miento religioso, que se mueve en la religiosidad mántica, en las ordalías de descubrimiento, y en la religiosidad mágica, en las ordalías de defensa, que logran en parte transmitir algunas de sus características a la época posterior, cuando los hombres se elevan a un grado religioso más alto: la divinidad manifiesta su juicio a través de los elementos y el probante no está obligado en general a someterse a la ordalía, sino que pide hacerlo ⁶².

Hemos hecho alusión a estas afirmaciones de Erlar no para poner en tela de juicio las de Brunner, sino para destacar las conclusiones a las que se puede llegar, si se excluye la intervención de la divinidad en las ordalías, fundamentalmente con relación al duelo. Si, partiendo de los presupuestos de Brunner, en el duelo —como en las otras ordalías— en los primeros momentos no es necesario la intervención divina, cabe preguntarse, ¿cuál es la diferencia existente entre este duelo, ordalía y como tal medio de prueba, y aquel que deriva, según algunos autores, de la regulación de la enemistad y, según otros autores, de la regulación de la autotutela? ⁶³.

Si, hipotéticamente, puede admitirse que la utilización del duelo como medio de decisión refleja la identificación entre poder y derecho, creemos que debe rechazarse que este mismo planteamiento permanezca, como elemento fundamental, cuando el duelo se convierte en un elemento de prueba ordalíaca dentro del proceso.

De todas maneras, el carácter abstracto y general de la definición dada por Brunner no permite adivinar siquiera las características propias de la concepción ordalíaca germana y, en este sentido, debe subrayarse que la ordalía no es exclusivamente una institución germana, sino indogermana, como el mismo Brunner reconoce ⁶⁴. Baste señalar, por el momento, que dentro de los llamados pueblos indoeuropeos o indogermanos, para mantener la terminología brunneriana, se incluyen también aquellos que han configurado el mundo europeo occidental, especialmente Grecia y

62. ERLER, *Gottesurteil* cit. 1769. Cf. REHFELD, *Rec. cit.* 369.

63. Para estas dos direcciones, cf. GAL, *Der Zweikampf* cit. 236 ss.

64. BRUNNER *DRG* I 261.

Roma, donde es también posible descubrir rastros del pensamiento ordalíaco.

Un hecho, sin embargo, no puede negarse: la aparición generalizada de las pruebas ordalíacas en las fuentes coetáneas surge tras la desaparición del imperio romano de occidente y tras el asentamiento de los pueblos germanos en su antiguo territorio, pero nada permite concluir que en el momento de este asentamiento todos los pueblos germanos mantenían no sólo su presupuesta concepción ordalíaca, sino también todos los distintos tipos de pruebas ordalíacas, tales como aparecen configuradas en la época medieval.

La concepción brunneriana de la ordalía permite acoger igualmente los fenómenos medievales; queda así únicamente el recurso de examinar cómo Brunner configura los distintos tipos de ordalías empleados por los germanos.

La ordalía aparece dentro del proceso germano como un medio de prueba, aunque no sea el único medio. Para Brunner los medios de prueba conocidos en el proceso germano son el juramento y el juicio de Dios u ordalía ⁶⁵.

La seguridad con la que hace esta afirmación Brunner no es menor que la que manifiesta von Amira al decir que el proceso germano antiguo sólo conocía dos medios de prueba: el juramento y la intervención de testigos ⁶⁶. No se trata de oponer ambas opiniones, sino de señalar que si estos dos profundos conocedores del derecho germano llegaron a conclusiones tan dispares, quizá sólo pueda explicarse dicha divergencia por la carencia absoluta de fuentes para épocas tan antiguas. Para von Amira, como para Brunner, el proceso germano es una lucha entre las partes, donde éstas determinan la marcha del proceso (*Verhandlungsprinzip*), por lo que los puntos, que las partes no deciden, deben estar determinados precisamente por el derecho (*Legalprinzip*); en este proceso su juridicidad sólo puede ser reconocida en sus características externas (*Formalitätsprinzip*) y en el mismo prima la oralidad y la publicidad ⁶⁷; pese a esta coincidencia esencial entre ambos autores

65. BRUNNER *DRG* I 257.

66. VON AMIRA, *Grundriss* cit. 269.

67. VON AMIRA, *Grundriss* cit. 264 ss.

en el momento de señalar las características del proceso, en el momento de indicar las pruebas utilizadas en el proceso, ambos autores ofrecen respuestas diferentes.

Dado que examinamos las afirmaciones de Brunner desde su coherencia interna, es necesario aceptar su decisión de reducir los medios de prueba en el derecho germano al juramento y a la ordalía; por un lado subrayaremos, sin embargo —en conexión con la tendencia a equiparar lo franco a lo alemán y lo alemán a lo germano—, que recientemente Ganshof ha afirmado que en el derecho franco los medios de prueba del procedimiento ordinario ante el *mallus* y los que se utilizaban más frecuentemente ante el tribunal regio eran las ordalías o juicios de Dios y el juramento; de uso menos frecuente era la prueba testimonial⁶⁸; por otro lado, destacaremos que, sintetizando los resultados alcanzados por la sociología jurídica, Levy ha afirmado que la utilización de las ordalías como medio de prueba ha tenido lugar en todos los tiempos y lugares con carácter supletorio⁶⁹.

¿Cuáles son las ordalías utilizadas por los germanos en su antiguo proceso y cómo fueron utilizadas las mismas? Quizá sea sólo una decisión práctica, pero merece resaltarse la renuncia brunneriana a trazar las características de los distintos tipos de ordalía en el originario proceso germano, remitiéndose a la exposición que les dedicará en el volumen segundo, dadas las diferencias que su empleo presenta en los distintos derechos⁷⁰. Tal decisión muestra la inutilidad práctica de la afirmación de la ordalía como un medio de prueba en el derecho germano originario, puesto que, si no conocemos cómo se desarrollaba el procedimiento ordalíaco en la época germana, tampoco podemos llegar a conclusión alguna para conocer el procedimiento ordalíaco en el mundo medieval, que puede así ser estudiado como un fenómeno nuevo, un fenómeno propio de la Edad Media, aunque por razones quizá sentimentales remontemos su origen a una época muy anterior.

No mucho más preciso se muestra Brunner al determinar los.

68. F. L. GANSHOF, *La preuve dans le droit franc*, en *Recueils J. Bodin* 17 (Bruxelles 1965) 73.

69. Jean-Philippe LÉVY, *L'évolution de la preuve, des origines a nos jours. Synthèse générale*, en *Recueils J. Bodin* 17 (Bruxelles 1965) 13, 17.

70. BRUNNER *DRG* I 262.

tipos de ordalía utilizados en el proceso germano originario, aunque menciona alguno de ellos: la prueba de la suerte, la interrogación de las fuerzas naturales del fuego y del agua exorcizadas para el fin de la ordalía, y el duelo, pues Brunner indica que tales tipos son los más importantes, lo que parece indicar que no son los únicos, y no especifica que ordalías del agua y del fuego son utilizadas por los germanos, ya que sólo menciona expresamente la ordalía del agua hirviente ⁷¹.

En la época franca la exposición de Brunner ofrece ya una mayor precisión: añade a las ordalías mencionadas en la época germánica, dos nuevos tipos, la ordalía del pan y la ordalía de la cruz ⁷², considera moderna la ordalía del enterrado vivo ⁷³ y excluye de la época franca la ordalía del féretro, mencionada en la primera edición de su obra ⁷⁴. Recordemos además que Brunner había aludido a una ordalía propia de los germanos del norte, la ordalía que podíamos llamar del terrón (der Rasengang) ⁷⁵. ¿Serían de incluir estas novedades entre aquellas menos importantes ordalías no mencionadas en la época germana originaria? Esta posibilidad aparece excluida por el propio Brunner sea para la ordalía de la cruz, al calificarla de ordalía específicamente cristiana ⁷⁶, sea para la ordalía del pan, al afirmar que no puede remontarse más allá del siglo octavo ⁷⁷, sea para las otras ordalías mencionadas, por las razones indicadas en el texto.

Como simple medio de contraste señalemos que Grimm considera todos los juicios de Dios de origen pagano y de la más alta antigüedad, citando los siguientes: *judicium ignis*, en sus diversas variantes; *judicium aquae*, en su doble variedad; *judicium crucis*; *judicium pugnae*; *judicium feretri*; *judicium offae* ⁷⁸. Es decir, su enumeración coincide en lo esencial con la ofrecida por Brunner, aunque incluye la ordalía del féretro y considera antiguas la orda-

71. BRUNNER DRG I 262.

72. BRUNNER DRG II 538.

73. BRUNNER DRG II 538 n. 2.

74. BRUNNER DRG II 545 n. 32.

75. BRUNNER DRG I 265-266.

76. BRUNNER DRG II 559.

77. BRUNNER DRG II 544 n. 29; 552.

78. GRIMM DRA 912 ss.

lía del pan e incluso la ordalía de la cruz; no menciona, sin embargo, la ordalía de la suerte.

Estos juicios de Dios aparecen testimoniados en el mundo medieval y aunque presenten grandes diferencias entre sí, sin embargo se reconoce expresamente el carácter germano originario de todos ellos, por parte de Grimm, salvo la ordalía no mencionada, o de la mayor parte de ellos, por parte de Brunner.

Antes de seguir adelante creemos necesario recordar una característica del planteamiento de la obra brunneriana. Se propone alcanzar a perfilar un derecho alemán, pero en la práctica también germano, a partir de los derechos de las distintas ramas germánicas. Lo importante para Brunner, por tanto, es señalar aquellas instituciones comunes a diversos pueblos germanos, ya que esta coincidencia le permitirá afirmar su común origen germano; de aquí que se prescindiera o no se explique por qué no todos los pueblos germánicos han mantenido, aunque fuesen modificadas, sus originarias instituciones comunes germanas.

Al ponerse en duda el carácter común germano de las ordalías, es necesario asentar el mismo. Brunner dice que contra la afirmación de von Amira, que remonta la aparición de las ordalías en el medioevo a una influencia india, «habla en especial el ámbito de extensión posterior de la ordalía del agua hirviente y de la ordalía de la suerte. En aquélla la acción ordalíaca consiste en hervir agua en un recipiente, donde el probante introduce el brazo desnudo, para extraer un anillo o una piedra. Si aparecían, después del transcurso de un plazo determinado, sanos la mano y el brazo, se superaba la prueba. Esta ordalía aparece testimoniada en las fuentes desde el siglo VI en los francos ribuarios y sálicos, por las leyes del rey Ines (688-695) entre los anglosajones, en el tránsito del siglo VII al VIII entre los visigodos, en el siglo VIII entre los longobardos y frisones, en el noveno entre los sajones. Por esto se excluye —continúa Brunner— que la ordalía del agua hirviente entre los germanos occidentales pueda ser reconducida a una inmigración de una institución jurídica originariamente india procedente de las costas del Mediterráneo. Esto mismo vale para la ordalía de la suerte. Prescindiendo de que la suerte, lo que es reconocido universalmente, ha sido empleada por los germanos en la época pagana como oráculo, está testimoniada seguramente

como juicio de Dios no sólo entre los francos y frisones, sino también entre los anglosajones y ciertamente como un resto del paganismo por un concilio del año 786, que la fulmina»⁷⁹.

Esta forma de proceder de Brunner nos parece suficientemente característica. Aun admitiendo que su demostración llegase a probar el carácter germano común de la ordalía del agua hirviente y de la ordalía de la prueba, de la misma no podría obtenerse ningún elemento en favor de que el duelo o la ordalía del hierro candente tuviesen el mismo origen. La impresión que se obtiene, sin embargo, es que Brunner admite plenamente que este carácter común germano puede predicarse igualmente de todos los tipos de ordalía que menciona, incluso de aquellos que no van a ser posteriormente tomados en consideración en su refutación de von Amira. No deja de ser sintomático, que primero afirma el carácter común germano de las ordalías y sólo posteriormente rechace la opinión de von Amira.

Si prestamos ahora nuestra atención a las características que presentan estos tipos de ordalía en la época germana, tendremos que llegar a la conclusión que Brunner se mantiene en una posición harto prudente; su exposición oscila entre la generalidad y la ambigüedad.

Dentro de las ordalías, en las que se invocan elementos naturales, Brunner presta su atención a la ordalía del agua hirviente, señalando que el objeto a recoger es un anillo o una piedra. ¿Conocieron desde siempre los germanos esta doble posibilidad? ¿No es posible que en los tiempos más antiguos se utilizara sólo uno de los dos objetos mencionados? ¿Si es así, cuándo se produjo la introducción del segundo objeto? ¿Ocurrió antes de la disgregación de la antigua comunidad germana o después? ¿Puede negarse, pese al silencio de las fuentes posteriores, que pudieran utilizarse otros objetos? Añádase, además, que Brunner habla de un anillo o una piedra, pero, como veremos, tal como aparece testimoniada en la edad media peninsular, esta prueba puede realizarse con un número mayor de objetos, que no siempre eran piedras.

79. BRUNNER *DRG* I 262-263. A señalar que Brunner niega que la aparición de la ordalía del agua hirviente entre los germanos occidentales se deba a una inmigración.

Las noticias en torno a la forma de realizarse la ordalía tampoco son más detalladas: se guarda silencio sobre las formalidades a observar antes de proceder a la realización de la prueba, pero se guarda silencio igualmente sobre las formalidades a realizar tras el empleo de la prueba. ¿Se vendará o no la mano del probante? ¿Quién lo realiza? Estas y otras muchas preguntas quedan igualmente sin respuesta. Como queda igualmente en una indeterminación completa el plazo durante el cual el probante debe esperar a que su mano sane o se llague⁸⁰.

Muchas menos noticias da Brunner sobre la prueba de la suerte, pues no sabemos siquiera si entre los germanos era una ordalía unilateral o bilateral, ya que en época posterior, en la Edad Media, aparece en unos pueblos como unilateral, mientras en otros como bilateral⁸¹.

Estas deficiencias únicamente manifiestan lo poco que estamos informados en torno al empleo de las ordalías entre los germanos. En este momento sólo queremos llamar la atención sobre este hecho y sobre sus consecuencias: para el estudio de la ordalía medieval no es necesario el conocimiento de la ordalía en el mundo germano, tal y como ha podido ser reconstruida por la ciencia, en la medida en que su configuración no es más que el resultado de la extrapolación de datos medievales.

Tiene, sin embargo, un valor especial la constatación de la aparición progresiva de la ordalía del agua hirviente. Las fuentes van testimoniando su empleo primero entre los francos, más tarde entre los anglosajones, después entre los visigodos, y así sucesivamente. Da la impresión de que se trata de una jugarreta de las fuentes escritas, pues debe entenderse que, a pesar de esta aparición distanciada en el tiempo, desde siempre estos pueblos utilizaron esta antigua práctica, si se remonta al derecho común germano. Se comprende así que Brunner se apresure a afirmar que las características propias de esta ordalía entre los visigodos, la aparición de tres piedras en vez de una y la intervención de niños inocentes, prueban que no ha sido tomada en préstamo de los

80. Cf. BRUNNER *DRG* II 581 para la época franca, donde el plazo parece ser únicamente de tres días.

81. Vid. los testimonios en BRUNNER *DRG* II 539. Contra la explicación de Brunner, vid. PAPPENHEIM, *Über die Anfänge* cit. 152 ss.

francos por los visigodos⁸². Pese al silencio del Liber, indica Brunner, la ordalía del agua hirviente aparece regulada en una ley probablemente de Egica, y de forma sorprendente en las fuentes más modernas, es decir, medievales, para las diferentes partes de la península con características en parte propias. A un origen visigodo se vincula también el duelo a caballo, que aparece entre los francos bajo Ludovico Pío como una nueva forma jurídica de dicha ordalía⁸³. Las fuentes modernas, continúa Brunner, testimonian el empleo de la ordalía del agua hirviente y también la del hierro candente en las demandas de paternidad⁸⁴, aunque, concluye, las ordalías practicadas por los visigodos extrajudicialmente hayan sido la del agua hirviente y la del duelo, pues sólo así se podría explicar su sorprendente aparición en época posterior, que no puede hacerse remontar a un préstamo exterior⁸⁵.

Hemos rebasado el problema de la ordalía del agua hirviente, pero esto nos permite ver la fundamentación de las afirmaciones de Brunner. Si no menciona la ordalía del hierro candente entre las practicadas extrajudicialmente en la época visigoda, tampoco explica su aparición sorprendente en la Edad Media peninsular, tanto más necesaria cuanto más la inclusión del empleo extrajudicial del duelo en la monarquía visigoda se basa en un testimonio del 820.

Por su parte, Hinojosa afirmaba que el derecho escrito durante la época visigoda no conocía la ordalía como medio de prueba, salvo la del agua hirviente, raramente aplicada, pero, tras la desaparición del reino visigodo, surgen, al lado de la ordalía del agua hirviente, otras: la del hierro candente y la del duelo, la más importante⁸⁶, ordalías que Hinojosa considera también, dado su planteamiento, practicadas consuetudinariamente durante la época visigoda.

No vamos a entrar ahora en el análisis de estas afirmaciones, pero sí vamos a poner de relieve que mientras Brunner puede dejar

82. BRUNNER *DRG* I 263 n. 52, en base a *Liber* p. 463.

83. BRUNNER *DRG* II 542.

84. BRUNNER *DRG* II 549.

85. BRUNNER *DRG* II 544.

86. HINOJOSA, *El elemento* cit. 420-421.

en el aire la explicación del empleo en la época medieval de la ordalía del hierro candente, ya que su finalidad es exponer un derecho alemán/germano común, Hinojosa se ve en la necesidad de reconocer, al menos implícitamente, que la ordalía del hierro candente fue empleada igualmente en la época visigoda.

La ley que regula la ordalía del agua hirviente, de muy dudosa tradición manuscrita, aparece fechada en los últimos años de la monarquía visigoda, aunque muy probablemente, como veremos, procede de la época medieval; el testimonio del empleo del duelo entre los visigodos se apoya en una noticia, válida en todo caso para Cataluña, del 820 y, finalmente, el empleo del hierro candente sólo aparece testimoniado en la época medieval y tardíamente. En esta situación afirmar que el empleo del hierro candente en la Edad Media peninsular puede ser resultado de una influencia exterior o, en todo caso, de una elaboración propia peninsular, podría llevar a pensar que esta explicación es la que se adecúa mejor a las noticias existentes en torno a las otras ordalías.

Dejando por el momento en suspenso estas afirmaciones, señalemos que si la utilización de la ordalía del agua hirviente no es un préstamo franco, quedan sin explicar las especialidades ofrecidas por la misma en el derecho visigodo. No creemos forzar el pensamiento de Brunner, si afirmamos que los trazos propios de dicha ordalía en la época germana los presenta la regulación franca, pero entonces caba preguntarse, ¿de dónde proceden las modificaciones visigodas? Es necesario concluir que son modificaciones surgidas en la evolución autónoma de dicha institución entre los visigodos, porque, en caso contrario, se plantearía el problema de posibles contaminaciones, con todo lo que ello comportaría para el problema del origen germano de las ordalías.

Tampoco la aparición de la ordalía del agua hirviente en las leyes de los anglosajones habla en favor del carácter común germano de las ordalías. Tanto los francos como los frisones utilizan el término *ordél* para aludir sea al *Dei iudicium* sea a la sentencia judicial; los anglosajones, sin embargo, reservan la palabra *ordél* (latinizada en *ordalium*) para los juicios de Dios. Este hecho no es simple casualidad: manifiesta que los anglosajones han tomado en préstamo de la lengua franca dicha palabra, adoptando el ritual

franco de las ordalías⁸⁷. La conclusión de esta afirmación es simple: el empleo de la ordalía del agua hirviente entre los anglosajones no es testimonio de una antigua comunidad jurídica germana, sino resultado de una influencia franca. Esta conclusión se confirma aún más, al ocuparse de nuevo Brunner de este punto en el volumen segundo de su exposición. Tras señalar que, con la excepción de la ley de Ines de Wessex de finales del siglo VII, las leyes antiguas anglosajonas desconocen completamente los juicios de Dios entre los libres y entre los siervos, indica que la mencionada ley reconoce la ordalía del agua hirviente, y tras ella, sólo a principios del siglo X, aparecen ordalías unilaterales. Su empleo se desarrolla generalmente sólo en el siglo XI, especialmente en las normas dadas para la población danesa invasora. Las fórmulas ordaliacas anglosajonas, tal como nos han llegado a nosotros a partir del siglo X, muestran la más íntima vinculación a las fórmulas más antiguas, las cuales nos transmiten el formalismo ordaliaco franco. Según todas las apariencias faltan en el derecho más antiguo de los anglosajones las ordalías, al carecer de un ritual eclesiástico. Cuando empezaron a conocer uno, por influjo franco, nada se oponía ya al empleo oficial de las ordalías y había tanto mayor motivo para tomar en préstamo las formas francas aprobadas por la Iglesia, cuanto más la población danesa recién convertida apenas había podido olvidar sus ordalías paganas. A partir de esta recepción de las ordalías francas se explica, como hemos visto, el empleo de la palabra ordalía entre los anglosajones⁸⁸.

Esta explicación de Brunner muestra claramente que, al menos entre los anglosajones, la aparición de las ordalías está vinculada a una influencia franca, por lo que difícilmente puede presentarse como testimonio del origen común germano de la ordalía del agua hirviente⁸⁹.

87. BRUNNER *DRG* I 261 n. 47.

88. BRUNNER *DRG* II 541-542.

89. No vamos a entrar aquí en la posible persistencia entre los anglosajones, de forma consuetudinaria, de las ordalías: en sus leyes se introducen a imitación de los formularios francos; debe resaltarse, por lo tanto, que la utilización oficial de las ordalías entre los anglosajones se hace mediante el empleo del formulario franco; las semejanzas, por lo tanto, no radicarían en un origen común, sino en una importación.

Del examen realizado pueden deducirse algunas conclusiones provisionales de una cierta importancia, a partir de las afirmaciones brunnerianas:

A) No todos los pueblos germánicos desprendidos del tronco común han conservado todas y cada una de las primitivas ordalías, empleadas, según Brunner, en la época germana, si no aparecen testimoniadas en todos ellos; por limitarnos a la península, podemos afirmar que Brunner reconoce el desconocimiento de la ordalía del hierro —así como de la ordalía del agua fría y de la suerte, se podría añadir— entre los visigodos, admitiendo expresamente que utilizaron extrajudicialmente la ordalía del agua hirviente y el duelo.

B) Determinadas pruebas ordalíacas se han podido perder en algunos pueblos germánicos, aunque posteriormente hayan podido incorporarse de nuevo a su acervo jurídico, como consecuencia de una influencia franca, como en el caso anglosajón.

C) Los diversos tipos de ordalía pueden presentar diferencias en la regulación conservada por los distintos pueblos en la época medieval e incluso algunos pueblos pueden ofrecer ordalías propias, así la ordalía del terrón (*der Rasengang*); estas diferencias y estas ordalías propias no pueden ser originarias, es decir, no pueden remontarse a la época germana, por razones metodológicas: ¿Cómo surgen tales modificaciones y cómo se crean nuevas ordalías? ¿No es posible reinventar ordalías ya existentes pero abandonadas?

Por el momento dejemos planear estas afirmaciones y volvamos de nuevo a la exposición de Brunner, que, tras fundamentar el origen común de la ordalía del agua hirviente y de la ordalía de la prueba de la manera expuesta, acomete el problema del duelo.

El primer problema que ofrece el duelo es el de su ubicación. Se discute si se trata de una ordalía e, incluso, de forma más general, si se trata o no de un medio de prueba. Tras sentar que existen duelos que ni son ordalías ni son medios de prueba, Brunner concluye afirmando que el duelo deviene ordalía cuando se configura como tal, es decir cuando se piensa poder ver en su resultado la prueba de la verdad o de la falsedad, del derecho

o de la injusticia. «Para los germanos del oeste esta concepción está fuera de duda»⁹⁰.

El duelo, en conclusión, puede ser una ordalía e indudablemente lo es entre los germanos occidentales, es decir, entre los alemanes.

¿Dónde encuentra apoyo esta afirmación? Las fuentes de la época franca califican expresamente de juicio de Dios al duelo, manifestando, además, claramente que la divinidad concede la verdad y el derecho al vencedor. Esta impresión se refuerza por la posibilidad, en algunos derechos, de que las partes puedan elegir campeones que defiendan su derecho en el duelo, atribuyéndose los mismos a las partes, antes del duelo, por la suerte, entre los bávaros. Esta concepción del duelo como juicio de Dios no ha sido consecuencia de la influencia cristiana, sino que se remonta ya a la época pagana, como muestra la íntima unión entre lucha y derecho entre los germanos, el empleo por éstos del duelo como oráculo y la extensión del pensamiento de la ordalía sobre la batalla y la guerra, así como la utilización de fórmulas y medios mágicos, combatidos todavía en la época cristiana⁹¹.

No vamos ahora a aludir a las pruebas mencionadas para demostrar el origen pagano del duelo; baste señalar, por el momento, que las mismas demuestran que los pueblos alemanes conocen el empleo del duelo en la época pagana, pero no ofrecen ningún apoyo para afirmar que los pueblos germanos conocieron el duelo en tanto medio de prueba, en tanto ordalía.

Demostrar en este sentido el carácter pagano del duelo no es suficiente, ya que es necesario demostrar que el duelo, en cuanto medio de prueba y ordalía, se remonta a la época germana; y tal prueba aparece un tanto difícil de conseguir, pues, como reconoce el mismo Brunner, si entre los germanos del oeste, es decir los alemanes, y entre los burgundios, un pueblo del grupo de los alemanes orientales⁹² el duelo aparece como un medio de prueba perfectamente integrado en el proceso judicial, tal no ocurría entre los germanos del norte o escandinavos y probablemente tampoco

90. BRUNNER *DRG* I 263.

91. BRUNNER *DRG* I 263-264.

92. Cf. BRUNNER *DRG* I 61.

entre los ostrogodos, donde se conocía un duelo, que se desarrollaba fuera del proceso, constituyendo en sí mismo un proceso; no aparece por tanto como una ordalía, sino como una autotutela legalmente regulada⁹³. Se podía así explicar originariamente como una enemistad transformada contractualmente en duelo⁹⁴.

Estos son los hechos tal como los expone Brunner, aunque inmediatamente añade que el pensamiento ordalíaco no era extraño a los germanos del norte: ni el hecho de que las noticias sobre las ordalías del agua hirviente y del hierro candente no rebasen el siglo XI, ni el hecho de que los casos más antiguos de su empleo descansan sobre un acuerdo de las partes ni, finalmente, que los germanos del norte utilizaran, tras la conversión al cristianismo, formas ordalíacas aprobadas eclesiásticamente son pruebas vinculantes que puedan conducir a afirmar que las ordalías del fuego no nacieron de forma autóctona en el norte. Especialmente la situación de las fuentes no excluye su empleo extraprocesal para la época pagana; además los germanos del norte conocieron una ordalía propia, la ordalía del terrón (*der Rasengang*), prueba consistente en pasar, sin derribarlo, bajo un terrón alzado. Debe además señalarse que esta ordalía se utilizaba para reforzar el juramento, un hecho que refleja el próximo parentesco que existía originariamente entre juramento y juicio de Dios⁹⁵.

La valoración de estas afirmaciones brunnerianas depende muchísimo de la posición previamente adoptada⁹⁶, pero no exageramos al decir que las mismas únicamente permiten hipotetizar la existencia de prácticas ordalíacas entre los germanos del norte, afirmar un empleo del duelo, que al desarrollarse fuera del proceso no era realmente una ordalía, y, finalmente, decir que los germanos del norte conocían en la Edad Media una ordalía propia⁹⁷, que por reflejar la relación originaria existente entre juramento y juicio

93. BRUNNER *DRG* I 264-265.

94. BRUNNER *DRG* I 265.

95. BRUNNER *DRG* I 265-266.

96. Vid. la crítica de PAPPENHEIM, *Über die Anfänge* cit. 149 ss.; cf. GAL, *Der Zweikampf* cit. 286.

97. Testimoniada, al parecer, en una sola fuente como ordalía, en el capítulo 18 del «*Laxdaelasaga*», que recoge una narración referente al siglo X, según indica PATETTA, *Le ordalie* cit. 211-212. Vid. infra n. 354.

de Dios está poniendo de relieve que entre los germanos del norte no es el duelo, sino la ordalía del terrón, la que establece tal relación.

Invocar testimonios de un pensamiento ordalíaco o de fenómenos más o menos emparentados con el mismo para demostrar la existencia de un determinado tipo de ordalía entre los germanos legitimaría la posibilidad de recurrir al mundo romano, en el cual se encuentran testimonios del recurso a la ordalía sólo en la época más antigua —el último parece remontarse al 204 a. C.—, pero donde muchas manifestaciones de la voluntad divina, presagios, oráculos, etc., han jugado un papel mucho más importante del que se piensa normalmente como prueba en el proceso o más generalmente en el arte de la oratoria. Autores como Cicerón, Quintiliano o Julio Víctor citan estos testimonios divinos al lado de los testimonios humanos, reflejando así una opinión general que, al lado de las pruebas judiciales, creía poder reconocer un valor probatorio a sucesos, en los que descubría el signo de la decisión de los dioses⁹⁸, para no mencionar la noticia ofrecida por el Pseudo-Acrón, un escoliasta de Horacio, en el que, como señala Patetta, parece leerse una descripción de un *judicium panis*, pues se rechaza generalmente como testimonio válido para la época romana, al proceder muy probablemente de la época franca⁹⁹.

El carácter germano común del duelo es una afirmación de Brunner, que no puede ser confirmada desde su exposición. El duelo —dice— Brunner— no es necesariamente ni un juicio de Dios ni un medio de prueba, pero se convierte en ordalía, cuando se asienta la convicción de que el resultado del mismo pondrá de relieve la verdad o la falsedad de una afirmación¹⁰⁰. Sin esta convicción, el duelo puede configurarse como un proceso en sí, ya que demuestra su derecho quien vence en el duelo, que, desde este punto de vista, puede ser considerado manifestación de una enemistad contractualmente regulada¹⁰¹ y —concluye Brunner— en

98. LÉVY, *Le problème des ordalies en droit romain*, en *St. De Francisci* II (Milano 1956) 409 ss.

99. PATETTA, *Le ordalie* cit. 140-141; BRUNNER *DRG* II 544 n. 29; LÉVY, *Le problème* cit. 421.

100. BRUNNER *DRG* I 263.

101. BRUNNER *DRG* I 265.

esta estadio parecen moverse todavía los germanos del norte, así como los ostrogodos¹⁰². Si esto es así, el duelo, en tanto ordalía, no puede remontarse a la época germana común, aunque los germanos hubiesen conocido el duelo como oráculo, según dice Bruner, y como proceso en sí, es decir como una enemistad regulada contractualmente¹⁰³, salvo que se quiera afirmar que han sido los alemanes los únicos que han conservado la antigua tradición del derecho común germano, pero entonces, ¿de dónde han tomado los visigodos el empleo del duelo y cuándo?

Si queremos concluir este examen de las afirmaciones brunerianas, podemos señalar, a partir de las mismas, las siguientes conclusiones:

a) Aunque pueda afirmarse hipotéticamente que el pensamiento ordaliaco no era extraño a los germanos, tal afirmación no ha sido probada; a partir del hipotético empleo de las ordalías entre los germanos, no es posible sin embargo señalar cuáles eran los tipos de ordalía reconocidos por el derecho común germano.

b) En el transcurso de su historia, los diferentes pueblos germanos no mantuvieron intacta su herencia común hipotetizada, difícilmente concretada en el campo de las ordalías; precisamente por ello, si no puede saberse con exactitud qué tipos de ordalía fueron utilizados en la época germana, tampoco puede afirmarse cuáles tipos fueron conservados por todos los pueblos y cuáles permanecieron en algunos de ellos únicamente; de la exposición de Brunner para la época franca resalta claramente que ni todos los pueblos germánicos conocieron los mismos tipos de ordalía ni su empleo en todos ellos presenta las mismas características¹⁰⁴; puede así señalarse lo siguiente:

a') Algunos pueblos germanos presentan ordalías propias, así la ordalía del terrón (der Rasengang), lo que hablaría en contra de su origen común germano.

102. BRUNNER *DRG* I 264-265.

103. PAPPENHEIM, *Über die Anfänge* cit. 167, concluye así su examen de la posición de Mayer: «No sólo no se ha demostrado, sino que tampoco se puede aceptar, que «la ordalía en sentido estricto... estuviese generalizada mucho tiempo antes de la época histórica en todos los pueblos germanos». Cf. *infra* p. 196.

104. Vid. BRUNNER *DRG* II 538 ss. e *infra* p. 53 ss.

b') Algunos pueblos germánicos dejarían de utilizar las ordalías, si posteriormente las incorporaron a su acervo jurídico por influencia exterior, tal como ocurrió entre los anglosajones, que recibieron algunas ordalías por medio de los rituales eclesiásticos francos¹⁰⁵, pero también recibieron el duelo de los normandos, asentados en la zona occidental de Francia¹⁰⁶.

c') Algunos pueblos no conocen algunos tipos de ordalía utilizados entre otros pueblos germánicos; tal ocurre p. ej. con la ordalía de la suerte en la península; si se quiere afirmar que esta ordalía se remonta a la época común germana, debe concluirse que algunos pueblos germanos perdieron parte de su tradición común a lo largo de su historia.

d') En el empleo de las ordalías, los diferentes pueblos ofrecen particularidades propias, cuya aparición no ha sido explicada.

Si conjugamos estas afirmaciones, la conclusión sólo puede ser la puesta en duda de la manera habitual de actuar entre los germanistas. La utilización de las ordalías en el proceso germano común sólo ha sido hipotetizada, pero no demostrada; pese a ello, se ha construido un proceso germano caracterizado por el empleo de las ordalías, que ha perdurado en los distintos pueblos germánicos. Pero si los tipos originarios de las ordalías empleados en la época germana común no pueden probarse sin asomo de dudas, si a lo largo de su historia algunos pueblos germanos han ido perdiendo los antiguos tipos —independientemente de cuáles hayan sido— para recuperarlos más tarde, a veces por influencia exterior, y si, finalmente, en algunos casos los pueblos germanos han acuñado tipos propios de ordalías, no es posible, en base a datos procedentes de la Edad Media, afirmar nada con seguridad sobre la situación visigoda, pues las ordalías medievales o pueden haber sido el resultado de una aparición autóctona de la época, dadas las especialidades que presenta su regulación, o pueden haber sido el resultado de una influencia exterior, dado el papel fundamental que en la regulación de las ordalías ha jugado la Iglesia.

105. Vid. supra p. 30-31.

106. BRUNNER DRG II 542.

6. Si no nos equivocamos en nuestras apreciaciones, resultaría que de la misma exposición de Brunner se desprende, por un lado, que no consigue demostrar cuáles eran los tipos de ordalía utilizados entre los germanos en la época más antigua, y por otro lado, que en los tiempos históricos, tras la conversión al cristianismo, cada uno de los pueblos germánicos ofrece su propia selección de ordalías, que pueden utilizar en el proceso con características propias; finalmente, algunos pueblos han introducido nuevos tipos de ordalías, mientras otros, tras haber abandonado su empleo, vuelven a incorporarlos, tomándolos en préstamo de otros pueblos.

De estas afirmaciones debe concluirse que el origen y empleo de las ordalías entre los pueblos germánicos en la Edad Media es un problema que sólo puede resolverse desde las fuentes de la misma Edad Media; no es posible, en base al carácter germano de estos pueblos, afirmar la persistencia de forma consuetudinaria del empleo de las ordalías, sin que haya dejado trazo alguno en las fuentes, por ser las ordalías una institución típicamente germana. Y a esta misma conclusión puede llegarse, valorando otra serie de hechos.

La época antigua germana y la época posterior, cuando se han producido ya las grandes divisiones, pero antes del asentamiento definitivo de los pueblos germánicos en el mundo romano, aparecen envueltas en la exposición de Brunner, en una cierta indeterminación, que le permite hacer afirmaciones válidas en la medida en que no se confrontan, tal como hemos visto. Su renuncia a examinar más a fondo los presupuestos, que están en la base de la creencia ordalíaca germana le permite también simplificar su exposición, retrotrayendo a la época primitiva un grupo concreto de tipos de ordalía: agua, fuego, suerte y duelo.

Sin embargo, cualquier intento de profundizar en los presupuestos en los que se basa el empleo de los distintos tipos de ordalía, hace saltar a la luz un origen diferente. Todo intento de trazar una evolución de la creencia ordalíaca tiene que fundamentarse en la hipótesis, hipótesis que no sólo sirve para sustentar la explicación concreta de la aparición de la ordalía, sino que presupone también hipótesis fundamentales, en las que se apoyan los intentos de comprender la evolución del hombre.

La demostración más clara de estas afirmaciones puede encon-

trarse en las páginas que Patetta dedica al origen de las ordalías. La explicación del origen de las ordalías depende estrechamente sea de la forma de concebir la manera de pensar de los pueblos primitivos, sea de la forma de explicar el progresivo camino hacia la conquista de la cultura; así se explica que quienes, como Spencer, ven en el culto de los muertos la primera forma del pensamiento animista, se inclinan igualmente a afirmar que el tipo más antiguo de ordalía sería el recurso al espíritu del muerto, que, deseoso de venganza, descubriría el asesino; esta ordalía, pese a que los criterios religiosos que la sustentaban habían ya desaparecido, logró mantenerse, como mostraría el empleo del *iudicium feretri* en la Edad Media ¹⁰⁷. Puede tener razón Patetta al dudar de esta interpretación spenceriana y es posible que acierte al vincular la aparición de la ordalía al desarrollo del animismo, cuando se ve detrás de las cosas un espíritu; «el fuego quema, porque en él existe un ser que devora el objeto quemado, el veneno mata, el remedio sana porque con ellos penetra en el cuerpo un espíritu, que produce la muerte, o aleja a otro que causa la enfermedad, etc.» ¹⁰⁸. Si las calamidades se consideraban efecto de la cólera divina, pareció natural recurrir a los espíritus, no porque fuesen considerados como guardianes de la justicia, sino porque se creía en la posibilidad de obligarles a descubrir el culpable, que había provocado la cólera divina; también cabía dirigirse al espíritu ofendido, que se suponía embargado por el deseo de la venganza ¹⁰⁹. Si este animismo puede estar en la base de muchas ordalías —agua, veneno, fuego—, sin embargo, no parece que pueda ofrecer una respuesta tan convincente para otras ordalías. Dicho con otras palabras, es necesario superar el estadio del animismo para poder incluir dentro de las ordalías nuevos tipos; el duelo será así un fenómeno posterior, como reconoce el mismo Patetta ¹¹⁰.

De estas afirmaciones lo que interesa destacar no es su mayor o menor acierto, sino el haber destacado que todo intento de ahondar un poco en las características de la creencia ordalíaca,

107. PATETTA, *Le ordalie* cit. 4 ss.

108. PATETTA, *Le ordalie* cit. 7.

109. PATETTA, *Le ordalie* cit. 12.

110. PATETTA, *Le ordalie* cit. 15 ss.; 172 ss. en especial 178 ss.

rompe la aparente uniformidad de un fenómeno que se caracteriza como universal.

En la prueba del hierro candente los efectos son siempre los mismos: el probante se quemará la mano, salvo la intervención divina. Pero si los resultados de esta ordalía son siempre los mismos, existen grandes diferencias en su valoración, de acuerdo con la forma de considerar el resultado de la prueba: no es lo mismo que el resultado sea consecuencia de la intervención del espíritu del fuego que de la intervención del Dios cristiano, no es lo mismo que el probante demuestre su inocencia gracias a la intervención de una divinidad justiciera que logre superar la prueba por medio de artes mágicas.

Un examen de las distintas ordalías parece probar una aparición de las mismas distanciadas en el tiempo y parece también mostrar que las ordalías tienen un origen diferente. Las afirmaciones en torno a las ordalías encuentran su apoyo en una construcción fundamentalmente cristiano-eclesiástica, independientemente de que, para su construcción, se hayan empleado o no elementos paganos. La idea fundamental se encuentra en la identificación entre Dios y justicia y en la creencia en que Dios hará triunfar al justo o, con otras palabras, el justo superará todas las pruebas.

Esta idea es la que permite acomunar los distintos tipos de ordalía. Señalar, tal como ha hecho Leitmaier¹¹¹, que la ordalía cristiana viene caracterizada por la intervención divina, que permite que en determinados casos no se cumplan las leyes de la naturaleza, es llevar a cabo una elaboración un tanto complicada, que no parece la más adecuada para explicar supuestos como los representados por la ordalía del duelo, la de la suerte o incluso la del pan.

Si se prescinde, sin embargo, de esta tarea de acomunar bajo un centro de atracción lo suficientemente amplio fenómenos diferentes, difícilmente puede encontrarse una explicación única. Patetta, con fines distintos, había llamado ya la atención sobre las numerosas definiciones dadas de las ordalías o juicios de Dios, que pecaban de ordinario «por falta de la amplitud necesaria para abrazar todas sus formas, y frecuentemente también por dejar suponer

111. LEITMAIER, *Die Kirche* cit. 97.

que el uso de las mismas se limitase a los procesos penales»¹¹². Y señalamos que con fines distintos, pues Patetta no pretendía delimitar la ordalía cristiana, tal como fue empleada en la Edad Media, sino dar una definición de ordalía lo suficientemente amplia para acoger todos los fenómenos ordalíacos, en cualquier parte del mundo y en cualquier momento histórico. Esta finalidad podía conducir igualmente a difuminar el distinto origen de las ordalías, aunque no a hacer desaparecer por completo sus diferencias, como hemos ya indicado.

Si prescindimos de los principios cristianos, que están en la base de las ordalías empleadas en la Edad Media, puede verse fácilmente que las distintas ordalías aparecen desvinculadas unas de otras, al faltarles un centro de atracción. Cuando se trata de explicar su aparición, se evidencia todavía de forma más clara su distinto origen. Las explicaciones arbitradas pueden ser más o menos convincentes, pero todas ellas conducen a la necesidad de separar los distintos tipos de ordalías.

Puede así distinguirse entre ordalías de descubrimiento («die Ermittlungsordalien»), que responde a acciones de persecución, realizadas por el poder político o por el ofendido, por lo que tienen una naturaleza mántica, y ordalías de defensa («die Abwehrordalien»), que se presentan como un refugio del acusado; de aquí que se manifiesten como un signo de poder, ya que el éxito en su realización convierte al acusado en tabú. Esto explicaría que en su origen estas ordalías no fuesen dirigidas a mostrar la inocencia, sino el poder del acusado. Los orígenes de las ordalías estarían dominados por la equiparación entre poder y derecho. De aquí no debe concluirse que el más fuerte aparece como inocente, sino también que el inocente aparece como el más fuerte. La desgracia devenía así signo de culpa. Posteriormente aparece la intervención divina, a la que se pide ayuda. «Así se eleva purificándose el juicio de Dios a los escalones más altos de la religiosidad creyente, mientras que sus raíces descansan en las oscuras concepciones religiosas y jurídicas primitivas de la tierra»¹¹³.

Es indudable, como indica Rehfeldt al recensionar la mencionada

112. PATETTA, *Le ordalie* cit. 2.

113. REHFELDT, rec. cit. 395-396; la frase es de Erlcr.

da obra de Erler, que tal hilación de ideas no puede apoyarse en pruebas históricas. Erler no puede ofrecer testimonios directos de sus afirmaciones sobre la concepción jurídica antigua de la ordalía ¹¹⁴.

Puede ser ya sintomático que, recientemente, Erler, al exponer sintéticamente el problema de las ordalías, repita su concepción fundamental, pero no incluye ya el duelo dentro de las ordalías de defensa, sino que lo considera como un medio de decisión originariamente, aunque se haya convertido pronto en un medio de prueba ¹¹⁵. El mérito de esta exposición no radica tanto en lo acertado o no de sus conclusiones, cuanto en el evidenciar que, cuando se profundiza en el conocimiento de las instituciones, lo que parece igual puede presentar grandes diferencias, como consecuencia del pensamiento profundo en que se apoya.

Sin entrar en el problema del origen de las ordalías, no debemos olvidar que, para la época antigua, entre los germanos, nuestros conocimientos se apoyan fundamentalmente en el mundo medieval, donde una serie variada de tipos de ordalías puede ser acomunada por el pensamiento de un Dios justiciero. Es posible que estas ordalías hayan nacido en la época medieval, pero es también posible que procedan de una época anterior, de la que conservarían dos características propias de las ordalías de defensa: la divinidad hace público su juicio fundamentalmente por medio de los elementos y el probante por regla general no está obligado a someterse al juicio de Dios, sino que se ofrece para ello ¹¹⁶. Todas estas afirmaciones son tanto más interesantes, cuanto menos comprobables ¹¹⁷.

Importa destacar que no todos los tipos de ordalía nacieron al mismo tiempo —si no las vinculamos al pensamiento cristiano— y que cada tipo de ordalía utilizado está íntimamente ligado a un círculo de ideas religiosas. Sólo si renunciamos a investigar estas ideas, podemos atribuir a un momento histórico pasado, a falta de pruebas históricas, cualquier tipo de ordalía.

114. REHFELDT, *rec. cit.* 396.

115. ERLER, *Gottesurteil* cit. 1769-1771.

116. Así ERLER, *Gottesurteil* cit. 1769.

117. Cf. *infra* p. 92 y n. 272.

7. El desarrollo de la sociología jurídica permitió descubrir que, acomunando las diferentes instituciones por sus rasgos externos, éstas podían encontrarse prácticamente en todos los pueblos y en todas las épocas, lo que iba a encontrar un reflejo importante en el campo de la ordalía, al ser considerada como el resultado de la creencia de que la divinidad descubrirá la verdad de lo sucedido.

A partir de sus características más externas, pero al mismo tiempo captando el elemento fundamental de su concepto, se ha podido decir que «la ordalía es pues una pregunta hecha a los espíritus en ciertas condiciones y con formalidades tales de inducirlos u obligarlos a responder de la manera a ellos establecida»¹¹⁸. Caracterizada así la ordalía, pierden ya mucho de su importancia las distintas formas a través de las cuales puede manifestarse la intervención divina, pese a que puede señalarse una cierta regularidad en la aparición de alguna de ellas. Quizá esta misma regularidad en el empleo de determinados tipos de ordalía indujo a Brunner a hablar de la ordalía o juicio de Dios como una institución jurídica surgida probablemente sobre bases indogermánicas¹¹⁹, convirtiéndose así un concepto lingüístico en un concepto cultural o, dicho de otra manera, pasando de la afirmación de una unidad lingüística primitiva a la afirmación de una unidad racial y cultural¹²⁰.

De este planteamiento, Brunner no obtuvo ninguna conclusión; de esta primitiva comunidad lingüística indoeuropea o indogermánica, convertida en unidad cultural, sólo prestó atención a los indios y a los germanos: rechazada la aparición de las ordalías en la época medieval por influencia india, sólo podía explicarse la misma a partir de una influencia germana, pues el alto grado de cultura alcanzado por griegos y romanos no permitía otra explicación.

Si prescindimos del problema de la aparición de las ordalías en la Edad Media, podemos constatar que la posición de Brunner es un tanto restrictiva, pues ya Patetta había señalado que «las ordalías se explican mejor que con cualquier otro sistema con las

118. PATETTA, *Le ordalie* cit. 12.

119. BRUNNER *DRG* I 261.

120. Cf. Julio CARO BAROJA, *Los pueblos del norte* (San Sebastián s. d. (1977?) 11.

formas religiosas más bajas y rudimentarias, y por eso precisamente se deben declarar antiguas cuanto la religión, y universales como esa»¹²¹.

Las ordalías, reducidas así a una creencia en la posibilidad de que la divinidad intervenga en la vida de los hombres para resolver sus cuestiones jurídicas, podría ser considerada, traducida al lenguaje actual, como una manifestación del inconsciente colectivo acuñado por Jung y teorizado en el campo de la historia por Flottes, un recurso que evita el examen de un fenómeno histórico concreto, pues «en tiempos y condiciones de civilización diversísimas, iguales causas producen iguales fenómenos jurídicos y sociales»¹²².

La ordalía puede incluso separarse de otros fenómenos paralelos, centrándola en el campo del derecho, al ser «todo procedimiento de cualquier género, con el que se cree poder inducir a seres sobrenaturales a manifestar en una manera dada sus decisiones sobre una cuestión productora de efectos jurídicos»¹²³, pero, a partir de este momento, se coloca, por así decirlo, por encima del tiempo y del espacio; en cualquier momento y en cualquier lugar el hombre puede recurrir a la ordalía, ya que este recurso es propio de su condición humana, de su naturaleza, no de su historia.

Esta tendencia a ver en la ordalía un fenómeno universal parece haberse consolidado en las investigaciones de los últimos años. La conclusión del trabajo de Nottarp, como indica Fehr, estriba en la afirmación de que la ordalía es un fenómeno universal, «cuando el hombre se encuentra ante la duda, de cómo debe separar y juzgar lo justo y lo injusto, acude a las fuerzas poderosas, que le deben mostrar el camino»¹²⁴. Incluso se puede mantener esta afirmación y ocuparse de las ordalías como de una parte de la historia de la humanidad, a pesar de que este planteamiento viene negado de hecho, al rechazarse la supuesta igualdad de la naturaleza humana, pues se admite que la etnología ha reconocido no la unifor-

121. PATETTA, *Le ordalie* cit. 22.

122. PATETTA, *Le ordalie* cit. 11.

123. PATETTA, *Le ordalie* cit. 2.

124. FEHR, *Rec.* cit. 463.

midad, sino la variedad inconcebible como característica de la humanidad, si acierta Rehfeldt en su crítica de Erler ¹²⁵.

Leitmaier, por su parte, al iniciar su estudio de las relaciones entre el juicio de Dios y la Iglesia afirma que los juicios de Dios no son un fenómeno típico del medioevo europeo cristiano, como creían la mayoría de los sabios hasta la mitad del siglo pasado; tampoco —añade— puede defenderse un origen indoeuropeo para los mismos; las ordalías se encuentran extendidas por toda la tierra y su origen se esconde en la lejanía más oscura; ni siquiera puede admitirse que las formas más conocidas, pese a su origen pagano, hayan sido creadas por el cristianismo, pues sólo dos o tres ordalías procederían de éste ¹²⁶.

No es otra, finalmente, la conclusión alcanzada por Lévy, quien en su síntesis general de la evolución de la prueba desde sus orígenes hasta nuestros días, procede a una valoración de las distintas aportaciones aparecidas en los volúmenes dedicados a la prueba en los Recueils J. Bodin: la ordalía, un tipo de prueba primitivo o religioso, lo han conocido o conocen todos los pueblos de la tierra ¹²⁷; en su vigencia histórica, añade Lévy, se dan diversas alternativas: la ordalía aparece en determinadas fases para desaparecer en otros momentos y volver a surgir de nuevo ¹²⁸; así ocurrió en Europa, donde el sistema de pruebas ordalíacas va desapareciendo durante el curso de la antigüedad: en los primeros tiempos históricos su papel es modesto en Egipto, en Babilonia y entre los hebreos; un poco más duradero en Grecia, donde los datos son abundantes; débil en Roma, donde los últimos vestigios, transmitidos por la leyenda, colocan la ordalía en el año 200 a. C.; durante los últimos siglos de la antigüedad se pierde hasta su recuerdo ¹²⁹, aunque vuelve a reinar en Europa con las invasiones ¹³⁰. Esta reaparición, para utilizar la palabra de Lévy, no se manifiesta como consecuencia de las invasiones; al menos Lévy no

125. REHFELDT, Rec. cit. 394.

126. LEITMAIER, *Die Kirche* cit. 7.

127. LÉVY, *L'évolution* cit. 11.

128. LÉVY, *L'évolution* cit. 9.

129. LÉVY, *L'évolution* cit. 25-26.

130. LÉVY, *L'évolution* cit. 26

subraya que esta reaparición sea consecuencia de que los antiguos germanos la conociesen ¹³¹.

Y esto ha podido ocurrir así, porque el empleo de la ordalía ha sido absolutamente universal, al constituir el fondo común de la humanidad ¹³², aunque los medios empleados para conocer la voluntad divina no son siempre los mismos en todas las partes, salvo algunos, así por ejemplo la prueba del hierro candente, que es casi universal, aunque no se menciona en la Biblia ¹³³.

A partir de estas nuevas afirmaciones se comprende mejor que el origen germano de las ordalías medievales no se presente ya con tanta claridad. Gaudemet renuncia a dilucidar el problema del origen de las ordalías en la Edad Media, dadas las dificultades de conocer las costumbres germanas antes de recibir la influencia romana y la penetración del cristianismo: las fuentes que tenemos son posteriores a ambos sucesos ¹³⁴. Y esta misma posición parece reflejarse en la contribución de Erlér al diccionario de historia del derecho alemán; se limita a señalar que la ordalía no es ninguna especialidad del derecho medieval, pues se encuentra en todas las culturas y en todos los escalones culturales, posiblemente incluso allí donde el hombre no conoce todavía a un Dios omnipotente y justo ¹³⁵.

Con este planteamiento, sin embargo, la ordalía corre el mismo peligro que sufrieron otras instituciones: arrancadas del espacio concreto en que surgen y desvinculadas de la época en que nacen, pueden convertirse en modelo de interpretación, en una especie de tipo ideal webberiano. En esta transformación la ordalía pierde sus elementos más característicos, aquellos que la vinculan de forma inmediata y única a un espacio histórico concreto. Algo similar le ocurrió al feudalismo como consecuencia quizá no tanto de una interpretación del mismo en cuanto medio de producción, cuanto de su valoración como una institución universal, que apa-

131. LÉVY, *L'évolution* cit. 26, cf. p. 55, pero LÉVY, *Le problème* cit. 424, considera al sistema ordaliaco medieval derivación del germano.

132. LÉVY, *L'évolution* cit. 14.

133. LÉVY, *L'évolution* cit. 16.

134. GAUDEMET, *Les ordalies* cit. 102-103.

135. ERLER, *Gottesurteil* cit. 1769 ss.

rece en todos los tiempos y lugares ¹³⁶. Pero quizá la prueba más clara de los peligros que corre la investigación histórica de las instituciones, cuando se presta atención fundamentalmente a los rasgos externos, que acomunan, y no a las diferencias específicas, que separan, cuyo descubrimiento suele ser mucho más difícil, lo mostraría lo sucedido con la *devotio* ibérica, como consecuencia de su equiparación al *comitatus*. Puede ser incluso paradójico que esta tarea fuese «una necesidad dialéctica de Fustel de Coulanges, en su posición negativa frente a la hipótesis germánica, que encuentra el primer germen del feudalismo en el *comitatus*», deformando así sutilmente la forma del *comitatus* germánico, pero convirtiendo al mismo tiempo la relación de fidelidad en un fenómeno universal. Cuán equivocado sea la identificación entre *devotio* y *comitatus* lo ha mostrado de forma magistral hace ya algunos años Ramos y Loscertales ¹³⁷.

Se puede llegar fácilmente a la conclusión de que las diversas soluciones ideadas por el hombre a través de la historia para resolver los problemas de su vida diaria son muy pocas y prácticamente las mismas en todos los pueblos del mundo, si examinamos tales soluciones fuera del contexto histórico que las han provocado, ateniéndonos exclusivamente a sus características más externas. Esta labor de simplificación encuentra su culminación en la formación de un concepto lo suficientemente abstracto para que lo diga todo y al mismo tiempo no diga nada, pudiendo así acoger todas las soluciones ofrecidas a un mismo problema por la humanidad desde los tiempos más remotos hasta la época actual. No vamos a discutir aquí las ventajas que pueden obtenerse de tal método, pero sí señalar que con el mismo desaparece el problema histórico concreto: cómo y por qué una determinada comunidad ha adoptado una determinada solución a los problemas de su vivir diario.

Tal cosa ha ocurrido con la ordalía. Al afirmarse que la misma supone una intervención de la divinidad en la vida de los hombres,

136. Cf. desde posiciones diferentes F. L. GANSHOF, *El Feudalismo* (trad. por F. Formosa) (Barcelona 1963) 19 ss.; AA.VV. *El Feudalismo* (Madrid 1972).

137. José María RAMOS Y LOSCERTALES, *La «devotio» ibérica*, en *AHDE* 1. (1924) 7 ss.; la frase citada en el texto en p. 7.

puede prescindirse de cómo se concibe esa divinidad y las razones de su intervención, para centrarse en los medios a través de los cuales la voluntad divina se manifiesta, y proceder a la unificación de los distintos medios, a través de la supresión de los detalles diferenciadores, que aparecen como sin valor, así no se valora el número de objetos que deben colocarse en el recipiente de agua hirviendo, si son uno o tres guijarros, si es una piedra o un anillo, etc.; tampoco debe darse mayor importancia al hecho de si las piedras están o no atadas con una cuerda, como tampoco a que el recipiente se encuentre en el suelo o cuelgue de una cuerda; también es indiferente que se tenga que llevar un hierro candente, en la mano, hasta una distancia determinada o que se tenga que caminar sobre un número variable de rejas de arado al rojo. Dando un paso más en esta tarea de reducción y esencialización de los elementos, se puede llegar así a la conclusión de que no existe diferencia alguna entre caminar sobre objetos de hierro al rojo o llevarlos en la mano y extraer un objeto del agua hirviendo, porque por encima de las diferencias hay algo que les acomuna, el elemento a través del cual la divinidad manifiesta su voluntad: el fuego, que a demás refleja uno de los cuatro elementos de los filósofos griegos antiguos, mientras el agua, que aparece en otras ordalías, sería el segundo de los elementos, por encima de las variedades que pueden presentar su empleo.

Con este procedimiento se logra reducir los diversos tipos de ordalía a un número muy limitado: agua, fuego, duelo, con algún que otro atípico, que puede quedar en segundo término, desde el momento en que los citados en primer lugar son los fundamentales, aquellos que se dan en todos los lugares y en todos los tiempos, y aunque los modernos resultados puedan hacer dudar de estas afirmaciones, puesto que quizá sólo puede predicarse la mencionada universalidad de la ordalía del hierro¹³⁸, ello no afecta en demasía al planteamiento adoptado, pues la forma de realizarse la ordalía, incluso en sus características más generales, pierde toda importancia, al consolidarse la convicción de que, en definitiva, la ordalía reposa en esa creencia general en la intervención de la divinidad en la vida de los hombres con el fin de que sean resueltos sus

138. LÉVY, *L'évolution* cit. 16.

problemas jurídicos. Se llega así a la definición de Patetta, ya recogida, que manifiesta únicamente el esfuerzo del científico para acoger bajo un mismo concepto fenómenos que, por semejantes que sean presentan sus propias peculiaridades¹³⁹, acomunándose así la intervención de un Dios omnisapiente y justiciero con la intervención de los espíritus de la naturaleza o de los demonios, que pueden por arte de magia ser sometidos a la voluntad de los hombres.

Al centrarse la atención en lo que se considera esencial a la ordalía, ésta aparece como una institución que, para entendernos, podríamos definir no histórica, sino natural; algo que existe siempre entre los hombres y aunque en las épocas iluminadas tienda a desaparecer, todavía puede conservarse su recuerdo en frases hechas¹⁴⁰, lo cual vendría a probar su gran arraigo en la conciencia y en las costumbres de los pueblos.

Planteadas así las cosas, poca importancia tiene el esfuerzo dirigido a examinar la aparición de las ordalías en el mundo medieval europeo, pero al mismo tiempo se justifica plenamente el reproche de García-Gallo a los germanistas y su invocación del duelo celebrado ante Escipión por dos príncipes hispano, a fin de dilucidar el acceso al trono¹⁴¹. Si las instituciones se examinan desde fuera y prescindimos, en atención a lo que se considera esencial, de todas las diferencias, entonces tanto da ver el antecedente del duelo del conde Bera en el duelo al que alude Tácito, que en el duelo realizado por los dos príncipes peninsulares mencionados.

No pretendemos identificar el planteamiento sociológico apuntado con la posición de los germanistas, pero éstos, en la práctica, llegan a los mismos resultados en un ámbito más reducido, al reducir las ordalías en la época del derecho germano común a sus elementos esenciales, válidos igualmente en cualquier tiempo y lugar. De aquí que la afirmación: «pudieron batirse algunos caudillos españoles delante de Escipión en el siglo III antes de Cristo, pero mientras nada autoriza a vincular con tal combate

139. Vid. supra n. 123.

140. Cf. PATETTA, *Le ordalie* cit. 34.

141. ALFONSO GARCÍA GALLQ, *El carácter germánico de la épica y del derecho en la Edad Media Española*, en *AHDE* 25 (1955) 635-636.

el duelo judicial de los cristianos españoles durante los primeros siglos de la Reconquista, existe un testimonio preciso de la estirpe gótica de éste»¹⁴², tiene menos fuerza de lo que parece.

Como hemos indicado, y volveremos sobre ello, es dudoso que los testimonios francos referentes al conde Bera manifiesten la existencia de un duelo judicial, es decir una ordalía, entre los visigodos; lo único que puede afirmarse es que los visigodos combatían a caballo, pero ni todo combate es duelo judicial ni todo duelo judicial es ordalía.

Hemos ya visto que el carácter germánico del duelo medieval se predica en base a una presunta utilización del mismo, como ordalía, entre los germanos, pero también hemos destacado que desde los planteamientos de Brunner esta demostración no se alcanza.

Si nos limitamos a los visigodos, es archiconocida la demostración del origen germánico del duelo y de su empleo por los visigodos, pese al silencio de sus leyes. El duelo del conde Bera prueba que los visigodos conocían el duelo judicial, en tanto ordalía; si las leyes visigodas no regulaban el duelo judicial ello se debe a su romanismo y a la política regia, pero consuetudinariamente se siguió empleando, a pesar del silencio de las fuentes; esta utilización del duelo vendría confirmada por la existencia del duelo como ordalía entre las otras ramas germánicas durante la Edad Media. Precisamente este conocimiento generalizado del duelo por los pueblos germánicos sirve de apoyo a la afirmación del empleo del duelo en la época germana, pese a la ausencia de fuentes coetáneas. De aquí a afirmar que el duelo es una institución típicamente germana, o en todo caso una institución indogermana, no hay más que un paso.

A todo ello puede objetarse sencillamente: todas estas afirmaciones son lógicas y aceptables, pero, y tomamos en préstamo la terminología de los diplomatas, estaríamos en todo caso ante afirmaciones verdaderas, pero no auténticas. Las cosas pudieron suceder así, pero a falta de pruebas que lo demuestre, también pudieron suceder de otra manera.

Sobre la pervivencia de una presunta costumbre germánica goda ya hemos hablado en otras ocasiones¹⁴³ y volveremos dentro

142. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Tradición* cit. 120.

de poco. Ahora bien, si la regulación del duelo en las leyes de los bárbaros se considera razón suficiente para afirmar el conocimiento del mismo, y de otras ordalías, por parte de los germanos desde los tiempos más antiguos hasta el siglo VI, con el solo apoyo de la discutible afirmación tacitiana, que en todo caso alude a un duelo, pero no judicial u ordalía, ¿por qué tiene que parecer absurdo que durante siglos se haya podido mantener una institución peninsular, concretamente desde el siglo III a. C., en que aparece testimoniado un duelo entre los príncipes indígenas hasta su renacimiento en el siglo XI?, «porque —dice Sánchez Albornoz— venganzas familiares, juramentos procesales y duelos nobiliarios ha habido, naturalmente, en todos los pueblos, pero no han revestido en ellos —y debo añadir, no han revestido entre los hispanos antes y después de la conquista romana las siluetas tecnicojurídicas que en el derecho germánico y en el derecho español del medioevo»¹⁴⁴.

La razón nos parece plenamente convincente, pero es necesario ver si realmente puede hablarse de unos trazos tecnicojurídicos perfectamente delimitados en el derecho germano, que permitan vincular el derecho medieval al mismo.

8. Para tratar de vincular las ordalías medievales hispánicas a una tradición germana es necesario comprobar si los trazos tecnicojurídicos de aquellas, a los que alude Sánchez Albornoz, reflejan los propios de las ordalías germanas, no como aparecen en los derechos germánicos, tal como se configuran en las llamadas *leges barbarorum*, sino como aparecen constituidas en el antiguo derecho germano originario, anterior a las emigraciones, pues, en otro caso, no hay razón alguna para desechar la posibilidad de que las ordalías, tal como se conocen en la Edad Media, sean hijas de la época o que, al menos, su introducción sea entre los visigodos, sea en la península, tras la desaparición del reino visigodo, sea resultado de una influencia exterior. El hecho de que las ordalías aparezcan entre los pueblos germánicos en la Edad Media no es razón suficiente para afirmar el origen germano de las ordalías si —y prescindimos ahora de las connotaciones negativas para la investiga-

143. Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *Derecho municipal, derecho señorial, derecho regio*, en *IHD* 4 (1979) 115 ss.

144. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Tradición* cit. 119.

ción histórica resultantes de esta afirmación— la ordalía es un fenómeno común a toda la humanidad.

Al recordar la afirmación mencionada, sólo queremos señalar la posibilidad de que la creencia ordalíaca pueda aparecer en cualquier parte y momento, por lo que es necesario subrayar que cada sociedad crea su propio derecho, que es una proyección de su propia configuración. Sin embargo, ningún pueblo nace fuera de la historia. Todo pueblo tiene un pasado con el que construye su futuro desde su presente, es decir, el derecho de un pueblo, en un momento histórico concreto, es siempre una síntesis de pasado y presente; al lado de soluciones antiguas modificadas para adecuarlas a los nuevos tiempos, pueden encontrarse igualmente soluciones nuevas, explicables, si se quiere, dentro del pasado cultural de un pueblo, pero que no encuentran en el mismo un antecedente concreto.

Ante una determinada institución siempre cabe plantearse la pregunta de si es el resultado de la modificación de una institución pasada o si realmente estamos ante una novedad radical, aunque en su configuración puedan utilizarse elementos del pasado. La respuesta no es fácil, y para el historiador tiene que estar siempre vinculada a la existencia de testimonios del pasado. Tales testimonios tienen que permitir al historiador probar sus afirmaciones. La prueba histórica, como decía Collingwood, es todo aquello que permite al historiador dar una respuesta a sus preguntas en torno al pasado humano. En este sentido, cuanto se ha dicho en torno a las ordalías en el derecho germano originario no tiene otro valor que el de simple hipótesis, como el mismo Patetta reconoce parcialmente, aunque le parezca que la misma «sea apoyada por los principios racionales de la evolución jurídica, y no contradicha por las fuentes»¹⁴⁵.

Esta situación se deriva, como hemos indicado, de la falta para la época germana de toda noticia contemporánea, pero en el cambio del siglo este vacío aparecía mitigado por la fe en la existencia de unos principios racionales que rigen la evolución jurídica, evolución jurídica que puede ser trazada, como dice Brunner, por medio de la comparación crítica de las instituciones procesales, tal como

145. PATETTA, *Le ordalie* cit. 244.

aparecen en las fuentes más modernas, la cual permite conjeturar bases ciertas, comunes desde antiguo a las diferentes ramas alemanas ¹⁴⁶.

Hasta qué punto son seguras dichas bases creemos haberlo puesto de relieve a partir del mismo planteamiento brunneriano. De aquí que resulte enormemente instructivo ver si la afirmación de Sánchez Albornoz encuentra un reflejo en la realidad histórica, para lo cual puede ser un primer paso confrontar esta seguridad albornociana con las afirmaciones de Brunner, a las que en último término se remite.

Es sintomático que Brunner renuncie a trazar las líneas generales del sistema ordalíaco en el proceso germano, dadas las diferencias que, en su empleo, presentan los distintos derechos germánicos ¹⁴⁷. Sin poner en duda que se puede trazar hasta sus más mínimos detalles la configuración del régimen ordalíaco en los distintos derechos germánicos, es necesario recalcar que esto no es posible hacerlo para el derecho germano originario, como implícitamente reconoce el mismo Brunner y, de forma todavía más clara, manifiesta, al ocuparse de las ordalías en los distintos derechos germánicos en la época franca.

El estudio brunneriano de las ordalías en la época franca no se basa de forma exclusiva sobre las fuentes coetáneas, pues utiliza testimonios posteriores, sometidos a la crítica correspondiente ¹⁴⁸.

La variedad en el tratamiento de la prueba ordalíaca viene explicada por Brunner a partir de la influencia de la iglesia, de la regulación de la prueba de los siervos (Knechte) y de la distinta relación que se establece entre las distintas ordalías y el duelo ¹⁴⁹. Esta variedad resalta claramente en la síntesis realizada en las páginas de la exposición brunneriana. Una lectura de estas páginas muestra inmediatamente la distinta extensión de las diferentes pruebas ordalíacas entre las diversas ramas germánicas; no todos los pueblos germánicos conocen las mismas ordalías y, cuando coincide más de un pueblo en el conocimiento de un mismo tipo de ordalías, su empleo presenta diferencias.

146. BRUNNER *DRG* I 252.

147. BRUNNER *DRG* I 262.

148. BRUNNER *DRG* II 538.

149. BRUNNER *DRG* II 539.

Brunner distingue tres grupos de derechos germanos. La legislación visigoda desconoce toda ordalía, aunque aparece en una ley muy probablemente de Egica la ordalía del agua hirviente, que se testimonia de forma sorprendente en las fuentes más modernas (=medievales); a un origen visigodo debe vincularse igualmente el duelo a caballo, donde participa el conde Bera. Un segundo grupo de derechos carece de las ordalías unilaterales o por completo o en aquellos casos en los que las muestran otros derechos. La *lex Burgundionum* conoce únicamente como ordalía el duelo, que es igualmente el único juicio de Dios autónomo que conoce la *lex Baiwariorum*. Contra los siervos ambos derechos utilizan el tormento. Las *Leges Alammanorum* mencionan únicamente, entre los libres, el duelo, de la misma manera que el *Edictum Langobardorum*. Finalmente, los demás derechos alemanes conocen al lado del duelo, ordalías unilaterales, con un empleo autónomo, o como sucedáneo del duelo o en el procedimiento contra los siervos ¹⁵⁰.

Brunner, tras mencionar diversos derechos germánicos, entre ellos algunos no alemanes, así el visigodo, parece reducir su exposición a los derechos germánicos alemanes.

¿Es posible reconducir toda esta variedad a una unidad común germana? Algunas veces Brunner alude al origen germano de algún elemento del sistema probatorio ordalíaco, así cuando señala que las partes deciden que prueba elegir: juramento u ordalía del agua hirviente, tal como aparece en la *Lex Salica* ¹⁵¹, repitiendo lo que de forma más clara había establecido en el volumen primero ¹⁵²; señala igualmente que, frente al duelo combatido con espada por los francos ribuarios, los alamanes y las restantes ramas, el duelo combatido con escudo y bastón de lucha, testimoniado para los francos salios desde la época carolingia, refleja la forma propia y antigua, que muestra que no se trata de una nueva creación, sino del florecimiento de una institución largamente reprimida ¹⁵³. Bajo el reinado de Ludovico Pío se introduce, por influencia visigoda, el

150. BRUNNER *DRG* II 542-543.

151. BRUNNER *DRG* II 546.

152. BRUNNER *DRG* I 256.

153. BRUNNER *DRG* 556-557.

duelo a caballo y con las armas de los caballeros, aunque esta práctica quedó limitada a la nobleza ¹⁵⁴.

No vamos a oponer a esta explicación la propuesta por Gal ¹⁵⁵, pero sí vamos a señalar que la comparación crítica, propugnada por Brunner, parece haber quedado en mal lugar; tampoco se explica la aparición de diferencias en la forma de realizarse el duelo presuntamente germano antiguo, pero, como hemos indicado ya, esta tarea no entra dentro de los fines perseguidos por Brunner.

Si el modo antiguo de realizar el duelo es el utilizado por los francos salios, debe entenderse que entre los germanos el duelo se realizaba igualmente con escudo y bastón ¹⁵⁶, lo que estaría de acuerdo con las prácticas bélicas de un pueblo que todavía en la época de César y Tácito se caracteriza por un armamento donde solía brillar por su ausencia el metal —así en el siglo I d. C. el guerrero germánico, infante o jinete, tenía a su disposición una lanza, afilada y templada por el fuego, al máximo dotada de una punta corta, mientras algunos infantes disponían de diversas javalinas y, sólo los más dotados, de espada ¹⁵⁷—, pero chocaría con la utilización de la espada en el duelo por parte de los francos ribuarios, alamanes y demás ramas ¹⁵⁸. Hemos ya visto que no es posible demostrar que entre los germanos haya sido utilizado originariamente el duelo como ordalía; la distinta manera de realizarse el duelo entre los distintos pueblos y, sobre todo, el empleo de espada en el duelo parece apuntar a una aparición tardía del duelo entre los pueblos germánicos, tras su asentamiento en el imperio romano. A esta misma solución conduciría el duelo a caballo, que se considera introducido entre los francos, en la época de Ludovico Pío, por influencia visigoda, si una de las transformaciones sufridas por el *comitatus* germano entre la época de César y la de Tácito se centra

154. BRUNNER *DRG* II 558, 542.

155. Vid. *infra* p. 195.

156. BRUNNER *DRG* II 556 n. 98, apoyándose en Schröder, pero sin que pueda decirse que tal apoyo es convincente—vid. Richard SCHRÖDER-Eberhard Frh. v. KÜNSSBERG, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte* (Siebente Auflage) (Berlin und Leipzig 1932) 397 y n. 47. Brunner se reenvía a la 6 edición, p. 397 n. 43.

157. THOMPSON, *Una cultura* cit. 117-118.

158. BRUNNER *DRG* II 556-557.

en su configuración como una especie de nobleza tribal: los *comites* son normalmente los hijos de los nobles y combaten preferentemente a caballo ¹⁵⁹; la caballería se identificaba, en general, con la nobleza ¹⁶⁰ y también la nobleza visigoda combatía ya a caballo en la batalla de Adrianópolis, en el siglo IV, aunque la mayor parte del pueblo seguía combatiendo a pie, como ocurría con la mayoría de los pueblos germánicos antes del siglo V o VI d. C. ¹⁶¹.

Si las cosas hubiesen ocurrido así, el duelo habría nacido entre los pueblos germánicos, pero una vez rota la unidad antigua del pueblo germano; no sería así una institución germana, sino una institución nacida al calor de una época determinada, tras el asentamiento en el imperio romano de los pueblos germánicos —dejemos indeterminada la época— entre estos pueblos; se presentaría así el problema de su origen y de sus posibles y recíprocas influencias.

Mantener que la antigua forma de realizar el duelo entre los germanos es a pie y con el bastón de lucha chocaría, por otro lado, con el testimonio de Tácito, cuando alude al duelo que suele realizarse entre un germano y un miembro del pueblo enemigo, para conocer la suerte futura de la guerra. El combate se realiza con las armas de cada uno de los combatientes (Tac. G. 10), pero en estos momentos, en la época de Tácito, las armas del infante germano no se reducían a un escudo y a un bastón ¹⁶². Es cierto que Tácito no alude a un duelo judicial, pero no olvidemos que Brunner lo invoca para defender la existencia del duelo entre los germanos: en buena lógica, debería servir igualmente para demostrar cómo combatían el duelo los germanos.

Señalar, como hace Brunner, que la forma de realizarse el duelo entre los francos salios manifiesta que su aparición en las fuentes no es una novedad, sino el renacer de una institución largamente reprimida ¹⁶³, no es más que una simple petición de principio, si, como el mismo Brunner reconoce ¹⁶⁴, el duelo aparece testimo-

159. THOMPSON, *Una cultura* cit. 53 ss., en especial 62 ss.

160. THOMPSON, *Una cultura* cit. 123.

161. THOMPSON, *Una cultura* cit. 123 ss.

162. Vid. supra n. 157.

163. BRUNNER *DRG* II 556.

164. BRUNNER *DRG* II 556; 558 n. 105.

niado entre los francos salios desde el siglo VI, aunque en la época merovingia se realizaba con arma blanca ¹⁶⁵.

¿Por qué el duelo con escudo y bastón está reprimido y, sin embargo, se permite el duelo con lanza? ¿El duelo con escudo y bastón fue también reprimido entre los otros pueblos germánicos? ¿Cómo logró imponerse en la casi totalidad de los pueblos germánicos el duelo con espada?

Todas estas interrogaciones, que no preocupan a Brunner, interesado en descubrir un derecho germano originario, levantan muchas dudas. También entre los peninsulares se conoció el duelo a caballo, que en Castilla y León, formando parte del proceso de riego por traición y aleve, se reservó a los hidalgos, pero este duelo no constituía una ordalía ¹⁶⁶. Mientras entre los francos el duelo a caballo se reservó a la nobleza y a los caballeros ¹⁶⁷, en la península el duelo entre villanos podía realizarse a pie o a caballo, sin que existiese diferencia en el armamento, salvo que en el duelo a pie, los contendientes estaban dotados únicamente de una espada, y no de dos, como en el duelo a caballo ¹⁶⁸.

Tampoco fue desconocido el duelo con escudo y bastón en la península, pero en León parece que puede ser empleado también por los infanzones, mientras en Cataluña, en los tiempos antiguos, el único duelo conocido es el realizado con escudo y bastón, a pie o a caballo, utilizado por la nobleza y por los burgueses, aunque aquellos lo hacen a caballo y éstos a pie ¹⁶⁹. Recordemos, sin embargo, que, según Salvioli, los libres combatían el duelo con la espada, mientras los siervos lo hacían con el bastón ¹⁷⁰.

¿Cómo llegó el duelo con bastones a la península? La costumbre

165. Vid. GAL, *Der Zweikampf* cit. 243 ss., pero téngase en cuenta BRUNNER. *DRG* II 558 n. 105.

166. ALFONSO OTERO VARELA, *El Riego en el derecho castellano-leonés*, en *Dos estudios histórico-jurídicos* (Roma-Madrid 1955) 9 ss.

167. BRUNNER *DRG* II 558.

168. ALFONSO OTERO VARELA, *El Riego en los fueros municipales*, en *AHDE* 29 (1959) 153 ss.

169. Vid. infra p. 117 ss.; 177 ss.

170. GIUSEPPE SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, en *Storia del Diritto italiano*, pubblicata sotto la direzione di Pasquale del GIUDICE III 1 (Milano 1925) 292.

de combatir con bastón y escudo fue extendida por los capitulares carolingios a los francos ribuarios y a los longobardos, intentando establecerla como forma jurídica del imperio. Posteriormente se encontrará en los derechos hermanos del derecho franco ¹⁷¹. ¿Llegó de la misma manera a la península? ¿Y si llegó por influencia franca, no pudo llegar con otras ordalías?

Dudas semejantes pueden levantarse en torno a otras afirmaciones. Al exponer los distintos tipos de ordalía, Brunner menciona algunos tipos secundarios, derivados de los principales, por lo que debe entenderse que han surgido en un momento posterior a la época germana común; la ordalía del caldero colgante no es otra cosa que una variedad de la ordalía del agua hirviente ¹⁷², como la ordalía del pan colgante es una variante de la ordalía del pan y queso ¹⁷³. Otro tanto podríamos decir —por otras razones— de la ordalía llamada por Brunner «*der Rasengang*», al ser una ordalía propia de los germanos del norte ¹⁷⁴ o del duelo combatido no por las partes, sino por sus representantes ¹⁷⁵, aunque sea conocido desde antiguo entre algunos pueblos. Esta conclusión no parece lícita, sin embargo, cuando Brunner alude a dos formas distintas de la ordalía del hierro candente, o consistente, en el supuesto normal, en llevarle a una cierta distancia en la mano, o consistente en caminar sobre nueve rejas al rojo ¹⁷⁶. ¿Cuál era la forma propia del derecho germano? ¿Eran ambas pruebas conocidas por los germanos antes de su división en pueblos diferentes? ¿Por qué se reparte su empleo entre los distintos pueblos?

Se guarda silencio sobre el momento en que surge la posibilidad de que el duelo pueda ser combatido entre representantes, tal como ocurre entre los longobardos y otros pueblos ¹⁷⁷, pero tampoco se explica por qué se guarda silencio en la época franca sobre

171. BRUNNER *DRG* II 557.

172. BRUNNER *DRG* II 549.

173. BRUNNER *DRG* II 553.

174. BRUNNER *DRG* I 265.

175. BRUNNER *DRG* I 264.

176. BRUNNER *DRG* II 550.

177. BRUNNER *DRG* II 540-541; 582-583; aunque desde antiguo era conocida por algunos derechos —BRUNNER *DRG* I 264—.

esta posibilidad, cuando durante la época merovingia se autorizaba esta práctica ¹⁷⁸.

En la ordalía del agua fría es el probante o su representante quien tiene que realizarla ¹⁷⁹, pero en el derecho catalán son dos recién bautizados —o dos niños muertos— ¹⁸⁰ representando a cada una de las partes, quienes tienen que realizar la prueba; la ordalía deja de ser unilateral, para convertirse en bilateral. Tampoco la forma de realizarse esta prueba presenta las mismas características en todos los pueblos ¹⁸¹.

Brunner considera propio de la época visigoda que la ordalía del agua hirviente se realice por *pueri*, con intervención de tres piedras —esta práctica, sin embargo, no es testimoniada de forma unánime por las fuentes peninsulares—, mientras los derechos germánicos hablan de una intervención del probante, que tiene que extraer una piedra o un anillo ¹⁸². Y se podría continuar elencando diferencias.

Brunner, indudablemente, no tiene por qué explicar estas diferencias, ya que tras delinear un proceso germano, caracterizado por un trámite probatorio basado en el juramento y las ordalías, deja en suspenso la forma en que éstas se realizan, al remitirse, precisamente a causa de su diversidad, a la época franca. El carácter germano de la ordalía queda demostrado por el empleo de la misma entre los pueblos germanos, y esto es lo que fundamentalmente quería demostrar Brunner.

De forma consciente o inconsciente Brunner ha utilizado el método inductivo, pero, tal como se hace en las ciencias naturales, llevado a sus últimas consecuencias, es decir, mediante la inducción incompleta: tras constatar que en uno o más pueblos germánicos aparecía un tipo determinado de ordalía, consideró que aquel tipo debía remontarse a la época germana. Sentada así la ley general, podía afirmar que la misma tenía que cumplirse en todos los casos, pues se trataba de una ley científica. Y esta tendencia

178. Cf. GÄL, *Der Zweikampf* cit. 243 s.

179. BRUNNER *DRG* II 551; 582.

180. Vid. infra p. 112 ss. y 172 ss.

181. Vid. infra p. 112 ss. y 172 ss.

182. BRUNNER *DRG* I 263 n. 52; II 545.

ha sido exagerada al máximo por sus seguidores, dando por confirmado lo que no era más que simple hipótesis.

Si el camino ascendente, con todos los cuidados posibles y sin olvidar el carácter hipotético de los resultados adquiridos, todavía puede ser defendido, no es posible ya admitir el camino descendente: de la existencia de una institución en la época germana, no puede concluirse que la misma tenga que existir necesariamente en época posterior en todos los pueblos germánicos.

Es posible que *L. Salica* 53 pueda conservar la característica esencial del proceso germano en el trámite probatorio, consistente en el establecimiento de un régimen de pruebas contractualmente acordado por las partes, pero no puede defenderse la existencia de este principio en un proceso consuetudinario visigodo, que no conocemos. Del planteamiento mismo ofrecido por Brunner hemos podido ver, en el campo restringido de las ordalías, que éstas no habían sido conservadas, en su hipotetizado número originario, por todos los pueblos germánicos; cada uno de ellos había llevado a cabo una selección más o menos extensa, de las mismas, introduciendo modificaciones de su empleo, difícil de valorar; incluso pudieron llegar a perder este hipotetizado régimen ordalíaco, tal es el caso de los anglosajones, por reconocimiento expreso de Brunner, que debieron perder sus prácticas ordalíacas, cuando sólo las volvieron a poner en uso, en época posterior, por influencia franca o normanda.

Otros pueblos presentan características especiales en el empleo de las ordalías, tal como afirma Brunner de los visigodos en diversas ocasiones¹⁸³. Todo ello está poniendo de manifiesto, que el carácter germano de determinadas instituciones en los diferentes pueblos germánicos es algo que no puede afirmarse sin más, en el sentido de que se pueda decir que su empleo y conocimiento se debe al mantenimiento de la mencionada institución, desde los tiempos más antiguos. Esto ha podido ocurrir así, pero también ha podido ocurrir que, en el transcurso de su historia, muchos de estos pueblos germánicos hayan perdido algunas —pocas o muchas— de sus instituciones, volviendo a recuperarlas, si así se quiere, en esa época tardía, quizá por influencia de otros pueblos germánicos.

183. BRUNNER *DRG* II 542; 545 n. 34; 549.

que habían logrado conservarlas, quizá por influencia de pueblos que, con tradición diferente, tenían, sin embargo, instituciones semejantes, quizá por haberlas acuñado de nuevo para dar respuesta a problemas semejantes. Si los visigodos perdieron en el transcurso de su historia la institución de la monarquía, para recuperarla más tarde, con características nuevas, que reflejaban la práctica imperial romana¹⁸⁴, no hay ninguna razón para que no hayan perdido igualmente otras instituciones.

Decir, como hace Brunner, que entre los visigodos permanecieron en uso extrajudicialmente, a pesar de la legislación visigoda, la ordalía del agua hirviente y el duelo, pues sólo así se explicaría su sorprendente aparición posterior, que no puede explicarse por un préstamo exterior¹⁸⁵, no es más que un recurso extremo para superar unos datos que contradicen su planteamiento general. Prescindiendo de la dificultad de configurar un duelo como ordalía, fuera de un proceso, sin tener que identificarlo con un proceso en sí, resultado de una enemistad regulada, baste apuntar aquí que la sorprendente reaparición de la ordalía del agua hirviente y el duelo en la época postgótica no lo es tanto por su reaparición en sí, cuanto por la época en que reaparecen, habiendo transcurridos ya en algunos casos siglos desde la desaparición del reino visigodo¹⁸⁶. No hubo, en realidad, reaparición, sino aparición.

La permanencia del duelo entre los visigodos se fundamenta en el duelo del conde Bera, pero no se toma en consideración ni el hecho de que el mismo no refleja ya una institución originariamente germana ni que la utilización del duelo en la península, tras la caída del reino visigodo, no aparece testimoniada hasta el siglo XI. Es en definitiva el origen germánico del pueblo visigodo el que determina la afirmación de la permanencia del duelo entre los visigodos, pese a la legislación regia, pero si un suceso ocurrido en el 820 sirve para testimoniar la situación jurídica de un pueblo en una época anterior al 711, no acabamos de comprender por qué Brunner no afirma igualmente que entre los visigodos permaneció

184. Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *Notas en torno a la sucesión al trono en el reino visigodo*, en *AHDE* 40 (1970) 656 ss.

185. BRUNNER *DRG* II 544.

186. Vid. *infra* p. 115 ss.

en uso la ordalía del agua fría, testimoniada en 1037 en Cataluña, y la ordalía del hierro candente, practicada igualmente en el medioevo hispánico.

Y no se comprende, porque para poder afirmar el origen germano de las ordalías medievales hispánicas es necesario admitir que las mismas fueron importadas por los visigodos y que, por tanto fueron practicadas durante la monarquía visigoda. El silencio en torno al empleo extrajudicial de la ordalía del agua fría y de la ordalía del hierro candente, lleva a pensar que su empleo en la época medieval es el resultado o de una construcción propia de dicha época peninsular o de una importancia de las mismas desde el exterior; pero una vez hechas estas afirmaciones, ¿por qué no es posible pensar que todo el régimen ordalíaco medieval es un fenómeno exclusivo de la Edad Media peninsular, desconocido en el mundo visigodo, dada la debilidad, como veremos, de las pruebas aducidas para vincularlo al mismo?

Estas afirmaciones afectan exclusivamente a Brunner, pues Hinojosa extendía también a la prueba del hierro candente la afirmación de su empleo extrajudicial en el mundo visigodo; la ordalía del agua fría puede quedar abandonada a una posible influencia franca, pese a que la forma de realizarse es propia y característica de Cataluña, al menos en el documento que testimonia su empleo. Si añadimos a esta ordalía la aparición en el siglo XII —según los autores que se han ocupado de la misma— de una ordalía propia del derecho navarro, la ordalía de las candelas, y ponemos todo ello en relación con el hecho de que la ordalía del hierro candente sólo aparece testimoniada en el siglo XI, a finales del mismo, puede de nuevo hacerse la misma pregunta: ¿es tan evidente el origen visigodo del sistema probatorio ordalíaco?, ¿las pruebas del empleo de la ordalía del agua hirviente y del duelo entre los visigodos son tan claras que conduzcan a afirmar el conocimiento por los visigodos de las ordalías?

El empleo del duelo entre los visigodos no aparece testimoniado durante la monarquía goda; de aquí la importancia concedida al proceso del conde Bera. Baste por el momento esta afirmación.

La existencia de la ordalía del agua hirviente entre los visigodos tiene a su favor una ley —*Liber* 6,1,3—, que Brunner atribuye a

Egica, lo que permite explicar mejor que aparezca testimoniada en la época medieval en la península, aunque sea con características propias en su empleo¹⁸⁷. Sobre el origen de esta ley volveremos más adelante, pero si Brunner considera posible argumentar, a partir de la vinculación de esta ley con una prescripción medieval incorporada al *Liber*, en la que se regula la forma de realizarse la ordalía del agua hirviente, que el empleo de esta ordalía entre los visigodos es independiente de una influencia franca¹⁸⁸, ofreciendo al menos una explicación para rechazar la existencia de un préstamo, aunque para ello haya tenido que presuponer que la ordalía entre los visigodos se llevaba a cabo de acuerdo con el sistema establecido en el aditamento mencionado, publicado por Zeumer, también podríamos decir que las distintas formas de realizarse la prueba del agua hirviente en el medioevo peninsular¹⁸⁹ no permiten hablar de una importación exterior; ¿cuál es entonces la forma en que los visigodos realizaron la ordalía del agua hirviente?, ¿existía ya una diversidad de formas en la realización de la ordalía en la época visigoda?, ¿por qué, pese a estas diferencias, se dice que la práctica de la ordalía del agua hirviente entre los visigodos refleja la tradición germana, al excluirse un préstamo exterior? En realidad, lo que interesa es el testimonio de que los visigodos utilizaban la ordalía del agua hirviente; pero si esto es el elemento esencial y si tomamos en consideración que las diferencias en la forma de realizarse no tienen mayor importancia, sino que son el resultado de las costumbres locales medievales, a las que alude Sánchez Albornoz, resulta arbitrario decir, como hace Brunner, que en la época visigoda la ordalía del agua hirviente se realizaba mediante la introducción de tres piedras en la caldera; pero entonces no hay ya ninguna razón para afirmar que esta ley —*Liber* 6,1,3—, aun incluso en el caso de considerarla visigoda, no haya podido introducir en la península una institución utilizada entre los

187. BRUNNER *DRG* II 542.

188. BRUNNER *DRG* I 263 n. 52.

189. Claudio SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Una ciudad de la España cristiana hace mil años. Estampas de la vida en León* (Sexta edición) (Madrid 1976) 135 n. 115. Cf. sin embargo infra p. 175 s.

francos desde el siglo sexto, al proceder de los últimos años de la monarquía visigoda ¹⁹⁰.

Todos estos interrogantes tienen una fácil explicación: todo lo que se sabe en torno a las ordalías en la época germana procede de la época medieval, presentando los diversos pueblos características propias en su regulación. Todo intento de hacer remontar a la época germana originaria una regulación generalizada de las ordalías, lleva inevitablemente consigo la necesidad de hipotetizar la existencia de las mismas, con características semejantes, en todos los pueblos, pese a que los datos históricos puedan contradecir estas afirmaciones y al mismo tiempo obliga a pasar por alto las diferencias existentes en la regulación y empleo de las ordalías entre los distintos pueblos o atribuir las mismas con carácter general a aquellas causas ya apuntadas.

Si nos atenemos a los resultados alcanzados, la única afirmación un tanto segura y, sin embargo, hipotética, sería que el derecho germano originario conoció el sistema ordalíaco, si la ordalía, en cuanto creencia en la participación de la divinidad en la solución de las cuestiones jurídicas de los hombres, es una institución común a todos los pueblos. Esta conclusión no es de gran ayuda, pero creemos que sirve para centrar mejor el problema de las ordalías en el mundo medieval. Si la ordalía, de la forma general que hemos indicado, puede aparecer entre todos los pueblos, entonces es necesario no contentarse con semejanzas más o menos externas, sino

190. BRUNNER *DRG* I 263 n. 52, señala igualmente que la intervención de un representante no es franca; aparte de que esta afirmación tendría valor, si el aditamento publicado por Zcumer reflejase fielmente la forma empleada en la práctica de la ordalía del agua hirviente en la época visigoda, pues en caso contrario contra la misma valdrían los argumentos expresados en el texto, debe señalarse de nuevo que queda sin explicar esta otra especialidad visigoda; como en tantas otras ocasiones, en la obra de Brunner existe una proclividad a identificar lo franco con lo alemán y esto con lo germano. Claudio SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Pervivencia y crisis de la tradición jurídica romana en la España goda* (= en *Settimane di Spoleto* IX [Spoleto 1962] 128-199; 221-232 [discusión]), en *Viejos y nuevos estudios sobre las instituciones medievales españolas* II (Segunda edición ampliada) (Madrid 1976) 1048, rechaza esta posibilidad dada la hostilidad entre francos y visigodos; es posible que tenga razón, pero no parece que la hostilidad entre dos pueblos pueda impedir recíprocos influjos.

que es necesario tratar de profundizar en las características que presenta la misma; dicho con otras palabras, desde un punto de vista histórico existe una diferencia grande entre la ordalía que puede tener como soporte la creencia en una religión animística y la ordalía que encuentra su fundamento en el Dios de la religión cristiana.

Este planteamiento, en realidad, no hace otra cosa que centrar el problema histórico de la ordalía peninsular en la Edad Media en aquellos elementos que para Brunner han determinado las diferencias en la regulación de la ordalía entre los distintos pueblos. Los datos históricos nos permiten afirmar con seguridad sólo una cosa: la aparición de las ordalías en la Edad Media europea, sin que existan argumentos suficientes para decantarse por un origen germano de las mismas.

9.º Al considerarse la ordalía como un fenómeno universal, se explica fácilmente que se acuñen conceptos de la misma lo suficientemente amplios para acoger todos los fenómenos ordalíacos. Las consecuencias de un tal planteamiento son que de forma paulatina se incluyan en un mismo cestón una serie de fenómenos, indudablemente emparentados, pero que tienen poco que ver con la ordalía medieval.

Para tratar así de delimitar el campo de la ordalía, quizá podamos utilizar las consideraciones de Lévy, cuando señala que la ordalía «designa una institución de contornos bien determinados, tal como se la constata en el derecho germánico y en el conjunto de los usos que se han derivado de él durante la alta Edad Media, es decir, una prueba, casi siempre cruel o peligrosa, impuesta a una de las partes o a las dos», por lo que al ser transportada fuera de este dominio aparece como un concepto demasiado estrecho y preciso, ya que la ordalía impuesta no es más que manifestación de un fenómeno sociológico más vasto: el de la intervención de potencias sobrenaturales en la solución de un proceso¹⁹¹.

Esta intervención en un proceso de la divinidad es el elemento fundamental de la definición de Patetta, que trata así de distinguir la ordalía de otras intervenciones divinas, fuera del campo del derecho. La ordalía aparece o realiza su función dentro del campo del

191. LÉVY, *Le probleme* cit. 424.

derecho, pero en atención a la forma en que actúa la intervención divina, Lévy propugna la distinción de tres supuestos diferentes ¹⁹².

a) La ordalía, que Lévy califica de «clásica», es decir la que se conoce como de tipo germánico, donde la intervención de la divinidad se produce durante la celebración de una prueba obligatoria, así establecida por la ley o la costumbre o como resultado de un juicio de prueba.

b) La ordalía no se establece por ninguno de estos medios, sino que es una de las partes, normalmente el acusado, quien pide la intervención divina.

c) La intervención divina puede darse sin previa petición de las partes o de una de ellas.

Si no damos demasiado valor a las atribuciones o denominaciones empleadas por Lévy, podemos aceptar en principio esta triple distinción en atención a la forma de emplearse la ordalía en el proceso. Ahora bien, la última forma citada debe excluirse, nos parece, del campo propio de las ordalías medievales. No debemos olvidar que éstas funcionan como medio de prueba, que regularmente pueden emplearse en el proceso; en este sentido la petición de una de las partes de recurrir a la intervención divina, cuando así no está establecido, puede considerarse el primer paso en el empleo de las ordalías, el intento de hacer normal en el proceso el empleo de las ordalías; pero no puede decirse lo mismo de la intervención divina sin petición. El proceso supone una actividad reglada, que permite a las partes saber lo que deben hacer en cada momento. Si Dios es omnipresente, omnipotente y justo debe aceptarse su intervención, en cualquier momento, en la vida de los hombres y, por tanto, también en sus conflictos jurídicos, pero esta intervención no puede considerarse como una parte del proceso, sino que es una gracia divina, que puede aparecer en cualquier momento, no sólo en el trámite probatorio, sino también pasado ya éste, tras dar sentencia, como en el supuesto de Susana, o incluso fuera de todo proceso.

Si existe un Dios todopoderoso y justiciero es posible su inter-

192. LÉVY, *Le probleme* cit. 424-425.

vención en el mundo de los hombres para restablecer la justicia, allí donde ha sido violada.

Sin intentar aproximar fenómenos que, pese a sus semejanzas externas, creemos que responden a mundos diferentes, podemos recoger aquí los testimonios griegos, a los que alude Sautel, donde se manifiesta una intervención divina para proteger al más débil, a quien se encuentra dominado, siendo la divinidad su protección última¹⁹³. Trazas de estas intervenciones, ordalíacas según Sautel, se han conservado en el derecho arcaico, habiéndolas sistematizado Glotz en 1904. La esencia de estos sucesos radica en la intervención de la divinidad en momentos dramáticos, a fin de permitir a un oprimido o a un condenado escapar de la sanción que le espera, sea la mujer culpable o perseguida de cerca que se entrega a las divinidades marítimas, precipitándose desde una roca, o recién nacidos, sobre los que pende la sospecha de bastardía, abandonados en un cofre en las aguas, incluso a veces en el mar, o los guardianes del cadáver de Polinico, en la Antígona de Sófocles, que se declaran prontos, para escapar a la cólera de Creón, a tomar en sus manos hierros al rojo o a pasar a través del fuego. En todos estos sucesos la ordalía aparece como un milagro que interrumpe la ejecución, no interviniendo de ordinario en unión a un proceso¹⁹⁴.

En este resumen Sautel parece acomunar esta intervención graciosa de la divinidad con otros supuestos, pero sus afirmaciones son suficientemente expresivas de esta intervención de la divinidad caracterizada como un «medio de salvación de los dominados u oprimidos, perseguidos por un poder superior»¹⁹⁵. Precisamente por ello, la intervención dentro o fuera de un proceso no altera su condición de intervención graciosa, y por ello parece que no pueda configurarse como un elemento del proceso, como una prueba, tal como son las ordalías medievales.

Esta intervención divina surge así fuera del proceso, aunque puede llevarse a cabo igualmente dentro del mismo, pero no en tanto trámite probatorio, sino como una gratuita intervención de la divinidad, que no permite que su justicia sea violada. Así ocurre

193. SAUTEL, *Les preuves* cit. 125-126.

194. SAUTEL, *Les preuves* cit. 126-127.

195. SAUTEL, *Les preuves* cit. 127.

con la intervención divina que impide la ejecución de Susana: tras ser acusada por el testimonio de dos ancianos y cuando ya todos se dirigían para ejecutar la condena, la intervención de un niño, por instigación divina, reclamando que las declaraciones de los ancianos sean contrastadas, conduce al reconocimiento de la inocencia de Susana (Dn 13). La diferencia esencial entre esta intervención divina y la que se realiza como consecuencia del empleo de la ordalía, como medio probatorio, resalta claramente con sólo leer el empleo de la ordalía de las aguas amargas (Nm 5,11 ss.).

Precisamente porque en episodios como el de Susana existe una intervención de la divinidad para restaurar la justicia, independientemente de los presupuestos de la misma, se explica igualmente que la intervención pueda realizarse una vez dada la sentencia, en el momento en que va a cumplirse. Recordemos aquí, dentro de la historia peninsular, lo sucedido con uno de los primeros obispos de Santiago, Adaulfo, acusado de sodomía y condenado a ser arrojado a un toro salvaje; cuando se iba a ejecutar la pena, la intervención divina le salva y muestra su inocencia, al calmar al toro furioso, ya que «ille qui occulto iudicio statum justitiae aequali lance ponderat», no permitió que la verdad quedase oculta por las sombras. Y esto ocurrió así, porque el obispo, «quamvis ad humanos visus jam damnatus esset, divina tamen pietate confidens, ante quam ad iudicium tantae crudelitatis veniret», celebró la santa misa ¹⁹⁶.

Este último suceso refleja claramente el mismo orden de ideas que se evidencia en la ordalía medieval en tanto prueba, pero existe una diferencia radical, que separa el uno de la otra. Ambos a dos presuponen la existencia de un Dios justo y omnipotente, pero mientras en el empleo de la ordalía, como trámite de prueba se parte de la idea de que por medio de la plegaria se puede conseguir que la divinidad participe en los juicios de los hombres, la intervención divina en sucesos tales como el de Adaulfo reposa en la idea de que la bondad divina no abandonará en sus tribulaciones al hijo fiel. Mientras la ordalía supone, en cierto sentido, domar a la divinidad y ponerla al servicio de los hombres, las otras intervenciones divinas aludidas expresan el poder divino, que puede

196. *Hist. Compost.* 1,2,2 —ed. ES XX p. 9-10—.

reducir a la nada las acciones humanas. Independientemente del origen que se le quiera atribuir a la práctica de perdonar la vida al condenado a la horca, cuya ejecución no se lleva a la práctica por la ruptura de la cuerda¹⁹⁷, dentro de una concepción cristiana se explica por la mencionada intervención gratuita de Dios.

La ordalía, tal como se emplea en el mundo medieval cristiano, arranca de la creencia en una intervención divina, que decide la verdad o falsedad de una afirmación, pero presupone igualmente la creencia en la posibilidad de obligar a la divinidad a participar en los procesos jurídicos humanos. La utilización de la ordalía, en el trámite probatorio, presupone la confianza en la posibilidad de plegar la divinidad a los deseos de los hombres.

El empleo de la ordalía en el trámite probatorio, durante la Edad Media peninsular, pudo realizarse, porque se confiaba en poder obligar a Dios a participar en el mismo, pero, al mismo tiempo, la sumisión al trámite ordalíaco sólo la realizaban o quienes confiaban plenamente en la justicia de su causa o quienes confiaban en sus poderes mágicos, capaces de desviar la voluntad divina.

Dentro de este cuadro podemos ya examinar los testimonios visigodos, que se refieren, presunta o realmente, al empleo de la ordalía o manifiestan la existencia de un pensamiento, que podríamos calificar de pre-ordalíaco, antes de centrarnos en la época medieval.

10. Si el hecho de ser los visigodos un pueblo germano no permite concluir sin más que instituciones que suelen remontarse, con más o menos acierto, a la época germana común se encuentran igualmente entre los visigodos, es necesario valorar las noticias existentes para la época visigoda.

La situación puede describirse de la forma siguiente: en la le-

197. Cf. REHFELDT, *Rec. cit.* 395, y también su explicación de lo que considera una variante de este hecho —el girar a la izquierda la cuerda—, en Bernhard REHFELDT, *Todesstrafen und Bekehrungsgeschichte. Zur Rechts- und Religionsgeschichte der germanischen Hinrichtungsbräuche* (Berlin 1942) 129-130, 152; en estos supuestos el acusado muestra su poder, al salir victorioso de la prueba y deviene por ello tabú; Rehfeldt hace hincapié en las representaciones mágicas.

gislación visigoda no aparece regulada la ordalía, aunque una ley, de tradición manuscrita muy discutible, a datar, en todo caso, a fines del reino visigodo, parece recoger la prueba caldaria u ordalía del agua hirviente.

Si prescindimos, momentáneamente de dicha ley, podemos afirmar que la legislación visigoda no sólo no conoce y regula el empleo de las ordalías, sino que ni siquiera deja un resquicio para que la mencionada prueba pueda ser introducida.

Liber 2,1,23 es tajante al determinar los medios que pueden ser empleados por las partes para la confirmación de sus afirmaciones. El juez está obligado a examinar cuidadosamente la prueba documental y testifical, a fin de evitar el recurrir fácilmente al juramento. Sólo cuando, tras una inquisición minuciosa de la prueba documental y testifical, así como de todo indicio de verdad, no pueda llegarse a la misma, puede recurrirse al juramento, solución que como aclara Ervigio queda a la decisión del juez, a quien corresponde igualmente designar la persona que realizará el juramento ¹⁹⁸.

El juramento, es decir, el poner solemnemente a Dios como testigo de una afirmación, cierra así el sistema probatorio visigodo. Sin embargo, la legislación visigoda parece manifestar un cierto recelo hacia el juramento, si se incita al juez a descubrir la

198. *Liber 2,1,23*: «Iudex, ut bene causam agnoscat, primum testes interroget, deinde scripturas requirat, ut veritas possit certius inveniri, ne ad sacramentum facile veniatur. Hoc enim iustitiae potius indagatio vera commendat, ut scripture ex omnibus intercurrent et iurandi necessitas sese omnino suspendat. In his vero causis sacramenta prestantur, in quibus nullam scripturam vel probationem seu certa indicia veritatis discussio iudicantis invenerit. (In quibus tamen causis et a quo iuramentum detur pro sola investigatione iustitiae, in iudicis potestate consistat)». Entre paréntesis, el párrafo añadido por Ervigio. Para la aplicación del tormento, vid. infra p. 80 ss. Para el proceso visigodo, vid. IGLESIA FERREIRÓS, *La creación* cit. 166 ss. Aunque quizá no debe dársele mayor importancia, es interesante recoger aquí la opinión de Agobardo en su escrito contra los juicios de Dios: «Nam si omnipotens Deus, mundi conditor et rector, iudicii veritatem in rebus latentibus per mutuas caedes inveniri voluisset, aut permisisset, nec iudice aut magistros per singulas urbes constitui praecepisset, nec testibus inficientes convici, nec ubi testes desunt, controversiam per jusjurandum finire» —MIGNE PL. 104 ccl. 250—.

verdad por otros medios; este recelo viene motivado por la necesidad de evitar los perjurios.

La preocupación en torno a la utilización del juramento no es exclusiva de la Iglesia visigoda¹⁹⁹, que consigue verla reflejada en la legislación, sino común al pensamiento religioso del momento, por lo que en distintos lugares y épocas esta preocupación se verá reflejada en la legislación.

Una tradición, combatida por algunos autores²⁰⁰, aunque sin mucho éxito²⁰¹ habla de que el juicio del agua fría fue creado por el Papa Eugenio, a instigación quizá de Ludovico Pío, «ut omnes non licet periurare supra sanctorum»²⁰². Los datos pueden estar equivocados; no el pensamiento testimoniado.

Como recuerda Brunner, el recelo y la necesidad de protección frente al perjurio favorecieron la utilización del duelo, pese a los celos eclesiásticos frente al mismo²⁰³. Y no debe olvidarse, que ya mucho antes, la finalidad originaria perseguida por el redactor de la ley de los Burgundios, al regular por vez primera el duelo, fue el de reducir los perjuicios causados por los perjurios²⁰⁴.

Estas circunstancias nos servirán para mostrar que la evolución visigoda y postvisigoda presenta trazos claramente diferentes. La legislación en el reino visigodo, manifiesta únicamente un cierto recelo ante el empleo aventurado del juramento; una adición posterior, muy probablemente realizada en Cataluña, sigue poniendo de manifiesto, si no pudiera comprobarse también por otros medios, que el sistema probatorio visigodo perduró con todas sus características en Cataluña hasta los primeros años del siglo XI. Por esta adición se equipara el perjurio a la infidelidad, con lo que se

199. Vid. Isid. *Sent.* 2,31. vid. infra p. 208 ss.

200. LEIMAER, *Die Kirche* cit. 17-18; 75.

201. Cf. NOTTARP, Rec. de LEITMAIER, *Die Kirche* cit. 253, que le reprocha precisamente la manera simplista con la que rechaza la fundamentada argumentación de von Schwerin.

202. *Formulae* —ed. Zeumer— p. 617. Cf. VILLANUEVA V p. 19 ss.; el texto de la fórmula en p. 21.

203. BRUNNER *DRG* II 540; 456 n. 15.

204. *L. Burgundionum* 45. Esta tesis fue defendida ya por Montesquieu, vid. GAL, *Der Zweikampf* cit. 238; 267. Cf. 274, 286.

agrava la pena del perjurio²⁰⁵. ¿Cuándo se incorpora esta adición? No es posible saberlo con exactitud, pero de todas formas revela claramente esta adición que durante la monarquía visigoda se mantuvo en sus trazos característicos el proceso visigodo, sin necesidad de recurrir a las ordalías y que lo mismo sucedió, tras la desaparición de la monarquía, en Cataluña, si en fecha indeterminada, pero antes del siglo XII, quizá en el siglo X, tuvo que recurrirse a agravar la pena del perjurio²⁰⁶.

Esta constatación, sin embargo, no tiene gran peso para quienes defienden el empleo de las ordalías entre los visigodos, a partir de su empleo en la época medieval, pues ven en este empleo posterior el testimonio más claro del florecimiento de una antigua práctica propia del derecho germano, sofocada en la época visigoda por la legislación regia, aunque para ello tengan que atribuir el silencio de dos siglos en torno al empleo de la ordalía en la península, a partir de la desaparición del reino visigodo, a las deficiencias de la tradición documental²⁰⁷.

El único apoyo para defender el origen visigodo de las ordalías medievales consiste en su aparición tras la desaparición del reino visigodo. Señalamos que es éste el único punto de apoyo, ya que, por las razones indicadas, no puede recurrirse al origen germano del pueblo visigodo; aun admitiendo que la ordalía sea una institución propia del derecho germano común, no hay ninguna razón lógica que obligue a admitir que la misma se conservó en todos los pueblos germánicos; afirmar que el pueblo visigodo, en tanto germánico, conoció la prueba por ordalías es un salto en el vacío, al carecerse de todo testimonio contemporáneo.

No es nuestra intención combatir aquí la teoría del estado latente de los hechos sociales, acuñada por Menéndez Pidal²⁰⁸, entre

205. Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ, *Un nuevo código del «Liber Iudiciorum» del siglo XII*, en *AHDE* 31 (1961) 675 ss.

206. Vid. IGLESIA FERREIRÓS, *La creación* cit. 166 ss.; en especial 192 ss.; esta adición, dada las fechas de aparición de las ordalías en Cataluña, debió ser anterior a finales del siglo X. Cf. la bibliografía citada en IGLESIA FERREIRÓS, *La creación* cit. 115-116.

207. Vid. infra p. 73 n. 210.

208. Vid. J. A. MARAVALL, *Menéndez Pidal y la historia del pensamiento* (Madrid 1960) 129 ss.

otras razones porque, en lo fundamental, estamos de acuerdo con la misma. Si aplicáramos el método histórico-crítico en todo su rigor, grandes y extensas páginas de la historia quedarían en blanco, como se ha dicho. Los testimonios posteriores pueden llegar a demostrar la existencia anterior en el tiempo de determinados fenómenos, pese al silencio de las fuentes coetáneas, pues «los contemporáneos de un «hecho social» latente *no se dan cuenta de él, por lo muy habitual que les es, o no dan cuenta de él, por estimarlo obvio o insignificante. Y juzgan, en uno y otro caso, que no merece su mención escrita*»²⁰⁹.

Este principio, que puede tener una amplia aplicación en muchos campos del discurrir histórico, no puede extenderse sin más al derecho. Por repetida, vulgar y conocida que sea, por ejemplo, la forma de realizarse una compraventa, todos los compradores y vendedores quieren ver testimoniadas las suyas, en sus más mínimos detalles; por habituales que sean las fórmulas, quieren conservar los documentos que atestiguan sus compraventas y por muchos documentos de compraventa que hayan llegado a reunir no se desprenderán de ellos, mientras conserven las cosas adquiridas. Se trata, como es evidente, de una afirmación general, ya que es suficiente recordar aquí la existencia de pactos tácitos, pero que sirve para destacar que no pueden juzgarse por un mismo rasero todos los fenómenos del pasado. Es cierto que se ha dicho que «faltan, sí, comprobaciones escriturarias de realidades jurídicas o institucionales documentadas en el Fuero (=de León), pero que no podían dejar huellas en los diplomas de la época. Es imposible, por ejemplo, que se nos conserven testimonios de la práctica de la ordalía del duelo judicial»²¹⁰ en relación con el hecho de que «no han podido llegar hasta nosotros los procesos que pudieron provocar otras cuestiones que no se traducían en adquisiciones territo-

209. MARAVALL, *Menéndez Pidal* cit. 135.

210. Claudio SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Homines mandationis y iuniores* (=en *CHE* 53-54 (1971) 7-253), en *Viejos y nuevos estudios sobre las instituciones medievales españolas. I. Instituciones sociales* (Segunda edición ampliada) (Madrid 1976) 374. Bajo el título, *El Fuero de León: su temprana redacción unitaria*, con supresión de las páginas introductorias y de la segunda parte del trabajo, puede verse en *León y su historia. Miscelánea Histórica II* (León: 1973) 11-60.

riales o en un logro de rentas o servicios por una institución religiosa. No debe olvidarse la unilateralidad de los tesoros diplomáticos de que disponemos»²¹¹. Tales afirmaciones son dignas de suscribirse en líneas generales, pero con alguna matización. Sin entrar a presuponer si se hacen o no a partir de la idea de que las ordalías sólo se utilizan en el proceso penal, baste hacer aquí algunas preguntas: ¿Por qué es imposible que se conserven testimonios de la práctica de la ordalía del duelo judicial, recogida en el fuero de León, durante los siglos VIII, IX y X, y sin embargo se conservan testimonios de la ordalía del agua hirviente, ordalía también recogida en el Fuero de León?²¹². ¿Por qué durante los siglos VIII, IX y X se guarda silencio en León sobre el duelo, mientras en 1093 para dilucidar una cuestión que se traducía en adquisiciones territoriales, como dice Sánchez Albornoz, se recurre a un duelo con escudo y bastones, que se testimonia en la documentación?²¹³. ¿No será porque el duelo con bastones aparece en León a través de la legislación regia en 1091?²¹⁴.

Quizá sea un dejarse arrastrar por las propias convicciones, pero parece adecuado pensar que si no se cita el duelo antes del siglo XI, quizá sea ello debido a su desconocimiento en el mundo leonés —y en el peninsular, como veremos— como ordalía.

En la elección de la posición contraria, ha jugado un papel importante no sólo la idea de que el pueblo visigodo, en tanto pueblo germánico, había conservado un derecho consuetudinario, sino también la afirmación de Hinojosa de que los fueros municipales recogen derecho consuetudinario en líneas generales. Hemos tenido ya ocasión de expresar otras veces nuestras dudas sobre esta tendencia a ver en los fueros municipales la plasmación de un derecho consuetudinario profundamente arraigado; sea aquí suficiente seña-

211. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Homines* cit. 375.

212. Vid. infra p. 119.

213. PRIETO, *Documentos* II 36 (4-I-1093) 530: «et iussit rex darent utraque bastonarii qui pugnantes ex qua parte qui cecidisset dimisisset iam dicta hereditatem. Accepto itaque hoc iudicium noluerunt litigare sed fecerunt inter se convenientia». A señalar la negativa a aceptar este tipo de pruebas y el hecho de que las partes son el abad de Sahagún y varios infanzones. Cf. infra p. 117.

214. Cf. infra p. 117-118.

lar que en diversos fueros breves se alude a las diferentes ordalías para prohibir su empleo en el ámbito municipal, hecho que puede interpretarse como un intento de acabar con una situación consuetudinaria, pero también como un intento de evitar la extensión de una nueva práctica, impulsada por la Iglesia, como quiere Bonnassie para Cataluña, que lograba así acrecentar sus propiedades ²¹⁵.

Si de una época determinada conocemos el derecho legislado, no podemos afirmar sin más la existencia de un derecho consuetudinario, contrario a las leyes, a partir de los testimonios de una época posterior, invocando el principio del estado latente de los hechos sociales o cualquier otro; es necesario que se den otros requisitos, como pueden ser la no utilización de documentación escrita o la no conservación de la misma. Los actos realizados en fraude a la ley son también testimoniados, aunque sea con fórmulas retorcidas y engañosas. Por desgracia, de la época visigoda no se ha conservado prácticamente ningún ejemplar de lo que se suele conocer con el nombre de documento de aplicación del derecho.

La deficiencia de nuestras fuentes ha permitido construir así un derecho consuetudinario visigodo, de origen germánico, que ha logrado persistir, pese a la enemiga regia, durante toda la monarquía visigoda, para florecer de nuevo, desaparecida la presión del poder político, tras el 711. Baste señalar por el momento esta construcción científica.

Y este planteamiento explica fácilmente que no se tomen en consideración una serie de noticias, que pueden espigarse —escasamente— en las fuentes, relativas a procesos en los que no se menciona el empleo de ordalías; estos procesos, al realizarse ante el rey o los tribunales regios, manifiestan exclusivamente el derecho oficial, no el derecho consuetudinario germánico, oprimido por el poder político ²¹⁶, pese a que pueda aludirse al empleo de la tortura —azotes— en el interrogatorio, en un momento anterior a la regulación de Chindasvinto, contenida en *Liber. 6,1,2* ²¹⁷.

215. Cf. infra p. 122 ss.; 219.

216. Iul. *Hist. Wamb.* 35 ss. —ed. ES VI p. 569 ss.

217. Ioann. Bicl. *Chr.* a. 590, 3: «ipse autem Argimundus, qui regnum assumere cupiebat, primum verberibus interrogatus» —ed. Campos p. 99—.

Pero, ante el silencio de las fuentes visigodas en torno a las ordalías, no pueden rechazarse sin más noticias que parecen denotar la inexistencia de su empleo. Puede ser ambigua la noticia ofrecida al relatarse la vida de Masona: Witerico, quien había intentado darle muerte, no lo logra por la intervención divina; arrepentido, confiesa al obispo la existencia de otro plan para darle muerte y, para asegurarle de la verdad de sus afirmaciones, se compromete a quedar en su custodia, hasta que el obispo compruebe la verdad de las mismas ²¹⁸; no hay la petición de comprobar unas afirmaciones con el recurso a una ordalía, que no podría encontrar la oposición de las autoridades públicas, sino la promesa de permanecer en custodia ²¹⁹.

Este mismo silencio en torno a la ordalía puede encontrarse igualmente fuera de la legislación oficial en las reglas monásticas visigodas, las cuales al regular, aunque de forma no muy explícita —hay que reconocerlo— las acusaciones de los monjes que transgreden las reglas, guardan siempre silencio sobre el posible empleo de las ordalías ²²⁰. De manera clara, sin embargo, se testimonia en alguna ocasión en dichas reglas, que quien fuese sorprendido en alguna falta sería castigado una vez que se comprobase su culpa por medio de acusadores o testigos ²²¹. Estaríamos así ante el reconocimiento del predominio de la prueba testifical, por razón de la materia, pero también ante el desconocimiento de la prueba ordalíaca.

Desde el planteamiento indicado tampoco tiene valor otra noticia, que podemos aducir, puesto que se vuelve a aludir al llamado mundo oficial, pero tampoco puede prescindirse de la reluctancia

También al tormento parece recurrir Leovigildo, para lograr que Masona le descubra donde se encuentra la túnica de Sta. Eulalia —*vitae PP. Emer.* 30 —ed. *ES XIII* p. 638—. La investigación extremada en los juicios es una virtud que Isidoro de Sevilla resalta en Suíntila —*Isid. h. g.* 64 —ed. Rodríguez Alonso p. 278—. Nada se puede extraer, en cambio, de *Vit. Fruct.* 15 —ed. Díaz y Díaz p. 106 ss.

218. *Vit. PP. Emer.* 40 —ed. cit. 378.

219. No pasamos por alto que Masona es un obispo católico, pero vid. lo que diremos más adelante p. 78 ss., sobre la posición de la iglesia visigoda.

220. *Reg. Isid.* 15 —ed. Campos-Roca p. 113—; *Reg. Fruct.* 13 —ed. Campos-Roca p. 152—; *Reg. com.* 14 —ed. Campos-Roca 196 ss.—; Cf. *Rec. com. pactum* —ed. Campos-Roca p. 210.

221. *Reg. Fruct.* 15 —ed. Campos-Roca p. 154.

de los monjes a participar en cuestiones jurídicas, aunque, en determinados supuestos, se establezca que los monasterios puedan defender sus derechos por medio de laicos honestos, pese al empleo de los juramentos para terminar los pleitos²²². El peligro de acudir ante los tribunales de justicia radica en el empleo del juramento, que puede conducir al perjurio; sin embargo se guarda silencio sobre el empleo de ordalías.

Por estas mismas razones y por otras, tampoco suele darse mucho valor a la obra de Isidoro de Sevilla, quien, al exponer las pruebas que pueden aducirse ante el tribunal, se limita a señalar que «*probatio autem testibus et fide tabularum constat*»²²³. Y de acuerdo con esta afirmación el duelo no es más que el antiguo nombre de la guerra, sea porque dos partes pelean, sea porque una sale vencedora y otra vencida²²⁴. Tampoco al hablar de las armas hace mención de las que pudieran utilizarse en el duelo²²⁵.

Aún menos valor tiene desde esta perspectiva el testimonio de Martín de Braga para el mundo visigodo, pero es necesario recalcar que, en su tratado *de correctione rusticorum*, referente a un mundo dominado, en todo caso, por los suevos, se limita a combatir los auspicios, mientras guarda silencio sobre posibles prácticas ordalíacas²²⁶. «*Non jussit Deus hominem futura cognoscere, sed ut semper in timore illius vivere*», pero pese a esta radical afirmación de Martín Dumense, no estamos ante una prohibición absoluta de conocer el futuro, sino ante una tajante prohibición de invocar a los dioses para conocer el futuro. Así, Isidoro de Sevilla se burla de Litorio, quien se dejó engañar por los demonios, al fiarse de sus signos y de las respuestas de los haruspices²²⁷, pero no deja de señalar que en la época de Teodorido se produjeron muchos signos, tanto en la tierra como en el cielo, anunciadores

222. *Reg. com.* 3 —ed. Campos-Roca p. 177-178—. Esta enemiga de la iglesia contra el juramento puede verse también en *Reg. Lean.* 29 —ed. cit. 71—; *Isid. Sent.* 2,31.

223. *Isid. Ety.* 18,15,5.

224. *Isid. Ety.* 18,1,9.

225. *Isid. Ety.* 18,5, ss.

226. *Mart. Dum. De correc. rust.* 5-7; 9. Cf. 3.

227. *Isid. h. g.* 24 —ed. cit. 211.

de una cruel guerra, añadiendo que no debe llamar la atención que se produjeran tantas señales por intervención divina ²²⁸.

Ya antes de él, Idacio había recogido muchos de estos testimonios divinos, que en algunos casos pasaron más tarde a la obra de Isidoro de Sevilla ²²⁹. Los auspicios paganos deben ser rechazados desde el punto de vista cristiano, al ser un medio de conocer el futuro por medio de la magia y con la intervención de los demonios; en realidad, el auspicio, dentro del pensamiento religioso cristiano, suponía una tentación de la divinidad; pero cuando los signos eran ofrecidos graciosamente por Dios a los hombres, para que en los mismos se contemplaran los designios de la providencia divina, no había entonces razón alguna para rechazarlos ²³⁰.

El silencio de las fuentes visigodas es total, pero tiene un valor especial el silencio de la Iglesia visigoda en torno a las prácticas ordalíacas. Este silencio sólo puede explicarse por tres hipótesis: diferentes: a) las ordalías eran desconocidas en la península, en esta época, como medio de prueba; b) la Iglesia visigoda consideraba que las prácticas ordalíacas no atacaban el dogma cristiano, por lo que no era necesaria una condena de las mismas; c) las prácticas ordalíacas eran empleadas en la península, aunque la Iglesia visigoda, pese a considerarlas contrarias al dogma cristiano, guarda silencio.

Esta última hipótesis parece la menos probable, ya que conocemos la postura del obispo de Lyon, Agobardo, a principios del siglo IX. Señala Brunner que en el rechazo de las ordalías por parte de Agobardo apenas debe tomarse en consideración su condición de hispano, es decir de godo ²³¹, pero no deja de ser sintomático que un eclesiástico de origen godo, Agobardo, en un reino donde se practicaban las ordalías, alce su voz contra las mismas, mientras la jerarquía visigoda permanece callada durante la época visigoda. Agobardo propone además el remedio: prescindir de la ley de los burgundios, donde se regulaba la ordalía del duelo, y aplicar la

228. Isid. *h. g.* 26 —ed. cit. 212—; cf. Isid. *h. g.* 35 —ed. cit. 228.

229. Hid. 73 —ed. Mommsen 20—; 126 —ed. cit. 24—; 151 —ed. cit. 26.

230. Vid. *infra* p. 97 ss.

231. BRUNNER *DRG* II 540 n. 7.

ley Sálica, que la desconocía ²³², con lo que se actuaría, igualmente, su política de unificación jurídica.

Son, indudablemente, meras hipótesis nuestras hilaciones, pero lo que es una realidad indiscutible es que no existe para la época visigoda ningún testimonio, favorable o contrario a las ordalías, de parte de la Iglesia visigoda y sí una condena de las mismas por parte de un obispo de origen visigodo en el siglo IX.

Es necesario subrayar que de las tres posibilidades, que hemos señalado, las dos últimas son hipótesis necesarias, si queremos afirmar la existencia de ordalías entre los visigodos. De simples hipótesis —la Iglesia acepta la ordalía, pero no la menciona; la Iglesia rechaza la ordalía, pero no la combate ²³³—, se llegaría así a afirmar la existencia de las ordalías entre los visigodos. Puede decirse que también es una simple hipótesis la inexistencia de las ordalías entre los visigodos, pero, sin faltar a los datos históricos, puede señalarse que hasta el momento no se conoce ninguna fuente coetánea que permita hablar del empleo de las ordalías en el proceso visigodo, si prescindimos momentáneamente de las tantas veces mencionada ley de Egica o Witiza.

No pareciendo suficiente el apoyo de esta ley, se ha querido encontrar un testimonio del empleo del juicio de Dios en una decisión del Concilio II de Zaragoza del año 592 ²³⁴, donde se determinó que las reliquias arrianas debían ser probadas por el fuego ²³⁵,

232. Vid. GÄL, *Der Zweikampf* cit. 284-285, que rechaza, creemos que con acierto, la posición de Wilda y Dahn.

233. No es necesario mencionar otra posibilidad: la Iglesia ha combatido las ordalías, pero se han perdido estos testimonios, porque no dejaría de ser una hipótesis difícilmente aceptable ante la riqueza de los testimonios eclesiásticos visigodos.

234. Así A. HELFFERICH, *Entstehung und Geschichte des Westgothen-Rechts* (Berlín 1858) 286. El ejemplar que manejamos es defectuoso; carece de portada; el título y el pie de imprenta lo hemos tomado del manual de Lallinde. Esta interpretación la acepta igualmente julio FICKER, *Sobre el íntimo parentesco entre el derecho godo-hispánico y el noruego-islandico* (traducción del alemán por José Rovira Armengol) (Barcelona 1928) 55; esta misma opinión la sostuvo Dahn, cuyas obras no hemos podido manejar.

235. C. Zaragoza II (592) 2: «Statuit sancta synodus ut reliquiae in quibuscumque locis de Arrianam haeresem inventae fuerint prolatae a sacerdotibus, in quorum ecclesias reperiuntur pontificibus praesentate igne pro-

pero aquí parecen confundirse los efectos purificadores del fuego con el empleo de la ordalía del fuego²³⁶, que, por lo demás, presentaría unas características realmente sorprendentes, amén de no encontrar reflejo exacto en la Edad Media²³⁷.

Rechazado este testimonio, nos queda únicamente la famosa ley atribuida, generalmente, a Egica o Witiza, incorporada a *Liber* 6,1,3, así como las fórmulas o preceptos referentes a la ordalía del agua hirviente, vinculados, o que se quieren vincular, a la mencionada ley.

Hemos ya indicado en otra ocasión las razones que nos hacen pensar que la misma no puede remontarse a la época visigoda; se trata en realidad de una pseudoley, atribuida de forma incierta a Egica o Witiza, pero también a Recesvinto, Ervigio y Wamba, según los manuscritos, redactada en época tardía, probablemente en un lugar en el que se empleaban las ordalías —¿Cataluña? ¿El sur de Francia?— para dar así tintes de legalidad a una práctica consuetudinaria reciente²³⁸.

A las razones aducidas únicamente queremos añadir algunas consideraciones que pueden obtenerse de un análisis de la ley, que vienen a matizar nuestras afirmaciones.

La aparición de *Liber* 6,1,2 está vinculada a la necesidad de evitar que determinados delitos puedan quedar impunes por falta de pruebas. Esta preocupación y la distinción establecida entre los

bentur quod si a quibuslibet occultate fuerint et deteguntur a sacrosanctas ecclesias coetu segregentur» —cd. Vives p. 154.

236. Tejada y Ramiro —en *Colección de Cánones y de todos los concilios de la Iglesia de España y de América (en latín y castellano) con notas e ilustraciones* por D. Juan TEJADA Y RAMIRO II (Madrid 1859) 130, juiciosamente, tras aludir a la ordalía del fuego, señala «También hay quien cree, quizá con más fundamento, que las palabras del canon "igne probentur", significan que sean consumidas en el fuego; porque los padres españoles creyeron que había menos peligro en quemar las reliquias dudosas, que en exponer a la veneración de los pueblos las falsas».

237. Vid. infra p. 108.

238. IGLESIA FERREIRÓS, *La creación* cit. 193 ss.; 262 s. LUIS G. DE VALDEAVELLANO, *La obra de Don Ramón Menéndez Pidal y la historia del Derecho*, en *REP* 65 n. 105 (mayo-junio 1959) 21 n. 45, cree, frente a García-Gallo, que esta atribución incierta de los mss. no es razón suficiente para negar la autenticidad de *Liber* 6,1,3.

nobles y los simples libres explican perfectamente la redacción un tanto complicada de la ley. Simplificando al máximo, podríamos decir que en la acusación de los delitos capitales realizada sin pruebas, el acusado quedará sometido al tormento, mientras en los demás delitos sólo los libres quedarán sometidos al tormento, si la responsabilidad económica de los mismos supera los 300 sueldos, aumentados a 500 por Ervigio; los nobles, en estos supuestos, se expiarán por medio del juramento. El recurso al tormento se realiza, precisamente, por no poderse probar por otros medios la acusación²³⁹. Esta última alusión resalta, si no nos equivocamos, la razón última de esta ley, que vino a modificar *Liber 2,1,23*, donde se establecía el recurso al juramento, a falta de otros medios²⁴⁰, a fin de que en las causas capitales —ideoque, si in causa regis potestatis vel gentis aut patrie seu homicidii vel adulterii—, es decir las más preocupantes para Chindasvinto, no se recurriese al juramento, para decidir las mismas.

Esta innovación de Chindasvinto aparece completada por *Liber 2,2,5*, con lo que el sistema de resolver las causas ante los tribunales de justicia se desdoblará en dos: las causas que grosso modo podríamos llamar civiles, se resolverán a falta de otros medios de prueba por el juramento, mientras en las causas criminales, dentro de los límites establecidos, el acusado será sometido a tormento, si no puede ser probada la acusación por otros medios. *Liber 2,2,5*, dada igualmente por Chindasvinto, establece que ambas partes aporten su prueba ante los tribunales de justicia, a fin de que el juez decida cuál debe ser recibida; a falta de prueba, el demandado deberá expiarse por medio del juramento, quedando así libre, mientras el demandante queda obligado al pago de cinco sueldos al demandado. Que esta ley se limita únicamente a lo que podríamos llamar causas civiles, cosa que no ocurría con *Liber 2,1,23*, estableci-

239. *Liber 6,1,2*: «Quod si probare non potverit, coram principe vel his, quos sua princeps auctoritate preceperit, trium testium suscriptione roborata inscriptio fiat, et sic questionis examen incipiat... Quod si accusator priusquam occulte iudici notitiam tradat, aut per se aut per quemlibet de re, qua accusat, per ordinem instruxerit quem accusat, non liceat iudici accusatum subedere questioni; cum iam per accusatoris indicium detectum constet ac publicatum esse negotium».

240. Vid. supra n. 198.

da con carácter general, se deduce de la misma redacción de la ley, poniéndola en relación con *Liber* 6,1,2.

Esta situación establecida por Chindasvinto se mantuvo hasta la reforma introducida por Ervigio, en *Liber* 2,1,23, una *antiqua* aclarada, como hemos visto, por Chindasvinto, determinando quién debía prestar el juramento; con la adición de Ervigio se atribuye al juez la decisión de determinar en qué causas y por cuál de las partes debía prestarse el mencionado juramento²⁴¹, provocando una cierta desarmonía entre *Liber* 2,1,23 y *Liber* 2,2,5.

Chindasvinto había establecido un régimen especial para las causas criminales, pero únicamente para aquellas que engendraban una responsabilidad económica que superaba los 300 sueldos; quedaban así en el aire aquellas causas criminales, cuya responsabilidad económica no alcanzaba la mencionada cifra. Las consecuencias prácticas de esta situación se pretenden subsanar con la incorporada por Zeumer a su edición de *Liber* como *Liber* 6,1,3: en pseudoley, atribuida generalmente a Egica o Witiza, que ha sido la acusación, sin pruebas, de delitos, cuya responsabilidad económica no alcanzaba la cuantía establecida en *Liber* 6,1,2, se autorizaba al juez a someter al acusado a la prueba caldaria.

Mientras *Liber* 6,1,2 establecía en la redacción recesvindiana la mencionada cuantía de 300 sueldos, que fue aumentada a 500 sueldos por Ervigio, todos los manuscritos que conservan *Liber* 6,1,3, salvo uno que ofrece la cantidad de 600 sueldos, recogen la tasa de 300 sueldos, propia de la redacción recesvindiana.

Este obstáculo es resuelto por Zeumer indicando que Egica, como en tantas otras ocasiones, rechazó el texto de la reforma ervigiana, volviendo al texto originario de la ley de Chindasvinto²⁴² y de la misma opinión es Ureña²⁴³. Esta explicación no encuentra apoyo en la tradición textual. *Liber* 6,1,2, en su redacción.

241. Vid. Karl ZEUMER, *Historia de la legislación visigoda* (traducción del alemán por Carlos Claveria) (Barcelona 1944) 162-163, que ve en la prestación del juramento por parte del demandado trazas del derecho germano; de aquí que «este resto del derecho germánico, en lo que se refiere a las pruebas fue suprimido por Ervigio».

242. *Liber* p. 250 n. 2.

243. Rafael DE UREÑA Y SMENJAUD, *Historia de la literatura jurídica española* I 2 (2.ª edición) (Madrid 1906) 511.

recesvindiana según las indicaciones de Zeumer, aparece en los manuscritos R. 1, 2 y 3, mientras que en su redacción ervigiana se conserva en los manuscritos E. 1 y 2; V. 1, 2, 3, 4, 6, 7 (8, 14, 15, 17, 19, 20), coincidiendo así, en su mayor parte, con los manuscritos que conservan *Liber* 6,1,3, que son precisamente V. 1, 2, 3, 4, 6, 8 (10, 12) y 15, prescindiendo de la edición de Pithou y de la de la Academia²⁴⁴.

Si la introducción de la ley la hubiese llevado a cabo Egica, caracterizado por su posición crítica ante Ervigio²⁴⁵, no se comprendería que los manuscritos conservados mantuviesen la tasa de 500 sueldos, en *Liber* 6,1,2. No parece normal que ninguno de los manuscritos conservados refleje la situación hipotetizada del *Liber* en su redacción ervigiana, armonizando *Liber* 6,1,2 y 3, mediante el restablecimiento de la cantidad de 300 sueldos, fijada por Recesvinto en *Liber* 6,1,2. Lo más probable es pensar que el autor de *Liber* 6,1,3 no fue un monarca, sino un jurista medieval que, trabajando sobre un texto de la redacción recesvindiana, redactase una nueva ley, adaptándola a los principios recogidos en *Liber* 6,1,2. Los copistas posteriores pudieron tomar como modelo códices que contenían la redacción ervigiana, completando los mismos con leyes tomadas de otros códices, quizá utilizados para corregir lo realizado por el primer copista²⁴⁶; así se explicaría que en manuscritos que contenían la redacción ervigiana apareciese una ley —en realidad, una pseudoley—, que conservaba trazos de su primitiva construcción en base a la redacción recesvindiana, pero que mostraría, al mismo tiempo, su carácter no visigodo.

En el elenco de manuscritos que contienen *Liber* 6,1,3 deben además hacerse algunas matizaciones. Podemos prescindir de la aparición de *Liber* 6,1,3 en la edición de Pithou, pues ésta debió ser realizada en base a E. 1.^a —numeración de Zeumer—, un manuscrito del siglo x, que contiene la redacción ervigiana de la ley visigoda, pero donde una mano del siglo xvi, quizá la del mismo Pithou, introdujo, entre otras leyes, *Liber* 6,1,3, tomándola precisa-

244. Vid. a continuación lo que diremos en el texto.

245. ZEUMER, *Historia* cit. 109.

246. Manuel C. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex Visigothorum y sus manuscritos. Un ensayo de reinterpretación*, en *AHDE* 46 (1976) 184.

mente de V. 6 (= ms. núm. 11, según la numeración de Díaz y Díaz) ²⁴⁷. También debe prescindirse del ms. V. 10 (= ms. núm. 15), donde una mano del siglo XIV adicionó *Liber* 6,1,3 ²⁴⁸, pero debemos añadir dos manuscritos más, utilizados por la Academia en su edición: V. 13 (= ms. núm. 18) y V. 20 (= ms. núm. 27).

La primera afirmación que puede hacerse es que ninguno de los manuscritos que contienen la redacción recesvindiana o ervigiana contienen la mencionada ley; esta aparece únicamente en los manuscritos de la redacción vulgata ²⁴⁹.

Esta conclusión parece una simple perogrullada, pero no debe pasarse por alto que los manuscritos que nos conservan las redacciones recesvindiana y ervigiana son posteriores a la caída del reino godo ²⁵⁰, es decir fueron copiados en una época en la que había desaparecido ya el poder político, contrario —se dice— a la práctica consuetudinaria de la ordalía; en esta nueva situación parece lógico pensar que los copistas completasen la redacción recesvindiana o ervigiana con una ley, que respondía a una práctica consuetudinaria; la existencia de manuscritos mixtos confirmarían esta posibilidad ²⁵¹.

De todas formas, podemos concluir que de los 20 manuscritos conocidos por Zeumer de la redacción vulgata, sólo la mitad, es decir, diez manuscritos, ofrecen la mencionada ley.

¿Quién fue el autor de la ley? Aquí falta por completo la unanimidad; los manuscritos atribuyen la ley a Egica (V. 2, 8, 10), a Egica y Witiza (V. 6), a Witiza (V. 1), a Wamba y Witiza (V. 15 *ad calceam*), a Ervigio (V. 15) y, finalmente, a Recesvinto (V. 12). Más importante es todavía otro hecho: los manuscritos más antiguos de la redacción vulgata ofrecen dicha ley, sin atribuirla a ningún monarca, así

247. *Liber* p. XXI.

248. *Liber* p. XXIII.

249. Cf. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 194 n. 86.

250. El único dudoso podría ser R. 1, fechado en el siglo VIII.

251. R. 2 (=ms. n. 2) refleja la forma recesvindiana, pero tiene determinadas adiciones, procedentes de otro código diferente al modelo, que parece contener una redacción ervigiana: por su parte R. 4 (=ms. n. 3), que recoge la redacción recesvindiana presenta igualmente diversas lecturas que lo ponen en contacto inmediato con E. 2 (=ms. n. 5), un manuscrito que contiene igualmente la redacción ervigiana —DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 184 ss.; con carácter general, en p. 170.

ocurre con V. 13 (= ms. núm. 18), el Códice Vigilano, de la edición de la Real Academia, y con V. 3 (= ms. núm. 8), el Códice Toledano gótico de la edición de la Academia, el primero terminado en el 976, mientras el segundo se suele atribuir al s. X ex.-XI²⁵². Debe señalarse, sin embargo, que esta ley es atribuida a Egica y Witiza por un manuscrito del siglo XII —V. 6 (= ms. núm. 11)— pero que debió tener como modelo un manuscrito realizado en el 919²⁵³. No hay que desechar la posibilidad que en el mencionado modelo se encontrase el epígrafe correspondiente, atribuyendo la ley a Egica y Witiza, pero tampoco puede pasarse por alto la posibilidad de que la incorporación de un epígrafe y de la misma ley se realizará en época posterior al 919.

Hay otra particularidad que, salvo error, no puede constatarse en la edición de Zeumer: no todos los manuscritos ofrecen *Liber* 6,1,3 en el mismo lugar; por la edición de la Academia sabemos que en la mencionada ubicación se encuentra en V. 3, 8 y 20, que corresponden a los códices Toledano Gótico, Cardona y San Juan de Reyes en la enumeración de la Academia, pero el famoso códice Vigilano, es decir V. 13 (= ms. núm. 18) presenta la mencionada ley al final del título primero del libro segundo, título dedicado precisamente a los juicios. ¿Se trata de la única excepción entre los diez manuscritos citados, que contienen la ley mencionada?

Este hecho puede ponerse en relación con otros datos no menos significativos: el famoso códice Emilianense de la Academia, es decir, V. 14 (= ms. núm. 19), «est quasi frater codicis Vigilani»²⁵⁴, es «como hermano del Albeldense o Vigilano»²⁵⁵, pero fue redactado algo más tarde, en el 992. Ahora bien, el códice Emilianense carece de *Liber* 6,1,3, sea en este lugar, sea al final del título primero, del libro segundo. Tampoco esta ley se recoge en V. 7 (= ms. núm. 12), un manuscrito mutilado al principio y al final, de aquí que debe

252. Así tanto *Liber* p. XXII y XXIV como DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 166, 168. Tampoco aparece epígrafe en la selección contenida en el ms. Barcelona B. C. 944 (=ms. n. 30) —vid. MARTÍNEZ DÍEZ, *Un nuevo* cit. 673—. Esta ley —*Liber* 6,1,3—, no se ha recogido ni en la miscelánea de Zaragoza ni en la contenida en el ms. Paris. Lat. 4.792.

253. Para esta fecha vid. *Liber* p. XXII; DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 167.

254. *Liber* p. XXIV.

255. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 169.

matizarse esta afirmación: la ley no se encuentra en *Liber* 6,1,3, pero nada se puede decir si aparecía o no en *Liber* 2,1,32. Este manuscrito es atribuido por Zeumer al siglo x, mientras Díaz y Díaz distingue cuatro manos, tres de ellas, arcaizantes, podrían situarse a fines del siglo ix; la cuarta parece de mediados del siglo x, aunque no excluye el mencionado autor una refacción artificial posterior²⁵⁶. Por otro lado, se trata de un manuscrito acogido por Zeumer dentro de la redacción vulgata, pero que caracteriza así Díaz y Díaz: «Desde el punto de vista del texto resulta muy curiosa su situación; sus íntimas relaciones con los manuscritos 1, 2 y 3 son indiscutibles; pero ofrece leyes posteriores a la serie de Recesvindo, a la que en muchos momentos de la impresión de seguir, como las dos de Wamba del libro IV, sin que ello signifique propiamente una aproximación a la serie V»²⁵⁷, al carecer, por ejemplo, de *Liber* 6,1,3, «que dan en exclusiva todos los testimonios de esta serie V»²⁵⁸.

En resumen: de los manuscritos más antiguos, dos carecen de esta ley y un tercero la ofrece, sin atribución a un monarca, fuera del lugar, donde ha sido incorporada por otros manuscritos posteriores y donde la ha editado Zeumer. Añadamos, únicamente, que, aparte del Vegilano, que la incorpora en *Liber* 2,1,32, esta ley aparece en *Liber* 6,1,3 en un manuscrito del s. x ex.-xi, el V. 3 (= ms. núm. 8), y en un manuscrito del s. xii, que ha tenido como modelo, sin embargo, un manuscrito fechado en el 919. Todos los demás manuscritos que contienen esta ley o son del siglo xi o son posteriores. Este hecho, es evidente, no excluye que hayan copiado el texto de un manuscrito que remonte a una época anterior, pero también es evidente que de los tres manuscritos fechados sin duda alguna en el siglo x —V. 7, 13, 14—, sólo uno —V. 13— ofrece dicha ley, fuera de sitio y sin atribución a monarca alguno, mientras otros dos manuscritos, que en su origen son anteriores al siglo xi, uno de ellos —V. 6—, aunque remonte a un modelo fechado hacia el 919, no puede olvidarse que fue escrito en el

256. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 193.

257. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 194.

258. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 194 n. 86.

siglo XII²⁵⁹, mientras el otro —V. 3— está a caballo del siglo X y del siglo XI.

Estas afirmaciones no desvelan todas las dudas sobre esta ley. ¿Por qué V. 14, redactado en 992 no tiene esta ley, mientras se encuentra, aunque sea fuera del sitio habitual, en V. 13, redactado en el 976? Sería muy prometedor ver en V. 7 (= ms. núm. 12) uno de los más antiguos códices del monasterio de San Millán, llegado al mismo tiempo del primer establecimiento monástico en la Cogolla, como insinúa Días y Díaz²⁶⁰. Si esto fuese así, sería posible quizá ver en *Liber* 2,1,32 = *Liber* 6,1,3 una novedad de V. 13, que no fue aceptada por V. 14, teniendo además en cuenta que en V. 13 parece faltar *Liber* 6,1,2²⁶¹.

Independientemente del valor que quiera darse a estas afirmaciones —meras hipótesis— es necesario tener presente una cosa: ninguno de los manuscritos que ofrecen la tantas veces mencionada ley es anterior a los primeros testimonios del empleo de la prueba caldaria²⁶². Puede decirse que V. 6 remonta a un modelo del 919, mientras el primer testimonio de la ordalía del agua hirviente, si se remonta al 912, sin embargo, pertenece a

259. Que el modelo no tenía dicha ley, quizá pudiese demostrarse por el divorcio en la cantidad entre *Liber* 6,1,2 y *Liber* 6,1,3. Cf. supra p. 82.

260. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 194.

261. Esta posibilidad se vería reforzada, si las conclusiones de Vives y Fábrega en torno a estos dos códices —Vigilano y Emilianense—, en relación a sus calendarios, pudieran extenderse también al *Liber*: a partir de la idea de que el Emilianense ha debido copiar el calendario del Vigilano, dice los mencionados autores: «Una dificultad podría oponerse a esta conclusión: el Emilianense omite tres fiestas que se hallan en el Vigilano: las de San Mateo, Lucas y Nicolás, lo que no puede atribuirse a descuido del copista, sabiendo la exactitud con que éste transcribe el original. La explicación es sencilla: estas tres fiestas aún no estaban anotadas en E (=Vigilano) cuando lo utilizó el copista de E' (=Emilianense)» —tomamos la cita de Agustín MILLARES CARLO, *Manuscritos visigóticos. Notas bibliográficas* (Madrid-Barcelona 1963) 18—; *Liber* 2,1,32 sería entonces una adición realizada quizá con posterioridad al 992, fecha de terminación del Emilianense, lo que quizá explicaría su incorporación en dicho lugar. De todas maneras, no es necesario señalarlo, son puras hipótesis, aunque V. 14 fue realizado sobre V. 13 —DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 219—. Para la situación en la Rioja, vid. infra p. 120 n. 395 p. 214.

262. Vid. infra p. 118 ss.

Galicia. Indudablemente esta afirmación de que el empleo de la ordalía del agua hirviente aparece testimoniada en la práctica antes de que aparezca testimoniada en la tradición manuscrita del *Liber* la ley mencionada, se hace con carácter general, y con tal condición debe valorarse. De otro lado, hay también que señalar que no puede probarse que ya en el modelo del 919 se encuentre la mencionada ley, sin olvidar que su origen —parece proceder del Centro-Sur de las Galias—²⁶³ podría explicar fácilmente la incorporación de una pseudoley, referente a la prueba ordalíaca del agua hirviente, dado el ambiente social en que surgía.

Sin tratar de insinuar una posible influencia franca, aunque también sin negar la posibilidad de la misma, no puede prescindirse de algunos hechos: los testimonios más antiguos referentes a la ordalía del agua hirviente parecen proceder de la zona occidental de la península, pero todos ellos son posteriores al descubrimiento del sepulcro de Santiago. El manuscrito más antiguo conservado, donde se incorpora *Liber* 6,1,3, es el Vigilano —V. 13—, conocido también como Albeldense, redactado en este monasterio, dentro del radio de atracción del camino de Santiago. Pero del Monasterio de S. Millán de la Cogolla se conserva una alusión a la prueba caldaria del 940, mientras que del Monasterio de Albelda procede una noticia sobre el empleo de la misma ordalía fechada en el 978²⁶⁴. Finalmente el V. 3 (=ms. núm. 8), parece ser un manuscrito que llegó a Toledo a fines del x o principios del xi, procedente de otras regiones del Norte²⁶⁵.

Egica, además, tiene una serie de *novellae*, más o menos relacionadas con el problema de la prueba, en las que se guarda silencio sobre la posible utilización de las ordalías. Para combatir la perfidia de las viudas, que hacia fuera utilizan un traje religioso mientras hacia dentro utilizan un traje secular, determina que lo verdadero es lo que muestran a la vista de las personas, no lo

263. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 221.

264. Vid. infra p. 120 n. 395.

265. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 192, 220. Matizamos así nuestra afirmación de que los mss. que contienen *Liber* 6,1,3, son todos posteriores al año 1000, salvo quizá V. 3, válida para los manuscritos utilizados por Zeumer en su edición, y válida también para Cataluña, donde el ms. más antiguo que conserva esta ley es el llevado a cabo por Homobono de Barcelona.

que ocultan (*Liber* 3,5,6). También establece la presunción que la escritura refleje fielmente lo acordado entre las partes, mandando rechazar aquellas cláusulas que, no recogidas en los documentos, se quieren hacer valer por medio de testigos (*Liber* 2,5,18). Al regular la posibilidad de infamación de los testigos, Egica no establece por parte alguna la posibilidad de que se pueda recurrir a la ordalía para comprobar su afirmación (*Liber* 2,4,8), en otras palabras no hay la posibilidad de reptar al testigo, como se dirá en la Edad Media. Finalmente, dentro del proceso normal, desconocedor de la ordalía, se mueve *Liber* 2,5,19, vinculado al concilio XIII de Toledo del 683, en su canon segundo, donde se protege a los miembros del orden palatino frente a la posible expulsión de su situación, sin un previo proceso.

El único texto que podría ofrecer una cierta duda es la *novella* egicana, incluida en *Liber* 9,1,21, en la que se regula el problema planteado por los siervos fugitivos. La duda nace de la mención de una *examinatio poenalis*, que aparece exclusivamente mencionada en esta ley, al parecer: *Liber* 9,1,21 extiende la responsabilidad por dar refugio a un siervo no sólo a quien lo acoge, sino a todos los habitantes de un lugar, donde el fugitivo encuentre refugio; para librarse de esta responsabilidad colectiva, todos los habitantes deben reunirse, «qualiter mancipia ipsa fugitiva vivida indagatione perquirentes, aut per questionum tormenta, aut pro penali examinatione», con el fin de que los fugitivos manifiesten si son siervos o siervas y de quién, cuándo huyeron de sus dueños y de dónde vienen. Si no cumplen estas obligaciones, «et mancipia illa fugitiva nec etiam dominis suis reformare intenderint nec iudiciali examinatione exquirenda curaverint», los habitantes serán responsables de la ocultación de los fugitivos, si éstos son encontrados más adelante en el mencionado lugar.

¿Qué se entiende por *examinatio poenalis*? La ley parece obligar al pueblo a un examen atento de quien trata de encontrar refugio en el mismo, examen que puede llevarse a cabo «aut per questionum tormenta aut pro penali examinatione», es decir, con intervención del juez, como parece mostrar la misma ley, cuando señala que los habitantes del lugar incurren en responsabilidad si no realizan la investigación establecida o no pretenden devolver al dueño el siervo «nec iudiciali examinatione exquirenda curaverint», es:

decir, si no recurrieron a una investigación judicial. Es la misma obligación que se impone a quien acoge un fugitivo, pues aunque éste se declare ingenuo, «statim eum procuret iudicialiter exquirendum», a fin de que, por la intervención judicial, se demuestre si realmente es libre o siervo.

Todavía podemos encontrar esta identificación al final de *Liber* 9,1,21, cuando se regula la venta de un siervo por un desconocido: la venta no puede realizarse «nisi prius coram iudice vel bonis hominibus» se investigue si se trata de vender un siervo propio o ajeno, especialmente el vendedor debe manifestar dicha circunstancia, jurando lo que afirma «ac postmodum servus ille, quem venundare voluit, per examinationem pene cogatur transire»²⁶⁶. Es decir, que tras el juramento del vendedor y la investigación realizada, el siervo es obligado a sufrir la *examinatio poenae*. También aquí *per examinationem pene* es lo mismo que *per examinationem iudicialem*²⁶⁷. Dicho de otra manera, se estima que no es suficiente que el vendedor jure que el siervo es suyo, sino que éste tiene que ser sometido a la *examinatio poenae*, es decir, al examen judicial realizado por medio del tormento²⁶⁸.

El mismo contenido de *Liber* 6,1,3, finalmente, ofrece un carácter un tanto extraño. Para resolver la situación determinada por la existencia de delitos, cuya responsabilidad económica no superaba los 300 sueldos, por lo que su acusación no quedaba sometida a las prescripciones de *Liber* 6,1,2, en su redacción recesvindiana, se determina que el acusado²⁶⁹, por orden del juez, sea sometido

266. No puede por menos de traer a la memoria esta formulación el título de la fórmula descubierta por Gaudenzi y reproducida por Ureña: «Exorcismus de pena caldaria»—UREÑA, *Historia* cit. 579—. Aparte de las razones expuestas en el texto, debe señalarse, que, siendo la introducción de la ordalía del agua hirviente una novedad, no podría por menos de llamar la atención que en *Liber* 6,1,3, no se califique de pena caldaria, mientras en *Liber* 9,1,21 se habla de «per examinationem pene». Añádase la aparición conjunta de la ordalía del agua hirviente y del hierro candente, vid. infra p. 97.

267. Cf. la traducción castellana de *F. Juzgo* 9, 1, 21.

268. Dicho sea de paso, la influencia de estas leyes parecen mostrarse en las reglas monásticas, vid. *Reg. Isid.* 4, frente a *Reg. Fruct.* 21 y *Reg. Com.* 4.

269. Por su claridad seguimos aquí el texto ofrecido por el ms. V. 2. La aplicación de la ordalía del agua hirviente no la reserva la ley únicamente

a la prueba caldaria. Si de la misma se manifiesta la *facti temeritas*, el juez deberá someter al acusado a tormento. Esta última decisión impide ver en esta prescripción una regulación de la prueba caldaria en tanto ordalía, ya que el resultado de la misma no prueba la culpabilidad o la inocencia del que se somete a dicha prueba; si el probante no la supera, deberá ser sometido a tormento, remedio que quedaba excluido por *Liber 6,1,2*, como hemos visto, a fin de que confiese su culpa.

La redacción del ms. V. 2 muestra claramente la configuración de la prueba caldaria como un primer paso para la aplicación del tormento en aquellos casos en que no está permitido, pero no como una ordalía. Si el resultado de la prueba caldaria era favorable al acusado, «nullam enim executionem abinceps iubentur constringi, quos novimus Dei iudicio occulto reservari». En esta frase se refleja la idea de que los hombres no pueden conocer los secretos juicios de Dios²⁷⁰, pero se destaca, al mismo tiempo, la exclusión de esta prueba caldaria del campo de las ordalías: la verdad o la falsedad de una afirmación no se descubre a través del resultado de la realización de la prueba, gracias

para el acusado, sin pruebas, sino que la extiende en su parte final también a los sospechosos: «Hic quoque et suspectis habendis personis (id est de vilibus scilicet et infamia notatis), qui ad testimonium venerit dicendum, ordo servabitur». Entre paréntesis hemos colocado la adición de la edición de Pithou. Prescindimos de esta parte de la ley por no afectar a nuestra argumentación; en todo caso, mostraría su carácter no visigodo. ¿Qué se entiende por personas sospechosas, que vinieran a manifestar su testimonio? Si pensamos en testigos—en quienes pensaba quizá el redactor de esta pseudoley—, esta regulación no puede armonizarse con las leyes recogidas en *Liber 2,4*, que excluyen, a los que podríamos calificar de personas sospechosas, de la prestación de testimonios o los somete al tormento. ¿Se aplicará a los acusados sospechosos? La posibilidad de que se refiera al acusado debe quedar excluida del mismo tenor de la ley, pese a que esta regulación pueda traer a la memoria lo establecido en el concilio triburiense (vid. infra n. 396-397). Quedaría así la última posibilidad: se someterá a esta ordalía el acusador sospechoso, pero esta decisión no parece tener mucho sentido, sea por la grave pena que se reserva al acusador temerario en *Liber 6,1,2*, sea porque entonces ya no tendría razón de ser la aplicación al acusado, si el acusador, al superar la prueba, demuestra la verdad de sus afirmaciones.

270. Vid. infra p. 98 ss.

a una intervención divina; si la prueba es desfavorable para el acusado, éste sólo podrá ser condenado, si confiesa en el tormento; si la prueba es favorable al acusado, éste escapa al tormento, pero no por ello se le reconoce su inocencia; escapa a la justicia humana, pero no a la justicia divina.

El empleo de la prueba caldaria, tal como aparece en *Liber* 6,1,3, es el resultado de un mandato del juez, mostrando así una regulación alejada de la propia del proceso germano, donde eran las partes quienes decidían sobre la prueba a utilizar²⁷¹. Esta intervención del juez contradice igualmente las afirmaciones de Erlér; para este autor en las ordalías de defensa es el acusado quien pide ser sometido a la misma²⁷².

En conclusión, parece extraño que si Egica pretendía reconocer una institución consuetudinaria germana, lo llevase a cabo de forma tan peculiar: su empleo se limita a la posible acusación de los delitos menos importantes, cuando el acusador no puede probar los mismos; la regulación de esta prueba caldaria la excluye del campo de las ordalías, sea desde el punto de vista germano, sea desde el punto de vista medieval. Afirmar que se trata de una pseudoley, surgida en la época medieval, quizá no sirva para resolver de forma clara estas contradicciones, pero las hace más comprensibles. En una época en la que se utilizaba la ordalía del agua hirviente, pero en la que al mismo tiempo se manifestaba cierta oposición a su empleo, es posible que el presunto introductor de *Liber* 6,1,3, tratase de armonizar la situación de hecho y la legislación visigoda, dentro del posible respeto a la posición contraria. Introduce así la ordalía por el único resquicio dejado abierto por la legislación visigoda: la acusación de los delitos menores, cuando el acusador carecía de pruebas, pero desvirtúa, al mismo tiempo, la prueba caldaria, prescindiendo de aquel elemento que convertía la ordalía en una tentación a la divinidad²⁷³: si el acusado no superaba la prueba sería sometido

271. Vid. BRUNNER *DRG* I 256; II 543, 546.

272. ERLER, *Die Gottesurteil* cit. 1769, pero véanse ya las excepciones señaladas por REHFELDT, *Rec. cit.* 396.

273. En la prohibición de las ordalías contenidas en los fueros de Aragón se dice: «Ad honorem eius qui dixit, non tentabis dominum Deum tuum».

a tormento, a fin de que confesase su culpabilidad. La prueba caldaria, tal como se recoge en *Liber* 6,1,3, no es una ordalía, sino, como ya hemos dicho, un medio destinado a permitir la aplicación del tormento, en aquellos casos excluidos por la legislación visigoda. Se comprende igualmente mejor el silencio en torno a la forma de realizarse la prueba caldaria, puesto que se alude a una práctica habitual en la Edad Media²⁷⁴.

En íntima relación con este último punto, está la terminología utilizada por la ley, que nos permitirá al mismo tiempo ocuparnos de otra norma, que atribuye Zeumer a la época medieval, relacionada, al parecer, con *Liber* 6,1,3, así como de una fórmula, existente en el ms. de Holkham, editada por Gaudenzi y reproducida por Ureña.

El epígrafe de *Liber* 6,1,3 dice «quomodo iudex per examen

—SAVALL-PENEN I 344=F. Aragón 330—. Esta frase procede de las Sagradas Escrituras—Deut. 6, 16; Mt. 4, 7; Lc. 4, 12—.

274. No creemos que esto pueda invocarse, como hemos dicho, en el caso de haber sido Egica el autor de la ley; la práctica consuetudinaria de la ordalía, según la posición germanista, era combatida y sólo podía existir extrajudicialmente; ya resulta difícilmente admisible una práctica probatoria extrajudicial, pero, aun en el caso de quererse admitir tal posibilidad, es evidente que los jueces regios, únicos reconocidos, aplicarían el proceso de la legislación visigoda, por lo que no conocerían la forma de realizarse dicha prueba caldaria. Frente a un derecho legal es posible defender la existencia de un derecho consuetudinario, pero frente a un proceso oficial sólo es posible que se consolide un proceso consuetudinario, allí donde el proceso oficial ha entrado en crisis, es decir allí donde el poder público ha renunciado o es impotente para actuar su jurisdicción, como ocurrió a partir del siglo XI en Cataluña, nada de esto parece que pueda afirmarse de la época visigoda, aunque haya habido los abusos habituales. Finalmente, digamos que la atribución a Egica de esta ley resulta difícilmente admisible, si tenemos en cuenta la variedad en el empleo de la ordalía del agua hirviente; si aceptamos los presupuestos germanísticos, esta variedad tiene que remontarse a la época visigoda, por lo que entonces sería aún más extraño el silencio egicano en torno a la forma de realizarse la prueba caldaria; si admitimos que la aparición de la ordalía en la península es un fenómeno medieval, esta objeción puede superarse fácilmente: el introductor de la pseudoley arranca de su situación concreta y lleva a cabo su falsificación para resolver los problemas de su ámbito concreto; la forma de realizarse la prueba no tiene entonces ningún valor, al ser conocida por sus vecinos.

caldarie causam perquirat», salvo en la edición de Pithou, donde aparece «per examen aquae ferventis». «Examen caldariae» o «examinatio caldariae» se utiliza en el texto de la ley, aunque en la edición de Pithou aparece «examinatio aquae ferventis» o «examen aquae ferventis».

Helfferich, en base a la edición de Lindenbrog, que repite la de Pithou, había indicado que frente a «examen/examinatio aquae ferventis», que aparece en la mencionada edición, los manuscritos peninsulares hablaban de «examen/examinatio caldariae», terminología que aparece indistintamente en los documentos medievales para aludir a la misma cosa. Concluía afirmando que, aun siendo la prueba caldaria de origen tardío, sin embargo no se atrevía a seguir a Martínez Marina en la atribución de la ley a la época posterior, aunque debía reconocerse que debió nacer sólo en la última época del reino visigodo ²⁷⁵.

Con los datos que hemos podido reunir de la época medieval, puede señalarse que los testimonios más antiguos, de la zona occidental de la península hablan de acudir «ad pena caldaria» ²⁷⁶; los testimonios más antiguos, procedentes del monasterio de Albelda y de San Millán, se limitan a señalar que «nulla calda fiat» ²⁷⁷ o que el acusado introduzca la mano «in calda» ²⁷⁸. «Caldaria» y (aqua) calida/calda» parece ser la terminología habitual en los tiempos posteriores, y se utiliza igualmente en el resto de la península, aunque al parecer entra en desuso el término caldaria.

Frente a esta terminología, los documentos catalanes más antiguos a partir del 988, hablan de pedir juicio de Dios «per examine caldariae» en el 988 o el acusado proclama su deseo de «se examinare ferventi aqua ad dei iudicia» en el 1016 ²⁷⁹. En época posterior, al parecer, se prefiere el término «iudicium aquae calide».

A la vista de estos textos, todo hablaría por una redacción de la pseudoley en Cataluña, pero contra esta posibilidad se alza la

275. HELFFERICH, *Entstehung* cit. 287 n. 134.

276. Cf. los testimonios de 927, 946 (simplemente «et pena»), 953 («pena kaldaria; in kaldaria»), 973, 987 (?); probablemente también 915 (mencionado por Risco) y 995; falta toda denominación en 912. Vid. infra n. 395.

277. Vid. infra n. 395.

278. Vid. infra n. 395, para el 978.

279. Vid. infra n. 388.

aparición de *Liber* 6,1,3 en V. 13, redactado en el 976, salvo que pueda demostrarse que ha sido incorporada dicha ley, fuera de su lugar normal de aparición, con posterioridad al 992, fecha de redacción de V. 14, que procede del anterior ²⁸⁰.

De todas formas la terminología empleada no es suficiente para determinar la fecha de redacción de la mencionada pseudoley, pues habría que concluir igualmente que en época antigua debió redactarse igualmente el aditamento publicado por Zeumer y la fórmula publicada por Gaudenzi.

Liber 6,1,3 calla, como hemos dicho, sobre la forma de realizarse la prueba caldaria, aunque Brunner ²⁸¹ se inclina a pensar que durante la época visigoda la prueba caldaria debió realizarse de acuerdo con la prescripción que hemos mencionado, publicada por Zeumer, y ya antes por la Real Academia ²⁸².

Este aditamento aparece vinculado a la ley 18 del título 2, del libro 12 del *Liber*, hecho que no permite afirmar sin más la inexistencia de *Liber* 6,1,3 ²⁸³, pero de todos modos refuerza la hipótesis de que dicha ley no aparecía en los manuscritos del *Liber* de la época de Egica. Según las indicaciones de Zeumer este aditamento aparece sólo en dos manuscritos: el V. 9 y el V. 15. El ms. V. 9 procede del siglo XIV, según la datación de Zeumer, pero según Díaz y Díaz procede del siglo XII ²⁸⁴; en este manuscrito no se recoge *Liber* 6,1,3. El ms. V. 15 fue fechado por Zeumer en el 1020, pero parece haber sido redactado en 1058 ²⁸⁵; incorpora igualmente *Liber* 6,1,3.

280. Vid. supra n. 261. Esta posibilidad se vería reforzada por un hecho, quizá carente de importancia, pero sugestivo: el juez que soluciona el proceso del 988 es Homobono de Barcelona, vinculado de forma estrecha al ms. V. 8 del *Liber* —para esta intervención vid. Fernando VALLS-TABERNER, *El «Liber iudicium popularis» de Homobono de Barcelona*, en *Obras Selectas*. II. *Estudios histórico-jurídicos* (Madrid-Barcelona 1954) 235-246 (= en *AHDE* 2 (1925) 200-212).

281. BRUNNER *DRG* I 262; II 545 n. 34.

282. *Liber* p. 463; Cf., sin embargo, la corrección propuesta por UREÑA, *Historia* cit. 99-100. Sin embargo, es dudoso que ésta fuese la práctica observada de forma generalizada en la península. Vid. infra p. 175 ss.

283. Cf. UREÑA, *Historia* cit. 537.

284. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 167.

285. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 169, 197.

Si vinculamos ambos textos, tal como hace Brunner, difícilmente podemos explicarnos esta pobre transmisión, pero sin el complemento que representa este aditamento difícilmente podemos explicarnos *Liber 6,1,3*, que supondría una modificación del sistema probatorio visigodo, introduciendo una nueva prueba, desconocida hasta el momento en la legislación, sin especificar la regulación de su empleo. Afirmar que la ordalía del agua hirviente se conocía de forma consuetudinaria es una hipótesis privada de todo fundamento; además, no puede prescindirse del hecho de que se pasa de un régimen legal, donde no se empleaban las ordalías, a un nuevo régimen, también legal, donde se reconoce la prueba caldaria, lo que exigiría, en todo caso, una regulación de su forma de llevarse a cabo, de la misma manera que se especifica en qué casos es posible utilizarla.

Pensar que la alusión a la utilización de la prueba caldaria en *Liber 6,1,3* sería suficiente para determinar la forma de realizarse dicha prueba chocaría con un hecho evidente: la Edad Media hispánica testimonia la existencia de una forma variada de realizar la prueba caldaria²⁸⁶, lo que hablaría, en todo caso, contra una tradición unitaria visigoda, sobre todo si partimos de los presupuestos de la escuela germanista.

Si prescindimos del ms. V. 9, según la enumeración de Zeumer, que es el ms. núm. 14 de la enumeración de Díaz y Díaz, por ser más tardío y por ser aventurada su posible ubicación²⁸⁷, nos encontraríamos con que el primer testimonio de este aditamento se remonta al 1058; se trataría del ms. V. 15 (=ms. núm. 20), un manuscrito escrito en el reino de León, aunque quizá proceda de una zona cercana a Sahagún, copiado a partir de un manuscrito redactado en la Rioja, que quizá permita remontarse a un más antiguo modelo catalán²⁸⁸. Estos datos no obligan a pensar que el aditamento se encontraba ya en su modelo, como tampoco *Liber 6,1,3*. La aparición de esta ley, creemos, excluye que el posible modelo se remonte más allá del siglo x, salvo que proceda de una zona catalana en contacto con el mundo franco²⁸⁹. Más bien creemos que el

286. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Una ciudad* cit. 134 n. 115, pero cf. infra p. 175 ss.

287. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 221.

288. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 197 ss.; 215.

aditamento ha debido ser incorporado en el reino de León para completar la pseudoley contenida en *Liber* 6,1,3, dada la regulación de la prueba caldaria que ofrece, quizá en un ambiente eclesiástico, si no prescindimos de la afirmación contenida en el mismo «Hacc est in quinquagesimo canone de coercitione principum et episcoporum auctorica regula»²⁹⁰.

Con estas conclusiones podemos ya ver inmediatamente lo desafortunado de calificar de fórmula visigoda la encontrada en el ms. de Holkham, publicada por Gaudenzi y reproducida por Ureña²⁹¹.

Esta fórmula lleva el epígrafe de «Exorcismus de pena caldaria», pero en su inicio se afirma «Exorcizo te aqua calida et ferreum igneum», acomunando así la ordalía del agua hirviente y la del hierro candente, tal como hacen algunas fórmulas²⁹², práctica a la que alude Brunner²⁹³. Si no olvidamos que este manuscrito procede de fines del siglo XII o principios del XIII, habiendo ya utilizado su autor el Decreto de Graciano²⁹⁴, es indudable que lo más correcto es poner en duda su vinculación al mundo visigodo. Vincularlo al mismo supondría afirmar el empleo, durante la época visigoda, de la ordalía del hierro candente, una ordalía muy tardíamente testimoniada en la península²⁹⁵.

No parece exagerado concluir que la época visigoda no ofrece testimonio claro alguno del empleo de las ordalías, mientras que todos los datos hablan en favor de su desconocimiento en la mencionada época. Ahora bien, una cosa es no utilizar las ordalías dentro del proceso, como medio de prueba, y otra cosa es negar que no existiera durante la época visigoda un pensamiento que podríamos llamar preordaliaco. Como vamos a ver a continuación, durante

289. Para la datación del manuscrito vid. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 198-199; antes del siglo X no existe testimonio alguno del empleo de la ordalía del agua hirviente en la península, al menos que conozcamos, vid. infra p. 118 ss.

290. Para una mejor datación sería necesario la identificación de esta regla, así como de la afirmación final del texto: «Mancipium, dum quindecim annos habuerit, mittat manum in caldaria, usque in XVII. annum ipsa est pueritia». Vid. infra p. 176.

291. UREÑA, *Historia* cit. 579-580.

292. ZEUMER, *Formulae* cit. 608.

293. BRUNNER *DRG* II 546.

294. UREÑA, *Historia* cit. 546.

295. Vid. infra p. 115.

la época visigoda es posible detectar una creencia en la intervención de la divinidad en la vida de los hombres, con el fin de restaurar la justicia violada.

Para la aparición de este pensamiento preordalíaco tuvo gran importancia un cambio en la mentalidad en cuanto a la creación del derecho. Con el triunfo del poder regio y la consolidación del poder eclesiástico, se configura el derecho como una tarea propia del monarca, quien es el único creador del derecho; pero en esta su actuación aparece vinculado al derecho divino, interviniendo como control de esta adecuación del derecho humano al derecho divino la Iglesia visigoda²⁹⁶. Esta nueva visión del derecho teóricamente puede mantenerse, y de hecho, parece ser que se mantuvo entre los eclesiásticos, pero es bien fácil ver que se puede caer en el peligro de ver en Dios al único creador del derecho, y al mismo tiempo convertirlo por ello en el máximo juez, en el juez supremo. Se incurre más fácilmente en esta confusión, al traducir los principios teóricos a situaciones prácticas, haciendo alcanzar a aquellos, fuera de su contexto, un valor que no tenían.

A partir del hecho de que Dios es inmenso e omnipotente²⁹⁷, resulta que todas las cosas están sometidas a su juicio divino; nadie puede escapar a Dios, nadie puede huir de su ira²⁹⁸, desde el momento en que la humanidad está sometida a su juicio²⁹⁹. Cristo conoce el día del juicio, pero no ha querido comunicarlo³⁰⁰ y este juicio no se limita al otro mundo: tiene su inicio en este mundo, cuando los elegidos del señor son juzgados a través de los sufrimientos, aunque los impíos recibirán en la vida futura la condenación eterna³⁰¹. Así se explica la doble cara del juicio divino: por

296. Vid. trabajo citado en n. 4, p. 160 ss.

297. Isid. *Sent.* 1,2: «Quod immensus et omnipotens sit Deus».

298. Isid. *Sent.* 1,2,2: «cuncta enim intra divini iudicii omnipotentiam coarctantur, sive quae continenda sunt, ut salva sint, sive quae amputanda sunt, ut pereant. Nullatenus ergo (dicimus) posse effugere Deum quempiam. Qui enim eum non habet placatum, nequaquam evadere potest iratum».

299. Oros. I prol. 15: «Exceptis videlicet semostique illis diebus novissimis sub fine saeculi et sub apparitione Antichristi vel etiam sub conclusione iudicii». Cf. *Reg. Leand.* Intr. —ed. cit. 29—.

300. Isid. *Sent.* 1,27,1.

301. Isid. *Sent.* 1,27,2: «De domo Domini, sicut scriptum est, incipit iudi-

un lado los hombres son juzgados en esta vida y en la futura; por otro lado, son juzgados en esta vida, para no serlo en la futura ³⁰².

Para instaurar la justicia en la tierra han sido creados los reyes; su única razón de ser es precisamente imponer por el terror la justicia ³⁰³. Esta es la tarea de los reyes, pero la justicia se identifica con Dios —*iustitia, que Deus est*— ³⁰⁴: quienes rechazan el juicio de los hombres, sufrirán con mayor rigor el juicio divino ³⁰⁵.

Dios, en cuanto es la justicia, es así la garantía del castigo final de los injustos y del premio de los justos: los hombres pueden escapar, por medio de subterfugios a la justicia humana, pero no pueden huir ni a su conciencia ni al juicio final ³⁰⁶; además, si la justicia de los hombres puede equivocarse, Dios no yerra nunca en su juicio ³⁰⁷.

Sin embargo, los juicios de Dios son ocultos y secretos, no pudiendo ser conocidos ni por los ángeles ni por los hombres; deben ser así temidos y respetados, sin que sea permitido el discutirlos o el examinarlos ³⁰⁸. Nadie puede estar seguro del juicio de Dios ³⁰⁹

cium, quando electi, id est, domus Dei, hic per flagella iudicantur. Impii vero illic ad damnationem iudicandi sunt». Isid. *Sena.* 3,1,3.

302. Isid. *Sent.* 1,27,7: «geminum est divinum iudicium: unum quo et hic iudicantur homines, et in futuro; alterum, quo propterea hic iudicantur, ne illic iudicentur. Ideoque quibusdam ad purgationem temporalis proficit poena; quibusdam vero hic inchoat damnatio, et illic perfecta speratur perditio».

303. Vid. trabajo citado en n. 4, p. 162.

304. *Liber* 2,4,8.

305. Isid. *Sent.* 3,32,7: «Est quorundam excusatio perversorum, qui, dum pro suis facinoribus arguuntur, verba iustorum pro censura declinanda abiciunt, servant se divino iudicio, quo puniendi sunt durius, dum temporaliter contemnunt iudicari se ab hominibus».

306. Isid. *Sent.* 2,26,3: «Quamvis humana iudicia subterfugiat omnis qui male agit, iudicium tamen conscientiae suae effugare non potest, Nam etsi aliis celat quod egit, sibi tamen celare non potest, qui plene novit malum esse quod gessit. Duplex fit ergo in eo iudicium, quia et hic suae conscientiae reatu punitur, et illi perpetuali poena damnatur».

307. Isid. *Sent.* 2,27,4: «Saepe quae apud hominum iudicium bona apparent, apud examen diligentissimi et acutissimi iudicis reprobata deteguntur. Ideoque omnis sanctus veretur ne forte bonum quod agit, pro aliqua animi intentione in oculis Dei reprobum sit». Braul. *Ep.* 44 —ed. Riesco p. 166 ss.—.

308. Isid. *Sent.* 1,3,2: «Intelligibiliter quodam miro modo Dei essentia sciri potest, dum esse creditur. Opus vero eius, quod utique acquari ei non

El hombre no puede conocer los juicios secretos de Dios, pero ve cómo en esta vida los malos parecen escapar al castigo divino³¹⁰, mientras quienes aman a Dios, si pecan, sufren una pena mayor³¹¹. Si por juicio oculto de Dios los malvados son entregados en poder de los demonios³¹², la justicia divina puede también permitir que los elegidos caigan en el pecado³¹³, así que el hombre debe lamentarse constantemente, para evitar, por juicio secreto de Dios, ser entregado al poder del demonio³¹⁴. Todo ello puede conducir incluso a que los buenos sean juzgados por los malos, pero esto sucede para que en la otra vida los buenos juzguen a los malos, lo que quiere decir que los buenos, a través de los sufrimientos de esta vida, alcanzarán la salvación eterna³¹⁵. Por ello los ingenuos no deben asustarse del triunfo de los malos y de

potest, atque iudicia a nullo penitus sciuntur. Dei secreta iudicia non posse sensu penetrari, vel angelico, vel humano (constat). Et ideo quia occulta, sed iusta sunt, tantumdem venerari ea opus est, et timere, non discutere, aut inquirere, secundum Apostolum, qui ait: "Quis enim cognovit sensum Domini, aut quis consiliarius eius fuit"».

309. Isid. *Sent.* 3,62: «Quavis enim quis in hac vita sit iustu, tamen dum ex corpore isto egreditur, pertimescit ne dignus supplicio sit. Nullus enim homo absque peccato; nec aliquis potest de Dei esse securus iudicio, cum etiam et de otiosis verbis reddenda sit ratio». Isid. *Sent.* 3,19,4.

310. Isid. *Sent.* 3,1,9: «Saepe occulte Dei iudicio extra flagelli correptionem sunt reprobi in hoc mundo: dumque multa damnabilis commisisse videantur, despecti tamen a Deo, nullo emendationis verbere feriuntur».

311. Isid. *Sent.* 3,1,10: «Plus corripitur flagello, qui a Deo diligitur si peccaverit, dicente Amos propheta: «Tantummodo vos cognovi ex omnibus nationibus terrae, idcirco visitabo super vos omnes iniquitates vestras». Quem enim diligit Dominus corripit, flagellat autem omnem filium quem recipit».

312. Isid. *Sent.* 2,15,5: «Quidam reproborum in potestate daemonum occulto Dei iudicio et iustissimo rediguntur».

313. Isid. *Sent.* 2,15,6: «Quidam electorum dimittuntur divina iustitia incidere in errorem peccati, sed tamen miseratione eius reducti denuo convertuntur».

314. Isid. *Sent.* 2,15,3: «Ingemiscendum est iugiter, et, postposita securitate, legendum, ne Dei secreto et iusto iudicio deseratur homo, et perendus in potestate daemonum relinquatur. Nam revera, quem Deus deserit daemones suscipiunt».

315. Isid. *Sent.* 3,57,6: «Propterea in hac vita boni iudicantur a malis, ut iterum in illa vita mali iudicentur a bonis; sive ut etiam hic bonis temporalis afflictio, et illic aeterna remuneratio».

la derrota de los buenos: el triunfo de los malos no es más que un aparente triunfo, ya que reside en una felicidad, temporal y frágil, que empalidece ante la condenación eterna que les espera ³¹⁶.

Desde esta afirmación del carácter secreto de los juicios divinos poco camino quedaba abierto para la utilización o nacimiento de las ordalías. Precisamente a partir del carácter secreto de los juicios divinos, Agobardo rechaza el empleo de los juicios de Dios. Nada sucede en el mundo, si no es por voluntad divina, pero pertenece al secreto del juicio de Dios que sean los buenos los que mueren a manos de los malos, y a ninguno de los hombres se le permite conocer por qué Dios permite que esto suceda ³¹⁷.

Sin embargo, esta exclusión de los hombres de los juicios divinos no es tan tajante como muestra el planteamiento que hemos visto. La Biblia impone ciertas restricciones. El mismo Agobardo señala que si el creador del mundo, Dios, hubiera querido que la verdad de los juicios en las cosas ocultas se revelase por muertes recíprocas —duelos—, no hubiese mandado que se estableciesen jueces en las ciudades, ni que las causas se resolviesen por medio de testigos o, faltando éstos, por medio del juramento; ni tampoco hubiese establecido el recurso a las aguas amargas, ni que, cuando descubriese un cadáver, que los representantes de la ciudad más próxima se lavasen las manos y protestasen frente a Dios de no haber derramado sangre inocente, ni David hubiese podido frente a Saúl recurrir al medio ideado para salvarse, sino que Dios simplemente hubiese mandado recurrir al duelo, o a la ordalía del agua o del hierro o, finalmente, a la ordalía de la cruz ³¹⁸.

De otro lado, Dios castiga en este mundo, y sus castigos son manifestación de esta intervención de la divinidad en la tierra: de

316. Isid. *Sent.* 3,57,13: «Quidam simplicium nescientes dispensationem Dei, in malorum profectibus scandalizantur, dicentes, iuxta prophetam: «Quare via impiorum prosperatur, bene est omnibus qui praevaricantur et inique agunt?». Qui ergo hoc dicunt, non mirentur quod pravorum hominum temporalem et caducam felicitatem aspiciunt; sed magis novissima eorum intendant, quanta illis post haec aeterna supplicet praeparentur, dicente propheta: "Ducunt in bonis dies suo, et subito ad inferna descendunt"».

317. Agob. *Liber contra iud. dei* 5 —ed. cit. col. 253-254—. Cf. que utiliza los mismos argumentos de Isidoro de Sevilla. Cf. supra p. 77.

318. Agob. *Lib. contra iud. dei* 1—ed. cit. col. 250-251—.

la misma manera que examina la conciencia, como testigo, impone, exteriormente, penas, como juez ³¹⁹, es más, a veces la oración de los elegidos puede provocar una intervención divina, a fin de lograr la salvación de los impíos; Dios salvó a los tres jóvenes del fuego, con el fin de lograr el reconocimiento del verdadero Dios por Nabucodonosor ³²⁰.

Aun admitiendo que los juicios divinos son secretos, que los hombres no pueden conocerlos y que no se permite indagarlos, sin embargo, es posible compaginar estas afirmaciones con el intento de ver en los sucesos de la vida de los hombres la manifestación de la providencia divina, así como de pedir la ayuda de Dios en los momentos de dificultad.

Las cosas que suceden en el mundo no son más que manifestación de la providencia divina, y a través de las mismas pueden conocerse sus designios. No es otra la finalidad que se propuso Orosio, en su obra ³²¹, sin olvidar que los juicios divinos son secretos, aunque a través de la historia pueden revelarse en parte los mismos ³²²; puede así configurarse la quema de la pentapolis, entre ellas de Sodoma, «testem iudicii sui futuram» ³²³.

De la misma manera que, como hemos visto, en determinados fenómenos naturales o determinados sucesos puede verse el signo de acontecimientos futuros, provocados por la providencia divina, también puede intentarse ver en determinados acontecimientos la manifestación del juicio divino, o poniendo en relación los ataques sufridos por la Iglesia con la muerte de sus atacantes ³²⁴ o destacando que quien expulsa del reino al titular, no tardará en perder

319. Isid. *Sent.* 3,1,1: «Divinae Sapientiae subtilitas, sicut interius, ut testis, scrutatur conscientiae, sic exterius, ut iudex, irrogat poenas; ut verum sit testimonium prophetae: "Quia ipse est et testis et iudex"».

320. Isid. *Sent.* 3,27,22: «Ideo interdum oratio electorum in pressuris eorum differtur, ut impiorum perversitas augeatur. Verum dum iusti temporaliter audiuntur, pro eorum fit salute qui eos affligunt, ut dum illis temporali remedio subvenitur, pravorum oculi ad conversionem aperiantur. Unde et trium puerorum frigidus ignis fuit, ut Nabuchodonosor Deum verum agnosceret. Sicut et propheta in Psalmis sit: "Propter inimicos meos eripe me"».

321. Vid. por todos el prólogo de Lippold, a su edición de Paulo Orosio.

322. Oros. 2,3,4-5.

323. Oros 1,5,9.

324. Hid. 90.

el trono a mano de Leovigildo³²⁵ o contraponiendo la conquista del cielo, por quien supo defenderse de las insidias arrianas, frente a la muerte, de quien llevó una vida ignominiosa³²⁶. Otras veces, este juicio divino se manifiesta expresamente, así cuando tras narrarse los ataques de Gunderico, rey de los vándalos, a las iglesias, se destaca que «mox dei iudicio daemone correptus interiit»³²⁷ y también a un juicio oculto de Dios se debe que el tirano Paulo haya perdido su reino, el mismo día que Wamba había sido elegido rey³²⁸ y el castigo de los militares, que no respetaron sus órdenes, lo lleva a cabo Wamba para evitar el juicio de Dios³²⁹. Se adquieren así las victorias por la mano del señor³³⁰ y al Señor deben agradecerse las victorias³³¹.

Esta intervención divina se hace fuera de un proceso, pero, además, es manifestación de la providencia divina, no del intento de los hombres de utilizar para sus fines a la divinidad. Esta intervención se manifiesta igualmente, cuando la voluntad de Dios impide que los impíos puedan dar muerte a sus elegidos; de esta manera Masona logra escapar a la muerte, al impedir la intervención de Dios que Witericus logre extraer de la vaina su espada para dar muerte al obispo³³².

Incluso la intervención divina puede tener lugar para evitar las secretas intenciones de Leovigildo, que, tras condenar al exilio a Masona, pretende que este parta montado en un caballo salvaje, para que cause su muerte³³³.

La confianza en Dios, a través de la oración, ha permitido así que Masona logre evitar el artificio tendido por el monarca. Esta confianza en Dios explica también la conversión del suceso de Susana en los autores visigodos. La narración bíblica muestra cómo

325. Isid. *h.g.* 92. Cf. Isid. *h.g.* 9; Oros. 7,33,10 ss.; 7,33,19.

326. Isid. *h.g.* 79.

327. Hid. 89=Isid. *h.g.* 73.

328. Iul. *Hist. Wamb.* 20.

329. Iul. *Hist. Wamb.* 10.

330. Iul. *Hist. Wamb.* 12.

331. Iul. *Hist. Wamb.* 25; cf. 30, 34. Los santos llegan a realizar las mismas funciones—Isid. *h.g.* 45.—

332. Vit. PP. Emer. 39. Cf. Vit. Fruct. 2.

333. Vit. PP. Emer. 31

tras su condena a muerte, Susana se dirige a Dios, para indicarle que iba a morir por el falso testimonio de los dos ancianos, provocando así la intervención de un niño, que induce a comprobar el testimonio de los ancianos (Dn. 13); Leandro de Sevilla puede decir que Susana no quiso defenderse por su propia boca, siendo defendida por juicio divino³³⁴.

Estamos aquí ante un grito de desesperación dirigido a la divinidad, que pone de manifiesto la injusticia que se va a cometer, pero sin pedir una intervención directa de Dios. Un paso más adelante hacia la configuración de un pensamiento ordalíaco parece haberse dado en otra ocasión. Gregorio, obispo de Iliberris, estando a punto de ser depuesto como obispo por Osio, pide la intervención de Dios, no para evitar penas y sufrimientos, sino para que muchos escapen al error; esta petición es oída, ya que Osio muere repentinamente, antes de realizar sus propósitos³³⁵.

Otro paso más parece haberse dado en otra ocasión. Montano, obispo de Toledo, para rechazar y mostrar la falsedad de una acusación de adulterio, no duda en colocar carbones encendidos en sus vestiduras³³⁶. No estamos todavía ante el empleo de las ordalías, pues Montano recurre a tal procedimiento para restablecer su fama, empañada por un calumnioso rumor. No hay, en sentido exacto, una acusación de adulterio ante los tribunales de justicia, de la que el acusado se libera acudiendo a una ordalía, pero la conducta de Montano muestra que los tiempos estaban maduros para el empleo de la ordalía.

Se podría hablar así de testimonios de un pensamiento preordalíaco, pero no se puede afirmar que entre los visigodos exista testimonio alguno del empleo de la ordalía dentro del proceso.

Los visigodos conocieron la intervención de la divinidad en los asuntos de los hombres, pero no utilizaron la ordalía, en tanto juicio de Dios, como elemento probatorio dentro del proceso.

334. *Reg Leand.* 8. Cf. *infra* p. 207 n. 730.

335. *Isid. de vir. ill.* 1—ed. Codoñer p. 134—.

336. *Ild. de vir. ill. praef.*; 2—ed. Codoñer p. 112 s.; 130—. En este suceso, antiguamente, se vio el origen de la ordalía del hierro candente; de tal opinión parece haber sido Ambrosio de Morales, según recuerda Yanguas—José Yanguas y Miranda, *Diccionario de Antigüedades del reino de Navarra I* (Pamplona 1964. Reed. de la ed. de 1840) 538 n. 2 s.v. juicios.

11. La época visigoda, si no estamos equivocados en nuestras apreciaciones, no ha podido transmitir a la Edad Media hispánica la práctica del empleo de las ordalías como medio de prueba, por ser desconocida en la misma. Esta afirmación puede formularse, si se quiere, desde otro punto de vista: no queda ningún testimonio de la época visigoda, que permita afirmar el empleo de las ordalías, como medio de prueba, en el reino visigodo; sólo quedan testimonios de un pensamiento que podemos calificar de preordaliaco.

Esta conclusión puede encontrar una confirmación en los datos que se recaban de la Alta Edad Media hispánica. Durante los primeros tiempos, tras la desaparición de la monarquía visigoda, las fuentes guardan silencio sobre el empleo de las ordalías. Al estudiar la persistencia del proceso visigodo en Cataluña, habíamos destacado que antes del 1020 no se encontraban en las fuentes catalanas testimonios que denotasen el empleo de las ordalías en los procesos salvo en dos ocasiones, una en el 988 y otra en el 1016, en las que se utiliza la ordalía del agua hirviente³³⁷.

Esta afirmación, con matizaciones como veremos, es válida para toda la península. Señalemos, sin embargo, que no pretendemos estudiar en este momento el empleo de las ordalías en la Edad Media hispánica, sino únicamente cuestionar la explicación habitual que se ha dado de su aparición. Las afirmaciones que haremos a continuación deben considerarse, por tanto, provisionales, ya que parten de los testimonios utilizados por los distintos autores, que se han ocupado de las ordalías en la península y de algunos otros que hemos podido reunir, pero no se sustentan en una búsqueda sistemática de los testimonios, que puedan haber quedado en la península del sistema ordaliaco. No pretendemos, en consecuencia, estudiar este sistema ordaliaco, sino únicamente resaltar que lo que se conoce, difícilmente puede acogerse sin más en lo que se cree saber del sistema ordaliaco en la época germana.

El renacer sorprendente en la Edad Media peninsular del empleo de las ordalías, según la calificación de Brunner^{337 a}, lo es, a nuestro entender, no tanto por el empleo de las ordalías en la península en la mencionada época, cuanto por el hecho de que, a pesar de lo

337. IGLESIA FERREIRÓS, *La creación* cit. 166 ss.

377a. BRUNNER *DRG* II 542, 544.

tardío de los testimonios del mencionado empleo, los autores hablan de un renacer. Dentro de esta línea, y para completar las afirmaciones de Brunner, recogeremos a continuación la conocida posición de Hinojosa.

Este autor, a partir de la no aplicación del *Liber* en muchos casos o de su aplicación transitoria, señala «que desde el siglo IX (del cual datan los monumentos jurídicos más antiguos posteriores a la invasión árabe, que tienen alguna importancia), se muestra la influencia germánica en las esferas del derecho procesal y penal con sorprendente vigor»³³⁸; de aquí que «además de la ordalía del agua hirviente, aparecen en vigor otros juicios de Dios: el del hierro candente y el duelo, que es el más importante»³³⁹. Completemos esta visión sintética de la posición de Hinojosa, señalando que para este autor los fueros anteriores al siglo XII, que se ocupan principalmente de «las relaciones de los súbditos con el rey y con los señores y el derecho penal y procesal», «fuera de algunas disposiciones de la primera clase, sólo por excepción contienen un derecho nuevo»³⁴⁰.

Adelantemos ya dos hechos de una cierta importancia y, al parecer, generales a toda la península: la aparición relativamente tardía de testimonios que muestren el empleo de las ordalías y la limitación del número de las ordalías empleadas. Estos dos hechos se desprenden del breve repaso que se puede hacer de los testimonios existentes, a partir de los autores que se han ocupado de las ordalías en la península³⁴¹, aunque sea preciso excluir, en primer lugar, algunos testimonios aducidos para mostrar el empleo de determinadas ordalías.

Se ha hablado, al lado de la ordalía del agua hirviente, de una

338. HINOJOSA, *El elemento* cit. 409-410.

339. HINOJOSA, *El elemento* cit. 420-421.

340. HINOJOSA, *El elemento* cit. 412.

341. No hemos podido ver José VILLA-AMIL Y CASTRO, *Del uso de las pruebas vulgares en la edad Media*, en *Boletín Histórico* (Madrid 1881). F. SALINAS QUIJADA, en *Temas de Derecho Foral Navarro* (Pamplona 1958) 253-260, en la sección 7.ª, «La prueba de los hechos y actos jurídicos en general en el derecho histórico de Navarra», reúne tres artículos periodísticos, publicados en el «Diario de Navarra», en 1956, de carácter meramente divulgativo y no exentos de errores.

ordalía del aceite hirviente, en base a una interpretación equivocada de una noticia ofrecida por Viterbo³⁴², si bien los autores que incurren en la misma, destacan al mismo tiempo la inexistencia de datos sobre su empleo concreto³⁴³. La afirmación de Viterbo se apoyaba en una cita más extensa, que mencionaba otros tipos de ordalía; los juramentos de aquellas gentes —decía— se hacían «ou mettendo a mão em huma certâa de azeite fervendo; ou tomando nella hum ferro em braza; ou passando a nado algun dos rios cheios de lagartos»; esta cita la toma Viterbo de la «Jornada de D. Fr. Aleixo de Menezes ás Serras do Malavar», obra de un obispo de Goa, Aleixo de Menezes (1559-1617), que nos informa sobre prácticas de los habitantes de una región de la India; de aquí el «daquelas gentes» de Viterbo, para introducir una noticia que tenía la finalidad de enriquecer sus datos sobre las ordalías, con una ordalía del aceite hirviente y con una ordalía de los cocodrilos, sobre la cual, sin embargo, se prefirió guardar silencio, dadas las dificultades de incorporarla a la península.

Con apoyo en las noticias ofrecidas por la Compostelana sobre el proceso al que fue sometido el obispo de Compostela, Adaulfo, García de Diego habla de la ordalía de la casulla³⁴⁴: la historia compostelana narra que si alguien se revistía con la casulla, con la que había celebrado misa el mencionado obispo antes de ser arrojado a un toro enfurecido, y prestaba a continuación juramento, perjurando, no conseguiría en forma alguna desvestirse de la casulla³⁴⁵. La narración, no demasiado creíble, es un medio más para embellecer la santidad del obispo Adaulfo, salvado por la intervención divina de la pena impuesta por el monarca, destacando la

342. Fr. Joaquín de SANTA ROSA DE VITERBO, *Elucidario das palavras termos e frases que em Portugal antigamente se usaram e que hoje regularmente se ignoram: obra indispensável para entender sem erro os documentos mais raros e preciosos que entre nós se conservam*. Edição crítica baseada nos manuscritos e originais de Viterbo por Mário FIÚZA, II (Porto-Lisboa 1966) 260 s.v. ferros I.

343. Julio PUYOL, *Orígenes del reino de León y de sus instituciones políticas* (Madrid 1926) 400-401, al que sigue Eduardo GARCÍA DE DIEGO, *Historia judicial de Aragón en los siglos VIII al XII*, en *AHDE* 11 (1934) 166.

344. GARCÍA DE DIEGO, *Historia* cit. 166.

345. *Hist. Comp.* 1,2,2 —ed. cit. 10—.

virtud de su casulla, reflejo de la de su propietario; en todo caso, no testimonia esta narración el empleo de esta ordalía.

Otro tipo de ordalía que menciona García de Diego es la llamada ordalía del sepulcro de Santiago, que no se sabe en qué consiste, pero que testimonia un documento del 961³⁴⁶. El documento mencionado se limita a señalar la existencia de un juramento; las dos partes nombran a sus fieles, quienes deben proceder a dar el juramento correspondiente en la tumba del Apóstol; los fieles de una de las partes, para no incurrir en perjurio, se niegan a realizar el juramento; no así los fieles del obispado de Santiago, quienes prestan el juramento sobre la mencionada tumba³⁴⁷. Ni siquiera puede hablarse de un juramento con alcance ordalíaco, ya que no existe alusión alguna a una posible intervención divina contra los perjuros, que manifieste su perjurio.

En la Biblia sólo se menciona, al parecer, una ordalía, que se conoce con el nombre de ordalía de las «aguas amargas» (Nm. 5). Una supervivencia de la misma se ha querido encontrar en una costumbre observada en el concejo de Ibias (Asturias)³⁴⁸, pero parece un poco difícil de admitir la existencia, en base a la mencionada supervivencia, del empleo de dicha ordalía. Las semejanzas son más aparentes que reales; además, antes de aceptar que dicha práctica testimonia la utilización de la ordalía de las aguas amargas en época antigua, sería necesario explicar la conversión de una práctica ordalíaca, que parece conducir a la pérdida del hijo por parte de la madre culpable, en un remedio para combatir las posibles hemorragias del parto.

Finalmente, aunque consideramos que no puede configurarse como una ordalía, en el sentido establecido, cabe recordar aquí la prueba empleada para determinar el rito a observar en Castilla, una vez que el duelo realizado en el 1077, se consideró insuficiente para garantizar el empleo del rito mozárabe, pese a que su campeón había salido victorioso frente al campeón del rito romano, pues se juzgó que *duellum... ius non esse*. En 1091 se colocan un

346. GARCÍA DE DIEGO, *Historia* cit. 166.

347. *ES* XIX p. 367 (ap. 24).

348. Ramón PRIETO BANCES, *Supervivencias jurídicas. Las «Aguas amargas» en el concejo de Ibias*, en *Obra Escrita I* (Oviedo 1976) 125-128.

libro del oficio toledano y otro del oficio romano en una hoguera siendo éste consumido por las llamas y quedando aquél intacto. Pese a esta nueva victoria el monarca impuso el rito romano ³⁴⁹.

Independientemente de la historicidad de estos sucesos, no estamos ante el empleo de una ordalía, medio de prueba, dentro de un proceso. Citamos, sin embargo, esta noticia, por haber sido invocada por algunos autores la prescripción contenida en el Concilio II de Zaragoza, en la época visigoda, para confirmar el empleo de las ordalías entre los visigodos. A lo ya dicho, sólo cabe añadir el carácter bilateral de esta práctica, en el suceso de 1091, y la poca consideración que se reserva, en todo caso, al resultado de la misma; el monarca no se dejó persuadir por el ruego de los presentes ni aterrarse por el milagro e impuso el empleo del rito romano.

Excluidos estos presuntos testimonios del empleo de distintos tipos de ordalías, podemos ya examinar qué ordalías fueron empleadas en la península. Si tomamos como término de comparación el cuadro de ordalías ofrecido por Brunner, parecen desconocidas en la península la ordalía del féretro —que Brunner excluye de la época franca—, la ordalía de la cruz —por Brunner considerada una ordalía básicamente cristiana— y la ordalía de la suerte; otro tanto podríamos decir de la ordalía del pan, mencionada por García de Diego ³⁵⁰, testimoniada únicamente en una fórmula incluida en el manuscrito de Cardona del *Liber*, es decir, aquel manuscrito vinculado a Homobono de Barcelona y redactado a principios del siglo XI que constituye el ms. V. 8 (=ms. núm. 13) de los manejados por Zeumer. Al parecer, según la comunicación del erudito Baist a Villa-amil, que recoge Minguijón, en el mencionado manuscrito se encuentran unos exorcismos para la práctica de la prueba del agua fría, del agua caliente y del pan y queso, redactados en una letra algo posterior a la del *Liber* ³⁵¹. Mientras el exorcismo del agua fría parece ser muy seme-

349. R. X. DE RADA, *Opera* VI 25 —ed. Cabanes p. 138 ss.—. Para estos sucesos vid. *ES* 3 p. 310 ss., para el duelo, con apoyo en el cronicón de Burgos y en los Anales compostelanos, y pp. 334 ss. para el empleo del fuego, con apoyo en Rada.

350. GARCÍA DE DIEGO, *Historia* cit. 166, que se basa en Villa-amil.

351. MINGUIJÓN, *Historia del derecho español*. Cuaderno Undécimo. Dere-

jante al publicado por Villanueva³⁵², la fórmula de la ordalía del pan guarda un gran parentesco con otra de un manuscrito del siglo XIV, publicada por Zeumer³⁵³. No se mencionan, sin embargo, testimonios del empleo de esta ordalía del pan.

Quedan así, en teoría cuatro tipos diferentes de ordalías empleados en la península y que tienen una raigambre pretendidamente germánica³⁵⁴.

La suerte corrida por estas ordalías en la península parece

cho procesal (Zaragoza 1932) 307-308. Cf. la obra de Valls Taberner—cit. supra n. 280— p. 236 (=p. 201).

352. MINGUIJÓN, *Historia* cit. 308.

353. *Formulae*—ed. Zeumer p. 688—. De la fórmula del Escorial, donde se contiene el testimonio peninsular, sólo conocemos el texto publicado por García de Diego; no podemos saber si el manuscrito contiene únicamente el juramento publicado o todo el formulario, pues no hemos podido consultar BAIST, *Ritual de pruebas judiciales tomado de un códice del Escorial*, en *Boletín Histórico* (Madrid 1880), citado por VALLS-TABERNER, *El «Liber»* cit. 236 n. 15.

354. Prescindimos aquí de la ordalía de las candelas, de origen cristiano y quizá nacida para humanizar los juicios de Dios en la época de Sancho el Sabio, limitándose, al parecer, su aplicación al derecho navarro en la península. Para esta ordalía vid. Gunnar TILANDER, *Los fueros de la Novenera* (Stockholm 1951) 15-16; 127-129 s.v. candela. No hemos podido ver los trabajos que a esta ordalía han dedicado Wohlhaupter—vid. Hermann NOTTARP, Rec. de Eugen WOHLHAUPTER, *Die Kerze im Recht* (Weimar 1940), en *SZ*² 30 (1941) 439-441— y el mencionado Tilander—vid. WHOLHAUPTER, rec. de Gunnar TILANDER, *Gudsdomen att bränn ljus*, en *Festkrift tillägnad Prof. Nils Stjernber* (Stockholm 1940) 276-286, en *SZ*² 31 (1942) 337-340—. Al parecer esta ordalía está testimoniada en el círculo cultural europeo sólo en Navarra y extrajudicialmente entre los bretones, aunque parece ser conocida fuera de Europa, entre los malayos en Borneo y Birmania—NOTTARP, Rec. cit. 440-441— y en Siam y Camboya—WOHLHAUPTER, Rec. cit. 339-340— (Cf. para el empleo entre los malayos PATETTA, *Le ordalia* cit. 61). Para su empleo en Kamnik (Stein) en 1398—y para una alusión a su empleo en Praga— vid. Jos. ZONTAR, *Ein Kerzenordal aus Kamnik (Stein) in Oberkrain vom Jahre 1396*, en *SZ*² 92 (1975) 194; este empleo refleja características especiales, que le alejan del sistema navarro, aunque se utilice igualmente en materia de robo. Ambos autores, Tilander y Wohlhaupter—NOTTARP, Rec. cit. 441; WOHLHAUPTER, Rec. cit. 340— coinciden en interpretar el nacimiento de la ordalía de las candelas como una transformación del duelo por influencia eclesiástica, posición ya defendida por Pappenheim—se pasa de un duelo armado a un duelo sin

haber sido distinta. La ordalía del agua hirviente es la que aparece testimoniada por vez primera. Desde los primeros años del siglo X conocemos procesos en los que se recurre a esta ordalía. Posterior en el tiempo es el empleo de la ordalía del duelo, que aparece testimoniada desde los primeros años del siglo XI. De estos mismos años proceden los testimonios referentes al empleo de la ordalía del agua fría, aunque, al parecer, sólo existe un documento, de 1037, que pruebe el empleo de esta ordalía en un proceso. La última ordalía, que encontramos testimoniada, es la

armas— (para la posible objeción por la aparición de esta ordalía en Borneo y Birmania, vid. NOTTARP, Rec. cit. 441), aunque Tilander tiende a encontrar su génesis en las formas piadosas del uso de las candelas, mientras Wohlhaupter, sin poner a un lado esta práctica, cree ver el origen de esta ordalía en las concepciones populares sobre la fuerza vaticinadora de la luz—WOHLHAUPTER, Rec. cit. 340—. El nacimiento de la ordalía de las candelas a partir del duelo nos parece que se apoya en demasía en el carácter bilateral de la prueba de las candelas; no debe prescindirse del hecho, sin embargo, que en Navarra es la típica ordalía del hurto—NOTTARP, Rec. cit. 441—, que se emplea para dilucidar normalmente la inocencia o culpabilidad del acusado por un delito de hurto—José MARTÍNEZ GIJÓN, *La prueba judicial en el derecho territorial de Navarra y Aragón durante la Baja Edad Media*, en *AHDE* 31 (1961) 43—, situación que se resolvía en la península, en los tiempos antiguos, acudiendo a la ordalía del agua hirviente, que fue sustituida más tarde, quizá, por la ordalía del hierro candente y ésta a su vez por la lid. Wohlhaupter, antes de conocer la edición de los fueros de la Novenera, había ya señalado que la ordalía de las candelas no podía vincularse exclusivamente al robo, encontrando en los fueros citados la prueba de su afirmación—WOHLHAUPTER Rec. cit. 339 n. 7—, pues en los mismos se regula ampliamente el empleo de esta ordalía—vid. TILANDER, *Los fueros* cit. 15; Rafael GIBERT, *El derecho medieval de la Novenera*, en *AHDE* 21-22 (1951-1952) 1218-1219—; pero no parece tomar en consideración el hecho de que los fueros de la Novenera conocen únicamente esta ordalía de las candelas, por lo que tuvo necesariamente que ser empleada en aquellos casos en los que antiguamente se utilizaban otras ordalias. El carácter no germánico de esta ordalía parece fuera de dudas, aunque se le haya pretendido vincular a la ordalía del agua germánica precristiana por Ernst Mayer, posición que combate Wohlhaupter y, ya antes, Pappenheim—NOTTARP, Rec. cit. 441—. Para la posición de Pappenheim, vid. PAPPENHEIM, *Über die Anfänge* cit. 156 ss. Prescindimos igualmente de F. G. Navarra 2,5,2, emparentado con F. Aragón 87=Savall-Penen I 96 b = Rec. I de Aragón 127, que Mayer pretendía vincular a la ordalía del terrón (der Rasengang). Contra esta teoría y contra la posibilidad de ver en el Rasengang una ordalía vid...

ordalía del hierro candente, cuyos testimonios indirectos se remontan al último cuarto del siglo XI³⁵⁵.

El empleo de la ordalía del agua fría, con características propias se recoge en un documento catalán del 19 de julio de 1037; se recurre a la misma para resolver un litigio sobre la propiedad de unas tierras, ante la negativa de una de las partes a someterse

Max PAPPENHEIM, *Rasengang und Fussspurzauber*, en *SZ* 40 (1919) 70-86; cf. PAPPENHEIM, *Über die Anfänge* cit. 155-156. Una práctica ordalíaca aparece, en todo caso, en *FGN 2,5,2*, de forma exclusiva, cosa comprensible si se prohíben las ordalías, salvo el duelo, en F. Aragón y si la *Rec. I de Aragón* trata de adaptarse a los fueros de Aragón—Mauricio MOLHO, *Difusión del derecho pirenaico (fuero de Jaca) en el reino de Aragón*, en *BRABLB* 28 (1959-1960) 286—. Este hecho, sin embargo, no quiere decir que *FGN 2,5,2* conserve la tradición más antigua, ya que lo que se coloca sobre el altar, según este texto navarro, no es tierra—un terrón—, como en las fuentes aragonesas, sino «I rovo raso de tierra», es decir, una medida de peso o capacidad, quizá una arroba—vid. COROMINAS s.v. arroba y ALCOVER-MOLL s.v. arroba—. En este sentido, la interpretación de Mayer del texto parece equivocada, y con ella también su identificación con el Rasengang, identificación que combate Pappenheim, en base a las afirmaciones de Mayer, pues parece desconocer el texto navarro—PAPPENHEIM, *Rasengang* cit. 75 s.—. No se trata de que el probante sea aplastado contra el suelo por el peso de la carga, pues *FGN 2,5,2* debe interpretarse poniendo en relación la afirmación de «et si la saca sea suya, et sil cayere sea de la orden esta heredad» con «adugan I rovo raso de tierra». Quien puede caer es la tierra, de aquí que debe llevar el probante una medida colmada de tierra. Es posible pensar que la ordalía funcione en el sentido de que la intervención divina haga tan pesada la carga, que ésta no puede ser llevada por el probante, pero, por lo dicho, parece que la prueba se supera si se consigue llevar la tierra, sin que esta caiga; de aquí las facilidades concedidas a quien es niño. La existencia de una ordalía, de todas maneras, no nos parece muy evidente; pero para una valoración más exacta tendríamos que examinar el papel del juramento en las ordalías, cosa que escapa a los fines de este trabajo.

355. Los distintos manuales se limitan a enumerar estas ordalías, así MINGUIJÓN, *Historia* cit. 302; Román RIAZA—(Alfonso GARCÍA GALLO), *Manual de Historia del derecho español* (Madrid 1934) 775; Salvador MINGUIJÓN ADRIÁN, *Historia del derecho español* (cuarta edición revisada) (Barcelona 1953) 217: «Fueron también usadas en España y en otros países las llamadas ordalías, juicios de Dios o pruebas vulgares del agua fría, del agua caliente y del hierro candente»; Jesús LALINDE ABADÍA, *Iniciación histórica al derecho español* (segunda edición, actualizada) (Barcelona 1978) 917, que añade la ordalía de las candelas.

al *Liber* ³⁵⁶. Es necesario hacer las siguientes observaciones: una de las partes, el abad de San Cugat, está decidido a someterse al *Liber*, mientras la otra parte afirma no estar dispuesta a resolver el pleito por otro medio que no sea la ordalía del agua fría; ésta se lleva a cabo como consecuencia de un acuerdo entre las partes y los jueces (*fecimus talem conveniencia inter utrosque*) y tiene carácter bilateral; finalmente, no son las partes quienes se someten a la mencionada ordalía, sino dos *albat*, es decir, o dos niños muertos, en la interpretación de Balari ³⁵⁷ o quizá dos niños pequeños (*pueruli*), dos recién bautizados, que llevan todavía el vestido blanco como emblema de su pureza ³⁵⁸, lo que testimoniaría el carácter claramente religioso de esta regulación y hablaría en favor de su introducción por medio de la Iglesia, independientemente de su origen ³⁵⁹.

Puede ser una simple casualidad, pero parece oportuno recor-

356. RIUS, *S. Cugat* II 545 (19-VII-1037) 203-206.

357. José BALARI JOVANY, *Orígenes históricos de Cataluña* (2.ª edición) (Abadía de San Cugat del Vallés 1964) 419. Para la terminología vid. RIUS, *S. Cugat* III 1129 (20-III-1180) 280: «que fuerunt termini de Castelleto et de Caldario divisi iudicio Dei per albatum».

358. DUCANGE, s. v. alba p. 161; ALCOVER-MOLL, s. v. albat o aubat.

359. Esta ordalía se menciona igualmente en las reuniones de tregua y paz, para los supuestos de la violación de la tregua, vid. infra los datos aportados en notas 477 ss. Quizá debamos aclarar aquí nuestras afirmaciones sobre este proceso —IGLESIA FERREIRÓS, *La creación* cit. 196, 264—. El acuerdo era declarar vencedor a la parte, cuyo inocente hubiera sido admitido por el agua; si ambos inocentes eran rechazados por el agua o si el agua aceptaba a ambos inocentes, entonces la tierra se dividiría por mitad; mientras el inocente del abad de S. Cugat fue cubierto por el agua, en un primer momento, aunque posteriormente ésta lo rechazó, el inocente de la otra parte, desde el primer momento, fue rechazado por el agua; se acuerda dividir entonces por mitad las tierras en litigio, pero para evitar que se produjesen en el futuro nuevos altercados, se concede la parte más pequeña al monasterio de S. Cugat; es evidente el clima de violencia reinante y por ello se explica que el abad de S. Cugat tenga que aceptar el recurso a la ordalía del agua fría, pero tenga que aceptar igualmente que el agua no recibió a ninguno de los inocentes, cuando el suyo fue cubierto por el agua en un primer momento, como indica el documento, y, finalmente, tenga que aceptar también recibir la peor parte de la división de las tierras, para evitar que en el futuro, pese al resultado del juicio de Dios, su contrincante pueda molestarle de nuevo.

dar que la ordalía del agua fría había sido establecida por el decreto de Vich del año 1033 para todos aquellos que habían realizado algo malo durante la tregua ³⁶⁰.

Al parecer, fuera de Cataluña esta ordalía no se encuentra testimoniada, aunque Marichalar y Manrique, a partir de una noticia dada por el arcediano de Cuéllar, concluían que «esta prueba tal vez se usase en algún punto de España cuando el arcediano la recuerda»; en todo caso, es otro tipo de ordalía del agua fría, pues «consistía en meter la mano en el pilón de una fuente; si la mano salía seca se declara la inocencia, de lo contrario la culpabilidad» ³⁶¹.

Fuera de esta noticia, sólo podemos señalar una pretendida utilización de la ordalía del agua fría en Asturias, a partir de una errónea interpretación de Viterbo de una noticia dada por Risco, errónea interpretación que ha sido acogida, aunque con reservas, por algunos autores ³⁶².

Viterbo ³⁶³ interpreta libremente la noticia ofrecida por Risco; pie para la misma pudo haberlo encontrado en el mismo Risco, que afirma que los jueces habían decidido que «los reos se purgasen de aquel hurto por medio de la pena llamada Caldaria, y hablando del sitio de esta prueba dice la escritura: "et fecerunt inde pena de rio in Minco ad illas Kaldas...". Después de esto, establecieron que sufriesen la pena que también se decía Caldaria por mano de un sayón» ³⁶⁴.

A partir de aquí Viterbo interpretó que había dos pruebas distintas, a las que se vio sometido el acusado: la primera, la llamada «pena de río», que sólo podía ser la ordalía del agua fría, realizada en un río, que se encuentra testimoniada en otros lugares, por lo

360. Este decreto, que se daba por desaparecido, ha sido descubierto por Odilo Engels y publicado por Hartmunt HOFFMAN, *Gottesfriede und Treuga Dei* (Stuttgart 1964) 261. Para el empleo de esta prueba vid. la bibliografía citada por HOFFMANN, *Gottesfriede* cit. 79. Cf. infra p. 134 ss.

361. Amalio MARICHALAR-Cayetano MANRIQUE, *Historia de la legislación y recitaciones del Derecho civil de España II* (Madrid 1861) 329 n. 1. Cf. infra p. 172 ss.

362. PUYOL, *Orígenes* cit. 408; GARCÍA DE DIEGO, *Historia* cit. 168.

363. VITERBO, *Elucidario* cit. 499 n. 1 s. v. prova.

364. ES 40 p. 150.

que quizá se vio obligado a interpretar «ad illas kaldas», por extraño que aparezca, hasta el pescuezo; a continuación señala que no fue suficiente esta tortura para el acusado confesarse, por lo que se le impuso la pena caldaria, confundiendo, en consecuencia, la finalidad de la ordalía³⁶⁵. Si se hubiese realizado la ordalía del agua fría no habría ya razón alguna para añadir otra ordalía más, salvo que la primera no fuese conceptuada como un juicio de Dios.

Viterbo parece no haber tenido acceso directo a este documento, como demuestra su remisión a la edición de la España Sagrada para confirmar sus afirmaciones; las mismas más que puras invenciones, deben valorarse como resultado de una interpretación apresurada o descuidada, como consecuencia de una mala comprensión del texto de Risco, sin un examen detenido de los documentos o de los fragmentos publicados por este autor. Así se explica que, en otra ocasión, a partir del texto de Risco, referente a un documento atribuido al 987, sobre la necesidad, para descubrir la verdad, de «nombrar dos personas de cada Villa, las cuales se expresan en la misma escritura. Vino, finalmente, a reducirse esta causa à la prueba o pena que se decía Caldaria, y se dio sentencia en favor del Monasterio de Sobrado y del Obispo de Iria»³⁶⁶, concluye Viterbo, que «meteram os braços duas pessoas, uma de cada partido, e saiu a sentença contra D. Pelagio, que se deu por convencido»³⁶⁷; pero lo que el documento dice es que cada una de las partes da un fiel para controlar la realización de la prueba, que realiza una sola persona, «confessus et innocens nomine Salamirus presbiter»³⁶⁸.

La primera característica que habíamos indicado aparece confirmada por estos datos: prácticamente en la Península sólo se emplearon tres tipos de ordalías: la ordalía del agua hirviente, la ordalía del hierro candente y el duelo.

¿Cuándo aparecen testimoniados por vez primera estos diferentes tipos de ordalía en la Península?

La ordalía del hierro candente, al parecer, no fue conocida en

365. VITERBO, *Elucidario* cit. 499 n. 1 s. v. prova.

366. *ES* 40 p. 147-148.

367. VITERBO, *Elucidario* cit. 499 n. 1 s. v. prova.

368. Vid. ahora en LOSCERTALES, *Sobrado I* 109 (986-999) 131-133.

Asturias y León en los primeros tiempos ³⁶⁹, aunque más tarde parece que se utilizó, así como en Castilla, a partir del siglo XI, pues a partir de dicha época aparece prohibida en el fuero de Miranda de 1099 en el de Logroño de 1095, en el de Puebla de Arganzón de 1191 y en el de Puebla de Sanabria de 1220, según afirma García de Diego ³⁷⁰, afirmaciones que hoy deben matizarse ³⁷¹. La regulación de esta ordalía parece ser tardía; alusiones muy detalladas a la prueba del hierro candente, tal como indica Villa-amil y reproduce Minguijón, se encuentran en los fueros de Baeza, Cuenca, Alarcón, Plasencia, Salamanca, Avilés y Oviedo ³⁷².

El empleo de la ordalía del hierro candente parece ser tardío también en Aragón, donde aparece testimoniado, según García de Diego, en el siglo XI: se regula en la carta judicial de S. Juan de la Peña, que se fechaba antiguamente en 1062, pero que procede del 1078 ³⁷³ y en las emparentadas y coetáneas de Santa María de Alquézar y del Hospital de Santa Cristina. Igualmente aparece regulada en el fuero de Daroca ³⁷⁴.

Como hemos ya recordado, tampoco aparece antes del siglo XI la prueba del hierro candente en Cataluña. No podemos determinar, sin embargo, cuando se comenzó a emplear; los Usatges desconocen la ordalía del hierro candente y los primeros testimonios de su regulación proceden de los últimos años del siglo XII ³⁷⁵.

369. PUYOL, *Orígenes* cit. 413-414; SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Una ciudad* cit. 84 n. 125. Cf. Gonzalo MARTÍNEZ DIEZ, *Las instituciones del reino astur a través de los diplomas (718-910)*, en *AHDE* 35 (1965) 162-163, que menciona únicamente la prueba de testigos.

370. GARCÍA DE DIEGO, *Historia* cit. 171.

371. Vid. infra p. 123 ss.

372. MINGUIJÓN, *Historia* cit. 304-305; vid. infra p. 130 ss.

373. Para esta fecha vid. José María RAMOS Y LOSCERTALES, *La formación del dominio y los privilegios del Monasterio de San Juan de la Peña entre 1035 y 1094*, en *AHDE* 6 (1929) 7 ss.

374. GARCÍA DE DIEGO, *Historia* cit. 171-172. Vid. infra p. 128-129.

375. Vid. infra p. 151 ss. Para la situación en el siglo XI, cf. Eulalia RODÓN BINUÉ, *El lenguaje técnico del feudalismo en el siglo XI en Cataluña (Contribución al estudio del latín medieval)* (Barcelona 1957) 155 s. v. iudicium (Dei): «En nuestros documentos se citan tres distintas clases de pruebas: el duelo o batalla judicial (vid. s. v. battalia), la prueba del agua hirviendo o de la caldera y finalmente la del agua fría». Cf. infra n. 476, 595.

Tampoco el duelo aparece mejor testimoniado en época antigua, aunque con posterioridad haya sido empleado con una cierta frecuencia a partir del siglo XI, pero no siempre como ordalía. En Asturias y León, al parecer, la primera vez que se menciona esta ordalía es en el fuero de León, tradicionalmente fechado en los primeros años del siglo XI, pues no aparece testimoniado su empleo en los documentos del siglo VIII al X³⁷⁶. El fuero de León, prescindiendo aquí de las discusiones sobre su fecha, no testimonia el empleo de esta ordalía, sino únicamente su regulación; a partir del siglo XI su empleo es frecuente, por lo que no necesita mayor prueba³⁷⁷.

A fines del siglo XI aparece regulado, como un medio de prueba para dilucidar las contiendas entre judíos y cristianos, el duelo con escudo y bastón, que se aparta del riepto municipal y del riepto regio castellano-leonés por el tipo de armas utilizado. Alfonso VI, en 1091, prohíbe que ningún judío testimonie contra ningún cristiano por causa alguna, mandando que las causas entre los mismos se resuelvan por medio de la pesquisa «aut per bastonarios equales»³⁷⁸. Pocos años más tarde aparece testimoniado el empleo de esta ordalía, pero fuera de este campo restringido, establecido por Alfonso VI. En una disputa entre el abad de Santa María de Sopena y algunos infanzones en torno a una heredad, ambas partes llegaron al monarca, Alfonso VII, «et iussit rex darent utraque bastonarii qui pugnantes ex qua parte qui cecidisset dimisset iam dicta hereditatem». Sin embargo, las partes renun-

376. SÁNCHEZ ALBORNOZ, *Una ciudad* cit. 84 n. 125.

377. Vid. Ramón MENÉNDEZ PIDAL, *Cantar del Mio Cid* II⁴ (Madrid 1969) 524 ss. s. v. campeador; 732 ss. s. v. lid. Cfr. 50 s. v. batalla; 688 s. v. fiel, 829 ss. s. v. riepto, aunque los datos en general suelen ser de las obras jurídicas de Alfonso X. Cfr. para las actuaciones del Cid, R. MENÉNDEZ PIDAL, *La España del Cid* I⁷ (Madrid 1969) 157 ss.; 369 ss.; II⁷ (Madrid 1969) 559 ss.; 693. El testimonio más antiguo que conocemos del empleo del duelo parece ser un documento algo obscuro fechado en 1033 —NÚÑEZ CONTRERAS, *Ver-mudo* III, 15 (16-IX-1033) 478 ss. Vid. *infra* p. 150 n. 556; 210 n. 741; 218 ss.

378. MUÑOZ 89-91. Cf. MENÉNDEZ PIDAL, *El Cantar* cit. II 525 n. 2. Para un documento semejante, vid. Justiniano RODRÍGUEZ, *Judería de Sahagún*, en *AL* VII 14 (junio-diciembre 1953) 33 n. 50 (publica el documento: 1 (7-II-1090) 55-58) =Justiniano RODRÍGUEZ, *Las juderías de la provincia de León* (León 1976) 243 n. 56 (publica en 3 (7-II-1090) 342-344).

ciaron a la lid y llegaron a un acuerdo³⁷⁹. Pese a este testimonio, el duelo realizado con escudo y bastón no debió tener gran éxito en Castilla, según piensa Muñoz³⁸⁰, aunque aparece mencionado en los fueros.

Tardía es también, al parecer, su aparición en Aragón. El duelo se regula, según García de Diego, en el fuero de Jaca y se prohíbe en el fuero de Arguedas, mientras se permite en el fuero de Medinaceli, en el de Calatayud y en el de Daroca³⁸¹. El duelo con escudo y bastón aparece regulado, como había ya indicado Muñoz, en los fueros lemosines de Jaca, pero también, como indica García de Diego, en el fuero de Caparrós³⁸².

En Cataluña, en 1019, se rechaza el empleo del duelo para dilucidar una cuestión jurídica, al no estar regulado su empleo en el *Liber*; pocos años más tarde, el empleo del duelo en Cataluña se ha extendido, aunque al parecer sólo en la forma del duelo con escudo y bastón, que puede realizarse a pie o a caballo³⁸³.

Anteriores al año 1000, sólo conocemos testimonios del empleo de la ordalía del agua hirviente, que, como hemos visto, se suele considerar practicada en la época visigoda, con el apoyo de una pseudoley tardía.

En Aragón, a pesar de las afirmaciones de Muñoz y Romero, esta ordalía del agua hirviente no aparece testimoniada, según García de Diego, si se excluye la fórmula recogida en el fuero de San Juan de la Peña³⁸⁴. Esta fórmula³⁸⁵ procede del siglo XIII,

379. PRIETO, *Documentos* II 36 (4-I-1093) 530.

380. Cf. MUÑOZ 89, pero cf. infra p. 127 ss. y p. 177 s.

381. GARCÍA DE DIEGO, *Historia* cit. 172-174.

382. GARCÍA DE DIEGO, *Historia* cit. 175. Téngase en cuenta que el carácter aragonés de los fueros viene determinado por el monarca concedente. Vid. infra p. 124 n. 408-409.

383. BONNASSIE II 562, 728 ss. Vid. los documentos citados en *Glossarium Mediae Latinitatis Cataloniae*. Fasc. 2: *aragalius-bcne* (Barcelona 1962) s. v. *bastone* —col. 244-245—; *bataier* —col. 245—; *batalia* —col. 246-250—; *bellum* —col. 255-256—; RODÓN BINUÉ, *El Lenguaje* cit. s. v. *battalia* —p. 39 ss.

384. GARCÍA DE DIEGO, *Historia* cit. 170-171. En realidad las afirmaciones son de MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo* cit. 172 (=VII 4), quien con apoyo de la fórmula señalada, indica que se «extendió... señaladamente por Aragón desde tiempos remotos»; MUÑOZ 22 n. 34, se limita a reproducir esta afirmación.

385. Puede verse en MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo* 172 (=VII 4).

al menos, como muestra la alusión a la prohibición de las ordalias por la Iglesia, y está emparentada con la recogida en el Fuero General de Navarra (FGN. 5,3,18). Dentro de la prohibición de las pruebas vulgares, recogida en F. Aragón 330, se menciona expresamente el juicio del hierro candente y el del agua hirviente, así como sus semejantes ³⁸⁶. No parece, sin embargo, que de esta prohibición se pueda afirmar su aplicación práctica en épocas anteriores ³⁸⁷.

Por vez primera se menciona el empleo de la ordalia del agua hirviente en Cataluña en un documento del 988. A partir de esta fecha pueden citarse otros documentos que muestran su empleo en la resolución de diversos procesos, así como algunos acuerdos que establecen su empleo para resolver los posibles futuros litigios ³⁸⁸. Durante la segunda mitad del siglo XI parece haberse extendido ampliamente, pero al ser considerada infamante se reservó a los campesinos, mientras se configuró como ordalia noble el duelo ³⁸⁹. Durante el siglo XII se siguió empleando y Bonnassie considera un testimonio de ello los Us. 53 y 112 ³⁹⁰. Digamos que en todo caso durante el siglo XII se establece el recurso a esta ordalia en algunas conveniencias ³⁹¹ y se regula su empleo; durante el siglo XIII se sigue mencionando esta ordalia, sea para regular su empleo, sea para prohibirlo, aunque ocasionalmente pueden detectarse algunos síntomas de su crisis ³⁹².

Mejor testimoniada, y desde más antiguo, aparece en el reino de León el empleo de la ordalia del agua hirviente; los investigadores antiguos remontaban el mismo hasta el 857 ³⁹³, con apoyo

386. F. Aragón 330. Para el texto latino vid. supra n. 273.

387. Vid. infra p. 164.

388. RIUS, S. *Cugat* I 218 (19-III-988) 183-185; VILLANUEVA VIII 31 (1015 [27-II-1016]) 283-285; ACA. *Cancillería. Ramón Berenguer I* perg. n. 305 (1064); VILLANUEVA XV 17 (1080 [29-X-1079]) 243-245; BALARI, *Orígenes* 418-419 (1081); BONNASSIE II 809 (28-V-1100); MARCA 374 (1128) 1263=MONSALVATJE XXI 32 (1128) 363-364; MIQUEL, *LFM* II 511 (h. mitad s. XII) 25. Vid. IGLESIA FERREIRÓS, *La creación* cit. 194 ss.

389. BONNASSIE II 728-729.

390. BONNASSIE II 729.

391. Vid. supra n. 388, datos de los años 1128 y h. mitad s. XII; cf. 1064.

392. Vid. infra p. 151 ss.

393. Así PUYOL, *Orígenes*, cit. 392; 401; MINGUIJÓN, *Historia*, cit. 303; RIAZA (GARCÍA GALLO), *Manual*, cit. 776.

en un documento, que ha sido rechazado como una falsificación, realizada además en dos documentos diferentes, fechados en el mismo año ³⁹⁴.

Por vez primera encontramos mencionado el empleo de la ordalía del agua hirviente en un documento del 912, procedente de Galicia. A partir de esta fecha pueden citarse otros testimonios de su empleo ³⁹⁵.

394. Vid. Antonio C. FLORIANO, *Diplomática española del periodo astur. Estudio de las fuentes documentales del reino de Asturias (718-910). I. Cartulario crítico. Primera parte (Desde Pelayo a Ordoño I)* (Oviedo 1949) 620; los documentos son: 64 (20-IV-857) 272-278; 65 (X-857) 279-290; la falsificación parece del siglo XII.

395. Dice SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Homines mandationis* cit. 382 n. 37: «De la prueba caldaria tengo reunidos testimonios de los años: 912 (Galicia); 915 (León); 923 (Asturias); 924 (Astorga); 927 (Castañeda); 946 (León); 953 (Asturias); 959 (Lugo); 987 (Sobrado); 993 (Lugo); 1001 (Celanova); 1024 (León)». Posteriormente publicó algunos de estos documentos en Claudio SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Documentos para el estudio del procedimiento judicial en el reino asturleonés*, en *Hom. Millares Carlo II* (Gran Canarias [=Madrid] 1975) 143-156, y en *El Palatium Regis asturleonés*, en *CHE* 59-60 (1976) 5-104. No aluden a esta ordalía los documentos publicados en los homenajes a Pérez de Urbel y de Sousa Soares. Ediciones «El Albir» anuncia de este mismo autor unos *Documentos para el estudio de la Historia de las Instituciones de León y Castilla en la Edad Media*, que en el momento de redactar esta nota no han aparecido todavía. Damos a continuación los datos de aquellos testimonios que hemos logrado identificar y consultar, así como de algún otro no mencionado por Sánchez-Albornoz: LÓPEZ FERREIRO II 34 (2-VI-912) 74-75; *ES* 40 p. 225-226: alusión a un documento del 915 de S. Vicente de Lemós, que no se publica; se indica que se recoge una sentencia «en la que se ordenó la pena que se decía caldaria»; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *Castañeda* 1 (927) 27-28=SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Documentos* 4 (927) 147-148, con dudas en la fecha; SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Documentos* cit. 6 (946) 150-151; GARCÍA LARRAGUETA, *Oviedo* 26 (20-XI-953) 103-107; SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Documentos* cit 8 (973) 152-153; *ES* 19 ap. (c. 987) 375-379=HINOJOSA, *Documentos* 5 (¿987?) 5-8=LOSCERTALES, *Sobrado* I 109 (s. d. [986-999]) 131-133; *ES* 40 p. 150-151, se alude a un documento lucense, en el que se testimonia el empleo de la prueba caldaria el 9-II-995; SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *El Palatium* cit. 11 (1002) 89-91; HINOJOSA, *Documentos* 8 (6-IV-1007) 11-12; SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *El Palatium* cit. 19 (1024) 102. Téngase también en cuenta los documentos a los que alude MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo* 172 n. 5 (= VII 5), que menciona Berganza, pero que no publica en su apéndice documental, única parte de su

Recordemos que en c. 15 C. 2 q. 5 aparece un canon, que se dice tomado del canon 22 del Concilio Triburiense, que permite que los nobles o ingenuos acusados ante el sínodo, nieguen tal acusación, expurgándose con doce ingenuos; esta posibilidad se cierra a quienes —nobles o ingenuos— hubieran caído antes en hurto, perjurio o falso testimonio, a los que no se les admite su juramento, sino que deben expurgarse, como quienes no son ingenuos, por el agua hirviente o por el hierro candente.

Este canon parece haber llegado al Decreto de Graciano a través de una adición de Palea, realizada en base al Decreto de Burchardo —16,19—, que había tomado el canon de un concilio triburiense, pero quizá no el realizado en el 895, pues en éste, en su capítulo 22, se establece que los libres puedan expurgarse de la acusación criminal por medio del juramento, salvo en aquellos casos en los que su crimen devino público, ya que entonces deben ser examinados por el hierro candente³⁹⁶.

obra a la que hemos tenido acceso por medio de fotocopias. Menos datos ofrecen aquellos documentos en los que se alude a entregas de bienes por la exención de esta ordalía, a los que se refiere SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Repoblación del reino asturleonés. Proceso, dinámica y proyecciones, en Viejos cit. II* (= en CHE 53-54 [1971] 236-459) 729, 752 n. 47, y que había recogido en Claudio SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Pequeños propietarios libres en el reino asturleonés. Su realidad histórica, en Investigaciones cit.* (= *Settimane di Spoleto* 3 [Spoleto 1966] 183-222) 187. Pueden citarse: PRIETO, *Documentos I* 54 (19-III-1019) 672; 23 (19-IV-1019) 643-644; 29 (25-XII-1022) 650-651. Otros documentos que pueden citarse, que recogen esta ordalía en época más tardía: PRIETO, *Documentos I* 46 (15-VII-1041) 665-666; MONTERO DÍAZ, *Jubia* 4 (1-VIII-1069) 59-60; FLORIANO, *Corias I* 432 (1124) 133; cf. PMH, *Dipl. et chart. I* 258 (1025) 159; HINOJOSA, *Documentos* 10 (16-VI-1025) 15-16. Anteriores al siglo XI, y de una tierra fronteriza como la Rioja, UBIETO, *S. Millán* 27 (940) 43-44; UBIETO, *Albelda* 27 (978) 69-72.

396. *C. Triburiense* (895) c. 22, en MANSI 18 A col. 143-144; 163 (para la redacción tomada del Decreto 16,19 de Burchardo. Cf. pp. 159-160, para los problemas aludidos en el texto). Una edición crítica de esta doble tradición: la ofrecen Alfredus BORETIUS et Victor KRAUSE, *Capitularia Regum Francorum II* (Hannoverae 1893 reim. fot. 1960) 252 (Concilium Triburiense. 895. Mai. 5) 225 c. 22 y 22 a. En esta edición —pp. 196 ss.— se trata del problema de estas dos tradiciones diferentes de los cánones conciliares del mencionado concilio, así como de los problemas surgidos en torno a cuáles deben ser considerados los auténticos cánones: si los ofrecidos por la redacción extensa o por la redacción abreviada, que pasó —en nuestro caso del ca—

Este es el resumen que puede hacerse sobre el empleo de las ordalías en la Península, a partir de los autores que se han ocupado de las mismas. En algunos casos, lo hemos podido constatar, los testimonios aducidos para probar el empleo de estas ordalías no son otra cosa que fueros, en los que se regula o se prohíbe el empleo de las mencionadas pruebas. En sentido estricto, estos últimos testimonios no prueban el empleo de estas ordalías, sino el deseo de emplearlas o de evitar su empleo, pero no su utilización en un caso concreto.

Esta simple enumeración de datos hace dudar de la validez de las discusiones en torno al momento de la aparición y de la crisis del procedimiento ordalíaco. Recordando la polémica surgida entre Muñoz y Romero y Villaamil, Minguijón dice que aquél afirma que a partir del siglo X podía verse cómo los fueros municipales iban suprimiendo poco a poco las pruebas ordalíacas, mientras Villaamil tiende a señalar que esta oposición a las pruebas ordalíacas no es muy pronunciada hasta el siglo XI; sólo en el último tercio de este siglo comienza a notarse una gran animadversión, que conduce a combatir su empleo, con el apoyo de la influencia cluniacense³⁹⁷.

Recientemente, desde otra perspectiva, se ha vuelto a plantear el problema de la crisis del sistema ordalíaco en la Península. Así, Sánchez Albornoz, al defender la antigüedad del fuero de León, señala que el silencio sobre las pruebas ordalíacas en los fueros emparentados con el mismo se debe a la paulatina crisis de las ordalías³⁹⁸. García-Gallo, por su parte, coincidiendo con la afirmación de que a finales del siglo XI se nota una crisis del sistema ordalíaco, dice que el fuero de León, tal como lo conocemos, es una refundición llevada a cabo por el falsificador Pelayo, a prin-

non 22, canon 22 a., según la numeración de Boretius-Krause— al Decreto; para Boretius es la llamada redacción «vulgata», es decir, aquella que recoge la redacción extensa, la que refleja fielmente las decisiones conciliares, mientras la redacción abreviada se ha hecho posteriormente sobre aquélla. Las diferencias entre ambas prescripciones, sin embargo, es la que nos hace señalar en el texto la posibilidad de que c. 15 C. 2 q. 5 pueda proceder de un concilio anterior, quizá el celebrado en el 887 —vid. *Lexikon für Theologie und Kirche X* (Freiburg 1965) 336-337 s. v. Tribur.

397. MINGUIJÓN, *Historia* cit. 305.

398. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Viejos* cit. 396, 405-406, 412-413.

cipios del siglo XII, por lo que la aparición de las ordalías en el fuero de León, frente al silencio sobre las mismas en los fueros emparentados, se debe precisamente a la crisis de las ordalías; la aparición de las ordalías en el fuero de León que conocemos es obra del falsificador Pelayo, que intentaba así quizá ponerlas de nuevo en circulación³⁹⁹.

¿Hasta qué punto puede hablarse de una progresiva crisis en el empleo de las ordalías a partir de fines del siglo XI? Quizá el repaso de algunos fueros, privilegios regios y cánones conciliares puedan ofrecer algo de luz.

Los vecinos de Berbera, Barrio y San Zadornil afirman no emplear la prueba caldaria en un documento fechado en el 955⁴⁰⁰, cuya fecha quizá deba retrasarse hasta los primeros años del siglo XI⁴⁰¹. En todo caso, hacia el 1012 vieron confirmado el privilegio de no tener la «calda»⁴⁰². En el fuero de Palenzuela, que tradicionalmente se atribuye al 1074, pero que probablemente es de principios del siglo XII⁴⁰³, se afirma que los habitantes de dicha localidad «non habent forum de lidiar cum scuto aut cum baston nec cum ferro nec cum calida»⁴⁰⁴. En el fuero de Logroño, concedido por Alfonso VI en 1095, pero tal como ha llegado a nosotros procedente de la época de Alfonso VII, habiendo sido interpolado por este monarca, se establece que los habitantes de dicha localidad «non habeant foro de bella dicere, neque de ferro, neque de calida, neque de pesquisa et fide»⁴⁰⁵. Igual prescrip-

399. GARCÍA-GALLO, *León* cit. No vamos a entrar en esta polémica, que no afecta, de forma importante, al problema de las ordalías; nos limitaremos a recordar un texto, que creemos no haber visto mencionado en esta polémica, que, sin embargo, es al mismo tiempo favorable y contrario a ambas opiniones. En un documento de 1056 se citan los decretos de Alfonso V, pero sin coincidir plenamente ni con el texto portugués ni con el texto ovetense, parece acercarse más aquél; puede verse el documento en GARCÍA LARRAGUETA, *Oviedo* 58 (28-VI-1056) 184; había sido ya publicado en *ES*.

400. UBIETO, *S. Millán* 79 (29-XI-[955]) 79=MUÑOZ 31.

401. Cf. GARCÍA-GALLO, *León* 94 n. 174.

402. UBIETO, *S. Millán* 145 (h. 1012) 148=MUÑOZ 32.

403. Cf. GARCÍA-GALLO, *León* 94 n. 174.

404. SERRANO, *El Moral* 2 (1074) 26=MUÑOZ 276.

405. Ed. Hergueta=MUÑOZ 336; para la atribución a la época de Alfonso VII, vid. Hergueta l.c. 327 y GARCÍA-GALLO, *León* 94 n. 174.

ción se encuentra en el fuero de Miranda de Ebro, igualmente concedido por Alfonso VI en 1099, pero que conocemos a través de una confirmación de la época de Alfonso VII; los habitantes de Miranda «non habeant fforum eundi ad ffonssatum...nec ffaciant bella de fferro, nec de calida nec de pesquisa»⁴⁰⁶. En 1092, en el fuero otorgado por Sancho Ramírez a Arguedas, se establece que «per ullo pleito que abeant omnes de Arguedas cum alio, non abeant torna»⁴⁰⁷. En el año 1102, el rey Pedro I concede a los habitantes de Caparroso que «per totum iudicium non habet bastone, nec ferro in Caparroso»⁴⁰⁸ y en este mismo año, el mismo monarca concede a los pobladores de Santacara que «per nullo (iudicio habeat) bastone neque ferro en Santa Cara»⁴⁰⁹. Alfonso I el Batallador concede en 1132 un fuero a los habitantes de Asín, en el que establece que no tengan «ulla torna per ferro neque per batalla, et salve se cum sua iura plana»⁴¹⁰. En 1135, el emperador concede a los habitantes de Santo Domingo de Silos el fuero de los habitantes del burgo de Sahagún; entre las prescripciones del fuero de Santo Domingo de Silos aparece el principio de que los habitantes de la mencionada localidad no tengan «firmam, neque litem, neque caldam, neque ferrum»⁴¹¹. En 1144, el rey García de Navarra concede a los habitantes de Peralta un fuero donde, al parecer, se excluye la lid, pues se pena al vecino que la pide, sea en el concejo, sea fuera del concejo⁴¹². En 1148, el

406. F. *Miranda* 15—ed. Cantera—=MUÑOZ 347.

407. Ed. Lacarra p. 255=MUÑOZ 330 (copia romanceada).

408. UBIETO, *Pedro I*, 114 ([antes de noviembre]-1102) 370=MUÑOZ 391.

409. UBIETO, *Pedro I*, 115 (XI-[1102]) 373=MUÑOZ 395.

410. Ed. Lacarra-Martín Duque, *Fueros I* 2, 6 (25-III-1132) 124=MUÑOZ 505-506.

411. FEROTIN, *Silos* 44 (26-V-1135) 64.

412. MUÑOZ 548: «Et home qui se adclamaret ad litem, et dixerit in concilio, ego tibi litiabo, pectet X solidos ad vicinos, et si foras de concilio dixerit, V solidos ad seniore, medios ad vicinos; et acceperit suas armas, et exierit foras, et clamaverit a suo contensero, et dixerit veni et litiabo tibi, pectet X solidos, medios ad seniore, medios ad vicinos: et homine de alia terra qui clamaret ad homine de Petralta ad batalia non habeat batalia sed...discriminet se cum duos vicinos». Cf. sin embargo F. Viguera 82: «Et si alguno clamare a lith peche a sus vecinos LX ss.», que debe entenderse como en F. Nájera—*infra* n. 485—, ya que en F. Viguera se regula la lid —*cfr.* F. Viguera 158 ss.—. Cf. *infra* p. 133.

«emperador concedió a los habitantes de Lerma que no tengan «neque lide neque calda»⁴¹³. En 1152, en el fuero concedido a los burgueses de Sahagún por Alfonso VII, aparece una norma que tendrá un largo éxito; se establece en el mencionado fuero que si en la muerte en tumulto no puede descubrirse al culpable por recta pesquisa, el sospechoso, elegido por los parientes del muerto, se salvará el sólo por su juramento, «et ibi non sit torna»⁴¹⁴. En 1157, en el fuero de Tafalla, concedido por Sancho el Sabio, se establece que los habitantes de dicha localidad no deben «ferrum leuare neque candela per ullo pleito»⁴¹⁵, pero esta prescrip-

413. Cit. GARCÍA-GALLO, *León* 94 n. 174.

414. MUÑOZ 312.

415. Ed. Lacarra. En 1255, Teobaldo II eximirá a los habitantes de Tafalla de las ordalías, «non deben levar fierro, nin candella por ningún pleito» —YAUGUAS, *Diccionario* cit. III 60 s.v. Tafalla. Cf. MARICHALAR-MANRIQUE, *Historia* cit. IV 179, quienes señalan que Teobaldo II confirma el fuero de Tafalla, concedido por Sancho Ramírez y confirmado anteriormente por Sancho el Sabio, pero con algunas reformas—. Este fuero de 1255 es una traducción romance confirmada por Teobaldo II del texto latino, redactado por el municipio, que es completado con el texto del escatocolo de la confirmación llevada a cabo por Sancho el Sabio en 1157 del fuero de Sancho Ramírez de 1066 (?) —José M.^a LACARRA, *Notas para la formación de las familias de fuero navarros*, en *AHDE* 10 (1933) 262 n. 25 y 264—. Tilander piensa que la regulación minuciosa de la ordalía de las candelas en el F.G. de Navarra es testimonio de su crisis, mientras Wohlhaupter señala que contra esta teoría habla el hecho de que el privilegio de 1255 únicamente venga a confirmar la exención de esta prueba establecida en el fuero de Tafalla de 1157 —WOHLHAUPTER, *Rec. cit.* 399—, pero esta afirmación pierde todo su peso, ya que el fuero de Tafalla de 1157 es en realidad del s. XIII. Dado que Teobaldo II prohibió igualmente en 1269 el empleo de la ordalía del hierro candente en Estella, cabe preguntarse si el texto latino, que conocemos, no habrá sido hecho con posterioridad sobre la confirmación de Teobaldo II, pues éste no se limita a confirmar el fuero del rey Sancho, sino que lo aclara y enmienda: «otorgamos è confirmamos à nuestros labradores de Tafalla todo aqueill fuero que nuestro honrado visabuello el rey D. Sancho les dió; é con voluntat, et consentimiento de los dichos labradores, declaramos algunas cosas que eran en eill oscurament puestas, et emendamos bi algunas otras cosas que habian menester de enmendar; et el fuero esclareado e enmendado con las otras cosas que habian menester de enmendar que eran en el fuero claras, es tal». Sin embargo, el fuero que confirma en 1355 Carlos II no es otro que la redacción latina del concejo, atribuida a Sancho el Sabio, sin que se aluda a la confirmación de Teobaldo II —YAN-

ción debe proceder muy probablemente del siglo XIII, cuando el concejo procedió a la redacción del fuero ⁴¹⁵. En el fuero de Palencia, concedido en 1181, se establece que en Palencia «non ha batalla pro nulla re» ⁴¹⁷. En el fuero de Llanes de 1206, se establece que los habitantes de dicha localidad se regirán por el fuero de León, «pero que saluo ende siello, et calda, et forno» ⁴¹⁸. Esta prescripción parece haberse tomado del fuero de Benavente de 1167 y pertenece al fuero redactado según García-Gallo hacia 1270 ⁴¹⁹. La ordalía del agua hirviente no se menciona, sin embargo, en el fuero de Benavente de 1167. En el fuero de Sanabria, de 1220, concedido igualmente por Alfonso IX, se establece también que «juicio de fierro calient o de agua, al que dicen de calda...non sea nombrado nin recibido en ninguna manera» ⁴²⁰.

Estas prohibiciones aparecen con carácter regular en los fueros concedidos a Alava, en su mayor parte por monarcas navarros. En el fuero de Laguardia, concedido en 1164 por Sancho de Navarra, se afirma que sus habitantes no tengan «foro per facere batalla non de ferro nec de aqua calida» ⁴²¹. En el fuero de Vitoria, concedido por el mismo monarca en 1181, se establece igualmente que sus habitantes no tengan «forum de ferro neque de aqua calida neque de batalia» ⁴²². En 1182, en el fuero de Antoñana, concedido por el monarca ya mencionado, se afirma «et non habeatis forum de igne, neque de aqua, neque de batalla» ⁴²³, expresión que se repite con la misma fórmula en el fuero de Bernedo, del mismo monarca y de la misma fecha: «et non habeatis forum de igne neque de auga et

GUAS, *Diccionario* cit. 62 ss. s. v. Tafalla—. Tilander es de la opinión que esta ordalía se introdujo en la época de Sancho el Sabio (1150-1194) —TILANDER, *Los fueros* cit. 16—, lo que unido a su opinión sobre su minuciosa regulación en el FGN y la prohibición de su empleo en 1255, mostraría que no debió tener mucho arraigo en Navarra.

416. LACARRA, *Notas* cit. 253-254.

417. *F. Palencia* 17—ed. Hinojosa— = *F. Palencia* (romanceado) 18—ed. Caamaño—.

418. *F. Llanes* 50.

419. GARCÍA-GALLO, *Llanes* 251, 266. GARCÍA-GALLO, *Benavente* 1166-1167.

420. GONZÁLEZ, *Alfonso IX*, II 401 (1-IX-1220) 514.

421. MARTÍNEZ DÍEZ, *Alava* I 2 (25-V-1164) 220 cap. 14.

422. MARTÍNEZ DÍEZ, *Alava* I 3 (IX-1181) 225 cap. 30.

423. MARTÍNEZ DÍEZ, *Alava* I 4 (1-1182) 229 cap. 26.

neque de bataylla»⁴²⁴. En 1191, el fuero de Arganzón, concedido por Alfonso VIII de Castilla, establece que sus habitantes no tengan «forum de facere iudicium in ferro neque in aqua callida neque in batalia»⁴²⁵. En el fuero de Labraza, de 1196, el rey Sancho de Navarra establece que sus habitantes no tengan «foro per facere bataylla non de ferro, non de aqua calida»⁴²⁶. En el fuero de Treviño, de 1254, Alfonso X establece que sus habitantes «non ayan ffuero de cumplir juizio de tomar ffierro calient, nin agua calient, nin de batalla»⁴²⁷. Este mismo monarca, en 1256, concede fuero a Corres, estableciendo que sus habitantes «non ayan fuero de fuego nin de agua nin de batalla»⁴²⁸, prescripción que vuelve a repetir el Fuero de Campezo, dado en 1256; los habitantes de esta localidad no tendrán «fuero de fuego nin de agua nin de batalla»⁴²⁹.

Con las dudas que pueden levantarse por la datación de algunos de los fueros mencionados, puede afirmarse que desde finales del siglo X y durante los siglos XI, XII y XIII nos encontramos con la prohibición del empleo de algunas ordalías.

Paralelamente a esta prohibición del empleo de diversas ordalías en determinadas poblaciones, se regula su empleo en los fueros de otras localidades.

Si mantenemos la fecha tradicional, en el fuero de León de 1020 se regula la prueba caldaria y el duelo⁴³⁰. Sancho Ramírez, en 1063, según la datación tradicional, establece que los habitantes de Jaca no acudan al duelo, salvo que ambas partes estén de acuerdo y que no combatan con los hombres de fuera, sin voluntad de los habitantes de Jaca⁴³¹. Este fuero debe retrasarse o hasta el 1076, como piensan sus últimos editores, Lacarra y Martín Duque, o hasta el 1077, como propone Ubieta⁴³². En 1090 se concedió fuero a Estella por Sancho Ramírez, que reproducía en parte el fuero de

424. MARTÍNEZ DÍEZ, *Alava* I 5 (I-1182) 233 cap. 26.

425. MARTÍNEZ DÍEZ, *Alava* I 6 (XII-1191) 237 cap. 26.

426. MARTÍNEZ DÍAZ, *Alava* I 7 (IX-1196) 240-cap. 13.

427. MARTÍNEZ DÍEZ, *Alava* I 9 (20-XII-1254) 246 cap. 25.

428. MARTÍNEZ DÍEZ, *Alava* I 11 (3-II-1256) 257 cap. 20.

429. MARTÍNEZ DÍEZ, *Alava* I 12 (10-II-1256) 262 cap. 20.

430. *F. León* 19 y 40—ed. Vázquez de Parga—=MUÑOZ 65, 71.

431. *F. Jaca* 10—ed. Lacarra-Martín Duque—=MUÑOZ 237.

432. UBIETO, *Jaca* p. 20-21.

Jaca, pero con una modificación, al menos tal como lo conocemos en la actualidad: se prohíbe que los habitantes de Estella por cualquier pleito que tengan con un hombre de fuera, decidan el mismo por medio del duelo. Se guarda silencio, sin embargo, sobre los problemas a resolver entre los habitantes de Estella, aunque en el fuero posterior de 1164 aparezcan reguladas las ordalías⁴³³. En el fuero de Nájera de 1076, que quizá proceda de la época del emperador⁴³⁴ se reconoce de forma indirecta el empleo de la ordalía del agua caliente y de la del hierro candente, al establecerse las cantidades a pagar por su empleo⁴³⁵. En el fuero de Sepúlveda de 1076 se establece que el señor no dará lidiador a los habitantes de dicha ciudad⁴³⁶, prescripción paralela a la que encontraremos en fuentes catalanas, y que debe entenderse quizá en el sentido de autorizar el duelo —¿y otras ordalías?— entre los vecinos⁴³⁷. En los privilegios emparentados, concedidos por Sancho Ramírez a los monasterios de San Juan de la Peña, de Santa María de Alquezar, del Hospital de Santa Cristina y de San Pedro de Jaca se regula la prueba del hierro candente en las disputas de tierras pertenecientes a los mencionados monasterios⁴³⁸. En el fuero de Sahagún, concedido en 1085 por Alfonso VI, aparece regulado el empleo del duelo en el homicidio; el homicida conocido, si niega, «iuret quia non facit, et ad torna litiget»; cuando el homicidio se realizara de noche, quien será acusado, «litiget cum illo qui dixerit qui ego vidi»⁴³⁹. De forma indirecta se manifiesta el empleo de la «batalla per ferro» en el fuero concedido por Pedro I de Aragón, en el año 1100, a Barbastro, al determinar la cantidad a pagar por su

433. F. Estella I 4, 1.

434. Así, GARCÍA-GALLO, *León* 94 n. 174.

435. F. Nájera 48: «et si calidum aut ferrom commixit, similiter pariat LX solidos, et exinde medietatem pro fuero» —ed. Garrán 82— = MUÑOZ 290-291. Para Garrán estaríamos ante una prohibición de esta ordalía —l.c. 54-55—; de la misma opinión es GARCÍA-GALLO, *León* cit. 94. Para nuestra interpretación cf. F. Sahagún (1085). Vid. infra n. 440 y supra n. 412.

436. F. Sepúlveda 23.

437. Vid. infra p. 131, para el fuero extenso; para los textos catalanes vid. infra p. 151 ss.

438. Vid. infra p. 211 s.

439. MUÑOZ 305.

realización⁴⁴⁰. La lid aparece regulada en el fuero de Calatayud, concedido por Alfonso I de Aragón en 1131. Se alude a la batalla, cuando se regula la forma de realizar el juramento que le precede⁴⁴¹, pero se indica que los testigos falsos deben ser «tornados per batalla», indicándose al mismo tiempo la sanción que les corresponde en el supuesto de ser vencidos⁴⁴². Finalmente, se establece la lid para el ladrón que negará su delito⁴⁴³. En el fuero de Guadalajara, concedido por Alfonso VII en 1133, se establece que quien es sospechoso de hurto, si fue detenido ya en otras ocasiones por el mismo delito, «salvase por lidiador que sea semejante de si»⁴⁴⁴. En 1134, Ramiro I de Aragón confirma el fuero de Jaca, con las características ya vistas⁴⁴⁵. En 1142, en el fuero de Daroca, concedido por Ramón Berenguer IV, aparece una amplia regulación del empleo de las ordalías. La lid aparece regulada en atención al hurto: el sospechoso de haber cometido hurto, si no se le puede probar que lo haya cometido, y lo robado alcanza un valor de diez solidos o más, «iuret, et litiget... si vero actor litem facere noluerit iuret reus cum XII vicinis»⁴⁴⁶.

Cuando la acusada es una mujer, «pro tanto quanto ubi debet litem facere, iuret cum XII mulieribus»⁴⁴⁷. La lid se utiliza también para salvar al acusado de haber cometido un homicidio en descampado, pues en este caso, a voluntad del acusador, «aut faciat bellum, aut iuret cum duodecim vicinis et salvetur»; si la muerte tiene lugar en sitio poblado, debe inquirirse por el juez y los alcaldes la verdad y, caso de no poderse probar al acusado la muerte, éste se salvará con el juramento de doce vecinos⁴⁴⁸. También queda a voluntad del acusador que el acusado, cuando no se le puede pro-

440. UBIETO, *Pedro I*, 89 (X-1100) 335=MUÑOZ 355.

441. *F. Calatayud* 23—ed. Ramos y Loscertales 411—=MUÑOZ 461.

442. *F. Calatayud* 29 y 42 —ed. Ramos y Loscertales 411-412—=MUÑOZ 461 y 463.

443. *F. Calatayud* 43—ed. Ramos y Loscertales 412—=MUÑOZ 465. En *F. Calatayud* 28 seguimos la lectura de Ramos y Loscertales, por lo que no hay alusión a batalla.

444. MUÑOZ 509-510.

445. UBIETO, *Jaca* 17 ([11-IX]-1134) 66=MUÑOZ 241.

446. MUÑOZ 538.

447. MUÑOZ 540.

448. MUÑOZ 537.

bar haber violado a una mujer, «aut faciat bellum, aut iuret cum duodecim vicinis»⁴⁴⁹. Una regulación igual ofrece la persecución de las lesiones: cuando el acusado niega su participación en la comisión de las mismas y no se le pudiera probar, «faciat bellum, aut iuret cum duodecim vicinis», según quiera el acusador⁴⁵⁰. Finalmente todo testigo tiene que responder «ad reptum, et salvet se per litem»⁴⁵¹. Al lado de la lid, se utiliza la prueba del hierro candante en el reconocimiento por el padre del hijo habido de una concubina; si el padre niega su paternidad, la concubina puede salvar su hijo o mediante la presentación de los padrinos nombrados por el padre «aut capiat ferrum de more». Cuando el presunto padre muere, quedando encinta la concubina, ésta sólo puede recurrir, como es natural, a la prueba del hierro candente⁴⁵². En el fuero aragonés de Cetina, concedido entre el 1151 y el 1157, pese a su mala conservación, que deja incompleta la regulación del hurto, parece afirmarse que si el acusado niega haber cometido el delito, «iuret qui demandat et levet ferro»⁴⁵³. En el fuero de Medinaceli, en la copia que ha sido enviada a Murillo el Fruto, probablemente del siglo XII, de la época de Alfonso VIII, tal como lo conocemos, aunque el original haya sido concedido por Alfonso VI, se establece que «quien demandare muert de ome jure con XII, ó lidie con so par» y que «qui demandare furto de X mencales á suso faga la manquadra con un vecino, o fiylo de vecino», et jure el otro con XII, ó lidie á su par, et la escogencia sea en mano del rencuroso»⁴⁵⁴. Esta regulación se asemeja a la vista poco ha en el fuero de Daroca. Otro fuero, también de datación incierta, es el de Villavicencio, quizá de la primera mitad del siglo XII, si no es del siglo XI. En este fuero se establece que quienes cometieran hurto, «expurget se per kallida de denario in sursum»⁴⁵⁵.

Como puente de transición entre estos fueros y los fueros extensos del siglo XIII, podemos señalar que la ordalía del hierro

449. MUÑOZ 537.

450. MUÑOZ 536.

451. MUÑOZ 537, cf. 539.

452. MUÑOZ 536.

453. GARCÍA LARRAGUETA, *Fueros 1* (s.a. [1151-1157]) 590.

454. MUÑOZ 436. Vid. GARCÍA-GALLO, *Medinaceli*.

455. MUÑOZ 173. Para la corrección en el texto, GARCÍA-GALLO, *León* 171..

candente y el duelo aparecen regulados en el fuero de Estella de 1164 y en el fuero de San Sebastián ⁴⁵⁶. También en el fuero de Avilés y, por tanto, en el fuero de Oviedo, aparecen reguladas la lid y la ordalía del hierro candente ⁴⁵⁷.

Las regulaciones más amplias del empleo de las ordalías aparecen en las redacciones extensas de derecho, tanto en el ámbito municipal como en el regio, pero con las características que pueden deducirse fácilmente de la enumeración que haremos.

El fuero de Molina conoce el duelo, pero desconoce las ordalías del hierro candente, del agua fría y caliente, etc. ⁴⁵⁸. El duelo se regula igualmente en el fuero de Uclés ⁴⁵⁹. También, como hemos ya visto, se regula en el fuero de Guadalajara de 1212 ⁴⁶⁰. El fuero extenso de Sepúlveda conoce igualmente la lid ⁴⁶¹. La extensa familia de fueros, que indistintamente se hace depender del fuero de Cuenca o del fuero de Teruel, conoce el duelo y la ordalía del hierro candente ⁴⁶². El fuero de Alfambra regula el empleo de la lid en el hurto y de la ordalía del hierro candente en el reconocimiento de la paternidad ⁴⁶³.

El fuero de Salamanca regula el duelo y la prueba del hierro

456. Vid. p. ej. *F. Estella* I 4,1; II 6,7; II 7,4; II, 19,5; *F. San Sebastián* II 2,1; III 4,4; III 4,7; III 5,4; III 8,2; IV 4,2-7.

457. *F. Avilés* 18=*F. Oviedo* (18); 26=(26); 30=(30).

458. Miguel SANCHO IZQUIERDO, *El Fuero de Molina de Aragón* (Madrid 1916) 260-261.

459. *F. Uclés* 4, 198-200, 204. Cf. 73, 149.

460. *F. Guadalajara* 11, 76.

461. Rafael GIBERT, *Estudio histórico-jurídico*, en *Los Fueros de Sepúlveda* (Segovia 1953) 516.

462. Vid. *F. Alcaraz* 4,40 ss. El empleo de la ordalía del hierro candente viene determinada por la falta de pruebas, en caso de sospechosos—cf. *F. Alcaraz*, 4,40; 4,45. Para el empleo de la lid. vid. *F. Alcaraz* 4,42; 4,54, 8,54 ss.—. Vid. OTERO VARELA, *El riego de* cit. supra en nota 168. Para las concordancias vid. la edición de Roudil. Advertimos que no hemos examinado uno por uno los distintos fueros; de aquí que si en líneas generales son válidas las concordancias, es indudable que pueden existir variaciones en la regulación—cf. infra p. 178—. Para el hurto se emplea la lid: Cf. *F. Baeza* 241; *F. Alcaraz* IV 17.

463. *F. Alfambra* 13 (lid en hurto), 48; 72 (hierro, reconocimiento de paternidad). Cf. *F. Alfambra* 3 y 103.

candente ⁴⁶⁴, mientras el fuero de Zamora parece conocer exclusivamente el duelo, aunque, al mismo tiempo, parece excluir el empleo de las ordalías ⁴⁶⁵. El fuero de Ledesma conoce el empleo del duelo y de la ordalía del hierro candente ⁴⁶⁶ y otro tanto ocurre en el fuero de Alba de Tormes ⁴⁶⁷. En los fueros emparentados de Coria, Cáceres y Usagre parece regularse de forma exclusiva el empleo del duelo ⁴⁶⁸.

Sin embargo, tanto el fuero de Madrid como el fuero de Brihuega prohíben el empleo de las ordalías ⁴⁶⁹. Las leyes regias prohíben el empleo de las ordalías, pero regulan la lid del riepto ⁴⁷⁰.

⁴⁶⁴. En líneas generales parece triunfar la lid, que se utiliza para solucionar los distintos supuestos de muertes (Cf. *F. Salamanca* 1;3;63; la regulación de la lid, en 85-92). Para los delitos contra la propiedad parece utilizarse una distinción en atención a la riqueza; quien tiene casa, debe lidiar; quien no tiene casa o llevará el hierro o lidiará a elección del demandante (*F. Salamanca* 78; en supuestos semejantes o asimilables, *F. Salamanca* 200; 241-242; 266). Regulación especial se reserva a los sirvientes que guardan animales, ya que se les reserva la ordalía del hierro candente (*F. Salamanca* 191; 193; en un supuesto especial, hay posibilidad de elección entre hierro y lid: *F. Salamanca* 192).

⁴⁶⁵. *F. Zamora* 15; 56. Cf. sin embargo 11 y 14.

⁴⁶⁶. En líneas generales es válido lo dicho con respecto al Fuero de Salamanca (vid. supra n. 464). Vid. p. ej. *F. Ledesma* 32; 40; 119.

⁴⁶⁷. *F. Alba* 61; 63; cf. 3. Parece ser de empleo limitado.

⁴⁶⁸. *F. Coria* 47; 50; 51 (cf. 52,54,57,65); 108; 110; 144; 145; 161; 165-166; 227; 229. Para las comparaciones con *F. Cáceres* y *F. Usagre* pueden utilizarse los cuadros de Maldonado y Fernández del Torco. Téngase en cuenta que la edición de Lumbreras del Fuero de Cáceres presenta una leve variación en la numeración con la ofrecida por Maldonado. Pedro LUMBRERAS VALIENTE, *Los fueros municipales de Cáceres. Su derecho público* (Cáceres 1974) 329, aludiendo a los medios de prueba, dice: «Se emplean la confesión, documentos públicos, privados, testifical, de peritos, reconocimiento judicial, juramento y pesquisa», afirmación que debe ser completada. A señalar que mientras *F. Coria* 57 habla de la lid, simplemente, *F. Cáceres* 62=*F. Usagre* 64 distinguen entre lid a pie y lid a caballo. Para la lid en el hurto, vid. *F. Cáceres* 228=*F. Usagre* 233=*F. Coria* 227.

⁴⁶⁹. *F. Madrid* 27; 104; se regula el desafío en *F. Madrid* 75. *F. Brihuega* 69: «et lid non aya en Briuega por furto: nin por ninguna cosa»; la traducción de Catalina de lid por «contienda o pleito» nos parece que debe ser rechazada. No hay concordancia con el Fuero de Fuentes de la Alcarria, al menos tal como se conoce, y se puede reconstruir.

⁴⁷⁰. MINGUIJÓN, *Historia* cit. 307: «Las leyes generales no mencionan otra prueba vulgar que la del riepto». Vid. infra n. 623.

En el fuero extenso de Jaca se regula el empleo de la ordalía del hierro candente y del duelo⁴⁷¹, lo mismo que en el fuero extenso de Tudela, donde se regula además la ordalía de las candelas⁴⁷². El fuero de Viguera y Val de Funes regula el empleo del duelo, de la ordalía del hierro candente y de la ordalía de las candelas⁴⁷³. El fuero de la Novenera regula únicamente el empleo de la ordalía de las candelas⁴⁷⁴.

Las redacciones del derecho de estos dos reinos, los fueros de Aragón y el Fuero General de Navarra, ofrecen entre sí grandes diferencias; aquéllos conocen únicamente el empleo del duelo y prohíben el empleo de las ordalías; éste regula el empleo del duelo,

471. En *F. Jaca* se conoce solamente la ordalía del duelo y la del hierro candente, vid. p. ej. *F. Jaca* A 40, 206, y, en especial, 254, donde se distingue duelo a caballo y duelo con escudo y bastón y ordalía del hierro candente. Cf. *F. Jaca* A 312. Estas mismas pruebas se recogen en las recopilaciones aragonesas, vid. p. ej. *Rec. I de Aragón* 48; 72; 73; 104 (se distinguen aquí los dos tipos de duelo); 121; 141; *Rec. II de Aragón* 37 (= *F. Jaca* A 38, donde es posible que se conserve la posibilidad de acudir a la lid o al hierro); 39. Para la *Comp. Aragón*, donde la regulación de las ordalías no es tan clara, vid 6; 9; 21; 42, que utiliza la terminología «habet tornam». En *Comp. Aragón* 24, parece excluirse, en el reconocimiento de la paternidad, el empleo de la ordalía del hierro candente, vid. infra p. 184 n. 688. Para las concordancias pueden utilizarse los cuadros de la edición de Lacarra-Martín Duque, aunque no carecen de imperfecciones, así por ej. *F. Jaca* S 56 encuentra un reflejo en *F. Jaca* A 160 o *F. Jaca* S 288 en *F. Jaca* A 129; y no son los únicos casos.

472. Hemos utilizado el resumen que del fuero de Tudela ofrecen MARI-CHALAR-MANRIQUE, *Historia* cit. IV 295 ss. Los capítulos referentes a las ordalías y al riego de los testigos del Fuero de Tudela han sido publicados por Molho en su edición del fuero de Jaca—pp. 636 ss.—. También se conoce en el Fuero de Tudela la ordalía de las candelas, que se menciona esporádicamente y al parecer como propia de los villanos—TILANDER, *Los fueros* cit. 16—.

473. *F. Viguera* 82; 157 (hurto: hierro candente); 158 (traición: batalla); 161-163 (regulación de la batalla); 164 (batalla de escudo y bastón); 165 (batalla de candelas, entre infanzones). A destacar el empleo de la ordalía del hierro candente en el hurto—no así en FGN—y el empleo de la ordalía de las candelas entre infanzones, mientras *F. Tudela* parece reservarla a villanos.

474. TILANDER, *Los fueros* cit. 15; GIBERT, *El derecho* cit. 1218-1219.

de la ordalía de las candelas, de la ordalía del agua hirviente (gleras) y de la ordalía del hierro candente ⁴⁷⁵.

Para Cataluña sólo recordar que tal como ha llegado hasta nosotros los Usatges regulan el empleo de la ordalía del agua fría, de la ordalía del agua hirviente y del duelo ⁴⁷⁶, pero, como veremos, las Costums del siglo XIII ofrecen una situación diferente.

Finalmente, recordemos algunas prescripciones regias y cánones conciliares. A partir del 1033, con los decretos de Vich, que establecen el empleo de la ordalía del agua fría para probar la violación de la tregua ⁴⁷⁷ es frecuente encontrar en las reuniones de paz y tregua esta alusión al empleo de la ordalía del agua fría, tal como ocurre en el concilio de Narbona de 1054 ⁴⁷⁸, en el concilio de Tulujas de 1064, incorporado más tarde en el Us. 173 ⁴⁷⁹, en las reuniones casi coetáneas de Barcelona, Vich y Gerona, cuyas prescripciones fueron mezcladas e incorporadas posteriormente al Us. 174 ⁴⁸⁰. Todavía se vuelve a establecer la ordalía del agua fría en una reunión de paz y tregua, presidida por Jaime I, en el año 1234, cuando ya las pruebas vulgares habían sido prohibidas por el concilio IV de Letrán y por el papa Honorio III ⁴⁸¹.

Otro alcance parece tener la regulación del empleo de la ordalía del agua fría en una constitución de Alfonso II de Aragón y I de Cataluña, del año 1187, pues establece que en caso de delito o de traición, el acusador ofendido, si el acusado resulta sospechoso a la corte, prestará el juramento de calumnia, de que cree que el

475. Vid. infra n. 777 ss.

476. Vid. por todos Us. 1 y 113, donde se distinguen los tres tipos de ordalias: batalla, agua hirviente y agua fría. Vid. supra n. 375.

477. HOFFMANN, *Gottesfriede* cit. 262.

478. C. *Narbona* 6 —ed. MANSI XIX 829.

479. C. *Tulujas* 9—ed. MANSI XIX 1042—. LEITMAIER, *Die Kirche* cit. 40 menciona un canon de un concilio hispánico, celebrado en 1047 y publicado en MIGNE PL 151 col. 741, que no es otro que el concilio mencionado, pero con fecha anticipada.

480. Las prescripciones de estas reuniones pueden verse en Fidel FITA, *Cortes y Usajes de Barcelona en 1064. Textos inéditos*, en BRAH 17 (1890) 385-428. Vid. también la tregua y paz publicada en MIQUEL, LFM II 708 (1064-1066) 224.

481. MARCA 513 (1234) 1432.

acusado ha cometido el delito del que le acusa, «et exinde accusatus recipiet iudicium Aquae frigidae»⁴⁸².

En un privilegio de 1036, concedido a la iglesia de Oviedo por Fernando I, se establece que «propter aliquam calumpniam non faciat aliud iudicium nisi aquam calidam et iuramentum seu exquisitionem si ambabus placuerit partibus»⁴⁸³; en otro documento, algo posterior, del 1043, el mismo monarca establece que «propter aliquam calumpniam non faciat aliud iudicium, ni (=nisi ?) det quinque homines, qui sint digni aqua calida defendendi»⁴⁸⁴.

En 1072, Alfonso VI regula para la tierra de León el empleo de la ordalía del agua hirviente⁴⁸⁵. En un privilegio concedido en 1087, Alfonso VI exime a los clérigos de la catedral de Astorga de la pena caldaria y del duelo⁴⁸⁶ y en 1091 este mismo monarca regula que las causas entre judíos y cristianos se resuelvan o por pesquisa «aut per bastonarios equales»⁴⁸⁷.

Aparte las prohibiciones eclesiásticas generales, también en los sínodos hispánicos se reitera la prohibición del concilio IV de Letrán, aunque no es fácil de determinar la verdadera razón de su aparición ni concluir de estas prohibiciones la aplicación de la práctica, de forma generalizada, de las ordalías. En 1255, en un sínodo valenciano, celebrado bajo la presidencia del obispo de

482. DUCANGE 339 s. v. aquae: «Charta Ildefonsi Regis Aragon. ann. 1187. pro libertatibus villae Amiliani, in Regesto Ludovici Hutini Regis Franc. pág. 7: Item ille, adversus quem maleficium factum fuerit, vel proditio, si alium accusaverit, de quo aliqua suspicio sit Curiae, accusans praestabit sacramentum de calumpnia, quod credit illum accusatum foretactum, de quo eum accusat, fecisse, et exinde accusatus recipiet iudicium Aquae frigidae». De este autor parece haberlo tomado VILLANUEVA V 20.

483. GARCÍA LARRAGUETA, *Oviedo* 45 ([1-V] 1036) 152.

484. DUCANGE 343 s. v. aquae: «Aqua calida, in Charta Ferdinandi Regis Castellae aerae 1081. apud Yopez, tom. 6: «Quos si aliquis homo, qui sit de mandatione regis, moratur in domo sancti Andreae, sit absolutus ab imperio Regis, et propter aliquam calumpniam non faciat aliud iudicium, ni det quinque homines, qui sint digni Aqua Calida defendendi». De este autor parece haberlo tomado VILLANUEVA V 20. Para la corrección vid. MINGUIJÓN, *Historia* cit. 304.

485. ES 36 ap. 27 (1072) LVI.

486. MUÑOZ 322=ES 16 ap. 21 p. 470.

487. Vid. supra n. 378.

Valencia Andrés de Albat, se establece que «nec in ecclesiis fiant conjurationes aquae ferventis, vel ferri candentis, vel aquae frigidae conjuratae, quia omnia ista superstitiosa sunt penitus et contra Deum»⁴⁸⁸. A fines del siglo XIII, en el sínodo celebrado en 1288 en León, se establece «que ninguno non faga salva per fierro caliente, ó per agua caliente, ó per agua fria, nen en otra manera que sea defendida en derecho»⁴⁸⁹. Y en el siglo XIV, en el sínodo de Valladolid de 1322 se combate de nuevo la purgación vulgar, es decir, las ordalías, aludiéndose expresamente a quienes, para librarse de la sospecha de haber cometido un delito, «ad se purgandum ferrum candens, vel aquam ferventem accipiunt»⁴⁹⁰. A parte la reducción a dos ordalías únicamente, frente a la redacción más amplia de los sínodos anteriores, es importante destacar en todas estas decisiones el silencio en torno al empleo del duelo judicial, única ordalía que ha superado la prohibición papal que se acoge en los fueros de Aragón.

¿Qué conclusiones pueden obtenerse de estos datos? Las mismas no pueden ser definitivas, si es que alguna vez pueden serlo; no hemos llevado a cabo una búsqueda sistemática de datos y nos hemos limitado a dar una selección significativa de los reunidos. Añádase a todo ello que antes de poder dar una solución, es necesario una previa clarificación de algunos problemas. El alcance de la prohibición o de la regulación de las ordalías está en íntima relación con el progresivo extenderse de los distintos fueros originarios, en los que se eximía a los habitantes de una determinada localidad del empleo de las ordalías o en los que se regulaba su empleo. Es este un problema que no podemos tocar, aunque sea necesario destacar que la recepción no ha sido siempre mecánica: de la exclusión o de la regulación de las ordalías en el fuero, cabeza de familia, no puede concluirse sin más que los fueros vinculados a aquél observen la misma regulación. Baste aquí recordar lo ya apuntado en torno al fuero de Estella. «Sancho Ramírez otorgó a los francos que acudieron a poblar Lizarra un fuero cuyo texto

488. MANSI XXIII 893; a esta reunión alude LEITMAIER, *Die Kirche* cit. 43, aunque debe salvarse la errata.

489. *ES* 36 p. 254.

490. TEJADA Y RAMIRO III 504.

no nos ha llegado en forma independiente, pero que es invocado por Sancho el Sabio en el que en 1164 otorgará a Estella... En efecto, los once primeros capítulos (de éste) se corresponden con otros tantos capítulos del fuero otorgado a Jaca por Sancho Ramírez, y sin duda son transcripción literal del que se concedió a Estella»⁴⁹¹, pero a pesar de esta vinculación, el alcance de la regulación del duelo es diferente en fuero de Jaca y en fuero de Estella. Es un solo ejemplo entre otros muchos⁴⁹².

El alcance de la concesión de un fuero de una localidad a otra localidad es un enigma para nosotros, pero también parece haberlo sido en aquellas épocas. Como se sabe, el fuero de Logroño tuvo una amplia difusión por Alava, pero cuando en 1256 se concede el fuero a Corres por Alfonso X, se establece en el mismo que los habitantes de dicha localidad tengan «el fuero de Logronno: et sin esto otorgoles estas costumbres deste mio privilegio»⁴⁹³, entre las que se incluye que «non ayan fuero de fuego nin de agua nin de batalla»⁴⁹⁴, exención que se encontraba, como hemos visto, en el fuero de Logroño. Esta concesión muestra de forma clara que los nuevos privilegios, a veces, son confirmación de los antiguos; así se explica que en muchos de los fueros concedidos a la tierra alavesa, se señale que se concede a sus habitantes el fuero de Logroño, pero en todos ello aparece la mencionada exención de las ordalías⁴⁹⁵.

No es éste, sin embargo, el condicionamiento mayor, que impide valorar exactamente los datos referentes a las ordalías, que pueden encontrarse en los distintos fueros; su valoración depende en definitiva de la valoración que hagamos de los fueros. ¿Son las redacciones escritas de los fueros una simple recopilación de costumbres o deben considerarse un intento de configurar de nuevo una sociedad envejecida? En otras palabras, los fueros pueden ser considerados, tal como lo hace Hinojosa, como la plasmación escrita de un derecho consuetudinario o bien como un intento de dar una nueva

491. LACARRA-MARTÍN DUQUE, *Fueros* I 1 p. 19-20.

492. Vid. *infra* p. 139 ss.

493. MARTÍNEZ DÍEZ, *Alava* I 11 (3-II-1256) 255 cap. 1.

494. Vid. *supra* n. 428.

495. Vid. *supra* notas 421 ss.

regulación a situaciones antiguas. El inclinarse por una u otra opinión, determina de un modo importante la valoración que debemos dar a la aparición de la regulación o de la prohibición de las ordalías. La respuesta a esta interrogante quizá estribe en permanecer en un punto medio: los fueros municipales recogen derecho consuetudinario, pero reflejan, al mismo tiempo, los deseos de modificar el derecho existente; esta respuesta no resuelve, sin embargo, nuestro problema, que debemos dejar planteado.

La prohibición del empleo de las ordalías sólo parece tener sentido en tanto en cuanto sea considerada una novedad, que se incorpora a los fueros, con la finalidad de acabar con una situación consuetudinaria anterior, que se considera ya insostenible. Con esta interpretación concordaría perfectamente el privilegio concedido por Teobaldo II, en 1269, a los habitantes de Estella, en el que se establece que no resuelvan sus pleitos por «bataylla de fierro, mas que se liure per testimonios o por iura»⁴⁹⁶, que resuelve así la situación anterior, configurada por el fuero de 1164, donde se admitía el empleo de la ordalía del hierro candente, pero también del duelo, sobre el que se guarda silencio en el privilegio de 1269.

Sin embargo mayores dudas ofrecería esta explicación en aquellos casos en los que tales prohibiciones aparecen en fueros dados precisamente para impulsar la repoblación, ya que, en estos supuestos, más bien parece que tales exenciones tienen la finalidad de facilitar la repoblación, y por tanto no suponen acabar con un régimen consuetudinario, sino instaurar un sistema probatorio, donde no tenía cabida la ordalía, a aplicar en una localidad carente de tradición jurídica. Quizá a esta política responda la prohibición o, más exactamente, la derogación de diversos capítulos del fuero de Cuenca llevada a cabo por Sancho IV en 1285⁴⁹⁷. La regulación de las ordalías en el fuero de Cuenca sería resultado de aquella labor recopiladora en el ámbito municipal, a la que hemos hecho alusión en otra ocasión, dirigida a oponer un ordenamiento jurídico completo a los intentos de intervención del monarca; así se explica que puedan realizarse ordenamientos jurídicos que no

496. LACARRA-MARTÍN DUQUE, *Fueros I* 1, 10 (5-X-1269) 65.

497. *F. Cuenca* p. 863.

responden a un derecho consuetudinario preexistente en aquellas localidades y que la decisión de Sancho IV pueda ser interpretada como un medio de evitar que se consolide, con apoyo en la redacción escrita del fuero, una práctica desconocida hasta entonces. De todas formas, independientemente de lo acertado o desacertado de esta interpretación, no cabe la menor duda de que, desvinculada del fuero de Cuenca, la misma es válida para aquellas prohibiciones que aparecen en los fueros concedidos a lugares, que se quiere repoblar.

Esta posible doble interpretación —o regulación de una práctica consuetudinaria o regulación de una práctica desconocida hasta el momento— puede en algunos casos superarse, acudiendo a aquellos fueros, que han llegado hasta nosotros en redacciones diversas. Comparando estas diferentes redacciones podría llegarse hasta cierto punto a conclusiones más o menos válidas sobre el arraigo del sistema ordalíaco y sobre su persistencia. Pero tal posibilidad no siempre parece cuajar. Del derecho de Guadalajara conocemos dos versiones diferentes. En 1133 Guadalajara recibe un fuero, donde, como hemos visto, el acusado de haber cometido un hurto, si ya en otras ocasiones había sido acusado del mismo delito, debe salvarse por medio de la lid ⁴⁹⁸. La redacción extensa guarda silencio sobre esta cuestión, aunque podría invocarse F. Guadalajara 102, donde se establece que la mujer acusada de hurto, si no se le prueba el mismo, debe salvarse con doce mujeres. Pero hemos ya encontrado en otras ocasiones que la mujer tiene un régimen diferente del varón ⁴⁹⁹. La desaparición de la lid para el hurto podría quizá encontrar apoyo en F. Guadalajara 11, que prohíbe acudir a la lid, sin mandato del alcalde, en relación con F. Guadalajara 76, que admite la lid únicamente en el supuesto de la muerte de una persona. Pero el silencio del fuero de Guadalajara de 1212 en torno a la lid en el hurto no creemos que sea suficiente para desechar que se mantuviese su empleo, teniendo además en cuenta que el fuero de 1133 lo conocemos a través de una copia romanesca, sacada para su confirmación, que procede del siglo XIV ⁵⁰⁰.

498. Vid. *supra* p. 129.

499. Vid. *supra* p. 129-130 (F. Daroca).

500. MUÑOZ 507 n. 1.

Si aludimos a la extensión de un fuero a otras localidades, se mostraría de forma todavía mucho más clara esta situación. Mencionaremos el silencio del fuero de Carcastillo, que recibió el fuero primitivo de Medinaceli, otorgado por Alfonso VI, de Alfonso I de Aragón, probablemente en febrero de 1125, aunque sin especificar su contenido. Según piensa García-Gallo, los habitantes de Carcastillo redactaron el fuero que actualmente conocemos, hacia 1140, poniendo por escrito «lo que consideraron ser su fuero conforme al de Medinaceli, y lo enviaron a éste para su comprobación»⁵⁰¹. En este fuero se guarda silencio sobre las ordalías, aunque pudiera pensarse que no se admite su empleo, si se afirma que «vicino cum vicinos habent iudicium cum tres testimonios»⁵⁰². En la segunda versión del fuero de Medinaceli, que según García-Gallo se conserva probablemente en Murillo el Fruto, y que debió realizarse en la época de Alfonso VIII, hacia 1180, siendo por tanto el texto conservado, mandado hacer por el concejo de Murillo el Fruto, algo posterior⁵⁰³, aparece regulada, como hemos visto, la lid en el homicidio y en el hurto⁵⁰⁴.

Sin embargo, es el fuero de Sahagún el que nos puede ofrecer una visión más adecuada de todos estos problemas. El fuero de Sahagún de 1085 fue concedido, antes de 1152, a Oporto en 1123, a San Martín de Madrid y San Frutos en 1126, a Silos en 1135, y a Oviedo en 1145 y Avilés en 1155, en las confirmaciones de sus fueros⁵⁰⁵. En 1152 Sahagún recibe un nuevo fuero, y con posterioridad a 1152, se concede el fuero de Sahagún a Allariz en 1153-1157, a Ribadavia en 1164, a Quintanilla en 1173, a Santander en 1187 y a Silos en 1209. Además debe señalarse que el fuero de Oviedo se concede en 1168 a Santa María de Campomanes y en 1243 al término de Oviedo, concejo de Nora a Nora. El fuero de Avilés se extiende en 1309 a Gozón, Corveras, Illas, Cerreño y Castrillón. El fuero de Allariz se concede en 1172 y en 1228 a Bonoburgo de Caldelas. El fuero de Ribadavia en 1181 a Melgaço y el fuero de Santander a

501. GARCÍA-GALLO, *Medinaceli* 15.

502. MUÑOZ 471.

503. GARCÍA-GALLO, *Medinaceli* 16.

504. Vid. supra p. 130.

505. Ana María BARRERO GARCÍA, *Los fueros de Sahagún*, en *AHDE* 42 (1972) 414, aunque la confirmación del fuero de Avilés es algo posterior.

Santillana en 1209⁵⁰⁶. En 1255, finalmente, Sahagún recibió un nuevo fuero de Alfonso X.

¿Cuál es la situación de las ordalías? En el fuero de 1085 se regula el empleo de la lid en el homicidio, tanto en el homicidio conocido como en el homicidio realizado de noche⁵⁰⁷. En el fuero de 1152 se establece que no existe el duelo judicial en el homicidio en tumulto. Finalmente el fuero de 1255 guarda silencio sobre las ordalías.

¿Qué se puede obtener del examen de estas regulaciones, siguiendo los esquemas ofrecidos por Ana Barrero?

La regulación del homicidio conocido —¿realizado en poblado y de día?— aparece en una gran cantidad de fueros, así en los de Silos de 1135, en los fueros asturianos, en el fuero de Sahagún de 1152, en los fueros gallegos, en F. Malgaço y en F. Santander, pero no en los fueros de Oporto, S. Frutos, Bonoburgo de 1172 y Quintanilla, así como tampoco en el fuero de 1255 de Sahagún. Sin embargo, la alusión a la lid sólo aparece en el fuero de Sahagún de 1085⁵⁰⁸. La regulación del homicidio realizado de noche es exclusiva del fuero de Sahagún de 1085⁵⁰⁹. El precepto del fuero de 1152, relativo a la muerte en tumulto, aparece en los fueros asturianos y gallegos, así como en F. Santander, y falta en los fueros de Silos de 1135, Bonoburgo de 1172, Melgaço, Quintanilla y Sahagún de 1255⁵¹⁰.

El fuero de Silos de 1135 prohíbe el empleo de las ordalías. El precepto en el que se encuentra dicha prohibición, encuentra un paralelo en los fueros de Sahagún de 1085, asturianos, Sahagún de 1152, Santander y, finalmente, Sahagún de 1255⁵¹¹, pero en ninguno de éstos aparece la exención de las ordalías, establecida por el fuero de Silos. La explicación, en algunos supuestos, de este hecho es fácil de hacer: algunos de estos fueros emplean las ordalías; esto explica que en el examen conjunto de los capítulos comunes a F. Silos y a los fueros asturianos, éstos ofrezcan la

506. BARRERO GARCÍA, *Los fueros* cit. 415.

507. Vid. *supra* p. 128.

508. BARRERO GARCÍA, *Los fueros* cit. ap. I (F. Sahagún 1085) cap. 19.

509. BARRERO GARCÍA, *Los fueros* cit. 542 (ap. IV cap. 20).

510. BARRERO GARCÍA, *Los fueros* cit. 546 ss. (ap. VI cap. 27).

511. BARRERO GARCÍA, *Los fueros* cit. Ap. I (F. Sahagún 1085) cap. 1.

novedad de la alusión a la lid ⁵¹². Para terminar de complicar las cosas, baste recordar que en la concesión del fuero de Silos de 1209, por Alfonso VIII, no aparece la prohibición general del empleo de las ordalías, pero se incorpora la prohibición del empleo del duelo en la muerte en tumulto. ¿Cuál es la razón de esta prohibición especial? Al conceder este fuero, el mismo Alfonso VIII establece «cetera vero iudicia que hic non sunt scripta stent sicut usque hodie fuerunt» ⁵¹³, ya que su concesión estaba dirigida «ad sedandam controversiam que vertebatur inter abbatem Sancti Dominici de Silos et eiusdem ville concilium» ⁵¹⁴. La controversia en la muerte en tumulto ¿sobre qué versaba? La alusión a la prohibición de la torna —lid (?)— podría llevar a pensar que en este caso concreto, pese a la prohibición general del fuero de 1135, se había empleado esta ordalía. ¿Sería éste el único caso?

La historia del fuero de Sahagún y de sus concesiones no aclaran la suerte de las ordalías en estos fueros.

Estas simples indicaciones aluden a supuestos especiales de un problema más complejo, que es necesario resolver, si se quiere valorar exactamente el empleo de las ordalías en la Edad Media. Dentro de los fueros consultados pueden distinguirse tres categorías: fueros que prohíben el empleo de las ordalías, fueros que regulan el empleo de las ordalías en determinados supuestos y fueros que guardan silencio sobre las ordalías. La exención de las ordalías aparece dentro de una cláusula más amplia de exención de malos fueros, pero en muchos fueros aparece esta cláusula de exención de malos fueros, sin que se mencione para nada a las ordalías ⁵¹⁵. ¿Cómo debe interpretarse este silencio? Decir que la no inclusión de las ordalías en la cláusula de exención permite afirmar su exclusión del ámbito de aplicación del mencionado fuero, chocaría con las exenciones expresas mencionadas. Deducir

512. Vid. BARRERO GARCÍA, *Los fueros* cit. 543.

513. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, III 853 (26-X-1209) 496.

514. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, III 853 (26-X-1209) 494.

515. Recogemos aquí algunas de estas cláusulas en base únicamente a la edición de fueros de Muñoz; prescindimos de indicar las falsificaciones, pues si los datos no son válidos para la fecha atribuida al documento, si lo son para el momento de la falsificación; MUÑOZ 14-15; 25-26; 34; 58; 99; 171; 178, 206; 227...

del silencio de los fueros, en la cláusula de exención, la utilización de las ordalías dentro de su ámbito de aplicación, chocaría con la regulación expresa del empleo de las ordalías en determinados fueros. Ambas soluciones, en teoría, son posibles, pero es difícil decidir en cada caso concreto por cuál inclinarse. En el fuero de Peralta, concedido por García, rey de Navarra, en 1144, se afirma: «et non habeatis nulla sayonia, neque nulla mala facendera, neque manaria, neque fosatariam», pero, como hemos visto, a pesar del silencio sobre el empleo de las ordalías en la cláusula general de exención, se prohíbe el acudir a la lid⁵¹⁶.

No termina aquí, sin embargo, el problema del silencio de los fueros. Al parecer, conocemos dos fueros diferentes de Nájera; el primitivo guarda silencio sobre el empleo de las ordalías, pero las mismas aparecen reguladas, aunque sea de forma indirecta, en la redacción de la época de Alfonso VII⁵¹⁷.

El 25 de marzo de 1132, Alfonso el Batallador concede a los pobladores de Asín el fuero del burgo nuevo de Sangüesa, estableciéndose que no tengan «ulla torna per ferro neque per batalla, et salve se cum sua iura plana»⁵¹⁸, pero ni en la confirmación de Alfonso el Batallador a los pobladores del Burgo de Sangüesa de los fueros concedidos por Sancho Ramírez, ni en la concesión de Alfonso I el Batallador a los pobladores del Burgo nuevo de Sangüesa del mismo fuero que Sancho Ramírez había otorgado a los del burgo viejo aparece por lado alguno una exención semejante⁵¹⁹. En 1179 el maestre de la orden de Santiago concede un fuero a Uclés, que es confirmado por Alfonso VIII, donde se guarda silencio sobre el empleo de las ordalías⁵²⁰, mientras en el fuero redactado en el siglo XIII aparece regulado el empleo de la lid⁵²¹. En el fuero de Tafalla, datado en 1157, que su editor considera sin em-

516. MUÑOZ 546 y 548.

517. Vid. supra n. 435, en la edición allí mencionada.

518. LACARRA-MARTÍN DUQUE, *Fueros I* 1, 6 (25-III-1132) 124.

519. LACARRA-MARTÍN DUQUE, *Fueros I* 1, 3 (II-1117) 114-115; 4 (II-1122) 115-116. Cf. que en el fuero de Jaca no hay tampoco una exención semejante; únicamente se establece que no acudan al duelo, si las dos partes no están de acuerdo.

520. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, III 315 (III-1179) 517-522.

521. Vid. supra n. 459.

bargo una redacción del siglo XIII, realizada por el propio concejo, se establece que por ningún pleito sus habitantes deban llevar el hierro candente o someterse a la prueba de las candelas ⁵²², pero en los fueros concedidos a Tafalla en 1066 (?) y confirmados en 1157 por Sancho el Sabio, se guarda un silencio absoluto sobre las ordalías ⁵²³. Este supuesto, además, sirve para ejemplificar perfectamente el problema de las prohibiciones, es decir el valor que debe atribuirse a las mismas.

Para terminar, únicamente queremos aludir al fuero de Llanes, pues está en relación con el problema de la fecha de redacción del fuero de León. Como se sabe, Llanes recibe el fuero de Benavente y en Benavente, en 1167, sus habitantes reciben un fuero de Fernando II, por el cual se les otorga el fuero de León, y que viene a completar uno anterior, que no ha llegado a nosotros.

El fuero de Benavente parece ser que tuvo una amplia difusión ⁵²⁴. Según la redacción que conocemos, en el fuero de León se regula el duelo y la ordalía del agua hirviente, sin embargo, un grupo de fueros, emparentados con este fuero a través del de Benavente, presentan la exención de estas pruebas, con diferentes variantes; para García-Gallo la ausencia de esta exención en el fuero de Villafranca y en el fuero de Milmanda significa que la misma no aparece en el fuero primitivo de Benavente como tampoco aparece en el fuero de Benavente de 1167 ⁵²⁵. Tenemos así que el fuero de León regulaba las ordalías del agua hirviente y del duelo, sobre las que guardan silencio el primitivo fuero de Benavente y el de 1167; el fuero de Llanes excluye el empleo de la prueba caldaria ⁵²⁶ y lo mismo hace el fuero de Parga ⁵²⁷, mientras el fuero de Sanabria de 1220 prohíbe el empleo de la ordalía del hierro

522. Vid. supra n. 415.

523. LACARRA, *Notas* cit. 1 (1066 [?]-1157) 253-254.

524. Vid. para estos problemas, GARCÍA-GALLO, *Benavente* 1143 ss.

525. GARCÍA-GALLO, *Benavente* 1163; téngase en cuenta que García-Gallo habla de la exención de determinados malos fueros, por ello incluye igualmente el Fuero de León, que regula en sus capítulos 19 y 40 las ordalías del duelo y del agua hirviente.

526. Vid. supra p. 126. GARCÍA-GALLO, *León* 94 n. 173, con otra interpretación.

527. Ed. González p. 648-649: «qui uicinus fuerit in Parrega non dabit fumaticam nec panatariam in Parrega, nec habeat fornum de rege, nec caldam, nec sigillum per circuitum uille».

candente y del agua hirviente ⁵²⁸. Independientemente de la fecha que se le quiera atribuir al fuero de León, en el momento de la aparición del fuero de Benavente y de los fueros emparentados, estaría ya redactado en la forma en que lo conocemos, sea que esta forma la haya adquirido en el 1020, sea que la haya adquirido con el falsificador Pelayo. En ambos casos cabe preguntarse, ¿puede utilizarse el duelo en las tres últimas localidades mencionadas? ¿Por qué estas exenciones en estos fueros, mientras se guarda silencio sobre las mismas en los demás fueros emparentados?

El panorama del empleo de las ordalías podría presentarse bajo luces diferentes, según la valoración que demos a determinadas fórmulas empleadas en los fueros. Sólo queremos poner de relieve la ambigüedad de las mismas, pues la resolución de estas ambigüedades, en el supuesto de que puedan ser resueltas, corresponde al momento de proceder a su estudio.

Piénsese, por ejemplo, en la afirmación de Viterbo de que «quando em nossos forais antigos, se diz. v. g. "omnes intentiones sint per inquisitionem bonorum hominum, et non per iudicium", este juizio e o que o direito de Idade Média chamava Juizo de Deos, v. g.: ferro quente, agua fervendo; juramento, desafio, etcétera» ⁵²⁹. Muchos de los fueros no mencionados por guardar silencio sobre las ordalías, tendrían que ser utilizados para testimoniar el empleo de las ordalías. Pero la afirmación de Viterbo, aun teniendo, quizá, su núcleo de verdad, no puede ser aceptada sin más. En el fuero de San Julián, cedido en 1161 por el abad del monasterio de Santa María de Husillos, se dice, «non currat pesquisa inter dominum predice uille, quicumque fuerit, et uasallus eius sed iudicium» ⁵³⁰. ¿Se prohíbe la pesquisa y se establece, con carácter general, la ordalía? Bastaría con examinar las exenciones de Alfonso VIII, que mencionaremos más adelante, para comprobar que se ponen en un mismo plano las ordalías y la pesquisa.

Muñoz y Romero, por su parte, al comentar la concordia entre el abad de Sahagún y doña María Gómez en 1156, en la que se dice

528. Vid. supra p. 126.

529. VITERBO, *Elucidario* cit. 340 s. v. juizio.

530. Ed. Sáez p. 559.

que «pro homicidio, et pro Rosso delindent se cum quinque de escolleita, aut cum duodecim de volta de suo concilio»⁵³¹, afirma «delindent, peleen. Se refiere a la prueba judicial de la batalla con armas»⁵³². Es posible que tengan razón Muñoz y Romero en su afirmación, pero ésta no puede hacerse con carácter general, pues dicha terminología aparece en diversos fueros, en los que se excluyen precisamente las ordalías, tal como ocurre con el fuero de Palenzuela⁵³³, donde se afirma «delindet se cum suo foro ipse et alter cum eo», que quizá quiera decir que se libre por juramento suyo y de un vecino, como parece mostrar, aunque sea en época posterior, el fuero de Santo Domingo de la Calzada, al afirmar «salbet se pro suo foro, id est, pro sua iura et non amplius»⁵³⁴. El término «delindet» da la impresión que tiene el sentido de deslindar, de purgarse en último término de las responsabilidades, el mismo sentido que puede traducirse por otras palabras, así cuando en el fuero de Peralta de 1144 se dice «et si non fuerit probatus delibret se sibi tercio» o, más claramente todavía, «et homine de alia terra qui clamaret ad homine de Petralia ad batalia non habeat batalia sed... discriminet se cum duos de sos vecinos»⁵³⁵. A veces puede incluso que se unan conceptos parecidos, así cuando se establece en el fuero de Balbimbre, dado por Alfonso VIII en 1187: «pro demanda furti et hereditatis purget et delindet se cum uno tanto suo uicino»⁵³⁶.

Y este último fuero nos sirve para señalar que la aparición de testigos y juramentos para solucionar las cuestiones jurídicas no es suficiente para desechar el empleo de las ordalías, salvo que tal aparición vaya acompañada de un precepto semejante al recogido en F. Madrid 27. Pese a que no existe un precepto expreso de exclusión de las ordalías, es muy posible que el fuero de Balbimbre no conozca este sistema de pruebas, ya que establece que los juramentos se presten en Balbimbre y señala que, en caso de homici-

531. MUÑOZ 176-177.

532. MUÑOZ 176 n. 3.

533. Vid. supra p. 123.

534. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, III 800 (29-IV-1207) 407.

535. MUÑOZ 547-548.

536. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, II 476 (18-VI-1187) 817.

dio, el acusado se salve con doce, jurando con seis de ellos, mientras, como hemos visto, en las demandas por hurto o de heredad se salva con tan solo un vecino, añadiendo el fuero que «pro omnia alia calumpnia iuret ipse solus tantum, et si non compleuerit, pactet suum forum»⁵³⁷, pero siempre es posible que nos encontremos con ejemplos como el ofrecido por el fuero de Cetina, en el que si el acusado de la muerte de una persona o de la violación de una mujer, a falta de testigos, se salva con su juramento y el de algunas otras personas, sin embargo el acusado de hurto tiene que acudir a la ordalía del hierro candente⁵³⁸. Dada la regulación fragmentaria que encontramos en estos fueros, es siempre posible que se hayan utilizado las ordalías, pese al silencio sobre las mismas y a su exclusión en determinados supuestos⁵³⁹. Recuérdese, además, la forma un tanto redundante de establecerse la prohibición de las ordalías en los fueros alaveses, ya mencionados. La prohibición de las ordalías precede a la afirmación de que los habitantes de las diferentes localidades, «si potuerit firmare cum duobus uicinis istius uille pectent suam calumpniam qualis iudicata fuerit et si non potuerit firmare audiat suam iuram et dimittat eum»⁵⁴⁰.

De otro alcance son las variaciones que en el panorama del empleo de las ordalías puede introducir la equivocidad de determinados términos. Así, el término batalla, en sentido estricto, alude al duelo, pero en sentido amplio sirve para aludir a cualquier tipo de ordalía⁵⁴¹. Baste recordar aquí F. Palencia 17, que señala que en Palencia no tendrá lugar batalla por cosa alguna, mientras se alude a la prueba caldaria en F. Palencia 34.

Otro tanto podría decirse del término «torna», que, aparte de un valor genérico⁵⁴² puede aludir al duelo o a cualquier otro tipo de

537. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, II 476 (18-VI-1187) 817.

538. Vid. supra p. 130.

539. Cf. la regulación de los fueros extensos, que puede admitir el empleo de las ordalías en casos insospechados, aunque no hemos dado todos los testimonios del empleo de las ordalías.

540. Vid. supra n. 421 ss.

541. F. Jaca A 28 (batalla); 117 («per bataylla...de ferre calt»); 40 («de tota batalla... asi de ferre calt com de dos omnes»); 206 («lo ferre calt o bataya»).

542. Vid. CANELLAS, *Zaragoza* 8 (14-VI-(1134)) 91.

ordalía. Es suficiente recordar aquí algunos textos ya mencionados, así el fuero de Arguedas simplemente señala que los habitantes de dicha localidad «non abeant torna»; el fuero de Sahagún de 1085 alude a que «ad torna litiget» y el fuero de Asín establece que los habitantes de dicha localidad no tengan «ulla torna per ferro neque per batalla»⁵⁴³.

El riepto conduce normalmente a un duelo, pero no siempre sucede así, de aquí que la alusión a un riepto, no puede llevar a concluir necesariamente que, en el ámbito del fuero que menciona el riepto, se empleen igualmente las ordalías⁵⁴⁴.

Podríamos cerrar este muro de lamentaciones, recordando que en 1168 se concedió fuero a los habitantes de la villa de Madrigal del Monte por el obispo y cabildo de la catedral de Burgos, en el que se establecía que en caso de sospecha, «si negatur coram sex vicinis directureris purgetur»⁵⁴⁵.

Señalados estos obstáculos, que tienen que permanecer insoportables, será suficiente con ocuparnos de los problemas que presentan las fórmulas de prohibición de las ordalías, para poder así determinar su alcance, en otras palabras, para determinar cuáles ordalías estaban prohibidas.

Dado que tenemos la serie completa de determinados monarcas o de algún reino, podemos mostrar de forma más clara este problema, siguiendo esta documentación. En base a la documentación de Alfonso VIII, si prescindimos de los fueros municipales extensos, que le han sido atribuidos, y que quizá no son obra suya, podemos decir que la política de Alfonso VIII se centra en dos tipos distintos de prohibiciones de las ordalías; por un lado, en la regulación de la muerte acaecida en tumulto, cuando los parientes del muerto no pueden elegir por recta inquisición al culpable, entonces el elegido como tal por los parientes se salvará, el solo, por juramento, «et ibi non sit torna». Esta prescripción se encuentra en el fuero de Santander de 1187⁵⁴⁶, en el fuero de Silos de

543. Vid. supra p. 124, 128 y 124.

544. F. Marañón, en RODRÍGUEZ DE LA LAMA, *Rioja* II 62 (1121-1123) 120=MUÑOZ 496; cf. CANELLAS, *Zaragoza* I (I-1119) 83=MUÑOZ 448.

545. SERRANO, *Burgos* III 140 (4-III-1168) 233.

546. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, II 484 (11-VII-1187) 386=MARTÍNEZ DÍEZ, *Santander* 8 (11-VII-1187) 593 cap. 26.

1209⁵⁴⁷ y en el fuero de Santillana del Mar de 1209⁵⁴⁸. Al lado de esta fórmula se encuentra otra en la que se establece, como ocurre en 1191 en el fuero de Arganzón, «et non habeatis forum de facere iudicium in ferro neque in aqua callida neque in batalia»⁵⁴⁹. En el fuero de Santo Domingo de la Calzada, del 1207, se dice que sus habitantes «non habeant foro de bella facere, neque de ferro, neque de calida, neque de pesquisa»⁵⁵⁰. En 1209, en el fuero de San Juan de Cella se establece que sus habitantes «non habeant forum de lidiar ni con baston ni con ferro ni con calda»⁵⁵¹. En el fuero de Villaverde-Mojina, concedido en fecha incierta, pero anterior en el tiempo al mencionado de San Juan de Cella, se afirma que «homines de Villauridi non habeant forum preliando cum clipeo neque cum baculo neque cum ferro neque cum aqua calida»⁵⁵². En el fuero de Frias, que no está fechado, se señala que sus habitantes «non habeant foero de bellam facere, nec de ferro, nec de calida, nec de pesquisa»⁵⁵³. Finalmente, en el fuero de Medina de Pomar, también sin fecha, se establece que sus habitantes «non habeant forum de duello faciendum, nec de ferro, nec de aqua callida, nec de pesquisa contra vicinum suum»⁵⁵⁴.

El alcance de estos dos tipos de prohibiciones es muy distinto: en el segundo se prohíbe el empleo de las ordalías, mientras en el primero se excluye su empleo en la muerte en tumulto, lo que no quiere decir que no puedan emplearse en otras ocasiones.

En principio podría afirmarse que la tendencia de Alfonso VIII se inclina a combatir el empleo de las ordalías, pero no debe olvidarse, antes de sentar esta afirmación, que la prohibición del empleo del duelo contra el sospechoso de una muerte en tumulto no significa su no admisión en otros supuestos; que Alfonso VIII ha concedido otros fueros, en los que se guarda silencio sobre las

547. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, III 853 (26-X-1209) 496.

548. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, III 855 (12-XII-1209) 503=MARTÍNEZ DÍEZ, *Santander* 10 (12-XII-1209) 598 cap. 26.

549. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, III 579 (XII-1191) 34. Vid. supra n. 425.

550. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, III 800 (29-IV-1207) 404.

551. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, III 854 (6-XI-1209) 499.

552. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, III 948 (—) 640.

553. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, III 950 (—) 641-642.

554. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, III 951 (—) 646.

ordalías⁵⁵⁵ y, por último, que Alfonso VIII, en 1184, está presente en un pleito entre dos municipios a cerca de tres majadas, que se resolverá por medio de un duelo⁵⁵⁶. Y prescindimos aquí del fuero de Cuenca, por las razones expuestas en otro lugar, ya que excluimos que, tal como lo conocemos, sea obra del monarca mencionado, pues en el mismo aparecen regulados el duelo y la ordalía del hierro candente.

La exclusión del duelo en la muerte en tumulto parece arrancar del fuero concedido en 1152 por el rey Alfonso VII y el abad D. Diego del monasterio de Sahagún a Sahagún⁵⁵⁷. Así se explica que vuelva a aparecer en fueros más o menos a él vinculados como hemos visto, así ocurre en el fuero de Allariz⁵⁵⁸ y en el fuero de Ribadavia, algo posterior, del 1164⁵⁵⁹. Durante el reinado de Alfonso IX vuelve a aparecer esta regulación sin que pueda hablarse de una política clara de este monarca. Al lado de fueros, en los que se guarda silencio sobre las ordalías, aunque por medios indirectos podría llegarse a pensar en su prohibición⁵⁶⁰ aparece alguna prohibición general un tanto extraña; así en el fuero de Castroverde se establece que «lis non currat nec ferro nec calda nec testimonio»⁵⁶¹. En el fuero de Sanabria se establece que no exista «juicio de fierro calient o de agua, al que dicen de calda»⁵⁶², en el fuero de Ribas de Sil se dice que «non debet ibi fieri cal-

555. *F. Pampliega*, en GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, III 836 (31-I-1209) 465, que utiliza, sin embargo, la fórmula general de exención.

556. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, II 429 (12-XII-1184) 741-742.

557. MUÑOZ 312. Es cierto que aparece en el *F. Avilés* 33=*F. Oviedo* (33), y que, dada la fecha de confirmación de *F. Oviedo*, éste sería anterior al fuero de Sahagún; pero nos parece dudoso que, tal como los conocemos, estos fueros puedan ser anteriores a 1152; añádase, además, que ni en *F. Oviedo* ni en *F. Avilés* aparece la alusión de que no haya torna, pese a que en ambos se regula el duelo y la ordalía del hierro candente; una razón más para justificar lo dicho en el texto: la exclusión del duelo en la muerte en tumulto no significa que no se utilice el mismo en otros supuestos.

558. *F. Allariz* 20—ed. Vázquez Núñez 166—.

559. *F. Ribadavia* 20—ed. Meruéndano 363—.

560. Cf. *F. Villafranca*, en GONZÁLEZ, *Alfonso IX*, II 49 (1-II-1192) 80-81.

561. GONZÁLEZ, *Alfonso IX*, II 163 ((1202)) 230.

562. Vid. supra p. 126.

da»⁵⁶³ y, como hemos visto ya, en el fuero de Llanes y en el fuero de Parga se exime a sus habitantes de la prueba caldaria⁵⁶⁴. Finalmente en el fuero de Bonoburgo de Caldelas de 1228, emparentado con los de Allariz y Ribadavia, se establece también que en la muerte en tumulto «non seya hy torna»⁵⁶⁵.

El panorama que nos ofrece, por su parte, Cataluña presenta unas características especiales. Desde finales del siglo X aparece testimoniado el empleo de la ordalía del agua hirviente, que se desarrolla a partir de la mitad del siglo XI, mientras, paralelo a este florecer de la ordalía del agua hirviente, cobra cada vez mayor impulso el empleo de la ordalía del duelo. También desde los primeros años del siglo XI aparece empleada la ordalía del agua fría, a la que se acude, como hemos visto, para reparar la tregua violada. Estas tres ordalías son las reguladas en los Usatges.

Sin embargo el silencio que ofrecen las cartas de población y franquicias de Cataluña sobre la regulación de las ordalías en los primeros tiempos es total. Si seguimos la edición del prof. Font Rius, podemos constatar que las primeras cartas pueblas guardan silencio sobre el empleo de las ordalías. La alusión que parece remontarse a la carta puebla originaria de Wifredo el Velloso, que aparece recogida en la otorgada por el conde Borrell el 23 de abril del 986 a Cardona, al regular la legítima defensa, señalando «et postea nullam calumpniam pertimesceret in nullum iudicium»⁵⁶⁶ no puede, sin más, identificarse con una alusión al recurso ordalíaco. Sólo de forma indirecta puede pensarse en una alusión al sistema ordalíaco, concretamente a la ordalía del agua fría, en una carta de población concedida por el abad de S. Vicente de Cardona, en compañía del vizconde de Cardona, a los habitantes de esta villa, entre el 1102 y el 1125, al aludirse a la «tregua Dei»⁵⁶⁷. La tregua de Dios se vuelve a mencionar en una carta de franquicias concedida por Ramón Berenguer III a los habitantes del Castillo de Olérdola en 1108⁵⁶⁸. Esta alusión indirecta podía tam-

563. GONZÁLEZ, *Alfonso IX*, II 458 (2-VII-1225) 571.

564. Vid. supra p. 126, 144.

565. GONZÁLEZ, *Alfonso IX*, II 523 ([28-IV]-1228) 625-626.

566. FONT 9 (23-IV-986) 15.

567. FONT 44 ([1102-1125?]) 74.

568. FONT 45 (26-XI-1108) 77-78.

bién quizá encontrarse en la concesión a los habitantes de Tarragona de las «leges et bonas consuetudines Barchinonensis curiae», pero ya en época algo más tardía⁵⁶⁹. Todo ello no mostraría sino el silencio sobre el régimen ordalíaco en las antiguas cartas de población.

Hay que esperar a la concesión de aquellas cartas pueblas, que constituyen el eje de la población, rondando la mitad del siglo XII, para encontrar mencionada, por vez primera, esta prueba. Esto sucede en la carta puebla de Tortosa, otorgada por Ramón Berenguer IV en 1149, donde se establece que «per clamorem aut per ullum reptir quod vobis facerem non faciatis mecum bataiam neque cum ullo seniore aut baiulo de Tortosa»⁵⁷⁰; es decir, se excluye la ordalía de la batalla —¿el duelo?— para decidir las cuestiones entre los habitantes de Tortosa y el monarca y algún señor o bajulo de Tortosa, lo que puede hacer llevar a pensar que entre sí pueden utilizar esta prueba para resolver sus cuestiones jurídicas. Esta misma prescripción, manifestada de forma más clara, aparece igualmente en la carta puebla de Lérida, concedida en 1150⁵⁷¹ y con ligeras variantes en la carta puebla de Agramunt, concedida en 1163⁵⁷². Tras esta carta puebla, debemos dar un salto de veinte años, para llegar hasta la carta de franquicias otorgada por Alfonso I a los habitantes de Puigcerdá, en 1182, donde se establece «quod omnis populator habens valentem mille solidos, inter mobilem et immobilem, credatur per sacramentum de placito C. solidorum, sine alio iudicio et absque prelio»⁵⁷³, que supone una limitación en el empleo de las ordalías, en concreto de la

569. Vid. los datos y las razones de esta afirmación en IGLESIA FERREIRÓS, *La creación* cit. 274 ss.; la aparición es tardía.

570. FONT 75 (30-XI-1149) 124.

571. FONT 79 (I-1150) 131: «Et quod nos aut aliquis senior vel castlanus sive vicarius aut baiulus Ilerde homo vel femina non faciamus vel faciant ullam forciam vel districtum in personis vestris neque in possessionibus vestris; et quod nos aut ullus senior vel baiulus Ilerde non possimus vel possint vos inculpare aut increpare de aliquo absque legitimis et idoneis testibus; et quod non faciatis nobiscum aut cum aliquo seniore vel baiulo Ilerde bataiam». Para la interpretación dada, vid. lo que sucede en Lérida y Tortosa, y la opinión de Font, en su edición de la C. P. de Tárrega.

572. FONT 122 (13-XI-1163) 177.

573. FONT 167 (VI-1182) 234.

ordalía del duelo, en atención a la riqueza. De nuevo hay que dar otro salto de veinte años, para encontrar, en la carta de franquicias concedida por Pedro I a los habitantes de Colliure, la exención del «iudicium ignis et aque»⁵⁷⁴, que puede provocar dudas sobre el alcance de la misma. En la carta de población concedida por Gombaldo de Santa Oliva a los habitantes de Lledó, en 1210, se encuentra una prescripción parecida a la encontrada en las cartas pueblas de Tortosa, Lérida y Agramunt; no se olvide que el concedente es el obispo de Tortosa, quien establece que «per clamorem aut per ullum repetir quod vobis facerem non facietis mecum bataiam neque cum seniore aut baiulo de Ledone»⁵⁷⁵. Pedro I, en la carta de franquicias concedida a los habitantes de Balaguer, en 1211, aclara algo más, pero, al mismo tiempo, quizá complique la situación, al declarar que los habitantes de Balaguer en sus controversias con el monarca o con sus caballeros y castellanos de aquella ciudad «semper sint liberi et inmunes et penitus alieni a iudicio sive purgatione candentis ferri et aque calide vel frigide, ita scilicet ut in huiusmodi iudiciis sive purgationibus tenentur solummodo simplex iuramentum prestare salvis invicem vicinaliter purgationibus supradictis»⁵⁷⁶. Este mismo monarca, en 1213, con asenso de Nuño Sanç, concede a los habitantes de Salses una carta de franquicias, donde se establece que en Salses y en su término «non fiat unquam nec sit bellum nec iudicium aque frigide vel calide aut iudicium ignis vel ferri inter habitatores ipsius castri et ville de Salsis vel inter extraneos ibi venientes; nec nos nec nostri nec possint probare vel averare per sagiones curie vel etiam per alios curiales aliquid alicui homini vel femine prefati castri et ville de Salsis»⁵⁷⁷. En 1225, en la carta de población y franquicias otorgada por Nuño Sanç a los habitantes de Bellver, volvemos a encontrar una limitación en el empleo de las ordalías ya conocida, al establecerse en dicha carta «quod omnis populator et habitator in dicto podio habens valentem mille solidos inter mobile et immobile, credatur per sacramentum de placito centum solidorum, sine alio

574. FONT 223 (24-VIII-1207) 309.

575. FONT 232 (13-X-1210) 325.

576. FONT 234 (16-IX-1211) 327.

577. FONT 237 (21-II-1213) 332.

iudicio et absque prelio»⁵⁷⁸. Aunque de forma no expresa, pero si implícita, esta limitación prueba el empleo del duelo en Bellver. Pocos años más tarde, Nuño Sanç concede a los habitantes de Clará una carta de franquicias, que vuelve a presentar algunas dificultades de interpretación, al establecer que «non fiat unquam nec sit bellum ab hominibus vel populatoribus nostris, nisi fieret de voluntatem eorumdem, vel iudicium aque frigide vel calide, aut iudicium ignis vel ferri, inter habitatores et populatores nostros ipsius castri et ville de Clerano, vel inter extraneos ibidem venientes in dominatione nostra»⁵⁷⁹. ¿Se distingue entre una ordalía del fuego y una ordalía del hierro candente, de la misma manera que se distingue entre una ordalía del agua fría y una ordalía del agua hirviente? Y terminaremos, para no seguir adelante con esta enumeración, con una carta de población otorgada por Ramón de Setmenat a los habitantes de Castles, que vuelve a recoger la antigua prescripción aparecida por vez primera en la carta puebla de Tortosa, «per clamorem aut per ullum reptum quod vobis facerem non faciatis mecum bellum neque cum ullo seniore aut baiulo de Castles»⁵⁸⁰.

Son estas las cartas pueblas, salvo error, en las que se alude expresamente a las ordalías. Es muy posible que no sean las únicas que prohíben o limiten o regulen su empleo en Cataluña; de forma indirecta, quizá se excluya el empleo de las ordalías por ejemplo en la carta de población otorgada por Bernardo de Anglesola a los moradores de Golmés, en 1204, al establecer que el concedente «aut ullus senior vel baiulus nec saionus de Golmers non valeamus neque possint vos inculpare neque blasphemare de aliquo absque legitimis et idoneis testibus»⁵⁸¹; la exclusión de las ordalías parece limitarse a las relaciones entre los habitantes y los señores, como mostraría la comparación con el precepto de la carta puebla de Tortosa. Esta exclusión tácita de las ordalías, aunque sea en un campo limitado, debe darse por cierta, si no nos equivocamos en la interpretación de la carta puebla de 1225 concedida en Bellver,

578. FONT 248 (26-XII-1225) 354.

579. FONT 261 (12-XII-1233) 375.

580. FONT 270 (13-VIII-1237) 392.

581. FONT 218 (30-VII-1204) 300.

en la carta puebla concedida a esta misma localidad, en 1243 por Jaime I, donde se establece que «quilibet vestrum credatur usque ad sumam C solidos si suum valebit mille solidos»⁵⁸².

Si quisiéramos resumir el contenido de estas distintas prescripciones, podríamos acogerlas dentro de tres apartados diferentes: a) exclusión del empleo de la batalla para dilucidar las cuestiones entre el señor y los habitantes de las localidades de Tortosa, Lérida, Agramunt y Lledó. ¿Qué se entiende por batalla y cómo se interpreta esta prohibición? En la carta puebla de Castles se utiliza el término «bellum», pero en la carta puebla de Balaguer se excluye la prueba del hierro candante, del agua fría y del agua caliente, mientras se guarda silencio sobre el duelo; además claramente pone de relieve que los pleitos entre los vecinos pueden resolverse acudiendo a las mencionadas ordalías⁵⁸³; b) exclusión del empleo de la lid para dilucidar pleitos que no rebasen un determinado montante económico, cuando las partes tienen un patrimonio de un valor establecido; esto ocurre en Puigcerdá y Bellver, en 1225 y, podríamos añadir, en 1243; c) prohibición del empleo de las ordalías, con mención de la ordalía del fuego y del agua en Colliure, del duelo, del agua fría y caliente, del fuego y del hierro candente en Salses, y de las mismas ordalías en Clará, pero incorporando la indicación que tales pruebas no tendrán lugar, sino es con el acuerdo de ambas partes; principio que quizá no deba limitarse únicamente al duelo, sino que deba extenderse a todas las ordalías mencionadas.

Sólo este último grupo excluye, de forma tajante, el empleo de las ordalías, aunque no siempre es fácil de saber si prohíben las mencionadas cartas pueblas el empleo de todas las ordalías o exclusivamente de las mencionadas. El grupo b) parece excluir la lid en determinados casos, dando así ocasión para pensar que sería posible su empleo fuera de aquellos límites, sin que se pueda afirmar que al lado del duelo judicial pudieran emplearse otras ordalías. Finalmente, el grupo a) excluye el empleo de la batalla para resolver las cuestiones entre vecinos y señor, sin que se pueda identificar plenamente el significado de «batalla», salvo en Castles,

582. FONT 279 (6-I-1243) 406.

583. Vid. *infra* p. 156 ss.

donde el término «bellum», parece aludir al duelo judicial. ¿Pueden emplear entre sí los vecinos de estas localidades las ordalías? ¿Qué ordalías pueden utilizar? Sólo en la carta puebla de Balaguer se alude expresamente a esta utilización de las ordalías para resolver las controversias entre los vecinos, pero sin mencionar, entre las ordalías, el duelo.

Esta misma posibilidad debió darse en las otras localidades mencionadas, a la vista, en algunos casos, de las redacciones posteriores de su derecho. El problema, sin embargo, radica en determinar si la interpretación del término batalla, en sentido amplio, se hizo desde el primer momento, pues la ampliación de su sentido pudo llevarse a cabo con el transcurso del tiempo. En 1196, al confirmar Pedro I y el conde de Urgell, Ermengaud, la carta de población de Lérida, establecen que sus habitantes no hagan con las mencionadas personalidades «aut cum aliquo seniore vel baiulo Ilerde batallam per hominem nec per ferrum, nec per aquam, nec per aliud iudicium»⁵⁸⁴. El hablar de «batallam per hominem» podría hacer pensar que la confirmación no tiene otra finalidad que la de aclarar lo establecido en 1150, sin por ello modificar o alterar el originario alcance de la prescripción, contenida en la primera carta, pero, quizá, quiera especificar la antigua prescripción, que los señores de la ciudad no respetaban, acudiendo a las otras ordalías.

En la redacción del derecho leridano de 1228, Guillermo Botet sintió la necesidad de recoger ambos privilegios, y así nos encontramos en el capítulo 6, con la afirmación de que los habitantes de Lérida no hacen «batalliam» con los condes concedentes, ni con ningún señor o batlle de Lérida, mientras en el capítulo 27 se establece que los habitantes de Lérida no están obligados a hacer con los concedentes «batalliam... per hominem uei ferrum nec per aliud iudicium, nec per aquam», es decir duelo, ordalía del hierro candante y ordalía del agua, sin especificar cuál de las ordalías del agua o si se excluyen los dos tipos; la inclusión de «per aliud iudicium» parece indicar que se excluye cualquier tipo de ordalía.

584. F. VALLS-TABERNER, *Les fonts documentals de les «Consuetudines Ilerdenses»*, en *EUC* 11 (1926) 150.

La redacción de 1228 admite entre los vecinos el empleo de las ordalías, sobre el cual guardaba silencio la carta originaria y la confirmación de 1196. Entre la redacción originaria del privilegio de 1196 y la del artículo 27 existe una pequeña diferencia, que viene representada por la colocación de la mención de la ordalía del agua. Este hecho quizá sirva para que no se haga una trasposición mecánica de la regulación de las relaciones entre el señor y los habitantes de Lérida a la regulación de las relaciones entre los ciudadanos.

Como hemos dicho, en la redacción de 1228 de las costumbres de Lérida se establece que las controversias entre los vecinos pueden resolverse por medio de las ordalías. Dentro del apartado de las costumbres no escritas hasta aquel momento, se recoge, a partir del capítulo 125, la regulación de las ordalías, bajo el título «De tornis». C. Lérida 125 establece, de forma quizá sorprendente dada la tradición catalana, el empleo de la ordalía del hierro, «quia non utimur tornis aque». Al lado de la ordalía del hierro candente, se menciona igualmente la ordalía del duelo. C. Lérida 128 determina cuándo debe emplearse la ordalía del hierro: los campesinos y los ciudadanos inferiores deben utilizar esta ordalía. En C. Lérida 141 se reconoce la posibilidad de que la mujer, que ha tenido un hijo fuera del matrimonio, acuda a la «torna», para obligar a que el padre alimente a su hijo, pero sin especificarse qué tipo de torna debe utilizarse, quizá en atención al establecimiento de un principio general en C. Lérida 128.

Los habitantes de Tárrega, que recibieron una carta de franquicias concedida por Ramón Berenguer III, en 1116⁵⁸⁵, en la que se guarda silencio sobre las ordalías, regularán su empleo en la redacción de su derecho acometida en 1243, concedida por Jaime I. El empleo de las ordalías queda a la voluntad de las partes y la regulación de este precepto muestra al mismo tiempo la fluidez del lenguaje y su imprecisión. Se contraponen «tornas» y «batalla», incluyéndose en aquellas la ordalía del agua fría y del agua hirviente y la ordalía del hierro candente⁵⁸⁶. Su valor para la interpretación

585. FONT 48 (5-II-1116) 81-82.

586. C. Tárrega 9: «Stare non teneatur aliquis ad batalliam neque tornas aque calide vel frigide vel ferri calidi nisi de voluntate partium fuerit».

de las cartas de franquicias es más limitado, al no tener un antecedente en que se recogiese las ordalías, pero al menos sirve para mostrar su empleo en el ámbito municipal.

De forma indirecta, y confirmando la interpretación llevada a cabo con las costumbres de Lérida, puede afirmarse quizá el empleo de las ordalías en Tortosa, en cuya carta de población se había excluido la batalla para resolver las cuestiones entre el señor y los moradores de Tortosa. En la redacción de su derecho, llevada a cabo a finales del siglo XIII, se prohíbe el empleo de las ordalías⁵⁸⁷. En C. Tortosa 1,1,12 se prohíbe el duelo y las ordalías del agua fría, del agua caliente y del hierro candente. Se establece la oposición entre batalla —duelo— y purgación —las ordalías mencionadas—. C. Tortosa 9,12,1 prohíbe el empleo de las batallas, que debe entenderse, a la vista del capítulo mencionado y de la comparación con los *Fori Valentiae* 133, que alude exclusivamente al duelo.

Esta prohibición de las ordalías parece afianzarse con el tiempo, pues las costumbres de la *Baiulia* de Miravet, que dependen de las costumbres de Lérida, también las prohíben. Se mantiene la prohibición de realizar con el señor el duelo —*proelium*— y ordalías —*iudicium ferri neque aque*— en C. *Mirabeti* 5, mientras la prohibición general vuelve a mostrar la fluidez y ambigüedad de la terminología. En C. *Mirabeti* 101 se afirma «hic non fiunt tornes aut iudicium ferri neque aque»⁵⁸⁸. Todavía en la compilación de las ordenaciones del valle de Aneu de 1337, realizadas por Arnau Roger III, que se recogen en un documento de 1398, se prohíbe el recurso al hierro candente, como se venía haciendo hasta aquella época, porque tal recurso «sia contra Deu e dret e raho e periglos a cos e anima»⁵⁸⁹.

El examen de las prohibiciones y de las regulaciones de las ordalías en los fueros mencionados hacen resaltar en primer lugar un

587. Bienvenido OLIVER, *Historia del derecho de Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las Costumbres de Tortosa* III (Madrid 1879) 516.

588. Las costumbres de Horta, vinculadas igualmente a las costumbres de Lérida, guardan silencio sobre las ordalías. Cf. C. *Mirabeti* 113, que refleja C. *Lérida* 141, pero excluyendo el recurso a las «tornas» y 17.

589. VALLS TABERNER, *Privilegis* II 6 (18-XII-1398) 223.

hecho, que no siempre parece haberse tomado en consideración. Las prohibiciones del empleo de las ordalías no abarcan todas las ordalías, cuyo empleo ha sido testimoniado en la península, ni los fueros, que regulan el empleo de las ordalías, se ocupan de todas ellas.

¿Cómo debe interpretarse este silencio? De forma un tanto aproximada podríamos decir que las prohibiciones, que aparecen en los fueros y cartas pueblas tardíos, suelen ser mucho más detalladas que las recogidas en los textos más antiguos. Esto ya presenta el primer problema. Recordemos, por ser el texto quizá más completo, la carta de franquicias de Clará, donde se establece que no se haga «nec... bellum... vel iudicium aque frigide vel calide, aut iudicium ignis vel ferri»⁵⁹⁰. ¿Puede afirmarse que se ayude a cinco tipos diferentes de ordalías? Un *iudicium ignis* se menciona de forma esporádica en los fueros concedidos a Alava, así en F. Antoñana de 1182 y F. Bernedo de 1182, mientras los fueros de Corres de 1256 y de Campezo de 1256, hablan de un juicio del fuego, pero su silencio en torno al empleo de la ordalía del hierro candente y la comparación con los demás fueros alaveses, donde se menciona la ordalía del hierro candente y se guarda silencio sobre la ordalía del fuego, quizá autorice a identificar en la ordalía del hierro candente ambas denominaciones diferentes. ¿Podría hacerse lo mismo con los testimonios catalanes? La aparición conjunta del *iudicium ignis vel ferri* de la misma manera que *iudicium aque frigide vel calide* parece indicar que se pretende distinguir dos tipos de ordalía, la ordalía del fuego y la ordalía del hierro candente, aunque la fórmula de la carta de franquicias de Colliure, «iudicium ignis et aque», llevaría a realizar la identificación que hemos llevado a cabo en los fueros alaveses⁵⁹¹.

Esta mención de la carta de franquicia de Colliure nos lleva a preguntarnos por el valor del «iudicium aque». Quizá deba distinguirse lo que sucede en Cataluña de lo que puede suceder en otros

590. Vid. supra n. 579. Cf. dentro de sus particularidades, C. Salses de 1213; Balaguer de 1211, donde falta la cita del duelo, y C. Colliure de 1207; «iudicium ignis et aque».

591. Cf. para la ordalía del fuego, BRUNNER DRG II 547 n. 42.

lugares. Mientras en Cataluña se conocían los dos tipos de ordalía del agua, en el resto de la península parece desconocerse la ordalía del agua fría. Así cuando F. Antañana de 1182, F. Bernedo de 1182, F. Corres de 1256 y F. Campezo de 1256 hablan de un juicio del agua, sin más, a la vista del resto de los otros fueros, debe llegarse a la conclusión de que sólo aluden a la ordalía del agua caliente; recordemos que el fuero de Sanabria de 1220 prohíbe el empleo del «juicio... de agua, al que dicen de calda». Sin embargo, cuando en la carta puebla de Colliure se menciona exclusivamente el juicio del agua, quizá se pretenda acoger ambos tipos de ordalía: la del agua fría y la del agua hirviente.

Hasta el momento hemos visto únicamente problemas de interpretación; otro carácter tiene la valoración de los silencios de los fueros. En los fueros alaveses se menciona, de forma regular, el duelo, la ordalía del hierro candente y la ordalía del agua hirviente, si aceptamos las explicaciones para el juicio del fuego y del agua. Sin embargo dudas ofrecerían los fueros de Laguardia y Labraza, que hablan de «batalla non de ferro nec de aqua calida». ¿Se guarda silencio sobre el duelo? Con el apoyo de los demás fueros, quizá sea aconsejable pensar en una redacción desafortunada y concluir que se mencionan, como en los restantes fueros, tres tipos diferentes de ordalía: duelo, hierro candente y agua hirviente.

Las cartas de franquicia catalanas ofrecen, en algunos casos, como hemos visto, una gran riqueza de menciones de los diferentes tipos de ordalías. Dentro de esta misma riqueza podrían incluirse, con las dudas señaladas, las cartas pueblas de Tortosa de 1149, Lérida 1150 y Lledó 1210, que con el término «batalla» pretenderían abarcar todas las ordalías, aunque no siempre estemos en condiciones de determinar hasta qué punto esta afirmación no es el resultado de una evolución posterior. La mención exclusiva de «bellum» o «proelium» en Puigcerdá en 1182 y en Bellver en 1225 se explicaría por recoger estas cartas de franquicias una limitación del empleo de las ordalías; no es así necesario entender que sólo se conocía el duelo en estas localidades. La mención de «bellum» en la carta de franquicias de Castles, mientras en las cartas más antiguas se utilizaba el término equívoco «batalla», sería el de más difícil interpretación. Quizá debiera entenderse que se alude única-

mente al duelo, por ser la única ordalía que todavía se sigue utilizando.

Los fueros de Alfonso VIII, como los fueros alaveses, prohíben el empleo de tres tipos de ordalía: el duelo —en algún caso se indica que es el duelo con escudo y bastón—, hierro candente y agua hirviente. Aquellos fueros donde se prohibía el empleo de las ordalías en la muerte en tumulto tienen el término «torna», de difícil interpretación. Es posible que en estos supuestos se aluda al duelo, por razón del delito, pero nada impide que puedan acogerse los tres tipos de ordalía que hemos mencionado. Los fueros de Fernando II y Alfonso IX, que están vinculados al fuero de Sahagún, ofrecen igualmente el término «torna»; para los mismos vale lo ya dicho. Los demás fueros de Alfonso IX ofrecen una variedad grande: el fuero de Castroverde prohíbe el empleo del duelo, del hierro candente y del agua hirviente; el fuero de Sanabria conoce ya solo el hierro candente y el agua hirviente; el fuero de Ribas de Sil menciona exclusivamente la prueba caldaria, como los fueros de Llanes y Parga.

Y con esto entramos ya en el problema de la interpretación de estos silencios. Los fueros más antiguos citan únicamente, para prohibirla, la prueba caldaria, tal como ocurre en el 955 —si se acepta esta fecha— y en su confirmación de 1012; también se menciona sólo la prueba caldaria en los ya mencionados fueros de Llanes y Parga, de la época de Alfonso IX, pero si reciben el fuero de León, a través del fuero de Benavente, es posible que haya permanecido en vigor el duelo. El duelo —de bastón— y el hierro candente se prohíben en F. Caparroso de 1102 y F. Santacara de la misma fecha; el duelo y la prueba caldaria se prohíben en F. Lerma de 1148; en F. Palencia se prohíbe la batalla y se regula el empleo de la caldaria. La prohibición de la lid, del hierro candente y del agua hirviente aparece en F. Palenzuela, F. Logroño y F. Miranda, todos ellos probablemente de la época del emperador⁵⁹² y F. Silos de 1135, del mismo monarca. F. Peralta menciona sólo la lid, mientras F. Arguedas del 1092 menciona la «torna», con los problemas de interpretación que hemos visto, lo mismo que F. Saha-

592. Si consideramos «non faciant bella de ferro, neque de calida», como una mala redacción.

gún de 1152. Queda por mencionar el fuero de Tafalla, en el que se alude a las ordalías de las candelas y del hierro candente, probablemente redactado en el siglo XIII.

¿Qué ordalías aparecen reguladas en los distintos fueros mencionados? El duelo se regula en F. Jaca, F. Estella, F. Sepúlveda, F. Sahagún de 1085, F. Calatayud, F. Guadalajara de 1133 y F. Medinaceli. La ordalía del hierro candente aparece regulada en los privilegios emparentados de San Juan de la Peña, Santa María de Alquezar, Hospital de Santa Cristina y San Pedro de Jaca, así como en F. Basbastro. La ordalía del agua caliente aparece regulada en F. Villavicencio. El duelo y la ordalía del agua hirviente se regulan en F. León de 1020. La ordalía del hierro candente y la del agua hirviente se regulan en F. Nájera. Finalmente el duelo y la ordalía del hierro candente se regulan en fuero Daroca y en los fueros de Estella, San Sebastián, Avilés y Oviedo, así como en la casi totalidad de las redacciones extensas de derecho, aunque en algunos de ellos sólo se conoce el duelo, mientras excepcionalmente en algún otro pueden mencionarse otras ordalías ⁵⁹³.

De esta enumeración pueden deducirse algunas conclusiones de un cierto valor, a nuestro entender.

Aludamos en primer lugar a la ordalía del hierro candente, una de las más mencionadas en los fueros tardíos. Por vez primera—dentro de los límites en que se mueven estas afirmaciones—aparece en la carta judicial de San Juan de la Peña y en las cartas judiciales emparentadas. Aparece en territorio aragonés y en sus fueros se recoge. Aparece también en las recopilaciones privadas de sus fueros, así como en las distintas redacciones del fuero de Jaca. También aparece en los fueros navarros y en el fuero General de Navarra. Los fueros de la familia Cuenca-Teruel recogen igualmente la regulación de la ordalía del hierro candente, pero su aparición en Castilla-León parece ser tardía. En contra de esta afirmación pueden mencionarse el Fuero de Palenzuela de 1074, en su datación tradicional, así como los fueros de Nájera de 1076, de Logroño de 1095 y de Miranda de 1099, pero todos ellos, tal como los conocemos, pertenecen a una época más tardía, a la época del

593. Vid. supra n. 456 ss.

emperador, cuando en el fuero de Silos de 1135 se incorpora a la prohibición de la lid y del agua hirviente, el hierro candente.

Téngase en cuenta que en el fuero de Palenzuela se menciona el duelo con escudo y bastón, que sin embargo parece haberse extendido tras su regulación por Alfonso VI en 1091. Mayor importancia tienen otros indicios para confirmar estas afirmaciones.

Durante los siglos VIII, IX, y X, en León, no aparece testimoniado el empleo del duelo ni de la ordalía del hierro candente. Por primera vez aparece regulado el duelo en el fuero de León de 1020, según la datación de Sánchez Albornoz, acompañado de la regulación de la ordalía del agua hirviente, empleada desde el 912, fecha a la que se remonta el primer documento que la testimonia.

Dentro de estos datos deben valorarse algunos privilegios regios ya mencionados⁵⁹⁴. En 1036, el privilegio concedido a la iglesia de Oviedo menciona únicamente la prueba caldaria, única prueba que conoce igualmente otro documento de Fernando I, de 1043. A la ordalía del agua hirviente alude de forma exclusiva la regulación de su empleo para la tierra de León de 1072. Y finalmente —quizá sea éste el argumento más valioso— en 1087, Alfonso VI concede un privilegio a los clérigos de la catedral de Astorga, eximiéndoles de la pena caldaria y del duelo. Todo esto lleva a pensar que la extensión de la ordalía del hierro candente por estas tierras debió realizarse en época tardía, sin atrevernos a afirmar que pudiera introducirse a través de Aragón. El camino de Santiago y la influencia eclesiástica en la época de Alfonso VI, podría explicar esta introducción. No se olvide su aparición en la época del emperador en el fuero de Silos. La introducción fue tardía, pero su triunfo, al menos aparentemente, fue claro. En los fueros extensos, al lado de la lid, la única ordalía conocida es la del hierro candente.

También en Cataluña su introducción parece ser tardía, aunque aparece mencionada, para prohibirla o para regularla, en las cartas de franquicia del siglo XIII. Su primera mención parece remontarse a los últimos años del siglo XII, en el privilegio concedido en 1198 a Lérida, confirmando su primitiva carta de población. Para confirmar estas afirmaciones, recordemos simplemente que Us. 1, que, en todo caso, no es anterior a la época de Ramón Berenguer IV, recor-

594. Vid. supra n. 483 ss.

daba que, antes de la aparición de los Usatges, todos los pleitos eran juzgados «per sacramentum, vel per batalliam, vel per aquam frigidam sive calidam». Se mencionan así las ordalías que aparecen reguladas en los Usatges y mencionadas en los documentos a partir del siglo XI, pero se guarda silencio sobre el empleo del hierro candente ⁵⁹⁵.

La ordalía del agua hirviente, por el contrario, aparece testimoniada como la más antigua empleada tanto en León como en Cataluña, pero su empleo no ha sido general en toda la península. Los fueros aragoneses mencionados guardan silencio sobre su empleo; el único testimonio existente, al parecer, es la fórmula de San Juan de la Peña, ya citada. Este mismo silencio sobre el empleo de la ordalía del agua hirviente se observa en las redacciones extensas del Fuero de Jaca. Esta afirmación parece ser válida para Navarra, aunque la prueba de la ordalía del agua hirviente («gleras») aparece recogida, con una regulación propia, en el fuero General de Navarra, pero no en los fueros breves consultados, ni en los fueros extensos de Viguera y Val de Funes y de la Novenera. No olvidemos que la fórmula de San Juan de la Peña es del siglo XIII, posterior a la prohibición de las pruebas vulgares por la Iglesia, y está emparentada con el Fuero General de Navarra.

Hay otro hecho que debe resaltarse: pese a su empleo antiguo, la ordalía del agua hirviente parece haber entrado en crisis, quizá por la concurrencia de la ordalía del hierro candente. Independientemente de su mantenimiento en la práctica, debe señalarse que las redacciones de derecho del siglo XIII no incluyen esta ordalía, pues se limitan a la ordalía de la lid y, en su caso, del hierro candente. Esto se da en los fueros extensos castellano-leoneses, pero también en los fueros navarros —con la excepción del Fuero General de Navarra— y en el fuero de Jaca. El panorama ofrecido por Cataluña no es tan homogéneo: las costumbres de Lérida de 1228 especifican claramente la no utilización de la ordalía del agua, pero la misma se menciona en las costumbres de Tárrega y se recoge en los Usatges.

Prueba de esta crisis de la ordalía del agua hirviente parece reflejarla la prueba de la paternidad; mientras los testimonios más

595. Vid. *supra* n. 375.

antiguos señalan el empleo de la ordalía del agua hirviente en la prueba de la paternidad, a partir del siglo XII la ordalía mencionada es la del hierro candente ⁵⁹⁶.

El examen realizado, dentro de los límites que hemos indicado, muestra igualmente lo arriesgado de hablar de una crisis del empleo de las ordalías a fines del siglo X o a fines del siglo XI. Durante los siglos XI, XII y XIII tenemos, al mismo tiempo, testimonios de la exención del empleo de dichas pruebas y testimonios de la regulación de las mismas. Ambos tipos de testimonios no pueden demostrar el empleo de las ordalías en la vida jurídica de aquellos tiempos, aunque puedan servir de indicio de su empleo y del afán de combatirlo.

Los datos que tenemos de un empleo efectivo de dichas ordalías en los procesos no son suficientes para confirmar o desechar la idea de una crisis en la aplicación de las ordalías, principalmente porque todo hace pensar que las ordalías no debieron ser nunca muy bien vistas ⁵⁹⁷.

A partir del siglo XIII, y como consecuencia de las prohibiciones eclesiásticas de las ordalías, aparentemente el panorama cambia. En 1215, en el cuarto concilio de Letrán, se prohíbe, en el canon 18, la participación de los eclesiásticos, realizando el rito de la bendición o de la consagración, en las ordalías del agua hirviente, del agua fría y del hierro candente, sin que esta prohibición afecte para nada a las prohibiciones antiguas del duelo ⁵⁹⁸. Esta prohibición fue incorporada a 9, X, 3, 50, a través de la *Compilatio IV*, alcanzando una cierta extensión en la península, al ser retomada en las decisiones de algunos sínodos en 1255, 1288 y 1322 ⁵⁹⁹.

Pocos años más tarde se producen las prohibiciones de Honorio III, a través de dos decretales, una de las cuales, incorporada en la *Compilatio V* y, más tarde, en las *Decretales de Gregorio IX* (3, X, 5, 35) ⁶⁰⁰ prohíbe el empleo de la ordalía del hierro candente.

596. Vid. infra p. 182 ss.

597. Vid. infra p. 218 ss.

598. MANSI XXII 1006-1007. El epígrafe de este canon es «De iudicio et sanguinis et duelli clericis interdicto». La alusión a las antiguas prohibiciones del duelo, quizá aludan a *C. Letrán III-20*—en MANSI XXII 229—.

599. Vid. supra n. 488, 489, 490.

600. LEITMAIER, *Die Kirche* cit. 95, pero debe salvarse la errata.

Esta decretal de Honorio III está incluida en el título «De purgatione vulgari» con otras dos, una de Celestino III y otra de Inocencio III, en las que se prohíbe el empleo del duelo.

A partir de este momento, la presión contra las ordalías se hará cada vez más grande, pero, al mismo tiempo, debe señalarse que es precisamente en el siglo XIII cuando se produce la regulación pormenorizada del empleo de las ordalías en las relaciones extensas de derecho, tanto en el ámbito municipal como en el regio, aunque en este último con características especiales.

La prohibición del empleo de las ordalías no parece responder a una política regia determinada. Al menos puede señalarse la ambigüedad de la política de algunos monarcas de fines del siglo XII y comienzos del siglo XIII, que, aparentemente, es más explicable en la época anterior a las prohibiciones eclesiásticas mencionadas.

El emperador Alfonso VII puede ser considerado como el representante de una política dirigida a combatir las ordalías, si de su época proceden los fueros de Palenzuela, Logroño, Miranda, Silos y Lerma⁶⁰¹, que prohíben el empleo de las ordalías, con un alcance diferente. También Alfonso VII concede el fuero de Sahagún de 1152, pero la exclusión de la «torna» en el homicidio en tumulto tiene otro alcance, como hemos visto, que las prohibiciones anteriores, ya que puede admitirse la posibilidad del empleo de las ordalías en otros supuestos⁶⁰². Sin embargo, también proceden del emperador el fuero de Nájera, así como el fuero de Guadalajara de 1133, en los que se regulan las ordalías⁶⁰³. Y no mencionamos las confirmaciones de los fueros de Oviedo y Avilés, porque no nos parecen que en la redacción que ha llegado hasta nosotros sean de Alfonso VII⁶⁰⁴.

Además, si se repasa la documentación de este monarca, publicada por Rassow, puede constatarse que el silencio sobre las orda-

601. Vid supra p. 123 ss.

602. Vid. supra p. 147.

603. Vid. supra p. 128 ss.

604. Vid., sin embargo, BARRERO GARCÍA, *Los fueros* cit. 434 ss. para su atribución al emperador, con apoyo en Lapesa.

lías es la tónica general de la misma, pese a que se mencione la exención general de malos fueros ⁶⁰⁵.

Este mismo silencio se refleja en otros fueros concedidos por este monarca, no mencionados en el elenco anteriormente citado, tal como puede comprobarse siguiendo el registro de Rassow e intercalando algún que otro fuero no mencionado en el mismo. Se guarda silencio sobre las ordalías en las distintas confirmaciones de fueros de Toledo, comenzando por aquella confirmación tradicionalmente fechada en 1118 y que García-Gallo considera una recopilación llevada a cabo hacia el 1166 ⁶⁰⁶, en los fragmentos que se conocen del fuero de Santa Olalla, concedido por Alfonso VII en 1124 ⁶⁰⁷, en el fuero de San Frutos de 1126 ⁶⁰⁸, en el fuero de Lara de 1135 ⁶⁰⁹, en la confirmación del fuero de Alesón de 1135 ⁶¹⁰, en el fuero de Villavilla (Burgos) de 1135 ⁶¹¹, en la confirmación de los fueros de Santa Eugenia de Cordovilla de 1136 ⁶¹², en la carta puebla de San Andrés de Ambroscero de 1136 ⁶¹³, en el fuero concedido al castillo de Oreja en 1139 ⁶¹⁴, en el fuero de San Zoilo de Carrión de 1142 ⁶¹⁵, en el fuero de Catalife de 1141 ⁶¹⁶, en la confir-

605. RASSOW, *Alfonso VII*, 3 (I-V-1127) 68; 5 (I-V-1129) 70; 9 (II-1137) 75; 11 (VI-1137) 77; 22 (VI-1144) 91-92; 28 (25-XI-1147) 99; 30 (26-III-1149) 102; cf. 23 (4-VIII-1144) 93; 53 (4-II-1155); 130.

606. GARCÍA-GALLO, *Toledo* 341 ss.; en los apéndices podrán verse estos distintos fueros.

607. GARCÍA-GALLO, *Toledo* 3 (6-IV-1124) 463.

608. FEROTÍN, *Silos* 41 (18-VI-1126) 59.

609. SERRANO, *Arlanza* 95 (3-V-1135) 176 ss.=MUÑOZ 519 ss., aunque parece excluir las ordalías.

610. Ed. HERGUETA 129-130=RODRÍGUEZ DE LAMA, *Rioja* II 109 (10-XI-1135) 171.

611. Ed. Andrés 223; cf. 266 ss.; hay cláusula de exención.

612. ALAMO, *Oña* I 175 (20-II-1136) 210-211. Cf. RASSOW, *Alfonso VII* cit. 426.

613. Ed. Hergueta 134 (9-III-1136)=MARTÍNEZ DÍEZ, *Santander* 4 (9-III-1136) 586-587; es apócrifa la carta de inmunidad otorgada por Alfonso VII al monasterio de Santa María del Puerto (Santoña)—ed. Hergueta 127-128 (1137?)=MARTÍNEZ DÍEZ, *Santander* 1 (1122) 584-5—.

614. RASSOW, *Alfonso VII*, 15 ([3-XI]-1139) 81-83=ed. Gutiérrez del Arroyo 654-657.

615. RASSOW, *Alfonso VII*, 20 (7-IX-1142) 88.

616. En Diego COLMENARES, *Historia de la insigne ciudad de Segovia y compendio de la historia de Castilla I* (nueva edición anotada) (Segovia 1969) 256-257 (=XV 11)=MUÑOZ 532-533.

mación del fuero de Cuevacardiel de 1142⁶¹⁷, en el fuero de Pajares, quizá concedido en 1143⁶¹⁸, en el fuero de Villa Celama de 1153, pese a que se dice que «pro omni malo foro quod uobis aufero et pro bono foro quod uobis do de Mansella datis mihi in ipsa uilla tres molinos»⁶¹⁹, en el fuero de Ocaña de 1156⁶²⁰ y, finalmente, en la confirmación de los fueros dados por Alfonso VI al hospital de Burgos de 1157⁶²¹. Como es natural, la validez de estas afirmaciones se limita a las prescripciones recogidas en los fueros y confirmaciones mencionados, sin tocar para nada el problema de la concesión de fueros de un municipio a otro⁶²².

Tampoco la postura observada por Alfonso VIII y Alfonso IX, como hemos visto, ofrece una mayor claridad. Con Alfonso X parece haberse prohibido el empleo de las ordalías, si las mismas no aparecen recogidas en la legislación regia⁶²³, aunque el duelo se regula en Fuero Real, en las Partidas y vuelve a ser de nuevo regulado en el Ordenamiento de Alcalá. Una prohibición del duelo tendrá lugar en el reinado de los reyes Católicos, pero el duelo que se prohíbe en estos momentos nada tiene ya que ver con el riepto por traición y aleve de los caballeros, regulado en las leyes anteriormente mencionadas, riepto que debió morir de muerte natural⁶²⁴.

617. Ed. Hergueta 419 s.

618. Ed. Díez Canseco 373; para la fecha vid. GARCÍA-GALLO, *León* 40-41.

619. Ed. González 561-563.

620. Ed. Gutiérrez del Arroyo 657-659.

621. SERRANO, *Burgos* III 119 (4-II-1157) 201-202.

622. Con un valor meramente indicativo, puede señalarse la ausencia de ordalías en algunos procesos presididos o realizados ante la presencia de Alfonso VII; DURO PEÑA, *Ramiranes* 2 (26-VI-1137) 59-60; se había iniciado por una parte con la propuesta del duelo; llevado ante el monarca, éste delega en un juez, quien establece la pesquisa; RODRÍGUEZ DE LAMA, *Rioja* II 114 (1137) 177-178; 127 (3-XI-1140) 197; pesquisadores, que interrogan a los testigos, que juran; LÓPEZ FERREIRO IV 18 (8-III-1149) 49-50, el mismo panorama; RAS-SOW, *Alfonso VII*, 54 (4-IV-1155) 132-133. Existen algunos otros procesos sin mayor importancia.

623. MINGUJÓN, *Historia* cit. 307: «Las leyes generales no mencionan otra prueba vulgar que la del riepto, el cual está prohibido en las Partidas (3.ª tit. 14, ley 8)». Esta última afirmación no parece muy aceptable.

624. Vid. Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *La crisis de la noción de fidelidad en la obra de Diego San Pedro*, en *AHDE* 39 (1969) 714 ss.

¿Por qué la prohibición de las ordalías y el respeto del duelo? ¿Puede ser esto el resultado de la interpretación *sui generis* de las decisiones del concilio lateranense y del Papa Honorio III, dado el arraigo del duelo entre los nobles?

En líneas generales podemos decir que esta misma ambigüedad se detecta en el resto de los reinos peninsulares, salvo en Navarra, donde la prohibición ha tenido, al parecer, sólo reflejo en la participación eclesiástica en la realización de las ordalías.

Jaime I podría considerarse como el principal enemigo de las ordalías en la península. En 1231, al conceder la carta de franquicias a Mallorca, establece que sus habitantes no tengan «*batailam per hominem, per ferrum candidum nec per aquam vel aliam ullam causam*»⁶²⁵. También en los *Fori Valentiae* aparece la prohibición de las ordalías, al establecerse que, donde faltan documentos y testigos, «*non torrentur per bellum nec per ferrum calidum neque in alico alio modo*», sino que si el actor no puede probar, se librá el demandado por su juramento⁶²⁶. Finalmente, en los fueros de Aragón de 1247, se establece la prohibición de las ordalías⁶²⁷.

Sin embargo, Jaime I ha sido también quien ha reconocido de forma oficial los Usatges, en los que el sistema ordalíaco estaba plenamente vigente. Además, Jaime I ha propugnado directamente el empleo de las ordalías, al menos de una de ellas, al establecer su empleo en la tregua quebrada, en su modalidad del agua fría, tras las prohibiciones del concilio de Letrán y de Honorio III; también Jaime I confirmó las costumbres de Tárrega y, en cierto sentido, todas las costumbres catalanas, con carácter general, en su constitución de 1251⁶²⁸.

Ahora bien, ¿hasta qué punto Jaime I prohibió el empleo de las ordalías en Aragón y Valencia con carácter general? Los fueros de Aragón excluyen expresamente las ordalías del hierro candente y del agua hirviente en su capítulo 330, y se completa esta prohibición añadiendo que se prohíben igualmente todas las demás prue-

625. HUICI-CABANES, *Jaime I*, I 150 (1-III-1231) 270. Este principio se extendió en 1301 a Menorca —VILLANUEVA XXI 1 (1301) 205—.

626. *F. Valentiae* 62, 27.

627. *F. Aragón* 330. Para el texto latino vid. supra n. 273.

628. Vid. supra p. 134 n. 481 y p. 157.

bas semejantes; pero entre las mismas no se incluye el duelo judicial; mientras las alusiones a las ordalías mencionadas en primer lugar han sido canceladas cuidadosamente del texto de los fueros, allí donde el Fuero General de Navarra las admite, el duelo judicial sigue regulándose⁶²⁹. Otro tanto parece haber ocurrido en los Fori Valentiae, pues, como hemos visto, se prohíbe expresamente el duelo, pero existe un título entero dedicado a regular el empleo del mismo, si ambas partes están de acuerdo⁶³⁰.

Pese a la enemiga de la Iglesia contra el duelo, da la impresión que, en todo caso, fue más eficaz la prohibición de las ordalías del agua hirviente, hierro candente y agua fría que no la del duelo. Mientras aquéllas son prohibidas, éste parece seguir teniendo mejor vida. Al lado de la regulación del duelo y la prohibición de las otras ordalías en Aragón, Valencia y Castilla, testimoniaría la crisis de las ordalías mencionadas lo ocurrido con el fuero de Palencia de 1181; este fuero, como hemos visto, establecía que «in Palencia non ha batalla pro nulla re»⁶³¹, aunque en su cap. 34, al regularse la voz dada al mayorino, se establece que si no hay testigos, «iuxta quantiatem calumnie delindet se cum duodecim de manu volta vel cum quinque qui caldam fecerint, iuxta electionem illius qui se habet delindare»⁶³². Esta alusión a la prueba caldaria desaparece en la traducción romance del mencionado capítulo⁶³³.

Estos datos no demuestran la desaparición en la práctica del empleo de estas ordalías, si se menciona la ordalía del hierro candente en 1312, en relación con una causa de reconocimiento de la paternidad⁶³⁴ y, quizá, si se ha sentido la necesidad de repetir, en diversas ocasiones, en diversos sínodos, de finales del XIII y principios del XIV, la prohibición lateranense⁶³⁵, pero, indudablemente, muestran que la suerte corrida por el duelo debe ser separada del

629. MARTÍNEZ GIJÓN, *La prueba* cit. 44-45; 47.

630. *F. Valentiae* 133; para el acuerdo de las partes: 133,2.

631. *F. Palencia* 17—ed. Hinojosa—=*F. Palencia* (romanceado) 18—ed. Caamaño—.

632. *F. Palencia* 34—ed. Hinojosa—.

633. *F. Palencia* 33—ed. Caamaño—.

634. Vid. infra p. 185.

635. Vid. supra notas 488, 489, 490.

resto de las ordalías, aunque esta afirmación debe matizarse para Cataluña y Navarra, puesto que en los Usatges se regulan al lado del duelo las ordalías del agua hirviente y del agua fría y en el Fuero General de Navarra se regulan las ordalías del hierro candente, de las «gleras» o agua hirviente, de las candelas y del duelo ^{635a}.

12. Los datos conocidos parecen autorizar a afirmar que los diferentes tipos de ordalía ni se han conocido en la península al mismo tiempo, ni han sido todos empleados en los diferentes reinos. Este simple hecho muestra ya la dificultad de remontar a una antigua costumbre germánica el empleo de las ordalías. La única ordalía que los autores remontan con seguridad a la época visigoda, gracias a la existencia de la pseudoley mencionada, es la ordalía del agua hirviente, que parece haber sido desconocida en Aragón y cuya introducción en Navarra, quizá, haya sido tardía y con características propias.

Estas mismas conclusiones parecen obtenerse, si se examina, aunque sea muy superficialmente, la regulación de las ordalías en los distintos reinos, si bien es difícil, a partir de este examen, llegar a negar el carácter germánico de las ordalías. Por lo ya señalado, se tiene que llegar a la conclusión que en definitiva se predica el carácter germánico de un sistema ordalíaco en abstracto, independientemente de sus características reales. Si las ordalías son de origen germánico, su empleo en la península, en la Edad Media, necesariamente tiene que vincularse a esta tradición germana, a través del asentamiento de los visigodos.

A partir de esta convicción puede ya plantearse el empleo del juicio de Dios y de sus relaciones con otros medios de prueba, afirmando que los «diferentes derechos bárbaros desde la ley sálica, que conserva mejor que cualquier otra el antiguo sistema de pruebas, a la visigótica, que se aparta de él inmensamente, aunque basados en los mismos principios, se alejan todos de aquello que debió ser en tiempos prehistóricos, quizá no remotos, el derecho común, y esto en razón del desarrollo particular que cada pueblo dio a sus instituciones, y de la influencia ejercida por la

635 a. Vid. infra n. 777 ss.; para F. Tudela y F. Viguera vid. supra n. 472-473; así como n. 474 para F. Novenera.

civilización romana y cristiana»⁶³⁶. Se puede señalar, igualmente, que las ordalías en la edad media peninsular ofrecen rasgos propios⁶³⁷ y, finalmente, se puede afirmar que «casi es innecesario advertir que, dada la infinita variedad que durante la época asturleonera se advierte en las costumbres jurídicas según las regiones y los pueblos, en cada comarca y en cada lugar serían diversos los detalles del procedimiento con que se practicaba la *pena caldaria*»⁶³⁸, quizá sin tener en cuenta la afirmación previa de la perduración de una costumbre germánica, largamente reprimida durante la época visigoda.

La ordalía del agua fría está mal testimoniada en su empleo práctico, pero no deja de ser curioso que en Cataluña, el único lugar en el que aparece testimoniada, al menos por el momento, la misma tenga carácter bilateral, realizando la prueba no las partes, sino dos *albatí*, que son sumergidos en el agua⁶³⁹. El sistema arbitrado en base a un acuerdo —y volvemos a insistir en que se trata de un acuerdo de los jueces con las partes— para determinar al inocente y al culpable o, desde otro punto de vista, al vencedor y al vencido, es el siguiente: «qualicumque ex illis puerulis suscepisset aqua, ipse qui illum pro se vicarium tradidit habuisset suprascripta omnia»; por consiguiente, las tierras en litigio deberán ser divididas por mitad, «si vero ambos suscepisset aqua», como también será esta la solución en el caso de que «autem ambobus evanuerint ut non recipuerit illos aqua»⁶⁴⁰.

Esta modalidad de la ordalía del agua fría en Cataluña, pese a

636. PATETTA, *Le ordalie* cit. 219-220.

637. BRUNNER *DRG II* 542, 545 n. 34. Vid. supra n. 183.

638. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Una ciudad* cit. 135 n. 115.

639. Vid. supra p. 112.

640. RIUS, *S. Cugat II* 545 (19-VII-1037) 204; el carácter pactado de esta prueba quizá se refleje igualmente en la decisión de dividir por mitad en el caso de que para ambas partes la prueba fuese favorable o contraria; ahora bien, esta decisión hace de difícil interpretación este juicio de Dios. ¿Cómo debe interpretarse la intervención divina? Sin ánimo de establecer ninguna comparación, recordemos que en Asiria, cuando las dos partes volvían del río, tras superar la prueba, se consideraba que la divinidad había rehusado pronunciarse; esta interpretación fue modificada con el transcurso del tiempo, quizá en relación con la diferente forma de interpretarse el resultado de esta prueba —vid. infra n. 648, y el lugar correspondiente al texto—.

la ausencia de detalles, recuerda la forma normal de su realización, en la que «el acusado con la mano izquierda ligada al pie derecho, y la derecha al izquierdo o bien —continúa diciendo Patetta— en el modo descrito a propósito de los Eslavos, era arrojado a un lago, o a una fosa o baño lleno de agua, o también a un río, y era reconocido inocente si se sumergía, culpable si permanecía en la superficie»⁶⁴¹. La intervención de representantes no es una novedad catalana, pues «en vez del mismo acusado, frecuentemente, a juzgar de los ordines, se arrojaba al agua otra persona, que es indicada con el nombre de *vicarius*, en la mayoría de los casos un muchacho»⁶⁴². Para apoyar esta afirmación, Patetta, como Brunner, se remite exclusivamente a los formularios eclesiásticos, que regulan el empleo de esta prueba. No deja de tener su interés que el término «*vicarius*» aparece también en el documento catalán. El carácter bilateral de la prueba parece ser exclusivo, sin embargo, de esta práctica —¿ocasional?, ¿pactada?— catalana.

Si la existencia de *vicarii* nos lleva a los formularios eclesiásticos, a los mismos nos remite igualmente el criterio utilizado para determinar al inocente: se declaraba inocente al que se hundía, pues se conjuraba al agua «*ut nullo modo suscipias hunc hominem, si in aliquo ex hoc est culpabilis... sed fac eum natate super te*»⁶⁴³, ya que la naturaleza pura del agua no reconocía pura a la naturaleza humana, purgada por el agua del bautismo, al devenir de nuevo impura por la mentira; no aceptaba así al probante, sino que lo rechazaba⁶⁴⁴.

¿Era esta la interpretación propia del pueblo germano? En una época más moderna, en un texto del 1338⁶⁴⁵, el resultado de la ordalía del agua fría cambia de signo. Esta nueva interpretación,

641. PATETTA, *Le ordalie* cit. 191; el otro modo de realizarse la prueba aparece descrito en PATETTA, *Le ordalie* cit. 161; «Al acusado se le ataban las manos por delante de las piernas, se le pasaba un bastón entre los brazos y las corvas y era arrojado al agua suspendido de una cuerda». BRUNNER *DRG* II 551, describe esta última forma simplificada: el acusado, con las manos atadas y una cuerda alrededor del cuerpo, era arrojado al agua.

642. PATETTA, *Le ordalie* cit. 192; de la misma opinión es BRUNNER *DRG* II 551 y n. 65, quien igualmente sólo invoca formularios eclesiásticos.

643. Citamos según el formulario publicado por VILLANUEVA V 23.

644. Esta opinión de Hincmaro la reproduce BRUNNER *DRG* II 551. n. 67.

645. GRIMM *DRA* 924-925.

que conduce a identificar al culpable con el que se hunde, si damos fe a Patetta y Brunner, es un uso posterior⁶⁴⁶, del que no puede extraerse, según Brunner, ninguna conclusión sobre la originaria concepción de la ordalía; en las fuentes germánicas más antiguas, el hundirse es prueba de la inocencia⁶⁴⁷. ¿Por qué los germanos interpretaron que quien se hundía era inocente, mientras quien se quemaba, en la ordalía del agua hirviente o del hierro candente, era culpable?

Es posible que el pensamiento cristiano haya dado una explicación de esta interpretación desde sus principios religiosos, revisitando así con los principios de la religión cristiana una decisión pagana, pero parece oportuno recordar que la ordalía del agua fría fue empleada en Babilonia en tiempos de Hammurabi, siendo normalmente unilateral, y también en Asiria: el culpable es aquel que se hunde, mientras se considera inocente al que nada. La inmersión en el agua podía hacerse con o sin ataduras; en los casos más graves, para evitar supercherías, la ley ordenó maniatar al acusado, antes de arrojarlo al río, práctica que subsistió hasta el siglo IX d. C., pero con una atenuación, como consecuencia de que se consideraba ahora inocente al que se hundía: el acusado era sostenido por una cuerda y se le arrojaba ahora en una cuba o en una fosa llena de agua fría⁶⁴⁸.

Sin pretender hacer comparaciones, sólo queremos recordar que la identificación del que se hunde con el inocente tiene una explicación, como hemos visto, desde la perspectiva eclesiástica, y no hay ningún dato que nos permita explicar por qué los germanos han elegido este criterio de interpretación, que parece chocar con el criterio general de interpretación del resultado de las ordalías. No es necesario añadir que no existe testimonio alguno del empleo de esta ordalía en la época del derecho germano común.

Armonizar este testimonio catalán con la noticia ofrecida por

646. PATETTA, *Le ordalie* cit. 192; BRUNNER *DRG* II 551 n. 67.

647. BRUNNER *DRG* II 551 n. 67. PAPPENHEIM, *Über die Anfänge* cit. 169 ss., en torno a esta contradicción en la manera de interpretar el resultado de la ordalía del hierro candente y del agua fría.

648. Edouard CUO, *Études sur le droit babylonien. Les lois assyriennes et les lois hittites* (Paris 1929) 454-455.

Marichalar y Manrique quizá no tenga mayor interés, dado la dificultad de confirmarla, pero recordemos que el arcediano de Cuéllar mencionaba otro tipo de ordalía del agua fría, «que consistía en meter la mano en el pilón de una fuente; si la mano salía seca se declaraba la inocencia, de lo contrario la culpabilidad». Esta prueba —continúan Marichalar y Manrique— «tal vez se usase en algún punto de España cuando el arcediano la recuerda»⁶⁴⁹; esta prueba se asemeja a un uso, poco conocido, testimoniado en una poesía de Roswita, consistente en introducir el acusado su mano en agua fría, resultando culpable si extrae la mano quemada⁶⁵⁰ y que Patetta considera que debió «nacer de la prueba del agua hirviente de manera completamente natural, y racionalísima, según las ideas del tiempo»⁶⁵¹, aunque no aclara si nació en la época germana o tras la conversión al cristianismo.

Sobre la forma de realizarse la ordalía del agua hirviente, hemos recordado, hace poco, las afirmaciones de Sánchez Albornoz. El empleo de tres piedras, al que alude Brunner, invocando la regulación de la ordalía del agua caliente publicada por Zeumer, no aparece testimoniada en los documentos manejados. Normalmente la realización de las pruebas aparece en una cierta oscuridad y los fueros extensos, como hemos indicado, no suelen regular esta ordalía. Es muy posible que el empleo de diez piedras, testimoniado por un documento de Sobrado, en la edición de la ES; no puede mantenerse como una particularidad peninsular, ya que tanto Hinojosa como Pilar Loscertales, en sus respectivas ediciones del mismo documento, no incorporan la alusión a diez piedras⁶⁵², pero, según el Fuero General de Navarra, la ordalía del agua hirviente consistía en extraer nueve bolsas de arena de una caldera⁶⁵³, algo distinto a piedras en número indeterminado. El plazo durante el cual el probante debe llevar la mano vendada parece ser de tres días⁶⁵⁴,

649. MARICHALAR-MANRIQUE, *Historia* cit. II (Madrid 1861) 329 n. 1.

650. GRIMM *DRA* 921-922.

651. PATETTA, *Le ordalie* cit. 191.

652. LOSCERTALES, *Sobrado* I 109 (s.d. [968-999]) 131-133: «et lapides igneos inde eiecit»; así ya en Hinojosa; sin embargo en ES: «et lapides igneos X».

653. MARTÍNEZ GIJÓN, *La prueba* cit. 41.

654. GARCÍA LARRAGUETA, *Oviedo* 26 (20-XI-953) 103-107; VILLANUEVA XV 17 (1080 [1079]) 244.

plazo que aparece en los formularios eclesiásticos de las ordalías ⁶⁵⁵, pero en el documento, mencionado ya, de Sobrado se habla de tres o cuatro días; no creemos que debe atribuírsele un valor especial, pero los documentos catalanes más antiguos, que testimonian el empleo de esta prueba, parecen indicar que el resultado de la misma se constata inmediatamente ⁶⁵⁶.

La prueba del agua hirviente la realizaba el acusado y, en los testimonios catalanes y occidentales aparece así: el acusado, normalmente de hurto, realiza la prueba por sí mismo ⁶⁵⁷, pero en procesos realizados por demandas de tierras, es un inocente quien realiza esta prueba, con la finalidad de garantizar el juramento de los testigos, recalcando así la idea de que la ordalía surge para evitar los perjurios; tal ocurre en el 912, 927, 953, 987 (?), y 1002 ⁶⁵⁸. La presencia de un vicario sólo está testimoniada en el *iudicium aquae frigidae* en numerosas fórmulas; y sólo aparece mencionada una vez, probablemente por descuido, en una fórmula de la ordalía del hierro candente ⁶⁵⁹.

Esta intervención de un inocente haría pensar, inmediatamente, en la regulación de la ordalía del agua caliente, publicada por Zeumer, aunque no debe prescindirse de un hecho: la regulación dice «mancipium, dum quindecim annos habuerit, mittat manum in caldaria, usque in XVII. annum ipsa est pueritia». En el tantas veces mencionado documento de Sobrado el inocente es un clérigo, lo que casa mal con esta regulación. Salvo la mención de los «albatí», pero en el empleo de la ordalía del agua fría en Cataluña, los demás

655. Cf. BRUNNER *DRG* II 581.

656. Vid. supra n. 388.

657. Vid. supra n. 388: testimonios de 988, 1016, 1079 y 1081; se podrían añadir también los de 1064 y 1100; para los testimonios occidentales vid. supra n. 395, testimonio del 995, y, muy probablemente también, el del 915; prescindimos de los posteriores al año mil.

658. Vid. supra n. 395 e infra n. 751, con adición de otros casos de más difícil interpretación.

659. BRUNNER *DRG* II 551 n. 65. Cf. II 545 ss. PATETTA, *Le ordalie* cit. 188 ss. Sin embargo, F. Estella II 33,4, señala que quien debe llevar el hierro, «potest ponere hominem ad ferrum levandum pro se», porque si puede poner a un hombre que combata en el duelo por él, de la misma manera lo puede poner en la ordalía del hierro candente. Esta posibilidad se encuentra igualmente en *Rec. II de Aragón* 2 (=F. Jaca A 3), en reconocimiento de paternidad.

testimonios utilizados no aluden a requisitos especiales en el inocente; todo hace pensar, sin embargo, que los elegidos no cumplían los requisitos mencionados.

Finalmente, baste recordar aquí que el duelo se puede realizar a caballo o a pie en Castilla, pero en ambos casos las armas son las mismas, entre ellas las espadas⁶⁶⁰. Al lado de este riego, y quizá a partir de fines del siglo XI, se conoce también el riego con escudo y bastón⁶⁶¹. En Cataluña, al menos en los primeros tiempos, el duelo podía realizarse a pie o a caballo; este último era el duelo propio de los caballeros, mientras el duelo a pie, del que no existe información alguna para el siglo XI, lo debían practicar los habitantes de las ciudades y algunas categorías marginales de la aristocracia; en ambos tipos de duelo se combatía únicamente con escudo y bastón⁶⁶².

En Cataluña «cada una de las partes era representada por un caballero, que no hubiese hecho batalla jurada *con escudo y bastón*»⁶⁶³. Como matiza Bonnassie, era raro que las personas luchasen por su propio cuerpo, en general —y, en todo caso, era la regla para los magnates— el combate se hacía por medio de uno o más campeones⁶⁶⁴. En el riego municipal castellano-leonés «el reptado no puede dar par al reptador, y siempre se ha de buscar un lidiador que sea parejo en todo el reptado; hasta el extremo de que, si no apareciere par del reptado, éste es *quito* de la acusación mediante juramento. Sin embargo, en la lid del Riego de los hidalgos, por el contrario, se establece de modo general que el reptador no puede dar par si el reptado no quisiere; mientras que se posibilita al reptado para ser substituido en la lid por otro que sea par del reptador en linaje, fuerza, etc.»⁶⁶⁵. Los fueros municipales de la familia Cuenca-Teruel ofrecen además una característica, que no sabemos si es consecuencia de un despiste del redactor o de una diferencia entre las dos formas de realizarse el riego. Los requisitos, que deben reunir los lidiadores a caballo, son completados

660. OTERO VARELA, *El riego de los* cit. 165.

661. Vid. supra p. 117-118.

662. BONNASSIE II 729.

663. BALARI, *Orígenes* cit. 420.

664. BONNASSIE II 729.

665. OTERO, *el riego de los* cit. 166.

para los peones con la indicación de que el peón no fuese «homini qui iam in concha pugnam fecisset»⁶⁶⁶. Esta diferencia entre el caballero y el peón se salvó en el fuero de Teruel, mediante la alusión al caballero en el capítulo dedicado a regular los requisitos que debía reunir el peón⁶⁶⁷.

Los fueros de Heznatoraf y Zorita ofrecen una novedad —al menos con respecto a los otros fueros—, que les acerca a la regulación catalana: se exige que el peón —no se menciona al caballero— no haya combatido nunca, no limitando así este requisito de no haber combatido al ámbito del fuero⁶⁶⁸.

Resuélvase como se quiera esta diferencia, es evidente que el caballero, salvo en Teruel, pudo haber participado ya en otras ocasiones en otros duelos; el peón, por su parte, salvo en Zorita y Heznatoraf, pudo haber combatido igualmente en otras ocasiones, siempre y cuando estos combates hayan sido realizados fuera del ámbito municipal. Recordemos, aunque no se acepta esta interpretación del nombre, que el Cid fue llamado campeador, según opina Berganza, «ó por averle el rey dado el título de Juez en las lides campales o porque tuvo nombramiento para que saliese al campo a pelear en las causas de la persona real»⁶⁶⁹; la interpretación es equivocada, pero el Cid participa en diversos duelos judiciales, actividad que inicia siendo alférez de Castilla, pues «el reto judicial era, según el derecho castellano, tal como se expresa en las *Partidas* función propia del alférez»⁶⁷⁰.

Aludamos, finalmente, de manera muy breve, a la regulación del empleo de las ordalías. En la enumeración de fueros, que re-

666. *F. Cuenca* 573 (para los caballeros, vid. *F. Cuenca* 567) = *F. Alcaraz* VIII 64 (para los caballeros, VIII 58) = *F. Alarcón* 479 (para los caballeros, 475) = *F. Baeza* 535 (para los caballeros, 529) = *F. Béjar* 694 (para los caballeros, 687). *F. Alarcón* 479: «que enna çipdat otra uegada aya lidiado», mientras los demás fueros mencionan la ciudad respectiva.

667. *F. Turoli* 222 (para caballeros, 217): «similiter non recipiatur ille miles, sive pedis, qui in Turolic vice aliam pugnam fecit, nisi ipsemet fuerit per se reptatus» = *F. Teruel* 249 (para caballeros, 247).

668. *F. Heznatoraf* 534 (para caballeros, 529) «nin avn omne que otra vez aya lidiado»; *F. ZORITA* 460 (para caballeros 454): «Ni otroquesi, que sea omne que otra uez aya en çorita fecha batalla, o en otro lugar».

669. MENÉNDEZ PIDAL, *El poema* cit. II 525 s.v. campeador.

670. MENÉNDEZ PIDAL, *La España* cit. I 158.

gulan las mismas, hemos visto todas las variedades posibles: se establece, en determinados supuestos, el empleo de las ordalías de forma obligatoria; se deja a la voluntad de las partes el recurrir o no a las ordalías; es el actor quien puede elegir la prueba a realizar y, finalmente, es el acusado quien puede elegir entre las pruebas ordalíacas ⁶⁷¹.

Es la misma variedad que puede descubrirse en la regulación de aquellos supuestos en los que puede emplearse las ordalías y aquellos otros de los que está excluido su empleo ⁶⁷². Y esta variedad encuentra un reflejo en el empleo de diferentes ordalías en los mismos supuestos: así antiguamente se empleaba la ordalía del agua hirviente en las causas de reconocimiento de paternidad, pero posteriormente fue substituida por la ordalía del hierro candente ⁶⁷³, lo mismo ocurrió en el campo del hurto: los testimonios más antiguos muestran el empleo de la ordalía del agua hirviente ⁶⁷⁴, que fue substituida por la ordalía del hierro candente ⁶⁷⁵, pero por ejemplo el fuero de Uclés establece el empleo de la lid y el Fuero General de Navarra la ordalía de las candelas ⁶⁷⁶.

No ponemos en duda que estas transformaciones pueden explicarse por la evolución histórica de la institución y tampoco ponemos en duda que esta variedad puede reducirse a una unidad comprensible, pero tal cosa no se ha hecho todavía; si el sistema ordalíaco medieval ha podido ser vinculado a una herencia germá-

671. Vid. supra para la primera posibilidad, San Juan de la Peña (n. 438); para la segunda, F. Jaca (n. 431); para la tercera, F. Daroca (n. 446, 448); para la cuarta, F. Avilés (n. 457). MENÉNDEZ PIDAL, *Cantar* cit II 734 s.v. lid, señala que varios fueros del siglo XI no imponen las pruebas vulgares, si no a voluntad de las partes, si bien no todos los fueros que menciona, reenviándose a Muñoz, testimonian dicha práctica.

672. Vid. supra n. 430 ss.

673. Vid. infra nota 683 y texto correspondiente.

674. Vid. supra notas 388 y 395.

675. Vid. supra n. 453.

676. Vid. supra n. 457 ss. La impresión que puede obtenerse, es que con el transcurso del tiempo el duelo fue substituyendo a las otras ordalías, salvo en los fueros navarros —a prescindir de Fueros de la Novenera— y en Cataluña —fundamentalmente, en los Usatges—; permanece de forma esporádica la ordalía del hierro, fundamentalmente en materia de delitos contra la propiedad y en la prueba de la paternidad, pero en aquellos supuestos es substituida, en algunos fueros y textos jurídicos, por la lid.

nica, ello ha sido debido simplemente al hecho de que las ordalías eran consideradas una institución típicamente germánica. Así se ha podido prescindir de la diferente regulación que presenta su empleo en la península, pero, nos parece, antes de hablar de una costumbre germánica de origen visigodo, es necesario mostrar cómo la misma pudo diversificarse de tal manera.

Algunas veces se ha tratado de mostrar la estrecha vinculación entre el sistema ordalíaco peninsular y el sistema ordalíaco de algunos pueblos germánicos; veamos como Ficker defiende la vinculación de la regulación de las ordalías en la península al sistema observado entre los germanos del norte:

«No menor coincidencia con otros derechos germanos orientales que en la forma del reconocimiento voluntario, se da respecto a los medios de prueba en acusaciones de paternidad, cuando el padre se negaba a hacer el reconocimiento, o había dejado de hacerlo durante su vida. Según los datos noruegos pertinentes (V. Maurer, *Sitzungsber* 27 y ss., 63 y ss.), el presunto padre tenía que defenderse con un triple juramento cuando hubiese sido nombrado por la madre durante el parto o poco después. El juramento de inocencia del padre, que posteriormente se encuentra también en el territorio del derecho lombardo, no lo encuentro citado más concretamente en las fuentes españolas. Pero en este aspecto el derecho noruego da también importancia al parecido del niño con el presunto padre, de tal manera que excluye el juramento, o bien lo tacha de perjurio, y precisamente esto debió ser observado también en España, pues Diego del Castillo en sus comentarios a las Leyes de Toro (Burgos 1527, f. 41) considera necesario rebatir expresamente la opinión de que el parecido baste para demostrar la paternidad. También aparece citado a menudo en España, como medio de prueba en las acusaciones de paternidad, el juicio de Dios, en las formas del agua hirviente o del hierro candente. Según un documento del 978 referente al Monasterio de Albelda en Logroño (Colección de privilegios de la Corona de Castilla, 6, 78), tenía que practicarse la prueba del juramento y del agua hirviente tanto por parte de la madre, como por parte del presunto padre que

negaba. Según el Fuero de Tudela, de 1122 (Marichalar y Manrique, *Hist. de la legisl.* 4, 279), la madre, cuando no puede presentar testigos bautismales debe fortalecer su acusación contra el padre que niega, por medio del hierro candente. Lo mismo, según el fuero de Daroca de 1142 (Muñoz, 1, 541), donde se dispone también que la concubina que quedó en cinta después de la muerte del padre tenía que practicar la prueba de la paternidad asiendo el hierro. Esto es tanto más sorprendente cuanto que el juicio de Dios es completamente extraño a la *Lex Visigothorum* en la recensión de Recesvinto, y la prueba del agua hirviente sólo aparece citada en una ley ya indicada perteneciente a los últimos tiempos del reino. Se han querido atribuir a influencia francesa éste y otros datos posteriores en España... Esto no sería inverosímil con respecto al agua fría... Por el contrario los testimonios más antiguos de la prueba del fuego y del agua hirviente (V. Dahn, *Gottesurtheile*, 43), no sólo son más frecuentes, sino que se encuentran en derechos tan diversos y de parentesco precisamente tan lejano, que parece faltar el menor motivo para admitir a priori la hipótesis de que una tribu germánica las hubiese tomado de otra posteriormente. Para nadie sería menos indicada tal hipótesis que para los godos, si se admite que el silencio de la *Lex* queda suficientemente explicado con el intento de los reyes Chindasvinto y Recesvinto de proscribir los juicios de Dios lo mismo que otras muchas instituciones germánicas de derecho... No veo otra manera de explicar eso sino teniéndolo por un uso gótico tradicional. Especialmente la influencia franca debería parecer completamente inverosímil precisamente en las acusaciones de paternidad, porque tal acusación, y con ella un refuerzo de la misma por medio del juicio de Dios, parece haber sido completamente extraña a los francos y a otras tribus germánicas occidentales. Por el contrario, en los derechos germánicos septentrionales encontramos el juicio de Dios, y aun estas mismas clases usadas precisamente con preferencia en las cuestiones de paternidad, mientras que en otros casos apenas eran usadas (V. Maurer, *Sitzungsber* 25, 27, Wilda, *Zeitschr.* 268 ss.). Así, según el derecho islámico, se exige a la mujer para robustecer su afir-

mación, la prueba de la caldera, y al hombre para su inocencia, la prueba del hierro candente. Posteriormente en el derecho danés no se admitió ya la acusación de paternidad, pero sabemos que en tiempos anteriores el hijo tenía que practicar la prueba con el hierro candente. También en el territorio frisón (V. Stobbe, *Privat.* 4, 415), la madre tenía que hacer la demostración con la prueba del hierro»⁶⁷⁷.

No hemos podido ver la obra de Diego del Castillo, pero son unos comentarios a las Leyes de Toro, las cuales, en la ley oncena, establecen que sean considerados hijos naturales, aquellos cuyos padres podrían contraer matrimonio justamente, en el momento de nacer o en el momento de ser concebidos los hijos, independientemente de que la mujer viva o no en casa del varón y de que éste tenga una o más mujeres. El problema estriba en el hecho de que, ahora, el hijo natural no es el engendrado en concubina o barragana, de lo que derivan las dificultades naturales para la determinación de la paternidad. Si del Castillo invoca el parecido con el padre, para desecharlo como prueba de la paternidad, sin embargo Tristany señala que puede tenerse en cuenta, «si bien no es un signo que deba considerarse decisivo, si no se presenta conjuntamente con algún otro, ...porque a veces el hijo es un vivo retrato»⁶⁷⁸. Dicho con otras palabras, el problema de la semejanza entre padre e hijo deriva de la aparición de las leyes de Toro, no de un antiguo juramento de inocencia del padre, que no aparece testimoniado en el derecho peninsular, como reconoce Ficker.

En torno a los testimonios mencionados, señalemos brevemente lo siguiente. El documento del monasterio de Albelda⁶⁷⁹ ofrece graves problemas de interpretación. Ahora bien, pensar que testimonia un empleo bilateral de la ordalía del agua hirviente nos parece que significa negar el carácter de juicio de Dios de la mis-

677. Julio FICKER, *Sobre el íntimo parentesco entre el derecho godo-hispánico y el noruego-islámico* (trad. del alemán por José Rovira Armengol) (Barcelona 1928) 53-56.

678. Enrique GACTO FERNÁNDEZ, *La filiación no legítima en el Derecho histórico español* (Sevilla 1969) 92.

679. Vid. supra n. 395.

ma ⁶⁸⁰. Nosotros nos inclinariamos a pensar, que el documento no testimonia la realización de una ordalía del agua hirviente para la prueba de la paternidad, aunque sí testimonia la existencia de esta práctica de recurrir a la mencionada ordalía. De la redacción del documento parece poderse concluir que el presunto padre, que acogió un día en su casa al muchacho, al disponer de sus bienes, vuelve a insistir en que no es su hijo, confirmando así su negativa cuando el presunto hijo abandonó su casa, y señala que en el caso de presentarse testigos afirmando que la madre superó la prueba del agua hirviente, él está dispuesto a soportar la misma prueba, para demostrar la verdad de su afirmación de que no es su hijo. Con otras palabras, son afirmaciones arbitrarias del presunto padre, destinadas a impedir que, una vez él muerto, se presente el hijo a reclamar parte de su herencia; de aquí la afirmación de estar dispuesto a someterse a la misma prueba, si se presentan testigos dispuestos a jurar que la madre superó la ordalía del agua hirviente; este documento sirve así para testimoniar el empleo de esta prueba para el reconocimiento de la paternidad, pero no su empleo en este caso concreto y además con carácter bilateral. El fuero de Tudela mencionado no puede ser, evidentemente, el de 1122, que no regula las ordalías, sino el fuero extenso, que mencionan Marichalar y Manrique, destacando al mismo tiempo la diferencia entre ambos textos ⁶⁸¹. Este simple hecho no tiene ningún valor, pero tiene su importancia, pues la regulación más antigua del reconocimiento de paternidad es ahora el fuero de Daroca de 1142, donde aparece la fórmula «vis vi repellere potest», lo que unido a la personalidad de su concedente, quizá permita insinuar una cierta influencia exterior ⁶⁸².

Ahora bien, estos testimonios prueban, por un lado, que la madre —y no el padre— debían soportar la ordalía, y, en segundo lugar, que en un caso se utiliza la ordalía del agua caliente, mientras en los dos restantes se emplea la ordalía del hierro candente. La razón de este hecho debe encontrarse, a nuestro entender, en la

680. Vid. las consideraciones de BRUNNER *DRG* II 549 n. 3.

681. MARICHALAR-MANRIQUE, *Historia* cit. IV 291 y ss.; hay errata en la cita en la traducción de Ficker.

682. Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *¿El primer testimonio de la recepción del Derecho romano en Cataluña?*, en *RJC* 2 (abril-junio 1978) 277 ss.

distinta fecha de los testimonios, volviendo así a verse confirmada nuestra afirmación de una introducción tardía de la ordalía del hierro candente, que logra, sin embargo, desplazar la ordalía del agua hirviente. Estas dos características: la madre se somete a la ordalía y ésta es en los testimonios más antiguos el agua hirviente y en los más modernos, del siglo XII y posteriores, el hierro candente parecen ser generales a toda la península⁶⁸³. Compárase ahora este derecho con el derecho islámico, donde la mujer queda sometida a la prueba caldaria y el varón a la prueba del hierro candente o el derecho danés, donde en época antigua, ya que después se prohibió la acusación de paternidad, era el hijo quien quedaba sometido a la ordalía del hierro candente. También, es cierto, en la península se conoció esta posibilidad, pero parece haber surgido con posterioridad⁶⁸⁴.

La regulación del empleo de la ordalía en el reconocimiento de la paternidad emplea dos tipos diferentes de argumentos: la madre se somete a esta prueba o con el fin de lograr que el presunto padre alimente al hijo⁶⁸⁵ o para lograr que el hijo obtenga una parte en la herencia paterna⁶⁸⁶. Es posible pensar en una evolución en esta institución, que haya podido encontrar reflejo en la persona llamada a sufrir la ordalía.

El fuero de Daroca, la regulación más antigua de este problema, sólo conoce la prueba ordalíaca realizada por la madre. Es más, claramente establece que tiene que soportar dicha prueba en vida del presunto padre, si quiere que el hijo pueda recibir parte de la herencia paterna. La única excepción se da cuando el presunto padre muere antes del nacimiento del hijo, pues entonces se admite que la madre pruebe la paternidad por medio de la ordalía⁶⁸⁷.

683. Vid. GACTO, *La filiación* cit. 84 ss.; téngase, sin embargo, en cuenta, para la ordalía empleada, que es necesario leer los textos aportados, sea por simplificar el autor su exposición, al no ser un tema que le interese, sea por utilizar la denominación «prueba caldaria» de forma no muy correcta.

684. Cf. los textos aportados por GACTO, *La filiación* cit. 86-87.

685. Así los fueros de la familia, que suele ser encabezada por Cuenca-Teruel (vid. GACTO, *La filiación* cit. 84) y los aragoneses (GACTO, *La filiación* cit. 85 n. 165), además del Fuero General de Navarra y de C. Lérida 3 (GACTO, *La filiación* cit. 85 n. 165).

686. Vid. los datos aportados por GACTO, *La filiación* cit. 86-87.

687. MUÑOZ 536 y 541.

Esta esperanza de participar en la heredad paterna podía verse truncada, si la madre moría antes de probar la paternidad con el recurso de la ordalía; de aquí que las redacciones tardías abran la posibilidad al hijo de soportar dicha prueba, para tener así parte en la herencia paterna; pero que se trata de una novedad, nacida para superar las consecuencias de la muerte de la madre, lo demuestra F. Jaca A 242, ya que, tras regular los medios probatorios de la paternidad —juramento de los padrinos o de otros hombres—, añade que, si faltan los mismos, «ell o so mayre si es viva deu levar lo ferre calt». El hijo sólo soportará esta prueba, si la madre ha premuerto. En algún caso, el hijo puede realizar la prueba, viviendo todavía la madre, pero, también en este supuesto, el hijo soporta de forma subsidiaria la ordalía, que corresponde sufrir en primer lugar a la madre. Como afirma F. Alfambra 72, si el padre no reconoce al hijo, «saluelo su madre con fiero calient; e si el fillo lo quiere leuar por su madre que lo pueda leuar et fer».

Todavía en 1312, «porque andava uno por su fijo de D. Sancho que non lo era», se determina que la mujer «si queria faser salva que tomase un fierro caliente que aquel moço era su fijo de D. Sancho, é que si non se quemase que el rey le dexaria la eredad al moço é que le faria mucho bien como era derecho»; la mujer aceptó esta propuesta, pero al final no se presentó a realizar la prueba ⁶⁸⁸.

688. *Memorias de D. Fernando IV de Castilla* cap. XVIII —ed. Benavides I 241-242—. Esta posibilidad de acudir a la ordalía debió verse limitada, sin embargo, ya en época relativamente antigua. Si en F. Jaca y en las Recopilaciones aragonesas se reconocía esta posibilidad de recurrir a la ordalía del hierro candente por la madre, para conseguir el reconocimiento por el padre del hijo nacido de sus relaciones —vid. los textos reunidos por GACTO, *La filiación* cit. 84 ss.—; sin embargo, la *Comp. Aragón* 24, señala que los padrinos elegidos por el padre deben jurar que aquel que los nombró padrinos es el padre de la criatura, «quia per ferrum levare multi se faciunt filios bonorum hominum». Esta afirmación muestra la desconfianza provocada por el empleo de la ordalía del hierro candente, aunque no debió prevalecer si en las recopilaciones y en las redacciones del F. Jaca se mantiene el procedimiento del hierro candente. Para Molho en la redacción primitiva del derecho aragonés debía prevalecer la ordalía del hierro candente, como medio para lograr el reconocimiento de la paternidad, pero a mediados del siglo XII los juristas aragoneses posponen la ordalía al juramento —MOLHO, *Difusión* cit. 344; para la fecha de la compilación arago-

La coincidencia con lo que ocurre en el territorio frisón, donde la madre tenía que someterse a la prueba del hierro candente, es, aparentemente, total.

¿Son, sin embargo, estas semejanzas tan evidentes, que pueden conducir a establecer unos lazos de parentesco entre el derecho peninsular y los derechos germánicos del norte? La única coincidencia se da, en forma absoluta, con el derecho frisón y, únicamente, para la época tardía peninsular, pues los testimonios más antiguos presentan el empleo de la ordalía del agua hirviente. La semejanza sería resultado de la evolución del empleo de las ordalías en la península, no del empleo, en todo caso, de la ordalía del hierro candente en la época visigoda. ¿Puede, además, llamar la atención esta coincidencia en el empleo de una ordalía, en una época en la que las ordalías, independientemente de su origen, se han extendido por Europa? No olvidemos la existencia de formularios eclesiásticos, con el ritual de diferentes pruebas ordalíacas y con esta afirmación no prejuzgamos el origen de las ordalías, pero subrayamos que, para el supuesto de recurrirse a ellas —sea por influencia extraña, sea por decisión autónoma—, la elección aparecía ya grandemente restringida por esta misma influencia eclesiástica. Esta restricción era más acusada para la mujer, que tenía una posición diferente a la del hombre ante las ordalías.

En el fuero de Daroca el sospechoso de hurto, si la cantidad robada superaba la valía de X solidos, debía jurar y luchar⁶⁸⁹. Es decir, el sospechoso de hurto debía purgarse por medio del duelo, pero si la sospechosa era una mujer, «pro tanto quanto ubi debet litem facere, iuret cum XII mulieribus»⁶⁹⁰. Los fueros de Avilés y de Oviedo establecen igualmente que el sospechoso de hurto debe lidiar, o llevar el hierro candente, si no quiere lidiar,

nesa vid. p. 341—. También esta desconfianza ante el empleo de la ordalía, dentro de una prohibición al parecer generalizada de las ordalías, puede verse en el privilegio de Sancho IV, concedido a Cuenca en 1285; en el mismo se afirma: «et la mujer que ffuere demandada ssobre algun ffecho et non gello podieren provar, mando que se ssalve por juras et non por fierro caliente» —*F. Cuenca* p. 863—, aunque es difícil de probar que esta prohibición se extienda también al reconocimiento de la paternidad.

689. MUÑOZ 538.

690. *F. Daroca*, en MUÑOZ 540.

pero la mujer sólo está autorizada a llevar el hierro candente⁶⁹¹ Este distinto tratamiento aparece claro en F. Cuenca 299: «vir aut mulier si xristianum uendiderit, conburatur, si probatum fuerit; sin autem, uir subeat pugnam mulier capiat ferrum»⁶⁹².

¿Cuáles son, en realidad, las razones aducidas para defender el origen germano de las ordalías peninsulares? Como en tantas otras ocasiones, tenemos que llegar a las mismas conclusiones. La argumentación se reduce a unas fórmulas lógicas muy sencillas: si el antiguo derecho germano conocía las ordalías, si el pueblo visigodo es un pueblo germánico y si durante la Edad Media peninsular se emplearon las ordalías, es lógico afirmar que este empleo sólo puede vincularse al asentamiento visigodo en la península, lo que lleva necesariamente a afirmar el origen germánico de las ordalías. Con este planteamiento, las características del empleo de las ordalías tienen poca importancia, ya que el origen germánico de las mismas está perfectamente determinado, por el planteamiento aducido. Se puede incluso renunciar a señalar las características del sistema ordalíaco de la época germana común, tal como hace Brunner —no olvidemos, en definitiva, la autoridad última de la afirmación del carácter germano de las ordalías medievales peninsulares— pese a ello, el carácter germánico del sistema ordalíaco medieval —y peninsular también— aparece perfectamente asentado por el origen germánico del mismo, que deriva, para la península, de su introducción en la misma por los visigodos.

Afirmar el origen germano de las ordalías —o negarlo— tiene,

691. F. Avilés 26=F. Oviedo (26).

692. Cf. F. Cuenca 293=F. Alarcón 249: «Mulier que homines aut bestias, aut alias res ligauerit, conburatur: sin autem, saluet se per candens ferrum. Si ligans uir fuerit, tonsus et flagellatus eiciatur ab urbe: si negauerit, saluet se per monomachiam». Para las concordancias con los otros fueros de esta familia, vid. la edición de Roudil del Fuero de Alarcón. Recordemos en torno a la afirmación de Ficker de que el derecho franco no conocía esta prueba para el reconocimiento de la paternidad y en torno al parentesco establecido entre el derecho frisón y el derecho gótico, que, según BRUNNER DRG I 46, los frisones forman parte de los germanos occidentales o alemanes, donde se incluyen igualmente los francos, lo que demostraría lo peligroso de prescindir de la evolución histórica independiente de los pueblos germánicos, así como lo aventurado de obtener conclusiones en base a parentescos, sin contar con las pruebas necesarias.

nos parece, muy poco valor, si esta afirmación se limita a señalar la existencia de un sistema abstracto de ordalías, que queda en la vaguedad máxima, sin saberse cuál era su regulación originaria ni las ordalías que se utilizaron en los primeros tiempos. Los visigodos no aportaron las ordalías germanas, sino que, en todo caso, habrían aportado el sistema ordalíaco visigodo, resultado de la evolución del antiguo sistema común germano. Dicho con otras palabras, si queremos conocer mejor las ordalías altomedievales —caso de no haber tenido su origen en la península— es necesario conocer el sistema ordalíaco que, a partir de un determinado momento, se introduce en la península; si esto no es posible, dada la carencia de datos para la época antigua y para la época visigoda, la afirmación del origen germano de las ordalías y de su introducción en la península se limita a ser una afirmación de principios, que no permite de modo alguno un mejor conocimiento del papel jugado por las ordalías en la Edad Media.

Pese a lo dicho hasta el momento, no pretendemos negar la posibilidad de que, en el sentido hace poco mencionado, el sistema ordalíaco peninsular tenga un origen germano, aunque estemos perfectamente convencidos de que, en todo caso, este origen no proviene de la influencia visigoda, sino de la influencia durante la Alta Edad Media de algunos pueblos germánicos, a través de los formularios eclesiásticos. Lo que sí nos parece que es necesario poner en duda es que se haya llegado a probar que las ordalías tengan un origen germano; es decir, creemos que las autoridades, que se suelen invocar, no han probado que las ordalías tengan un origen germano, que las mismas hayan llegado a la península con los visigodos y, finalmente, que tras haber sufrido la enemiga de la legislación regia visigoda, florecieran de nuevo durante la Edad Media.

Las razones ya las hemos expuesto. Sólo queremos volver a insistir sobre unos hechos, que contradicen la existencia de una costumbre germana, introducida por los visigodos, salvo que se quiera insinuar que éstos aportaron diversos derechos consuetudinarios o que, tras la desaparición del reino visigodo, se fragmentó la antigua unidad jurídica consuetudinaria de tinte germánico, lo que, en todo caso, entraría en contradicción con todo el planteamiento germanista:

1) La aparición de los testimonios del empleo de las ordalías en la península varía de unos lugares a otros; de algunos reinos tenemos noticias más tempranas —así de León—; de otros reinos, las noticias son más tardías, en perfecto acuerdo con la persistencia del proceso visigodo —así en Cataluña; en algunos casos, una búsqueda más minuciosa puede modificar el cuadro trazado, pero el divorcio cronológico entre la utilización de las ordalías en León y en Cataluña difícilmente puede negarse.

2) No todas las ordalías parecen haberse empezado a utilizar al mismo tiempo; el empleo de la ordalía del agua hirviente es el más antiguo testimoniado; posteriormente aparece el empleo del duelo y, finalmente, la ordalía del hierro candente, si prescindimos del empleo reducido de la ordalía del agua fría y de la aparición de la ordalía de las candelas. Añadamos la desaparición temprana, al menos en algunos reinos, del empleo de la ordalía del agua hirviente.

3) En relación con lo dicho, no todas las ordalías parecen haber sido conocidas y empleadas en todos los reinos; la ordalía del agua fría parece ser exclusiva de Cataluña, mientras la ordalía de las candelas sólo se conoce en Navarra. La ordalía del agua hirviente parece ser desconocida en Aragón y su introducción en Navarra puede que sea tardía.

Conjugados estos tres hechos, se hace muy difícil la admisión de un sistema ordalíaco importado por los visigodos. De aquí también la importancia concedida a aquellos escasos datos, que pueden establecer un puente entre la Edad Media y el Reino visigodo. Tal puente, si no permite explicar la aparición de las ordalías en la Edad Media por influencia visigoda, permite, al menos, vincular algunas de ellas a esta costumbre visigoda de origen germánico. Esta es la razón última del papel jugado por la pseudoley atribuida a Egica y la que explica perfectamente la sobrevaloración del proceso del conde Bera.

13. ¿Puede utilizarse el proceso del conde Bera para testimoniar la existencia del duelo, en cuanto ordalía, entre los visigodos, como se ha venido haciendo?

Si prescindimos de las fuentes históricas posteriores, que, prácticamente, se limitan a repetir los datos de los testimonios más

antiguos, del proceso del conde Bera estamos informados, fundamentalmente, por dos obras históricas y por un poema laudatorio de Ludovico Pío, obra de Ermoldo el Negro⁶⁹³. Las noticias que nos ofrecen estas fuentes no son plenamente satisfactorias; no estamos enterados de la infidelidad en la que incurre Bera. Además las obras históricas dan, de forma sintética, la noticia de este proceso por infidelidad, y sólo Ermoldo el Negro nos da noticias interesantes sobre el desarrollo del mismo.

Los llamados «Annales Regni Francorum»⁶⁹⁴ se limitan a señalar que, en el 820, el conde de Barcelona, Bera, que ya frecuentemente había sido acusado de fraudes e infidelidad por sus vecinos, «cum accusatore suo equestri pugna confligere conatus, vincitur»⁶⁹⁵. La «Vita Hludowici imperatoris», obra del Astrónomo⁶⁹⁶, amplía esta noticia con el dato más interesante para los historiadores del derecho; tras señalar que en la reunión del 820 Bera fue acusado de infidelidad por un tal Sanilo, añade: «cum eodem secundum legem propiam —utpote quia uterque Gothus erat equestri proelio congressus est, et victus»⁶⁹⁷.

Las noticias más detalladas se encuentran en Ermoldo el Negro, en el libro tercero, en sus versos 543-628⁶⁹⁸. La mención de este proceso es aprovechada por el poeta para llevar agua a su molino y alcanzar, así, el perdón regio. De acuerdo con esta finalidad, aparece estructurada la narración, que se inicia con un canto al honor

693. Sobre estos problemas, desde el punto de vista de la historia política, vid. Ramón d'ABADAL, *El domini carolingi en Catalunya*, obra inédita que hemos podido consultar gracias a la amabilidad del Dr. Font Rius.

694. Sobre esta obra y sobre sus ediciones vid. F. L. GANSHOF, *L'historiographie dans la monarchie franque sous les mérovingiens et les carolingiens. Monarchie franque unitaire et Francie Occidentale*, en *Setimane di Spoleto XVII. La Storiografia altomedievale. 10-16 aprile 1969*. II (Spoleto 1970) 674 ss.

695. *Annales Einhardi*. 820 —ed. Pertz, en *MGH SS I* 206.

696. Sobre esta obra y sobre sus ediciones vid. GANSHOF, *L'historiographie* cit. II 650 ss.

697. *Vita Hludowici a. 820*, 33 —ed. Pertz, en *MGH SS II* 625.

698. Utilizamos la edición de Pertz, en *MGH SS II* 499-501. El pasaje referente al proceso del conde Bera se encuentra en el libro tercero de la obra de Ermoldo el Negro y abarca los versos 543-628; una traducción al catalán de este pasaje puede verse en la obra ya mencionada de d'Abadal.

franco, honor que reside en la conservación de la fe prometida al monarca. El acusado de infidelidad, «tunc decet ut bello certet uterque fero / Regibus et Francis coram, cunctoque senatu», pues Francia detesta esta nefandad.

Se abre así camino para la introducción de la infidelidad de Bera.⁶⁹⁹

La acusación contra Bera la hace Sanilo, «alteruterque Gothus». Sanilo acude ante el rey, «coram populoque senatu», para formular la acusación, que Bera niega, dirigiéndose ambos al monarca, a fin de obtener la autorización para luchar. Hasta aquí el poeta no ha hecho otra cosa que personalizar el proceso que, de forma abstracta y sintética, había expuesto en la introducción: la prueba de la infidelidad entre los francos se realizaba a través de un duelo.

La novedad de este proceso aparece al pedir Bera, el primero, autorización para negar la acusación; es decir, pide, de acuerdo con el derecho franco, que se le permita acudir al duelo judicial, para probar su inocencia; su petición no se limita, sin embargo, a este punto, sino que se extiende a obtener la autorización de combatir a caballo, con las armas propias, según la costumbre goda: «more tamen nostro liceat residere caballum, / armaque ferre mea».

El monarca contesta señalando que corresponde a los francos decidir, y que él mandará lo que aquellos decidan. Los francos quieren que el combate se realice, por lo que las partes se aprestan al combate.

Interviene, entonces, el emperador, manifestando sus dudas sobre el duelo, prometiendo perdonar a quien confiese su culpa e incitando a los combatientes a seguir mejor sus persuasiones, que los fieros combates marciales. Los contendientes eligen la gue-

699. El poema dice que Bera, «qui Barchinonam Carolo tribuente tenebat / Temporibus multis credita iura regens», que recuerda Sid. Ap. *Carm.* VII 311 ss. —ed. Loyen—; lo que reforzaría nuestra interpretación de la obra de Sidonio Apolinar en torno a la posición que ocupaba el monarca visigodo dentro del Imperio —vid. supra n. 4 y p. 136 del trabajo allí mencionado.

rra, por lo que el emperador les manda que respeten el derecho de los francos ⁷⁰⁰.

Tras describir el ameno lugar, donde se celebrará el combate, el poeta inicia la narración de la lucha; al mencionado lugar acuden los dos combatientes, montados a caballo y portando escudo y hasta, a la espera de la señal regia, para iniciar el combate; la orden llega, pero acompañada por el mandato de que, si uno de los combatientes resulta herido, sea salvado de la muerte.

Dada la orden, comienza el combate, «arte nova Francis ante nota minus»: se arrojan las astas, se amenazan con las espadas levantadas; Bera espolea su caballo y huye por el amplio campo; su contrincante simula seguirle y, tras abandonar las riendas, le hiere con la espada. Bera se declara culpable y los jóvenes, cumpliendo el mandato regio, lo arrancan a la muerte.

La narración del proceso se cierra con un canto a la bondad del emperador, que no sólo concede la vida al vencido, sino también sus riquezas, y el poeta aprovecha la ocasión para pedir para sí la misma gracia.

Si armonizamos las afirmaciones de las tres fuentes mencionadas, aparece claro que en todas ellas se alude a un proceso de infidelidad, en el cual el acusado puede purgar sus culpas acudiendo al duelo judicial, de acuerdo con la regulación franca. Ermoldo el Negro declara, expresamente, que el purgarse de la acusación de infidelidad por medio del duelo es propio del honor franco. Esta afirmación encuentra confirmación en el resultado

700. «Caesar amore Dei paucis conpellat eosdem, / Certa canens illis pro pietate sua. / Quisquis, ait, vestrum mihi quippe fatebitur ultro / Delicti istius protinus esse reum, / Errorem miserans donabo, et cuncta remittam / Debita peccati, vinctus amore Dei. / Credite namque, meis praestat parere suadellis, / Quam ferra pestiferi proelia Martis agi. / Ast illi celeres iterumque iterumque precantur: / Bella placent nobis; bella parentur enim! / Caesar eis sapiens, Francorum iura facessant / Praecipit, ast illi haud mora, iussa colunt». Inmediatamente detrás de *facessant* hay una nota tomada de la edición de Muratori: «i. e. indulgeo verbis, ut dimissa Francorum consuetudine, Gothorum more certamen ineatis». A nosotros nos interesa destacar, únicamente, que la costumbre goda se ciñe únicamente a la forma de combatir, sin que de la práctica de luchar a caballo y con las propias armas pueda inducirse que los godos conocían el duelo judicial.

final: pese a declararse culpable, Bera es perdonado por el monarca, que le permite seguir disfrutando de sus bienes. Este hecho aparece testimoniado por un documento catalán relativo a la herencia del conde Bera. El 18 de agosto del 868 se exvacua en juicio Recosindo, mandatario del conde Salomón, ante el tribunal presidido por el mencionado conde, de la petición de ciertas tierras que tenía el monasterio de Eixalada, ya que Recosindo no puede probar su petición, mientras el abad de Eixalada puede testificar que el conde Bera poseyó las tierras en litigio por compra o por herencia de los padres, y las poseyó pacíficamente, dejándose-las a su hija Rutridis, quien, a su vez, se las cedió a su hija Anna y al abad de Eixalada ⁷⁰¹.

Todos estos hechos están en contradicción con la legislación visigoda, que imponía limitaciones al perdón regio en favor de un infiel, tanto en su alcance como en la forma de concederlo ⁷⁰².

El proceso se configura de acuerdo con el derecho franco, pero con una novedad: el combate se realiza a caballo, como las tres fuentes testimonian. Mientras las fuentes históricas no parecen mostrar ninguna extrañeza, Ermoldo el Negro, quizá de forma exagerada, alude a la sorpresa de los francos, que contemplan un duelo realizado de forma, hasta el momento poco conocida ⁷⁰³.

Mayor importancia tiene el hecho de que dos de las fuentes mencionadas señalan que el combate se lleva a cabo a caballo y con las armas propias de los contendientes, porque éstos son godos, aunque, recientemente, se tiende a afirmar que Bera lo era sólo por parte de madre ⁷⁰⁴. Al ser godos ambos contendientes, el

701. D'ABADAL, *Eixalada-Cuixà* 16 (18-VIII-868) 137-138. Cf. MARCA 18 (844) 153.

702. AQUILINO IGLESIA FERREIRÓS, *Historia de la traición. La traición regia en León y Castilla* (Santiago de Compostela 1971) 42 ss. Para Cataluña vid. IGLESIA FERREIRÓS, *La creación* cit. 150, 222, 248, especialmente.

703. Quizá los autores se inclinen a valorar en demasía esta afirmación, a partir de la idea de que el duelo con bastones es el originario; cf. la nota de Muratori supra n. 700.

704. SALRACH, *El proces* cit. I 40, acogiendo la tesis de Pontisch, señala que Bera debió ser hijo de S. Guillermo de Tolosa, nacido probablemente de un primer matrimonio con una dama goda, llamada Khunegunda; así Bera sería godo, pero sólo por parte de su madre. Cf. l. c. p. 46 y p. 41 y n. 44; p. 42.

combate se realiza con sus propias armas —asta, espada y escudo, según el testimonio de Ermoldo el Negro— y a caballo ⁷⁰⁵.

¿Sirven estas noticias para probar la existencia de un duelo, en cuanto ordalía, entre los visigodos?

Dar una respuesta afirmativa a esta pregunta parece algo fuera de lugar, pues las fuentes se limitan a testimoniar, como costumbre visigoda, el combatir a caballo, no el empleo del duelo como ordalía.

Esta interpretación restrictiva no parece arbitraria, ya que las noticias francas mencionadas se limitan a destacar la costumbre goda de luchar a caballo, mientras las fuentes visigodas guardan silencio sobre el duelo, en cuanto ordalía, dentro del proceso visigodo. La práctica de combatir a caballo, entre los visigodos, no supone la utilización del duelo en tanto ordalía entre los mismos.

No sería oportuno invocar un dudoso testimonio, atribuido a Isidoro de Sevilla, que da cuenta de la educación de la juventud visigoda, la cual «non iaculo tantum debet aut equo vigere sed . . . equitare, iaculare, dimicare, palaestra aequalibus concertare» ⁷⁰⁶, ya que no se trata de una obra isidoriana ⁷⁰⁷, sino de una obra redactada en el siglo IX, quizá en la región narbonense ⁷⁰⁸. De todas maneras, de este texto se puede concluir al máximo que los jóvenes visigodos debían aprender a dominar el caballo y a cabalgar, así como a luchar y enfrentarse con iguales en las palestras.

705. Mientras las dos fuentes historiográficas afirman que Bera es declarado infiel, al ser vencido, el poema de Ermoldo el Negro señala que su infidelidad se mostró, al declararse vencido; la diferencia tiene su importancia, ya que en Castilla el duelo, en el ripto por traición y aleve entre caballeros, no tenía carácter ordalíaco: el vencido y muerto sobre el campo no era declarado traidor o aleve, si no había confesado —vid. OTERO VARELA, *El ripto* en el cit. 73—. No creemos, sin embargo, que deba dársele demasiado valor a la narración de Ermoldo el Negro.

706. P. PASCAL, *The Institutio num disciplinae of Isidore of Seville*, en *Traditio* 13 (1957) 426.

707. Manuel C. DÍAZ Y DÍAZ, *Index Scriptorum latinorum Medii Aevi Hispanorum* (Madrid 1959) 44; Jacques FONTAINE, *Isidore de Seville et la culture classique dans l'Espagne wisigothique I* (Paris 1959) 14 n. 2.

708. Manuel C. DÍAZ Y DÍAZ, *De Isidoro al siglo XI. Ocho estudios sobre la vida literaria peninsular* (Barcelona 1976) 177 n. 106, que hablando de la mencionada obra dice: «Mundó... lo cree del s. IX y Septimano o catalán. Más bien parece que hay que pensar en la región narbonense a comienzos del s. IX».

Este es el panorama que nos testimonia de forma fehaciente Isidoro de Sevilla: los visigodos se ejercitaban en palestra en época de paz, con el fin de estar preparados para la guerra. Durante su reinado, Recaredo envió muchas veces contra romanos y vascos a sus hombres, aunque, al parecer, con la intención de ejercitarlos, como en la palestra⁷⁰⁹. Los visigodos eran famosos por combatir a caballo, no sólo con lanzas, sino también con dardos; también combatían a pie, pero se fiaban más de sus caballos⁷¹⁰, para lo que se ejercitaban continuamente, realizando diariamente luchas deportivas⁷¹¹.

No es necesario recordar que para Gál originariamente el proceso franco no conocía el duelo, que aparece por vez primera en el proceso regio por infidelidad y sólo por medio de las capitulares regias del siglo IX fue introducido en el proceso popular⁷¹², pues esta opinión ha sido rechazada por Brunner⁷¹³, autor que sirve de apoyo para afirmar el carácter germánico del sistema ordalíaco peninsular. Sin embargo, es preciso llamar la atención sobre la afirmación brunneriana de que, entre los ostrogodos probablemente no era conocido un duelo ordalía, sino que el duelo por ellos utilizado no era más que un proceso, resultado de una regulación contractual de la autotutela⁷¹⁴.

Esto se deduce claramente de Cassiodoro, que reprocha a los ostrogodos la utilización de las armas para resolver los litigios⁷¹⁵. El escritor no opone dos tipos distintos de pruebas, sino que señala, frente a la solución de los conflictos por las armas —el duelo, en cuanto proceso—, la solución de los conflictos por el derecho.

Si es esta la costumbre utilizada por los ostrogodos, parece lo

709. Isid. *h. g.* 54 —ed. Rodríguez 264.

710. Isid. *h. g.* 69 —ed. cit. 286—. Cf. Isid. *Ety.* 18,7.

711. Isid. *h. g.* 70 —ed. cit. 286—. Cf. Isid. *Ety.* 18,17 ss. Otro valor debe atribuirse a Mart. Dum. *opera* —ed. ES p. 396—, pues alude a la guerra, como Iul. *Hist. Wamb.* 10 —ed. ES p. 549—: «et credo ad examen pugnae acceditis»; Wamba hace presente a su ejército que han acudido a combatir al tirano Paulo, no a cometer tropelias.

712. GÁL, *Der Zweikampf* cit. 236 ss.

713. BRUNNER *DRG* II 508 n. 60.

714. BRUNNER *DRG* I 264-265.

715. Cass. *Var.* III 24 —ed. Mommsen, en MGH. AA. XII 92—; cf. III 23.

más lógico que también fuese esta la utilizada por los visigodos; pero, aun siendo lógica esta conclusión, al estar ambos pueblos estrechamente emparentados, no puede afirmarse que sea la verdadera. Es una hipótesis, que no encuentra confirmación en las fuentes. La noticia ofrecida por las fuentes francas, volvemos a repetirlo, se limita a afirmar que los visigodos estaban acostumbrados a combatir a caballo y con sus armas, pero sin que, de aquí, se puedan obtener mayores conclusiones.

Afirmar que los visigodos conocieron el duelo judicial, sólo puede hacerse a partir de hipotetizar que los germanos utilizaban, en las épocas más antiguas, el duelo como ordalía, dentro de un proceso, y que los visigodos, en cuanto pueblo germánico, lograron conservar esta práctica, a pesar de la oposición regia, plasmada en sus leyes. Los presupuestos en que se asienta esta hipótesis, tal como han sido establecidos por Brunner y aceptados por los germanistas peninsulares, son de una gran debilidad. La afirmación de la perduración del duelo, como ordalía, fuera del proceso judicial, en la época visigoda, es una simple petición de principio, contradictoria, además, de la configuración del duelo como una ordalía. Aun admitiendo la distinción establecida por Brunner, a la que hemos hecho alusión, entre un proceso y un proceso judicial, es evidente que, en la época visigoda, el duelo sólo podía utilizarse extrajudicialmente, por lo que no podía considerarse, aun en el supuesto de emplearse, como una ordalía, como un trámite probatorio, sino, en todo caso —para conservar la terminología brunneriana— como un proceso en sí, resultado de la regulación contractual de la autotutela.

Es posible creer que, ante el silencio de la legislación y la utilización en la práctica de un duelo en cuanto proceso, poco a poco, se abriese camino la idea de utilizar el duelo, en cuanto ordalía, dentro del proceso; para que esto pudiese suceder así, era necesario no sólo el acuerdo de la otra parte, sino también el consentimiento del juez.

Pero que esto no ha podido suceder así, parece mostrarlo, de forma clara, la evolución en Cataluña. No deja de ser significativo que el proceso catalán no conozca la utilización de otros medios probatorios que los establecidos por la legislación visigoda. Sólo

a fines del siglo X comienza a testimoniarse el empleo de las ordalías, que, en un primer momento, no logran una acogida entusiasta. Ni siquiera el duelo, que con el tiempo se convertirá en la forma de purgarse propia de la nobleza, logra escapar a esta suerte. Cuando en el 1019, una de las partes rechaza todo otro medio de prueba, que no sea el duelo, la otra parte se niega a aceptar el mismo, señalando que no aparece elencado entre los medios de prueba del *Liber*.

Podría decirse que, frente a la posición legalista de una de las partes, conveniente a sus intereses, la afirmación de la otra parte manifiesta el triunfo del duelo en la práctica, pero esta interpretación chocaría con los datos existentes e, incluso, con la misma función de la ordalía dentro del sistema probatorio. Si hasta fines del siglo X no aparece testimoniado el empleo de la ordalía en el proceso catalán, este silencio no puede atribuirse a la inexistencia de documentos o a un estado latente; son numerosos los documentos que reflejan la aplicación del sistema probatorio visigodo y su existencia hace imposible que las ordalías puedan haber constituido un medio probatorio. No hay ninguna razón para guardar silencio sobre su empleo, si realmente se hubieran usado, tal como los documentos, a partir de principios del siglo XI, con una única excepción en el siglo X, lo demuestran.

Los testimonios más antiguos catalanes destacan, además, esta aparición reciente de las ordalías, y, entre ellas, de la ordalía del duelo, desde el momento en que, en algunos casos, la utilización de las mismas se hace de forma arbitraria por una de las partes, rechazando cualquier otro tipo de prueba⁷¹⁶. Ante la crisis de la vida social, se abren todos los caminos.

Finalmente, es necesario señalar un hecho digno de valorarse en toda su significación. Cuando durante el siglo XI comienza a afianzarse el duelo en Cataluña, pueden distinguirse dos tipos del mismo: el realizado a pie y el realizado a caballo; además, normalmente, «cada una de las partes era representada por un caballero, que no hubiese hecho batalla jurada *con escudo y bastón*»⁷¹⁷.

¿Puede afirmarse, sin más, que existe una relación genética

716. Vid. infra p. 214.

717. BALARI, *Orígenes* cit. 420; BONNASSIE II 729.

entre aquel duelo del conde Bera, realizado por los interesados a caballo y con las propias armas de los combatientes y este nuevo duelo, realizado a pie o a caballo, por medio de representantes, y con escudo y bastón? ¿El silencio de las fuentes entre el 820 y el 1019 puede salvarse invocando una costumbre germánica, que ahora no tiene por qué estar reprimida? ¿La fracasada intentona de 1019 de utilizar el duelo como medio de prueba no muestra con claridad que se trata de una novedad desconocida hasta el momento? ^{717 a}.

La persistencia del proceso visigodo en Cataluña, tras la desaparición de la monarquía visigoda, y el silencio de las fuentes catalanas sobre el empleo del duelo como ordalía confirman la interpretación restrictiva ofrecida de los textos francos mencionados, en especial del poema de Ermoldo el Negro. El proceso del conde Bera manifiesta la práctica habitual, entre los visigodos, de combatir a caballo. Como Sánchez Albornoz ha afirmado en alguna ocasión, «y, por si todavía quisiera ponerse en tela de juicio la perduración a través de toda la historia hispano-gótica, de la primitiva costumbre de los godos de combatir como jinetes», puede mencionarse el duelo del conde Bera ⁷¹⁸.

717 a. Es conocida la argumentación de Liutprando para conservar el empleo del duelo, pese a las graves consecuencias que se derivan de ello: es una antigua costumbre de los longobardos el recurrir al duelo. «Quia incerti sumus de iudicio dei, et multos audiuimus per pugnam sine iustitia causam suam perdere; sed propter consuetudinem gentis nostrae langobardorum legem ipsam uetare non possumus» —Liutp. 118. II ed. Bluhme 130— (Cf. GÁL, *Der Zweikampf* cit. 286, sobre su valoración). Pero esta antigua costumbre quizá no rebasase los 100 años, si en el 623/24 el empleo del duelo en la corte del monarca longobardo se debe a influencia merovingia —GÁL, *Der Zweikampf* cit. 245—. No debe exagerarse la antigüedad de las viejas costumbres; también hoy día se puede encontrar fácilmente la fórmula de «The ould Irish coffee», redactada incluso en un más o menos correcto antiguo inglés para darle mayor antigüedad, y embellecida con datos que fácilmente lleva a colocarla en una época en la que ni se conocía el café en Irlanda ni se hablaba siquiera el inglés; pese a todo ello, no debe hacer más allá de veinticinco años que se preparó por primera vez esta poción en el aeropuerto de Shannon.

718. Claudio SÁNCHEZ-ALBORNOZ Y MENDUIÑA, *En torno a los orígenes del feudalismo. Parte Segunda. Los árabes y el régimen prefeudal carolingio. La caballería musulmana y la caballería franca del siglo VIII*. III (Mendoza 1942) 99-100.

14. ¿Qué conclusiones pueden obtenerse de las anteriores afirmaciones? Hace ya algunos años se ha escrito que «la historia del Derecho español se resiente de no haber tenido un duelo a muerte entre romanismo y germanismo, semejante a la polémica entre Schupfer y Tamassia. Este duelo violento entre Schupfer y Tamassia ha enseñado muchas cosas a los historiadores italianos, ha precisado muchos contornos y ha contribuido a relegar el tema romanismo-germanismo al fondo de la Historia de la historiografía jurídica italiana»⁷¹⁹. Desde el día en que fueron escritas dichas palabras hasta hoy las cosas han cambiado, ya que asistimos a un cierto enfrentamiento entre romanistas y germanistas, como resultado de las discusiones surgidas en torno a la tesis de García-Gallo, de que el derecho legislado visigodo se aplicó, desde un primer momento, a todos los pueblos sometidos al poder del monarca godo.

Este planteamiento explica que, normalmente, se hayan utilizado las instituciones germánicas o romanas como armas arrojadizas, cayendo así en el peligro de convertir el derecho romano y el derecho germano en dos entes abstractos, que operan por encima de la historia, como destacaba hace ya algunos años Cassandro⁷²⁰, con lo que se prescinde de profundizar en el conocimiento histórico. Es muy posible que tal forma de actuar sea un pasaje obligado de la historiografía jurídica peninsular y también es muy posible que nos equivoquemos en nuestras valoraciones, pero, de todas formas, creemos necesario destacar que el mayor peligro que se deriva de este enfrentamiento es el desconocer la capacidad creadora, en el campo del derecho, de los pueblos, en los distintos momentos de su historia.

Si este es, a nuestro modo de ver, el peligro mayor que se corre, no es el único. Estas discusiones, a veces, dan la impresión, quizá equivocada, de retroceder a una época en la que la invocación de las autoridades permitía afirmar, como recordaba Russell,

719. Alfonso OTERO, *El Código López Ferreiro del «Liber iudiciorum»*, en *AHDE* 29 (1959) 569.

720. Giovanni CASSANDRO, *Metodologia storica e storia giuridica*. (Estratto degli Anali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Bari. Nuova Serie. Volume IX 1948) (Bari 1949).

que las mujeres tenían menos muelas que los hombres, con el único apoyo de Aristóteles.

La existencia de unos pueblos, a los que se califican de germánicos, en el antiguo solar imperial, es una realidad que no puede desconocerse; la existencia de un antiguo derecho germano originario, propio de un pueblo germano único, es algo que ya comienza a ser una cuestión de fe ⁷²¹ y la descripción de ese derecho germano originario no es más que una hipótesis científica y, por tanto, caduca y perecedera ⁷²².

Los pueblos de origen germano, al asentarse establemente y formar sus propias organizaciones políticas, consolidan, igualmente, sus propios ordenamientos jurídicos, los cuales pueden ser estudiados, a partir de los testimonios conservados. La formación de estos ordenamientos presenta, sin embargo, sus propias características, dentro del ambiente histórico común a todos ellos. Cada uno de estos pueblos tenía, en el momento de asentarse en el solar imperial, su propio derecho, que no se puede identificar con el derecho germano originario trazado por los historiadores; aún admitiendo que los derechos de todos estos pueblos hayan arrancado de un único derecho, la evolución por cada uno de ellos sufrida, a través de la historia, es diferente. De otro lado, no puede olvidarse que el asentamiento se realiza de forma diferente por cada uno de estos pueblos y en condiciones distintas, lo que debe encontrar reflejo también en el ordenamiento jurídico. Finalmente, no debemos olvidar que las fuentes jurídicas proceden de esta época, cuando, al menos el pueblo visigodo que nos interesa, han sufrido la experiencia radical de cambiar de creencias religiosas.

Puede parecer extraño que, tras lo dicho, propongamos que el estudio del derecho histórico peninsular deba realizarse a partir del derecho romano, aquel derecho romano que se aplicaba en la

721. Hermann CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte I. Frühzeit und Mittelalter. Ein Lehrbuch* (Karlsruhe 1954) 6: «En el momento de su entrada en la historia, los germanos no formaban ningún pueblo, sino que estaban divididos en numerosas tribus. No es seguro que haya habido alguna vez un pueblo germánico unido. Tempranamente se realizó una división de los germanos en tres grandes grupos: germanos occidentales, germanos orientales y germanos del norte».

722. Vid. supra n. 49.

península, pero debemos subrayar que ni consideramos el derecho romano —como el derecho germano— un ente abstracto, que determina el curso de la evolución jurídica europea, sino un ordenamiento jurídico concreto, que se aplicaba en la península, ni tampoco creemos que es suficiente conocer el derecho romano, para explicar el derecho visigodo peninsular. Recientemente Lalinde, al ocuparse del problema de la Recepción, aludía entre otras posiciones a la de quienes se inclinan a considerar la historia del derecho español como una historia del derecho romano en España y, tras destacar que «todas estas posturas son aceptables, aunque, naturalmente, a condición de no hacerlas salir de los límites con que las debieron concebir sus propios autores. Destacar el componente romano no significa excluir otros y conferir a éstos una valoración también alta», me incluía, con una formulación radical, dentro de esta concepción, aunque señalando igualmente que ya había puesto sobre aviso sobre la simplicidad de la fórmula de que la historia del derecho peninsular no es otra cosa que la historia de la evolución del derecho romano en la península ⁷²³.

Decir que la historia del derecho español es la historia de la particular evolución del derecho romano en la península, dentro de la óptica calassiana, significa colocarse en las antípodas de una historia del derecho romano en la península o, para retomar un título clásico, de una historia del derecho romano en la Edad Media. Se trata, únicamente, de destacar que el ordenamiento jurídico, que está en la base de la evolución milenaria, que concluirá en la codificación, no es otro que el ordenamiento romano, recibido en la península.

Afirmar que la historia del derecho español no es otra cosa que la particular evolución del derecho romano en el ámbito peninsular no es más que una traducción, en el campo jurídico, de la idea que el castellano no es otra cosa que el latín hablado por los españoles, afirmación simplista y reductiva si se quiere, pero muy gráfica. Si el castellano es una lengua romance, quiere ello decir que deriva del latín, lengua del imperio romano, que se

723. Jesús LALINDE ABADÍA, *Situación del derecho romano en el sistema jurídico aragonés*, en *Revista de Historia del Derecho* (=Hom. Prof. Torres López) II-1 (1977-1978) 171-172.

siguió utilizando al desmembrarse éste, sobre todo en el imperio occidental, «la mayoría de cuyas provincias continuaron hablando dicha lengua, a pesar de las muchas invasiones de pueblos extraños que sufrieron; y podemos decir que aun hoy día siguen hablándolo, claro es que muy transformado y de diversa manera en cada una de esas provincias»; «los varios estados de transformación a que en esas provincias llegó el latín hablado, se llaman *lenguas romances o neolatinas*»⁷²⁴. En definitiva, el sistema lingüístico de las lenguas romances viene configurado por el latín, pero las transformaciones sufridas por este sistema lingüístico latino explica la formación de las lenguas romances. La idea, que nos parece más fructífera, estriba precisamente en destacar la existencia de un sistema, que puede recibir influencias exteriores, incluso abundantes, pero que se mantiene a través del tiempo en cuanto sistema. El castellano es así una lengua neolatina, pero en su formación entraron igualmente a formar parte otros elementos «muy extraños y en muy diversos tiempos»⁷²⁵.

El derecho español arranca así del derecho romano, pero entraron a formar parte del mismo otros muchos elementos. Es más, podríamos decir que, precisamente debido a la introducción de esos elementos extraños, dejó de ser derecho romano para convertirse en derecho español, con la codificación, tras pasar por diversos caminos intermedios.

Es cierto que la lengua ha sido concebida como una estructura, «un autónomo sistema de signos, separado de su uso e independiente de los individuos que lo usan», tal como ha hecho de Saussure, pero también es cierto que sus discípulos han tenido que volver a introducir la historia dentro de la evolución de la lengua⁷²⁶. De

724. Ramón MENÉNDEZ PIDAL, *Manual de gramática histórica española*¹⁸ (Madrid 1966) 1.

725. MENÉNDEZ PIDAL, *Manual* cit. 15.

726. Ferdinand de SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, publié par Charles Bally et Albert Sechehaye, avec la collaboration de Albert Riedlinger (cinquième édition) (Paris 1962), cf. en especial pp. 23 ss.; 114 ss.; para una valoración de su doctrina y de las modificaciones que sus discípulos han debido introducir, vid. el prólogo de Amado ALONSO, que acompaña a su traducción castellana de la obra de Saussure —decimotercera edición, Buenos Aires 1974, pp. 7-30—, de donde hemos tomado —p. 11— la frase reproducida en el texto.

forma paralela, en el campo del derecho, la teoría de la «*Isolierung*» de Schulz y posiciones semejantes de otros autores han visto en el derecho romano —en el derecho, en definitiva— una construcción técnica, cuya evolución puede ser explicada a partir de necesidades lógicas internas. Este planteamiento, cuyos méritos, por evidentes, no vamos a discutir, conduce necesariamente a una historia del derecho romano en la Edad Media, posición antagónica a la que planteamos. Dos opciones diferentes, de las que hemos elegido una, pero sin desconocer que el conocimiento del derecho del pasado puede alcanzarse por diversos caminos, que no deben concebirse como excluyentes, sino como complementarios, al ser todos ellos reductivos y, por ende, incapaces de recuperar el pasado en toda su complejidad. La parcialidad e insuficiencia son características de todos los métodos históricos, pese a que podamos ilusionarnos con la idea de haber alcanzado uno, que nos conduzca, sin temor a equivocarnos, al conocimiento de la Verdad.

De la misma manera que el castellano no puede ser explicado únicamente a partir del latín —tal sería el caso de la pérdida de la *e* inicial latina por influencia ibérica—⁷²⁷, otro tanto podríamos decir del derecho español codificado⁷²⁸. De aquí que, si parece oportuno desechar el recurrir al derecho germano como un *deus ex macchina*, que explique el derecho medieval peninsular, nos parece igualmente rechazable ver en el derecho visigodo una simple evolución interna del derecho romano, en su variedad de derecho romano vulgar, sin posible modificación, por influencia del derecho de los visigodos, es decir, no del derecho germano común, sino de un derecho germánico. Pero igualmente nos parece demasiado simplificador resolver el derecho visigodo legislado en un reparto más o menos equitativo entre el derecho romano y el derecho germano a los que se puede añadir el derecho canónico, para formar la triada a la que aludía Cassandro.

El ordenamiento jurídico, algo que podríamos concebir, quizá, como un sistema no lógico, sino vital, de criterios de valoración,

727. MENÉNDEZ PIDAL, *Gramática* cit. 16, 121 ss.

728. La comparación no puede llevarse, sin embargo, hasta sus últimas consecuencias; no parece que en la historia del castellano haya nada parecido a la transformación sufrida por el derecho peninsular, como consecuencia de la Recepción.

dirigidos a resolver los conflictos de intereses de una sociedad concreta, viene determinado por el derecho romano, como hemos visto, que constituye así el marco donde se incorporan las nuevas instituciones, o importadas de otros pueblos, o aportadas por las nuevas necesidades o resultado de la aplicación de nuevos criterios de valoración. De aquí que nos parece ilógico colocar en un mismo plano el derecho romano y el derecho germano, salvo que aceptemos que éste ha substituido aquel, en la época visigoda y durante la Alta Edad Media. Tal probabilidad no nos parece sostenible, en el momento presente ⁷²⁹. Debemos ver por tanto las posibles modificaciones introducidas en el derecho romano, como consecuencia del asentamiento del pueblo visigodo, y no sólo de su propio derecho, pero teniendo siempre en cuenta que esto se va a operar dentro del cuerpo del derecho existente en la península: el derecho romano que, en cuanto persiste en el reino visigodo, ha alcanzado el escalón primero, que le llevará a la evolución, que concluirá en la codificación, por lo que debe llamarse derecho visigodo. El derecho visigodo es un medio para resolver los conflictos de la sociedad visigoda y, si puede ser interesante filiar los orígenes de alguna institución concreta, no puede por menos de destacarse, en primer lugar, las nuevas necesidades, que dan lugar a la modificación de la regulación jurídica.

Las modificaciones en el derecho no deberían ser explicadas, sin embargo, recurriendo a unas características —principios— o del derecho romano o del derecho germano, que precisamente por generales, y por significativas que sean, quizá nunca se dieron en los mismos; estas modificaciones parece que deben ser explicadas a partir de las situaciones concretas que las provocan y de los medios técnicos, es decir, de las normas jurídicas existentes en ese momento. Si pueden ser legítimos los esfuerzos de Brunner para alcanzar a trazar un derecho germano originario, el mismo no puede ser utilizado para explicar el derecho visigodo o el derecho medieval peninsular, que sólo pueden explicarse desde la situación social que los ve nacer y a partir de los instrumentos técnicos con que se cuenta en aquellos momentos, para configurar aquellas so-

729. Vid. nuestro trabajo cit. en n. 143, sobre el problema del derecho consuetudinario visigodo.

ciudades; no debería recurrirse a un derecho germano, sino ver, en todo caso, el derecho franco, el derecho ostrogodo o longobardo, etc., es decir, los derechos germánicos concretos, coetáneos del derecho visigodo o de los derechos medievales peninsulares.

Al ocuparnos del proceso del conde Bera, no hemos querido estudiar las ordalías, sino, únicamente, llamar la atención sobre algunos hechos, que nos parecen significativos: si, realmente, se siente la necesidad de discutir sobre el carácter del derecho peninsular, defendiendo su origen germano o su origen romano, parece oportuno, en primer lugar, plantearse el estudio del derecho altomedieval, institución por institución. Seguir invocando la autoridad de Brunner, a través de las afirmaciones de Hinojosa, parece un tanto arriesgado, ya que la obra genial de Brunner es hija de su tiempo. Al final, además, la discusión se convertiría, quizá, en un recuento de instituciones, tantas de origen germano y otras tantas de origen romano, olvidando que el derecho —el ordenamiento jurídico— es algo más que una suma simple de instituciones y prescindiendo de la capacidad del hombre para resolver en cada momento sus problemas concretos. Quizá fuese mejor señalar que el derecho altomedieval es el heredero del derecho visigodo, como éste lo fue del romano, tratando de ver qué soluciones se consiguen, a partir del propio derecho existente, y qué soluciones se consiguen, poniendo a contribución otros derechos contemporáneos, pero no invocando un derecho germano que ya no existe. Otro tanto podría decirse del derecho romano: quizá sea conveniente comenzar a ver en el derecho visigodo una creación de la época, utilizando unos materiales existentes —el derecho romano y la propia tradición jurídica de los visigodos, en su caso—, pero que no debe ser considerado ya evolución del derecho romano, pues el ciclo vital del mismo, en el mundo occidental, había terminado ya con la deposición de Rómulo Augustulo.

Dejar en un segundo plano la filiación a una tradición diferente —romana o germana—, quizá pueda conducir a prestar una mayor atención a la actividad creadora de cada época.

Si no nos equivocamos en nuestras apreciaciones, puede afirmarse que no existe testimonio alguno que hable del empleo de las ordalías por los germanos, pero, al mismo tiempo, puede decirse que existe una tendencia general a ver en la ordalía —en el juicio

de Dios— un fenómeno común a toda la humanidad y que la ordalía aparece en Europa, de nuevo, con el asentamiento de los llamados pueblos bárbaros en el antiguo solar imperial. ¿Presenta el sistema ordalíaco los mismos caracteres en todos los pueblos? Hemos ya resaltado que el origen germano de la ordalía se consigue a través de una simplificación arbitraria, mediante la concentración de la atención en la idea misma —despojada de toda profundidad— de la ordalía y prescindiendo de la manera de realizarse. Con los datos que de forma aislada hemos ido dando, se muestra con facilidad esta afirmación. Sería suficiente con reenviar a la obra de Brunner, pero hemos ya señalado que, independientemente de cuál sea el origen de la ordalía medieval, parece claro que Brunner no demuestra su origen germano. Pero dejando a un lado el problema de su origen, ¿es posible hablar de la ordalía como algo unitario en toda Europa?

Dos cosas es necesario precisar: en primer lugar, las ideas religiosas imperantes podían conducir a la formación de un concepto de ordalía, a partir de la existencia de un Dios omnipotente, omnipotente y justiciero; la Iglesia creó un formulario para regular la manera de realizarse las ordalías. Volvemos a repetir que no pretendemos estudiar el origen de las ordalías, pero sí destacar que, en esta época, el pensamiento religioso predominante podía ver en el juicio de Dios una intervención divina, para distinguir lo justo de lo injusto; a partir de esta idea central, las formas concretas de realización de la ordalía pueden variar de un lugar a otro fácilmente. ¿Qué conclusión se puede obtener? Si el pensamiento religioso es el mismo, al haberse extendido el cristianismo, cada pueblo puede traducir jurídicamente, de forma independiente, esta idea.

En segundo lugar, la aparición de un formulario eclesiástico puede provocar una aproximación en las distintas prácticas ordalíacas existentes, independientemente de su origen. La prueba ordalíaca puede haber aparecido de forma independiente en cada pueblo, pero es posible que se llegue a una cierta unificación en la forma de realizarla, por medio de la difusión de estos formularios.

Una religiosidad común permitiría la aparición independiente, y con caracteres diferentes, de una misma institución: la prueba

ordalíaca; la existencia de unos formularios eclesiásticos podía producir una cierta uniformidad en la forma de realizarse esta prueba. Quizá en esta tensión puedan explicarse las semejanzas en la ordalía medieval, así como sus diferencias.

15. El asentamiento de los visigodos en la península no explica la aparición de las ordalías de la Alta Edad Media peninsular, por lo que, con base en las afirmaciones realizadas, pretendemos ofrecer una hipotética respuesta a la aparición de las ordalías en la península, a partir de la misma evolución interna del derecho peninsular. No excluimos la posibilidad de que, en algunos casos, la forma de realizarse la ordalía haya podido venir de fuera, ni negamos que, en ocasiones, esto se ha debido a una recíproca influencia entre los distintos reinos, pero, para hacer afirmaciones más precisas, debería llevarse a cabo un estudio de las ordalías —tarea que escapa a los fines de este trabajo—, que no se contentara con meras apariencias externas.

La práctica de meter la mano en un recipiente de agua hirviente o de coger con la mano un hierro candente pudo haber llegado a cualquier lugar por medio de narraciones, leyendas o poesías⁷³⁰, sin que haya tenido que mediar una posible influencia jurídica; y otro tanto puede decirse del duelo o de la ordalía del agua fría. La aparición del duelo con escudo y bastón en Cataluña, a partir de los primeros años del siglo XI, no es necesario vincularla a una influencia del derecho franco, ni a esta posible influencia o a una influencia catalana la regulación de este duelo por Alfonso VI en 1091. Bastaría la simple noticia de haberse realizado un duelo, llegada a través de juglares, para que se pudiese aceptar que, para resolver los problemas derivados de la crisis del sistema judicial catalán —o leonés—, se pensase en recurrir al mismo. Dentro del proceso visigodo, continuado en Cataluña, se intenta insertar así, en 1019, el duelo. Que su regulación tuviese que responder, caso

730. Vid. por ejemplo, aunque con otro alcance, Mauricio MOLHO, *Difusión del derecho pirenaico (Fuero de Jaca) en el reino de Aragón*, en *BRALBLB* 28 (1959-1960) 324 ss.; en p. 333 ss., se ocupa Molho de *F. Jaca A 228=Rec. I de Aragón 78=FGN 6,9,4*, donde existe una reelaboración del suceso de Susana, que hemos visto aparecer en la obra de Leandro de Sevilla; para Molho, los textos jurídicos mencionados dependen de fuentes orientales, pese a la alusión a Susana.

de haberse celebrado, a una influencia jurídica extraña si posible, no es necesario. Recordemos que en 1037, cuando se recurre a la ordalía del agua fría, ésta se realiza de acuerdo con los criterios establecidos por los jueces con las partes, determinándose así que, en caso de empate, podríamos decir, se repartiese por mitad la tierra en litigio, aunque se haya utilizado igualmente, al parecer, el formulario eclesiástico ⁷³¹.

Dentro de estos presupuestos, indemostrados por tanto, y, muy posiblemente, necesitados de matización por el reconocimiento de una cierta influencia exterior, es posible vincular la aparición de las ordalías en la península a causas diferentes, pues su empleo no parece responder a las mismas finalidades.

Si tomamos como punto de partida el estadio final de la evolución de las ordalías en la península, podríamos, sin embargo, decir que la aparición de las ordalías en la península tuvo su razón de ser en la crisis del juramento, como último medio de prueba, por la creciente extensión del perjurio. Donde los pleitos pueden resolverse por medio de documentos o testigos, no debe acudir al duelo, afirma el texto valenciano, pero «ubi deficit probatio hominum, relinquam iudicio et tunc prelium partibus concordantibus fieri consuevit» ⁷³². Donde faltan pruebas humanas debe recurrirse al juicio de Dios, juicio de Dios que se trata de evitar precisamente en los mismos *Fori Valentiae*, al establecerse que, donde faltan documentos y testigos, no debe recurrirse al duelo o a la ordalía del hierro candente o a cualquier otro medio, sino que, si el actor no podía probar «pars alia iuret et credatur suo iuramento et non possit tornari» ⁷³³. Aquí aparece la conclusión de un largo proceso, que se había iniciado, precisamente, en el mismo punto, aunque bajo otro clima: según el derecho visigodo, cuando las pruebas de los hombres —documentos, testigos y cualquier indicio de verdad— no eran suficientes, se debía recurrir al juramento de una de las partes ⁷³⁴.

En un clima religioso, donde se trataba de evitar el perjurio,

731. Vid. supra p. 112, 172 ss.

732. *F. Valentiae* 133,2

733. *F. Valentiae* 62,27.

734. Vid. supra n. 198.

la facilidad con la que el perjurio se cometía, debió inducir a poner límites al fácil acceso al juramento, para parafrasear el *Liber*. Recordemos aquella interpolación llevada a cabo en un manuscrito catalán del *Liber*, que equiparaba el perjurio a la infidelidad. La agravación de la pena del perjurio es síntoma de un malestar, pero no un remedio eficaz. La Alta Edad Media no había heredado, sin embargo, sólo el antiguo proceso visigodo, sino también aquellas ideas religiosas que tendían a identificar Dios y justicia, ideas que se consolidaron durante la mencionada época. Dios se identifica con la justicia y, por ende, deviene el máximo juez, que actúa no sólo en el cielo —en el juicio final—, sino también en la tierra, en los juicios humanos. El recurrir a las ordalías sería así un medio para actuar la justicia divina, pero, al mismo tiempo, un medio para controlar y evitar los perjurios.

También durante la Edad Media peninsular se mantiene la identificación entre Dios y justicia, como se recuerda en un documento de San Pedro de Besalú del 978, «cum igitur Deus justitia sit»⁷³⁵ y se vuelve a repetir en el 979⁷³⁶. Se comprende así la creencia en que quienes juran y perjuran quedarán sometidos al juicio de Dios.

Este planteamiento permitiría pensar que el juramento se convirtiese en una ordalía, pero la misma desconfianza ante el juramento parece que impidió que se llegase a tal solución. El perjurio quedará sometido a los sagrados misterios de la divinidad, pero la inocencia o culpabilidad deberá manifestarse por medio de algunas de las ordalías, que hemos mencionado.

El juramento expurgatorio, último remedio al que podían acudir los jueces visigodos, antes de la reforma de Recesvinto, a falta de pruebas, se mantendrá en la Alta Edad Media, tras la desaparición de la monarquía visigoda, pero sin llegar a convertirse por ello en ordalía. El juramento se ve rebajado en su antiguo valor, ya que, en ocasiones, se exige que sea confirmado por un juicio de Dios. De aquí que los testigos, al jurar, señalen que, si perjuran, «et nomen Domini falsamus comprehendat nos sacra misteria Dei et

735. VILLANUEVA XV 25 (978) 261=MONSALVATJE II 6 (978) 209-220.

736. VILLANUEVA XV 26 (979) 265=MONSALVATJE II 7 (979) 221-225.

innocente pena caldaria»⁷³⁷ y se pueda recurrir «ad iudicium Dei omnipotentis in aqua frigida... ut inde appareat cuius directum sit»⁷³⁸.

Se recurre al juicio de Dios en la confianza de que Dios, que conoce todas las cosas ocultas, querrá revelar patentemente la verdad de los hechos⁷³⁹. Quienes superen la prueba ordalíaca no podrán ser castigados como culpables, como recuerda Alfonso VI en 1072, pues deben estar salvos y seguros, aquellos a quienes Dios quiso salvar y librar⁷⁴⁰. Dios, como juez supremo, manifiesta todo su poder a través de las pruebas ordalíacas, haciendo triunfar la justicia, «et fecit Deus omnipotens suam uirtutem et iudicauit per directum et superauit el peon de Diac Albarez al peon de Errant Monnuz»⁷⁴¹.

Quizá no deban valorarse en demasía estos testimonios, ya que la mayoría de ellos se manifiestan a la terminación del empleo de una ordalía. De la identificación entre Dios y justicia y de la fe en la actuación de Dios como juez supremo, a través de las ordalías, no puede concluirse sin más el triunfo de las mismas; puede explicarse la aparición de las ordalías, pero no su triunfo. En la práctica, por razones obvias, se tendió a evitar su empleo.

Dentro de los testimonios que hemos manejado, habría que afirmar que el empleo de las ordalías, para controlar el juramento expurgatorio del acusado, debió ser algo posterior al empleo de las ordalías en el proceso. Baste recordar que los testimonios catalanes más antiguos presentan este recurso a la ordalía, como resultado de una decisión propia del acusado, quien, para librarse de la sospechas de haber robado decide someterse a la prueba del agua

737. LOSCERTALES, *Sobrado* I 109 (s. d.) (986-999) 132; GARCÍA LARRAGUETA, *Oviedo* 26 (20-XI-953) 105: «et si mentimus et nomen Domini in falso tangimus comprehendat nos iudicium Dei et pena kaldaria».

738. RIUS, *S. Cugat* II 545 (19-VII-1037) 204.

739. VILLANUEVA VIII 31 (1016) 284: «Sed Deus qui occulta novit cuncta, patenter voluit revelare in supra dictorum presentia illius iniquissima fraudulentia».

740. *ES* 36 ap. 27 (1072) LVI: «Et cum omnes Ville eliminate fuerit, et innocentes apparuerint, non iudicentur sicut nocentes, nec cogantur aliquid exolvere a Sajonibus sicut antea consuetudo erat, sed sint salvi et liberati quos Deus salvare et liberare voluerit».

741. MENÉNDEZ PIDAL, *Documentos* 147 (1100) 196.

hirviente. Esto ocurre en el 988, cuando el acusado de haber ocultado un testamento se niega a confesar su culpa y propone, fiándose en sus artes mágicas, someterse a la ordalía del agua hirviente⁷⁴². Otro tanto sucede en 1016, cuando el acusado de robo, se niega a devolver lo robado y, fiado igualmente de sus artes mágicas, propone acudir a la prueba del agua hirviente⁷⁴³. Todavía en 1079, en un suceso un tanto complicado, son los acusados quienes proponen acudir a la mencionada ordalía, si bien es el juez, en el 1081, quien obliga al acusado a someterse a la prueba⁷⁴⁴.

Esta decisión personal del acusado parece hablar en favor de una incorporación reciente de esta práctica al proceso catalán, como se demuestra por el hecho de que, prácticamente, hasta los primeros años del siglo XI, el proceso catalán observe la regulación del *Liber*.

Esta misma novedad, y la finalidad concreta de combatir los perjurios, la muestran las cartas judiciales concedidas por Sancho Ramírez, rey de Aragón y Navarra, a Santa María de Alquezar, San Juan de la Peña, Hospital de Santa Cristina y San Pedro de Jaca. En todas ellas, aparece una explicación del empleo de la ordalía del hierro candente, que es la misma que encontramos en las fuentes francas —y no tratamos de establecer una vinculación—, que denota al mismo tiempo dicha novedad. Tras establecer que, en las contiendas entre los villanos de los mencionados monasterios y sus villanos, merinos e infanzones por motivo de las tierras se resuelvan por el juramento y la ordalía del hierro candente, añade «et proinde pono et mando hunc iudicium, quia multi sunt inflati spiritu maligno, que non timent periurus de iure, et ideo que iuraverit salvum faciat per ferrum»⁷⁴⁵. Es decir, el monarca establece la ordalía del hierro candente, ya que existen muchas personas, las cuales, inducidas por el diablo, no temen perjurar. El recelo ante el perjurio y la desconfianza ante la prueba alcan-

742. Vid. supra n. 388.

743. Vid. supra n. 388.

744. Vid. supra n. 388.

745. F. San de la Peña, en José María RAMOS Y LOSCERTALES, *La formación* cit. 7 n. 6= MUÑOZ 328; para los restantes textos, MUÑOZ 251-252 y 252 n. 1, salvo para S. Pedro de Jaca—DURÁN GUDIOL, *Huesca* I 41 (III-1079) 57-58—, publicado por Durán Gudiol.

zada por medio del juramento expurgatorio del derecho visigodo exigen la intervención de esta prueba ordalíaca. Esta finalidad se resalta de forma clara, pues mientras para los villanos la prestación del juramento va acompañada de la prueba del hierro candente, esta relación automática no se da para los infanzones y potestades, quienes tienen que jurar ante el rey y si éste y otros infanzones conocen que ha perjurado, «ipse faciat de illo iudicium»⁷⁴⁶.

Estos testimonios, sin embargo, no manifiestan una sumisión voluntaria del acusado a las ordalías, pues son privilegios, que tratan de proteger las tierras de los mencionados lugares, obligando a quienes las invaden a prestar dicha prueba, de la misma manera que lo hacen los villanos regios⁷⁴⁷. Estamos ante una novedad, pero impuesta.

Podemos aludir ahora a un empleo diferente de las ordalías, que parece haber sido el más antiguo; al menos, del mismo tenemos los testimonios más antiguos. Si las ordalías han nacido para combatir el perjurio, aquellos que estaban más expuestos eran los testigos, quienes debían jurar sus declaraciones. El acusado podía recurrir al juramento sólo en el caso de haber sido acusado por sospechas, pues, si su delito se podía probar por otros medios, no había lugar a tal recurso. En la época visigoda sucedía lo mismo, salvo que, en vez de recurrirse a las ordalías, se acudía al tormento del sospechoso⁷⁴⁸. También se podía utilizar, en lo que podríamos llamar pleitos civiles, el juramento por una de las partes, de acuerdo con la tradición visigoda⁷⁴⁹, pero tal posibilidad no debía ser tan frecuente, como la representada por la declaración jurada de los testigos.

Los testimonios más antiguos del empleo de la ordalía en la península, muestran así el empleo de la misma para combatir el perjurio, al confirmar el juramento realizado por los testigos de sus declaraciones. Es necesario recalcar que los más antiguos pro-

746. Vid. supra n. 745.

747. Del texto parece poder deducirse que esta prueba se utilizaba ya entre los villanos del monarca; esta prueba parece ser propia de siervos y perjuros, según BRUNNER *DRG* II 528 n. 95; 550.

748. Vid. supra p. 80 ss.

749. Vid. supra p. 80 ss.

cesos de la parte occidental de la península, en los que se emplea esta nueva práctica —la ordalía del agua hirviente—, muestran, al mismo tiempo, los trazos típicos del proceso visigodo; las partes aportan sus pruebas y los jueces deciden cuáles deben ser preferidas; así se explica que, elegida la declaración de los testigos de una de las partes, estos tengan que jurar posteriormente su declaración, y, a continuación, interviene un inocente, que se someterá a la ordalía del agua hirviente⁷⁵⁰. Así ocurre —en algunos casos con dudas— en los documentos de los años siguientes: 912, 927, 946, 953, 973, 987 (?), 1002, 1024 y, todavía, quizá en 1124⁷⁵¹.

Los primeros y más antiguos testimonios que hemos podido manejar se mueven, así, dentro de este planteamiento: el juez,

750. Esta forma de actuar se manifiesta en la mayoría de los procesos que hemos podido manejar, mencionados supra n. 395.

751. Vid. supra n. 395 y n. 658. En los procesos del 946 y del 973, la otra parte no acepta la realización de la prueba y afirma, respectivamente, «et iura et pena illis dimitto» y «et dimitio eis iuramento et pena caldaria», con lo que parece que se alude de forma exclusiva a los testigos, al no mencionarse al inocente; sin embargo, la comparación con los otros documentos hace pensar en la presencia de éste, que, en caso de sufrir la prueba, confirmaría el juramento de los testigos; cf. el documento del 927, donde se renuncia igualmente a la prueba, pero se menciona al inocente «et tornaui fideles et nocente de penna caldaria»; el término «nocente» podría dar lugar a dudas, pero en otra ocasión, en el 953, el documento habla repetidamente del «innocens», pero en una ocasión reza «qui ipsum nocente limpidum uiderunt». Cf. 1007 y 1025. El documento del 1024 parece desconocer la presencia del inocente, al decir «iuratori sumus Froila et Xabe et Ovecco per sacra sacramento et eciam per caldarie ignem, per manu saion Abolkacem». Esta situación se ve claramente en 1064, donde se ha dado ya un paso adelante, pues ha desaparecido el inocente, siendo una de las partes, elegida por el juez, quien se somete a la prueba; para el testimonio del 1124 valen las mismas afirmaciones que para los testimonios del 946 y del 973, pero dada su fecha, quizá deba aproximarse al testimonio del 1064; en este proceso del 1124, sin embargo, la prueba se realiza: «et iurauerunt et miserunt calda et exiuit sana per ipsos uicarios», pero estos «uicarios» parece que deben identificarse con los testigos: «cum testibus suis, Xemena Fernandiz, Gontrodo Manelliz, Maria Oeuquiz, et cum isto, calda. Et parauit se Munio Cidiz cum testibus suis, Pelagio Conde suo genero, Petro Petriz, Martino Pelaiz, et sua calda». ¿Con «et sua calda» se quiere distinguir a una persona de los testigos? La afirmación del documento de 1022, «Damus ad uobis iusa terra pro abemus iudicio con Aita Cidici et erepimus uobis de illa calda» quizá permita pensar en la intervención de un inocente.

tras valorar la prueba aportada por cada una de las partes, elige aquella que debe ser jurada, y este juramento podía ser sometido a la correspondiente ordalía. Y éste «podía ser» tiene una intención muy clara: señalar que no todos los procesos antiguos se resuelven mediante el recurso a las ordalias y que no siempre las declaraciones de los testigos tienen que ser confirmadas por medio de juramentos y ordalias⁷⁵², hecho tanto más comprensible cuanto el empleo de la ordalía constituye una novedad.

Al lado de procesos, en los que la decisión llega a través de las pruebas de testigos y documentos, así como por medio de la pesquisa, puede señalarse, como sintomático, lo sucedido en la zona de la Rioja, donde aparece testimoniada, desde antiguo, la ordalía del agua hirviente. El testimonio que vamos a aportar parece demostrar que la aparición de la ordalía supone una nueva práctica, que se logra extender de forma más o menos amplia y de forma más o menos rápida. En el año 940 se realizó un pleito entre Sancho Gómez y Nuño Gómez contra el abad del monasterio de San Millán de la Cogolla, sobre el aprovechamiento del agua de un molino; tras señalarse que la prueba de las afirmaciones de los mencionados Sancho Gómez y Nuño Gómez vino determinada por el *Liber* y consistía en la presentación de doce testigos y tres fiadores, el documento parece insinuar, pese a su brevedad, que la solución no satisfizo por completo al monasterio, que se dirigió de nuevo a los jueces, quienes declararon que el testimonio de los doce testigos y el juramento de los tres fiadores era suficiente, por lo que no debía recurrirse a la prueba caldaria⁷⁵³. Dentro de este

752. Vid. los testimonios reunidos por SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Homines* cit. I 383 n. 38. Para Cataluña, vid. IGLESIA FERREIRÓS, *La creación* cit. 166 ss. Pueden citarse otros testimonios, en los que se recogen procesos terminados por medios distintos a las ordalias: MARTÍN DUQUE, *Obarra* 82 (c. 1019?) 73-74; juramento; LACARRA, *Irache* I 82 (11-XII-(1103)) 104-106=UBIETO, *Pedro I*, 134 (10-XII-1103) 399-401; LACARRA, *Irache* I 119 (VII-1133) 140-141: testigos; 123 (1122-1131) 143 ss.: juramento; 201 (1181) 219; 215 (17-IV-1193) 231; 221 (18-XI-1195) 237: juramento; UBIETO, *Pedro I*, 78 (1099) 319-320; 119 (1102) 379-380: juramento que no llega a prestarse por miedo al perjurio=146 (1094-1104) 413-414.

753. UBIETO, *San Millán* 27 (940) 43-44; dice en la parte final: «Et iudicaverunt ita ubi XII testimonias testificaron et III fidiatores iuraverunt nulla calda fiat, nec ullum alium iudicium nisi prior iudicium sit firmi».

clima se comprende, que, en este mismo cartulario, se recojan ya testimonios del siglo X, aunque quizá deban retrasarse a los primeros años del siglo XI, de que la prueba caldaria no era utilizada en determinados lugares ⁷⁵⁴.

Este empleo de las ordalías se mueve dentro de los límites del proceso visigodo; al juramento debe acompañar ahora, sin embargo, la ordalía, al menos en algunos lugares y en determinados casos.

Las fuentes testimonian también un empleo diferente de las ordalías, donde las mismas se convierten en el elemento fundamental del trámite probatorio; su empleo no es complementario de las pruebas de los hombres, es decir, su empleo no sirve para confirmar las pruebas de los hombres y evitar así el perjurio, ni sirve para substituir la falta de las pruebas de los hombres, sino que es un empleo, arbitrario en los primeros momentos, que supone el rechazo de las pruebas que los hombres pueden aportar; esto ocurre cuando las partes —o una de ellas— se niegan a aceptar documentos, testigos y pesquisas y ponen la verdad de sus afirmaciones en una prueba ordalíaca. Este nuevo empleo no queda vinculado a la prestación del juramento expurgatorio del sospechoso, ni a la confirmación de las declaraciones de los testigos elegidos por el juez, sino que permite que ambas partes puedan probar sus afirmaciones mediante el recurso a una ordalía doble: el vencedor de la misma, prueba su afirmación. La existencia de afirmaciones contrapuestas exige recurrir a una ordalía bilateral y, tras la breve aparición de la ordalía del agua fría en Cataluña, va a triunfar el duelo, que no sólo pueden emplearse en el campo de lo que podríamos llamar pleitos civiles, sino también en el campo de los pleitos criminales, introduciendo quizá una mayor equitatividad, desde el momento en que el sospechoso puede debender su inocencia contra su acusador y el testigo puede defender la verdad de su testimonio, frente a quien niega la misma, cuando con el tiempo se extendió el empleo del duelo. Esto explica, igualmente, un cambio en el empleo de la ordalía del agua hirviente, que quizá está también en la base de su desaparición: los testigos no tienen que confirmar sus declaraciones con la intervención de un inocente, que soportará la prueba ordalíaca, sino que están obligados única-

754. Vid. *supra* n. 400 y 402.

mente a defenderse del riepto de quien niega la verdad de sus afirmaciones ⁷⁵⁵.

Hemos dicho que se trata de una nueva práctica, tardía con respecto a las anteriores, y que rompe definitivamente con la tradición del proceso visigodo, ya que supone la negación de todo trámite probatorio, substituido por el recurso a las ordalías. El primer intento de introducir el duelo en Cataluña, acaecido en 1019, responde fielmente a estas afirmaciones; una de las partes se niega a someterse al *Liber*, y pretende defender su derecho acudiendo al duelo; si no logra triunfar en sus propósitos se debe a que la otra parte, la condesa Ermesinda, defensora del orden tradicional —en este caso, del orden jurídico— frente a la feudalización creciente ⁷⁵⁶, se niega, afirmando que el *Liber* no regula el duelo ⁷⁵⁷.

Es la misma situación que se refleja en 1037, cuando una de las partes se niega a someterse al *Liber*, afirmando que únicamente aceptará el resultado de la ordalía del agua fría ⁷⁵⁸. Aquí la prueba ordalíaca se llega a realizar, ya que, tanto los jueces como la otra parte, prefieren acatar esta solución, que no quedar sometidos a las arbitrariedades de quien propone acudir a la mencionada ordalía del agua fría; estamos ya en la crisis del poder judicial ⁷⁵⁹.

¿Podríamos extender esta misma explicación a los reinos occidentales de la península? Para quienes defienden la no aplicación del *Liber*, durante y tras la desaparición de la monarquía visigoda, tal posibilidad debe quedar excluida, pero es muy posible que tales presupuestos deban ser revisados. Nos parece que la aplicación del *Liber* durante la monarquía visigoda es una hipótesis, que debe mantenerse y reafirmarse, pero nos parece, igualmente, que la desaparición de la monarquía visigoda no supuso la desaparición del *Liber*. Abandonado sin embargo a su suerte, es evidente que su fortuna no podía ser idéntica en todos los territorios. La desaparición del poder político en la zona occidental de la península acelera la crisis del *Liber*, dentro del esquema que hemos trazado en otra

755. Vid. supra 212 ss. y 220 s.

756. BONNASSIE II 635.

757. IGLESIA FERREIRÓS, *La creación* cit. 196.

758. Vid. supra p. 112 ss. 172.

759. IGLESIA FERREIRÓS, *La creación* cit. 211 ss.; 263 ss.

ocasión para Cataluña. Baste recoger aquí una opinión tan poco sospechosa como puede ser la de Sánchez Albornoz, quien, al publicar una colección de documentos procesales, afirma: «Bastan los textos reunidos para mostrar cómo perduraron en el reino astur-leonés durante el siglo X, las dos tradiciones procesales romana y germánica; la primera muy viva aún en la legislación hispanogoda y la segunda sin duda conservada en los Campos Góticos donde los godos habían colonizado en masas cerradas. No podía el procedimiento judicial librarse de esa dicotomía... Más de una vez el litigio se resuelve mediante la presentación de testigos que juran la realidad de los hechos, a veces se vincula la alegación documental con la prueba testifical jurada y no dejan de asomar las ordalías, la del agua caliente y del juramento expurgatorio»⁷⁶⁰. Sin entrar ahora a analizar todas estas afirmaciones, es suficiente resaltar la perduración del proceso visigodo del *Liber* y señalar que, también en Asturias y León, la aparición del empleo de las ordalías es tardía. La utilización de la ordalía del agua caliente no puede remontarse más allá del 912, tras el descubrimiento de la tumba del apóstol.

De la misma manera que el proceso catalán, el perjurio y la crisis política afectará necesariamente al proceso astur-leonés. Como simple indicio, podemos recordar aquí un pleito de 1075, celebrado en Oviedo, en presencia del rey Alfonso VI, donde los jueces nombrados por el monarca, piden a las partes que les presenten sus documentos, «et illis uisis darent iudicium». Tras examinar la documentación de una de las partes, las juzgaron falsas, mientras juzgaron auténticas las presentadas por las otras partes, por lo que examinadas las mismas, juzgaron «sicut scriptum est in libro Iudico». Pero esta forma de juzgar aparece modificada, ya que los jueces juzgaron «ut duo clerici Ouetensis ecclesie iurassent cum suo testamento»⁷⁶¹. Y este mismo sistema se utiliza para resolver una cuestión paralela, referente al objeto en litigio en el pleito mencionado, en 1083⁷⁶². Para garantizar la prueba escrita, era necesario el juramento. Este mismo sistema se había utilizado en

760. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Documentos* cit. 144.

761. GARCÍA LARRAGUETA, *Oviedo* 74 (1075) 222-225.

762. GARCÍA LARRAGUETA, *Oviedo* 87 (13-VIII-1083) 252-256.

otro proceso, del 1056, donde el juez había pedido a las partes que le presentase «testamentu cum testibus ex utrisque partibus et illis uisis daret iudicium». Mientras una de las partes sólo tenía testigos, la otra se presentó con la documentación y los testigos. Pero también aquí, la documentación debía ser confirmada por el juramento⁷⁶³. En todos estos casos, es digno de señalar que la otra parte se declara vencida, y no permite que se preste el juramento, para evitar tener que pagar las penas establecidas en los documentos, pues, como se dice, por ejemplo en 1083, el juez, al establecer que los documentos debían ser confirmados por juramento, había añadido que «et peracto iuramento» la otra parte, ahora vencida, «persoluissent illas calumpnias sicut scripte sunt in prefato testamento siue et donatione»⁷⁶⁴. La desconfianza ante la prueba escrita, había llevado a recurrir a medios de confirmarla, alterando así los principios del *Liber*, que se seguía invocando sin embargo.

Esta situación inestable, que afectaba a la aplicación práctica del *Liber*, encuentra un testimonio claro en un proceso, en el cual una de las partes es el propio monarca, pues manifiesta que, en muchos casos, el medio probatorio utilizado era el resultado de un acuerdo de las partes, ante la imposibilidad de los jueces de imponer su voluntad. En el pleito entre los infanzones del concejo de Langreo y Alfonso VI, este quiso probar su afirmación dando «unm militem armatum in medio campo uni illorum sibi contradicendum quem ipsi inter se elegissent ad discutiendum inter utrosque ueritatem». Pero los infanzones rechazaron esta propuesta, pidiendo que las afirmaciones no fuesen discutidas «per pugnam nec per librum iudicum per quem querebat accipere iudicium, sed per ueridicos exquisitores»⁷⁶⁵. No sólo no gustaba el recurso al duelo, sino tampoco el recurso al *Liber*.

Este malestar ante el duelo, en este caso de bastones, se vuelve a mostrar en 1093, cuando ambas partes acuden al juicio del monarca, quien decide que se celebre un duelo con *bastonarii*; aceptado el juicio por las partes, no llegan a cabo el duelo y establecen

763. GARCÍA LARRAGUETA, *Oviedo* 58 (28-VI-1056) 183-185.

764. GARCÍA LARRAGUETA, *Oviedo* 87 (13-VIII-1083) 254-255.

765. GARCÍA LARRAGUETA, *Oviedo* 73 (27-III-1075) 219-221.

una conveniencia entre ellos ⁷⁶⁶. Todavía en 1137, en un pleito entre el monasterio de Ramiranes y Alvaro Rubeo, éste con sus compañeros se armó y se dirigió al representante del monasterio, para decirle: «des hominem et pugnet mecum coram isto populo et si vincero illum erit mons noster et si ipse vincerit, me erit vester»; pero tal acuerdo no debió satisfacer al monasterio, ya que acudieron primero a Pelayo Curvo y, ante la negativa de éste a sentenciar, se presentaron al emperador ⁷⁶⁷. Quizá sea, como se dice en un documento navarro del 1120, cuando las partes estaban ya prestos a combatir y la intervención de diversas personalidades les indujo a ponerse de acuerdo sin combatir, que «varius enim est euentus bellorum» ⁷⁶⁸. Como recordará el arzobispo Rada, en el siglo XIII, el duelo no es derecho ⁷⁶⁹.

No se trata de negar el empleo del duelo —y de otras ordalías—, sino de destacar que, quizá, en la práctica, no gozase de todos los favores. Hay procesos en los que las ordalías establecidas no llegan a realizarse, por renuncia de cualquiera de las dos partes ⁷⁷⁰, pero también hay procesos en los que se llevan a cabo las ordalías establecidas ⁷⁷¹. Finalmente pueden citarse procesos, que terminan sin necesidad de recurrir a las ordalías ⁷⁷².

Es posible que determinados grupos sociales tengan interés en imponer tales pruebas ordalíacas. Bonnassie incluso ha afirmado que la Iglesia impulsó las prácticas ordalíacas, a fin de acrecentar sus riquezas ⁷⁷³, afirmación que, sin embargo, no nos parece probada. Esta posibilidad mostraría que el recurso a la ordalía no debía ser bien aceptado, si tenía que ser impuesto.

Dejando a un lado este problema, que sólo podría resolverse, al menos de forma aproximada, mediante el examen de las distintas formas de terminarse los procesos, es suficiente señalar que, a partir del siglo XI y durante quizá el siglo XII, el empleo de las ordalías

766. PRIETO, *Documentos* II 36 (4-I-1093) 530.

767. DURO PEÑA, *Ramiranes* 2 (26-VI-1137) 59-60.

768. LACARRA, *Irache* 105 (1120) 128=RODRÍGUEZ DE LAMA, *Rioja* II 60 (1121) 116-117.

769. Vid. supra n. 349.

770. Vid. supra n. 395, testimonios del 927, 946 y 973, entre otros.

771. Vid. supra n. 395, testimonios del 912, 953, 987 (?), entre otros.

772. Vid. supra n. 752.

773. BONNASSIE I 202.

—al menos del duelo— alcanzó su mayor auge, al convertirse en un medio de resolver las cuestiones judiciales; las afirmaciones de las partes se comprobaban mediante la celebración de una ordalía, sin necesidad de acudir a prueba documental o testifical. Es necesario recalcar este punto, ya que ahora la ordalía se convierte en un medio de prueba fundamental, y no subsidiario. Como hemos indicado, la ordalía no se presta, necesariamente, para confirmar el juramento del acusado o garantizar el juramento de los testigos, sino que se puede emplear, además, como el único medio de prueba para resolver los conflictos de intereses. Mayor auge por su empleo más extenso, pero que no quiere decir, sin embargo, mayor frecuencia en su empleo, es decir, un empleo normal en los procesos ⁷⁷⁴.

Un recuerdo de esta situación se conserva en el fuero de Jaca, al señalar que, si el demandante ha prometido dar testimonios, si después no alcanza a hacerlo, no puede obligar a la otra parte, que niega, a prestar juramento o a realizar batalla; si no ha prometido, sin embargo, dar testigos, entonces sí puede obligar a la otra parte a someterse a la decisión del pleito por medio de batalla ⁷⁷⁵.

Se trata de un recuerdo, sin embargo. La regulación del duelo y, casi siempre, a su lado de la ordalía del hierro candente se recoge en los fueros extensos y en las redacciones de derecho regio en la Baja Edad Media, aunque con diverso alcance ⁷⁷⁶, pero su regulación ofrece, como es natural, las correspondientes diferencias. No es este el momento de detenernos a examinar esta regulación, pero podemos señalar unos trazos generales. El empleo de las ordalías se limita, volvemos a repetir de forma general, a la expurgación del sospechoso y al riepto del testigo, siempre y cuando incorporemos a los sospechosos a la mujer que prueba el hijo habido fuera del matrimonio por medio de la ordalía.

774. Cf. IGLESIA FERREIRÓS, *La creación* cit. 267 ss.; la crisis del poder judicial hace que los conflictos se resuelvan mediante el acuerdo entre las partes, ante la presencia de hombres buenos; por este camino puede recurrirse más fácilmente a las ordalías.

775. *F. Jaca A 39=F. Jaca S 256*; si la cosa es de un determinado valor; para determinar el valor, cf. *F. Jaca A 72=Cf. F. Jaca S 279 (=326)*.

776. Vid. *supra* p. 131 ss.

En el Fuero General de Navarra, la ordalía de las candelas está «prevista normalmente para dilucidar la inocencia o culpabilidad del acusado por un delito de hurto»; la del hierro candente, «para probar la paternidad natural, y en algún caso es impuesta por el juez al villano que discute con el señor el pago total de la renta de la tierra», mientras no se conoce en qué supuestos se utilizaba la ordalía del agua hirviente⁷⁷⁷.

En cuanto al duelo judicial, en Navarra se recurre al mismo «cuando el delito de hurto no puede ser probado por el acusador, o cuando el pleito entablado entre varias villas no puede ser resuelto por pesquisa o por otras *pruebas de fide digna*», mientras en Aragón se utiliza «en aquellos casos en los que determinadas formas del delito de traición no pueden probarse por testigos suficientes y, de forma semejante, en los delitos de lesiones cometidos en despoblado o con la agravante de nocturnidad; en cambio, se la prohíbe cuando estos delitos son cometidos en lugares públicos. De otra parte, al parecer, en Aragón el combate judicial tiene lugar, a falta de testigos, cuando el objeto del litigio goza de cierta importancia»⁷⁷⁸.

En el campo municipal, por otro lado, «en general, el riepto se emplea como medio de prueba en el procedimiento por falso testimonio y en algunos procedimientos por delitos de colonia»⁷⁷⁹. «En todos los textos citados, que describen los casos en que se emplea el riepto y revelan sus modalidades, se establece el principio de que se utiliza como medio de demostrar el acusado su inocencia solamente cuando no se le puede probar la comisión del hecho imputado»⁷⁸⁰.

La ordalía es el último recurso al que se puede acudir, cuando no existen pruebas o cuando se duda de la veracidad del juramento del testigo. Un empleo, por tanto, muy restringido, que se verá todavía más limitado por las prohibiciones eclesiásticas.

Barcelona, 4 de marzo de 1979.

AQUILINO IGLESIA FERREIRÓS

777. MARTÍNEZ GIJÓN, *La prueba* cit. 43-44; para *F. Novenera* vid. supra n. 474; para *F. Viguera* vid. supra n. 473; para *F. Tudela* vid. supra n. 472.

778. MARTÍNEZ GIJÓN, *La prueba* cit. 46-47; para el empleo del duelo con bastones en el siglo XIV en Navarra, vid. HELFFERICH, *Entstehung* cit. 406-407.

779. OTERO VARELA, *el riepto de los* cit. 160, 162.

780. OTERO VARELA, *El riepto de los* cit. 162-163.

EL COMENTARIO DE ULPIANO A LOS EDICTOS DEL "METUS"

SUMARIO: 1. La teoría de Kupisch.—2. Relación con la *lex Plautia de vi*, la política legislativa anti-*vis* del cónsul Quinto Lutacio Cátulo.—3. Planteamiento de nuestra revisión del tema.—4. Estructura general, según Lenel, del comentario de Ulpiano.—5. (D.4,2) frag. 1: el edicto rescisorio; D.50,17,116pr.: reenvío.—6. frags. 3,5,7 y 9pr.: «*metus*».—7. frag. 9,1-2: «*gestum*».—8. frag. 9,3-6: «*ratum non habebo*»; el caso de los *Campani*.—9. frag. 9,7-8: el edicto (perdido) de la acción penal.—10. frag. 12pr.: *fructus percipiendi*; frag. 12,1-2; frag. 14pr.: legitimación pasiva para la acción penal.—11. frag. 14,1-2: *actio* (post-anual) *in simplum*.—12. frag. 14,3: fórmula *in rem scripta*.—13. frag. 14,4: cláusula arbitraria; frag. 14,5: subadquirentes de buena fe; frags. 6 y 8: deuda afianzada.—14. frag. 14,7 y 9-11: *quadruplum* clásico y *tripulum* compilatorio.—15. frag. 14,12-13: concurrencia de acciones.—16. frags. 16,2 y 20: la acción contra el heredero.—17. Orden resultante del comentario de Ulpiano.—18. Conclusiones generales.

1.—La obra de Berthold Kupisch sobre la *in integrum restitutio (i.i.r.)*¹ ha planteado una serie de problemas exegéticos e institucionales del mayor interés, más allá también del ámbito de la *i.i.r.* Esto explica que Kaser haya dedicado un largo estudio para tomar posición, y en general favorable, ante la tesis de Kupisch².

1. KUPISCH, *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht* (1974). Puede ser que la preferencia dada, como ya el mismo subtítulo indica, al caso de transmisiones de propiedad haya podido condicionar bastante el pensamiento del autor; el uso de una *exceptio* o de una acción personal útil como medio de realizar la *i.i.r.* queda excesivamente minimizado.

2. M. KASER, *Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus*, en *SZ.* 1977 p. 101-183; sobre *metus*, p. 108-142 especialmente. Nos referiremos a esta recensión de Kaser por el solo nombre del autor. Una posición más crítica ofrece, en su más breve recensión, G. CERVENCA, en *Labeo* 1978 p. 213-221.

El punto central de la tesis de Kupisch es que la *restitutio* debe entenderse, no como un decreto pretorio de restituir las acciones, sino como restitución de las acciones ordenadas por el juez en virtud de la cláusula arbitraria de una acción *in factum*, que, en el caso del *metus* que nos va a ocupar, es la acción penal «*quod metus causa*», al *quadruplum*; de suerte que la acción rescisoria habría sido un complemento posterior, introducido para facilitar la reclamación frente a terceros. Para esta tesis partía Kupisch de la idea, generalizada hoy en la doctrina, de que la *i.i.r.* no exigía necesariamente un decreto del magistrado, al que seguiría después una *datio actionis*, sino que podía identificarse directamente con la concesión de una acción. Para Kupisch, la *i.i.r.* no es más que esa acción cuyo fin es simplemente de restitución judicial. Así, la identificación de la *i.i.r.* con una acción, lo que solemos atribuir a la época post-clásica, o, al menos, a la *cognitio*, sería, según Kupisch, fiel reflejo del pensamiento clásico.

Frente a esta tesis de Kupisch hemos tomado posición en un artículo a propósito de las acciones del senadoconsulto Velejano³ y en otro sobre la acción del menor, *minor restitutus*⁴, temas a los que Kupisch dedica sendos capítulos especiales. De los otros temas tratados por Kupisch requieren todavía revisión principalmente dos: las *i.i.r. ob metum y ob dolum*, que son también aquéllas en las que (como puede deducirse del mismo título de Kaser: supra n. 2) podría parecer mejor asentada la tesis de Kupisch. De hecho, la parte más importante de la obra de éste es la referida al *metus*: su tercer capítulo (p. 123-240), que ocupa más de la mitad del libro entero. Al *metus* se refiere también nuestro presente artículo.

La literatura romanística reciente muestra un especial interés por el tema de la *i.i.r.*⁵, pero no voy a tratar de él; ni siquiera directamente de la *i.i.r. ob metum* en relación con la tesis de Kupisch de que la acción restitutoria, en caso de *metus causa gestum o factum*, es la misma acción penal cuadruplaria, cuyo fin habría sido conseguir, bajo

3. En *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Ursicino Alvarez Suárez* (1978) p. 337-351.

4. En *AHDE*. 1979 p. 297.

5. Vid. los estudios citados por CERVENCA, en *Labeo* 1978 p. 219 s., n. 1, de los diez últimos años, desde la obra del mismo CERVENCA, *Studi vari sulla «restitutio in integrum»*, que es de 1965.

la amenaza de tal pena, la restitución judicial exigible de cualquier persona que hubiera adquirido algo a consecuencia del acto coaccionado, fuera o no autor de la coacción. A este respecto distingue Kupisch tres supuestos, que también nosotros designaremos por la letra correspondiente:

- A) Adquisición retenida por el mismo coaccionante.
- B) Adquisición retenida por un tercero que adquirió directamente del coaccionado sin ser él coaccionante.
- C) Adquisición retenida por un adquirente sucesivo (subadquirente) no-coaccionante.

Vamos a tratar de la tesis de Kupisch, pero no en la forma sistemática que él presenta, sino a través de un análisis del comentario de Ulpiano a la parte correspondiente del Edicto. Y conviene decir, desde el primer momento, que en buena medida nuestra revisión nos ha llevado, en este tema, a aceptar aquella tesis, aunque en otros puntos discrepemos de ella, y precisamente en lo que la teoría del *metus* que Kupisch presenta pretende corroborar sus afirmaciones más generales sobre la *i.i.r.*

La idea fundamental de la que parte Kupisch es la de que la *actio quod metus causa* no se dirigía contra el que había ejercido la coacción, como tal, sino contra el que retenía la adquisición, aunque pudiera pensarse que el caso más general fue el A, es decir, el de que retuviera la adquisición el mismo que coaccionó al luego demandante. Esta idea me parece acertada⁶. Explica la particularidad de que la fórmula de esa acción fuera *in rem scripta*, como aparece bien atestiguado; evitaría también toda la crítica textual encaminada a restablecer una supuesta acción penal clásica dirigida contra el autor de la *vis*. Con todo, me parece que puede añadirse un matiz que aclara mejor

6. Conforme con Kupisch, en este punto principal de su tesis sobre el *metus*, se muestra Kaser (p. 116 y *passim*); cfr. *infra* n.76. Kaser (p. 123) observa que una ventaja de la tesis de Kupisch es que explica unitariamente el edicto, la excepción y la acción; la fórmula de la acción penal debería referirse a un «*metus causa accepisse*» del demandado; el ámbito de la fórmula Octaviana pudo ser el de la acción penal que comentan los juristas tardo-clásicos (p. 125ss.); pero, en p. 138ss., Kaser parece no excluir todavía que la *formula Octaviana* se hubiera dirigido contra el causante de la coacción.

el tema de la legitimación pasiva de la acción penal del *metus*. De acuerdo en que no se trata de una acción contra el que hizo un acto de intimidación que determinó una pérdida patrimonial del demandante, creo que tampoco se dirige simplemente contra el que adquirió algo procedente de aquel acto coaccionado, sino contra el que, con su retención, impide la reintegración de aquella pérdida sufrida *metus causa* o *per metum*. La pena del *quadruplum* es precisamente contra el que no quiere restituir: no es el hecho de haber adquirido lo que se pena, pues pudo hacerse de buena fe, sino el de impedir la reintegración en el patrimonio de procedencia una vez que se haya probado ante el juez que se trata de algo que salió de aquel patrimonio por un acto de coacción, sea quien sea el autor de la coacción. Con esto, además: que el coaccionante que adquirió y luego enajenó puede ser demandado, pues, aunque no retiene ya lo adquirido, él llegó, sin embargo, a adquirirlo, y su obligación de restituir se ha perpetuado, como ocurre con el *fur* demandado por la *condictio furtiva*. Así, la acción contra el coaccionante que luego se desprendió de lo obtenido y la acción contra el subadquirente concurren de manera similar a la de la concurrencia entre la *condictio furtiva* contra el *fur* y la *reivindicatoria* contra el poseedor de la *res furtiva*. En cambio, la acción penal no se daría contra el coaccionante puro, es decir, contra el que nada llegó a adquirir, como ocurriría de haber sido esta acción una forma de reprimir la *vis*. Así, pues, podemos decir que se trata de una acción penal, pero que castiga, no al que ejerció la violencia, penado ya por el crimen de *vis*, sino contra el que se resiste a reintegrar en el patrimonio de la víctima un bien que ésta perdió a causa de la coacción ejercida por alguien.

Este régimen de la acción penal fue, en mi opinión, siempre el mismo, desde la aparición de la *formula Octaviana* hasta la desaparición del procedimiento ordinario. Esta fórmula Octaviana, que puede ser del año 79 o del 78 a. C.⁷, vendría a ser como un complemento de una legislación específica contra el crimen de violencia. Por eso se ha querido relacionar el edicto de Octavio con la legislación *de repetundis*. En mi opinión, esto reduce excesivamente el ámbito de tal edicto, puesto que esas leyes se referían exclusivamente a exaccio-

7. El año 79 fue pretor un Octavio (cónsul el 76), y el 78, otro Octavio (cónsul el 75). Kupisch (p. 158, n.170) se inclina por el del 79.

nes de los magistrados, y la acción del *metus* no parece haber tenido nunca tal restricción. Por otro lado, en caso de la reclamación *de repetundis*, los terceros respondían tan sólo en caso de que el magistrado que había cometido el delito resultara insolvente, lo que no ocurre según nuestro edicto⁸. La legislación *de repetundis*, muy anterior a la fórmula Octaviana, constituyó una institución independiente del *metus*, que tiene carácter privado, aunque sí esté en relación con la represión pública de la *vis*.

2.—En mi opinión, se debe poner en relación nuestro edicto del *metus* con la *lex Plautia* (o *Plotia*) *de vi*, que parece ser contemporánea. Esta ley reprimía los actos de *vis*, y parece muy probable que, con ese fin, introdujera una *quaestio de vi*⁹. Que esta ley fuera también aplicable a casos de violencia privada, como sostiene Vacca¹⁰, me parece también muy probable¹¹. Favorece esta hipótesis, no sólo la correspondencia que, en general, parece haber entre esta ley y las leyes Julia *de vi publica* y *de vi privata* a la vez, sino, en concreto, el hecho de que en esta última ley se reiterara la exclusión que la ley Plautia hacía de la usucapición las *res vi possessae*¹². Por lo demás, Cicerón, *pro Caelio* 10, 23, reprende, al amparo de la ley Plautia, las violencias contra un patrimonio particular (*de bonis Pallae*)¹³.

8. Vid. K. p. 218ss., contra HARTKAMP, *Der Zwang im römischen Privatrecht* (1971) p. 253ss., que defiende esta conexión repetundaria. También Kaser (p. 120s.) parece inclinarse, en contra de Kupisch, por la conexión con el proceso público *de repetundis*, hasta el punto de pensar en la posibilidad de una concurrencia con la *actio quod metus causa*, que habría sido introducida contra los magistrados. Cfr. infra 371a (frag. 3,1).

9. ROTONDI, *Leges publicae* p. 377s.

10. Letizia VACCA, *Ricerche sulla rapina in diritto romano. I. L'editto di Lucullo e la lex Plautia*, en *Studi economico-giuridici* (Cagliari) 45 (1965-68) 546-560.

11. «Non del tutto inattendibile», según LABRUNA, «*Vim fieri veto*» (1971) p. 17, n.38. No he visto VITZTHUM, *Untersuchungen zum materiellen Inhalt der «lex Plautia» und «lex Iulia de vi»* (Diss. München, 1966).

12. Gai. 2,45: *furtivam rem lex duodecim tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Iulia et Plautia*; cfr. Iul. D.41,3,33,2. No trataremos, en este momento, de la novedad que justificaba la reiteración de la prohibición del plebiscito Plaucio por una ley de Augusto, como tampoco de la de una prohibición de usucapir las *res furtivae* por el plebiscito Atinio, respecto a la ley decenviral.

13. Cfr. Cic. *pro Sulla* 25,71, donde el *exturbare homines ex possessio-*

Siendo posible datar la ley Plautia en el año 78¹⁴, podemos ver una estrecha relación entre la represión pública de la violencia —mediante la creación de una *quaestio de vi*—, incluso entre privados, y la introducción de un edicto para castigar (con el *quadruplum*) la retención de bienes conseguidos, directa o indirectamente, a consecuencia de uno de esos actos de violencia. La misma ley habría querido impedir ese tipo de lucros ilícitos, al prohibir la usucapión de las *res vi possessae*, es decir, inmuebles ocupados por la fuerza, pero habría dejado al ordenamiento edictal el establecer una acción penal adecuada, no sólo contra los que poseían bienes inmuebles invadidos, sino también contra todo el que retuviera un lucro de cualquier tipo que hubiera tenido su causa en el *metus*; por ejemplo, contra el que había lucrado algo por una *acceptilatio* coaccionada. Es más, aunque no exista una exacta coincidencia material con los supuestos previstos por la ley Plautia, no se puede negar una relación de política del derecho entre aquella y el edicto del *metus*, por un lado, con, por otro, el edicto, dos años posterior (76 a.C.), introducido por el pretor peregrino Marco Terencio Lúculo para reprimir los daños violentos, de donde se derivó luego la configuración del hurto agravado como *rapina*. Incluso cabe suponer que por esos mismos años se introdujo en el Edicto la nueva fórmula interdictal «*unde vi armata*»¹⁵.

nibus, se inserta en una tirada oratoria de acusación por violencias contra particulares y contra la paz pública. J. COUSIN, en su introducción al *pro Caelio* (ed. Belles-Lettres de Cic. *Discours* vol. XV [1962] p. 39ss.), sostiene incluso que la ley Plautia se refería tan sólo a actos de *vis privata*, en tanto la *vis publica* habría sido sancionada por una «*lex Lutatia*», de la que no tenemos otros testimonios; pero la teoría de una dualidad de leyes parece hoy abandonada; vid. LABRUNA, cit. p. 18 n. 39; cfr. infra en el texto.

14. Para este año no se conserva el nombre de ningún tribuno de la plebe; vid. BROUGHTON, *Magistrates* II p. 86. Este autor insinúa que el autor de nuestro plebiscito pudo ser un *Plautius* tribuno de la plebe el año 70 (ibid. p. 128), pero Cicerón, *pro Caelio* 29,70, atribuye la ley a Q. *Catulus* (Quinto Lutacio Cátulo), y quizá sea lo más probable que un desconocido tribuno Plautio o Plocio propusiera un plebiscito de represión de violencia a instancias del cónsul Lutacio Cátulo del año 78, de suerte que la ley tomara el nombre de su autor moral; vid. en este sentido NICCOLINI, *I fasti dei tribuni della plebe* (1934) p. 252.

15. Cic., *pro Tullio* 4,8, dice de la acción introducida por Lúculo: *paucis hisce annis... constitutum est*; y (20,46) del interdicto de *vi armata*: *quod item nunc est constitutum*.

Así, pues, podría admitirse que el cónsul del año 78, Quinto Lutacio Cátulo, tuvo un papel importante en la lucha contra la violencia. Habría movido al tribuno de la plebe Plaucio para hacer un plebiscito contra la *vis* pública y privada, en el que se prohibía la usucapión de los inmuebles invadidos; al mismo tiempo, habría movido al pretor Octavio para introducir un edicto contra los que hubieran lucrado algo a causa de la *vis*; luego, habría movido al pretor Terencio Lúculo, del año 76, a introducir un edicto contra los daños violentos, y a ese mismo pretor u otro de esos mismos años a introducir la nueva fórmula *de vi armata* para agravar el efecto del interdicto de recuperar la posesión de fincas invadidas por hombres armados.

Esta conexión histórica parece favorecer la idea de Kupisch, y que aceptamos, de que la *actio* «*quod metus causa*» no se dirigía a reprimir los actos de violencia, ya criminalmente perseguidos, sino las apropiaciones a consecuencia de un acto violento.

Una vez admitido este punto de vista, nada impide pensar que ya la primera fórmula de la acción penal —la fórmula Octaviana— sirviera para reclamar de los subadquirentes, en contra de Kupisch, que no parece admitir que la acción penal se diera contra los subadquirentes desde el principio, sino sólo en la época clásica desarrollada¹⁶. Que posteriormente, como cree Kupisch, se introdujera una *vindicatio utilis* con el mismo fin puede también admitirse, pero, a este respecto, conviene tener en cuenta tres cosas: la primera es que no se debe desconectar esta *vindicatio utilis*, es decir, ficticia (*rescissa alienatione*), de las otras acciones ficticias que puedan darse por *in integrum restitutio ob metum* (p. ej., la acción del crédito cancelado por coacción) ni de la *exceptio* contra la acción nacida de un *metus causa gestum*¹⁷;

16. K. p. 200, 220, 222, passim., En p. 201ss., y SZ. 1974 p. 126ss., se funda en Cicerón, *pro Flacco* 21,49s., donde parece negarse la acción contra un subadquirente, pero, en mi opinión, se trata de un adquirente directo, como trataré de explicar en otra ocasión: vid. *Studi Biscardi*, en prensa.

17. Esta *exceptio* se refería a que hubiera influido la intimidación en la actividad del demandado (víctima de la coacción), en estos términos: «*si in ea re nihil metus causa factum est*»; vid. infra sub 8. Según Ulp. D.44,4,4,3, Casio creía que podía servir con el mismo fin la *exceptio doli: contentus doli exceptione quae est generalis*; lo que no quiere decir que no conociera la *exceptio* «*quod metus causa*», sino que no la creía necesaria, ya que «obra con dolo quien reclama lo que deberá devolver»: D.44,4,8pr.;

la segunda, que nada induce a pensar que aquella *vindicatio utilis* fuera algo secundario respecto a la acción penal¹⁸; por último, que nada obliga a pensar que esta *vindicatio utilis* se hubiera introducido tardíamente, después de la codificación del Edicto, como quiere Kupisch¹⁹. Nada más forzado que entender la frase *ex hoc edicto* (del frag. 9,7) como una contraposición a la acción real, de la que se ha hablado antes, como si ésta no estuviera prevista en el Edicto²⁰.

3.—Una revisión total del extenso capítulo de Kupisch sobre el *metus* excede mucho, como he dicho, de mis actuales propósitos, y

así, rectamente, K. p. 172, cfr. Kaser p. 131. Sin embargo, Ulpiano ve la utilidad de aquella excepción en que no requiere que el demandante haya actuado dolosamente, es decir, que también ella es *in rem*. Según K. p. 173ss., esta *exceptio* se habría referido inicialmente a la persona del demandante, y sólo después se habría redactado *in rem* para que procediera contra subadquirentes; pero esto es sólo una hipótesis, que no me parece necesaria, teniendo en cuenta que esta *exceptio* no es un complemento de la acción penal, sino un efecto de la *i.i.r.* La redacción pasiva de la *exceptio* («*factum est*») puede compararse con la del interdicto «*quod vi aut clam factum est*» (vid. K. p. 176s.), que también sirve para dar un alcance objetivo al acto de coacción, y no limitarlo al demandado por el interdicto: K. p. 329, cree que la *i.i.r.* era coetánea de la acción penal (las Verrinas podrían ser un «*dies ante quem*» de la *i.i.r.*), pero no cree que la *vindicatio utilis* tuviera la misma antigüedad. Por sí mismo, una *i.i.r.* sin posible *vindicatio utilis* es una *i.i.r.* incompleta, y no se explica por qué había de serlo.

18. Antes bien, como veremos (frag. 14,2), la acción postanal al *simpulum* era subsidiaria respecto a la acción útil.

19. Acepta esta conjetura CERVENCA, en *Labeo* 1978 p. 219. K. p. 136ss. y 225s. aduce como argumento un rescripto de Gordiano (CJ. 2,19,3, del 238), en el que se lee: *postquam placuit in rem quoque dari actionem*, como si se reconociera con el *postquam* el origen tardío de tal acción. Este rescripto, con un giro *secundum formam edicti perpetui* (vid. F. REYES, en *Revista chilena de Historia del Derecho* 7 [1978] 68), es uno de esos tantos rescriptos en los que se orienta la jurisdicción cognitoria con el recurso a la analogía del Edicto ya codificado, que, como tal, no tenía por sí mismo carácter vinculante para la jurisdicción cognitoria. Así, pues, el *postquam placuit in rem quoque* (o *quidem*) *dari actionem* no puede referirse a la aparición de la *vindicatio utilis* en la jurisdicción ordinaria, sino a su recepción en la jurisdicción cognitoria, y con un matiz más causal que temporal: «desde el momento en que también se puede dar una acción real (en la jurisdicción cognitoria)...»

20. K. p. 226.

me limitaré a reducir mi contraste con sus opiniones a una exégesis de la base textual principal, que es el comentario de Ulpiano (11 *ad edictum*) al edicto «*quod metus causa gestum erit*» inserto en el título de las *in integrum restitutiones*²¹.

De este comentario se nos han conservado 23 textos, agrupados por Lenel en 14 números (*Paling.* II, Ulp. núms. 369-382), lo que constituye una base suficientemente amplia para poder contrastar el pensamiento de Kupisch. De estos 14 números de la *Palingenesia*, todos menos dos, que los compiladores llevaron, respectivamente, a los títulos D.50,16 (frag. 19 = núm. 372 b) y D.50,17 (frag. 116 = número 370)²², se conservan en el título 4,2 del Digesto: «*quod metus causa gestum erit*».

La importancia del comentario de Ulpiano en esta materia se destaca por el hecho de que, en este título del Digesto, que sólo tiene 23 fragmentos²³, 9 de ellos proceden del 11 *ad edictum* de Ulpiano²⁴, siendo el resto de otras procedencias, incluso del mismo Ulp. 5 *opin.*, de modo que la aportación de Ulpiano es incomparable con la de los otros juristas²⁵.

4.—Antes de entrar en el examen de los distintos párrafos del comentario de Ulpiano, podemos adelantar una idea sobre el orden del mismo, tal como se nos presenta en el Digesto. En efecto, parece

21. LENEL, *EP.* X § 39, p. 110-114; cfr. RUDORFF *EP.* (1869) VIII § 38 p. 55-57.

22. Este segundo fragmento, extraído del libro 11 *ad edictum*, aparece recogido por Lenel tan sólo en su § pr., no en los §§ 1 y 2. Probablemente lo hizo así porque consideró Lenel que estos otros §§ eran glosemas añadidos, que no tenían relación con el *metus*. En efecto, el § 1 (*non capitur qui ius publicum sequitur*) tiene alguna relación (como indica Krüger *ad leg.*) con D.46,1,51,4 *i.f.*: *non enim deceptus videtur iure communi usus* (Pap. 3 *resp.*). El § 2 (*non videntur qui errant consentire*) parece igualmente otra *regula* extemporáneamente añadida al comentario del *metus*.

23. Coincide casualmente este número de fragmentos de D.4,2 con el de fragmentos del comentario de Ulpiano conservados dentro y fuera de ese título.

24. La diferencia entre los 9 fragmentos del título compilatorio y los 12 números de la *Palingenesia* procedentes de ese mismo título se debe a que Lenel dividió algunos fragmentos del Digesto en varios números de su *Palingenesia*.

25. De Paul. 11 *ad edictum*, sólo 4 fragmentos.

claro que Ulpiano comentaba primeramente un edicto y luego (desde el frag. 9,7) la acción al *quadruplum*; pero en el Digesto, aparecen algunas irregularidades. En la primera parte, relativa al edicto «*quod metus causa gestum erit ratum non habebo*», se analiza el concepto de *metus*, luego el de *gestum* (desde el frag. 9,1), y finalmente (desde el frag. 9,3) el giro «*ratum non habebo*». A partir del frag. 9,7 como decimos, se comenta la acción: la *restitutio* que debe hacer el demandado para evitar la condena (frag. 9,7), el carácter de *in rem scripta* que tenía la fórmula (frag. 9,8), el alcance de la *restitutio* (frag. 12pr.). En 12,1 parece volverse al tema del autor de la coacción, al plantearse la cuestión de si puede ejercitar la acción el que fue coaccionado pero había coaccionado él anteriormente, y, en el siguiente § 2, se plantea la cuestión de si hay violencia en coaccionar al propio deudor para que pague. Luego, en el frag. 14,1, se habla de la subordinación de la pena del *quadruplum* a la no-restitución por parte del demandado, y en el frag. 14,2, del carácter subsidiario de la acción. En 14,3, como indica Lenel (:«*ad formulam*»), Ulpiano pasaría a comentar los términos de la fórmula de la acción, con lo que se vuelve a la redacción *in rem*; luego, la cláusula arbitraria y la posible absolución del demandado (frag. 14,4 y 5), el caso de coacción o no en el fiador (frag. 14,6 y 8), la pena del *quadruplum* (frag. 14,7 [descolocado en el Digesto] y 9-10), la pérdida no culposa del objeto que debía ser restituido (frag. 14,11). Finalmente (lo que Lenel agrupa como «*additamenta*»), cuestiones varias, que pueden referirse a la idea de concurrencia de acciones: la diferencia de la adquisición *metus causa* y el *furtum* (frag. 14-12); la concurrencia con la *actio doli* (fragmento 14,13); el cálculo del *quadruplum* en un pago excesivo (fragmento 14,14); la no-acumulación en caso de concurrencia de personas coaccionantes (frag. 14,15 y 16pr.); noxalidad (frag. 16,1); transmisibilidad de la acción en *id quod ad heredem pervenerit* (frag. 14,16, 2 y h.t.20).

Como puede apreciarse, el orden del comentario que nos ofrece el Digesto y acepta Lenel no es del todo transparente. Aparte siempre las posibles interpolaciones compilatorias, no sería imposible que el orden real del comentario de Ulpiano fuera distinto²⁶. De todos modos,

26. Vid. infra sub 17 el orden que resulta de nuestra revisión.

el problema central que la estructura de este comentario nos presenta —pues afecta al fondo de la cuestión y a la tesis de Kupisch— es el de que, al empezar el comentario de la acción, en el frag. 9,7, leemos: *ex hoc edicto restitutio talis facienda est...*, siendo así que el único edicto mencionado por Ulpiano, al empezar su comentario, es el de «*ratum non habeo*». Según la opinión común, los Compiladores habrían suprimido la cita de un segundo edicto en el que se habría anunciado la acción del *quadruplum*²⁷. Según Kupisch, en cambio, esta acción dependería de aquel primer edicto conservado, y no es necesario suponer la caída de ningún otro edicto²⁸; es más: la acción rescisoria, que habría aparecido tardíamente, después de la codificación del Edicto, y como complemento de la penal, no habría necesitado un propio edicto que la anunciara: le habría bastado el edicto *ratum non habeo*, o quizá podía ser una fórmula anunciada como extensión de la *reivindicatio*.

Este es, evidentemente, el punto más débil de la tesis de Kupisch. En efecto, parece imposible que, con el giro negativo *ratum non habeo*, el Pretor hubiera anunciado una acción penal al cuádruplo, a la

27. Vid., por todos, SCHULZ, *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht*, en SZ. 1922 p. 230 y n.2; la supresión del edicto «*iudicium dabo*» fue deliberada: habría obedecido al deseo que tenían los bizantinos de «mezclar» la acción penal con la rescisoria, una vez que ellos veían la *in integrum restitutio* simplemente como una acción. Contra esta opinión general observa K. p. 125 y 127, que, si los Compiladores hubieran conservado el edicto (que se cree rescisorio) para la acción penal porque ellos la consideraban como la principal y propia del *metus*, habrían operado de modo contrario a como llevaron a cabo una mezcla similar respecto al dolo, para el que conservaron el edicto de la acción y suprimieron el de la *i.i.r.* (hasta el punto de que Schulz niega la *i.i.r. ob dolum*). Esta contradicción no me parece un argumento de peso, pues los Compiladores, en esto de fundir, acortar y acoplar edictos, no siguieron un criterio fijo, sino que en cada caso actuaron según les parecía mejor a la vista de los textos seleccionados para el Digesto.

28. Kupisch, p. 124, n.4, dice que su tesis se aproxima a la de SCHLOSSMANN, *Zur Lehre vom Zwang* (1874), p. 94ss. y 100ss., más que a ninguna otra anterior; en efecto, Schlossmann creía también que el edicto «*ratum non habeo*» era el fundamento de la acción penal del *metus*, al margen de la cual el Pretor podía dar *actiones utiles*. Recuerda también (p. 237) que ya Savigny había creído que el edicto conservado («*ratum non habeo*») habría servido para fundar la acción penal.

vez que la excepción con función rescisoria e incluso las acciones personales rescisorias (por ejemplo, en caso de *acceptilatio* coaccionada). Si se me permite la expresión, Kupisch ha metido la acción penal en el nido de la rescisoria, y de él ha desalojado únicamente a la *vindicatio utilis*, a la que deja sin nido, y separada de las acciones personales ficticias y de la *exceptio*, que son sus congéneres de la familia de la *in integrum restitutio*. Tal *vindicatio utilis*, es verdad, no necesitaba un edicto especial que la propusiera, pero esto era porque su aplicación dependía del *ratum non habeo*, que se realizaba mediante la ordinaria *restitutio in integrum*; quizá figuraba en el Edicto, junto a la fórmula de la *reivindicatio* civil, una fórmula modelo de *vindicatio* con ficción, que debía adaptarse a los distintos supuestos de *i.i.r.*²⁹; incluso es posible que no hubiera existido en el Edicto modelo alguno de acción rescisoria, es decir, con ficción, por la razón de que ya la *i.i.r.* servía para que se diera, adaptada a las necesidades de cada caso.

Por lo demás, el mismo Ulpiano (frag. 14,1) dice expresamente que el Pretor ofrecía una acción (*iudicium pollicetur*) al cuádruplo, y después de un año, *in simplum* (*actionem pollicetur*), pero *causa cogitata*. Este *polliceri* parece suponer un edicto especial que anunciara la acción, en tanto con el giro *ratum non habeo* no podía anunciarse más que los recursos habituales de toda *in integrum restitutio*: la *exceptio* y la acción rescisoria con fórmula ficticia³⁰.

Se diría que la tesis de Kupisch, de considerar rescisoria, y fundada en el edicto rescisorio la acción penal, corresponde, más que al pensamiento clásico, al de los bizantinos, aunque para ello pudiera haber ya antecedentes en la Retórica³¹.

29. Vid. Kaser p. 113, y 139 n.141.

30. Dice Kupisch (p. 237s.) que «*pollicetur*» no tiene que referirse necesariamente a un edicto de «*iudicium dabo*», sino que podría referirse simplemente al modelo de fórmula propuesta por el Pretor a continuación del edicto «*ratum non habeo*». Sobre este texto (frag. 14,1) vid. el comentario infra.

31. En efecto, el mismo K. p. 138s., se apoya en un pasaje retórico (Séneca, *controv.* 9,3,9) en el que se habla de rescisión y de pena de manera promiscua, sin advertir que ese mismo pasaje presenta la acción penal, contra lo que con razón defiende Kupisch, como una acción que persigue al que ejerce violencia: *nihil refert mea an tu cogaris si non a me cogaris: meam culpam (!) esse oportet ut mea poena sit*; y en los *excerpta controv.*

Aun admitiendo esta dificultad radical que presenta la tesis de Kupisch³², no parece ocioso emprender una nueva lectura del comentario de Ulpiano para contrastar la interpretación de aquél. Esto es lo que pretendemos hacer a continuación, advirtiendo una vez más que no se trata de revisar críticamente todas las doctrinas que existen acerca del *metus*, sino tan sólo de ver el ajuste o no de la interpretación de Kupisch, y de tomar posición respecto a cada uno de los puntos examinados. En tanto no se indique otra cosa, los fragmentos que citamos pertenecen todos ellos al título del Digesto 4,2, *quod metu causa gestum erit*. La numeración correlativa sigue la de la *Palingenesia* de Lenel (1 = núm. 369), para evitar la introducción de una nueva numeración; cuando Lenel agrupa fragmentos diversos bajo un mismo número, los distinguimos por letras (a, b...). Únicamente hacemos una numeración correlativa de las secciones (1-18) que distinguimos en nuestro artículo. Las citas de páginas se refieren a la obra de Kupisch.

5.—369 = frag. 1.

Ait praetor: «Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo». olim ita edicebatur 'quod vi metusve causa': vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contra-

4,8 se corrige esta limitación contraria al derecho mediante una especie de extensión y no en atención al carácter *in rem* de la fórmula: *aeque dignus est poena qui ipse vim adhibet et qui ab alio admota ad lucrum suum utitur*, con lo que parece alcanzarse el caso B, pero no el C. En realidad, estos juegos retóricos suelen presentar un derecho ficticio, que tiene a veces una base propiamente ajustada a derecho, pero casi siempre deformada y adaptada a las necesidades dialécticas de las escuelas retóricas.

32. Rechaza la conjetura de Kupisch CERVENKA, en *Labeo* 1978 p. 219. Kaser (p. 114), que rechaza también esta reducción a un único edicto de *metus*, pues cree, con razón, que una acción al *quadruplum* no puede salir de un edicto «*ratum non habeo*», no considera esto como un impedimento para aceptar la teoría de Kupisch sobre la acción del *metus*. Sólo que Kaser (p. 118s.) advierte que el tratamiento del demandado causante de la violencia venía agravado precisamente por ser éste causante de ella. En mi opinión, esta agravación no pertenece a la esencia misma de la acción, sino que es un efecto reflejo del principio, ya recordado más arriba, de que el demandado que adquirió a causa de su propia violencia, corre, lo mismo que un *fur*, con el *periculum* de lo que adquirió, pues se le considera «siempre en mora».

riam voluntati: metus instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio. sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur.

Ulpiano, tras citar las palabras del edicto («*quod metus causa gestum erit, ratum non habebo*»), empieza a comentar el término *metus*. Nos informa, ante todo, de que el texto edictal que él tiene presente —el codificado por Juliano— supone, al hablar de *metus causa*, una simplificación respecto a otra redacción edictal anterior, que tenía la forma duplicada «*vi metusve causa*». Mayor precisión sobre la fecha del cambio no da, pues se limita a decir «*olim*» *ita dicebatur...sed postea detracta est vis mentio...* Podríamos pensar que la forma duplicada *vi metusve causa* era la de la primera *formula Octaviana*, y la simplificada la de una fórmula estabilizada poco después, pero también podemos pensar que el cambio se produjo en la redacción de Juliano.

K. (p. 192 ss.) considera detenidamente los conceptos de *vis* y *metus*. Según él, no se trata de una simple hendíadis, sino de que aquel edicto anterior se refería a dos hechos distintos: la *vis*, que se refiere a una imposición contra la voluntad (*necessitas imposita contraria voluntati*, como dice Ulpiano), y el *metus*, que se refiere a la situación anímica de quien ha realizado un acto de propia disminución patrimonial que no siempre se debe a un acto de *vis* enderezado a conseguir ese resultado; p. ej., puede haber *metus* cuando se teme una pena legal o existe un peligro colectivo. Así, el *metus* abarca más que la *vis*, y por eso pudo simplificarse la redacción edictal, convirtiendo los supuestos de *vis* en supuestos de *metus*³³. Ulpiano lo dice expresamente así, y lo reitera poco después (frag. 3pr.). Esta explicación parece correcta, y también la crítica que hace K. (p. 193) de las palabras *mentis trepidatio* como glosema explicativo de *metus*; suprimidas es-

33. La traducción de la antigua redacción sería: «por un acto de violencia y a consecuencia de intimidación»; al suprimir *vi*, se habría hecho posible la acción aunque hubiera faltado un acto de violencia especialmente dirigido a causar un acto de la víctima en detrimento de su propio patrimonio. Tal supresión pudo ser así, no una mera simplificación verbal, sino una manera de extender la acción a los casos en que hubiera faltado un acto de coacción tan especial. Pudo ser Juliano, como decimos, quien introdujo deliberadamente este cambio en la fórmula de la acción.

tas dos palabras, en efecto, se unifica la construcción de la referencia a las dos menciones: *vis fiebat mentio propter...metus (fiebat mentio) ...causa*; en tanto, si se mantienen aquéllas, hay que romper tal unidad, elidiendo un *est* como verbo del nominativo *trepidatio*³⁴.

Pero la dualidad *vis-metus* tendría todavía otro aspecto, según K., p. 231, y es que, si *vi gestum* sólo puede referirse a un demandado que realizó un acto de coacción, *metus causa gestum*, en cambio, puede aludir a los que adquieren algo a consecuencia del acto coaccionado, aunque no hubieran participado en la coacción³⁵. Esta mayor amplitud de *metus* pudo determinar que cayera la mención de la *vis* y sólo subsistiera la del *metus*. Con todo, me resulta difícil prescindir de la idea de que *vis metusve* son como el anverso y reverso del acto coaccionado, siendo la *vis* la que se ejerció sobre el demandante y el *metus* el efecto que éste sufrió³⁶.

370 = D.50,17,116pr.

Como ya se ha dicho antes, los §§ 1 y 2 de este fragmento parecen glosemas ajenos al tema del *metus*, y por eso Lenel ha prescindido de ellos en su *Palingenesia* (col. 460 s.). K. prescinde también del § pr. probablemente como irrelevante para su teoría. Pero cabe preguntarse qué relación podía haber entre el § pr. y el comentario al edicto del *metus*. Lenel lo colocó en este lugar, a continuación inmediatamente del frag. 1, probablemente porque en él se habla de *vis atque metus*, pero, en verdad, el elemento más significativo de este fragmento es la referencia al *consensus* y a los *bonae fidei iudicia*. En este sentido, el punto de conexión de mayor probabilidad sería, no el del comentario a *vis-metus*, sino el del comentario a la palabra *gestum*,

34. Menos aceptable es la solución de MOMMSEN (ed. maior, ad leg.), que traslada la frase *metus... trepidatio* al inicio del frag. 3 (lo que equivale a postponerla al final *sed postea videtur*).

35. A este propósito, debe advertirse que nada permite pensar que la *poena quadrupli* se exigiera tan sólo del coaccionante y no del simple adquirente; lo chocante de que se diera esa pena en caso de subadquirentes inocentes podría explicarse, según K. p. 233, pensando que esa extensión contra subadquirentes fue sobrevenida, en época tardo-clásica.

36. También Kaser (p. 117ss.) duda de que en la expresión *vis metusve* se hubiera entendido como referida a dos supuestos distintos, y no a dos aspectos de un tipo complejo: *metus* causado por la *vis*; de suerte que pudo prescindirse de expresar la causa, como implícita.

en relación con el otro fragmento (D.50,16,19) que Lenel ha unido al del comentario del *gestum* (núm. 372), donde parece contraponerse el *gerere* de este edicto al *contrahere* de los contratos consensuales. Así, nos remitimos a lo que se dirá luego a propósito del núm. 372b.

6.—371a = frag. 3.

Continet igitur haec clausula et vim et metum, et si quis vi compulsus aliquid fecit, per se hoc edictum restituitur. 1. Sed vim accipimus atrocem et eam quae adversus bonos mores fiat, non eam quam magistratus recte intulit, scilicet iure licito et iure honoris quem sustinet. ceterum si per iniuriam quid fecit populi Romani magistratus vel provinciae praeses, Pomponius scribit hoc edictum locum habere: si forte, inquit, mortis aut verberum terrore pecuniam alicui extorserit.

Este fragmento empieza (§ pr.) con la declaración, ya vista (sub 369), de que el *metus* comprende también la *vis*. Luego concreta Ulpiano que la *vis* que interesa a efectos de este edicto es la *vis* antijurídica, que se hace *contra bonos mores*, aunque sea hecha por un magistrado³⁷. La calificación de *atrox* para la *vis* en cuestión vuelve a aparecer en Ulpiano en relación con el interdicto *unde vi* (D.43,16,1,2).

371b = frag. 5.

Metum accipiendum Labeo dicit non quemlibet timorem, sed maioris malitatis.

En relación con el concepto concreto de *vis* (*vis atrox*) del frag. anterior, Ulpiano concreta también el de *metus*, e invoca para esto la autoridad de Labeón, cuyo comentario al *metus*, por lo que veremos, está muy presente en juristas tardíos como Ulpiano. La palabra *malitas* es un «hápax» de Labeón³⁸.

37. La frase *scilicet-sustinet* puede parecer sospechosa (vid. EISELE, en SZ. 1892 p. 133 [con cambio erróneo de *scilicet* por *id est*, que ha pasado al *Ind. Interp.*]), pero no afecta a lo que ahora nos interesa.

38. Para ser del todo exactos, *malitas* = *kakía* vuelve a aparecer en el código Leidense de Scaligero 25 «*adunatus*» (GOETZ, *Gloss.lat.* I p. 248), aunque en el glosario del Pseudo-Filoxeno (ibid. II p. 126; Laistner [en *Gloss.lat.* de Lindsay] p. 126) aparece: *malitia* = *kakía*. Es probable que esta glosa proceda también del testimonio único de Labeón, a través de Ulpia-

371c = frag. 7.

Nec timorem infamiae hoc edicto contineri. Pedius dicit libro septimo, neque alicuius vexationis timorem per hoc edictum restitui, proinde si quis meticulosus rem nullam frustra timuerit, per hoc edictum non restituitur, quoniam neque vi neque metus causa factum est. 1. Proinde si quis in furto vel adulterio deprehensus vel in alio flagitio vel dedit aliquid vel se obligavit, Pomponius libro vicensimo octavo recte scribit posse eum ad hoc edictum pertinere: timuit enim vel mortem vel vincula. quamquam non omnem adulterum liceat occidere, vel furem, nisi se telo defendat: sed potuerunt vel non iure occidi, et ideo iustus fuerit metus. sed et si, ne prodatur ab eo qui deprehenderit, alienaverit, succurri ei per hoc edictum videtur, quoniam si proditus esset, potuerit ea pati quae diximus.

Siguiendo con el concepto de *metus*, excluye Ulpiano (§ pr.) que pueda considerarse el temor de una deshonra o vejación, o de algo sin importancia (*res nulla*)³⁹. Aparece en este texto la palabra *meticulosus* (*meteculosus*, en Plauto) para designar al que padece miedo, que es

no, en cuyo caso tendríamos una comprobación de la autenticidad. Porque *malitas* tampoco aparece en el Latín medieval. SCHULZ, *Principles* p. 81 n.1, se decide sin razón por declarar esta palabra interpolada, pero es mucho más inverosímil un «hápx» de este tipo en un interpolador, incluso un glosador, para el que sigue siendo una palabra desconocida, que para Labeón, cuyo interés por las rarezas lexicográficas es bien conocido. Que la palabra se hallaba en el Digesto parece acreditarlo la traducción de los *Basilicos* 10,2,5: *apo megales kakothelias*. MOMMSEN, cit. por *ThLL*. (no en ed. maior, ad leg.), habría propuesto (sobre la base de la variante *mali* de algunos correctores y códices) suplir algo como *maioris mali talis* <quod et constantissimum hominem moveat>. Nos inclinamos por conservar este «hápx» como «lectio difficilior». Podría tratarse, así, de un neologismo inventado por Labeón, pero que no prosperó contra *malitia*.

39. Ulpiano cita a Pedio, VII (Lenel corr. VIII) *ad ed.* La corrección de Lenel se debe a la atracción de la cita que, siempre a propósito del *rietus*, se hace en frag. 14,5, la cual, a su vez, permanece en el libro VIII por atracción de la referencia al *dolus malus* (materia que en el orden edictal, seguía inmediatamente al *metus*), que hace el mismo Ulpiano en D.4,3,1,4.

también un «hápx» en los textos jurídicos (serán luego los canonistas quienes hagan uso de ella, en relación con el matrimonio nulo por coacción), pero no hay razón para no atribuir esta palabra a Ulpiano, incluso a Pedio⁴⁰.

En el § 1 pasa Ulpiano a citar a Pomponio (28 [*ad ed.*]), al que volverá a citar en frags. 9,1 y 12,1, a propósito de la admisión del caso de un acto realizado por un ladrón o adúlteros sorprendidos y que temen las posibles consecuencias, incluso la muerte. Parece ser Ulpiano quien aclara que una consecuencia tan grave no se da siempre, pues no siempre el adúltero o el ladrón sorprendidos pueden ser muertos, pero, como cabe a veces el temor de que la víctima mate, aunque sea ilícitamente, el *metus* entra en todo caso dentro del supuesto edictal; y lo mismo si el acto de merma patrimonial se hizo con el fin de evitar la delación, que podía tener las mismas consecuencias⁴¹.

371d = 9pr.

Metum autem praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi eius: et ita Pomponius libro vicensimo octavo scribit. ait enim metum illatum accipiendum, id est si illatus est timor ab aliquo. denique tractat, si fundum meum dereliquero audito, quod quis cum armis veniret, an huic edicto locus sit? et refert Labeonem existimare edicto locum non esse et unde vi interdictum cessare, quoniam non videor vi deiectus, qui deici non expectavi sed profugi. ali-

40. Puede sorprender la reiteración de *proinde* (con el que se inicia también el § 1), y la mención doble *neque vi neque metus causa* en relación con un *edictum* que se acaba de decir que prescindía de la mención de la *vis*, y también que se diga *facium* y no *gestum* a propósito de ese edicto (sobre este tema, infra). Quizá el texto haya sido rehecho, incluso para reducir una referencia que Ulpiano podía hacer más amplia a Pedio; en todo caso, no hay razón suficiente para una censura contra una parte concreta del texto.

41. Los Compiladores colocaron a continuación un texto de Paulo (h.t.8pr.) que trata del mismo caso del sorprendido en adulterio, pero sólo se habla allí del *metus mortis* y no de los *vincula*. Así, pues, la mención de los *vincula* quizá no deba atribuirse a Ulpiano; incluso toda la frase *timuit enim vel mortem vel vincula* pudo haber sido interpolada en referencia a lo que se dice sobre la pena del adúltero; y también la frase *ea pati quae diximus* parece haber sustituido la mención de la muerte sin más.

ter atque si, posteaquam armati ingressi sunt, tunc discessi: huic enim edicto locum facere. idem ait, et si forte adhibita manu in meo solo per vim aedifices, et interdictum quod vi aut clam et hoc edictum locum habere, scilicet quoniam metu patior id te facere. sed et si ver vim tibi possessionem tradidero, dicit Pomponius hoc edicto locum esse.

Sigue Ulpiano citando a Pomponio (28 [ad ed.]), a propósito del requisito de que el *metus* sea actual, y no simplemente por un acto previsible; es decir, que hace falta una amenaza real, por lo que no podría valerse de este edicto quien hubiera abandonado («*dereliquero*») un fundo al tener noticia de que venían hombres armados. Pomponio traía a colación la opinión de Labeón de que, no sólo no puede valerse aquél del edicto del *metus*, sino tampoco del interdicto *unde vi*. Según esta interpretación, hacía falta que la gente armada hubiera llegado a entrar en la finca⁴². Ulpiano debía de tratar a continuación el supuesto de enajenación al invasor, al que se refiere el frag. 371e.

El mismo Pomponio se planteaba luego el caso de edificación por coacción contra el propietario del terreno. El texto actual de este § pr. parece acumular el edicto de *metus* (que sería todavía el edicto rescisorio citado en frag. 1) y el interdicto *quod vi aut clam*: cuando la construcción se hace a la fuerza (*vi*); pero no da este interdicto, sino la rescisión *ob metum*, cuando se enajena el fundo por miedo⁴³. Es claro que, si la edificación se hace en suelo ya adquirido por el constructor, cesa el interdicto *quod vi aut clam*, pero no cabe pensar, en cambio, que el edicto rescisorio se dé por el hecho de haber alguien sufrido (*vi*) la construcción en suelo propio. Veremos a continuación el problema que presenta la aplicación de la acción penal en caso de una *aedificii depositio* coaccionada. Aquí es claro que no se trata todavía de la acción penal, sino del edicto rescisorio. K. p. 129, hace hincapié en este texto, en relación con 9,2, para sostener que la acción pena! provenía ya del edicto que suponemos meramente resciso-

42. Cicerón, *pro Caecina* defendió lo contrario, pero parece ser que sin éxito; vid. mi comentario en la edición de este discurso en «Clásicos Emerita» (1943).

43. «*Possessionem tradidero*» es la consabida interpolación para suplantar la *mancipatio*; cfr. infra frag. 371e.

rio, y con ello admite la pureza de este texto contra las críticas de que es objeto, pero la acumulación de nuestro edicto (incluso referido, como quiere Kupisch, a la acción penal) con el interdicto es inadmisibles. Pomponio debía de contraponer ambos expedientes en relación con la diferencia del supuesto de hecho:

- i) si hubo construcción violenta, procede el interdicto;
- ii) si hubo enajenación ante la amenaza de construcción violenta, procede el edicto de *metus*.

Fueron los Compiladores los que extendieron el edicto al caso en que sólo procedía el interdicto. En efecto, en este caso no había verdadero detrimento patrimonial, ya que no se había perdido la propiedad del suelo, sino por cuanto hacía falta demoler lo construido, y esto no podía ni «rescindirse», ni siquiera podía «cuadruplicarse» como daño, mediante la acción penal. La razón de que se aplique el edicto porque se sufrió por miedo (*metu*) la construcción sirvió a los Compiladores para dar la acción penal, y precisamente en un momento en el que Ulpiano no hablaba todavía de ella, sino del edicto rescisorio. Por lo tanto, debemos eliminar la acumulación: [*et hoc edictum locum habere, scilicet quoniam metu patior id te facere*]⁴⁴.

371e = D.43,16,5.

Si per vim tibi possessionem tradidero, dicit Pomponius unde vi interdictum cessare, quoniam non est deiectus qui compulsus est in possessionem inducere.

En este texto, aprovechado por los Compiladores para el título del Digesto sobre el interdicto *unde vi*, aparece de nuevo Pomponio, pero no se trata ahora de la relación con el interdicto *quod vi aut clam*, sino con el *unde vi*. También éste quedaría excluido por la enajenación del fundo invadido⁴⁵. Este supuesto se relaciona con el anteriormente visto, en el que Labeón excluía el edicto rescisorio a la vez que el interdicto *unde vi*, es decir, el supuesto de abandono ante un rumor de invasión. También respecto a la concurrencia con el interdicto *unde vi* distinguiría Ulpiano dos supuestos:

44. Vid. sub núm. 372a otra interpolación (de todo el § 2) que introduce una referencia a la acción penal en el comentario del edicto rescisorio.

45. Vuelve a leerse «*possessionem tradidero*» en lugar de *mancipavero*.

- i) si se abandona el fundo antes de que entren en él los invasores, no procede el edicto rescisorio (pues no se perdió la propiedad), ni tampoco el interdicto *unde vi* (pues no hubo propia *deiectio*);
- ii) si se enajena el fundo por la coacción del invasor, no procede el interdicto (pues tampoco hay propia *deiectio*), pero sí procede el edicto rescisorio, pues hubo enajenación *metus causa*.

Así, este fragmento debería insertarse antes de pasar Ulpiano al supuesto de edificación violenta (antes de *idem ait...*). La estructura del comentario, en esta parte relativa todavía al concepto de *metus*, quedaría más clara: Pomponio y Ulpiano compararían la rescisión de nuestro (primer) edicto, en primer lugar, con el interdicto *unde vi* (*si fundum meum...si per vim...*) y luego con el interdicto *quod vi aut clam* (*si forte...sed et si per vim...*). Esta estructura quedó perturbada por haber sacado los Compiladores un trozo de este comentario para su título del *unde vi* (lo que dejó un hueco en el título del *metus*), pero también por el hecho de haber colocado Lenel el fragmento evadido fuera de su sitio ⁴⁶.

7.—Hasta aquí lo que nos queda del comentario de Ulpiano a la palabra *metus* que figuraba en el edicto rescisorio; a continuación, se pasa a comentar la palabra *gestum* del mismo edicto. Probablemente, Ulpiano empezaba con el concepto general de *gerere*, y por la definición de Labeón, que Lenel ha colocado después (núm. 372b); pero seguiremos el orden leneliano.

372a = frag. 9,1-2.

1. Animadvertendum autem quod praetor hoc edicto generaliter et in rem loquitur nec adicit a quo gestum: et ideo, sive singularis sit persona quae metum intulit, vel populus vel collegium vel corpus, huic edicto locus erit. sed licet vim factam a quocumque praetor complectatur, eleganter tamen

46. Kupisch no se ha preocupado de reconstruir el comentario, sino tan sólo de subrayar la posible aplicación del edicto *ratum non habeo* a supuestos en que no es concebible la rescisión; por ello mismo, no ha delatado la sustitución de la *mancipatio* por la entrega de la posesión, incluso por la «*derelictio*» de un fundo.

Pomponius ait, si quo magis te de vi hostium vel latronum vel populi tuerer vel liberarem, aliquid a te accepero vel te obligavero, non debere me hoc edicto teneri, nisi ipse hanc tibi vim summisi: ceterum, si alienus sum a vi, teneri me non debere, ego enim operae potius mercedem accepisse videor. 2. Idem Pomponius scribit quosdam bene putare etiam servi manumissionem vel aedificii depositionem, quam quis coactus fecit, ad restitutionem huius edicti porrigendam esse.

Generaliter, en el § 1, equivale a «impersonalmente». En efecto, en el acto rescindible no tiene que haber intervenido necesariamente el mismo contra el que se hace valer el edicto: el pretor «*in rem*» loquitur. De ahí también que la violencia causante del *metus* pueda ser colectiva. A este propósito vuelve a aducirse una distinción de Pomponio: si se dio algo con el fin de que el accipiente liberara, al que dio, de una violencia del enemigo, de atracadores o popular, no se entiende haber enajenación *metus causa*, sino pago de un servicio, siempre, claro está, que el accipiente no estuviera también implicado entre los coaccionantes.

Pero la cuestión más importante que presenta este párrafo es el de concretar quién se entiende como sujeto del *gerere*, cuando dice Ulpiano: *nec adicit (praetor) a quo gestum*. K. (p. 149 ss. y passim) entiende, con razón, que la expresión *a quo gestum* no se refiere al coaccionante, tampoco al coaccionado⁴⁷, sino al adquirente. Así, lo que dice Ulpiano es que el edicto no determina quién sea, no el coaccionante, sino el adquirente: el adquirente demandado puede no haber sido el mismo coaccionante. Sujeto del *gerere* es, pues, el adquirente demandado. La expresión «*quod metus causa gestum erit*» debe, por lo tanto, entenderse así: «lo que se hubiera adquirido a causa de la intimidación sufrida por el enajenante», sea quien haya sido el coaccionante⁴⁸. Esta interpretación de Kupisch me parece correcta pero in-

47. Rechaza con razón la corrección [a] <cum> quo gestum.

48. Cicerón, II *in Verr.* 3,152 (cfr. ad *Quinct.* 1,1,21: *quae per vim et metum abstulerant*), al hablar de un *iudicium quod per vim aut metum abstulisset*, demuestra que él entendía el *gestum* del edicto de Octavio en el sentido de un acto adquisitivo; K. p. 158ss., p. 164s. Que luego Cicerón II *in Verr.* 3,153 hable de que los coaccionados *plus quam debue-*

completa, pues, aunque quí se refiere Ulpiano al adquirente, el *gestum* es un acto bilateral, en el que han intervenido dos personas: el demandado que adquirió del demandante y éste, que perjudicó su propio patrimonio bajo coacción⁴⁹.

En el § 2 vuelve a citarse a Pomponio para decir que también deben restituirse la manumisión coaccionada y el derribo de un edificio. Es evidente que no podemos pensar en una rescisión de la manumisión, que es irrevocable⁵⁰, ni menos aún en la rescisión de un simple hecho como la construcción de una edificación⁵¹. Hay que dar la razón a K. (p. 152 s., cfr. 129) cuando dice que esta *restitutio* sólo es posible como restitución judicial dentro de la acción penal; en caso de manumisión, la *restitutio* sólo pudo consistir en el pago del valor del esclavo cuya libertad era ya irrevocable, y en el caso del derribo, la restitución debía hacerse mediante reconstrucción de lo derribado, es decir, mediante caución de reconstruir, ya que el juez no podía controlar la efectiva restitución.

rint dedisse no es base suficiente para pensar que la fórmula de la acción contuviera el verbo *dedisse* (como cree Lenel) en el sentido de que el *gestum* fuera concebido como acto del coaccionado; vid. K. p. 165. Gai. 4,117: *metus causa te fecisse...arguero* enfoca el *metus causa gestum* desde el punto de vista del adquirente, como dice K. p. 168s., pero en ese contexto no podía ser otra la perspectiva. Naturalmente, Kupisch no distingue entre *gestum* y *factum*, precisamente por creer que la acción penal, por la que se restituye *quod metus causa factum est* (frag. 9,8), es la anunciada en el edicto del *metus causa gestum*. Vid. infra, en este apartado 7.

49. Me parece que este aspecto bilateral del *gestum* aparece con claridad en Paul. h.t.8pr. Se trata aquí del que teme las consecuencias quizá mortales de su adulterio descubierto (*pro conperto stupro*) y se aviene a comprar el silencio: el demandado *accepit metu mortis illato* y el Pretor defiende al posible adúltero *nam et «gestum est» malo more*; el acto es ante todo del accipiente, pero también del coaccionado; el *malus mos* afecta a los dos.

50. D.4,3,7pr. (a propósito de una manumisión causada por el dolo) *...adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere*; y 4,4,6 (*in integr. rest. del minor*) *...adversus libertatem quoque minori a praetores subveniri impossibile est* (a continuación, frag. 10, Paulo parece admitir excepciones, pero no entramos ahora en este tema).

51. La corrección *aedificii dedicationem* (MITTEIS, en *Festschrift Wach* p. 14), para convertir en acto jurídico rescindible un simple hecho, no parece una buena solución.

En esta presencia de la acción penal en el comentario del edicto *ratum non habeo* se apoya Kupisch para sostener que la acción penal dependía del edicto que suponemos rescisorio, pues Ulpiano está comentando precisamente ese edicto y no ha pasado todavía al que se supone edicto de la acción penal.

Un detalle estilístico nos permite sospechar de este texto. El verbo *porrigere* se utiliza normalmente para decir que una regla o disposición, el mismo edicto, se extiende a un caso nuevo, pero no, al contrario, para decir que un caso se subsume bajo una norma aparentemente extraña; también la palabra *facere* se aviene mal a *manumissionem* como complemento directo⁵². Pensamos, pues, que se trata de un resumen deformado de una cita de Pomponio que Ulpiano hacía más adelante, al comentar, efectivamente, los casos en que procedía la acción penal. Los Compiladores, al suprimir esa parte de comentario, por considerarla innecesaria, habrían traído a este lugar un resumen de la cita de Pomponio a propósito de la manumisión y el derribo coaccionados, casos en los que se habría producido una merma patrimonial no rescindible. Esta inserción de un texto relativo a la acción penal dentro de un comentario que versaba todavía sobre el edicto rescisorio era posible para los Compiladores porque ellos trataron evidentemente de refundir los dos expedientes⁵³, como sostiene la doctrina común, y también nosotros, en contra de Kupisch, que parte ya de una supuesta identificación clásica de la acción penal con la anunciada en el edicto citado por Ulpiano al inicio de su comentario.

Así, pues, estos ejemplos del § 2, tomados de Pomponio, inducen a pensar, no, como quiere Kupisch, que la acción penal, que es la única que servía en estos casos, dependía del edicto *ratum non habeo*, sino que los Compiladores desplazaron este § 2 del lugar en que Ulpiano comentaba el edicto de la acción penal a este otro en el que se hablaba de la *restitutio* derivada de la *i.i.r.*

372b = D.50,16,19.

Labeo libro primo praetoris urbani definit quod quaedam 'agantur', quaedam 'gerantur', quaedam 'contrahantur'; et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re:

52. Vid. VIR. II s.v. *facere*, col. 745: ningún lugar.

53. Cfr. otra interpolación similar supra sub núm. 371d.

quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci *synállagma* vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.

Como ya se ha advertido, este fragmento llevado por los Compiladores al título *de verborum significatione* debía de estar, según creo, en el inicio de la parte del comentario dedicada al término edictal «gestum»; es decir, debería colocarse antes que el núm. 372a (fragmento 9,1). En efecto, en él cita Ulpiano a Labeón para definir *gerere*, en comparación con *agere* y *contrahere*⁵⁴. Según esta distinción, *agere* es un término general, dentro del que se comprenden los otros dos especiales: *contrahere* (en su sentido más estricto de *contractus*) se refiere a los negocios que engendran obligaciones recíprocas, y *gestum* a los actos «*sine verbis*». Ulpiano, al citar esta definición de Labeón, no podía dejar de advertir que el concepto de *gestum* que daba Labeón, en referencia a otro contexto⁵⁵, no encajaba dentro del sentido que esta misma palabra tenía en el edicto del *metus*. Aquí, de todos modos, podía valer la contraposición entre *gestum* y *contractus*⁵⁶. Des-

54. Ulpiano cita concretamente el lugar de Labeón: *libro primo praetoris urbani*, pero en ese libro Labeón no podía tratar ya del *metus* (su obra tenía 30 libros), y resulta así muy probable que Labeón hiciera la distinción entre los tres términos al tratar del edicto *de edendo*, donde consta, por otra cita del mismo Ulpiano (D. 2,13,6,3), que Labeón, a propósito de las *rationes* que debe *edere* el *argentarius*, distinguía entre las deudas contractuales (con la misma expresión *ultro citro* que empleaba Labeón aquí), las crediticias y las de *transcriptio nominum* (lo que equivale aquí a decir por estipulación). Ambas distinciones verbales podían hallarse asociadas en el comentario de Labeón al edicto de la *editio rationum*. Vid. A. FERNÁNDEZ-BARREIRO, *La previa información del adversario en el proceso privado romano* (1969) p. 157ss.; A. D'ORS, *Derecho privado romano*³ § 359.

55. Vid. nota anterior.

56. Efectivamente, en tema de *metus*, no debe excluirse la aplicación del edicto rescisorio a la estipulación por la fuerza, aunque sea un negocio *verbis* y el *gestum* edictal sea *sine verbis*. Debo aceptar, pues, la crítica de K. (p. 131 n. 38), a lo que yo decía en SZ. 1957 p. 93 n. 52 (p. 94). En aquel momento no había visto yo con suficiente claridad que la definición de Labeón se refería al edicto *de edendo*, y no al edicto del *metus*.

de luego, en los «contratos», el carácter de buena fe que presentan sus acciones permitía sancionar los efectos del *metus* sin necesidad de especiales recursos rescisorios. Precisamente en esta conexión debía de hablar Ulpiano del carácter consensual de los contratos de buena fe⁵⁷, como nos lo acredita el frag. D.50,17,116pr.⁵⁸.

Así, pues, Ulpiano empezaría por aclarar que la palabra *gestum* excluía la aplicación de edicto del *metus* a la rescisión de los contratos, pues para éstos eran ya suficientes las acciones de buena fe nacidas del mismo contrato. De una distinción entre la palabra *gestum* de este edicto y *factum* que, según se dice comunmente figuraba en el desaparecido edicto de la acción penal⁵⁹, no habla Ulpiano en todo lo conservado de su comentario a los edictos del *metus*, pero de ahí no puede deducirse nada en contra de la distinción de los dos edictos. A propósito del *curator bonorum* y de las acciones útiles que competen en contra de él o a su favor, el Edicto empleaba la expresión *acta, facta gesta* (D.42,7,2,1) y respecto a esto decía Gai. D.50,16,58pr. que la diferencia entre *gesta* y *facta* era una *suptilis differentia*, de la que se podía prescindir. Así lo cree también K. (p. 128 s.) a efectos del *metus*. Sin embargo, es claro que, si se admite una rescisión, ésta sólo puede referirse a un acto que tiene efectos jurídicos rescindibles (por acción o excepción) y no a hechos materiales que pueden haber perjudicado un patrimonio, pero que no se pueden rescindir. Respecto a ellos, en cambio, sí era posible la acción penal al *quadruplum*⁶⁰. La *exceptio* fundada en la *i.i.r.* del edicto *ratum non habeo*, donde se habla de *gestum*, se refería, en cambio, a un *factum*: «*si nihil in en re metus causa factum est*» (Ulp. D.44,4,4,33), por la razón de que no

57. La fiducia y el depósito, que figuraban en el edicto de los contratos (*EP. XIX*), no contaban a estos efectos; el primero, por la singularidad que supone la forma mancipatoria, y el segundo, en cambio, porque, a pesar de la existencia de la acción de buena fe (probablemente desde Juliano), sin embargo, era considerado por los juristas como relación preferentemente sancionada por una *actio in factum*, y no muy lejana del hurto.

58. Vid. *supra*, núm. 370.

59. Vid. LENEL, *EP.* p. 111, por comparación con la *actio doli* (*ibid.* p. 114) y por la referencia de D.13,7,22,1: *si egerit quod metus causa factum est...* y h.t.9,8: *quod metus causa factum est* (aunque Lenel lo considera *itp.*).

60. Vid. *infra*.

se refería ya al *gestum* en su totalidad, sino al hecho de haber sido coaccionada la actividad del demandado.

Sin duda alguna, Ulpiano debía alargar su comentario acerca de los actos rescindibles, y por eso es acertada la separación que hace Lenel entre frag. núm. 372 referido a *gestum* y el que sigue, que no trata ya de lo mismo.

8.—373 = frag. 9, 3-6.

3. Sed quod praetor ait ratum se non habiturum, quatenus accipiendum est videamus. et quidem aut imperfecta res est, licet metus intervenerit, ut puta stipulationem numeratio non est secuta, aut perfecta, si post stipulationem et numeratio facta est aut per metum accepto debitor liberatus est vel quid simile contigerit quod negotium perficeret. et Pomponius scribit in negotiis quidem perfectis et exceptionem interdum et actionem competere, in imperfectis autem solam exceptionem. sed ex facto scio, cum Campani metu cuidam illato extorsissent cautionem pollicitationis, rescriptum esse ab imperatore nostro posse eum a praetore in integrum restitutionem postulare, et praetorem me adside interlocutum esse, ut sive actione vellet adversus Campanos experiri, esse propositam, sive exceptione, adversus petentes non deesse exceptionem. ex qua constitutione colligitur, ut, sive perfecta sive imperfecta res sit, et actio et exceptio detur. 4. Volenti autem datur et in rem actio et in personam rescissa acceptilatione vel alia liberatione 5. Iulianus libro tertio digestorum putat eum, cui res metus causa tradita est, non solum reddere, verum et de dolo repromittere debere. 6 Licet tamen in rem actionem dandam existimemus, quia res in bonis est eius qui vim passus est, verum non sine ratione dicetur, si in quadruplum quis egerit, finiri in rem actionem vel contra.

Ulpiano pasa ahora a comentar la frase edictal *ratum non habebo*, y empieza por distinguir entre actos imperfectos, es decir, de efectos no consumados, y actos de efectos consumados: para los primeros dará el Pretor una *exceptio* impeditiva de la acción con que se pretenda la consumación de efectos, y para los segundos será necesaria una ac-

ción rescisoria de los efectos ya consumados, o, en su caso, también una *exceptio*⁶¹. De nuevo cita a Pomponio para esta distinción, pero, a este propósito, recuerda Ulpiano un caso real que fue objeto de un poco acertado rescripto de Caracala⁶².

K. (p. 131 ss.) da su propia interpretación de este texto de Ulpiano. Según él, Ulpiano está pensando exclusivamente en la acción penal, ya que no es posible una acción ficticia (la rescisoria) para el caso de una estipulación coaccionada, y de ahí deriva un apoyo para su afirmación de que la acción penal se fundaba en el edicto de *ratum non habeo*, que estaba comentando Ulpiano. El rescripto de Caracala, que habla de *i.i.r.*, sólo podía referirse, según K. (p. 133), a la acción penal, y se daría precisamente en un negocio imperfecto, de efectos no consumados. Contra la afirmación de Pomponio, de que la acción sólo era posible en caso de negocio perfecto, Ulpiano habría sostenido que también podía darse en un negocio imperfecto, como se decía en el rescripto de Caracala.

Esta interpretación de Kupisch no me parece acertada. En mi opinión, lo primero que debemos observar es que, en tanto el rescripto se limitaba a decir que el coaccionado podía *postulare* la *in integrum restitutio*, al final del texto se dice que de este mismo rescripto (*constitutio*) se colige que se puede dar una acción, tanto si el negocio es perfecto como si es imperfecto. La contradicción obliga a censurar este final [*ex qua constitutione colligitur* - fin] como un glosema, que ha refundido la interlocutoria del magistrado con el rescripto del emperador. La exacta situación del caso me parece que debe explicarse de la siguiente manera.

Los munícipes de una ciudad de Campania (quizá por discreción se omite el nombre y se habla genéricamente de «*Campani*») habían coaccionado, según él pretendía, al solicitante del rescripto, que se había visto obligado a hacer un *pollicitatio* (documentada en una cau-

61. Por ej., si hubo enajenación consumada, hará falta una acción real rescisoria (*vindicato utilis*), pero, si el enajenante recupera la posesión, se defenderá con una *exceptio* contra la reivindicatoria del adquirente.

62. Sobre este texto vid. mi artículo *Rescriptos y cognición extraordinaria* en *AHDE*. 1977 p. 13ss. En él (p. 14 n.10) anunciaba ocuparme en «otra ocasión» de la interpretación de Kupisch. Lo hago ahora.

tio) contra su voluntad⁶³. El emperador, en su rescripto, se había limitado a decir que el solicitante debía pedir la *in integrum restitutio* al Pretor. La *subscriptio* imperial había sido excesivamente rutinaria: puesto que de *metus* se trataba, procedía la *in integrum restitutio ob metum*, y no se concretaba más. Cuando el solicitante aparece con su rescripto favorable ante el Pretor, éste, al ver un rescripto tan impreciso, decide (mediante una *interlocutio*), con el asesoramiento de Ulpiano (*me adsidente*), que, en este caso, lo único que podía alcanzarse con un decreto de *i.i.r.* era una *exceptio*, pero que, para imponerla, debía el solicitante esperar que los *Campani* le exigieran el cumplimiento de la *pollicitatio*, lo que sólo ocurriría ante la jurisdicción cognitoria del Cónsul, no ante la ordinaria del Pretor, pues de *pollicitatio* se trataba: así, era verdad que podía valerse de la *exceptio (non deesse exceptionem)*, pero no allí⁶⁴, ni en aquel momento; al mismo tiempo que allí, ante el Pretor, lo único que procedía era la *actio proposita* en el edicto, es decir, la acción penal al cuádruplo, pero esto se decía, por un lado, con cierta reserva de escepticismo (*si actione vellet adversus Campanos experiri*), pues, de momento, sería difícil probar un daño cuadruplicable, y, por otro lado, como para contradecir el rescripto imperial, pues esa acción penal no procedía en virtud de la *i.i.r.* que aconsejaba el emperador⁶⁵.

Así, pues, si Ulpiano cita el caso de los *Campani* no es precisamente para contradecir la opinión de Pomponio, que es irrefutable,

63. Puede uno imaginarse que la coacción popular se había ejercido sobre un hombre rico del pueblo, quizá con ocasión de habersele nombrado magistrado local, es decir, para que hiciera una *pollicitatio ob honorem*, como era costumbre, pero, aquí, demasiado generosa.

64. No hay que olvidar que la acción *ex pollicitatione* exigía una jurisdicción cognitoria.

65. No parece aceptable lo que dice Kaser (p. 112) de que esta acción que el Pretor consideraba posible y que se hallaba *proposita* en el Edicto era una acción *in factum* para reclamar la liberación del aparente deudor, es decir, una especie de *condictio liberationis*. Aparte las dudas que tal *condictio* puede suscitar, no se entiende qué necesidad había de una distinta acción *in factum* con el mismo fin; pero nunca podía verse como una acción en alternativa con la *exceptio metus*, pues sólo se podría dar en el caso especial de retener el demandado una caución sin causa. Como la palabra *proposita* hace pensar en una acción edictal, parece claro que no pueda referirse más que a la acción penal *quod metus causa*.

de que no puede haber acción en tanto no se ha consumado el detrimento patrimonial, sino precisamente para ilustrar esa doctrina, no sin cierta ironía, con un caso en el que el mismo Ulpiano había intervenido como asesor. Que la interlocutoria del Pretor significaba una crítica del rescripto era evidente, pues, si no, hubiera decretado sin más la *i.i.r.*; pero éste no era momento, ni lugar aquél, para solicitarla, y la acción penal, que sí podía dar el Pretor, se dejaba como poco aconsejable, por falta de objeto cuadrupable.

Sólo un glosador post-clásico quiso deducir de esa cita del caso de los *Campani*, y concretamente del rescripto, que una acción podía darse incluso en caso de negocio imperfecto.

Este caso de los *Campani* no rompe, pues, la continuidad del comentario al edicto rescisorio, pues la mención de la acción penal es circunstancial. En los párrafos siguientes, Ulpiano sigue hablando de rescisión.

En frag. 9,4, Ulpiano habla claramente de la acción rescisoria, que puede ser, no sólo real, cuando hay que rescindir una enajenación, o constitución de un derecho real, sino también personal, cuando el detrimento patrimonial fue causado por una extinción de deuda⁶⁶. K. (p. 134 s.) pretende deducir de este texto que la acción rescisoria no era la ordinariamente pensable al tratarse del edicto del *metus*, sino que era tan sólo una acción complementaria de la principal, que sería la penal. Hasta qué punto esto depende del hecho de creer que, en el § anterior, la acción penal se desprende del edicto *ratum non habeo*, no hay necesidad de explicarlo.

A propósito todavía de la acción real rescisoria, explicaba Ulpiano el carácter arbitrario de esa acción, pero es posible que los Compiladores redujeran ese comentario por la razón de que Ulpiano ya hablaba después del carácter arbitrario de la acción penal, y de la restitución,

66. Ulpiano ejemplifica la rescisoria personal: *rescissa acceptilatione vel alia liberatione*. Si queremos concretar en qué otra *liberatio* está pensando, además de la *acceptilatio*, quizá haya que recurrir a una novación por *iussum promittendi*. Que Ulpiano hubiera escrito *mancipatione* o *alienatione*, como se ha pensado alguna vez, no parece probable: aparte la inversión que supondría el posponer el caso de rescisoria real que antes precede (*et in rem et in personam*), hay que tener en cuenta que no había necesidad de ejemplificar el caso de rescisoria real: Ulpiano quería subrayar tan sólo que «también» puede darse una rescisoria *in personam*: *et...et...*

también judicial, que en ella podía darse. Así, lo único que conservamos en relación con la restitución judicial de la rescisoria *in rem* es lo que nos dice el § 5 acerca de que la devolución de la cosa enajenada⁶⁷ debe ir acompañada de una *cautio de dolo*. Esta caución es la habitual en todos los casos de devolución restitutoria de propiedad en que se debe prevenir el evento de gravámenes impuestos por el propietario restituyente⁶⁸.

Finalmente, en el § 6 se concluye el comentario a la frase *ratum non habeo*, es decir, a la acción rescisoria, principalmente la real⁶⁹, con la observación de que esta acción no es acumulable con la acción penal, de la que se va a tratar a continuación⁷⁰. Puede llamar la atención que la rescisoria real se justifique por la propiedad bonitaria del demandante. En realidad, no se trata de explicar la causa por la que se da aquella acción, sino mejor de explicar el efecto: el hecho de tener esa acción real, aunque pretoria, quiere decir que la cosa reivindicable con ficción sigue estando *in bonis* del que la enajenó, del mismo modo que se considera *in bonis* lo que se puede reclamar con la *actio Publiciana*, también ficticia, frente al propietario civil; o lo que retiene el que puede defenderse del propietario mediante una excepción⁷¹. La explicación que da K. (p. 222 ss.), en cambio, es absoluta-

67. *Tradita*, como de costumbre, es interpolación por *mancipio data* o *mancipata*.

68. Vid. BETANCOURT, *La «stipulatio iudicialis de dolo»*, en *AHDE*. 1979. p. 165. El dolo, naturalmente, no está en la imposición de los gravámenes (hipoteca, servidumbres, etc.), sino en el hecho de ocultarlo al hacer la restitución.

69. K. (p. 136 y 222) entiende que *dandam existimemus*, en boca de Ulpiano, quiere decir que éste no consideraba como normal esa acción, sino como complementaria, pero es claro que ese giro en nada relativiza el carácter principal de la rescisoria *in rem*.

70. Kupisch, después de tratar este texto, en p. 136 y 222 ss., sin referir la parte final de la concurrencia electiva, acaba por hacerlo en p. 235: sin dar importancia a esta concurrencia entre las dos acciones, tan sólo para decir que la exclusión de la segunda acción se operaría mediante una *exceptio in factum*. En esto muestra quizá Kupisch que este texto sobre la concurrencia electiva entre las dos acciones no acaba de encajar bien en su teoría.

71. Mod. D.41,1,52: *Rem in bonis nostris habere intellegimur quotiens possidentes exceptionem aut amittentes ad recipendam eam actionem habemus*. Parece evidente que se trata aquí de acciones reales, contra el

mente forzada: como la recuperación —dice— era normalmente posible gracias a la acción penal, en los últimos clásicos se habría admitido que, por eso precisamente, estaba *in bonis* del que podía recuperarla, y a consecuencia de esto se habría podido dar la acción ficticia real. Creo que el sentido causal de *quia* no debe entenderse tan estrictamente: también podría decirse que se da la acción Publiciana contra el propietario civil *quia* se entiende que el demandante tiene la cosa *in bonis*⁷².

9.—374a = frag. 9,7-8.

7. Ex hoc edicto restitutio talis facienda est, id est in integrum, officio iudicis, ut, si per vim res tradita est, retradatur et de dolo sicut dictum est repromittatur, ne forte deterior res sit facta. et si acceptilatione liberatio intervenit, restituenda erit in pristinum statum obligatio, usque adeo ut Iulianus scribat libro quarto digestorum, si pecunia debita fuit, quae accepta per vim facta est, nisi vel solvatur vel restituta obligatione iudicium accipiatur, quadruplo eum condemnandum. sed et si per vim stipulanti promiserit, stipulatio accepto facienda erit. sed et si usus fructus vel servitutes amissae sunt, restituendae erunt. 8. Cum autem haec actio in rem sit scripta nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit quod metus causa factum est, non inmerito Iulianus a Marcello notatus est scribens, si fideiussor vim intulit, ut accepto liberetur, in reum non esse restituendam actionem, sed fideiussorem, nisi adversus reum quoque actionem restituat, debere in quadruplum condemnari. sed est verius,

poseedor, y que no cabe pensar (contra K. p. 223) en acciones personales. La acción del *metus* nunca pudo hacer propietario bonitario al que podía ejercitarla.

72. También Kaser (p. 140) critica la explicación de Kupisch, por creer que no se concibe hablar de *in bonis habere* como efecto de la protección por una acción personal, pero queriendo dar una explicación estrictamente causal del *quia*, se adhiere a los que conjeturan que se trata de un caso de transmisión de *res mancipi* por *mancipatio* pero sin *traditio*, de suerte que sobre la retención de la posesión se apoyaría la idea de la propiedad bonitaria; esta conjetura parece infundada e innecesaria.

quod Marcellus notat: etiam adversus reum competere hanc actionem, cum in rem sit scripta.

El comienzo «*ex hoc edicto*» (§ 7), como hemos dicho al principio (supra, sub 4), presupone, en contra de lo que sostiene Kupisch, la caída de la cita de un nuevo edicto, que anunciaba la acción penal⁷³. A partir de este momento, Ulpiano deja de comentar el edicto rescisorio y pasa al edicto de la acción penal. Hemos dicho también que Kupisch funda su teoría en la ausencia de este segundo edicto, ya que, para él, la acción penal depende del edicto *ratum non habeo*; pero ya hemos dicho también que este fundamento es lo más débil de toda su doctrina. Lo que pasa es que esta doctrina sigue la misma tendencia que tuvieron los Compiladores, que procuraron, efectivamente, unificar las acciones rescisorias con la acción penal. Ya hemos visto algunas interpolaciones que muestran esa confusión, al llevar al comentario del edicto rescisorio datos que proceden de la acción penal, y ahora veremos, al revés, datos de la *i.i.r.* interpolados en el comentario a la acción penal. Así, ya en este § pr. nos encontramos con la explicación [*id est in integrum*] que aparece referida a la restitución judicial de la acción penal, que, por ser una acción arbitraria, permitía la restitución *officio iudicis*⁷⁴. Se ha pensado que podía tratarse de un glosema explicativo, como no faltan en otros lugares, y muchas veces con el giro «*id est...*», pero yo me inclino a pensar que se trata de una interpolación compilatoria que trata de identificar esta restitución judicial con la *restitutio in integrum* del edicto rescisorio. La confusión entre la acción rescisoria *in rem* y la penal era fácil, por

73. Kaser (p. 114) conjetura un edicto del siguiente tenor: «*Quod metus causa factum erit, de eo, nisi arbitrio iudicis restituetur, in quadruplum, post annum causa cognita in simplum iudicium dabo*». Con razón dice Kaser que lo que dependía de la no-restitución no era la concesión de la acción (como si se esperase una *restitutio in iure*), sino la condena; y de ahí el giro *de eo...iudicium dabo*, que deja la condición *nisi...restituetur* unida al *quadruplum*. Al mismo tiempo, este giro facilitaba la legitimación pasiva del que no había ejercido coacción, es decir, la redacción de la fórmula *in rem scripta*.

74. También Kaser (p. 114) cree que, al suprimir los Compiladores el edicto de la acción penal, fundieron la restitución judicial de la acción penal y de la rescisoria, tratada antes, y por eso interpolaron [*id est in integrum*].

cuanto ambas acciones eran arbitrarias. Así, en este § 7, la *restitutio* de que habla Ulpiano es la de la acción penal, pero, como en el § 5 ha hablado ya de la *restitutio* judicial de la acción rescisoria, donde también tenía lugar la *cautio de dolo*, al volver a hablar ahora otra vez de esa caución a propósito de la *restitutio* judicial de la acción penal, los Compiladores identifican ambas cauciones introduciendo la frase [*sicut dictum est*] ⁷⁵. Esta repetición sobre la restitución asegurada con la *cautio de dolo* no tendría sentido si Ulpiano estuviera hablando únicamente de la acción penal, como pretende Kupisch, y no de dos acciones distintas, es decir, la rescisoria del primer edicto y la penal del segundo edicto omitido por los Compiladores.

Luego, del mismo modo que en el § 4 habló Ulpiano de la rescisoria *in personam* cuando hubo *acceptilatio* coaccionada, así también habla ahora de la acción penal en ese mismo caso; con ella se amenaza cuadruplar el valor del crédito perdido si no se restituye ese crédito *apud iudicem* y se acepta el juicio por el mismo, o no se paga tal deuda sin más. Para esto se remite Ulpiano a la autoridad de Juliano (4 *dig.*). Asimismo, si el acto coaccionado fue una promesa estipulatoria, la *restitutio* consistirá en una *acceptilatio, apud iudicem*, para extinguir la obligación; y si la coacción sirvió para extinguir un usufructo o unas servidumbres, el juez de la acción penal, para absolver al demandado, exigirá que vuelvan a constituirse.

El § 8 es, según K. (p. 212 ss. cfr. p. 169), uno de los textos decisivos para su teoría, por la referencia que en él aparece a una «restitución» de acción referida a la acción penal ⁷⁶.

Ulpiano comenta que la acción penal es *in rem scripta*, pues no se dirige contra el que hizo violencia, sino contra todo aquel que tiene algo conseguido a causa de un acto coaccionado ⁷⁷. A este propósito, cita Ulpiano una crítica, que le parece justa (*merito*), de Marcelo a Juliano. Se trataba del caso de aceptilación coaccionada por un fiador,

75. Por lo demás, vuelve a repetirse la interpolación *tradita*, y *retradatur*, para sustituir las menciones que Ulpiano hacía de la *mancipatio*.

76. Kaser (p. 129) aplaude la interpretación que Kupisch hace de este texto.

77. El verbo *velit* tiene como sujeto *haec actio*, pero se trata, en realidad, del Pretor, que es quien concede la acción. K. p. 213 reconoce que es así, pero que esto no impide que se trate de una restitución judicial; remite al frag. 12,1: *restitui pretor velit...*

en virtud de la cual, naturalmente, también el deudor había quedado liberado. Según Juliano, no era necesario «restituir la acción» contra el deudor, sino que debía demandarse con la acción penal al fiador para que, bajo amenaza del cuádruplo, «restituyera la acción», no sólo contra él mismo, sino contra el mismo deudor principal. Frente a esto, decía Marcelo que la acción penal podía darse directamente contra el mismo deudor principal.

El problema es el de qué tipo de «restitución de acción» son éstas. Dice Kupisch que la restitución que Juliano negaba contra el deudor principal era la de la acción penal, y que el fiador podía quedar liberado de esa misma acción tan sólo si, además de reconstituir su propia obligación, conseguía que el deudor principal reconstituyera su obligación (se entiende: extrajudicialmente). La razón de haber negado Juliano la acción penal contra el deudor principal era, dice K. (p. 216), la idea de que tal acción habría obligado a ese deudor, bajo pena del cuádruplo, a reconstituir la acción contra el fiador, en tanto Ulpiano habría admitido la liberación de ese deudor no culpable mediante la simple reconstitución de la acción contra sí mismo⁷⁸.

Esta explicación de Kupisch, que tiene el mérito de evitar el contrasentido que supondría que Marcelo diera como penal la acción que Juliano habría negado como rescisoria, y la misma dificultad de que se hablara de la acción rescisoria en un contexto de acción penal, presenta, sin embargo, la dificultad de no aclarar la contradicción de sentido entre las dos frases próximas: *in reum non esse restituendam actionem... nisi adversus reum quoque actionem restituat*; la primera restitución sería la de la misma acción penal concedida por el Pretor y la segunda —como el mismo anterior *restitui*— sería la que debía hacer en el juicio, el fiador demandado, de la acción extinguida por la aceptación coaccionada. Me parece imposible que Ulpiano haya po-

78. Kupisch cree que, en los últimos clásicos, cuando el demandado era inocente de la coacción, la restitución judicial podía limitarse a la reconstitución de la obligación propia del demandado, y no la del codeudor, como se desprende de Paulo (D.4,2,11) en el caso de ser demandado un fiador inocente: *non tenebitur fideiussor ut rei quoque obligationem restituat*. Que esta mitigación de la restitución, por parte del demandado inocente de la coacción, no fuera admitida por Juliano, parece verosímil a Kupisch porque el texto de Paulo es una nota a Juliano; y recordemos que Haloander atribuía este texto, no a Paulo, sino al mismo Marcelo.

dido utilizar a tan breve distancia esos dos sentidos tan distintos. Cuando luego Marcelo admite la acción penal, aparece utilizado el verbo *competere*, que tampoco es el más propio para referirse a una acción pretoria. Así, hay motivos para sospechar que el texto ha sido alterado, y que se hablaba en él, respecto a la acción penal, de *dandam actionem* (como ya han pensado algunos autores), y de *restituere* tan sólo en relación con la restitución judicial.

Por lo demás, conviene hacer una aclaración respecto a la restitución extrajudicial que debe procurar el demandado para salir absuelto, y que vuelve a aparecer en el mencionado frag. 11, de Paulo (Marcelo?), donde se habla, aunque sea para excluirla de la restitución, por el fiador, de la obligación del deudor no demandado. En cambio, en el frag. 10, de Gayo, se habla —lo que no es exactamente lo mismo— de que el deudor demandado debe presentar los mismos o nuevos fiadores. En efecto, el demandado, para salir absuelto, debe restituir la obligación tal como existía anteriormente, y, por lo tanto, con garantía suficiente, si antes la tenía. Si el demandado es el fiador debe reconstituir la obligación del deudor principal, pues la supresión de tal deudor ha perjudicado al acreedor. Como bien dice Kupisch⁷⁹, esto es lo que pudo inhibir a Juliano para admitir la acción penal contra un deudor inocente de la coacción (el coaccionante fue aquí el fiador), y habría sido superado en los clásicos posteriores, como vemos en el frag. 11 (de Paulo, o del mismo Marcelo). Cuando tal mitigación no fuera posible, por no ser inocente el demandado por la acción penal, la absolución en éste a causa de restitución podía preverse como menos probable. En este sentido, la acción penal viene a castigar, con la grave pena del cuádruplo, al codeudor no inocente más gravemente que al deudor único no inocente, pues éste siempre puede restituir su obligación extinguida por coacción e incluso reponer las garantías; si la obligación extinguida las tenía.

En conclusión, aun aceptando la interpretación que da Kupisch de este frag. 9,8, hay que decir que no constituye una prueba tan firme de su teoría, por cuanto no es posible que Ulpiano hubiera hablado de «restituir» la acción penal en un contexto referido a la «restitución» judicial que tenía lugar dentro de la misma.

79. Vid supra n. 78.

10.—374b = frag. 12.

Sed et partus ancillarum et fetus pecorum et fructus restitui et omnem causam oportet: nec solum eos qui percepti sunt, verum si plus ego percipere potui et per metum impeditus sum, hoc quoque praestabit. 1. Quaeri poterit an etiam ei qui vim fecerat passo vim restitui praetor velit per hoc edictum ea quae alienavit. et Pomponius scribit libro vicensimo octavo non oportere ei praetorem opem ferre: nam cum liceat, inquit, vim vi repellere, quod fecit passus est. quare si metu te coegerit sibi promittere, mox ego eum coegero metu te accepto liberare, nihil esse quod ei restitatur. 2. Iulianus ait eum qui vim adhibuit debitori suo ut ei solveret, hoc edicto non teneri propter naturam metus causa actionis quae damnum exigit: quamvis negari non possit in Iuliam eum de vi incidisse et ius crediti amisisse.

Se sigue hablando en el § pr. de este fragmento de la restitución judicial en la acción penal: debe restituirse todo lo producido por la cosa enajenada, pero también, se dice, los *fructus percipiendi*. Esto último me parece una consecuencia de la regla, sólo válida para el derecho de Justiniano, de que el poseedor de mala fe debe los frutos que se dejó de percibir por su culpa: [*nec solum eos...praestabit*⁸⁰]. Esta interpolación presupone que el demandado no es inocente, pues los Compiladores no advirtieron aquí que la acción penal podía darse también contra un inocente, al que se debía cargar con los *fructus percipiendi*. Por otro lado, se justifica esta carga como si el demandante hubiera dejado de percibir esos frutos a consecuencia del *metus* (*per metus impeditus sum*), siendo así que lo que perdió a causa del *metus* fue la propiedad de la cosa productora de los frutos. De una manera inepta, se ha extendido a esta restitución lo que Justiniano había establecido para la de la acción petitoria, y esta extensión era fácil, por cuanto Justiniano tiende a confundir la restitución de la petitoria rescisoria y la restitución de la acción penal.

80. Este verbo activo, en vez de *praestabitur*, delata la mano del interpolador.

En el § 1 de este mismo frag. 12 se deja el tema de la restitución judicial y se trata de la legitimación personal para la acción penal⁸¹. Llama la atención que este nuevo tema se introduzca súbitamente con un caso tan especial como el de la coacción ejercida por el previamente coaccionado por la otra parte: el caso del promitente coaccionado que coacciona luego al estipulante para que éste le haga aceptilación; más exactamente, en el caso que Ulpiano toma de Pomponio (28 *ad ed.*), el que coacciona al estipulante (*is*) para que haga aceptilación a su deudor (*te*) no es este mismo, sino un tercero (*ego*), pero esto no parece hacer diferencia (se trataría del caso B y no del A según la distinción que hicimos al principio)⁸². Se niega en estos casos la acción penal en virtud del principio *vim vi repellere licet*, pero cabe dudar que ésta fuera la razón dada realmente por Pomponio y Ulpiano. En efecto, no se trata aquí de legítima defensa, sino de retorsión de la violencia. En el caso del interdicto *unde vi cottidiana*, el expulsado *vi* no puede valerse del interdicto si él, a su vez, había expulsado *vi* al que luego le expulsó a él, pues se le opone la cláusula de posesión viciosa. En el derecho de Justiniano se ha suprimido ya la excepción de posesión viciosa, y el expulsado prevalece contra el mismo a quien él había expulsado anteriormente. En la redacción actual del texto parece conservarse un residuo de esta idea de retorsión: *quod fecit passus est*, a la vez que se invoca el principio de la legítima defensa. Entre ambas justificaciones no hay congruencia, y quizá la de la retorsión, similar a la de la excepción del interdicto *unde vi*, sea la propia de Pomponio y Ulpiano, en tanto los Compiladores, para los que tal principio de retorsión había dejado de valer, prefirieron invocar el de la legítima defensa.

El § 2 sigue tratando de la legitimación personal de la acción penal. Se aduce la autoridad de Juliano para negar que proceda esa acción en caso de pago coaccionado, y por la razón de que no hubo *damnum* para quien sufrió la coacción, pues pagó lo que debía. La

81. Es cierto que se dice *restitui praetor velit per hoc edictum*—en relación con la restitución judicial dentro de la acción penal, como dice K. p. 213 (cfr. supra n. 77)—, pero no se trata ya de la restitución misma, sino de quién puede solicitarla, es decir, de legitimación activa.

82. Como Ulpiano habla primeramente de *ea quae alienavit*, se esperaría un ejemplo de enajenación y no de extinción de deuda, y es posible que tal ejemplo haya sido suprimido por los Compiladores.

razón es válida, aunque la forma en que se aduce, con alusión a la *natura actionis*, debe de ser interpolada. Pero también debe de serlo el final relativo a la *lex Iulia de vi* y a la pérdida del *ius crediti* por el hecho mismo de haberse cobrado por la violencia. Sabemos que no la misma ley, sino un decreto de Marco Aurelio dio por perdido el crédito de un acreedor que se había cobrado mediante toma de posesión directa de un objeto de su deudor. Conocemos este decreto por la cita que de su texto hacía Calístrato, *5 de cognitionibus*, y los Compiladores, que conservaron este fragmento de Calístrato en el título de la ley Julia *de vi privata* (D.48,7,7), volvieron a copiarlo a continuación del nuestro (frag. 13). Pero lo interesante es ver cómo interpolaron esa cita precisamente para extender el precepto al caso de Juliano-Ulpiano, que era, no de toma de posesión violenta de una cosa del deudor, sino de coacción para que el deudor realizara él el pago de la cosa debida. En efecto, la interpolación salta a la vista por la simple comparación del texto auténtico de la *sedes materiae* y el adaptado de nuestro título:

D.48,7,7

...rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo iudice temere possidere...

D.4,2,13

...rem ullam debitoris [*vel pecuniam debitam*] non ab ipso sibi [*sponte*] datam sine ullo iudice temere possidere [*vel accepisse*]...

Son los Compiladores los que consideran incluso en la ley Julia, mediante extensión del decreto de Marco Aurelio, al acreedor que obtenía por la fuerza un pago de su deudor; pero sin preocuparse de las consecuencias. Porque la pérdida del crédito en caso de toma violenta de la posesión de un objeto de deudor quería decir que el acreedor tenía que devolver ese objeto y ya no podía exigir su crédito, pero pérdida violenta del crédito en caso de pago coaccionado de una cantidad de dinero quería decir, no muy elegantemente, que ese pago era repetible como indebido; pero eso no lo dicen los Compiladores. El método de interpolación seguido aquí por los Compiladores fue realmente singular: no se limitaron a extender una sanción legal, sino que trajeron una cita legal convenientemente interpolada para apoyar su extensión.

374c = frag. 14pr.

Item si, cum exceptione adversus te perpetua tutus essem, coegero te acceptum mihi facere, cessare hoc edictum, quia nihil tibi abest.

Al supuesto anterior, de coacción para cobrar, equipara aquí Ulpiano el de coacción para cancelar mediante aceptilación la deuda de un deudor protegido por una excepción perpetua. La razón de que no se dé la acción penal en este caso es la misma de que el coaccionado nada perdió con su acto: *nihil tibi abest*, que corresponde a lo que decía el § anterior, en su parte sólo formalmente alterada: (*actio*) *damnum exigit*.

11.—375 = frag. 14,1-2.

1. Si quis non restituat, in quadruplum in eum iudicium pollicetur: quadruplabitur autem omne quodcumque restitui oportuit. satis clementer cum reo praetor egit, ut daret ei restituendi facultatem, si vult poenam evitare, post annum vero in simplum actionem pollicetur, sed non semper, sed causa cognita. 2. In causae autem cognitione versatur, ut, si alia actio non sit, tunc haec detur: et sane cum per metum facta iniuria anno et quidem utili exoleverit, idonea esse causa debet ut post annum actio haec dari debeat. alia autem actio esse sic potest: si is cui vis admissa est deceserit, heres eius habet hereditatis petitionem, quoniam pro possessore qui vim intulit possidet: propter quod heredi non erit metus causa actio, quamvis, si annus largiretur, etiam heres in quadruplum experiri possit. ideo autem successoribus datur, quoniam et rei habet persecutionem.

La acción penal que ofrecía el Edicto es al *quadruplum* del valor perdido por el demandante, es decir, con los frutos y demás devengos, como aclara luego el § 7.

Ya hemos advertido, a propósito del § 1 (sub 4), que la manera de expresarse aquí Ulpiano (*pollicetur*) induce a pensar que existía en el Edicto una cláusula especial para anunciar la acción penal, y que en ella se distinguía una acción con condena al cuádruplo, dentro del

año, y otra al *simplum*, después del año. No parece posible, como quiere K. (p. 238), que esta manera de expresarse se refiera sólo a un modelo de fórmula, porque esta distinción de momentos (*post annum...*) así como la referencia a *causa cognita*, no parece reflejar la fórmula misma, sino un edicto especial.

Lo que sí es cierto es que la frase *si quis non restituat* no se refiere a una restitución *in iure*, sino a la restitución judicial: el Pretor no supedita una acción al cuádruplo (que sería ya sin posibilidad de restitución) a que el demandado no restituya *in iure*, sino que da una acción para que, si el demandado no restituye *apud iudicem*, sea condenado al *quadruplum*. Esa es la *restituendi facultas* de que habla este mismo párrafo, como medio para evitar la *poena*, y no la *actio*. De una *restitutio in iure* no se habla nunca. Una cosa es que se diga que el pretor «restituye» una acción —lo que sigo entendiendo como concesión de una acción rescisoria, con fórmula ficticia—, y otra muy distinta que el pretor controle una restitución efectiva por parte del posible demandable por una acción (la rescisoria o la penal). En fin, de que en este § 1 se trata de la restitución judicial, y precisamente en la acción penal, pues es la que aquí está comentando Ulpiano, creo que no puede haber duda.

El § 2 explica el alcance de la *causae cognitio* del magistrado en el supuesto de la acción *post annum*. Esta acción *in simplum* sólo se debe dar cuando ha transcurrido el año útil en que se puede ejercitar la acción *in quadruplum*, y, por otro lado, no pueda darse otra acción, como podría ser la *hereditatis petitio*, que tendría el heredero de la víctima para reclamar lo retenido por el causante de la violencia, que poseería lo adquirido a título *pro possessore*.

El texto no parece del todo fidedigno. La palabra *iniuria* no está utilizada aquí de manera apropiada, para referirse a un perjuicio estrictamente patrimonial. Se diría que Ulpiano pensaba en la subsidiariedad de esta acción penal *in simplum* respecto a la rescisoria, que tenía el mismo fin; es decir, sólo cuando no se pudiera dar la rescisoria podía darse la acción post-anual *in simplum*. Porque, durante el año, era evidente que la acción penal al *quadruplum* era preferible a la rescisoria, pero, transcurrido el año, entre las dos acciones reipersecutorias, esta acción *in simplum* debía considerarse subsidiaria, y de aquí el requisito de la previa *causae cognitio*. Pero el texto no habla

directamente de esta concurrencia con la rescisoria, sino de la *hereditatis petitio*, y sabemos que esta acción sólo procedía cuando el demandado negaba la cualidad de heredero en el demandante. El heredero podía ejercitar la acción penal, dentro del año, o la rescisoria; después del año, la acción *in simplum* sólo cuando no era posible la rescisoria. Esto es claro, pero no es lo que dice el texto, que habla, no de *reivindicatio*, sino de *hereditatis petitio*⁸³. Que Ulpiano hablaba aquí de la *hereditatis petitio* parece tener que admitirse, pero el texto parece resumido, pues, normalmente, la acción que deberá ejercitar el heredero después de haber caducado la acción del *quadruplum* será la rescisoria; sólo que ésta era imposible cuando el deudor negaba al demandante la titularidad del heredero, y, por ello, el demandante se veía obligado a ejercitar la *hereditatis petitio*; se trata, pues, de una *hereditatis petitio* en sustitución de una *vindicatio* rescisoria, que el demandado ha obligado a exigir como *hereditatis petitio* por su negativa de la titularidad de heredero en el demandante. Que Ulpiano presentara este caso de concurrencia es muy posible, pero no que lo hiciera tan directamente, sin hablar antes de la rescisoria ordinaria, ni sin indicar la negativa del demandado que obligaba a ejercitar la *hereditatis petitio*, que es precisamente el supuesto en que puede considerarse al demandado como *possessor pro possessore*⁸⁴. En todo caso, no puede deducirse de este texto que no se pensara en una acción real rescisoria como normal, pues, aunque es verdad que no se habla de ella, no

83. BESELER, *Beiträge* IV p. 47 n. (y 48), vio acertadamente que la acción respecto a la que la *a. q. m. c.* podía ser subsidiaria era la reivindicatoria; vio además que no es fácilmente imaginable que el *qui vim intulit* pudiera ser demandado mediante la *hereditatis petitio*, sin pretender ser él el heredero; sin embargo, lo que hace en su reconstrucción del texto es acumular a la *hereditatis petitio* de que éste habla, aquella reivindicatoria, de que el texto no habla: ...[autem]... [et sane...dari debeat]. *alia autem actio esse sic potest: <velut si quis vi coactus rem tradiderit, habet enim rei vindicationem, item> si cui vis admissa est...propter quod heredi <danda> non erit <haec> [metus causa] actio, quamvis...idex, quod heredi <est actio> [successoribus] datur...*

84. La frase *quoniam pro possessore qui vim intulit possidet* es, probablemente, un glosema, como seguramente también lo es el final [*ideo autem* —fin], por el que se quiere justificar la acción penal a favor del heredero por el carácter reipersecutorio de aquélla.

es menos cierto que la *hereditatis petitio*, de la que sí se habla, viene a sustituir aquella rescisoria y a desempeñar su misma función.

Como veremos luego (sub 16), a propósito de los dos últimos fragmentos conservados del comentario de Ulpiano a los edictos del *metus*, Ulpiano hablaba allí de la acción post-anual y precisamente en contra del heredero, de suerte que aquellos dos fragmentos finales deberían colocarse a continuación de este frag. 375.

12.—376 = frag. 14,3.

3. In hac actione non quaeritur utrum is qui convenitur an alius metum fecit: sufficit enim hoc docere metum sibi illatum vel vim, et ex hac re eum qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse, nam cum metus habeat in se ignorantiam, merito quis non adstringitur ut designet, quis ei metum vel vim adhibuit: et ideo ad hoc tantum actor adstringitur, ut doceat metum in causa fuisse, ut alicui acceptam pecuniam faceret vel rem traderet vel quid aliud faceret, nec cuiquam iniquum videtur ex alieno facto alium in quadruplum condemnari, quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur.

En este momento, Ulpiano parece comentar ya la fórmula de la acción penal, pero es posible que los Compiladores hayan suprimido alguna explicación previa sobre esa fórmula. En todo caso, lo que en este § 3 comenta es la redacción *in rem scripta* de la misma: no se requiere dice Ulpiano, que el demandado haya sido el coaccionante, porque no se trata de castigar el *crimen*, sino el *lucrum*. Esto dependía evidentemente de los términos de la fórmula, en los que no se designaba al demandado como coaccionante, y por ello mismo no se exigía del demandante la prueba de que el demandado fura el coaccionante, sino tan sólo de que él había hecho un acto patrimonial a consecuencia de una coacción, fuera quien fuera el coaccionante, y de que el demandado retenía lo que él había perdido por tal acto. Para los postclásicos, una explicación derivada de los términos de la fórmula procesal no tenía sentido, y de ahí que el texto actual nos presente otro intento de explicación: como el *metus* supone *ignorantia*, no se puede exigir de esa víctima «ignorante» que concrete quién la coaccionó. La razón es realmente pueril, y la misma disyuntiva *metum vel vim*

adhibere prueba que Ulpiano no puede haber sido su autor, pues para él *metus* y *vis* no eran dos grados de coacción, como han venido a ser los términos de la disyuntiva «vis absoluta» o «relativa», sino dos aspectos de la misma realidad, como él mismo ha explicado al comienzo de su comentario. Ulpiano hablaría sólo de *metus*⁸⁵.

El glosema, o acaso interpolación, llega hasta el final del § 3, pues tampoco parece digno de Ulpiano el decir que la acción penal no es, de entrada (*statim*), una acción al cuádruplo, sino que sólo se hace al cuádruplo cuando el demandado no quiere restituir. Es cierto, como dice K. (p. 238), que se trata de restitución judicial, pero, precisamente por esto, tal restitución puede servir para evitar la condena al cuádruplo, no para evitar una acción al cuádruplo. La acción contestada era al cuádruplo desde el primer momento, y la condena a que conducía no podía menos de ser al cuádruplo, sólo que quien iba a ser condenado podía salir absuelto si restituía *arbitratu iudicis*, como explica Ulpiano a continuación (núm. 377).

Este final fue introducido precisamente para justificar que la acción se dé contra una persona inocente, que no coaccionó, sino que sólo se enriqueció por la coacción ejercida por otro, y viene a ser condenada *ex alieno facto*. No es esto injusto, se dice, porque puede evitar el cuádruplo restituyendo.

Tanto la explicación de que la acción se puede dar contra el no coaccionante porque el *metus* supone *ignorantia*, como esta otra de que la acción sólo es al cuádruplo contra el que no quiere restituir no parecen de Ulpiano. Propongo, pues, eliminar del texto todo ese razonamiento doble: [*nam cum metus habeat - fin*]⁸⁶.

13.—377 = frag. 14,4-6 y 8.

4. Haec autem actio cum arbitraria sit, habet reus licentiam usque ad sententiam ab arbitro datam restitutionem, secundum quod supra diximus, rei facere: quod si non fecerit, iure meritoque quadrupli condemnationem patietur.

5. Aliquando tamen et si metus adhibitus proponatur, ar-

85. Vid. supra sub 5.

86. Obsérvese la repetición *hoc tantum actor adstringitur ut doceat metum in causa fuisse...*, respecto a lo ya dicho por Ulpiano: *sufficit enim hoc docere metum sibi illatum <vel vim>...*

bitrium absolutionem adfert. quid enim si metum quidem Titius adhibuit me non conscio, res autem ad me pervenit, et haec in rebus humanis non est sine dolo malo meo: nonne iudicis officio absolvar? aut si servus in fuga est, aequè, si cavero iudicis officio me, si in meam potestatem pervenerit, restitutum, absolvi debebo. unde quidam putant bona fide emptorem ab eo qui vim intulit comparantem non teneri nec eum qui dono accepit vel cui res legata est. sed rectissime Viviano videtur etiam hos teneri, ne metus, quem passus sum, mihi captiosus sit. Pedius quoque libro octavo scribit arbitrium iudicis in restituenda re tale esse, ut eum quidem qui vim admisit iubeat restituere, etiamsi ad alium res pervenit, eum autem ad quem pervenit, etiamsi alius metum fecit: nam in alterius praemium verti alienum metum non oportet. 6. Labeo ait, si quis per metum reus sit constitutus et fideiussorem volentem dederit, et ipse et fideussor liberatur: si solus fideiussor metus accesit, non etiam reus, solus fideussor liberabitur.

8. Si quis per vim sisti promittendo postea fideiussorem adhibeat, is quoque liberatur.

Ulpiano parece comentar aquí la cláusula arbitraria «*neque ea res arbitrato tuo restituetur*»⁸⁷; la posibilidad de restituir a que alude el final del § 3 ya hemos dicho que procede de una alteración del texto de Ulpiano (supra, núm. 376). Lo mismo debe decirse de la explicación que aquí (§ 4) se da del carácter arbitrario de la acción [*habet reus licentiam... restitutionem...rei facere*]⁸⁸.

A continuación se plantea Ulpiano la cuestión de la buena fe del demandado: de si puede éste quedar liberado, sin restituir, por el hecho de haberse hecho imposible la restitución. En el § 5 empieza por afirmar la posibilidad de que el arbitrio del juez absuelva a pesar de no realizarse una restitución. A este propósito plantea el caso de un adquirente de buena fe —es decir, que ignora el acto de coacción que sufrió el demandante— y pierda sin dolo la cosa recibida. ¿Deberá ser absuelto? Luego otro caso: el de un esclavo fugado; si el deman-

87. Vid. LENEL, *Paling.* II col. 463 n. 3.

88. Interpolación hace tiempo delatada por GRADENWITZ, *Interpol.* p. 99.

dado da caución de restituirlo cuando aparezca, el juez debe absolverlo. Pero este principio, dice Ulpiano, no debe llevar a liberar al subadquirente de buena fe que sí puede restituir, como habían pensado algunos autores (*quidam*), según los cuales, el subadquirente de buena fe (por compra, donación o legado) podía quedar absuelto (*non teneri*). Estamos, pues, en el supuesto C, que esos *quidam* habrían dejado fuera del alcance de la acción penal. Según K. (p. 208 ss.), la nueva doctrina que, frente a esos *quidam*, defiende Ulpiano habría sido introducida por Viviano y Pedio, a los que Ulpiano se refiere aquí expresamente.

Según Viviano, la acción —que tiene que ser, en este contexto, la acción penal— puede darse contra el subadquirente de buena fe; siempre, se entiende, que puedan restituir el lucro retenido en perjuicio del que sufrió la coacción. La razón de esta decisión favorable a la víctima de la coacción no parece, sin embargo, absolutamente segura: «para que la intimidación no sea en detrimento mío»⁸⁹.

Según Pedio, la acción puede darse tanto contra el coaccionante que traspasó a otro la cosa obtenida como contra el subadquirente que no coaccionó. También aquí la razón que se da parece añadida: porque del *metus* de uno (*alienum metum*) no debe resultar premio para otro: [*nam in alterius praemium... non oportet*]; en efecto, el *metus* vuelve a tener aquí el sentido no clásico de acto del coaccionante y no del defecto en el coaccionado.

De estas opiniones aducidas por Ulpiano puede desprenderse el siguiente régimen de legitimación: la acción penal se da contra el que

89. Obsérvese que, antes, la primera persona se ha identificado con el demandado: *me non conscio...absolvi debebo*, en tanto ahora se identifica repentinamente con el demandante: *metus quem passus sum... Captiosus* quizá sea siempre espurio, vid. BESELER, *Beiträge* IV p. 59; aquí, *captiosus* se contrapone implícitamente a *lucrosus*, como se hace de manera expresa en D.42,8,6,10: *pupilli ignorantia... captiosa creditoribus et ipsi lucrosa*. Justiniano llama «*captiosae*» a las *ambages* del Pegasiano (const. *Tanta* 6 a); que ya Papiniano llamase también así a las estipulaciones del Pegasiano, como dice el mismo Justiniano Inst. 2,23,7. no consta, aunque a Papiniano aparece atribuida la frase *liberalitatem captiosam interpretatio prudentium fregit* en D.2,15,5. En todo caso, el uso común de *captiosus* presupone siempre una declaración o acto que sirve para engañar a alguien, pero en nuestro texto es el *metus* el que podría resultar *captiosus*, no siendo el *metus* un acto sino el efecto interno de la *vis*. Por esto, al menos en este lugar, *captiosus* debe considerarse espurio.

dolosamente adquirió algo *metus causa*, sea el mismo coaccionante (caso A), sea otra persona (caso B), sea un subadquirente (caso C); contra los adquirentes (B) o subadquirentes (C) de buena fe, sólo se da con éxito la acción cuando retienen la cosa y pueden, por lo tanto, restituirla.

Que la acción pueda darse contra el coaccionante aunque no retenga ya el lucro conseguido es comprensible, pues él llegó a adquirir en su momento y debe restituir, aunque ya no retenga (*etiamsi ad alium res pervenit*). Si lo adquirido era una cosa específica, aunque el que la ha perdido, por transmisión o incluso por pérdida fortuita, no pueda por esto mismo restituirla, no queda, sin embargo, liberado, pues se le aplica el mismo principio de perpetuación de la obligación que rige para el *fur* a efectos de la *condictio*. En este sentido la acción penal del *metus* es también reipersecutoria; reúne los dos caracteres, de penal y reipersecutoria, como ocurre en la acción de la ley Aquilia, a diferencia de lo que rige para el *furtum*. Por eso mismo, la acción no es acumulable. De esta suerte, aunque la acción, como dice Pedio se puede dar contra el coaccionante que no retiene lo adquirido y contra el no coaccionante que sí lo retiene, hay que entender también que ambas acciones se excluyen recíprocamente, por medio de una *exceptio* (es de suponer que la *exceptio doli*)⁹⁰.

Este régimen encaja perfectamente con la idea de Kupisch, de que la acción penal se dirige contra el adquirente y no contra el coaccionante. Por ello mismo, en el supuesto (B) de un coaccionante no-adquirente, no se daría la acción más que contra el adquirente. Es imaginable que, siendo posible la acción contra el coaccionante que perdió lo adquirido, se pensara que no era necesario darla también contra el subadquirente de buena fe, aunque retuviera él lo perdido por el que sufrió la coacción, y que sólo en un momento posterior, como dice Kupisch, la Jurisprudencia admitiera esa concurrencia no cumulativa de la misma acción contra este adquirente de buena fe.

El § 6 y el § 8 se refieren a una deuda afianzada. Como ya hemos observado, el § 7 se refiere a otra cuestión, y debemos suponer que el § 8 fue indebidamente postpuesto.

En el § 6 Ulpiano invoca la autoridad de Labeón para sentar el

90. Sobre no-cumulatividad vid. infra núm. 380.

principio de que, en el caso de deuda afianzada, el *metus* sufrido por el deudor libera también al fiador, pero no al revés. Es una consecuencia clara del carácter accesorio de la fianza.

En el § 8 Ulpiano presentaba el caso especial de un *vadimonium* coaccionado: el *sponsor* de esa caución de presentación quedaba liberado por el *metus* del que dio el *vadimonium*⁹¹.

14.—378 = frag. 14,7 y 9-11.

7. Quadruplatur autem id quanti ea res erit, id est cum fructibus et omni causa.

9. Sed et si quis per vim stipulatus cum acceptum non faceret, fuerit in quadruplum condemnatus, ex stipulatu eum agentem adversus exceptionem replicatione adiuvari Iulianus putat, cum in quadruplo et simplum sit reus consecutus. Labeo autem post quadrupli actionem nihilo minus exceptione summovendum eum, qui vim intulit, dicebat: quod cum durum videbatur, ita temperandum est, ut tam tripli condemnatione plectatur, quam acceptilationem omnimodo facere compellatur. 10. Quatenus autem diximus quadruplo simplum inesse, sic hoc disponendum est, ut in condemnatione quadrupli res quidem omnimodo contineatur et eius restitutio fiat, poenae autem usque ad triplum stetur. 11. Quid si homo sine dolo malo et culpa eius, qui vim intulit et condemnatus est, perit? in hoc casu a rei condemnatione ideo relaxabitur, si intra tempora iudicati actionis moriatur, quia tripli poena propter facinus satisfacere cogitur, pro eo autem, qui in fuga esse dicitur, cautio ab eo extorquenda est, quatenus et persequatur et omnimodo eum restituat: et nihilo minus in rem vel ad exhibendum vel si qua alia ei competit actio ad eum recipiendum integra ei qui vim passus est servabitur, ita ut, si dominus eum quoquo modo receperit, is qui ex stipulatione convenitur exceptione tutus fiat. haec si post condemnationem: si autem ante sententiam homo sine dolo malo et culpa mortuus fue-

91. Como ocurre ordinariamente, los Compiladores sustituyeron el *vadimonium* por la *cautio iudicio sisti*, y el *sponsor* por el *fideiussor*; vid. LENEL, *Paling.* II col. 464 n. 1.

rit, tenebitur, et hoc fit his verbis edicti, neque ea res arbitrio iudicis restituetur'. ergo si in fuga sit servus sine dolo malo et culpa eius cum quo agetur, cavendum est per iudicem ut eum servum persecutus reddat, sed et si non culpa ab eo quocum agitur aberit, si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset, tenebitur reus: sicut in interdico unde vi vel quod vi aut clam observatur. itaque interdum hominis mortui pretium recipit, qui eum venditurus fuit, si vim passus non esset.

Al § 7 (indebidamente antepuesto al § 8) ya nos hemos referido a propósito del *quadruplum* y de su subordinación a la no restitución por parte del demandado (supra, núm. 375 = frag. 14,1). A continuación, Ulpiano trata algunas cuestiones relacionadas con el *quadruplum*.

En caso de promesa estipulatoria coaccionada (§ 9), la restitución del demandado debe consistir en extinguir la deuda, es decir, en hacer una *acceptilatio*. Si no se hace esta restitución por extinción, el demandado tendrá que pagar el *quadruplum*. La cuestión es ésta: ¿puede el acreedor, una vez que ya ha pagado el cuádruplo, reclamar *ex stipulatu*? Evidentemente, la obligación contraída no se ha extinguido *ipso iure*, pero el coaccionado dispone de la *exceptio metus* en virtud del edicto rescisorio. Según Juliano, al que Ulpiano cita, el demandante *ex stipulatu* debe superar la *exceptio metus* con una *replicatio* (es de suponer, la *replicatio doli*). Esto quiere decir: una vez que ha pagado la pena del *quadruplum*, el estipulante puede exigir el pago de lo prometido⁹². Se trata, pues, de la concurrencia entre los dos expedientes pretorios: la rescisión por *i.i.r.* (que da lugar a la *exceptio*) y la acción penal. No son acumulables. Del mismo modo que, si hubiera habido *condemnatio* por una acción real rescisoria, no cabría ya la acción penal, así también, si hay acción penal, tanto si termina con restitución como con pago de la pena, ya no puede valer la rescisión, y el Pretor que dé la *exceptio metus* debe dar también la *replicatio doli*, para que, una vez probado el hecho del pago del *quadruplum*, pueda prosperar la acción del acreedor.

92. El texto explica esta solución de Juliano mediante la interpretación de que la pena es del *tripulum* y el resto es restitución: [*cum in quadruplo et simplum sit reus consecutus.*] Esta explicación es compilatoria, como diremos inmediatamente.

Esta solución no parece haber sido la de Labeón, para quien la *exceptio metus* debía defender en todo caso al que prometió por coacción cuando el mismo acreedor era el responsable de la coacción (caso A). Es posible que Ulpiano comentara esta opinión de Labeón, pero no parece que lo hiciera en los términos conservados, pues la solución de forzar al demandado a que haga *acceptilatio* además de pagar el *triplum* está fuera de toda posibilidad del derecho clásico, en el que la *acceptilatio* antes de la sentencia produce sin más la absolución del estipulante, y no puede hacerse ya después de una *condemnatio* al *quadruplum*. Sólo por interpolación pudo imponerse tal extinción judicial: [*quod cum durum videbatur...acceptilationem omnimodo facere compellatur*]⁹³. Probablemente, Labeón habría favorecido la acumulación de rescisión por *exceptio* y pena, y sólo Juliano habría introducido aquel régimen de *replicatio doli*, que Ulpiano habría aceptado. Los Compiladores, aceptando esta *replicatio*, habrían abreviado el trámite, declarando extinguida la obligación y reduciendo la pena al triple. La explicación de este nuevo régimen se da en el §10, enteramente compilatorio⁹⁴; [*quatenus autem diximus quadruplo simplum inesse - usque ad triplum stetur*]. Los mismos Compiladores vienen a reconocer así que son ellos —no Ulpiano— los que acaban de decir (*diximus*) en el § 9 que el *simplum* se comprende en el *quadruplum*: [*cum in quadruplu - consecutus*], y que la condena debe ser al *triplum*: [*quod cum - tripli condemnatione plectatur*].

Introducida por los Compiladores la idea de que la pena de la acción es al *triplum* más la restitución, había de plantearse desde esta perspectiva el problema de la imposibilidad de restitución por perecimiento de la cosa retenida por el demandado. No se trata ya de promesa coaccionada y *acceptilatio* omitida, sino de una enajenación coaccionada cuyo objeto había sido un esclavo. Así, la concurrencia posible con la *i.i.r.* no era ya con la *exceptio metus*, sino con la *vindicatio utilis*.

Los Compiladores vuelven a plantear (§ 11) el supuesto que había planteado Ulpiano (§ 5) de perecimiento, y, en concreto, de un esclavo: *quid si homo...periit?*⁹⁵, pero en el supuesto concreto de que hubiere

93. Interpolación, ya reconocida por LENEL, *Palingenesia* II col. 464 n. 3.

94. LENEL, *loc. cit.*, n. 4.

95. Ulpiano (§ 5) hablaba de perecimiento *sine dolo malo meo*: los Com-

recaído condena por el *quadruplum*. Era lógico, desde el punto de vista compilatorio de una pena del *triplum*, que sólo ésta debiera ser ejecutada, pues penaba el delito (*propter facinus*), pero debiera liberarse al ya condenado del resto, pues la restitución se había hecho imposible. No cabe duda de que esta mitigación (*relaxabitur*) de una pena ya impuesta es compilatoria, porque es evidente que el perecimiento de la cosa debida no podía liberar en modo alguno al que debía cumplir la *condemnatio* ya recaída.

Siguen luego los Compiladores con el segundo caso propuesto por Ulpiano (§ 5): del esclavo fugitivo (*pro eo autem qui in fuga esse dicitur...*). Ya decía Ulpiano que el demandado, en el momento de la restitución judicial, podía liberarse dando caución de presentar al esclavo cuando éste regresara; los Compiladores lo repiten ahora, con el aditamento de que la obligación contraída por el que da esta caución es también de perseguir al fugitivo (*[et persequatur]*), pero aclarando además que la liberación del coaccionante que da esta caución no impide el ejercicio de la acción real (*in rem*), que es la rescisoria, de la *actio ad exhibendum* (complementaria, como siempre, de la real sobre muebles) y «cualquier otra acción recuperatoria». Precisamente por conservar el coaccionado la acción real sobre lo que enajenó *metus causa*, los Compiladores le consideran *dominus* —se insinúa así la idea de que la enajenación coaccionada es «nula», al modo moderno—, y dicen que si, sea por esas acciones que conserva o de otro modo (*quoquo modo*), recupera el esclavo fugado, no puede ya hacer valer la caución de exhibir, pues el coaccionante demandado por ella (*ex stipulatione*) se podrá defender con una *exceptio (doli)*.

Todavía vuelven los Compiladores al supuesto de perecimiento, del que se habían apartado por aclarar el segundo caso del esclavo fugitivo, para concretar que la liberación del *simplum* (excedente del *triplum*) en razón de restitución imposible sólo se da cuando la muerte fortuita del esclavo ha sucedido *post condemnationem*. Pero el problema está en la diferencia respecto al supuesto de que tal muerte fortuita haya sucedido, según dice el texto: *ante sententiam*⁹⁶. Porque el texto dice

piladores hablan ahora de *sine dolo malo et culpa eius qui vim intulit et condemnatus est*, en congruencia con la expansión bizantina de la teoría de la *culpa*.

96. Vuelve a repetirse aquí *sine dolo malo et culpa*; cfr. nn. 95 y 99.

«*tenebitur*» sin aclarar si este *tenebitur* quiere decir que tendrá que pagar el *quadruplum* entero, o sólo el *simplum* de los Compiladores. Lenel⁹⁷ se inclina por esto último, pero, al mismo tiempo, parece conjeturar que Ulpiano habría dicho *non tenebitur*. Dada la evidencia de una extensa manipulación compilatoria en esta parte del comentario, me parece que es vano todo intento de averiguar el posible texto subyacente de Ulpiano, y que es mejor aclarar el texto exclusivamente desde el punto de vista de los Compiladores. En este sentido: si la muerte fortuita del esclavo *post condemnationem* no libera al condenado de una ejecución al *triplum* (*tripli poena propter facinus satisfacere cogitur*), no es probable que se contrapusiera el supuesto del mismo accidente *ante sententiam* para llegar al mismo resultado *tenebitur...* al *triplum*, como sugiere Lenel. No pudiendo ser así, hay que admitir lógicamente que la condena debe ser al *quadruplum*.

Esta solución de condenar al *quadruplum* en caso de ser imposible la restitución era congruente con el régimen clásico, en el que, después de la *litis contestatio*, si no se realizaba la restitución prevista en la cláusula arbitraria de la fórmula «*neque ea res arbitrio iudicis restituetur*», no cabía más que una condena al *quadruplum*. Sin duda que Ulpiano reproducía estas palabras, aunque no necesariamente en este lugar, y que los Compiladores las tenían presentes, aunque, como no podían hablar de fórmulas procesales, las atribuyeron al Edicto (*his verbis edicti*), confusión muy frecuente en ellos, que llegan, a veces, a fundir las citas de edictos y de fórmulas⁹⁸. Aunque parezca sorprendente, se diría que los Compiladores mantienen el régimen clásico, de *periculum defensoris*, pero no para la acción ejecutiva, pues si la muerte del esclavo se producía *intra tempora iudicati actionis*, el condenado al *quadruplum* veía reducida la ejecución al *triplum* por haberse hecho imposible la restitución del *simplum* incluido en el *quadruplum*. Este régimen aparentemente incongruente, tiene, sin embargo, su explicación dentro de la mentalidad de los Compiladores.

En el § 9, después de dar Ulpiano la opinión de Labeón, de que

97. LENEL, *Palingenesia* II col. 464 n. 7.

98. Que el edicto de *iudicium dabo* tuviera ya tales palabras, debe ser rechazado. No hay problema para K. (p. 289s. n.501), pues él niega la existencia de un edicto de «*iudicium dabo*», ya que la acción penal, para él, puede depender del primer edicto de «*ratum non habeo*».

post quadrupli actionem se mantenía todavía la *exceptio metus* a favor del deudor coaccionado, y de tachar los Compiladores tal opinión de «dura», decían éstos: *tripli condemnatione plectatur*. Esto, naturalmente, sólo a la ejecución puede referirse, pues la condena del *quadruplum* ya ha recaído. Los Compiladores se limitaron, pues, a desdoblarse la ejecución de una condena del *quadruplum* en el pago del *triplum* más la extinción de la obligación contraída *metus causa*. Este mismo criterio debieron de aplicar al caso de una condena al *quadruplum* por no restitución de un esclavo perdido *metus causa* por el demandante: pago del *triplum* y restitución forzada del esclavo. Pero, si el esclavo había muerto antes de la *condemnatio*, no era posible hacer ya tal distinción, y la ejecución debía proceder al *quadruplum*. Porque aquella distinción era posible tan sólo cuando el esclavo vivía en el momento de la condena, y entonces, si el esclavo, por caso fortuito, moría después de la condena, la obligación de restituir quedaba extinguida y sólo quedaba la pena del *triplum*; pero no cabía tal distinción si el esclavo no podía ser restituido antes de la condena.

Este es el razonamiento que, en mi opinión, llevó a los Compiladores a aliviar la condena tan sólo cuando la restitución se había hecho imposible después de la sentencia. En otras palabras: la condena de la acción pena! debía ser al *quadruplum* siempre que no hubiera restitución, y, si ésta se daba, procedía la absolució;n; una vez recaída la condena al *quadruplum* por falta de una restitución posible, debía entenderse compuesto este *quadruplum* de un *triplum* más la restitución, pero ésta todavía podía hacerse imposible por muerte fortuita del esclavo *post sententiam*; en cambio, si no había sido posible la restitución porque el esclavo había muerto *ante sententiam*, el *quadruplum* debía pagarse entero, pues no cabía hablar ya de restitución de un esclavo que había dejado de existir, y, así, el *quadruplum* era todo él pena, y debía ejecutarse sin «relajo».

Todavía vuelven los Compiladores al caso del esclavo fugado: *ergo si in fuga...*⁹⁹, y se vuelve a insistir en la obligación de perseguirlo y devolverlo, que debe contraer el demandado mediante la correspondiente caución exigida por el juez (*cavendum per iudicem*); pero ahora

99. De nuevo (vid. nn. 95 y 96): *sine dolo malo et culpa eius cum que agetur*, y luego de *non culpa* sin más.

se plantea el supuesto de muerte fortuita del esclavo fugado. ¿De quién es el riesgo? Está claro que, según los principios clásicos, el promitente no respondía de ese esclavo si no se había puesto él, por acto propio, en la imposibilidad de entregarlo (principio de responsabilidad de las obligaciones de derecho estricto: *si per eum steterit quominus solve-retur*). Los Compiladores, en cambio, introducen aquí, como otras veces, la consideración del riesgo por la *res non peritura*, es decir, que, aunque no tuviera responsabilidad por complicidad dolosa en la fuga del esclavo, si éste no hubiera muerto estando en poder del demandante (*si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset*), puede exigirse el valor de tal esclavo fugado y luego muerto. Los Compiladores traen a comparación el caso de los interdictos *unde vi* y *quod vi aut clam*, lo que no puede menos de causar perplejidad, pues no se entiende bien cómo puede entrar respecto a los inmuebles, objeto de esos interdictos, el principio de la *res non peritura*. Por lo que a los esclavos se refiere, los Compiladores dan un ejemplo de *res non peritura*: el esclavo que iba a ser vendido por el acreedor.

Puede decirse, pues, como ya se ha reconocido desde antiguo, que los Compiladores introdujeron en el comentario de Ulpiano su propio *tractatus* sobre el *quadruplum* de la acción del *metus* y sobre el *periculum rei* respecto a la obligación de restituir, excedente del *tripulum*; es decir, aparte las interpolaciones señaladas en el § 9, los §§ 10 y 11 enteros. Qué decía Ulpiano en este lugar es imposible de reconstruir, ya que la misma cita de las palabras de la fórmula «*neque ea res...*» pudieron tomarlas los Compiladores de otro lugar del comentario. Quizá la interpolación haya sido añadida sin suplantar texto alguno de Ulpiano sobre la cuestión que preocupaba a los Compiladores. Porque, para Ulpiano, el *quadruplum* era una pena sin más, la *restitutio* era la manera de evitarla antes de recaer la sentencia, y el *periculum* se atenía a las reglas generales de las acciones de derecho estricto.

15.—379 = frag. 14,12-13.

12. Qui vim intulit, cum possessionem a me sit consecutus, fur non est: quamvis qui rapuit, fur improbius esse videatur, ut Iuliano placet. 13. Eum qui metum fecit et de dolo teneri certum est, et ita Pomponius, et consumi alteram actionem per alteram exceptione in factum opposita.

En el § 12 Ulpiano distingue la adquisición coaccionada de los delitos de *furtum* y *rapina*. Es claro que, si hubo una enajenación, aunque fuera *metus causa*, debe excluirse toda idea de sustracción, y por lo tanto la consideración del acto del coaccionante como *furtum*; así, aunque la *vis* agrava al *furtum* y lo configura como *rapina*, con la consiguiente agravación de la pena (*quadruplum*), la *vis* que sólo coacciona resulta menos grave, pues el *quadruplum* de la acción penal del *metus*, no sólo incluye la indemnización, sino que se puede evitar mediante la *restitutio arbitrato iudicis*. Lo que llama la atención es que Ulpiano tenga que invocar la autoridad de Juliano para decir que la *rapina* es más grave que el *furtum*; tampoco podemos pensar que la frase *quamvis videatur* sea interpolada, de modo que la cita de Juliano se hubiera referido a la afirmación anterior de que el adquirente por coacción no es *fur*, porque también esta afirmación es demasiado obvia. Así, quizá debemos corregir la puntuación de los editores y referir la cita de Juliano, no a lo que antecede, sino a lo que sigue, pues ésta sí que podría haber sido una opinión discutida, y por eso Ulpiano la refuerza también con la autoridad de Pomponio: *et ita Pomponius*.

Sea como sea de esta cita de Juliano, el § 13 sí nos presenta algo que no resulta obvio, como es una excepción al principio de la subsidiariedad de la *actio de dolo*, pues se da ésta en alternativa con la de *metus*, con exclusión de la segunda mediante una *exceptio in factum*¹⁰⁰.

100. ALBANESE, en *Ann. Palermo* 1961 p. 291s., rechaza este texto como excepción inadmisibles al principio de subsidiariedad de la *actio doli*. LEVY, *Konkurrenz* II p. 158, en cambio, salva el texto suponiendo que la concurrencia de la *actio doli* era con la acción de *metus* post-anual, es decir, meramente reipersecutoria. K. (p. 233ss.) critica ambas posiciones, y defiende la concurrencia, por falta de identidad, no ya en la *res*, sino en la *causa*: la de la acción de dolo era el *metum facere*, y la de la acción de *metus* era la adquisición a causa del *metus*. La concurrencia resultaría práctica para aquellos casos en los que no pudiera probarse fácilmente la coacción, pero sí, al menos, el dolo. Es claro que no procedía aquí la *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*, pues entre la acción de dolo y la de *metus* no hay identidad de objeto. Juliano parece haber dado también una *exceptio in factum* en un caso en el que no podía darse la *exceptio rei venditae et traditae*: D.44,4,4,32, cfr. 6,2,72 y 21,3,2. De la *exceptio doli* no se habla aquí porque no serviría para el caso de tener que ope-

380 = frags. 14,14-15 y 16pr.

14. Iulianus ait quod interest quadruplari solum, et ideo eum, qui ex causa fideicommissi quadraginta debebat, si trecenta promiserit per vim et solverit, ducentorum sexaginta quadruplum consecuturum: in his enim cum effectu vim passus est. 15. Secundum haec si plures metum adhibuerint et unus fuerit conventus, si quidem sponte rem ante sententiam restituerit, omnes liberati sunt: sed etsi id non fecerit, sed ex sententia quadruplum restituerit, verius est etiam peremi adversus ceteros metus causa actionem.

16pr. Quod diximus si plures metum admiserunt, idem dicendum erit et si ad alium res pervenit, alter metum adhibuit.

En el § 14, Ulpiano parece haber comparado la acción del *metus* con la *condictio indebiti*, pero esto no resulta claro, quizá por haber suprimido los Compiladores la parte antecedente. Lo que nos queda se refiere tan sólo al hecho de que cuando un promitente demanda al estipulante a causa del pago realizado de una novación de objeto excesivo y coaccionada, el *quadruplum* no debe referirse al total de la nueva deuda nacida por coacción, sino al excedente respecto a la anterior deuda novada, pues se considera que sólo en ese excedente hubo coacción real (*cum effectu*). Que el ejemplo tomado sea de una obligación *ex fideicommisso* tiene su interés, precisamente en relación con la comparación conjeturada supra de la acción del *metus* con la *condictio indebiti*. En efecto, tratándose de un fideicomiso, la repetición de un pago excesivo tiene especial dificultad, ya que precisamente por ser deuda de fideicomiso, el que quería repetir mediante la *condictio indebiti* debía probar el error (que, en otros casos, se presume una vez que se ha probado el *indebitum*); en cambio, si había novación con aumento de la deuda, podía repetirse el *indebitum*, y al *quadruplum*, mediante la prueba del *metus*, que es más fácil que la

nerse precisamente a la *actio doli*. En todo caso, de la nó-acumulación entre las dos acciones no puede deducirse una negativa del carácter penal de la acción del *metus*: se trata de la concurrencia entre dos acciones las dos penales.

del error. Naturalmente, en ese caso, la *restitutio* hubiera debido ser también del *indebitum* y no del total de la novación.

En el § 15 se declara la no cumulatividad de la acción del *metus*, en caso de ser varios los que ejercieron la coacción: la acción se da sólo contra uno, y los otros quedan liberados, tanto por el pago del *quadruplum* del demandado, como por la *restitutio* que éste haga. El mismo Ulpiano aclara a continuación (frag. 16pr.) que, admitido que la acción penal se puede dar contra el adquirente subsiguiente¹⁰¹ y contra el coaccionante primer adquirente, las acciones contra ambos tampoco son acumulables.

381 = frag. 16,1.

Sed si servi metum adhibuerint, noxalis quidem actio ipsorum nomine erit, poterit autem quis dominum ad quem res pervenerit convenire: qui conventus sive rem sive secundum quod iam dictum est quadruplum praestiterit, proderit et servis. si vero noxali conventus maluerit noxae dedere, nihilo minus ipse poterit conveniri, si ad eum res pervenit.

Un nuevo tipo de concurrencia se presenta en el caso de coacción ejercida por esclavos. La acción, como penal que es, puede dar lugar a la noxal contra el dueño, pero también se puede dar contra éste mismo directamente, si retiene lo adquirido a consecuencia de la coacción. La acción contra éste, dice el texto, excluye la acción noxal; en cambio, la *noxae deditio* no excluye la acción directa contra el dueño¹⁰².

Esta solución no puede menos de causar perplejidad. Que se pueda dar la acción noxal es explicable, pues hubo una pérdida patrimonial del demandante a consecuencia de la coacción ejercida por los esclavos, y el dueño de éstos habría adquirido lo perdido por

101. En este sentido debe entenderse *ad alium res pervenit*; vid. K. p. 227 n.445.

102. Kupisch no se detiene a considerar especialmente este texto. Sólo lo cita en p. 177 n.251, a propósito de que la acción (ya la primera fórmula Octaviana) podía darse contra terceros adquirentes, como se dice expresamente en este texto. Pero nada dice sobre la acción noxal, siendo así que el que pueda dar lugar a la acción noxal es una prueba del carácter penal de la acción.

el demandante aunque actualmente no lo retuviera en su patrimonio; sólo en este segundo caso podía darse la acción directamente contra él. Este segundo caso entraría en el tipo B (coacción en beneficio de un tercero demandable), en tanto, si el dueño no retenía, tendríamos un caso del tipo A, sólo que sin verdadera adquisición por el coaccionante, pues era incapaz de adquirir: lo decisivo para la legitimación pasiva del tipo A no era tanto el haber efectivamente adquirido cuanto el haber producido una pérdida patrimonial por coacción: en caso de coacción por los esclavos, el dueño de éstos no era propiamente un tercero para poder hablar del tipo B, y por eso la acción podía darse «a nombre del esclavo», como noxal, y sólo se daba a nombre propio cuando el dueño retenía lo perdido por el demandante.

Siendo admisible, pues, que la acción se dé como noxal por el delito de haber causado una pérdida patrimonial en el demandante, no resulta, en cambio, tan explicitable que esta acción noxal no excluya de manera absoluta la otra acción directa, pues dice el texto que ésta subsiste en caso de *noxae deditio*.

Si nos atenemos a la comparación que hace Ulpiano entre esta concurrencia de acciones y la anterior de *metus* y *dolus*, debemos admitir la exclusión absoluta de una acción por la otra. En efecto, la consumición debía producirse por la *litis contestatio* de cualquiera de las dos acciones, aunque hiciera falta la *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*, dado que la acción del *metus* era pretoria¹⁰³. Esta acción residual cuando hubo ya una *noxae deditio* debe explicarse cuando ésta fue anterior a la *litis contestatio*, es decir, cuando no llegó a haber acción noxal; el texto, al decir *si vero noxali conventus maluerit noxae dedere*, puede interpretarse en este sentido: el demandado, no queriendo defender al esclavo coaccionante, hace entrega del mismo; pero, si él retiene lo perdido por el demandante, sigue obligado a aceptar la acción del *metus* directa, en propio nombre. Quizá Ulpiano decía expresamente que esa *noxae deditio* había sido anterior a la *litis contestatio*, y sólo los Compiladores suprimieron ese

103. No entro ahora en la cuestión de si sigue siéndolo como noxal, pues la fórmula de las acciones noxales es insegura. De ser civil esa acción noxal, a pesar de tratarse de un delito pretorio (esto puede admitirse como muy probable), la *exceptio* haría falta tan sólo si se había ejercitado antes la acción directa, para excluir la noxal, pero no en caso contrario.

dato, precisamente porque, para ellos, como ya hemos visto, el *quadruplum* se compone de un *triplum* de pena y un *simplum* de restitución; así, la *noxae deditio* podía servir para liberar de la pena, pero nunca de la restitución. Desde este punto de vista compilatorio, el texto de Ulpiano tenía un alcance más general que el que el mismo Ulpiano pensaba, pues la *noxae deditio*, en cualquier momento que tuviera lugar, correspondía a la pena pero no a la restitución, que seguía debiendo el dueño que retenía aquello cuya restitución se exigía.

16.—382 = frags. 16,2 y 20.

16,2. Haec actio heredi ceterisque successoribus datur, quoniam rei habet persecutionem. in heredem autem et ceteros in id quod pervenit ad eos datur non inmerito licet enim poena ad heredem non transeat, attamen quod turpiter vel scelere quaesitum est, ut est et rescriptum, ad compendium heredis non debet pertinere.

20. Quantum autem ad heredem pervenerit, litis contestae tempore spectabitur, si modo certum sit aliquid pervenisse, idem et si ipsius qui vim intulit sic in corpus patrimonii pervenit aliquid, ut certum sit ad heredem perventurum, id est si debitor liberatus est.

Estos últimos textos del comentario de Ulpiano se refieren a la transmisibilidad de la acción penal. La «transmisibilidad» debe entenderse respecto al heredero, pero los Compiladores parecen haber fundido la transmisibilidad pasiva con la legitimación pasiva de los que retienen lo perdido por el demandante, y por eso hablan del *heres ceterisque successores*. Esto ha producido probablemente una alteración total de los dos textos. De entrada, ya resulta sorprendente que la acción se dé a favor de los herederos por la razón de que es una acción reipersecutoria. Este carácter, en boca de Ulpiano, debería haber justificado el que se diera contra los herederos, como dice a continuación: *in heredem...datur*. En realidad, como diremos luego, esta frase inicial del frag. 382, de nuevo compilatoria, es una repetición de la final del frag. 375.

Una primera cuestión que aquí se presenta es la de por qué, si la acción del *metus* se puede dar contra subadquirentes, no se da contra

los herederos más que en la medida de *id quod ad eos pervenit*. Según K. (p. 211), esto debe explicarse por la circunstancia de que la extensión de la acción contra subadquirentes tuvo lugar cuando ya existía en el Edicto una fórmula especial en *id quod ad eos pervenit* contra los herederos, y por esto habría subsistido el régimen especial para el subadquirente heredero. La existencia de tal fórmula parece poder apoyarse en el frag. 19 (h.t.) de Gayo (4 *ed. prou.*):

Quod autem in heredem eatenus pollicetur actionem proconsul¹⁰⁴ quatenus ad eum pervenerit intellegendum est ad perpetuo dandam actionem pertinere.

Pero lo que debe advertirse es que Gayo parece referir la acción anunciada —una *actio adversus heredem in id quod ad eum pervenerit*— a una *perpetuo danda actio*. Creo que esto debe entenderse, no en el sentido de que la acción contra el heredero sea perpetua, sino en el de que la acción especial contra el heredero es la acción post-anual de que habla Ulpiano en frag. 14, § 1: *post annum vero in simplum actionem pollicetur*. Es decir, la acción post-anual y perpetua, que es el *simplum* contra el que adquirió intervivos lo que perdió el demandante, puede darse contra el heredero del adquirente *in id quod ad eum pervenerit*. Queda excluido así el heredero que retiene lo perdido por el demandante si la acción se dirige contra él *intra annum*: en este caso, la acción sigue siendo al *quadruplum*, a no ser que ese heredero restituya.

Si nuestra interpretación de Gai. D. h.t.19 es correcta, debemos interpretar en el mismo sentido estos dos últimos fragmentos del comentario de Ulpiano. Se trataría de la acción post-anual, que es evidentemente reipersecutoria y no al *quadruplum*. No sólo la extensión a los *ceteri successores*, sino la justificación [*non immerito - non debet pertinere*] es espuria. Los Compiladores (o quizá ya un glosador pre-justiniano) estaban pensando en el régimen general de las acciones penales que se dan contra el heredero en la medida del enriquecimiento, sin darse cuenta de que la acción de que trata Ulpiano, la post-anual, no es penal sino reipersecutoria.

104. No podemos examinar en este momento la cuestión de las menciones del *proconsul* en el comentario *ad. ed. prov.* (que difícilmente podemos imaginar como el edicto dado por un gobernador provincial).

En el frag 20 (que los Compiladores colocaron acertadamente después del frag. 19 de Gayo, que nos da la clave para esta acción contra el heredero), Ulpiano puntualiza que el aumento patrimonial del heredero debe haberse dado en el momento de la *litis contestatio*. En la segunda parte, en cambio, vuelve a percibirse la mano de quien parece haber olvidado que la acción de *metus* no se dirige necesariamente contra *qui vim intulit*; pero es posible que Ulpiano tratara de la subrogación real: concretamente del supuesto de que, con el bien adquirido *metus causa* por el difunto, se haya pagado una deuda hereditaria. También en este caso se entiende que el valor *ad heredem pervenit*, pues quedó liberado de una deuda hereditaria. La expresión *in corpus patrimonii pervenit aliquid* parece ser de Ulpiano¹⁰⁵, así como podría serlo también el ejemplo del pago de una deuda hereditaria, pero los Compiladores deben de haber cambiado la redacción de toda esta segunda parte del frag. 20.

Habida cuenta, pues, de que estos dos fragmentos se refieren a la acción post-anual, deberían colocarse mejor después del frag. 375, como ya dijimos a propósito de éste. Ese frag. 375 termina precisamente con las palabras *ideo autem successoribus datur quoniam et rei habet persecutionem*. Estas palabras deben atribuirse a los Compiladores, pero coinciden precisamente con las iniciales de este frag. 382 *haec actio heredi ceterisque successoribus datur quoniam rei habet persecutionem*. Esta coincidencia parece confirmar el enlace que proponemos; aunque ninguna de las dos frases deba atribuirse a Ulpiano, han venido a sustituir algo que efectivamente decía Ulpiano acerca de la acción post-anual: se daría a favor del heredero de la víctima de la coacción, pero también en contra del heredero del demandable por esa misma acción. Sólo que, como hemos visto a propósito del frag. 382, esta acción post-anual es subsidiaria, y no se da cuando resulta posible la acción real rescisoria. Naturalmente, esto valdría igualmente respecto a los herederos, y precisamente por eso el ejemplo que daba

105. El giro es muy clásico para designar esa reversión del lucro obtenido: Ulp. D.5,3,25,16 (*pretium in corpus patrimonii reddere*); Papiniano presenta la regla «*non absumitur quod in corpore patrimonii versum*» (D.31,72 y 34,4,23) y cfr. 34,4,25 (*pretium in corpus patrimonii reddere*) y 31,77 (*percepta pecunia in corpus patrimonii verti*); también el rescripto de Severo y Antonino citado en D.22,6,9,5 (*ex corpore patrimonii impendere*).

Ulpiano, de pago de un deudor hereditario, es un caso en el que no era posible la acción rescisoria y debía acudir a la acción post-anual *in id quod ad heredem pervenit*.

17.—Observábamos en nuestra sección 4 que el orden general del comentario de Ulpiano a los edictos del *metus* (en la reconstrucción de Lenel), no resultaba del todo claro. Aparte la descolocación del frag. 14,7, que el mismo Lenel postpone al 14,8, situándolo así en cabeza de su núm. 378, y la del frag. 9,2 (vid. núm. 372a), que acabamos de ver, me parece clara la relación entre el núm. 382 (frags. 16,2 y 20) y el final del 375 (frag. 14,2), al que se debe unir. Pero hay, además, otras correcciones que me parecen necesarias.

Lenel partía de la idea, aquí y en otros comentarios, de que Ulpiano comentaba separadamente las palabras del edicto y luego las de la fórmula, de suerte que, a propósito de la acción *quod metus causa*, al comentario del edicto corresponderían los núms. 374 y 375, y al comentario de la fórmula los números 376 y 377¹⁰⁶, quedando los restantes como «additamenta». Ya hemos dicho que estos «additamenta» (sacando el núm. 382 que, como acabamos de decir, debe unirse al núm. 375) tratan propiamente de problemas de concurrencia de acciones; pueden haber ocupado efectivamente la parte final de todo el comentario de Ulpiano a los edictos del *metus*.

La dificultad está en que, en el orden que presenta Lenel del comentario a la acción penal, quedan como entremezcladas las cuestiones de la *poena quadrupli*, de la *restitutio* y de la legitimación pasiva de esta acción. Porque la distinción entre comentario al edicto y comentario a la fórmula no acaba de aclarar la aparente reiteración.

Aunque no quiero entrar aquí en una discusión sobre la idea general de separar los comentarios al edicto y a la fórmula, porque esto nos llevaría a revisar el criterio a lo largo de todo el comentario *ad edictum*, sí me parece que, en este lugar concreto, la distinción no resulta clara; no se comprende, por ejemplo, por qué los temas de legitimación pasiva debían ir separados (núm. 374, frags. 12,1-14pr., por un lado, y núms. 376 y 377 (frags. 14,3-14,9, con las irregulari-

106. También Kaser (p. 114) cree que se comentaba la fórmula separadamente del edicto.

dades de 14,4, 14,7 y el glosema de 14,10-11, por otro lado). Es más, cuando en el núm. 374 (frag. 9,8) se dice *cum haec actio in rem sit scripta...*, estas palabras podrían referirse a la fórmula mucho mejor que al edicto de la acción penal al que las refiere Lenel¹⁰⁷. En fin, la distinción entre la acción al *quadruplum* y la acción post-anual reipersecutoria se diría que debía haber aparecido al principio y no al final del supuesto comentario al edicto (frag. 375, al que unimos el número 382).

En mi opinión, los Compiladores han sacado algunos textos del contexto originario, y después, Lenel, con su separación de edicto y fórmula, ha contribuido a trastocar todavía más el verdadero orden del comentario de Ulpiano. Es probable que el comentario a la acción penal, después de quedar citado el edicto (cita suprimida por los Compiladores), empezaba por hablar de las acciones que anunciaba el Pretor: la del *quadruplum* y la post-anual, en una forma que podría ser la del frag. 14,1, completada quizá con el trastocado 14,7, del que aquél parece haber hecho una referencia abreviada. Porque, de no poder acoplar de algún modo ambos textos en un mismo lugar, son éstos demasiado parecidos para pensar que Ulpiano pudiera haber escrito ambos en dos lugares distintos de su comentario a la acción penal¹⁰⁸; por ello me inclino a pensar que el hueco dejado por el desplazado 14,7 fue rellenado abreviadamente por los Compiladores:

Ulp. (14,7)

Quadruplatur autem id quanti ea res erit, id est cum fructibus et omni causa.

Itp. (14,1)

quadruplatibus autem omne quodcumque restitui oportuit¹⁰⁹.

107. K. (p. 212) cree que el comentario de Ulpiano a la fórmula de la acción penal empieza en frag. 9,7, a propósito de la cláusula de restitución.

108. Según Lenel, el frag. 14,1 se referiría al edicto de la acción penal y el 14,7 a la fórmula, pero nada hay en alguno de los dos textos que permita aceptar tal distinción: la frase *id quanti ea res erit* no aparece en 14,7 como propia de una fórmula que se comenta, sino como referencia general a la base del *quadruplum* de la acción.

109. Este giro recuerda al que aparece en Paul. h. t. 21,2, y también de un modo reiterativo que hace pensar en la mano de los Compiladores:

A continuación hablaría Ulpiano de la acción post-anual: *post annum vero... pollicetur...* (14,1 cont. y 2, más los frags. 16,2 y 20 = números 375 cont. y 382).

Luego, empezaría Ulpiano a hablar de la restitución judicial a la que se enderezaba normalmente la acción: *haec autem actio cum arbitraria sit, habet [—] usque ad sententiam ex arbitro datam restitutionem [—]* (frag. 14,4 = núm. 377); y explicaría cómo debía ser la restitución: *ex hoc edicto restitutio talis facienda est [—]*... (fragmento 9,7 y 12pr. = 374) y especialmente en caso de *facta* no rescindibles (frag. 9,2).

Después vendría toda la temática de la legitimación pasiva de la acción, que empezaría con el frag. 14,3 (núm. 376): *In hac actione non quaeritur...*; seguiría después con 9,8 (núm. 374): *cum autem haec actio in rem sit scripta...* y los otros trozos dispersos que conservamos: *quaeri poterit...* (frag. 121,...) *Iulianus ait* (frag. 12,2... *item si...* frag. 14pr.)... *aliquando tamen...* (frag. 14,5)... *Laebo ait...* (frag. 14,6)... *si quis...* (frag. 14,8... *ŷ sed si quis...* (frag. 14,9), cuyo orden exacto es difícil de fijar, a causa de las posibles supresiones operadas por los Compiladores.

Dentro de la inseguridad que impone la conservación incompleta del comentario, podría verse el siguiente orden del mismo (conservo la referencia a los núms. de Lenel cuando no hay alteración, y a los

Paul.

... non quanti fundus sed quanti possessio est eius quadruplum, vel simplum, cum fructibus consequetur

Comp.

... aestimabitur enim quod restitui oportet, id est quod abest: abest autem nuda possessio cum suis fructibus

Puede verse aquí una reiteración en todo similar a la que observamos en Ulpiano, y vuelve a utilizarse aquí el giro *quod restitui oportet*. *Nuda possessio* vuelve a aparecer en otros dos lugares interpolados: D.21,2,66pr. y 45,1,38,3. Por lo demás, vemos en este texto de Paulo sobre la acción penal un trozo sobre la acción rescisoria (§ 1: *quod metus causa gestum erit nullo tempore praetor ratum habebit*), que quizá no proceda de interpolación, sino de un comentario marginal introducido fuera de lugar; en efecto, no se explica este principio general en medio de una secuencia casuística como la de ese frag. 21. Kupisch (p. 130), en cambio, cree que Paulo comentaba el edicto *ratum non habebo*, y encuentra así un argumento a favor de su tesis de que la acción penal dependía de ese edicto.

fragmentos y párrafos del Digesto cuando se propone una distribución distinta de la de Lenel):

- I. *Edicto «ratum non habebo»* (citado en frag. 1).
 1. *vis et metus* (núms. 369-371).
 2. *quod gestum erit* (frag. 9,1 y D.50,16,19).
 3. *ratum non habebo* (núm. 373).
- II. *Edictos «iudicium dabo»* (cita suprimida por los Compiladores).
 1. Acciones al *quadruplum* y al *simplum* (post-anual) (frags. 14,7 = 14,1, 14,2; 16,2 y 20).
 2. *Restitutio* (judicial) (frags. 14,4; 7 y 12pr.; 9,2).
 3. Legitimación pasiva (frags. 14,3; 9,8; 12,1 y 2; 14pr.; 14,5 y 6; 14,8 y 9).
 4. Concurrencia de acciones (núms. 379, 380 y 381).

18.—De esta revisión del comentario de Ulpiano a los edictos del *metus* no resulta ninguna dificultad para mantener la concurrencia de dos vías a elección del que sufrió la intimidación: la rescisión mediante la *restitutio in integrum* decretada por el pretor en base al edicto *ratum non habebo*, y la acción penal al *quadruplum*, o al *simplum* después del año de haberse cometido la coacción, ofrecida por el pretor en sus edictos *iudicium dabo*. Lo que realmente supone una aportación positiva del estudio de Kupisch es el haber acertado a ver que la acción penal no se dirigía a castigar la coacción, sino —según decimos después de la precisión de matiz que hemos hecho— el *factum* de retener un bien perdido por el demandante a causa de una intimidación sufrida por él (*metus causa*¹¹⁰), intimidación a la que el demandado podía ser ajeno. La *i.i.r.* vino a completar esta sanción penal¹¹¹, pero esto no quiere decir que la acción rescisoria fuera secundaria respecto a la penal más antigua.

Fueron precisamente los post-clásicos los que, a la vez que tendie-

110. Como siempre, *causa* quiere decir el hecho antecedente del que depende otro subsiguiente: la intimidación es la causa del acto que ha perjudicado el patrimonio del que sufrió la coacción. Así, *quod metus causa gestum erit* quiere decir el acto jurídico realizado bajo coacción. Vid. supra núm. 372 (frag. 9,1) acerca de la interpretación del sujeto de *gestum* que hace K. p. 149 y passim. Kupisch (p. 140ss.) critica con razón la interpretación de causa en sentido final.

111. Kaser (p. 139) admite la prioridad de la acción penal.

ron a borrar algunas diferencias entre los dos recursos, subrayaron a veces que el Pretor había querido castigar al coaccionante, siendo así que, en época clásica la *vis* quedaba sancionada ya por un juicio público, y no era necesario que el Pretor duplicara esa sanción pública con otra pretoria.

Durante el año, podía la víctima del *metus* elegir entre la rescisión o la acción penal. No Ulpiano, sino Paulo (h.t.20,6) lo dice muy claramente para el caso de haber repudiado *metus causa* una herencia: *duplici via pretor mihi succurit: aut utiles actiones* (es decir, ficticias) *quasi heredi dando aut actionem metus causa praestando, ut quam viam ego elegerim, haec mihi pateat*. Pero esta misma alternativa es la que presenta Ulpiano en el caso de los *Campani* (frag. 9,3), cuando contrapone la acción (penal) a la excepción (rescisoria). Porque la rescisión no debía consistir siempre en una *vindicatio utilis*; ni siquiera en otra acción ficticia, como la que acabamos de ver en el texto de Paulo (con la ficción *ac si heres esset*), sino muy frecuentemente en una *exceptio* que le defendía contra el que lucró algo del acto coaccionado, y no sólo en caso de haberse contraído *metus causa* una obligación, sino incluso en casos de enajenación coaccionada en los que la víctima tuviera la posesión de la cosa enajenada y el que la había adquirido se viera forzado a ejercitar la acción real. Por ello mismo, cuando la víctima no había perdido nada todavía, sea porque no hubiera cumplido la obligación contraída, sea porque hubiera retenido o recuperado el objeto enajenado, no podía darse la acción penal, pues nadie retenía algo a consecuencia del acto coaccionado: nadie podía, pues, ser demandado con la acción penal. Con este criterio debe explicarse, en mi opinión, la diferencia entre el citado texto de Paulo, h.t. 21 § 6 (repudio coaccionado de herencia), el § 5 inmediatamente anterior, donde se trata, no de repudiar, sino de aceptar por coacción una herencia (se supone *damnosa*), en cuyo caso no se da la acción penal, sino sólo la rescisoria. No se trata de que aquí falte un *gestum*¹¹², pues precisamente en la *aditio hereditatis* lo hay aún más claramente que en la falta de *pro herede gestio*, sino de que, en caso de repudio

112. Así, K. (p. 155), porque él cree que el *gestum* es el acto de adquisición del demandado y que la acción penal dependía de ese edicto que habla de *gestum*; pero, como se ha dicho (sub 9), el edicto de la acción penal no hablaba de *gestum*, sino que bastaba cualquier *factum*.

de la herencia, la víctima de la coacción debe dirigirse contra el que haya lucrado algo a consecuencia de aquel repudio de herencia, pero, en caso de adición de la misma, la única ventaja puede estar en poder exigir una deuda hereditaria que puede perjudicar al heredero. Precisamente por eso, basta defender a éste con una *excetio* rescisoria y no es necesaria la acción penal¹¹³.

Por el contrario, allí donde no había habido un acto jurídico (un *gestum*) que pudiera revocarse, sino simplemente un simple hecho que hubiera perjudicado el patrimonio de la víctima, como el derribo de un edificio (frag. 9,2), procedía tan sólo la acción penal; y lo mismo sucedía cuando el acto jurídico no era rescindible, como ocurre con una manumisión (frag. 9,2).

A pesar de que tanto la acción penal al *quadruplum* como la rescisoria conducen normalmente a la *restitutio*, no deja de haber entre ellas diferencias importantes por el régimen penal de aquélla; así, ante todo, el que se dé la acción noxal. Respecto a la intransmisibilidad pasiva, ya hemos dicho que ésta queda aparentemente desvirtuada por el hecho de que se puede dar la acción contra el heredero que

113. Pap. D.29,2,85 habla de *abstinendi facultas*. La diferencia entre «derecho» (*facultas*) y «poder efectivo» (*potestas*) parece en este caso poco relevante, aunque quizá esta última expresión sea más ajustada, pues no se trata de un *ius abstinendi* como el que tienen los *sui*, sino de un remedio que concede el Pretor a la víctima de la coacción. Esta *potestas abstinendi*, que se da al heredero consiste precisamente en su defensa mediante *exceptio*, siempre que opte por dejar la herencia entera a los acreedores. Discrepa de esta solución de la *potestas abstinendi* Celso (15 *dig.* apud Ulp. D.29,2,6,7, según el cual se admite (*placet*) que la adición de herencia coaccionada es nula. Las explicaciones de esta antinomia aparecen citadas en K. (p. 154 n.151). Kupisch parece inclinarse por la distinción que hace Hartkamp entre clásicos como Celso y clásicos tardíos como Papiniano y Paulo. La comparación con Celso (15 *dig.*) D.23,2,22 no resuelve el problema; aquí parece decir Celso que el matrimonio coaccionado es válido, pero el texto, con su consideración del matrimonio como acto de contrato, no es fidedigno; no se entiende, ante todo, la distinción que hace el texto entre el *coactus* y el *invitus*; pero lo más sorprendente es que Celso hablara de matrimonio coaccionado en relación con la adición coaccionada de una herencia *damnosa* (Lenel, *Paling.* I núm. 118, en el comentario *de testamentis*), si no era para reforzar con la comparación la validez de la adición. Me inclinaría a pensar que D.29,2,6,7 no refleja derecho clásico, pero no entraré ahora en la discusión.

retiene lo perdido por el demandante. Es verdad, sin embargo, que la acción penal no tiene efecto infamante, pero esto se debe precisamente, no a la suficiente gravedad del *quadruplum*, sino a la posibilidad de que se dé contra una persona que no intervino en la coacción¹¹⁴. Como hemos dicho, el delito sancionado por la acción *quod metus causa* no es el de coacción violenta, que ya queda castigada por la legislación criminal, sino el de retener algo que el demandante no debería haber perdido. La agravación con *infamia* no era pertinente contra tal demandado.

Finalmente, la acción rescisoria no mencionaba el *metus* y la penal sí, de manera que el que ejercitaba aquélla no debía probar el hecho de la coacción, que se daba por conocido mediante el trámite del decreto de *i.i.r.*¹¹⁵.

ALVARO D'ORS

114. Suficiencia del *quadruplum*, según K. (p. 145). En p. 229s. refiere Kupisch otras explicaciones de que esta acción penal no sea infamante.

115. Esta ventaja de la rescisoria se destaca acertadamente en Kaser, p. 142.

LOS CONSELLS MUNICIPALES DE LA CORONA DE ARAGON MEDIADO EL SIGLO XIII EL SISTEMA DE COOPTACION

SUMARIO: I. EL TEMA Y LAS FUENTES.—II. ESQUEMA DEL DESARROLLO DEL PROCESO INSTITUCIONAL: El desarrollo institucional en Valencia. El desarrollo institucional en Mallorca. El desarrollo institucional en Barcelona. El desarrollo institucional en Zaragoza.—III. PUNTUALIZACIONES SOBRE EL PROCESO DE INSTITUCIONALIZACION: Sobre los orígenes del municipio mallorquín. El estatuto del Consell de Valencia de 1245 modelo de los estatutos de los Consells de Mallorca y de Barcelona de 1249. Sobre la configuración de las competencias de los oficiales reales en el reino de Mallorca. Sobre la afinidad institucional reino de Mallorca-reino de Valencia.—IV. CONTEXTO HISTORICO Y NORMATIVA ESTATUTARIA: La reconquista y el proceso institucional. Valencia: el «repartiment» y la promoción económica urbana. Mallorca: repoblación e institucionalización. Cataluña: Usatges, Constituciones de paz y tregua y problemática sociopolítica. Normativa estatutaria.—APENDICE DOCUMENTAL.

I. EL TEMA Y LAS FUENTES

1. El tema de los Consells municipales de la Comunidad de la Corona de Aragón es sugestivo y conserva actualidad. Este estudio, que sólo se propone aproximarse a un conocimiento global de los de Barcelona, Valencia y Mallorca, está centrado esencialmente en el sistema de cooptación mediado el siglo XIII, y aplica una metodología que contempla los Consells, entes operantes de deliberación, resolución y gestión municipal, en su complejo contexto histórico apreciado desde una óptica abierta y en una fase de su proceso de desarrollo institucional de especial interés, definida por la transición de modalidades municipales elementales a modalidades municipales orgánicas.

Ante el apremio de limitar en lo posible la extensión —la paginación— del estudio, he reducido el aparato de notas a lo indispen-

sable y sólo inserto un breve apéndice documental por considerarlo necesario dada su sustancialidad (Estatutos de 1245 y 1249).

2. Ignoro si se conserva el pergamino original del estatuto otorgado a Valencia el 13 de septiembre de 1245 instituyendo la jurarfa y el sistema de renovación anual del Consell de Valencia por cooptación. Es de presumir que traslados auténticos de dicho estatuto obren en manuscritos del siglo XIV del Archivo de la Catedral de Valencia (*Libre registre de la universitat de la ciutat de Valencia*), del Archivo de la Ciudad de Valencia (*Libre registre de la universitat de la ciutat de Valencia en lo qual tots privilegis e cartes... son escrits*) y en el titulado *Libre Negre* del Archivo del Reino de Valencia, con privilegios otorgados al reino desde la conquista a la época de los Reyes Católicos.

Utilizo la edición Luis Alanya, *Aureum Opus*, de 1515, la tesis de Ignacio Villalonga Villalba sobre el *Régimen municipal foral valenciano* y he considerado los comentarios de Martínez Aloy en su aportación sobre *La Diputación General del reino de Valencia*¹.

3. En el Archivo del Reino de Mallorca se conserva el pergamino original, texto latino, del estatuto de 7 de julio de 1249 («Pergaminos de Jaime I» núm. 10), y traslados de dicho estatuto obran en los siguientes códices del mentado Archivo, del siglo XIV: *Privilegis dels reis de Mallorca*, *Libre de Jurisdiccions e Stils*, *Libre de Franqueses Primer*, *Libre de Franqueses Segon*, *Libre de Franqueses Tercer*, *Libre de Sant Pere*, *Rosselló Nou* y *Rosselló Vell*.

El *Libre de Franqueses e Privilegis de Mallorques*, elaborado en 1291 por mandato del veguer Pere Torrella, del Archivo del marqués de Campofranco, en Palma, continúa la versión en catalán del estatuto de 1249; y también en versión en catalán obra en el denominado *Códice Llagostera*, del Archivo del conde de Ayamans, en Palma.

El estatuto de 1249, dada la trascendencia que la historiografía con buen sentido le ha otorgado, ha sido publicado con reiteración por

1. *Aureum Opus. Regalium privilegiorum civitatis regni Valentiae cum historia christianissimi regis Jacobi ipsius primi conquistatoris*. Valentiae, Didacus Gumiel, 1515.—Reproducción facsímil, Valencia, Anubar Ediciones, 1972, p. 74-75.

Ignacio VILLALONGA VILLALBA: *Los jurados y el consejo. Régimen municipal foral valenciano*. Valencia, 1916, p. 13-15.

José MARTÍNEZ ALOY: *La Diputación General del reino de Valencia*. Valencia, Diputación Provincial, 1930, p. 29-42.

Juan Dameto, Jaime Villanueva, Benito Pons Fabregues, José María Quadrado, Lecoy de la Marche y por Estanislao de Koska Aguilo².

4. No me consta si se conserva el pergamino original del estatuto otorgado a Barcelona el 27 de julio de 1249, regulando orgánicamente la administración municipal barcelonesa. Un traslado de dicho estatuto figura en el *Liber Diversorum Primum* del Archivo Municipal de Barcelona y ha sido publicado por J. M. Font Rius en su importante tesis sobre los *Orígenes del régimen municipal de Cataluña*. Otros privilegios municipalistas han sido publicados por Antonio Capmany, Pi i Arimon, F. D. Swift, Josep Pella y Fargas, Ambrosio Huici, Agustí Durán y Sempere y Carmen Batlle³.

2. Juan DAMETO: *Historia de Mallorca*. Segunda edición..., por Miguel Moragues y Joaquín María Bover. Palma, Imprenta Nacional Juan Guasp y Pascual, 1840, p. 104-106.

Jaime VILLANUEVA: *Viaje literario a las iglesias de España*. Tomo 22. Madrid, Imprenta Real Academia de la Historia, 1852, p. 294-295.

Benito PONS FÁBREGAS: *Códice Lagostera. Recopilación de documentos referentes a las aguas de la Fuente de la Villa*. Palma, Tipografía de la Casa de la Misericordia, 1898, p. 30-31.

José María QUADRADO: *Privilegios y Franquicias de Mallorca*. Palma, Escuela Tipográfica Provincial, 1894. Amplia regesta en latín del privilegio de 1249 en p. 29.

A. LECOY DE LA MARCHE: *Les relations politiques de la France avec le royaume de Majorque*. Tome I. Paris, Ernest Leroux editeur, 1892, p. 418-419.

Estanislao de Koska AGUILO: *Antichs privilegis y franqueses del regne de Mallorca*. En «Boletín de la Sociedad Arqueológica Luliana», 5 (1894), p. 259-260.

3. Antonio CAPMANY y de MONTPLAU: *Memorias históricas sobre la marina, comercio y artes de la antigua ciudad de Barcelona*. Barcelona 1779-1792. Reedición anotada por E. Giralt y C. Batle. Barcelona, Cámara Oficial de Comercio, 1961-1963.

Carmen BATLLE GALLART: *La crisis social y económica de Barcelona mediado el siglo XV*. C.S.I.C., Departamento de Estudios Medievales, Barcelona 1973.

Próspero BOFARULL: *Procesos de las antiguas cortes y parlamentos de Cataluña, Aragón y Valencia*. En CODOIN ACA, VIII. Barcelona, Establecimiento de José Eusebio Monfort, 1851.

Agustí DURÁN I SEMPERE: *Barcelona i la seva història*. Vol. II, *La societat i l'organització del treball*. Barcelona 1973.

José María FONT RÍUS: *Orígenes del régimen municipal de Cataluña*. Ediciones especiales del ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, núm. 7. Madrid 1946. Publica privilegios de 1249, p. 478-481.

5. Respecto a Zaragoza utilizo las fuentes publicadas por Angel Canellas, *Colección Diplomática del Consejo de Zaragoza*, por Próspero Bofarull en *Procesos de las antiguas cortes y parlamentos de Cataluña, Aragón y Valencia*, por Luis González Antón en su estudio sobre *Las Uniones Aragonesas y las Cortes del Reino*, y la tesis de María Isabel Falcón sobre *Organización municipal de Zaragoza en el siglo xv*⁴.

II. ESQUEMA DEL DESARROLLO DEL PROCESO INSTITUCIONAL

El desarrollo institucional en Valencia

6. La historiografía considera el estatuto de 1245 como el arranque de la estructura municipal valenciana. «Don Jaime en su privilegio dado en 1245 —afirma Ignacio Villalonga— instituye esta magistratura (la juraría); de este privilegio, pues, ha de arrancar nuestro estudio»; criterio que comparte Ubieto: «Tenemos aquí el principio del sistema municipal valenciano. A partir de 1245 se irán modelando paulatinamente los cargos».

Josep María FONT RÍUS: *Jaume I i la municipalitat de Barcelona*. Universitat de Barcelona. Discurs inaugural de l'any 1977-1978. Barcelona 1977.

Ambrosio HUICI MIRANDA: *Colección diplomática de Jaime I el Conquistador*. Tres vols. Valencia 1916-1922.

A. A. PI Y ARIMON: *Barcelona antigua y moderna*. Barcelona 1854.

Josep PELLA Y FORGAS: *Establiment per Jaume I del Consell de Cent de Barcelona*. I Congreso de Historia de la Corona de Aragón dedicado al rey don Jaime I y a su época. Barcelona 1909, p. 36-58.

F. D. SWIFT: *The Life and the times of the James the first the Conqueror*. Oxford 1894.

4. Angel CANELLAS LÓPEZ: *Colección Diplomática del Consejo de Zaragoza*. Vol. I (1119-1276), Zaragoza 1972. Vol II (1276-1285), Zaragoza 1975.

María Isabel FALCÓN PÉREZ: *Organización municipal de Zaragoza en el siglo XV. Con notas acerca de los orígenes del régimen municipal de Zaragoza*. Publicaciones del Departamento de Historia Medieval. Facultad de Filosofía y Letras, Zaragoza 1972.

Luis GONZÁLEZ ANTÓN: *Las Uniones aragonesas y las cortes del reino (1283-1301)*. Vol. I, Texto; Vol. II, Documentos. Zaragoza, C.S.I.C., Escuela de Estudios Medievales, 1975.

Manuel MORA y GAUDO: *Ordenaciones de la ciudad de Zaragoza*. Dos vols. Zaragoza 1908.

El estatuto de 1245 es, en efecto, la primera normativa jurídica que articula orgánicamente en Valencia lo que en la terminología de Herculano se clasifica como «municipio completo». Dicho estatuto figura, por añadidura, tras los privilegios sobre la implantación del consulado en Cervera de 1182 y en Lérida y Perpiñán de 1197, entre las primeras ordenanzas otorgadas sobre la materia en el ámbito de la Comunidad de la Corona de Aragón.

Es cuestionable considerar que en Valencia el proceso de constitución del municipio se desarrollara con lentitud, algo así «como durante medio siglo»; porque lo que define y tipifica su evolución es, precisamente, la acelerada transición de un esquema rudimentario, como premunicipal, a una estructura orgánica sólo en el decurso de un septenio, lo que presta al proceso municipalista valenciano marcada singularidad. También es discutible la afirmación de que en la *Costum* no se piensa implantar en Valencia el municipio y lo es asimismo el ser tir de que hacia 1238 estuviera implantado en Occidente, en dimensiones generalizadas y orgánicas, el sistema municipal como modalidad jurídica desarrollada⁵.

7. Pienso que la cancillería real —como había acaecido en Mallorca— desarrolló en Valencia notable actividad ante el apremio de dotar al territorio de una ordenación jurídica de despegue, encaminada a establecer reglas elementales de convivencia colectiva.

El 28 de diciembre de 1237, nueve meses antes de que Valencia capitulara, fue encomendada la «almudasafiam» a Raimundo Desluch de Zaragoza, y un año después el estatuto «De officio almudaçafie» confirmó el cargo como otorgamiento vitalicio, apuntó competencias («pondus teneat et mensuram») y declaró que cuando falleciera Desluch la almudasafia sería oficio de anual renovación. Y, en efecto, consta en 1278 el nombramiento de Guillermo Çolme, ciudadano de Valencia, como mostasaf, «ad preçes... Jasperti Dei gratia episcopi Valencie», y la designación por el rey, como la anterior, en 1279 de A. Rinaldo («Concedimus vobis officium almudaçafie civitatis Valencie») y en 1282 de Pericón Trilles⁶.

5. VILLALONGA, *Régimen valenciano*, p. 7.—Antonio UBIETO: *Orígenes del reino de Valencia*. Valencia, Anubar Ediciones, 1975, p. 174-175.—Manuel DUALDE SERRANO: *Fori Antiqui Valentiae*. Edición crítica por ... C.S.I.C., Instituto Jerónimo Zurita, Madrid-Valencia 1950-1967, p. 15.

6. *Aureum Opus*, p. 74-75.—Francisco SEVILLANO COLOM: *Valencia urbana*

En la misma fecha en que se instituye la «almudasafiam» se crea el curia, para que entendiera sobre la resolución de «omnes causas et querimonias cum consilio proborum virorum de civitate», a cuyo amparo se instrumenta la participación de la comunidad de pobladores en función asesora de la justicia; y, a la par, el 28 de diciembre de 1238 se concede a los vecinos el libre uso y beneficio de las aguas y de la compleja red de acequias —tan esencial para reactivar la ruralía—, «exceptis cequia que vocatur regia»; y en mayo de 1239 se le asigna sede al curia, ubicada «ante eclessiam sedis majoris», y se autoriza a los prohombres de la ciudad para que cada año el día de la natividad nombraran al curia, al que competía fallar «omnes causas civiles et criminales in civitate et toto termini civitatis»⁷.

El 22 de noviembre de 1239 el rey otorgó en Lérida otras dos importantes disposiciones en orden a la promoción contractual comercial: la ordenanza «Quod notarii civitatis Valenciae» regulando el ejercicio del notariado, y la resolución «Quos omnes habitatores Valenciae» que otorga a los pobladores franquicia de «penso, mensuratico, lezda, pedatico vel ribatico de mercibus suis in civitate et toto regno Valenciae».

Para entonces estaba creada la batlia de Valencia con el cometido de administrar y resolver demandas sobre materias tocantes al patrimonio real; las gentes traginaban, compraban y vendían los jueves en el mercado establecido en el lugar «in quo edificata sunt quondam balnea sarracena, versus portam que vocatur Bebalponig» y, en el mismo lugar, en la primera quincena de agosto («a kalendas augusti usque in festo Sancte Marie augusti») se instalaba variopinta la feria.

Para la regulación jurídica del sistema crediticio, tan importante en el marco del relanzamiento económico de la comunidad tras el trauma de la conquista, se promulgaron dos amplios estatutos de contenido esencial: «De status usurarium» (Gerona 25 febrero 1240) y «Quond nullus compellatur usuram solvere xristiano» (Barcelona 11 noviembre 1240), a tenor de los cuales se establecía el techo de las usuras en un 20 por 100 («quatuor denarios in mense pro qualibet libra denarium»), y la instrumentación de créditos a título de mutuo sobre cereales, vino,

medieval a través del oficio del mustaçaf. Valencia, Instituto Alfonso el Magnánimo y Diputación Provincial de Valencia, 1957, p. 23, 388-389.

7. *Aureum Opus*, p. 62-64.—*Fori Antiqui*, p. 9.

aceite y otros productos similares, «facta legitima extimatione» del precio real en el momento en que se formalizaran, con miras a ilegalizar prácticas usurarias encubiertas.

8. Conclusión: en un récord de velocidad institucional, de diligencia institucional, y en un alarde de improvisación y de imaginación —cualidades tempranamente connaturales con la valencianidad—, sólo a dos años fecha de la conquista, el reino de Valencia contaba con instituciones municipales de base —el batle, el curia, el mostasaf, la comunidad de prohombres—, y con un sistema jurídico que regulaba, en ciertos aspectos con sorprendente detalle, las cotidianas actividades colectivas en diversos órdenes de la convivencia urbana.

De este modo fue posible promulgar —en buena parte en respuesta a la postura adoptada por ciertos magnates y concejos de Aragón— en la segunda quincena de febrero el núcleo inicial de la *Costum* o *Fori Antiqui*, con ánimo de extenderla —como apunta Dualde— a todo el reino; pues como interpreta Martínez Aloy, *Las Costumbres* «eran a la vez que una constitución política del reino la constitución municipal de la ciudad, a cuyo ejemplo habían de organizarse otros municipios»⁸.

El estatuto de 1245 al articular el Consell cerró la primera fase —fase fundacional de despegue— del proceso de desarrollo de las estructuras municipales de Valencia.

El desarrollo institucional en Mallorca

9. Binimelis, que en 1592 elabora el primer relato impreso del devenir histórico de las Islas Baleares, considera el estatuto de 7 de julio de 1249 como hito de partida del proceso tendente a «instaurar en Mallorca una bien fundada y duradera república», al disponer la designación de «seis jurados los cuales fuesen padres, protectores y defensores de la república y representasen a todos los particulares de ellas»; criterio que repite en términos casi textuales Juan Dameto al redactar en 1632 la segunda versión impresa del itinerario histórico de Ma-

8. Leopoldo PILES ROS: *Estudio documental sobre el bayle general de Valencia. Su autoridad y jurisdicción*. Valencia, Instituto Alfonso el Magnánimo, 1970, p. 20.—*Aureum Opus*, p. 63, 65-66, 70-71.—*Fori Antiqui*, p. XV, 118 MARTÍNEZ, *Generalidad de Valencia*, p. 11.

llorca («Don Jaime concedió facultad para poder crear seis jurados que fuesen los defensores, protectores y padres de la república»).

El criterio lo comparte en 1842 Piferrer («Había don Jaime instituido en Mallorca el gobierno municipal con decreto dado... en 1249»), lo reafirma en 1963 mossén Antoni Pons («El monarca establecía —en 1249— el poder municipal con la creación de la juraría... *per governar, administrar e regir tota la illa*»), y lo ratifica Román Piña en 1977 en relación al arranque del Gran y General Consell («El nacimiento de este organismo deberíamos cifrarlo en el mismo privilegio de la constitución de los *jurats de la ciutat i regne* otorgado... en 1249») ⁹.

10. Quadrado contempla en 1850 el privilegio de 1249 en cierto modo como resultante de un proceso que parte tras la conquista protagonizado por la comunidad de prohombres, «o vecinos honrados, verdadero germen de la representación popular, nombrados libremente para cada negocio que ocurría»; y Lecoy de la Marche subrayó en 1892 el presunto origen y la liberalidad del sistema: «C'est prud-hommes ou bourgeois forment l'université, c'est-à-dire, la commune comme l'on disait en France. Ils son réprésentés par un conseil, qui constitue le premier degré de la jurisdiction locale, et le mode adopté pour le recrutement de cete magistrature comme le pouvoirs exercés par elle, dénotent un esprit aussi sage que liberal».

11. Alfonso Guilarte, desde una óptica jurídica, considera que la «organización del futuro municipio en servicio de exigencias circunstanciales» ya apunta en la Carta de Franquesa de 1230, «antecedente básico en la génesis del municipio en la época de su instauración que comprende hasta 1249, en que con el establecimiento de los jurados se afirma un avance decisivo hacia la configuración de la figura»; es decir, en 1230 se produce la recepción de «fórmulas propias de

9. Juan BINIMELIS: *Nueva historia de Mallorca y de otras islas a ella adyacentes*. Año 1593. Palma, Imprenta José Tous, 1927. Vol. III, p. 380.—DAMETO, *Historia Mallorca*, p. 104-106.—Pablo PIFERRER: *Recuerdos y Bellezas de España*, Barcelona 1842. Actualizada por J. M. QUADRADO, *Islas Baleares. España, sus monumentos y artes*. Barcelona, Establecimiento Daniel Córtezo, 1888, p. 139.—Antonio PONS: *Historia de Mallorca*. Vol. I. Palma de Mallorca, Imprenta mossèn Alcover, 1963, p. 84.—Román PIÑA: *El Gran i General Consell. Asamblea del reino de Mallorca*. Palma de Mallorca, Diputación Provincial, 1977, p. 49-50.

una organización rudimentaria», en la que ya concurren, por el papel que asumen los prohombres, «al menos indicios de personalidad jurídica» cuyo desarrollo, tras una veintena de años de evolución, se concreta en el estatuto de 1249, en el marco del proceso de consolidación del municipio en Mallorca.

Argumenta Jaime Salva que en la Carta de Franquesa de 1230. no se contiene «ninguna referencia a la constitución del municipio ni alusión alguna a los instrumentos de gobierno popular», y que en Mallorca «no puede apreciarse una evolución lenta de instituciones válidas de carácter consuetudinario»; pero admite la existencia de una «estructura embrionaria que sufriría modificaciones posteriores», y que si bien «los jurados no aparecen hasta 1249 desde antes habían dejado rastro de su existencia magistrados que ostentaban el nombre de cónsules»¹⁰.

12. Como acaeció en Valencia, el proceso de desarrollo de instituciones administrativas inicióse en Mallorca antes de la toma al asalto de Medina Mayurqa el 31 de diciembre de 1229. La Crónica de Jaime I informa sobre la designación de dos batles —Berenguer Durfort de Barcelona y Jacme Sans de Montpeller— para administrar ciertos distritos foráneos que se sometieron voluntariamente en torno a octubre-noviembre de 1229. Designación que según la Crónica, se efectúa a instancia de los propios musulmanes interesados, para «que tinguesen en nom nostre —relata la Crónica— aquelles partides... sota el nostre manament».

Cuatro días antes del asalto a la ciudad menciona la Crónica que «fou acord de nós, dels nobles i dels bisbes que aplegessem Consell General»; aunque está claro que tal convocatoria —reunión del plenario del alto mando militar— nada tiene que ver con el Consell General de Mallorca entendido como asamblea general de pobladores, cuya

10. José María QUADRADO: *Forenses y ciudadanos. Historia de las disensiones civiles en Mallorca en el siglo XV*. Segunda edición aumentada. Palma de Mallorca, Tipo-litografía de Amengual y Muntaner, 1895, p. 62.—LECOY, *Relations avec Majorque*, 84.—Alfonso GUILARTE ZAPATERO: *El municipio de Mallorca según su primera Carta*. En «Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano». Tomo I. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1959, p. 81-121. Citas p. 88, 113, 115.—Jaime SALVA: *Instituciones políticas y sociales otorgadas por Jaime I a los pobladores de Mallorca*. En *Historia de Mallorca* coordinada por J. Mascaró Pasarius. Tomo III, Palma de Mallorca, Gráficas Miramar, 1970, citas p. 386, 389, 408-409.

primera reunión documentada —pues no hay por qué descartar reuniones anteriores—, considero que se celebró el 28 de octubre de 1230 y a la misma se refiere la Crónica cuando relata: «E faem justar *Consseyl General*, ço es, tots los cavallers e tots los pobladors qui eren en Mallorques».

¿Para qué se reunió el Consell General? Para notificar al pueblo la designación como lugarteniente real de Mallorca de Bernat de Santa Eugenia, señor de Torroella de Montgrí. La Crónica especifica la naturaleza de la función que asumiría: «Pregamlo que romangués en nostre loch de Maylorques, e que manariem als cavallers e a tots altres homens que fesen por él axí com farien per nós».

13. A la sazón ya estaba promulgada la Carta de Franquesa (1 de marzo de 1230), en la que «se arbitra un esquema elemental —como he escrito en otra oportunidad— para la ordenación de lo que puede interpretarse *mutatis mutandis* como Estado de derecho, al amparo de disposiciones encaminadas a proteger lo que desde una óptica de pensamiento político de apertura —en el contexto de un mundo muy condicionado por modalidades, terminología y comportamientos del modelo feudal de Estado—, se consideraban como derechos de los pobladores libres que, por su naturaleza primaria, la Administración debía reconocer, respetar y, en lo posible, garantizar».

Entonces era una realidad el reino de Mallorca, con un marco territorial que abarcaba el área balear. El primer instrumento, de los que me constan, diligenciado (10 de enero de 1230) a los diez días de la toma de la ciudad, Jaime I ya lo otorga como «*rex Majoricarum*» y en el mismo concede a los barceloneses, en compensación a la ayuda prestada a la campaña de Mallorca, franquicias de tráfico no sólo en Mallorca, sino en el ámbito del archipiélago («*per totum regnum Majoricarum et per insulas Minoricarum et Evice*»), aunque sólo dominaba *de facto* en la ciudad y, sólo hasta cierto punto, en comarcas del «Plá», del llano de Mallorca. El convenio con los moros notables de Menorca —de sometimiento, no de ocupación—, se concluyó en junio de 1231, e Ibiza fue ocupada en agosto de 1235.

¿Se interpretó acaso la toma de la ciudad como expresión formal de dominio jurídico sobre el entero ámbito balear? Así fue de hecho y aun de derecho. ¿Por qué? La operación Baleares —de recuperación cristiana del archipiélago—, no se programó, como se deduce de la letra y del espíritu de los pactos de Barcelona (28 diciembre 1228) y

de Tarragona (28 agosto 1229), en los que se instrumentan las bases para la conquista y el reparto no sólo del territorio de Mallorca sino «ad expugnandas insulas que vocantur generaliter Baleares», para romper la unidad político-administrativa que existía en el archipiélago —desde el respeto a la autonomía de cada isla— bajo el dominio musulmán, sino para mantenerla y, en lo posible, consolidarla.

Y no se trata, pienso, de que la posesión de la ciudad conllevara, al amparo de una licencia jurídica admitida por el derecho consuetudinario de gentes en la relación entre entes políticos, el dominio sobre el territorio adscrito de alguna manera a su capitalidad, sino de que el desmantelamiento del poder soberano —en este caso el wali almohade—, del que la ciudad era sede y el asentamiento de otro poder soberano —en este caso el rey de Aragón—, en la capital conllevaba un cambio de legitimidad: el rey de Aragón asumía, por fuero de conquista, la legitimidad detentada por el wali almohade con poderes soberanos *de facto* sobre las Baleares, dada la coyuntura de liquidación por quiebra del imperio almohade.

En los documentos —según he recalcado en otro estudio— se utiliza habitualmente la fórmula «Regnum Majoricarum et insulas Evice et Minoricarum»; fórmula sintetizada en los sellos, en las monedas y, a veces, excepcionalmente, en las cartas reales, en la expresión sincopada «Regnum Majoricarum», para designar por lo común el conjunto insular y no sólo a la isla de Mallorca; lo que no es indicativo de dependencia de Menorca o de Ibiza respecto a Mallorca sino de su natural y mutua interdependencia, desde sus peculiaridades y autonomía, bajo una soberanía común.

14. En aplicación de la normativa de la Carta de Franquesa de marzo de 1230, los prohombres actúan como portavoces y representantes de la comunidad de pobladores en lo que respecta, entre otros, a los siguientes aspectos:

a) En el procedimiento de conciliación previo a la formulación de la querrela judicial; procedimiento de conciliación que la Carta encomienda en exclusiva a los prohombres.

b) Como asesores en las curias del veguer y del batle, que deben fallar las causas oída su opinión.

c) En el control de las infracciones al sistema de pesos y medidas establecido, cuya sanción corresponde al ordinario —veguer o batle— asistido por prohombres.

d) En la garantía de ciertas libertades personales, como la inviolabilidad de domicilio, dado que los oficiales reales en ningún caso podrán allanar viviendas o inmuebles asimilados sin requerir la presencia preceptiva de cuatro prohombres.

e) En la garantía del equitativo y honesto ejercicio de actividades de interés público y, a dicho efecto, se requiere su asistencia al acto de prestar juramento de notarios y escribanos, en poder del oficial real al ingresar en su oficio.

Con posterioridad al otorgamiento de la Carta de Franquesa la casuística atestigua, en desarrollo del espíritu de la Carta, la intervención de los prohombres en actividades privadas y públicas —que no es del caso relacionar por su prolijidad— de interés para la comunidad, que avalan con su autoridad moral como «homines bona fama», y a las que aportan su competencia como «*expertis in negotiis*» y «*peritos in jure*», su conocimiento de las gentes y costumbres insulares, su criterio sesudo y equilibrado y su prestigio personal. Todo lo cual les acredita como distinguidos, como «*proceres*», término que se utiliza en las fuentes como sinónimo de «*probi homines*», acreditativo de las funciones medulares que cumplen en la estructura política y socioeconómica de la comunidad municipal.

15. En los expresados pactos de promoción de la conquista —el de Barcelona y el de Tarragona—, el rey, que a efectos de reparto de la tierra y botín participaba en condiciones homologadas con los otros promotores (cada cual se beneficiaría en proporción a los medios de todo género que aportare a la financiación y realización de la campaña, al margen de su condición personal en tanto fuere hombre libre), retuvo como soberano la potestad, el dominio eminente y la fidelidad «*ad consuetudinem Barchinonem*», que debían prestarle los participantes y, en el futuro, los pobladores.

Dado que ni en los mentados pactos ni en los instrumentos de asignación de dominios señoriales que autoriza el rey tras la conquista se concretiza el alcance de la jurisdicción —como subrayo textualmente en otro estudio—, dada la alta jerarquía de algunos porcioneros y la jurisdicción plena —de hecho el mero y mixto imperio— que asumían en sus dominios de Cataluña y del área catalana (Nuño Sans, conde del Rossellón y de Cerdeña, señor de Conflent y de Vallespir; Hugo de Ampurias, conde de Ampurias; Guillermo, vizconde de Bearn y de Castellbó, señor de Montcada y de Castellvell; Ramón de Montcada,

señor de Tortosa; Bernat de Santa Eugenia, señor de Torroella de Montgrí; Berenguer, obispo de Barcelona; Guillermo, obispo de Gerona), el 22 de julio de 1231 se diligenció en Barcelona un nuevo convenio entre los magnates interesados presentes en Barcelona para delimitar sus atribuciones jurisdiccionales en un acuerdo marco fundamental en el proceso de institucionalización del reino de Mallorca. El convenio establece:

- a) La designación y remoción del veguer sólo incumbe al rey.
- b) El veguer entenderá en la resolución de las causas criminales que se suscitaren en todo el territorio insular, tanto en el realengo como en dominios señoriales, que potencialmente conllevaran la aplicación de penas corporales.
- c) Los batles señoriales, en sus respectivos dominios, entenderán en causas civiles y, se deduce, en causas criminales mientras no comporten la aplicación de penas corporales y que afecten a pobladores asentados en su dominio.
- d) El veguer retendrá para sí el diezmo de lo que en concepto de justicias ingrese en su curia; el noventa por ciento restante nutrirá un fondo común que se repartirá trimestralmente y paritariamente entre el rey y los magnates porcioneros según el coeficiente que les correspondió en base a la evaluación de los elementos aportados a la conquista.

Tal convenio descarta en Mallorca la imagen del señor de horca y cuchillo, atribuye al rey el fuero que le correspondía como soberano, y reparte el huevo —las rentas de las justicias pero no la alta jurisdicción—, entre todos los porcioneros¹¹.

16. De esta manera en el reino de Mallorca —y en el contexto del proceso de institucionalización—, en julio de 1231, al año y medio de la toma de la ciudad, ejercían sus funciones el loctenent real como «alter ego» del rey; el veguer como administrador de la justicia; el batle en funciones prioritariamente patrimoniales en relación con la recaudación y distribución de las rentas reales; los batles señoriales como administradores de dominios señoriales con jurisdicción civil y

11. Los escritos aludidos en el texto, cuyo contenido se inserta a veces a la letra, se titulan *Sobre la datación de la Carta de Franquesa de Mallorca* y *En torno a la institucionalización de Mallorca en el siglo XIII*, y están pendientes de publicación por las entidades culturales correspondientes.

baja jurisdicción criminal sobre los pobladores de sus dominios; y la comunidad de prohombres como portavoces y promotores de los intereses de la colectividad insular.

Existía además el Consell General, entendido como asamblea de vecinos libres, que convoca el loctenent real o el oficial que haga sus veces; ya que aunque no obra ningún instrumento acreditativo la referencia de la Crónica real —tan expresiva y circunstanciada— es válida a efectos testimoniales.

17. El pavorde Tarrasa relaciona nominalmente seis jurados para el año 1245, «quienes en nombre de la universidad de Mallorca juraron de orden del señor rey don Jaime para después de su muerte al príncipe don Pedro, su segundo hijo». Ignoro la fuente en que apoya su afirmación, pero es muy cuestionable que en 1245 ejercieran sus funciones jurados en Mallorca¹². Otro caso sería si la mención se refiriera a cónsules y no a jurados, porque está probada documentalmente la actuación de siete cónsules en Mallorca en 1248, con atribuciones para, «nomine universitatis Majoricarum», requerir del batle real Arnaldo Font que, en uso de sus facultades, legalizara una copia auténtica del pergamino original de la Carta de Franquesa en 1230.

¿Desde cuándo ejercían sus funciones dichos «consules Majoricarum»? De momento no hay respuesta válida. Podrían formularse conjeturas pero no obran certidumbres, y no es esta ocasión de adentrarse en conjeturas. En 1247 Inocencio IV otorga una bula a instancia de los ciudadanos de Mallorca («Dilectis filiis cives Majoricarum nobis humiliter suplicarunt»), y en 1248 otorga otra en la que se menciona al clero, a los cónsules, a los jurados y a la universidad de la isla de Mallorca («Dilectis filiis, clero, consulibus, juratis et universitate insule Majoricarum»).

No creo que del hecho de que la bula de 1247 no mencione a los cónsules de Mallorca pueda desprenderse que no existiera tal institución en 1247, pues probablemente existía; en cambio, no considero casual sino significativo que en la bula de 1249 se mencionen a la par cónsules y jurados. ¿Por qué? El estatuto de creación de la juraría de Mallorca está datado el 7 de julio de 1249 y la bula el 30 de abril del mismo año.

12. La cita en Alvaro CAMPANER, *Cronicón mayoricense*. Palma de Mallorca, Establecimiento tipolitográfico de Juan Colomar, 1885, p. 11.

Los que impetraron la bula estaban al tanto del proyecto de implantar en Mallorca, pienso, la juraría según el modelo del sistema establecido en Valencia en 1245; pero como cuando impetraron la bula el poder municipal lo asumían los cónsules y no obraba seguridad sobre cuándo se promulgaría el estatuto de creación de la juraría, se recurrió al arbitrio de mencionar conjuntamente a los cónsules —citados en primer lugar— y a los jurados.

18. En suma, considero que puede admitirse:

a) A partir del momento de la conquista se aplica en Mallorca un sistema premunicipal que integra al veguer y al batle como funcionarios reales, y a prohombres como promotores y portavoces de los intereses de la comunidad, cuya participación en materias jurídico-administrativas, como tales portavoces, está documentada.

b) En un momento no especificado cronológicamente, bien por vía consuetudinaria, bien al amparo de un estatuto no conservado, asumen funciones ejecutivas unos cónsules que en 1248 por lo menos eran siete, y cuyo mecanismo de designación y período de mandato no consta.

c) En julio de 1249, en una coyuntura histórica que lo requería, emisarios de Mallorca —como veremos— negocian en Valencia el estatuto que instaura la juraría, denominado tanto en el lenguaje oficial como en el coloquial «Régimen de Franquesa», al atribuírsele en el área de la administración municipal una relevancia homologable a la de la Carta de Franquesa de 1230.

El desarrollo institucional en Barcelona

19. La historiografía catalana, en especial la del contexto de la «renaixença», ha resaltado mercedamente la importancia de las iniciativas adoptadas en la época de Jaime I en orden a la promoción de las estructuras municipales catalanas y en particular de las de Barcelona y, en dicho ámbito se subraya con énfasis la función del estatuto otorgado el 27 de julio de 1249.

Josep Pella y Forgas en 1909, al elaborar el primer estudio dedicado al Consell de Cent de Barcelona, interpreta el otorgamiento de la resolución de abril de 1249 «volent y manant que en aquell any pahers de la ciutat i de la universitat fossen», como arranque de la

reforma completada el mismo año, «ja al juliol», al promulgar «trobantse a Valencia un privilegi a favor dels prohoms de Barcelona per què los sia permès que quatre pahers habitants de la ciutat nomenassen per a governarla».

Rovira i Virgili, al referirse a la promoción municipal de Jaime I y concretamente a las disposiciones de 1249, considera que «no fou pas una creació o fundació..., no una novetat, ans bè una reforma, un redreç, segons el bell i expresiu mot del català antic»; y, al efecto, trae a colación que «en un document de l'any 1130 es parla de «consols barcelonesos», «*barchinonensium consulum et honestissimorum virorum*»

Philippe Wolf, al tiempo que subraya que el Consell de Barcelona entra en rodaje con un siglo de demora respecto al sistema municipal de Toulouse, entiende que en el proceso de promoción corresponde especial mención al sistema establecido por Jaime I en las actas de 7 de abril de 1249, nombrando cuatro paciaros, y de 27 de julio del mismo año, que «modifie —comenta— légèrement ce systeme à peine rodé». En verdad, como ha explicado Font Rius, entre ambas normativas, no existen diferencias elementales sino sustanciales.

20. Los estudios de J. M. Font Rius sobre los orígenes del régimen municipal en Cataluña han aclarado la cuestión. «L'obra municipalista del rei en Jaume consistí, essencialment, en la conversió (de la) configuració premunicipal, bon xic amorfa e inorgànica, en una verda-dera corporació amb quadres directius organitzats i amb la regulació d'un funcionament adequat i d'una competència bàsica».

¿Cuál era la organización que Font Rius califica de «régim embrionari» o premunicipal? Correspondía a un nivel evolutivo que encuadra con el modelo que Herculano clasifica como «municipio rudimentario», al extremo de que, a juicio del mentado profesor, «es pot parlar certament... de la fundació del municipi barceloní pel rei Jaume I»; si bien, como matiza, la afirmación interpretada «strictu sensu», en su literalidad, no es demasiado exacta. Es incuestionable, sin embargo, que Jaime I «fou sens dubte el que li conferí l'emprenta definitiva que el caracteritzaria durant els segles successius i que el constituiria com a patró de la majoria dels municipis de les grans ciutats i viles de Catalunya».

Barcelona contaba antes de la normativa municipalista promulgada por Jaime I «amb un cert regisme popular, que, per be que força ru-

dimentari, no era pas gens inefectiu». Los rectores de la cosa pública eran los «prohoms o caps de casa», conjunto social poco definido en el que se integraban los vecinos más influyentes por su prestigio, riqueza o representación. La «universitat dels prohoms» no asumía sólo funciones comunitarias meramente representativas sino que participaba de modo efectivo «en la defensa dels interesos generals, principalment d'indole econòmica que poguessin afectar a la colectivitat».

21. Los datos documentados son muy contados. A tenor de un acta de enero de 1130 Raimundo Seguí y Bernardo Ogger se personaron «ante presenciam barchinonensium consulum et honestissimorum virorum» para exponerles sus discordias en acto de conciliación, con resultados positivos.

El 9 de mayo de 1219, como noventa años después, en otro instrumento también de naturaleza litigiosa, se hace constar que «congregata universitate proborum hominum Barchinone a minoribus usque a maioribus in sollempni curia», acordó «comuni consensu» plantear la cuestión que la ciudad tenía pendiente con Guillermo Armengol sobre la percepción de una deuda por venta de harina, «in posse et iudicio» de los cuatro cónsules de la ciudad y del veguer Ramón de Plegamans.

Otras participaciones de los prohombres en asuntos judiciales están documentadas en 1224 y 1225, y consta la promulgación en 1222 de un estatuto sobre equivalencia monetaria «que meresquè la aprovació posterior del rei». En cualquier caso, no se puede objetivar, dada la escasez de datos, el funcionamiento operativo de una organización rudimentaria «orfe, pel que sembla, de tota ordenació institucional, basada en una pràctica consuetudinaria i espontània de la propia comunitat veinal», que se reunía presidida por el veguer para tratar de resolver «d'una manera patriarcal, com a consell obert», cuestiones en especial judiciales aunque no sólo judiciales.

22. Con Jaime I se inaugura una etapa de singular relieve en la que ya se configura «con rasgos más o menos precisos lo que será la estructura típica del municipio catalán». Y en tal etapa, en lo que respecta a Barcelona, tras la disposición de abril de 1249, que «presentaba manifiestamente un carácter provisional», adquiere perfiles definidos en la de julio del mismo año que configura el municipio barcelonés según una estructura apoyada en los siguientes órganos fundamentales:

- a) La comisión reducida de paciaros, autoridades representativas y ejecutivas.
- b) El consejo asesor más amplio integrado por los «consellers».
- c) La asamblea general de todos los vecinos que permanece bien definida.

De esta manera el nuevo municipio se define como «una organización autónoma pero no desgajada e independiente de la esfera del poder real», y el privilegio de 27 de julio de 1249 tiene entidad suficiente como para considerarlo «la primera piedra de la novella constitución municipal barcelonina»¹³.

El desarrollo institucional en Zaragoza

23. La historiografía aragonesa —en especial Angel Canellas y María Isabel Falcón— valora en especial el estatuto otorgado a Zaragoza el 25 de febrero de 1272. Dicho estatuto, en efecto, viene a significar para Zaragoza lo que el de 1245 para Valencia y los de 1249 para Mallorca y Barcelona.

Significado similar no sólo en el sentido de que es el primer estatuto orgánico de los que constan en materia de estructura municipalista, sino porque además establece en Zaragoza el sistema de elección por cooptación que es, precisamente, lo que, a mi juicio, presta singular relevancia a los estatutos de 1245 y 1249 en el proceso institucional de desarrollo municipalista en el ámbito de la Comunidad de la Corona de Aragón.

En Zaragoza el municipio también madura con lentitud. Entiende Isabel Falcón que «la ciudad dejó de ser un señorío jurisdiccional en la primera década del siglo XIII... Al desaparecer los señores —argumenta— la ciudad como célula político-administrativa del reino adquirió autonomía y reconocimiento de su personalidad corporativa como comunidad local».

13. PELLA Y FORGAS, *Consell de Cent*, p. 44.—A. ROVIRA I VIRGILI: *Història Nacional de Catalunya*. Barcelona 1933, p. 26.—Philippe WOLFF: *Barcelona et Toulouse au XIIIe et XIVE siècles: esquisse d'une comparaison*. En VII Congreso de Historia de la Corona de Aragón. Vol. II, Comunicaciones. Barcelona 1962, p. 591.—FONT, *Régimen de Cataluña*, p. 351, 380-382, 422, 476-477.—FONT, *Municipalitat de Barcelona*, p. 30, 33-34, 47.

Sin embargo, la ejecutoria municipalista de Zaragoza arranca de la conquista y sus hitos esenciales —aunque no poco confusos y difusos— se rastrean en el repertorio de documentos de Angel Canellas a partir del fuero otorgado por Alfonso I el 5 de febrero de 1129 que autoriza —como apunta Isabel Falcón— la elección de veinte hombres buenos «que jurasen primero los fueros y luego se los hicieran jurar a los demás».

24. En el fuero de 1129 se dispone: «Al hoc autem mando vobis quod iuratos totos istos fueros illos meliores viginti homines quod vos ipsi eligiritis inter vos, et vos ipsi viginti qui prius iuraretis, quod faciatis iurare totos illos alios, salva mea fidelitate... quod totos vos adiuuatis et vos teneatis in unum super istos fueros quod ego vobis dono; et non vos inde iaxeritis forzare a nullo homine, et qui vos voluerit forzare, totos in unum, diruite illi suas casas et totum quantum habet in Zaragoza et foras Zaragoza, et ego ero vobis inde actor».

Aunque en dicho fuero no se utilicen los términos «comunitas», «universitas» o «consilium», a mi juicio, ya se configura el esquema del municipio rudimentario, puesto que presupone:

a) Una comisión de veinte prohombres («meliores homines») elegida por los vecinos entre los vecinos, con la función específica de velar por el mantenimiento de los fueros.

b) Una asamblea vecinal con capacidad para elegir la comisión de los veinte protectores de los fueros.

c) Un compromiso y, de hecho y derecho, una «conjuratio», aunque la expresión tampoco obre en el fuero, dado que se dispone la prestación por los vecinos de un juramento colectivo en poder de los veinte protectores que les obliga:

— A cumplimentar los fueros y las costumbres, dejando a salvo la fidelidad al rey y la prestación de los derechos reales y su amparo.

— A no tolerar la violación de los fueros, que salvaguardan los derechos de la comunidad.

— A penalizar al que los vulnere destruyendo —llegada la ocasión— en acción colectiva, respaldada por el rey, sus casas y cuanto tuviere en Zaragoza y en el término de Zaragoza.

25. La cuestión acerca del número de jurados —¿diez, once, doce..., veinte?—, se me antoja poco sustancial. Lo categórico son las disposiciones —por cierto muy expresivas—, que promueven los in-

tereses de la comunidad y la actuación «de facto» de dicha comunidad. Me refiero concretamente a las siguientes ordenanzas:

a) Agosto 1162: Se otorga a los pobladores de Zaragoza franquicia de lezda en todos los territorios de la corona por tierra y mar; se asigna una subvención anual de mil sueldos con cargo a las rentas reales destinada a la conservación de las murallas de la ciudad.

b) Marzo 1187: «Cum consilio et auctoritate totius concilii hominem cesaraugustanorum» el monarca otorga al monasterio de San Millán el puente de madera («alcantara de tabulis et de ferro»), con la obligación de mantenerlo «sine ulla missione totius concilii».

c) Mayo 1202: El rey concede a los jurados de Zaragoza plena inmunidad por cuanto realizaren («sive faciatis homicidia sive quecumque alia») en el ejercicio de su cometido mientras obraran «ad utilitatem meam et honorem totius populi dicte ville et vestram».

d) Octubre 1211: El rey notifica al «universo consilio de Cesaraugusta maioribus et minoribus» que la asignación de mil sueldos anuales para conservación de las murallas se percibirá sobre rentas «operatorii de Cinegia et proventibus balneorum et furnorum nostrorum de Cesaraugusta et in lezdis, pensi nostri constitutis».

e) Noviembre 1214: Convenio de Tudela entre Sancho VI de Navarra y el Concejo de Zaragoza. Sancho recibe bajo su protección a los vecinos de Zaragoza «per totam terram meam, tam tempore pacis quam tempore guerre». El Concejo de Zaragoza otorga similar protección a los súbditos del monarca navarro «in Cesarauguste et in omnibus terminis suis».

f) Noviembre 1226: Los jurados y prohombres de Zaragoza, Huesca y Jaca, con poderes de sus respectivos Concejos, se unen y asocian («facimus amicitia, unitatem et societatem firmam et integram et de perpetuo duratura»), para reprimir solidariamente desórdenes y violencias («homicidia, depredationes... stratum publicarum, invasiones et alia plurima malefacta»), y para defender los fueros y costumbres («diminuere foros nostros et bonas consuetudines nostras et alia jura nostra»).

g) Noviembre 1226: Los jurados y prohombres de los Concejos de Zaragoza, Huesca y Jaca se asocian con Gastón de Bearn y magnates aragoneses para amparar la paz y defender sus respectivos fueros.

h) Abril 1227: El rey comunica a los Concejos de Zaragoza, Huesca y Jaca su profunda desazón ante los pactos concluidos entre ellos:

«et cum quibusdam nobilibus et militibus terre nostre» que, a su juicio, atentan a la dignidad real. En consecuencia, de acuerdo con ciertas jerarquías religiosas (arzobispo de Tarragona, obispo de Lérida, maestre del Temple) y con magnates de Cataluña y Aragón, les ordena:

— No pueden convenir pactos («colligationes, confederationes, empresiones, iuramenta et homagia vel viis similia») sin su especial licencia.

— Tienen que prestarle personalmente, «corporaliter», como representantes de sus Concejos, homenaje y juramento de fidelidad.

— Está en su ánimo indultarles de las penas en que habían incurrido.

26. Las disposiciones continuadas sugieren, entre otras, las siguientes conclusiones de alcance experimental:

a) Zaragoza y otras villas de Aragón poseían desde el siglo XII estructuras municipales rudimentarias desde una óptica organizativa, pero muy operativas «de facto».

b) El modelo municipalista más generalizado en Aragón articula:

— Al zalmedina, oficial real, cabeza del Concejo, con atribuciones judiciales.

— A la comisión de jurados con funciones ejecutivas.

— A la asamblea de vecinos («Universo concilio... maioribus et minoribus»).

c) No consta con seguridad el mecanismo de designación de los jurados ni el período de su mandato; pero a tenor del fuero de 1129 es la asamblea vecinal la que elige la veintena.

d) Las competencias son imprecisas, mas al parecer gozaban o se irrogaban al amparo de los fueros y costumbres amplia autonomía. La realeza solicita consejo de los jurados en materias que afectan a los intereses colectivos de la comunidad.

e) Se manifiesta una hipersensibilidad marcada en lo que afecta a la tesonera defensa de los fueros, apreciable en la práctica de pactar asociaciones inter-concejiles y entre concejos y magnates, lo que determina coyunturas conflictivas con la realeza en ambientes apasionados de alta tensión psicológica.

f) La expresada tendencia reivindicativa y de defensa de los fueros se manifiesta tempranamente como connatural con la aragonesidad y, en el área foral, se enraíza en el mandato de Alfonso el Bata-

llador: «Mando vobis... quod totos vos adiuvetis et vos teneatis in unum super istos fueros... et non vos inde iaxeretis forzare a nullo homine».

- h) La propia dinámica reivindicatoria de los fueros, asumida colectivamente, en complejas coyunturas históricas de honda confusión, determinó que, por lo menos el Concejo de Zaragoza, asumiera atribuciones que no podían incumbirle como la de pactar, como a tal Concejo, en 1214 con el rey de Navarra.

27. La historiografía aragonesa incide con especial interés —al tratar de las estructuras municipales— sobre el número de jurados y el criterio más generalizado, de hecho casi unánime, es el de que con alternativas predomina la veintena hasta que el estatuto de 1272 ordena la designación de doce jurados.

Las fuentes —aunque de momento más densas que en otros territorios de la Corona— son tan escasas que apenas es hacedero asentar certidumbres. Sin embargo, pienso que el privilegio de 1272 más que establecer como novedad la docena de jurados legalizó una práctica consuetudinaria en proceso de consolidación. Tal eventualidad, mera hipótesis de trabajo, puede apoyarse en lo siguiente:

a) En 1239 la concesión vitalicia de explotación de viñedos y tierras del entorno del puente de la ciudad la otorgan el zalmedina Pedro Aldegar y doce jurados.

b) En 1242 en una sentencia arbitral pronunciada por el arzobispo de Tarragona sobre un pleito dirimido entre el cabildo de San Salvador y el concejo de Zaragoza, se relaciona al mentado zalmedina y a los doce jurados relacionados en 1239, con la sola salvedad de que Esteban Aljafería —nombrado baile real— no figura ya como jurado y en su lugar se menciona a Juan Lluch.

c) En 1261 en el instrumento sobre la ayuda graciosa de mil sueldos concedida por el cabildo de Zaragoza y vinculada a gastos de reparación del puente, figuran el zalmedina Berenguer de Tarba y once jurados.

d) En 1283 en un litigio planteado ante el zalmedina en el que el concejo demandaba un censo a un vecino por casas que ocupaba «ad portam Toleti», se aporta una concesión sin data en la que se relaciona al zalmedina Poncio Baldoni —jurado en 1239 y 1242— y a «viginti uirati», de los cuales dos eran jurados en 1239 y 1242 y uno lo era en 1239.

La «veintena» sistema al parecer predominante en el siglo XII y en primer tercio del siglo XIII, ¿perdió vigencia, acaso a partir de los años treinta del siglo XIII, sustituida paulatina y consuetudinariamente por la «docena»?...¹⁴.

III. PUNTUALIZACIONES SOBRE EL PROCESO DE INSTITUCIONALIZACION

Sobre los orígenes del municipio mallorquín

28. La historiografía ha otorgado a los estatutos de 1245 y 1249, promulgados por Jaime I, la trascendencia que merecen porque, como queda indicado (§ 6, 9-11, 19-20), abren una nueva fase en el proceso de desarrollo municipalista que conlleva respecto a las comunidades urbanas afectadas el remodelado de los respectivos Consells y asienta las coordenadas del futuro proceso evolutivo.

La clave del cambio, eje medular del remodelado, radica en la aplicación como «modus operandi» en la renovación anual de los Consells del sistema de cooptación, en el que los magistrados cesantes —jurats o paers— eligen, en el marco que se especificará, a los magistrados entrantes, los cuales, a su vez, designan discrecionalmente a su equipo, es decir, a los consellers. Tal sistema, aunque en algunos municipios perdura hasta el siglo XV —en Mallorca, por ejemplo, a comienzos de dicho siglo todavía persiste—, es paulatinamente substituido por el sistema de elección a suerte por redolinos, en diversas modalidades, precedente del sistema de insaculación que apunta en el último cuarto del trescientos y que se extiende y consolida en el ámbito de la Comunidad de la Corona de Aragón en la segunda mitad del cuatrocientos y que, con reajustes de adecuación, mantiene su vigencia hasta la aplicación a comienzos del XVIII de los decretos de Nueva Planta.

En general, la historiografía no se ha planteado el análisis paralelo de los estatutos de 1245 y 1249. La tesis aceptada es que la estructura municipal —al margen de la prolija problemática sobre los orígenes y expansión del municipio medieval y, concretamente, de la natu-

14. CANELLÁS, *Concejo de Zaragoza*, p. 99-100-, 109, 115-116, 118, 133, 135, 148, 149-155, 161, 162-168, 172-73, 201-202, 228-230.—FALCÓN, *Organización Zaragoza*, p. 15-16, 59-60.

raleza de los Consells en el área de la Corona de Aragón—, a partir del modelo establecido en Barcelona por Jaime I se extiende a los municipios catalanes y a los reinos de Valencia y de Mallorca donde «el régimen municipal fue análogo al de Cataluña, regidos también los municipios valencianos y mallorquines bajo la autoridad de un batle o justicia del rey, por unos magistrados llamados jurats asesorados por un Consell»; y que «la organización peculiar del municipio catalán influyó también en la constitución local de bastantes poblaciones del reino de Aragón; y, del mismo modo que en Cataluña, la asamblea vecinal o concejo de las localidades aragonesas fue siendo suplantada en sus funciones por un capítulo o cabildo integrado por jurados de elección popular»¹⁵.

29. La expresada tesis es atractiva y coherente; sin embargo, la temática, todavía más compleja de lo que aparenta, dados los escasos datos documentales obrantes, ha sido contemplada de modo global, superficial, en síntesis elaboradas más sobre presupuestos intuitivos que sobre certidumbres objetivadas, por lo que pienso que puede ser productiva y acaso clarificador, tratar de matizarla y de objetivarla algo más.

En los reinos de Mallorca y de Valencia tiene lugar, en efecto, tras la conquista, la natural recepción de las estructuras político-administrativas catalanas en el estadio de evolución que habían alcanzado en el momento en que dicha conquista se produce; y a la sazón las mentadas estructuras se ajustaban al elemental esquema que en la terminología de Herculano se denomina «municipio rudimentario» (§ 20). A partir del referido modelo de organización embrionaria las estructuras municipales de los reinos de Mallorca y de Valencia se adaptan a las circunstancias concurrentes en sus áreas, y comienzan su propia

15. LUIS G. DE VALDEAVELLANO, *Curso de Historia de las Instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad Media*. Madrid, Ediciones de la Revista de Occidente, 1968. Citas p. 551-552.—RAFAEL RIBERT, *Historia General del Derecho Español*. Granada, Imprenta F. Román, 1968, p. 103, 116, 124. Ignoro en qué apoya Gibert la afirmación de que en Mallorca desde 1249 los jurados «acostumbraron ser un caballero, dos ciudadanos, dos mercaderes y un artesano» (p. 116). Lo único que se establece en el estatuto de 1249 es que uno de los seis jurados tenía que ser caballero. En el estatuto otorgado dicho año a Barcelona tampoco se señala el número de consellers a elegir por los paers y, por tanto, no se les faculta para precisamente «nombrar a sus consejeros en número de ocho» (p. 124), aunque en la práctica y al amparo de la facultad discrecional que se otorgaba a los paers se nombraran, en efecto, habitualmente ocho consellers.

andadura, su evolución, a su propio aire, condicionada por lo que demandaba en su peculiar contexto geohistórico la cambiante coyuntura política y socioeconómica.

30. En la fase de recepción el ejemplo de Mallorca ofrece cierta singularidad. A secuencia de la conquista catalana se otorgan propiedades inmuebles y se asientan en Mallorca, entre otras, las siguientes comunidades de pobladores que relaciono en orden al coeficiente de beneficio que el *Libre del Repartiment* —que, en general, sólo afecta al realengo y no a dominios señoriales—, les asigna a efectos del reparto de casas en la ciudad y de predios (alquerías y rafals) en los distritos rurales: Barcelona, Marsella, Tarragona, Lérida, Tortosa, Manresa, Vilafranca, Argilés, Montblanc, Gerona, Villamajor, Prades y Apiera.

Además de las comunidades referidas según datos del *Libre del Repartiment* y otros contenidos en registros de protocolos notariales, se instalan en la postconquista en Mallorca pobladores de Agramunt, Ampurias, Bagur, Bellpuig, Caldés, Castellbisbal, Cervera, Montroig, Sabadell, Santa Coloma, Tarrasa y, entre otras, de Vich. Y se asientan aragoneses de Calatayud, Cella, Fraga, Huesca, Montreal, Monzón, Pina, Tarazona y, entre otras poblaciones aragonesas, de Zaragoza.

Se instalan pobladores de los dominios del conde Nuño (condados del Rosellón y de Cerdaña, señoríos de Conflent y de Vallespir), del vizconde de Bearn (Bearn, Castellbó, Montcada, Castellvell) y, en comarcas de realengo y en dominios señoriales se establecen occitanos procedentes en especial, aparte de los marseleses, de Montpellier y de Narbona; y llegan italianos, en particular una dinámica colonia genovesa y otra pisana al amparo de los acuerdos privilegiados que se les otorga en 1230 y 1233, en base al reconocimiento de derechos dimanantes de la operación conjunta catalano-pisana a Mallorca de 1114-1115, en la época de Ramón Berenguer III, y del convenio sobre Mallorca concluido en 1146 entre Ramón Berenguer IV y el común de Génova; convenio cuya aplicación reivindica y obtiene Génova adecuándolo a la circunstancia derivada de la conquista catalana de 1229.

31. A consecuencia del proceso de repoblación se asientan en Mallorca muy diversas comunidades cada una de las cuales aporta sus modalidades de lenguaje coloquial —a nivel de la evolución alcanzada a la sazón por las modalidades romances—, juntamente con sus costumbres y estructuras político-administrativas cuando por lo que consta —como comenta Font Rius— «sólo un reducido número de poblacio-

nes de la región catalana—Gerona, Cervera, Perpiñán, Lérida y la modesta localidad de Villagrasa—contaban con una forma definida de régimen municipal»; y cuando «no es aventurado afirmar que aquellas primeras instituciones municipales —al comenzar el siglo XIII— no encajaron debidamente, acaso por impreparación de los pobladores, en las respectivas ciudades»¹⁶.

En el mentado contexto lo que se produce en Mallorca no es la recepción de un modelo municipal definido, sino la recepción de formas rudimentarias dado que a la sazón en el área catalana el denominado municipio completo, por lo que consta, no había cristalizado como implantación continuada documentada.

32. En Mallorca, por imperativos de eficacia funcional, se practicó el reparto de casas y tierras sobre la base de asignaciones en bloque a las comunidades facultando a miembros determinados de las mismas—denominados «donatores» o «repartidores»— para efectuar la distribución de la masa de propiedades entre los pobladores integrados en el respectivo colectivo.

En octubre de 1230, por ejemplo, el rey encomienda a Bernat Moliner, Pere Escrivà y Domingo Clavell, repartir casas ubicadas en la calle situada «apud portam de Alcofol» y en la denominada «Abencalpad» entre los hombres de Lérida «que ibi voluerint habitare». Al año siguiente Guillem Stephano y Joan Punera, «donatores in cavalleriis Dertuse», en base al mandato real, asignan a Pons Aloard de Tortosa una alquería en el término de Pollença. Dos años después la comisión de «donatores» de la comunidad de hombres de Barcelona, integrada por Arnau Adarro, Duran Coch, Pere Morante y Guillem de Campo, otorgan seis yugadas de tierra a los hermanos Ripoll en el distrito de Inca.

Los «donatores» actúan con poderes que les otorga el rey y que afectan al pertinente colectivo entendido como comunidad de pobladores. Por ejemplo, Moliner y los otros «donatores» de Lérida lo son «per totam universitatem hominum de Ilerda»; es decir, a efectos de reparto cada «comunidad» es contemplada en los instrumentos de concesión diligenciados en la escribanía real como sinónimo de «universidad».

33. Por lo que consta entre las comunidades de repobladores la

16. FONT, *Régimen de Cataluña*, p. 372, 375.

mejor organizada fueron la de Montpellier y, sobre todo, la de Marsella. El reparto de propiedades a los montpellereses lo practican Jacobo de Nivella y Pedro de Circio no como «donatores» sino como «consules Montispessulani in Majoricis habitantium». En cuanto a la comunidad de Marsella aparece configurada en octubre de 1230 —a los diez meses de la toma de la ciudad— según una estructura que aparenta como modalidad de un minimunicipio, cual trasplante a escala reducida de la modalidad municipal marsellesa.

Integraban la expresada estructura:

- a) Dos cónsules: Balduino Gomberto y Guillermo Aycardo.
- b) El consejo de ocho «consiliarii»: Raimundo Pexonato, Raimundo Lombardo, Veyano Guilaberto, Hugo Rotlando, Bernardo de Santcir, Raimundo Bonafusi, Roberto de Viana y Poncio de Porreres.
- c) La asamblea general conformada por la comunidad de marselleses, «comunitatis Massilie», en nombre de la cual ejercen los cónsules y sus consejeros.

34. Al reflexionar sobre las raíces del municipio mallorquín, que vale tanto como meditar sobre las raíces del municipio en Baleares, puesto que en Ibiza y en Menorca se extiende por lo menos a partir de 1300 el sistema implantado en Mallorca, pienso que no puede descartarse la hipótesis de que una organización avanzada —respecto a lo que se llevaba a la sazón en el área catalana— como la de los marselleses y que funcionaba ya en Mallorca en octubre de 1230 influyera eventualmente, de alguna manera, al articularse seguramente por vía «de facto» las pioneras estructuras municipales insulares.

¿Obra relación entre los cónsules de la universidad de Mallorca documentados en 1248 y los cónsules de la comunidad de marselleses de Mallorca documentados en 1230? Pudiera ser, aunque también la colonia genovesa funcionaba con eficacia ya en 1233 y las *Consuetudines Ilerdenses* elaboradas en 1228 consolidan el consulado autorizado en Lérida en 1197 a tenor de las siguientes coordenadas:

- a) La comisión ejecutiva de cuatro cónsules renovada anualmente que prestaba juramento ante los oficiales del rey de Aragón y del conde de Urgel.
- b) El consejo de «consiliarii» cuyo número y forma de designación no se concreta que debían jurar colaborar con los cónsules en la administración de la ciudad.

c) La asamblea de vecinos que debía prestar juramento de obedecer a los cónsules, según su entender, y de respetar las ordenanzas sobre la administración de la ciudad.

En todo caso, en relación a la problemática de los orígenes del municipio mallorquín, importa considerar el hecho de que Mallorca, por la variada procedencia de los repobladores y por su función de plataforma mercantil mediterránea, era tierra abierta a muy distintas influencias, que tuvo acceso directo, conocimiento directo, de la teoría y praxis de las modalidades más avanzadas de organización municipal.

Lo indicado no comporta necesariamente que incorporara tales formas avanzadas a su ordenamiento comunitario, pero es factor de suficiente entidad como para contemplarlo desde la objetividad y la racionalidad.

35. El reconocimiento de la autonomía de los colectivos asentados en Mallorca durante el proceso repoblador facilitó la práctica, como queda dicho, de un quehacer tan laborioso y tan potencialmente conflictivo como el reparto de las casas y las tierras en el realengo.

Era un mecanismo sencillo, en teoría al menos: la comisión de prohombres señaló el coeficiente que correspondía a cada comunidad en proporción a los hombres y medios aportados a la conquista, y adjudicó el cupo de casas en la ciudad y su ubicación, y la masa de tierras en distritos rurales determinados. La función de los «donatores» era distribuir dichas casas y tierras asignando a cada poblador de su colectivo lo que le correspondía según la evaluación de lo que había aportado.

Por ejemplo, la aportación barcelonesa se evaluó en 877 «caballerías», medida convencional cuya equivalencia de momento no consta, y a tenor de ello se adjudicó oficialmente a los barceloneses en la ciudad 226 casas y 30 tiendas y un total de 359 yugadas de tierra repartidas en 45 predios (alquerías y rafels), situados nueve en el término de la ciudad (31 yugadas), veintiocho en el de Inca (268 yugadas), uno en el de Pollença (10 yugadas) y siete en el de Montuiri (50 yugadas). El cometido de instrumentar el reparto entre los pobladores de la comunidad y de resolver en función conciliadora las diferencias que surgieron, así como el control en su caso de los traspasos de casas y tierras era cometido de los «donatores» de la pertinente comunidad.

36. ¿Comprendió la administración real el riesgo que podía implicar la perduración de las peculiaridades de las distintas comunidades en orden a la necesaria toma de conciencia de formar parte, de ser y

sentirse parte de una ciudad, de considerarse vecino de la misma? El otorgamiento de la Carta de Franquesa en marzo de 1230 sugiere que la administración estaba concienciada y poseía sobre el particular ideas suficientemente claras, y por ello se instrumentaron normativas encaminadas no sólo a atraer pobladores sino a solidarizarlos en la convivencia cotidiana y a enraizarles en la tierra nueva, en el nuevo ambiente difícil y esperanzador.

Procedía dar tiempo al tiempo y ofrecer a los pobladores, en un clima de libertad y para la libertad, condiciones que les compensaran de las arriesgada aventura de vivir en un país insular, acechado por el corsarismo, en clima militante de frontera. Eran, a juzgar por lo que realizaron, gentes alentadas por espíritu pionero, inmersas en un presente acuciante, más propensas a contemplar el futuro desde la esperanza, que a dar vueltas al pasado desde la nostalgia.

En un instrumento datado el 5 de julio de 1232 —cuando acababan de rendirse los núcleos de musulmanes resistentes en las montañas de Tramontana—, Guillermo de Mogoda entrega un rahal en enfiteusis a Bernardo de Olzeto a cambio de un censo anual de diez cuarteras de trigo —unos 450 kilos—, medidas «ad rectam quarteriam civitatis Maioricharum». En 1240 Mahomet Assaga y su mujer Axa se encomiendan al pavorde de Tarragona y se comprometen a entregarle cada año una libra de pimienta «ad legalem pensum civitatis Majoricarum»; en 1242 Domingo Aben Johan —un converso que como otros conservaba su anterior linaje —vende un cautivo «ad consuetudinem Majoricis»; el mismo año Guillermo Carboner declara que ha recibido nueve cuarteras de trigo «ad mensuram foris Majoricis» y diez cuarteras de cebada «ad mensuram corrente».

Corolario: a los diez años de la conquista en el lenguaje oficial y coloquial se alude a un sistema de pesas y medidas del reino. El proceso de formación de costumbres propias estaba en marcha, el reino era ya algo más que un ente político abstracto, y las gentes asentadas en Mallorca, procedentes de lugares muy diversos, tenían conciencia de ello.

El estatuto del Consell de Valencia de 1245 modelo de los estatutos de los Consells de Mallorca y Barcelona de 1249

37. Si la primera fase (1230-1248) del proceso de implantación del municipio en Mallorca procede contemplarla con cautela, dada la escasez de datos y posibles alternativas, la nueva fase que arranca de la aplicación del estatuto de 1249 sobre la estructura y competencias del Consell de Mallorca, no ofrece problemas sobre orígenes inmediatos —no es el momento de adentrarse en conjeturas sobre los orígenes mediatos— ni sobre afinidades institucionales. El mentado estatuto de 1249 se inspira en el otorgado en 1245 a la ciudad de Valencia.

«El municipio de Mallorca —escribía en 1972— desde sus raíces catalanas evoluciona al aire de sus circunstancias peculiares; y como tales circunstancias eran un tanto afines a las obrantes en el reino de Valencia, a la sazón en semejante proceso de institucionalización, no es temerario conjeturar cierta ósmosis entre ambos procesos, atestigüada sobre todo por el privilegio de 7 de julio de 1249, calco casi textual del otorgado a Valencia, en el cual se inspira también la organización municipal establecida en Barcelona el 27 de julio de 1249 a veinte días vista de la otorgada a Mallorca»¹⁷.

En 1974 Font Ríus subrayó la afinidad existente entre los expresados estatutos, contemplándola en el marco de una política municipalista coherente. «En efecte —afirma en 1977— es molt versemblant que el rei Jaume volgués aplicar a Barcelona i a la ciutat de Mallorca el règim municipal establert per ell mateix a València uns quants anys abans, en 1245, arran de la reorganització de la capital després de la conquesta. Els al·ludits privilegis a Barcelona i a Mallorca, de juliol

17. Alvaro SANTAMARÍA, *Aspectos del reino de Mallorca*. En Historia de Mallorca coordinada por Mascaró Pasarius. Tomo II, Palma de Mallorca 1972, p. 100. Como por inadvertencia el estudio se publicó sin notas, el editor insertó en las separatas el apartado «Indicaciones finales» (p. 110-112), donde se instrumentan la bibliografía y fuentes utilizadas al elaborar la síntesis.

La tesis sobre el paralelismo del estatuto de Valencia con los de Mallorca y Barcelona de 1249 la desarrollé en un cursillo de doctorado impartido en enero-mayo de 1972 sobre «Los orígenes del municipio medieval mallorquín (1229-1249)» en la Delegación de Palma de la Facultad de Filosofía y Letras de Barcelona, en el que expuse el análisis del proceso comparativo de la evolución del sistema municipal en Valencia, Barcelona y Mallorca.

i octubre de 1249, respectivament, són datats tots dos a la capital llewantina i guarden en el seu esquema textual un paral·lelisme molt accentuat amb l'al·ludit privilegi valencià de 1245, paral·lelisme que ja posarem de relleu en altra ocasió»¹⁸.

38. La trascendencia del estatuto otorgado a Valencia en 1245 radica, entre otros aspectos importantes, en que establece, como he indicado en su momento (§ 28), el sistema de elección por cooptación para la anual renovación de la juraría y, en consecuencia, del Consell.

La cronología de la expansión del sistema de cooptación en el ámbito de la Corona de Aragón es la siguiente:

a) Privilegio de Barcelona de 13 de septiembre de 1245. Estatuye la cooptación en la elección de la juraría del Consell de Valencia, sistema que se extiende en su momento a las villas reales del reino.

b) Privilegio de Valencia de 7 de abril de 1249. Nombra cuatro «paciarii» —sin mencionar el procedimiento de renovación—, facultándoles para administrar aquel año la municipalidad de Barcelona y para designar a los consellers que consideren.

c) Privilegio de Valencia de 7 de julio de 1249. Estatuye el sistema de cooptación en la elección de la juraría del Consell de Mallorca. Tal sistema se extiende a fines del siglo XIII y comienzos del XIV entre las villas foráneas de Mallorca según se organizan los Consells locales. También se aplica a los Consells de Ibiza y de Menorca.

d) Privilegio de Valencia de 27 de julio de 1249. Estatuye el sistema de cooptación en la elección de la paeria de Barcelona, sistema que se extiende a otros municipios catalanes.

e) Privilegio de Zaragoza de 1272. Faculta para designar doce jurados que administren Zaragoza y sean renovados cada año según el sistema de cooptación («El dicti iurati in fini anni eligant et eligere possint alios duodecem iuratos ipsius civitatis»).

18. FONT, *Municipalitat de Barcelona*, p. 45-46.

Sobre la configuración de las competencias de los oficiales reales en el reino de Mallorca

39. Obra alguna desinformación sobre el proceso de desarrollo municipalista de Mallorca y, en general, sobre el desarrollo del proceso de institucionalización del reino de Mallorca¹⁹.

Tal desinformación es comprensible que exista y se nota en especial en materia de competencias de los oficiales reales. «Es un hecho más que notorio que, conquistada la isla por Jaime I y colonizada por catalanes —escribe Lalinde— son las instituciones de esta nacionalidad las establecidas. Si, junto a los veguers y a los bailes, el «cort» era un magistrado extendido en la Cataluña de la primera mitad del siglo XIII era natural que fuera transportado también en aquellas tierras conquistadas»²⁰.

19. Al amparo del sistema de cooptación desde 1249 los jurados cesantes designaban con el consejo de sus consellers al equipo de jurados entrantes. La afirmación de que «A partir de 1273 la designació fou transferida als prohoms de la capital» no tiene sentido, pues durante el siglo XIII la jurisdicción municipal de la ciudad se extiende a la entera isla; sólo a comienzos del XIV obran noticias sobre la designación de jurats en las villas más importantes. No hay por tanto distinción entre prohombres foráneos y prohombres de la ciudad y, en todo caso, el poder radica esencialmente en el siglo XIII en los prohombres de la ciudad.

Tampoco tiene sentido la consideración de que «El cap de l'administració reial era el batle anomenat mes endavant batlle general del regne de Mallorca, que es qui governave Mallorca en nom del rei». El que en el siglo XIII ejerce los poderes como «alter ego», aunque en una línea no totalmente consolidada (§ 12,40) es el lugarteniente o procurador real, si bien el que, a sus órdenes, lleva las relaciones con los jurats es el batle, en poder del cual prestan juramento los jurats (§ 72).

Es desorientadora la apreciación de que el veguer era «sots-delegat del batlle... amb funcions principalment policiaques i judicials». Aunque en el siglo XIII ni en Mallorca ni en Cataluña cabe delimitar las competencias con certidumbre entre el veguer y el batle, lo que está claro es que no existía entre ambos ni existió nunca en Mallorca supeditación alguna del veguer al batle o del batle al veguer. A comienzos del siglo XIV la veguería de Mallorca se desdobra —veguer de ciutat y veguer forà—, y es por entonces cuando se contempla el oficio de subveguer (Ferrán SOLDEVILA, *Jaume I, Pere el Gran*. Barcelona, Editorial Vicens-Vives, 1961, p. 67).

20. LALINDE, aunque considera en principio la implantación del curia o cort en Baleares, concluye: «La interpretación del sentido que el tér-

Acaece con la imagen de los oficiales reales lo mismo que respecto al desarrollo de las estructuras del municipio: en 1230 el veguer, el baile y el curia no eran magistraturas de perfiles bien definidos ni siquiera en Cataluña. Las magistraturas que tras la conquista se instauran en Mallorca eran magistraturas pese a su ejecutoria más que centenaria todavía en período de rodaje.

Las referencias al veguer, al baile y al curia que se contienen en la Carta de Franquesa de Mallorca de 1230 en ocasiones son ambiguas y pueden ser desorientadoras. Por ejemplo, la norma 17: «Quod curia vel sayo non intrent per se domos», prohíbe al curia, al baile y al sayón allanar moradas; la norma 19: «Quod aliquid non detur pro justicia facienda», prohíbe al curia, baile y al sayón cobrar tasas por administrar justicia. Ello —y las normas aludidas no son las únicas— ha inducido a considerar la instauración en el reino de Mallorca del curia o «cort» que, en efecto, fue instaurado durante cierto tiempo en Valencia y que ejercía en lugares de Cataluña, pero que no llegó a ejercer en Mallorca.

Tal convicción se apoya no sólo en el conocimiento de la casuística sino en el análisis de otras normas de la Carta de Franquesa. Las referencias al curia en las normas 10 (el reo pagará a la curia si es condenado el quinto de calaña), 16 (en ningún caso «bajulo aut curia civitatis» admitirán medios bárbaros —entre los que se incluye el desafío a batalla personal— como procedimiento judicial de prueba) y 30 (si el curia no puede constreñir a un caballero a reparar según derecho, el perjudicado de propia autoridad puede embargar sus cosas excepto el caballo), se emplean en sentido de «curia», es decir, corte o tribunal de justicia.

Cuando se elaboró la Carta de Franquesa de 1 de marzo de 1230 es admisible que acaso obrara el propósito de implantar en Mallorca el

mino tendría para los contemporáneos en la Mallorca del siglo XIII no está exento de dudas, a diferencia de lo que ocurría en Cataluña, pero creo que habrán de encontrarse y no con demasiada dificultad testimonios que en una u otra dirección podrán aclarar el problema.» Bien, la cuestión es clara: en Mallorca no ejerce el curia, tal término hay que interpretarlo como curia de justicia y concretamente como curia del veguer; es decir, no se implanta el curia-magistratura, pero sí la curia-tribunal o corte judicial (*El curia o cort. Una magistratura medieval mediterránea*. En «Anuario de Estudios Medievales», 4, 1967, p. 168-297. En p. 248-255 «Su aparición en los textos baleares». Cita del estudio p. 250, la aludida en esta nota p. 254).

curia, pero de hecho y de derecho el que asumió en Baleares el cometido que el curia asumía en otros territorios de la Corona es en especial el veguer real, cuyas competencias, como se ha indicado en su momento (§ 15), se establecen en el convenio concluido entre el rey y los magnates porcioneros el 22 de julio de 1231.

En conclusión, en Baleares, el término «curia», incluso en la Carta Franquesa, equivale a curia, corte o cort en el sentido de tribunal de justicia y, muy concretamente, en el sentido de curia, corte o cort del veguer, dado que el magistrado-curia no llegó a implantarse en Mallorca.

40. En un contexto muy general, en la postconquista, puede aceptarse que el veguer asume la administración de la alta justicia en la entera isla y que el batle asume la alta administración del patrimonio real; pero en la casuística, en la «praxis», y no sólo durante el siglo XIII, resulta muy prolijo por su complejidad deslindar sus respectivas competencias, que sólo paulatinamente, con el tiempo, van clarificándose.

En el siglo XIV la instauración del mostasaf y la del procurador real, que asume el cometido que incumbía al batle como cabeza del patrimonio real no sólo en Mallorca —como el batle—, sino en el área balear, en todo el reino de Mallorca, contribuyó a delimitar mejor las competencias del batle y del veguer.

Aunque la lugartenencia real, «gerens locum domini regis», se instaura en octubre en 1230 (§ 12), las variaciones en orden a titularidad y competencias resultan también de gran complejidad. En 1236, las funciones de la lugartenencia del infante Pedro de Portugal señor vitalicio del reino de Mallorca las ejerce el maestro Juan, que se titula «procurator domini Petrus infantis»; entre 1246 y 1252 Arnau Font se titula a la par baile y lugarteniente real; en 1254 Berenguer de Tornamira es «procurator et tenenti locum domini regis Aragonis in Majorice»; en 1273 Pedro de Caldes actúa como «bajulus et tenens locum», y en 1281 Berenguer Arnaldo de Isla es a la vez baile, procurador y lugarteniente real.

He traído a colación los datos expresados, pese a su prolijidad, sólo como ejemplo. ¿Sorprendente? ¿Por qué? Al no estar sistematizadas las incumbencias la complejidad y confusión que se desprende de la casuística es consecuente y aún natural en magistraturas en fase de formación continuada. A fin de cuentas, una institución o se fosiliza

o es normativa operante, aplicada y aplicable, sometida en la «praxi» a un proceso de reajuste y cambio, proceso más complejo cuando la institución todavía no ha alcanzado perfiles bien definidos, cuando todavía está en fase de cristalización.

41. Ante la necesidad de clarificar el desconcierto imperante en materia de competencias —desconcierto en buena parte fomentado con miras interesadas—, el gobernador Francesc de Sagarriga elaboró una memoria en torno a 1373 sobre la jurisdicción del «governador e encare dels officis de batle e de veguer de ciutat, veguer de fora, consols de la mar, exactors dels bans e escrivans de les dites corts», en un necesario, casi indispensable intento de buena voluntad, orientado a delimitar, en base al derecho consuetudinario y positivo, los correspondientes campos de competencia. Tal memoria era utilizada en la primera mitad del siglo xv como guía manual para aclarar, para documentar —es un manuscrito breve—, las tensiones que surgían entre los propios oficiales sobre sus respectivas incumbencias.

Sobre la afinidad institucional reino de Mallorca-reino de Valencia

42. «Acaso, en lo relativo al desarrollo institucional en el bajo medievo —sugería en 1965— exista más afinidad institucional entre Valencia y Mallorca que entre Mallorca y Cataluña»²¹. Pienso que puede ser positivo argumentar la sugerencia formulada hace quince años.

En relación a la estructura del municipio es notorio que el estatuto sobre la jurarías de Mallorca en 1249 es trasunto del estatuto sobre la jurarías de Valencia de 1245. Además el paralelismo institucional se observa en otras tres áreas clave de la ordenación político-económica: el sistema monetario, las competencias del mostasaf y la normativa del Consulado del Mar.

43. En el privilegio «Quod reales de Valencia currant in regno Majoricarum et nulla alia moneta» (Valencia 8 mayo 1247), se establece «quod presens moneta civitatis et totius regni Valencie et totius regni Majoricarum... semper apelletur et vocatur reals de Valencia... et currant et durent e eius usus sit singularis et publicus in

21. Alvaro SANTAMARÍA, *El gobierno de Olfo de Prócida. Una década de la historia de Mallorca (1365-1375)*. En «Hispania», 25 (1965), p. 148-218, 367-412. Cita p. 152-153.

civitate et regno Valencie et in civitate et regno Majoricarum et in insulis Minorice et Evice et in aliis circum adjacentibus»²².

¿Por qué se optó por establecer en ambos reinos un mismo sistema monetario? En el preámbulo de otra disposición sobre la materia, de la misma data, se alude a la confusión que el empleo de muy diversas monedas —dineros jaqueses, melgareses, barceloneses, turonenses, macemutinas jucefias, morabatines castellanos alfonsinos, aparte de besantes— generaba en el mercado monetario, lo que aconsejaba el establecimiento de un sistema monetario al amparo de la ordenación de la pertinente tabla de equivalencias.

En la alternativa, potencialmente conflictiva, de aplicar la moneda jaquesa —que corría en Aragón y en Lérida— o la moneda barcelonesa —de circulación en Cataluña y territorios de su influencia—, se optó por crear, con buen sentido político, un sistema monetario singular para aplicarlo, dado que las circunstancias concurrentes en sus mercados eran similares a ambos reinos. De este modo, en la Corona de Aragón circularían tres monedas —el dinero jaqués, el dinero barcelonés, el real de Valencia— legalmente reconocidas, sin que ni los aragoneses ni los catalanes pudieran sentirse racionalmente agraviados.

¿De quién o quiénes partió la iniciativa? Pienso que obró consenso. Estaba interesada la Corona por los beneficios que para las rentas reales derivarían de las acuñaciones monetarias; y estaban interesados sobre todo los mercaderes de ambos reinos porque la complejidad monetaria alegada no era una entelequia, sino una realidad. Y en Mallorca el hecho de que la nueva moneda se titulara real de Valencia, contemplado desde el pragmatismo, sin complejos, no consta que constituyera motivo de especial preocupación; se acató la disposición y, en general, como prueban los protocolos notariales, la normativa se aplicó a la letra.

Cuando en 1301 —no en 1300 como suele datar la historiografía— Jaime II de Mallorca creó, en uso de su soberanía, el sistema monetario propio de Mallorca («Quod monete... volumus perpetuo regales Majoricarum nominari... scilicet reyals doblencs et reyals senars seu minutos... qui regales doblencs sint perpetuo ad legem trium denariorum minus pugesia»), en otra ordenanza de la misma data dis-

22. Pub. E. K. AGUILO, *Antichs privilegis*. En B. S. A. L., 5 (1893), p. 92-93, 105-107.

puso que la equivalencia de los reys senars se practique en paridad con el real de Valencia («octo solidorum regalium Valencie pro uno morabatino, et quinque solidos regalium Valenciae pro una macemutina, et trium solidos et sex denarios dicte monete pro uno bisantio, de cetero intelligatur ad regales Majoricarum minutos et ad eundem numerum ad quem solvebatur de regalibus Valencie»).

Sin embargo, como el real de Valencia era de más ley (tres dineros de plata en vez de dos con setenta y cinco) y de más peso (talla dieciocho sueldos-marco en lugar de veintidós sueldos-marco) que el real senar de Mallorca, la paridad establecida en el estatuto no se mantuvo en el mercado monetario, ni siquiera en el de Mallorca, en el que se detecta la natural devaluación del real senar de Mallorca en relación al real de Valencia²³.

44. El infante Jaime de Mallorca, a instancia de los jurados y prohombres de Mallorca, les otorgó (Perpiñán 1 febrero 1326) facultad para designar dos prohombres «qui nominetur consules maris»; en 1345 Pedro el Ceremonioso a instancia de los jurados y prohombres de Mallorca ordenó que los cónsules de mar de Mallorca aplicaran en el ejercicio de su cometido la normativa establecida en el Consulado de Mar de Valencia.

¿Qué normativa? Por lo menos el «Orde judiciari de la cort dels consols de Valencia» y las «Costums de la Mar», es decir, los «Capítols del Consolat de Mar de Valencia» y acaso, pues la disposición no concreta nada, «Las bonas costumats e usatges de la mercadería», continuadas en el *Libre de San Pere* del Archivo Histórico de Mallorca y en un código, *Libre del Consolat de Mar* de la Biblioteca del Monasterio de la Real, en Palma, que quizá sea el más antiguo de los manuscritos conservados y, por ahora, «el manuscrito más cualificado» existente sobre la materia²⁴.

23. Alvaro CAMPANER, *Numismática Balear*. Palma de Mallorca. Establecimiento tipolitográfico de Pedro José Gelabert, 1879. Edición facsímil, Juan R. Cayón, Madrid 1978, p. 264-268. Antonio RIERA, *Mallorca 1298-1311, un ejemplo de «planificación económica» en la época de plena expansión*. En «Estudios históricos y documentos de los Archivos de Protocolos», 5 (1977), «Miscelánea en honor de Josep Maria Madurell», Barcelona, 1977, p. 213-217.

24. Antonio PONS, *Constitucions e ordinacions del regne de Mallorca*. Volumen II. Ciutat de Mallorca, Estampa d'En Guasp, 1934, p. 59-60. Arcadio GARCÍA SANZ, *Un nuevo código mallorquín del Llibre del Consolat de Mar*. En «ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL», 38 (1968), p. 635-639.

45. La mostasafía de Mallorca se instituye al amparo de un privilegio que faculta al veguer —como administrador de la justicia— para elegir cada año, previa consulta a los jurados, un prohombre que asumiera las funciones y jurisdicción de mostasaf; luego se determina (11 de marzo de 1334) que el nombramiento corresponde al rey, pero designando al mostasaf de entre una cuaterna presentada anualmente por los jurados, a efectos de conciliar la jurisdicción que detentaba —propia de oficiales reales, con facultad de penalizar—, con la práctica de funciones netamente municipalistas —precios, medidas, abastecimientos, servidumbres de edificación, limpieza e higiene urbana—, que afectaban a los intereses colectivos de la comunidad urbana.

No obstante, la institución sólo adquiere caracteres definidos cuando a instancia de los jurados y prohombres de Mallorca se concede (Mallorca 24 de julio de 1343) que el mostasaf de la ciudad y, en su momento, los mostasafs de las villas, asuman las atribuciones y cumplan los cometidos que les correspondieren según la costumbre y la normativa del mostasaf de Valencia («Quod in civitate Majoricarum sit a modo et eligatur annis singulis mostaçafus qui exerceat in omnibus et per omnia juxta morem civitatis Valencie»).

¿Qué normativa procedía aplicar? Como es habitual el privilegio no la concreta, pero probablemente se aplicaron las «Ordenacions de la almudoçafia» recopiladas en septiembre de 1293 por el mostasaf de Valencia Jaume d'Avinyó y las elaboradas en 1322.

¿Influyeron las ordenanzas del mostasaf de Valencia en el desarrollo de la mostasafía de Barcelona? Pedro el Ceremonioso creó la mostasafía de Barcelona el 19 de octubre de 1339, y los consellers de Barcelona en abril de 1371 solicitaron de los jurados de Valencia información sobre «totes coses de que lo mostasaf de la ciutat de Valencia usava e havia acostumat e devia usar».

En julio del mismo año los jurats de Valencia remitieron a Barcelona traslado auténtico de las ordenanzas valencianas del mostasaf. «El dit Libre —informan los jurados a los consellers— en la manera per vos demanada es stat fet e scrit... lo qual per aquell matex correu vostre vos trametem». Tales ordenanzas son, precisamente, las continuadas en el titulado *Libre del Mustaçaf de Valencia* del Archivo Municipal de Barcelona²⁵.

25. Antonio PONS, *Libro del Mostassaf de Mallorca*. C. S. I. C., Escuela

IV. CONTEXTO HISTORICO Y NORMATIVA ESTATUTARIA

Reconquista y proceso municipalista

46. En febrero de 1245 capituló Biar, operación que cierra el ciclo de reconquista del territorio peninsular de la Corona de Aragón a tenor de lo convenido en el tratado de Almisra.

«E nós estant en València vengren-nos dos sarrains de Biar —relata la Crónica real— qui eren antichs hòmens, que cascú havia plus de cinquanta anys, e dixeren... que venien per nostre gran pro... E ells dixeren que, si nós voliem a Biar que ells ens donarien lo castell... e que havien parlat ab alguns de la vila ab tals que l'ans porien be retre...».

Explica la Crónica que la resistencia de los sarracenos de Biar, puestos sobre las armas, frustró el proyecto de entrega pactada de la villa, por lo que el rey acampó su tropa «per la festa de San Miquel», hacia el 29 de septiembre, «en un puig que es sobre Biar de la part on hom va a Castalla», desde donde podía batir con un «fenèvol» la población. El asedio se prolongó más de cuatro meses («Estiguem —se puntualiza en la Crónica— de mijan setembre tro a l'entrada de febrer»), hasta que el alcaid Muza Almoravid rindió el castillo.

La Crónica también refiere las importantes repercusiones de la capitulación de Biar. «E quan viren (els sarrains) que nós haviem Xàtiva e Biar rendés a nós tot l'altre regne que era de Xúquer tro en terra de Múrcia, ab convinença, que nós los haviem feta que els retinguessen al regne. E així —concluye— haguem-hot tot»²⁶.

47. El estatuto que establece en Valencia el sistema de cooptación está datado el 13 de septiembre de 1245. ¿Hay alguna relación entre la culminación de la reconquista peninsular de la Corona de Aragón en febrero de 1245 y la promulgación del expresado estatuto? Pudiera ser. La operación Biar había cerrado de momento el ciclo bélico, y el monarca y sus asesores pudieron centrar su atención en la problemática de la reforma municipalista de Valencia.

de Estudios Medievales, Mallorca 1949, p. XIX, 179. FRANCISCO SEVILLANO, *Mustacaf de Valencia*, p. 144, 174, 392-394.

26. *Les Quatre Cròniques. Crònica de Jaume I*, § 355-359. Revisió del text... per Ferrán SOLDEVILA. Editorial Selecta, Barcelona 1971, p. 133-134.

¿Por qué se inicia el remodelado a partir de Valencia? Quizá en especial porque su problemática municipal no estaba tan enconada como en Zaragoza o en Barcelona o acaso en Mallorca. A siete años vista de la capitulación los indicios obrantes manifiestan que Valencia se había recuperado en buena parte del trauma de la conquista, y en el corto espacio de tiempo transcurrido los intereses particulares establecidos no es probable que hubieran arraigado lo suficiente como para dificultar la implantación de un sistema municipal casi orgánico y por entonces los propios intereses del rey, su poder político-económico efectivo, pesaban más que en otros territorios. Valencia parecía campo adecuado para experimentar el nuevo sistema de administración basado en la cooptación.

48. ¿Obraba en 1245 el propósito consciente de intentar el remodelado de la administración municipal en el marco de un programa coherente aplicable al ámbito de la Corona de Aragón? No hay respuesta desde la certidumbre. A partir del cambio de coyuntura económica en torno a 1225, la comunidad de la Corona de Aragón se había engrandecido con la integración de los reinos de Mallorca y de Valencia, facilitada por la quiebra del imperio almohade.

La realización de ambas operaciones y el ingente esfuerzo colectivo para promocionar la repoblación de los territorios conquistados, cuando ciertas comarcas catalanas seguían en proceso de repoblación, cual sugieren las cartas pueblas que se otorgan (Tarrasa y Ager 1228, Castellnou 1231, La Cenia 1232, Clarà 1233, Igualada 1235, segunda de Balaguer 1236, Torroella de Montgri 1237, segunda de Agramunt 1238, Puigcerdà, Bellver de Cerdaña y Villafranca de Conflent 1243), tuvo que comportar secuelas políticas y socioeconómicas que de momento —en el actual estado de la investigación— no es posible valorar, pero que es racional conjeturar importante.

Las áreas urbanas por lo corriente suelen manifestar particular hipersensibilidad respecto a cuanto afecta a su problemática específica. Y es en las ciudades donde por motivos obvios —piénsese, por ejemplo, en los efectos multiplicadores del proceso de conquista y repoblación— tuvo que repercutir con mayor intensidad la dinámica del cambio histórico. La Corona de Aragón entraba —estaba ya de hecho— en una nueva fase de su desarrollo en todos los órdenes. No hay que descartar que ya en 1245 el monarca y sus asesores contemplaran la aplicación a Valencia del sistema de cooptación en el marco de una potencial ope-

ración de remodelado municipalista, para adecuar las estructuras de ciertos municipios, todavía tan elementales, aunque sin duda operantes, a lo que requerían las nuevas circunstancias²⁷.

48. ¿Por qué se extendió precisamente en 1249 el sistema de cooptación a Mallorca y a Barcelona? Quizá porque tras cuatro años de rodaje experimental satisfactorio en Valencia, el rey y sus asesores tenían la convicción de su eficacia. En dicho supuesto, la extensión del sistema debió producirse por iniciativa de la cancillería y contando con el apoyo y la participación activa de sectores de confianza del rey interesados tanto en Barcelona como en Mallorca en la aplicación de la cooptación, a la vista de los resultados alcanzados en Valencia. No debió tratarse de una imposición real —eventualidad que, no obstante, no cabe descartar—, sino de un acuerdo de consenso asumido por las partes interesadas desde el pragmatismo.

Valencia: el «repartiment» y la promoción económica urbana

49. La historiografía ha otorgado merecida resonancia al importante contencioso realza-magnates de Aragón acerca de la creación del reino de Valencia. Sin embargo, es admisible que —en aplicación de las prácticas consuetudinarias sobre la materia y en atención a los requerimientos de la coyuntura política concurrente—, Jaime I tenía decidida la institucionalización de Valencia como reino antes de iniciar la campaña de conquista; y pienso que tal decisión influyó en la forma como se llevó a cabo dicha conquista y en las modalidades del reparto de la tierra ganada.

Los magnates y los colectivos concejiles aragoneses que activamente participaron en la conquista, tenían sus razones, mediatas e inmediatas, y eran razones de peso, para reivindicar el territorio valenciano como expansión hasta el mar del reino de Aragón; y por ello las defendieron con tanto denuedo y durante tanto tiempo y fue tan honda la amarga frustración experimentada. Pero el monarca, muy firme en la cuestión, con ideas claras sobre el problema, supo mantenerse a la altura que la decisión requería y se comportó con visión de hombre de

27. «Vet aquí —comenta FONT RIUS— com en una actuació tan assenyalada dintre la política interna de Jaume I apareixen estretament vinculades les capitals del triangle català-valencià-malloquí que el nostre sobirà havia estructurat amb la seva empremta política i militar» (*Municipalitat de Barcelona*, p. 47).

estado al instituir lo conquistado casi de inmediato como reino, pues en el prefacio de los *Fori Antiqui* se intitula «Iacobus Dei gratia rex Aragonum, Majoricarum et Valencie, et comes Barchinone et Urgelli et dominus Montispesullani»²⁸.

50. El denominado *Libre del repartiment del regne de Valencia* —que inserta datos de 1237 a 1245—, por su conformación y técnica escrituraria similar a los protocolos más antiguos (a partir de 1236) del Archivo Histórico de Mallorca, es un minutario en el que, como era habitual, se continúan como en cajón de sastre, en desorden que choca con la metódica y rigurosa y, en general, puntual ordenación del *Libre del repartiment de Mallorca* (inventario de propiedades urbanas y rústicas —de adjudicaciones de las mismas—, clasificado por distritos territoriales de la porción calificada a efectos del reparto como de realengo, que comprendía aproximadamente la mitad de la superficie insular, excluida la denominada porción señorial), datos de singular interés.

En el minutario se contienen abigarradas informaciones: concesión vitalicia de oficios reales (al almudasafia y la merindad de Valencia), asignación de casas y tierras a subalternos y personal de la casa real (entre otras, al médico maestro Guido, al ingeniero-artillero ser Nicholoso, y a Eva, ama de leche de la reina), alguna donación «pro casamento», esponsalicia (a Guillerma Robiana, de casas y tierras), permutas de propiedades por motivos muy diversos, múltiples revocaciones de concesiones a beneficiarios que no se personaron a posesionarse en el plazo señalado, y otorgamiento de otras que por desinformación quedaron a su tiempo sin asignar.

Se otorgan concesiones a magnates seculares y eclesiásticos aragoneses y catalanes; a colectivos concejiles catalanes, aragoneses, rosselloneses y navarros y provenzales, y a colectivos de menestrales (zapateros, draperos, herreros), de marineros (uno a 500 «hominibus marinarii») y a otros grupos colectivos al parecer de socios.

Se asignan casas y tierras a judíos y a musulmanes y, a título individual, a gentes de variadas procedencias, con escasa incidencia de italianos, castellanos y portugueses —en relación a la que se observa en la repoblación de Mallorca— y sorprende la ausencia de marseleses. En cambio, hay asignaciones a un tal magister G. Anglicus medi-

28. Comenta UBIETO que la creación del reino valenciano «se debe situar entre el 11 de abril y el 21 de mayo de 1239» (*Reino de Valencia*, p. 159).

cus (¿inglés?), y a dos húngaros (Andreas Ungarus, Martinus Ungarus), relaciones probablemente con la casa real.

¿Qué criterio se aplicó al realizar las concesiones? Hay referencias nominales a «divisores», pero el minutario no precisa el «modus operandi», si bien se desprende que, en general, el rey otorga las concesiones para compensar ayudas aportadas a la realización de la campaña, sin que conste el procedimiento aplicado ni la medida utilizada para ajustar los otorgamientos de tierras—relacionadas en yugadas en el secano, cahizadas y barcellas en el regadío, y peonadas si se trata de viñas—, a la ayuda aportada a efectos de practicar el reparto con equidad, según módulos preestablecidos.

Se otorgan concesiones para reparar daños aleatorios producidos durante la campaña (por ejemplo, por un fuego acaecido en el Puig, en el campamento real), para saldar deudas contraídas por el rey en el curso de la misma, y se continúan ventas de casas y de tierras—en especial de regadío, 50 sueldos hanegada—, realizadas por la tesorería real para hacer dineros, seguramente apremiada por problemas de liquidez.

51. La precipitada realización del «repartiment», iniciado sin que obrara información adecuada sobre el volumen de la masa de inmuebles a repartir ni sobre el de las aportaciones que precisaba atender, sembró la natural confusión («Se encontraron los repartidores que se había ofrecido más tierras que la disponible—explica Ubieto—y hubo que llegar a la conclusión de que la extensión de la «iugada» debería ser menor que la prometida»), apreciable en las numerosas rectificaciones continuadas en el minutario del protocolo y, sobre todo, en la inseguridad acerca de los títulos de posesión, fuente de pleitos entre la realeza—que otorgaba las concesiones— y los repobladores y entre los propios repobladores.

El mentado desconcierto aconsejó promulgar en mayo de 1245 una resolución tendente a normalizar desde una óptica realista la incierta situación jurídica, sobreseyendo los pleitos pendientes en la materia y reconociendo y, por tanto, legalizando, las situaciones existentes de hecho, en aplicación de un política de borrón y cuenta nueva. En la resolución se dispone:

a) La anulación de la cláusula a tenor de la cual los repobladores no podían traspasar o alienar hasta transcurrido un quinquenio los inmuebles que se les asignó.

b) La legalización de todas las enajenaciones realizadas contraviniendo dicha cláusula.

c) El reconocimiento de la libre disposición para traspasar y vender inmuebles sin otro límite que la cláusula «exceptis clericis, religiosos et militibus», cuando tal cláusula figurara en el instrumento de concesión.

d) El compromiso de no medir, por parte de la Administración, los inmuebles otorgados («domos, statica, hortos, reallos, rafallos, alchareas, turre, hereditates et quaslibet alias posesiones cultas et incultas»), para comprobar incrementos ilegales.

e) La legalización de lo que se poseyera por cualquier justo título («donationes et concambii et cuiuslibet alterius contractus»).

f) La consolidación de las mejoras e incrementos realizados «proaugmentis domorum vestrarum datum... et nomine domorum vel stabulis aut cellari et hortos... et quaslibet alias possessiones... cum omnibus melioramentis...», sin exigir contraprestación alguna al patrimonio real²⁹.

52. En el contexto del proceso de la repoblación urbana son significativos los asentamientos enfitéuticos de obradores («Donationes operatoriorum ad censum») registradas de 1238 a 1245 (uno, el más importante, al colectivo de zapateros de Valencia por un total anual de 104 morabatines alfonsinos es de 1252), que sugieren notable ritmo repoblador.

Por ejemplo, en mayo de 1239, a ocho meses de la capitulación de Valencia, se otorga a un colectivo de unos 30 individuos, al parecer socios, en la plaza llamada Vallis de Paradiso, el área comercial urbana, confrontando con las vías de la zapatería y de la carnicería, «triginta operatoria de draperia cum suis tabulis, ad opus de draperia et de cambio, ad opus sartorum et tabulas de cambio, cum suis porticis»; y se les otorga además treinta huertos, cada uno de una hanegada, en Raiosa (Ruzafa), extramuros de la ciudad, «in carraria sancti Vicentii».

La concesión se efectúa en las siguientes condiciones:

a) Pago anual de dos morabatines por cada obrador «in facto Sancti Michaelis septembris».

b) Libre disposición para vender o traspasar, salvo el mentado censo y el dominio real y la cláusula «exceptis militibus et sanctis».

29. Disposición de Alagar 9 mayo 1245. *Aureum Opus*, p. 74.

c) Promesa del rey de no otorgar licencias de obradores o tablas de cambio en otros lugares de la ciudad. Caso de contravención (si el rey otorgaba dichas licencias o las toleraba), se liberaba a los censatarios de pagar el censo y se les facultaba para poseer los obradores y huertos sin carga alguna, «francos et liberos, sine omni censu».

¿Quiénes eran los presuntos socios? Uno de ellos, Jacques Sans, influyente burgués de Montpellier, intervino en la conquista de Mallorca, donde fue nombrado batle real (§ 12); otro, Guillermo Escrivá, subdiácono y notario público de Barcelona, ejerció durante un cuarto de siglo —por lo menos de 1228 a 1251— como notario en la cancillería real; y otro, P. Scriptor era probablemente P. Iohannis, identificado en otros asientos del «Repartiment» como «notarius domine Yoles regine».

Tales gentes, del entorno real, ¿actuaban con ánimo de especulación?... ¿Era negocio la promoción enfiteútica urbana?... El contrato colectivo expresado no llegó a instrumentarse. ¿Por qué? El 29 de diciembre del mismo año 1239, cuatro meses después de convenirse el anterior, se otorgaba en enfiteusis a 29 socios, entre los que figuraban los tres mentados obradores situados en el mismo lugar —«in valle Paradiso de Valentia»—, con 20 hanegadas ubicadas también en Raiosa, con las mismas confrontaciones de la anterior concesión.

Las condiciones contratadas en esta oportunidad eran las siguientes:

- a) Fadiga de diez días sin que se convenga pago de laudemio. El rey autorizará en su caso las ventas y trasposos («firmavit venditionis»).
- b) El rey se compromete bajo pena de 500 morabatines a no otorgar «operatoria draperia nec cambii in alio loco civitatis».
- c) Censo anual de cinco morabatines —lo que implica un incremento del 250 por 100 respecto al anterior contrato—, pagadero por semestres, mitad en San Juan, mitad en Navidad.

Cinco morabatines que asignándoles el peso mínimo —3,90 gramos— representan 19,5 gramos, lo que considerada la actual cotización (1.500 ptas. gramo de oro, marzo 1981), equivalen a 29.250 ptas. anuales por obrador, que comporta un total anual a ingresar en la batlía real de 877.500 ptas.³⁰

30. *Libre del repartiment del regne de Valencia*. Registro 5 del ACA. Edición María D. Cabanes Percourt y Ramón Navarro Ferrer. Zaragoza, Anubar Ediciones, 1979. No es significativo el cálculo en pesetas. El valor adquisitivo del oro —entre otros motivos por su mayor escasez— sería más

53. El arancel establecido en septiembre de 1243 —a cinco años de la capitulación de Valencia— es indicativo de que la conquista, aunque determinara el natural trauma en la estructura económica no comportó ruptura, sino que en el sector secundario se practicó una política realista, yo diría continuista y, en el sector terciario, de hecho, la conquista contribuyó a potenciar, a incrementar, el tráfico mercantil dado que Valencia se reactiva como mercado de intercambio —como plataforma urbana de redistribución comercial— entre el área económica cristiana y occidental y la comunidad económica de países islámicos.

La variedad de productos relacionados en el arancel —más de ochenta materias— recuerda y viene a ser como presagio de la variedad de productos que se comercializaban en el mercado valenciano en el trecentos y en el cuatrocientos, y ya denota una constante económica de base en el devenir histórico del país valenciano: la probada y notable capacidad de su estructura económica para el relanzamiento, que determina recuperaciones rápidas tras coyunturas desfavorables e incluso catastróficas.

Constante económica de muy complejo análisis a la que no es ajena la probada laboriosidad, la abnegada tesonería, el pragmatismo, la imaginación y la capacidad para la improvisación del talante valenciano —de la valencianidad en el más amplio, integrador y entrañable sentido del término—, contemplado no desde la nostalgia, sino desde la objetividad racional cartesiana; talante en el que se compatibiliza el individualismo visceral con la entrega solidaria a empresas comunitarias o intercomunitarias asumidas conscientemente por el reino de Valencia a veces, muchísimas veces, después de cuestionarlas con rigor y con lealtad ante la Corona, aún en perjuicio y con sacrificio de sus intereses específicos como ente político integrado en una comunidad más amplia, la de la Corona de Aragón.

En el mentado orden de ideas, desde la alergia y el mayoritario rechazo a proclividades asimilativas sucursalitas, y desde el respeto y servicio a la política e intereses superiores intercomunitarios, los comportamientos valencianos colectivos predominantes, la ejecutoria del reino de Valencia en el ámbito de la comunidad de la Corona de Aragón, ha sido, en general, altamente positiva y ejemplificadora; en oca-

importante que ahora, por lo que la correlación carece de validez testimonial y apenas resulta indicativa.

siones, de renuncia abnegada y casi siempre de desinteresada solidaridad.

54. El arancel sugiere que en 1243 se comercializaban en el mercado de Valencia las más diversas materias de las más diversas procedencias, como las siguientes:

— *Productos comestibles*: cereales, arroz, almendras, manteca de cerdo, pescado salado, higos, queso, habas, vino.

— *Condimentos drogas, especias, productos medicinales*: pimienta, azúcar, incienso, canela, jengibre, clavo, comino, miel, regaliz, salvia, azafrán, alcohol, orpiment u oropimente, azufre, mercurio, agua de rosas.

— *Metales y materias primas textiles*: latón, cobre, acero, hierro, estaño, plomo, lino, cáñamo, lana, hilo de seda, algodón hilado y «mapuç».

— *Materias tintóreas y curtientes*: grana, indigo, brasil, alquena, laca, roya, orchica, cleda, sosa, verdet o cardenillo, fustete, nou doxadre o almohactre, raudor o roldón.

— *Confecciones y tejidos*: «paños de insula» (¿de Mallorca?), paños blancos de Narbona, paños de Lérida, barraganes, fustanes, sarzil —sayal o albornoz—, alquincel —mantos morunos—, púrpuras, sederías, bagadales, hilados de oro.

— *Pieles y cueros*: de conejo, de carnero, añinos, cordobanes blancos y rojos, cueros de buey.

— *Animales para carne y labor*: carneros, cabras, cerdos, mulas, asnos, bueyes, rocines, caballos.

— *Productos para la construcción naval*: remos, cuerdas, sebo, pez, alquitrán.

— *Varios*: cera, papel, jabón, carbón y tráfico de cautivos³¹.

55.—El arancel se enmarca en una filosofía económica proteccionista encaminada a incentivar el tráfico comercial y la práctica del corsarismo, a potenciar el desarrollo del sector secundario en especial en relación a curtidos y manufacturas textiles y a estimular el asentamiento de forasteros a efectos demográficos y de promoción de la economía urbana. En tal sentido:

a) Se exime de pagar arancel:

31. *Aureum Opus*, p. 72-75. Miguel GUAL CAMARENA, *Vocabulario del comercio medieval*. Tarragona, Ediciones de la Diputación Provincial, 1968, p. 69-74.

— A los vecinos de Valencia-capital y su término y de lugares del reino.

— A los forasteros llegados para asentarse en el reino o que juraran establecerse o tomaren esposa en el mismo.

— Al tráfico de astas y puntas de lanza, de hierro y acero y sus manufacturas.

— Las operaciones de compraventa realizadas por forasteros en la ciudad sin propósito de exportación («mercibus et rebus quos emerit infra civitatem si in civitate vendederit»).

— La importación de cueros para curtirlos en la ciudad y exportarlos.

— El tráfico de paños y telas y sus confecciones, de mercancías transportadas en caja; de hilaturas de lana, lino y estopa; de raudor, tanino y carbón.

b) Se regula el «retorno» al amparo del cual se dispone que al forastero que exporte se le retornará paritariamente lo que hubiere pagado por mercancías importadas («pro pedatico decem solidos levet et retineat alios decem solidos... el sic secundum maius et minus quod pro pedatico detur»).

c) Se establece la ilegalidad de la práctica del naufragio y se declara la obligación de restituir a sus dueños, cualesquiera que fueran, del reino o extraños, las mercancías y enseres que arribaran del mar al litoral del reino con motivo de tempestad de tiempo o de otros riesgos.

d) Para estimular el corsarismo, en especial en el ámbito de Ysania, se regulan la subasta de las capturas y se ordena :

— Exención del pago de aranceles a los vecinos del reino de Valencia.

— Aranceles moderados clasificados según los tipos de embarcación (naves y galeras, leños de «una tira», barcas de 16 a 30 remos, barcas de menos de 16 remos).

56. Valencia 1245, año en el que se otorga el estatuto de creación de la jurararía, vista a través de los datos mencionados, ofrece la imagen de una ciudad con un sector secundario en desarrollo, en especial en las tres ramas que alimentarán las exportaciones (curtidos de pieles, drapería, tintorería), con agrupaciones de oficio (en particular zapateros y herreros), con carnicerías en dos barrios («unus dicitur Albanecha et alius Bigaldo»), tablas de cambistas y mercado semanal y feria anual en la primera quincena de agosto (§ 7): lo cual sugiere un

pulso comercial activo en una ciudad que comenzaba a acomodarse muy lentamente a cambios urbanísticos (en 1243 se cita en diversas ocasiones la «Platea nova»).

Valencia había iniciado su despegue. En los años ochenta la ciudad contaba con gremios de artesanos organizados y, al parecer, muy operantes tanto en la vida económica como en la participación política, en las siguientes ramas: pañeros, marineros, bruneteros (fabricantes y vendedores de «brunetas»), freneros, zapateros, sastres, pellizeros, peleteros, carniceros, correeros, carpinteros, herreros, pescadores, barberos y notarios.

Mallorca: repoblación e institucionalización

57. Mediado el siglo XIII Mallorca parecía recuperada —por lo menos en lo que afecta a las estructuras económicas— de las secuelas de la conquista.

«E de l' hora ençà —se comenta en la Crónica real aludiendo a 1232, cuando se logró la rendición de los resistentes en las montañas de Tramontana— no hac mester nostra ajuda l' illa de Mallorques, ans l' ha nostre Senyor multiplicada que val dos tants que no faia en lo teps dels sarraïns»³². Pienso que el comentario, pese a su notorio tono triunfalista, al margen de la natural satisfacción del rey que contemplaba el reino como hechura suya, tiene sentido y que responde en líneas generales a los moderados logros alcanzados, satisfactorios y positivos en el orden político-económico.

58. El «repartiment» en Mallorca se practicó con racionalidad en lo que cabe, asesorados los repartidores por expertos musulmanes, sobre un marco base y unas coordenadas maestras elementales.

La forma como se produjo la conquista de la ciudad, no por capitulación —como suele ser norma generalizada en la reconquista peninsular—, sino tomada al asalto, sin cuartel, y los condicionamientos estratégicos derivados de la insularidad influyeron para que se aplicara

32. Nicolau d'OLWER interpreta que la parte de la crónica relativa a la conquista de Mallorca y acontecimientos ulteriores, a la que corresponde el párrafo citado —núm. 124—, se elaboró quizá hacia 1244 durante el asedio de Xátiva (*La crònica del Conqueridor i els seus problemes*. En «Estudis Universitaria Catalans», 11, 1926, p. 80-81). Ferrán SOLDEVILA entiende que dicha parte fue redactada «después de 1252» (*Les Quatre cròniques*, p. 254).

a la población musulmana un tratamiento de dureza, sin que se le otorgara —por lo que consta—, ningún estatuto especial de autonomía.

La continuidad de los musulmanes en cautividad, libertad condicionada o libertad plena, está probada aunque la escasez de datos dificulta cuantificaciones. La norma más general fue el sometimiento de los que lograron sobrevivir a cautividad; si bien se aplicaron fórmulas pragmáticas —convenidas bilateralmente— para facilitar en beneficio de ambas partes —el señor y el cautivo— el acceso a la emancipación mediante el trabajo en el sector de servicios, primario y secundario, según tengo documentado.

Por otra parte, parece —a juzgar por las frecuentes referencias a «baptizati»—, que el proceso de cristianización y de paulatina integración de los conversos en los niveles inferiores de la nueva sociedad, debió producirse a considerable ritmo, sin que consten presiones importantes —las ambientales eran o podían ser de por sí de entidad suficiente— ni graves tensiones, lo que no significa ni quiere significar que no se produjeran.

Tras la conquista se asentaron en Mallorca como queda indicado (§§ 30-31) repobladores de variada procedencia (a partir de 1240 está documentado el linaje de los Gallego: Martín, Domingo, Bartolomé y Jacobo; y, transitoriamente el de los Santa María: García de Santa María y Ramón de Santa María), catalanes en su mayor parte, y al amparo de una política de amplia tolerancia, muy realista, se asentó una dinámica comunidad judía.

59. La recuperación económica agraria se practicó al amparo de contratos de arrendamientos y de enfiteusis, aunque en las primeras décadas también la aparcería desempeñó función importante. Sólo en el año 1240 —a los diez años de la conquista—, constan, los he transcrito y estudiado, once contratos de arrendamiento, ocho de enfiteusis, tres de emancipación de cautivos por el trabajo (el cautivo accedía a la libertad mediante el pago a plazos de una cantidad determinada en el contrato, derivada del producto que se obtuviere de las tierras que, con la simiente, el utillaje y el ganado adecuado, recibía para cultivarlas en las condiciones que se precisaban), dos contratos de sociedad ganadera y uno de sociedad agraria.

La recuperación económica urbana se apoyó en particular sobre el tráfico marítimo, potenciado tras la conquista, que contribuyó a reactivar la función de Mallorca y del área balear, como mercado medite-

rráneo de redistribución, sobre todo en relación con la ruta más importante, la de Berbería, al amparo de la bula «Cives Majoricarum» de 1240 que autorizó el libre comercio con sarracenos excepto productos vedados («equos, mulos, arma, ferrum et lignamina et victualia»).

En cuanto al sector secundario los datos, aunque hoy muy escasos, son indicativos de que la conquista tampoco conllevó la ruptura sino que promocionó en lo posible la continuidad de la artesanía musulmana en especial en las ramas que alcanzaron con el tiempo mayor incidencia en la exportación: tejidos y pieles.

60. En la elaboración del estatuto de 1249 sobre creación de la jurararía debieron participar emisarios de la comunidad de Mallorca llegados a Valencia en junio. Pienso que la negociación pudo comenzar a primeros de julio, dado que el 30 de junio se otorga una resolución a demanda de los prohombres de Perpiñán que prohíbe a los oficiales reales cerrar en Villamarchant obradores de paños de perpiñaneses.

El instrumento de creación de la jurararía va datado el 7 de julio, lo promulga el rey, lo diligencia «Petri Andree qui mandato domini regis pro Guillelmi Scriba, notario suo, hoc escribi fecit», y figuran como testigos Guillem de Anglesola, Guillem Aguiló, Guillem de Montcada, En Carroz, señor de Rebollet, y Ramon Saguardia; pero el acuerdo estaba adoptado en firme el 6, pues ese día el privilegio concediendo a la comunidad la administración del «jus Portupini» (un dinero de anclaje pagadero por las naves que recalaran en el puerto de Portopí), va dirigido a los «jurati et probis hominibus et universitate Majoricarum», mientras los privilegios diligenciados el día anterior, 5 de julio, se otorgan a los pobladores, «universis habitatoribus civitatis et insule Majoricarum».

61. La negociación del estatuto se realizó en el marco de conversaciones más amplias sobre materias de interés fundamental para la institucionalización y desarrollo socioeconómico de Mallorca, según criterios políticos sin querencias de cuño feudal, tendentes al logro de los siguientes objetivos:

a) *A promover la honestidad administrativa.* — La disposición «Quod oficiales non emant possessiones», prohíbe e invalida la adquisición, aunque se realizara mediante arbitrios encubiertos, de bienes inmuebles por los lugartenientes reales, bailes o veguers o sus lugartenientes durante el período de ejercicio del cargo.

b) *A ampliar las competencias de la comunidad.* — La resolución

ya citada «*Quod dat habitatoribus Majoricarum jus Portupino*», revoca la concesión de recaudar el derecho de Portopí otorgada a Berenguer Assopart y la encomienda a los jurados y prohombres de Mallorca, a efectos de constituir un fondo destinado a financiar los gastos de conservación de la cadena que cerraba el puerto, de mantener sus instalaciones y del dragado del puerto.

c) *A estimular la repoblación.*

— El privilegio «*Quod homines Majoricarum non teneantur redimere*», libera a los que se establecieran en Mallorca para repoblarla de prestar cualquier modalidad de redención personal, «*aliqua consuetudine generali vel speciali contra hoc non obstante*», a sus señores en Cataluña o en cualquier otro territorio de la Corona mientras dejaran las tierras a las que estuvieron vinculados.

— El privilegio «*Quod pro aliquibus causis criminalibus vel civilibus non trahimini extra insulam Majoricarum*», determina que dichas causas se sentenciaran «*infra eadem insulam*», sin que los pobladores tuvieran que salir a dichos efectos de la isla, pues sólo estaban obligados a responder y a estar a derecho en la misma, ante la curia real o señorial pertinente.

d) *A fomentar el desarrollo económico.*

— El privilegio «*Quod fiant forum in civitate*», autoriza el mercado en la ciudad, a celebrar intramuros los sábados, según sigue practicándose.

— El privilegio «*Quod non solvant pro usuris nisi quatro denarios*», limita los intereses pagaderos a judíos al 20 por 100 anual (cuatro dineros mensuales por libra), confirmando ordenanzas promulgadas sobre contratos de préstamo o de naturaleza similar.

— El privilegio «*Quod infra duos annos nullus in Portupino marcetur vel pignoravetur*», prohíbe aplicar en el puerto de Portopí, en el entorno de la ciudad, o en cualquier otro lugar de la misma o de la isla de Mallorca, marca o embargos de bienes de personas privadas o extrañas, en especial de genoveses o pisanos, a efectos de amparar y desarrollar el tráfico³³.

33. Pub. AGUILO, *Antichs privilegis*, B. S. A. L., 5 (1893), p. 109-113. Ver nota 11.

Cataluña: Usatges, Constituciones de paz y tregua y problemática sociopolítica

62. Mediado el siglo XI —concretamente en 1040— Barcelona vivió una jornada tensa cuando en el curso de acaecimientos confusos fue apedreado el palacio condal desde el campanario de la catedral y otros lugares del entorno, en el contexto de la confrontación existente entre el conde Ramón Berenguer I y el obispo Guislabert.

Carmen Batlle interpreta los hechos como testimonio de que los barceloneses «tenían la fuerza suficiente para osar intervenir en los conflictos entre el poder civil y el eclesiástico» y entiende que a la sazón en Barcelona existía «una naciente oligarquía que dirigiría a los demás y luego constituiría la base del primitivo gobierno ciudadano»³⁴.

En todo caso, dicha confrontación, como otras que se producen luego de 1041 a 1059 entre el conde de Barcelona y ciertos magnates feudales que apoyaban al vizconde Miró Geribert, más bien contribuyeron a fortalecer el prestigio y el poder condal que a debilitarlo.

63. Los Usatges de Barcelona promulgados entre 1058 y 1068, según la cronología de Ferrán Valls, por Ramón Berenguer I, «comte e marquès de Barcelona, subjugador de Espanya», asesorado «dels seus prohomens» y «ab la molt sàvia muller sua Adalmús», se encaminan a establecer una normativa jurídica para un modelo de sociedad en abierto y acelerado proceso de feudalización, y articula un sistema penal de extrema dureza, para adecuarlo a las circunstancias concurrentes desde hacia tiempo —por lo menos desde comienzos del siglo X—, que discurrían bajo el signo de la violencia.

Los Usatges, en este sentido —pues la normativa contempla aspectos muy variados de la realidad cotidiana política y socioeconómica—, instrumentan un ordenamiento procesal punitivo pensado para disuadir y, en su caso, penalizar a los que, cualquiera que fuere su condición social, desde el vasallo al magnate, se situaran fuera de ley.

A los efectos indicados los Usatges —calificados como primer código feudal de Occidente—, potencian la autoridad del príncipe, la potestad del conde de Barcelona, en el marco de los parámetros establecidos, entre otros, en los siguientes Usatges:

— 3. *Cum dominus*. La normativa de los Usatges suplirá los va-

34. BATLE, *Barcelona siglo XV*, p. 33-34.

cíos de las «leys godes» —del *Liber Judiciorum*—, cuya vigencia se ratifica; y su promulgación se efectúa en base a lo que se dispone en el *Libre del Jutge* que faculta al príncipe para «ajustar leys —para ordenar nuevas leyes— si justa novetat de plets ho requerrá».

— 69. *Item statuerunt*. El príncipe asume el poder legislativo al amparo del principio «Car ço que al princip plau ha forza de ley»; pero no es la única fuente de derecho, pues el Usatge 81 *Iudicia curiae* dispone que en defecto de los Usatges procederá acudir «a las Leys —al derecho común— e al arbitre del príncep e a son juy de la cort», y el Usatge 139 *Unaqueque gens* estatuye «cascuna gent a si mateix elegeix pròpia ley per sa costuma, car longa çostuma per ley es».

Dicho Usatge define: «Ley es especial dret. Us es longa costuma solament tretà de usos. Costuma es un dret instituit de usos, la qual per ley es rebuda, car ço que rey ne emperador mana constitució o edicta es apellat». Es decir, los Usatges reconocen la costumbre como fuente de derecho y la equiparan de facto con la ley, aunque supeditada a la «constitució», atributo del príncipe.

— 90. *Iudicium in curia data*. Los fallos pronunciados por la justicia —«juy donat en cort o donat per jutge elet de cort»— son ejecutivos; el que no los acate quedará en persona y bienes a merced del príncipe, «car —se argumenta— qui rebuja lo iudici de la cort, falsa la cort, e qui falsa la cort damna lo príncep, e qui lo príncep damnar voldrà sie punit e damnat tot temps ell e sa primogenitura».

— 95. *De mulieribus*. Aunque la corte administre la justicia, el poder judicial, la suprema facultad de penalizar y de perdonar, asentado sobre el principio de que «la terra no pot viure sense justicia», lo asume el príncipe. El Usatge establece: «Es dat a la potestat de fer justicia, e axí com los és dat de fer justicia axí lus es degut de perdonar e de jaquir aqui.s vullam».

— 93. *De magnatibus*. La alta justicia sólo incumbe al príncipe. Los magnates —«ço es a saber, comtes, comdors e varvessors»— en ningún caso podrán «turmentar ne punir» a los culpables, «ço es, penjar per justícia, ne edificar novament castell contra lo príncep», ya que dichas competencias sólo corresponden al príncipe («car aquesta força no es otorgada de fer sino a les potestats»).

— 94. *Quia justicia*. Especifica el alcance concreto, muy amplio por cierto, de la alta justicia. «Car fer justicia dels malfaytors es donat solament a las potestats, ço es dels homeyers, dels adúlter, dels met-

ziners, dels ladres, dels robadors, dels bausadors e dels altres malfaytors».

Sólo el príncipe o los oficiales suyos delegados pueden ordenar penas de muerte o de mutilación de miembros o de cárcel prolongada: «trençar los peus, trer los ulls, tenir presos en távega lonch temps, e si mester es penjar lo cors a la per fi». El Usatge 81 *De mulieribus* enumera las penas aplicables a las mujeres: «tolre lo nas, els lambrots, e las orellas, e las mamellas»³⁵.

64. Las Constituciones de paz y tregua complementan la normativa de los Usatges y son fuente de base para aproximarse al conocimiento —y en dicho sentido los saco a colación— de la paulatina delimitación de las competencias del veguer real en orden a salvaguardar la paz pública, en aplicación de una filosofía política compleja que, por una parte tiende a prestigiar moderadamente el poder real y por la otra a coartar los abusos de autoridad de los oficiales reales, ello en el marco de una sociedad feudalizada proclive a promover y consolidar en las áreas rurales los poderes señoriales y a amparar en los ámbitos urbanos los intereses de los «mayores» frente a los «menores».

Un análisis de las Constituciones de paz y tregua, en lo que afecta al amparo del orden público, afectado por el espiral de las venganzas familiares y de las guerras privadas, permite configurar el siguiente cuadro relacionado cronológicamente y relativo a las Constituciones que se mencionan:

— *Barcelona* 1131. Los contraventores de la paz establecida repararán el daño producido en el término de quince días. Los que en dicho término no lo hicieren pagarán composición doble. Esta constitución aplica el Usatge 98 *Omnia malefacta* que obliga al malhechor a «esmenar en doble».

— *Fontaldera* 1173. Transcurrida la quincena si el infractor y sus cómplices no reparan el daño se les marginará de la paz y, en su caso, serán excomulgados por el obispo.

— *Gerona* 1188. El infractor de la paz además de reparar el daño pagará multa de 15 sueldos al veguer real. Si su señor no le obliga, los perjudicados podrán querellarse, transcurridos veinte días, ante el obispo o el veguer real.

35. *Usatges de Barcelona i Conmemoracions de Pere Albert*. A cura de Josep ROVIRA I ARMENGOL. Editorial Barcino, Barcelona 1933, p. 208, 224, 228, 232-233, 245.

— *Barcelona* 1192. Si el infractor repara el daño en el plazo de quince días pagará multa de 30 sueldos si no lo hace la multa será de 60 sueldos, a repartir mitad por mitad entre el obispo y el veguer real.

Todos los que fueren convocados están obligados a auxiliar al obispo y al veguer real contra los infractores de la paz declarados culpables. El que no pudiera asistir personalmente enviará sustituto o sustitutos.

— *Barcelona* 1200. Los que violaren la paz depositarán prenda de reparación en poder del veguer real.

Las cuestiones que se suscitaren entre vasallos de iglesias o monasterios, si el querellante presenta demanda ante el veguer real, éste la remitirá al señor correspondiente; pero si transcurridos quince días no se administra justicia, el veguer, en función supletoria, podrá administrarla.

— *Puigcerdá* 1207. Si el violador de la paz detenta alguna fortaleza por el rey, entregará de inmediato la potestad de la misma al ser requerido.

El señor del infractor debe obligarle a reparar el daño; de no hacerlo el rey o el veguer podrán ocuparle el feudo a los pertinentes efectos.

— *Lérida* 1214. En las ciudades los ciudadanos y el pueblo, con el consejo del obispo, elegirán dos paciarios, «unum de majoribus et alterum de populo», facultados para velar por la normativa de paz y tregua y su correcta aplicación.

Los paciarios prestarán juramento ante el veguer de la ciudad que, a su vez, debe jurar defender la paz. Corresponde al procurador (el conde regente Sancho), nombrar y destituir a los vegueres.

— *Villafranca* 1218. El infractor de la paz si es rústico o villano («rustici vero vel homines villarum») pagará multa de 20 sueldos; si es caballero de 40 sueldos de moneda de terno, mitad al rey, mitad al obispo.

— *Tortosa* 1225. No podrá ordenarse embargo contra mercader forastero mientras no sea deudor principal o fianza, y en dicho supuesto la autoridad competente sólo será el veguer real.

El infractor de la paz que no reparare el daño será excomulgado por el obispo y excluido de la paz por el veguer y los paciarios. El

veguer actuará contra él incluso en el supuesto de que se inhibiera el obispo.

Los perjudicados podrán querellarse ante el veguer real para instar reparación del presunto daño según justicia.

El veguer real será competente en cuestiones suscitadas entre vasallos de iglesias y monasterios cuando el señor propio no administre justicia en el término de quince días.

El veguer real dismantelará las fortalezas de nobles infractores de la paz si no reparan el daño producido.

Se instará ante el veguer real cualquier violación de la paz. El contraventor si es caballero u hombre de villas («milites vel eorum filii sive baiuli vel homines villarum») pagará multa de 120 sueldos barceloneses; si es rústico o de condición similar pagará 40 sueldos, a repartir entre el obispo y el rey.

— *Barcelona* 1228. Los mayores de catorce años que no juren respetar la paz serán excomulgados.

El veguer durante un quinquenio será nombrado graciosamente por el rey entre los pobladores de la diócesis correspondiente.

El veguer jurará mantener la paz en presencia del obispo y ante el pueblo de la ciudad o villa.

El veguer podrá nombrar subvegueres sólo en los lugares acostumbrados de la veguería.

El veguer no admitirá a su servicio gentes de mala fama («latrones vel homines culpabiles sive infamatos»).

El veguer no admitirá dádivas por administrar justicia, ni aplicará tormentos sin conocimiento del juez o mandato del rey.

El veguer no tomará albergue ni exigirá prestaciones en lugares de religiosos³⁶.

65. La carta puebla otorgada a Tortosa por Ramón Berenguer IV en 1149 establece —como ha señalado Font Rius—, un modelo nuevo que descarta los malos usos y reconoce libertades importantes a los pobladores y marca el contrapunto entre Catalunya vella, feudalizada, y Catalunya nova, abierta a horizontes de libertad.

¿Cuál fue su influencia en la promoción política y en el ámbito de las relaciones socioeconómicas? Como es sabido, sobre la normativa

36. *Cortes de Aragón, Valencia y principado de Cataluña*. Vol. I, *Cortes de Cataluña*. Madrid, Real Academia de la Historia, 1896, p. 59-60, 65, 69-70, 74, 84, 82-88, 92-94, 98-99, 105-109, 117-118.

de dicha Carta se modelan las otorgadas a Lérida en 1150, a Agramunt en 1163, a Balaguer en 1174 y a Mallorca en 1230. Sin embargo, en las áreas rurales de Catalunya vella prosiguió la consolidación del proceso de señorialización.

Ciertas normas adoptadas en la curia celebrada en Cervera en 1202 —las denominadas Cortes de Cervera— pueden ser significativas. La constitución *Si dominus suus rusticus maletractaverint* faculta a los señores a maltratar a sus vasallos sin incurrir por ello en responsabilidad ante el rey, salvo el caso de que detentaran el feudo por el rey; y la constitución *Hominem alterius* prohíbe acoger al vasallo sin licencia y voluntad del señor propio³⁷.

Es obvio subrayar el importante alcance social —de flagrante injusticia social— de dichas constituciones, que ponían al vasallo en situación de total desamparo. La primera legaliza el «ius maletractandi», a cuyo tenor el señor podrá maltratar arbitrariamente al vasallo, encarcelándole y arrebatándole lo que poseyera, no según derecho sino, sencillamente, según capricho del señor. La segunda asienta las bases para la legalización del sistema de «remensa» o redención personal, dado que vincula el vasallo al feudo al prohibir que se le ampare sin voluntad y licencia del señor propio, lo que implica negociar su consentimiento, es decir, la redención o autorredención del vasallo.

¿Hasta qué punto se aplicaron dichas constituciones? Si los señores tienden a legalizar, y lo logran, lo que venía siendo práctica tolerada, pudiera pensarse que lo imponen en respuesta a una situación de creciente inquietud y para coartar fugas de vasallos en momentos en que la necesidad de repobladores, sobre todo en lugares de frontera, obligaba a establecer en ciertos territorios normativas apoyadas en la libertad para atraer a las gentes.

66. En las áreas urbanas al parecer se consolidan los intereses de los «mayores», aunque los datos son tan escasos que aconsejan la mayor cautela al analizarlos. Respecto a Barcelona, por ejemplo, sólo obran referencias esporádicas de naturaleza indiciaria sobre el desarrollo del sector secundario en determinadas ramas (herrereros, peleteros, sastres, cuchilleros, drapers).

37. *Cortes de Aragón*, I, p. 86-87. Eduardo DE HINOJOSA, *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la edad media*. «En «Obras de don Eduardo de Hinojosa», tomo II, Estudios de Investigación. Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1956, p. 113-116.

A juicio de Carmen Batlle, en las ciudades «aumentaba el peso de los menores», pues aunque de inferior condición social «disfrutaban de la misma condición jurídica que los demás y contribuían al pago de las imposiciones exigidas por el rey». Y, a tal efecto, la Constitución de la asamblea de paz y tregua de 1214 de Lérida ordenando que de los dos paciarios elegidos por los ciudadanos y el pueblo uno tenía que ser del pueblo, y la de la asamblea de Tortosa de 1225 que señala multa de 40 sueldos si el infractor de la paz es rústico y de 120 sueldos si es caballero, sugieren cierta tendencia a reducir el desfase social.

Sin embargo, ¿se potencia la participación de los menores en la administración de la comunidad? Si la Constitución de 1214 se aplicó en las ciudades es posible que dicha participación se incrementara. Mas parece ser que no ocurrió así. «Poco a poco los mayores —explica Carmen Batlle— consiguieron que la carga más pesada de los impuestos recayera sobre la clase trabajadora y acapararon al mismo tiempo los puestos de responsabilidad del incipiente municipio. Por eso el choque entre los mayores y los menores era inevitable a la larga en Barcelona»³⁸.

En la primera mitad del siglo XIII Barcelona —según la interpretación aceptada— vive un proceso sociopolítico regresivo porque ya apunta el sistema preoligárquico, en el que los que proporcionalmente contribuyen más al mantenimiento del gasto público son los que participan menos en la administración. Dicho sistema se consolida en la segunda mitad del siglo XIII y se desarrolla durante el XIV, bloqueando la evolución de las instituciones municipales barcelonesas.

67. ¿Por qué se aplica a Barcelona en 1249 el modelo de estructura municipal instaurado en Valencia en 1245? Font Rius conjetura que pudo producirse una convergencia entre la política municipalista de la Corona y el conocimiento pragmático del buen rodaje del estatuto de Valencia a través del testimonio de barceloneses afincados tal vez a raíz de la conquista en Valencia como «Guillem de Lacera, nom coincident precisament amb el d'un d'aquells quatre paers de Barcelona designat pel rei d'abril de 1249... i un tal Romeu Durfort, tal vegada emparentat amb Berenguer Durfort, un altre dels paers».

La conjetura de Font Rius es acertada. Ni Guillem de Lacera ni

38. BATLE, *Barcelona siglo XV*, p. 34-35.

Romeu Durfort constan en el *Libre del repartiment* como afincados en el reino de Valencia, pero es probable que formaran parte del entorno real dado que ambos figuran «entre els presents en la promulgació de la Costum, el primer nucli dels Furs de València».

Es seguro, por otra parte, que dos —Arnau de Sanahugia y Berenguer Durfort— de los cuatro paers a los que en abril de 1249 el rey encomendó la función de administrar Barcelona facultándoles para designar a los consellers que consideraren, estaban afincados en el reino de Valencia.

A Arnau de Sanahugia se le asignan en el «repartiment» en agosto de 1238 —antes de que Valencia capitulara—, las casas de Alhax Alfatel, un huerto y ocho yugadas de tierra en Pala Beniador; y a Berenguer Durfort se le asignó un patrimonio similar: las casas de Mahomet Uarat, el huerto de Mohamet Abenixe y ocho yugadas de tierra en Alboaybera.

El que tres de los cuatro paers —todos menos Jaume Giralt— estuvieren relacionados con la institucionalización o repoblación del reino de Valencia parece significativo. Significativo de su relación con Valencia y de que, posiblemente, eran hombres del entorno del rey. Es revelador que el rey nombrara a Berenguer Durfort en el otoño de 1228 batle real de Mallorca (§ 12).

Los paers nombrados en abril de 1249, ¿eran en cierto modo instrumentos del rey? Si no instrumentos del rey sí que pudiera considerárseles hombres de su confianza. No hay que descartar la eventualidad de que se les nombrara con el cometido de allanar el camino político para preparar la instauración en Barcelona precisamente del sistema de cooptación aplicado en Valencia e instrumentado para Barcelona en el estatuto de 27 de julio de 1249³⁹.

Normativa estatutaria

68. Las fórmulas de notificación e intitulación utilizadas en los estatutos de 1245 y 1249 manifiestan que son concesiones gratuitas que el rey, en ejercicio de su soberanía, otorga a las comunidades de Valencia, Mallorca y Barcelona, con vigencia supeditada a su beneplácito, a su voluntad.

39. *Repartiment de Valencia*, p. 65 y 85. FONT, *Régimen de Cataluña*, p. 479. FONT, *Municipalitat de Barcelona*, p. 42, 46.

La expresión «in perpetuum» que figura en dos ocasiones en el privilegio de Mallorca es de alcance más formal que sustancial, condicionada a la eficacia y honestidad de su comportamiento («dum modo...bene et fideliter se habuerint»); por ello en 1273 la universidad de Mallorca instó al rey para que de modo expreso —acaso porque corrían rumores sobre proyectos de reforma— confirmara la vigencia del sistema, según les otorgó («Possitis eligere et habere et eligatis ac habeatis iuratos in civitate Majoricarum singulis annis de cetero pro ut in carta quod inde a nobis habetis plenius continetur»).

En el estatuto de Valencia el monarca retiene la facultad de revocar la juraría de requerirlo, a su juicio, las circunstancias («Possimus statutum hujusmodi revocare et ipsos iuratos prorsus a dicte administrationis officio removere»); y en el de Barcelona donde quizá la problemática era más tensa se hace constar que se trata de un otorgamiento a beneplácito («Durare volumus quamdiu nobis plaquerit»), y que por lo tanto su vigencia dependía de la voluntad real que podía «ipso facto» anularlo («Prefate concessionis nullam habeam firmitatem nec contra voluntatem nostram possint in aliquo convalescere, sed ipso facto cum nos voluerimus... irrita et inania censeantur»).

69. Los cargos de jurats, paers y consellers eran de aceptación obligatoria, sin que pudiera alegarse excusa para recusarlos («Nec aliquis civis aliqua causa possit excusare vel occasionem pretendere quam dicti officii onus subeat et recipiat»). Además eran cargos gratuitos con prohibición en los estatutos de Valencia y de Mallorca de percibir «salarium, donum, servitium, percatium nec aliquid aliud», y en el de Valencia con obligada dedicación preferente al oficio («dimisis suis propriis negotiis»).

El estatuto de Barcelona contempla la posibilidad de asignar a los paers salarios si la comunidad lo considera y a costa de la propia comunidad; no obstante, también dicho estatuto mantiene el principio de la gratuidad del oficio («Non accipiat donum, servitium vel percatum... sed gratis et sine aliquo pretio... gubernatione... intendere teneatur»).

El mandato de jurats, paers y consellers era anual y no reelegible, con un período de vacancia de un año («Et illi qui uno anno dictum officium tenuerit sequenti non teneat»). Los jurats y paers podían designar libremente a los consellers en el número que consideraren.

Respecto a Mallorca y Valencia no consta si se estableció la cos-

tumbre de elegir un número determinado de consellers como acaeció en Barcelona donde los paers elegían ocho consellers. Tampoco constan los criterios aplicados para elegirlos. En los estatutos se recomienda que deben ser elegidos entre los capaces y fieles. Como los magistrados podían elegir a los que quisieren y como la filosofía del sistema tendía a integrar equipos coherentes, es natural que al designarlos quizá se valorara sobre todo la lealtad y en un segundo plano la capacidad y eficacia.

70. Al finalizar el año de su mandato los jurats de Valencia debían elegir por cooptación cuatro jurats, los de Mallorca seis jurats y los paers de Barcelona cuatro paers.

¿Cuál era el alcance de la discrecionalidad? Los estatutos prohíben, sin duda para coartar la monopolización del poder por linajes determinados, la elección de más de un magistrado de la misma casa («Et de uno hospitio unus tantum et non plures ullatenus eligantur»). Aparte de ello disponen que los magistrados salientes deben elegir a los que, a su juicio, fueron los mejores, más idóneos y útiles para asumir el oficio («utiliores et meliores et digniores»), y que la elección debe practicarse con objetividad marginando todo lo susceptible de dificultar o comprometer la designación de los mejores, más dignos e idóneos.

En el estatuto de Mallorca se dispone además: «Volumus etiam quod annuatim sit miles unus iuratus ex illis sex iuratus». ¿Cuál es el sentido de la disposición? ¿Que por lo menos uno de los jurados fuera caballero o que sólo podía designarse un jurado caballero?. La disposición tiende a garantizar la presencia de por lo menos un caballero en el equipo de jurats. Pienso que los emisarios que participaron en Valencia en la negociación del estatuto debieron solicitarlo para que en una sociedad donde, por entonces, no eran numerosos los caballeros y en la que ciudadanos y mercaderes eran influyentes, no fueran marginados los caballeros. Entre 1249 y la aplicación en 1718 del decreto de Nueva Planta uno de los seis jurados —lo que equivale al 16 por 100— perteneció al estamento militar.

En la elección de los nuevos magistrados, ¿cuál era la competencia de los consellers? el estatuto de Valencia no menciona nada sobre la materia. ¿Por qué? Acaso se consideró obvio mencionarlo, pues si la función de los consellers era aconsejar a los jurats ¿cómo no oír su parecer en materia tan fundamental como la elección del nuevo equipo de jurats?...

Los estatutos de Barcelona y de Mallorca especifican que los magistrados cesantes designarán a los entrantes «cum consilio consiliarum eorum» o «requisito consilio consiliarumque»; es decir, oído el consejo de los consellers; consejo no vinculante pues ni se trataba de practicar una elección «a les mes veus» ni los magistrados estaban obligados a atender el criterio de sus consellers, pues a fin de cuentas el sistema se basaba en su libertad responsable para elegir a sus sucesores.

71. En la renovación de los magistrados ¿qué función competía a los oficiales reales? El estatuto de Valencia ni siquiera los menciona. El de Barcelona dispone que la elección debe efectuarse «presente et consentiente vicario nostro», y el de Mallorca «cum bajulo nostro in simul presente et consentiente».

De la literalidad estatutaria se desprende que en Valencia la elección la practicaban los jurats en solitario el día de San Miguel (29 de septiembre); en Barcelona el día de la Ascensión del Señor reunidos los paers con su consejo presente el veguer; y en Mallorca el día de la Natividad del Señor reunidos los jurats con los consellers en presencia del batle.

¿Qué alcance tiene la expresión «presente et consentiente»? ¿«Consentiente» equivale a asenso, a consenso, a consentir, a permitir, a licencia...? «Consentiente» equivale a licencia, a consentir no a consenso o a aprobación. La elección debía practicarse en Mallorca y en Barcelona con licencia y en presencia del oficial real —batle en Mallorca y veguer en Barcelona— pero los elegidos no necesitaban su anuencia. El oficial real autorizaba con su presencia el acto pero no podía vetar a los elegidos. Su presencia era testimonial y protocolaria.

72. El estatuto de Valencia no especifica la fórmula del juramento a prestar por los jurats y paers que figura en los de Mallorca y Barcelona. En cualquier caso los magistrados elegidos antes de que comenzaran su mandato debían personarse ante el rey y en su ausencia ante el baile y el curia en Valencia, ante el baile en Mallorca y ante el veguer y el baile en Barcelona, para prestar juramento en acto público y solemne y ante los prohombres convocados al efecto.

En la fórmula de juramento se obligan:

— A mantenerse fieles al rey y salvaguardar su dominio y derechos.

— A promover el provecho de la comunidad y de los pobladores.

— A realizar su cometido sin percibir salario, precio o donativos

(en la fórmula del juramento de los paers se matiza: «preter salarium de comuni constitutum»).

— A designar consellers fieles y eficaces.

— A elegir como nuevos magistrados al finalizar su mandato a los que, en conciencia, consideraren más dignos.

Los jurats de Mallorca prometen además no asumir jurisdicción ordinaria ni arbitraria, y los de Barcelona guardar secreto en asuntos convenidos.

73. Incumbía a los magistrados:

— Gobernar, administrar y regir los asuntos públicos con lealtad al rey y provecho de la comunidad.

— Prestar ayuda a los oficiales reales y aconsejarles (en Valencia al baile y al curia; en Mallorca al lugarteniente real, al baile y al veguer; en Barcelona al veguer y al baile), cuando dichos oficiales lo requirieran.

— Requerir el consejo de los consellers y de otros prohombres convocados, cuando lo consideraren, conjuntamente con los consellers.

El estatuto de Mallorca no contempla el secreto de oficio, pero el de Barcelona establece que los paers y los consellers no revelarán materias convenidas o clasificadas como secretas, y el de Valencia dispone que se practicará el secreto de oficio aunque no mediara juramento de guardarlo y que las materias clasificadas como secretas no podían ser reveladas ni siquiera al rey.

74. ¿De qué medios disponían los Consells para cumplir su cometido? ¿Poseían facultades normativas? Nada se precisa sobre dichas importantes competencias en los estatutos de Valencia y Mallorca. ¿Por qué? Tanto en Valencia como en Mallorca la comunidad de prohombres estaba facultada para ordenar repartos entre los vecinos y elaborar ordenanzas con el asentimiento y de conformidad preceptiva del oficial real pertinente. Si los estatutos no contemplan las mentadas competencias procede entender que los jurats que asumen las funciones antes ejercidas por la comunidad de prohombres también asumen las competencias de orden normativo y fiscal.

El estatuto de Barcelona dispone que todos los ciudadanos y habitantes de la ciudad jurarán pagar con fidelidad lo que ordenaren los paers y obedecer las disposiciones que elaboraran en provecho del rey y beneficio de la ciudad; facultades que en todo caso estaban supeditadas al dominio, derecho o mandato del rey.

Además, los paers cesantes, el mismo día del cese, debían dar razón —no rendir cuentas— del estado contable a los entrantes.

75. El estatuto de Mallorca precisa que los jurats prometerán no asumir jurisdicción ordinaria ni arbitraria. El de Barcelona es conceptual y formalmente más tajante y aclaratorio: los paers no ejercerán en ningún caso jurisdicción sobre los ciudadanos o habitantes; la administración de la justicia incumbe al veguer asesorado por los prohombres y los paers.

Las diferencias de matiz reflejan la tendencia a separar las funciones administrativas de las judiciales. La administración era ámbito prioritario de las magistraturas municipales; la justicia era área prioritaria de los oficiales reales. Ahora bien, ¿por qué a los paers se les faculta para asesorar en la administración de la justicia a los veguers y no se faculta a los jurats? Se trata de distintos niveles de evolución institucional.

El asesoramiento que se reconoce a los paers es como reminiscencia consuetudinaria, acaso más testimonial que efectiva, de tiempos en que las funciones administrativas y las judiciales venían a ser como áreas homólogas. Todas las referencias documentales conocidas anteriores a 1225 —excepto el estatuto sobre equivalencia monetaria de 1222— relativas a magistrados municipales de Barcelona se relacionan con su participación en asuntos judiciales. En 1249 las circunstancias eran otras pero en el estatuto se respeta la tradición sin duda, probablemente, a petición de los emisarios que lo negociaron en Valencia.

En Mallorca la Carta de Franquesa de 1230 dispone la competencia del batle y del veguer en materia judicial asesorados por prohombres, que luego se denominarán «setmaners» y que son elegidos y convocados por los propios oficiales reales. En 1249 no se menciona la participación de los jurats como asesores porque no obraba una tradición tan importante como en Barcelona. Por otra parte, la gestión municipal implicaba una problemática lo suficiente compleja como para no recargar la atención de los jurats instando funciones de la entidad y responsabilidad del asesoramiento judicial.

El estatuto de Valencia ni siquiera menciona las funciones judiciales. En 1239 se encomendó la administración de la justicia al curia. En 1242 los Fori Antiqui establecen la anual renovación del curia («de anno in annum curia civitatis mutetur») y puntualizan que re-

solverá las causas «com consilio proborum hominum servatis in omnibus et per omnia consuetudines civitatis Valentie», y en marzo de 1249 se establece que la elección anual se efectuará el día de la Natividad del Señor y que será elegido con o por el consejo de prohombres («e ille eligatur et ponatur consilio proborum hominum») entre vecinos de Valencia idóneos y de buena fama, y que juzgará y determinará las causas de acuerdo con los prohombres⁴⁰.

40. No está clara la interpretación del privilegio de 25 marzo 1249 sobre nombramiento y atribuciones del curia de Valencia. Se dispone que en la fiesta de la Natividad del Señor será designado el curia entre vecinos de Valencia idóneos y de buena fama, pero ¿lo designa el Consell de Valencia directamente o es designado por el rey o el oficial delegado con el consejo, oído el parecer, de los prohombres de Valencia?... El privilegio dice: «et ille eligatur et ponatur consilio proborum hominum et ille sic electus teneat curiam per totum unum annum». Si el curia lo elige el Consell de prohombres, la Corona hace dejación de una de sus facultades esenciales dado que el curia asume en Valencia todas las atribuciones que ejerce el zalmedina en Aragón y el veguer real en Barcelona y las que en Mallorca competen al veguer y al batle.

Tampoco está clara la función de los prohombres. Su asesoramiento, ¿es discrecional o es vinculante? Es decir, el curia, ¿debe fallar de conformidad con el consejo de los prohombres o bien oído el consejo de los prohombres? El privilegio dice: «Curiam... iudicet et determinet consilio proborum hominum civitatis Valentie et ea que super predictis probi homines civitatis dederint pro concilio del viderint expedire ille omnibus postpositis exequi teneatur» (*Opus Aureum*, p. 80). De la literalidad se desprende que el curia debe plegarse al consejo vinculante de los prohombres y ordenar su ejecución; es decir, viene a ser como un portavoz de los prohombres en el momento de pronunciar el fallo que es lo que, en suma, le incumbe. La legislación de Mallorca en el siglo XIII es también ambigua, pero de su contexto se deduce que la función de los prohombres en los juicios es sólo asesorar al batle o al veguer. En 1300 Jaime II de Mallorca al reformar en profundidad el ordenamiento jurídico del reino, como al parecer las interpretaciones eran discordantes aclaró que la función de los prohombres era asesora. El juez —batle, veguer o juez especialmente delegado— debía oír el parecer de los prohombres tras exponer antes su opinión; si todos concordaban el magistrado pronunciaba el fallo; si los prohombres disentían de su opinión el magistrado debía despedir a dichos prohombres y llamar a otros para informarles detalladamente del sumario y pronunciar fallo según su conciencia, aunque el parecer de los prohombres nuevamente convocados disintiera del suyo. Es decir, lo que prevalecía era el parecer del juez delegado o del oficial real correspondiente.

ROCA TRAVER, respecto al procedimiento de elección del curia en 1249,

76. ¿Se contempla en los estatutos la asamblea vecinal? Dicha asamblea era otra reminiscencia del pasado, no adecuada funcionalmente, como órgano de deliberación y resolución, a la cada vez más compleja problemática municipal, en especial en las ciudades más populosas. ¿Cómo adoptar acuerdos en asambleas integradas por miles de vecinos?...

En el estatuto de Valencia y de Mallorca sólo se configura de modo ambiguo:

- El Consell ordinario integrado por los jurats y sus consellers.
- El Consell ampliado integrado por los jurats y sus consellers y los prohombres que en cada ocasión fueren expresamente convocados por los jurats.

En Barcelona, como es natural, el pasado pesaba más y lógicamente los intereses establecidos eran más importantes. El estatuto no menciona la asamblea vecinal pero faculta a los paers para en caso de necesidad, «pro utilitate et defensione civitatis», convocar a la comunidad y precisa que todos los habitantes están obligados a responder a la convocatoria («possint facere et congregare commune ad cuius prestationem teneantur omnes habitatores civitatis»). Así, se configura:

- El Consell ordinario, integrado por los paers y sus consellers.
- La asamblea vecinal, integrada por todos los habitantes y convocada por los paers cuando las circunstancias, el término «defensione» sugiere de emergencia, lo requirieran.

77. La reforma municipalista tendía a promover el sentido de confianza y la acción responsable y a fomentar la actuación en equipo, colegiada, con el propósito de potenciar la eficacia administrativa. El sistema de elección por cooptación estaba pensado para promover la designación de equipos coherentes que desarrollaran la gestión municipal con continuidad, al margen de las anuales renovaciones. La cooptación podía facilitar, en efecto, la gestión continuada; el riesgo, el reverso de la cooptación, era la monopolización del poder por grupos concretos si en lugar de elegir a los mejores se elegía a los más amigos, lo que facilitaba la constitución de camarillas banderizas y oligár-

comenta: «Vemos por este privilegio que el rey otorga facultad al municipio para elegir su justicia. Mas nos queda la duda acerca de la forma en que los prohombres y los jurados participarían en la elección» (*El justicia de Valencia, 1238-1321*. Publicaciones del Archivo Municipal, Ayuntamiento de Valencia, 1970, p. 87).

quicas que se apropiaran la gestión municipal y la administraran no en beneficio del común, sino en su particular beneficio. Función de la Corona era romper, en dicho supuesto, el circuito de poder establecido, al amparo de la legalidad.

Los estatutos no contemplan dicha eventualidad, pero establecen —en los de Valencia y Barcelona de modo expreso— que el rey podrá revocar, en su caso, el sistema (§ 68). Mas en tanto no llegara la ocasión que obligara al monarca a intervenir, lo que se determina en los estatutos es que el rey respaldará («erimus nos pacati») lo que colegiadamente realizaren los magistrados («ex officio suo cum consilio consiliarum suorum et aliarum qui cum dictis consiliarii vocate fuerint») en bien de los derechos reales, de la ciudad y sus pobladores.

En los estatutos de Valencia y de Mallorca el rey manifiesta que no inculpará a los jurats ni a los consellers ni a los que eventualmente prestaren consejo por medidas adoptadas en el ámbito de su competencia según justicia y de acuerdo con su conciencia; y en el de Valencia les absuelve perpetuamente en persona y bienes de cualquier pena civil o criminal, en el marco de una filosofía política encaminada a fomentar un clima de confianza y de cooperación entre los magistrados municipales y el rey y sus oficiales, en beneficio de la eficacia administrativa y de la gestión pública y para facilitar, a la par, la puesta en marcha y el rodaje del sistema.

ALVARO SANTAMARÍA

APENDICE

A) DE OFFICIO JURATORUM VALENTIE ET EORUM POTESTATE.

Datum Barchinone idus septembris anno Domini M CC XL quinto (13.IX. 1245).

Luis ALANYA, *Aureum opus*. Privilegia Jacobi primi, XVIII. Reproducción facsímil de la edición de 1515. Valencia, Anubar Ediciones, 1972, p. 74-75.

B) QUOD HABEANT SEX JURATOS HABITATORES CIVITATIS MAJORICARUM ET REGNI.

Datum Valentie nonas julii anno Domini M CC XL nono (7.VII.1249).

Archivo Histórico de Mallorca. *Pergaminos de Jaime I*, núm. 10. Ediciones en notas 10 y 11 del estudio. El texto que se inserta es transcripción del pergamino original.

C) QUOD HABEANT QUATUOR PACIARIOS HABITATORES CIVITATIS BARCHINONE.

Datum Valentie chalendas augustii anno Domini M CC XL nono (27.VII. 1249).

Archivo Municipal de Barcelona. *Liber Diversorum primus*, f. 246 v. (Traslado). Ed. J. M. FONT RIUS, *Orígenes del régimen municipal de Cataluña*. Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1946, p. 479-481.

I. Notificación, intitulación, otorgamiento.

A) Noverint universi quod nos Jacobus Dei gratia rex Aragonum... per nos et nostros concedimus vobis universis probis hominibus et universitati Valentie quod liceat vobis habere quatuor iuratos habitatores tamen civitatis Valentie...

B) Noverint universi quod nos Jacobus Dei gratia rex Aragonum... per nos et nostros concedimus vobis universis et singulis probis hominibus et universitati Majoricarum presentibus et futuris in perpetuum, quod liceat vobis habere in perpetuum sex iuratos habitatores tamen civitatis Majoricarum et regni...

- C) Noverint universi quod nos Jacobus Dei gratia rex Aragonum... per nos et nostros concedimus vobis universis probis hominibus et universitati Barcinonæ quod liceat vobis habere quatuor paciariorum habitatores eiusdem civitatis...

II. *Duración del mandato, periodo de vacancia, elección de consejeros.*

- A) Ab isto videlicet festo sancti Michaelis in unum annum... Nec illi qui uno anno dictum officium tenuerit sequenti anno illud teneat... El possint eligere, habere et vocare consiliarios quos et quod voluerint...
- B) Singulis annis in festo nativitate Domini... alios sex probos homines civitatis et regni habitatores pro iurati eligemus... Et ille qui uno anno dictum officium tenuerit sequenti anno illud non teneat... Qui iurati possint eligere, habere et vocare consiliarios anuuntim quos et quod voluerint...
- C) Quorum administratio incipiat et finatur in festo penthecostes... Et ille qui uno anno dictum officium tenuerit sequenti anno illud non teneat... Et possint habere, eligere et vocare consiliarios quos et quod voluerint...

III. *Gratuidad y obligatoriedad del cargo.*

- A) Et aliquis istorum iuratorum non accipiat aliquid salarium, donum, servitium, percatium, nec aliquid aliud, sed gratis et sine aliquo pretio per illum annum quod electus fuerit gubernatione et administrationi civitatis, dimisis suis propriis negotiis, intendere teneatur.
Nec aliquis civis aliqua causa possit excusare vel occasionem pretendere quin dicti officii onus subeat et recipiat.
- B) Et aliquis iuratorum non accipiat aliquod salarium, sed gratis et sine aliquo pretio per illum annum quo electus fuerit gubernatione et administrationi civitatis intendere teneatur.
Nec aliquis aliqua causa possit se excusare vel occasionem pretendere quin dicti officii onus et laborem subeat et recipiat.
- C) Et aliquis eorum non accipiat donum, servitium vel percatum, nisi solummodo salarium quod de comuni fuerit statutum, sed gratis et sine aliquo pretio per illum annum quo electis fuerint gubernatione et administrationi civitatis intendere teneantur.
Nec aliquis civis aliqua causa se possit excusare vel occasionem pretendere quam dicti officii onus subeat et recipiat.

IV. *Elección por cooptación.*

- A) Statuentes quod in fine anni eligant alios quatuor iuratos habitatores civitatis quos utiliores et meliores viderint et intellexerint, secundum cognitionem suam, ad dictum officium exercendum; nec propter iram, odium, parentelam, pretium vel promissionem aliquam, utilem ad hoc secundum cognitionem dimittent eligere. Et de uno hospicio unus tantum et non plures ullatenus eligantur.
- B) Statuentes quod singulos annos in festo nativitati Domini ipsi iurati qui pro tempore fuerint cum bajulo nostro in simul presente et consentiente et cum consilio consiliarum suorum, eligent sex iuratos habitatores civitatis et insule, quod utiliores et melioris viderint et cognoverint, secundum scienciam et cognitionem eorum, ad dictum officium exercendum; nec propter iram, odium, amorem, parentelam, precium, promissionem aliquem utilem ad hoc, secundum cognitionem eorum, dimittant eligere. Et de uno hospicio unus tantum et non plures eligantur. Volumus etiam quod annuatim sit miles unus iuratus ex illis sex iuratus.
- C) Statuentes quod singulis annis in festo ascensionis domini illi paciariis presente vicario nostro qui pro tempore fuerit eligant cum consilio consiliarum suarum alios quatuor paciarios habitatores civitatis quos utiliores et meliores viderint et intellexerint ad dictum officium exercendum; nec propter iram, amorem vel precium aliquem utilem ad hoc, secundum suam cognitionem, dimittant eligere. Et de uno hospicio unus tantum et non duo ullatenus eligantur.

V. *Presentación y juramento ante el rey o el oficial pertinente.*

- A) Et illos hic ab ipsis electos nobis sis presente in regno fuerimus vel bajulo et curie si absentes fuerimus, antequam administraverint, presentabunt, qui cum in posse nostro si presentes in regno fuerimus vel in posse baiule et curie civitatis si absentes fuerimus, vocatis tamen et presentibus probis hominibus civitatis iuraverint dictam auctoritatem et posse habeant supradictum.
- B) Et illos sic ab ipsis electos nobis si presentes in regno fuerimus vel bajulo nostro si absentes, antequam administraverint, presentabunt, qui cum in posse nostro vel in posse baiuli, vocatis et presentibus probis hominibus civitatis, jurabunt publice sicut inferius continetur.
- C) Qui in predicto festo (penthecostes), antequam administrationem recipiant in posse vicari et baiuli vocatis et presentibus probis hominibus iurent se in suo officio fideliter habituros.

VI. *Fórmula del juramento.*

- B) Qui iurati in principio administrationis sue istud facient iuramentum: Ego talis, promito quod pro posse meo et sciencia, salva in omnibus fidelitate et jure et dominatione domini regis, procurabo utilitatem et comune commodum civitatis et regni Majoritarum et habitatorum eiusdem, et vitabo inutilia et dampnosa, et non recipiam pretium vel salarium, et ego et alii socii mei iurati, fideles et utiles consiliarios vocabimus et in nostris consiliis habebimus, et in fine anni pro posse meo et sciencia, omnia ira, odio, timore, parentela, amore, servitio vel spe servitii vel munera exclusas, cum iurati sociis meis, presente baiulo et consentiente, alios sex probos homines civitatis et regni habitatores pro iuratis eligemus, quos digniores cognoverimus ad dictum officium excercendum, nec asumemus iurisdictionem ordinariam vel arbitriariam et custodiemus iura domini regis; et hec omnia sine fraude et dolo iuro per Deum et Sancta Evangelia, manibus meis corporaliter tacta.
- C) Iuramentum vero paciarii ex quo nominati fuerint et electi, antequam administrationem recipiant, faciant sub hac forma: Ego talis, promito quod dum in hoc officio quid sum electus ero pro posse meo et scienciam, salva fidelitate et iure domini regis, procurabo utilitatem et commune commodum civitatis et habitatorum ejusdem, et vitabo inutilia et dampnosa, et non recipiam precium, donum, preter salarium de comuni constitutum, nec revelabo aliqua de quibus preceptum fuerit esse tenendum; et alii socii mei paciarii fideles et utiles consiliarios vocabimus, et in fine anni pro posse meo et sciencia, omni odio, temore, parentela vel amore (vel) servicio exclusis, cum paciariis sociis nostris, presente et consentiente vicario, et requisito consilio consiliarumque, alios quatuor probi homines habitatores civitatis pro paciariis eligemus, quos digniores cognoverimus ad dictum officium excercendum, et hec omnia sine fraude et dolo iuro per Deum, Sancta Evangelia corporaliter tacta.

VII. *Competencias y obligaciones.*

- A) Et liceat eis gubernare, administrare et regere civitatem (Valentie) cum suo termino, ad fidelitatem nostram et comune commodum universitatis, salvis semper scriptis consuetudinibus civitatis...
Et isti iurati teneantur iuvare et consulere bajulo et curie super omnibus quibus eos consulendum a dicto bajulo et curia fuerint requisiti.
Liceat eis gubernare... ex officio suo, cum consilio consiliarum suorum et aliorum qui cum dictis consiliariis vocati fuerint.

B) Et liceat eisdem iuratis gubernare et administrare et regere totam iusulam ad fidelitatem et commodum nostrum et comune commodum universitatis...

Et ipsi iurati teneantur iuvare et consulere tenenti locum nostrum et bajulo et vicario super omnibus quibus eos consulendum ab eis fuerint requisiti.

Liceat eisdem iuratis gubernare... ex officio suo, cum consilio consiliarum suorum, qui simul cum dictis consiliariis vocati fuerint.

C) Et liceat eis gubernare, administrare et regere civitatem ad fidelitatem nostram et commodum universitatis.

Et ipsi paciarii teneantur iuvare et consulere vicario et baiulo. Et ipsi paciarii quando videbitur eis expedire pro utilitate et defensione civitatis a cetero possint facere et congregare comune ad cuius prestationem teneantur omnes habitatores civitatis.

Et illi paciarii finito eorum officio teneantur reddere rationem et computum annuuntim in festo ascensionis domini futuris paciariis sucesoribus eorum.

Et omnes cives et habitatores civitatis iurent dare fideliter commune quod ordinatum fuerit paciariis, et parere eorum ordinationibus quos fecerint pro bono nostro et civitatis nostre, salvo nostro dominio et iure et mandato nostro.

VIII. *Materias clasificadas secretas.*

A) Et liceat ipsis tenere cum sacramento vel sine sacramento secreto, nec revelent nobis nec aliquibus aliqua de quibus mandaverint vel voluerint secretum esse tenendum.

C) Nec revelabo aliqua de quibus preceptum fuerit secretum esse tenendum.

IX. *Cláusula de no ejercer jurisdicción.*

B) Nec asumemus iurisdictionem ordinariam nec arbitrariam et custodiemus iura domini.

C) Paciarii tamen nullam iurisdictionem, compulsionem, iustitiam vel etiam executionem, preter commune predictum, in dictis civibus vel habitatoribus habeant; vicarius tamen Barcinone quotiens cumque ibi ponatur iuret et teneat iustitiam, et ea que fecerit faciat cum consilio proborum hominum et paciarorum.

X. *Respaldo real a la gestión colegiada responsable y justa.*

- A) Et de omnibus qui in illo anno fecerint circum utilitatem et regimen civitatis et habitatorum eiusdem ex officio suo cum consilio consiliarum suorum et aliarum qui simul cum dictis consiliariis vocati fuerint, erimus nos pacati. Nec inculpabimus eos in aliquo, nec consiliarios suos, nec aliquos quos de consilio demandaverint verbo vel facto, dum ipsi et sui consilarii in hiis qui ordinaverint vel administrare eos oportuerit secundum conscientiam et scienciam et intellectum faciant; nec imponemus aliquam penam criminalem vel civilem, immo sint cum omnibus bonis suis ab omni demanda, pena, ira et indignatione nostra penitus perpetuo absoluti.
- B) Et de omnibus qui in illo ipsi iurati anno fecerint circa utilitatem nostram et regimen civitatis et insule et habitatorum earundem ex officio suo cum consilio consiliarum suorum qui simul cum dictis consiliariis vocati fuerint, erimus nos pacati; nec inculpabimus inde ipsos in aliquo, nec consiliarios eorum, nec aliquos quos de consilio demandaverint super aliquo facto quod fecerint vel ordinaverint verbo vel facto, dum ipsi iurati et eorum consilarii in hiis qui ordinaverint vel administrare eos oportuerit, faciente juste.
- C) Et de omnibus qui in illo anno fecerint circa utilitatem et regimen civitatis et habitatorum eiusdem ex officio suo cum consilio consiliarum suorum qui simul cum dictis consiliariis vocati fuerint erimus nos pacati.

XI. *Vigencia del Estatuto.*

- A) Si vero aliquo tempore nobis plaquerit quod aliqui iurati non sint in civitate Valentie possimus statutum huiusmodi revocare et ipsos iuratos prorsus a dicto administrationis officio remove.
- B) Predicta autem omnia concedemus vobis et vestris in perpetuum, dum modo ipsi iurati bene et fideliter in ipso officio se habuerint.
- C) Demum, predicta omnia et singula nos predictus rex durare volumus quamdiu nobis plaquerit et sucesoribus nostris et quodcumque nos vel sucesores nostri voluntatem mandatum contrarium ostenderimus prefate concessionis nullam habeant firmitatem nec ratione prescripti iuramenti contra voluntatem nostram et successorum nostrorum possint in aliquo convalescere, sed ipso facto cum nos vel sucesores nostri voluerimus vel mandaverimus irrita et inania censeantur.

LA CRONOLOGIA DE LAS OBRAS LEGISLATIVAS DE ALFONSO X EL SABIO*

Desde 1952 ha venido manteniendo el profesor A. García-Gallo, máxima autoridad en el campo de la legislación alfonsina, una revolucionaria hipótesis de trabajo sobre la cronología de las *Siete Partidas*,¹ hipótesis que ha merecido una aceptación más o menos general, aunque últimamente comienzan a aparecer opiniones discrepantes². Hace poco dio el distinguido jurista madrileño un paso

* Son muchos los estudiosos que con ejemplar generosidad y abnegada paciencia leyeron los borradores de este trabajo, proporcionándome enmiendas y comentarios que me han ahorrado un sinfín de tropiezos y confusiones. Aquí quiero rendirles público testimonio de mi agradecimiento, observando al mismo tiempo que no les cabe ninguna responsabilidad por los errores que quedan ni por las actitudes polémicas adoptadas en el trabajo: Antonio García y García, de la Universidad Pontificia de Salamanca; Alan Deyermond, de Westfield College, Londres, y Princeton University; Antonio Pérez Martín, del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte; Robert A. MacDonald, de la Universidad de Richmond, Virginia, y mis colegas de Berkeley, don Luis Monguió, John Polt, Charles Faulhaber y Eduardo Urbina. También debo reconocer las útiles sugerencias que me comunicaron Thomas Isbicki y Walter Pakter, que trabajan, o han trabajado, en el Canon Law Institute de Berkeley; y John Shideler y Thomas Bisson, del Departamento de Historia. Al personal de la Biblioteca de la Universidad de California, Bibliothèque Nationale de París, Biblioteca de El Escorial y Biblioteca Nacional de Madrid le debo la reproducción rápida y cuidadosa de varios manuscritos en forma de micropelículas; el jefe de la Sección de Manuscritos de la última institución mencionada, Manuel Sánchez Mariana, tuvo la gentileza de enviarme descripciones del contenido de varios manuscritos importantes para este trabajo.

1. *El libro de las leyes de Alfonso el Sabio. Del Espéculo a las Partidas*, ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL (=AHDE), XXI-XXII (1951-52), 345-528; *Los enigmas de las Partidas*, en *VII Centenario de las Partidas del Rey Sabio* (Madrid: Magisterio Español, 1963) págs. 27-37.

2. F. CAMACHO EVANGELISTA, *Las Siete Partidas del Rey don Alfonso X el Sabio (un estado de la cuestión)*, en *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, V (1972), 475-516, afirma que "nos parecen sumamente débiles

más adelante en el mismo sentido,³ instigado por la reciente publicación de la primera *Partida* a cargo del profesor vallisoleitano J. A. Arias Bonet:⁴ alega que todos los textos que actualmente llevan el nombre de las *Siete Partidas* no son obra del Rey Sabio, sino producto del taller nomográfico alfonsino a partir del último decenio del siglo XIII. Hasta entonces, según la nueva hipótesis enmendada, el único código general genuinamente patrocinado por Alfonso X sería el que ha recibido la etiqueta tardía de *Espéculo*, conservado en dos manuscritos truncados y maltratados de los siglos XIV y XV⁵. Al mismo tiempo, en su ensayo más reciente, García-Gallo aspira a echar por tierra casi todos los supuestos históricos que circulan sobre la composición del *Fuero Real* («Nuevas observaciones», págs. 651 y ss.).

Confieso que desde el principio me ha parecido que las teorías defendidas por García-Gallo adolecen de una extraordinaria inverosimilitud; además de obligar al estudioso a desechar todos los datos cronológicos consignados en las obras mismas (como los

los fundamentos sobre los que García-Gallo elabora todas sus teorías de redacciones y familias de códices" (pág. 508, n. 107). J. M. PÉREZ-PRENDES recoge ésta y otras (bien pocas) opiniones contrarias en su *Curso de Historia del Derecho Español*, 2.^a ed. (Madrid, Darro, 1978), pág. 575, nn. 18a, 19.

3. *Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso X*, *AHDE*, XLVI (1976), 609-670. En su excelente *Manual de historia del derecho español*, 3.^a ed., 2 tomos (Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, 1967), I, 391-393, §§ 740-742, García Gallo detalla en forma bastante menos hipotética la cronología que propone. Allí se acepta todavía con reservas la fecha de 1265 para la primera refundición del *Espéculo*. Hay una 5.^a ed. de 1975 que no tengo a mi disposición.

4. ALFONSO X EL SABIO, *Primera Partida (Manuscrito Add. 20.787 del British Museum)* (Valladolid: Universidad de Valladolid, 1975). Véase la reseña de R. A. MacDonald, *Romance Philology*, XXXIII (1979-80), 444-448.

5. Manuscritos de la Biblioteca Nacional de Madrid 10123 y Res. 125 (éste contiene únicamente el libro III). La obra fue publicada por la Academia de la Historia en el primer tomo de los *Opúsculos legales del rey don Alfonso el Sabio* (Madrid: Imprenta Real, 1836). MacDonald está preparando una edición crítica del *Espéculo*; véase *Progress and Problems in Editing Alfonsine Juridical Texts, La corónica*, VI (1978), 74-81.

epígrafes y éxplicits, de los cuales se tratará más abajo), suponen a principios del siglo XIV la actividad de unos eminentes genios jurídicos, totalmente desconocidos, de cuya existencia no queda el más mínimo vestigio, siendo ellos, por supuesto, mera consecuencia lógica del argumento: si no mandó componer Alfonso X las obras que llevan su nombre, debe haberlas compuesto otro. En estas páginas, quisiera repasar lo que se sabe de la historia externa de la legislación alfonsina, intentando introducir algunos elementos nuevos en la discusión, siempre con el respeto debido al historiador del derecho más renombrado de España, que en una carrera larga y fructífera ha hecho tanto por esclarecer los puntos más difíciles y controvertidos de la historia de la legislación española.

I. EL ESPECULO

Aunque el texto no lleva ninguna datación, ya observó Martínez Marina en 1808 que las Cortes de Zamora de 1274 contiene una alusión a este código que permite deducir una fecha bastante precisa⁶: «Otrosi tiene el Rey por bien que los que sellan las cartas en la chancelleria que non tomen por ellas mas delo que dize en el su libro que fue fecho por corte en palencia en el anno que caso don doarte.» El enlace matrimonial entre doña Leonor, hermana de Alfonso X, y Eduardo, príncipe heredero de Inglaterra, se formalizó con soberbio atuendo el primero de noviembre de 1254, habiendo recibido previamente el novio inglés la orden de caballería de su futuro cuñado⁷. Era costumbre, según consta en una ley de *Partidas* (3,18,2), que «si algunt fecho señalado que sea a honra

6. *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los reynos de León y Castilla, especialmente sobre el código de D. Alfonso el Sabio, conocido con el nombre de las Siete Partidas* (Madrid: Ibarra, 1808), pág. 249. Puede verse también la reciente ed. de J. MARTÍNEZ CARDÓS, *Obras escogidas...* (Madrid: Atlas, 1968), *Biblioteca de autores españoles*, CXCIV, pág. 183. Cito el texto de las Cortes de Zamora de 1274 según el ms. esc. Z.II.6, f. 5r^o; véase también la ed. de la *Academia de la Historia, Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla*, I (Madrid: Rivadeneyra, 1861), 87-94, a la pág. 93.

7. A. BALLESTEROS-BERETTA, *Alfonso X el Sabio* (Barcelona, etc.: Salvat, 1963), págs. 99-102. Es obra póstuma.

del rey et de su señorío acaesciere en aquel año»⁸, se recordase en los privilegios extendidos durante los doce meses que seguían al acontecimiento, así es que «el año que don Odoarte rescibió caualleria» aparece en documentos alfonsinos por lo menos hasta el 3 de noviembre de 1255⁹. Se colige de lo precedente que la época en que el *Espéculo* «fue fecho» se extiende del primero de noviembre de 1254 hasta noviembre del año siguiente. Como en el *Fuero Real* no se habla para nada de los «seelladores» y que justamente el *Espéculo* fija los emolumentos que tales oficiales debían percibir (4,13,4), se comprende mal por qué ha habido tantas dudas sobre la fecha del primer código general alfonsino.

Quizá se pueda precisar aún más la datación. Según el itinerario del Rey Sabio, pasó los meses de mayo y junio de 1255 en Palencia¹⁰; luego a este corto período se reduce la época a que se refiere el pasaje citado de las Cortes de Zamora. En estos dos meses, la ocasión más propicia para presentar públicamente el nuevo código parece ser el 5 de mayo de 1255, día en que Alfonso reúne a algunos de los personajes más relevantes de su reino para iniciar oficialmente unas negociaciones con San Luis, rey de Francia, destinadas a arreglar un pacto matrimonial entre Luis, su hijo primogénito, y Berenguela, hija primogénita de Alfonso, quien había nacido el 6 de diciembre de 1253. El rey castellano y los que le secundan firman un documento en que dan testimonio del reconocimiento de Berenguela como heredera al trono de Castilla prestado por las Cortes de Toledo de 1254 (entre febrero y mayo)¹¹.

8. ACADEMIA DE LA HISTORIA, *Las Siete Partidas del rey don Alfonso el Sabio, cotejadas con varios códices antiguos*, 3 tomos (Madrid: Imprenta Real, 1807), II, 549.

9. ACADEMIA DE LA HISTORIA, *Documentos de la época de D. Alfonso el Sabio, Memorial histórico español*, I (1851), 1-344; II (1851), 1-135, véase I, 77. Se citará en adelante como *MHE*.

10. BALLESTEROS-BERETTA, *Itinerario de Alfonso X, rey de Castilla*, *Boletín de la Real Academia de la Historia* (= *BRAH*), CIV (1934), 49-88, 455-516, CV (1934), 123-180, CVI (1935), 83-150, CVII (1935), 21-76, 381-418, CVIII (1936), 15-42, CIX (1936), 377-460. Se interrumpió la publicación con el año 1267. Las primeras cuatro entregas salieron en separata con el título *El itinerario de Alfonso el Sabio... I (1252-1259)* (Madrid: Tip. de Archivos, 1935). Véase *BRAH*, CV (1934), 130-137.

11. G. DAUMET, *Mémoire sur les relations de la France et de la Cas-*

Se pactó al efecto un convenio el 20 de agosto del mismo año ¹², y el 10 de febrero de 1256 le exigió Alfonso la aprobación de lo pactado al arzobispo de Santiago, Juan Arias, como señor temporal de San-

tille de 1255 à 1320 (París: Fontemoing [1913]), págs. 1-9 (discusión), 143-146 (texto del documento). W. Piskorski ya reconoció la existencia de las Cortes de Toledo que se acaban de mencionar (*Las Cortes de Castilla en el período de tránsito de la Edad Media a la Moderna, 1188-1520*, trad. de C. SÁNCHEZ ALBORNOZ, con un estudio sobre *Las cortes medievales castellano-leonesas en la historiografía reciente*, por J. VALDEÓN BARUQUE [Barcelona: El Albir, 1977; la ed. original en ruso es de 1897, la trad. española de 1930]), pág. 111, pero las coloca en el año de 1255 por creerlas coetáneas con el documento que publica (el mismo que dio a luz Daumet) en las págs. 196-197. Sánchez Albornoz también transcribe el documento (*La sucesión al trono en los reinos de León y Castilla, en sus Viejos y nuevos estudios sobre las instituciones medievales, II: Instituciones económicas y fiscales, Instituciones jurídico-políticas*, 2.^a ed. [Madrid: Espasa-Calpe, 1976; trabajo aparecido por primera vez en 1945], págs. 1149-1150, pero en su comentario dice que las Cortes aludidas se dieron en Palencia en 1253, doble confusión que repite R. GIBERT, *La sucesión al trono en la monarquía española, Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire comparative des Institutions*, XXI:2, *La monocratie* (Bruselas: Librairie Encyclopédique, 1969), 447-546; véase la pág. 479. Para evitar semejantes tropiezos basta leer con atención el documento, en primer lugar para el lugar de las Cortes: "Nos igitur Alfonsus... volentes karissime filie nostre infantisse Berengarie in posterum juxta regales sanctiones et consuetudinem Ispanie providere, *Toleti*, fratres nostros, archiepiscopos et episcopos, barones et obtimates nostre curie, civitatum, castrorum et villarum procuratores ad hoc a suis comunitatibus destinatos convenire fecimus...; en segundo lugar la fecha del documento palentino: "Data apud Palentian, rege exprimente, quinta die madii. Didacus Joahnnis scripsit in Era *millesima CC nonagesima tercia*" (yo subrayo; la era de 1293 = 1255). BALLESTEROS, *Alfonso X*, págs. 90-92, aduce pruebas independientes de las Cortes de Toledo de 1254, pero confiesa ignorar el propósito de tales Cortes: "ningún hecho de carácter apremiante había sobrevenido en el orden interior en un espacio tan corto como el transcurrido después de las anteriores Cortes de 1252 y 1253", olvidándosele al parecer, el nacimiento de la heredera el 6 de diciembre del año precedente. Más adelante, págs. 130-131, atribuye a Daumet, como si se tratara de una conclusión de historiador, lo que el propio Alfonso dice con una claridad diáfana en el documento que Ballesteros luego copia.

12. Un texto más extenso de las capitulaciones figura en J. DE LABORDE, ed., *Layettes du Trésor des Chartes*, III (París: Plon, 1875), páginas 253-256.

tiago y su tierra¹³. Quedó frustrado el propósito fundamental del enlace, no sólo por el nacimiento de un heredero masculino, Fernando de la Cerda, el 23 de octubre de 1255¹⁴, sino también por la muerte del prometido de Berenguela en 1259. Como veremos más adelante, pronto se renovó el proyecto dinástico en la persona del hijo primogénito de Alfonso.

El documento fechado el 5 de mayo en Palencia no alude para nada a un libro de leyes, pero contiene una especie de prohemio (diríase que el documento, tal como lo publicó Daumet, es acéfalo, pues comienza *mediis in rebus* sin las inevitables fórmulas de encabezamiento) sobre el derecho sucesorio castellano, donde se descubren notables concordancias con la ley de sucesión del *Espéculo*:

(Daumet, *Mémoire*, pág. 143)

...regni successio... ad illum qui primo nascitur pertinet... ut si tantum nascantur filii, primogenitus regni ceptum recipiat, et idem observandum dignoscitur si tantum filie generentur; sed cum tam filii quam filie oriuntur, filio debetur successio licet filie pre-nascuntur...

(*Espéculo*, 2,16,1; transcrito según el ms. 10123 de la Biblioteca Nacional de Madrid [sin foliación]) ...el ffijo mayor del Rey es heredero por derecho...

Et esso mismo dezimos de la ffija mayor ssi ffijo y non oujere Pero maguer la ffija nasca primero que el ffijo e oujere despues varon aquel lo deue heredar...

En las *Partidas* (2,15,2) ya se da por sentada la prelación de los hijos con respecto a las hijas: «por ende establescieron que si fijo varon y non ouiesse que la fija mayor heredasse el regno»

13. A. LÓPEZ FERREIRO, *Historia de la Santa A. M. Iglesia de Santiago de Compostela*, V (Santiago: Imp. del Seminario Conciliar Central, 1902), págs. 220-221 (discusión), Apéndices, págs. 91-93 (documento). Al dirigirse a la ciudad de Orense con el mismo propósito, recibió Alfonso una rotunda negativa, participándole el cabildo de la Catedral de dicha ciudad que sólo prestaría el homenaje requerido a cambio de insertarse una cláusula en las capitulaciones matrimoniales según la cual se comprometería el rey a respetar el "ius... et libertas" de la "Auriensis ecclesia"; véase SÁNCHEZ ALBORNOZ, *Señoríos y ciudades*, *AHDE*, VI (1926), 454-462 (págs. 456-459).

14. Ballesteros prefiere el período 3-5 de noviembre; *Alfonso X*, página 118.

(véase el texto crítico presentado más abajo). Nótese cómo el *Espéculo* recoge el supuesto de que la hija mayor se ha casado, cláusula que parece relacionarse con el pacto matrimonial ya mencionado.

Si el *Espéculo* fue «fecho (¿proclamado? ¿promulgado?) por corte» el 5 de mayo de 1255, hay que investigar qué motivos tiene García-Gallo para creer que este código fue «formado probablemente entre 1255 y 1260» («Nuevas observaciones», pág. 623), llegando así a contemplar una conjetura al parecer totalmente descariada, que consiste en transferir al *Espéculo* la fecha del comienzo de la elaboración de las *Partidas*, el 23 de junio de 1256 (ob. cit., pág. 633). Le «resulta incomprensible que a la vez que se preparaba esta obra [el *Espéculo*]... se hubiera comenzado y desarrollado otra paralela [las *Partidas*], que en parte la copiaba». Pero los datos proporcionados por las Cortes de Zamora de 1274 señalan una absoluta solución de continuidad: el *Espéculo* acabado el 5 de mayo de 1255 y las *Partidas* comenzadas el 23 de junio de 1256.

Todo el empeño de García-Gallo en su gran monografía sobre «El *Libro de las leyes*» (págs. 383-390) con respecto a la fecha del *Espéculo* era demostrar que ya estaba redactado en el período que corre de 1258 a 1260, demostración que yo calificaría de definitiva. Luego trae a colación un pasaje de la *Crónica particular de Alfonso X* (cap. 9, «el otauo anno del Reynado» [= 1260-61]) en el cual se habla de las actividades intelectuales del Rey Sabio¹⁵:

... este Rey don alfonso por saber todas las escripturas fizolas tornar de latin en Romance E desto mando fazer el fuero de las leyes en que asumo muy breuemente muchas leyes de los derechos E diolo por ley E por fuero a la çibdad de burgos e a otras çibdades E villas del Reyno de castilla. Ca en el Reyno de leon auian el fuero judgo que los godos ouieron fecho en toledo. Otrosy las villas de las estremaduras auian otros fueros departidos. E porque por estos fueros non se podian librar todos los pleitos E el Rey don ferrnando su padre auia començado a / (f. 5v^oa) fazer los libros de las partidas E este don alfonso su fijo fizolas acabar E mando que todos

15. Transcribo según el ms. esc. N.III.12, f. 5r^ob-v^oa; véase también el tomo LXI de la *Biblioteca de autores españoles*, ed. C. Rosell (impresión inicial, Madrid: Rivadeneyra, 1875), pág. 8.

los omes de sus Reynos las ouiesen por ley E por fuero E los alcaldes que judgasen por ellas los pleitos otrosy mando tornar despues en Romance las escripturas de la [palabra tachada] briuia E todo el eclesiastico E del arte de las naturas de la estrologia...

De aquí deduce García-Gallo la existencia de un «código sancionado en 1260» y aventura la hipótesis de que se trata del *Espéculo* y no de las *Partidas* aunque allí figuran aludidas por su nombre. Resultan sumamente frágiles semejantes inferencias. El cronista, quien parece ignorar la existencia del *Espéculo*, se decide en un momento dado a insertar una historia breve e incompleta de la legislación alfonsina que la forma analística de su narración le obliga a colocar en algún año del reinado. No se sabe qué capricho le indujo a escoger el octavo, ni es seguro que quiso dar a entender que la promulgación de las *Partidas* ocurrió precisamente entonces. De todos modos, la *Crónica particular*, sobre todo en su parte inicial, es un cúmulo de errores cronológicos de los más gordos y extravagantes¹⁶. Sin pruebas independientes no es lícito aceptar la sanción de ningún código en 1260 ni tampoco la concesión del *Fuero Real* a Burgos en ese mismo año¹⁷.

En 1976 García-Gallo alude repetidas veces a las Cortes de Zamora de 1274 (págs. 628-629, 655, 658, etc.), incluso copiando lo que allí se dice del «anno que caso don doarte», pero sin sacar ninguna conclusión cronológica del texto. Luego pasa a afirmar que «hoy parece admitida la fecha aproximada de 1260 en que supuse se redactó el *Espéculo*» (pág. 629), aseveración poco comprensible

16. Sería difícil leer un capítulo del *Alfonso X* de Ballesteros sin topar con fulminaciones contra los dislates cronológicos de la *Crónica particular de Alfonso X*. Otra historiadora aventajada, E. S. PROCTER, *Materials for the Reign of Alfonso X of Castile, 1252-1284, Transactions of the Royal Historical Society*, XIV (1931), 39-63, ha emitido el juicio definitivo: "it is impossible to accept any date given in this first section of the chronicle, unless confirmed by independent evidence" (pág. 53).

17. La alusión a Burgos con respecto al *Fuero Real* ocurre también en las Cortes de Zamora de 1274 y en el *Fuero de Briviesca* (1313), como se indica más abajo. No fue la de Burgos la primera concesión del código, pero sin duda la más importante entre las primeras, que comienzan en julio de 1256. En esto no hay nada que permita suponer una confusión siquiera con el *Espéculo*.

en un estudioso que en 1952 había probado que el *Espéculo* se terminó antes de 1258. El único indicio que ofrece García-Gallo en apoyo de la fecha de 1260 para el *Espéculo* es el testimonio de la *Crónica particular de Alfonso X*, que no contiene alusión alguna al *Espéculo*. En todo caso, sería imprudente atribuir mayor autoridad a esta crónica que a las Cortes de Zamora de 1274 y por consiguiente hay que volver a lo que dicen éstas, o sea que el *Espéculo* «fue fecho por corte» en Palencia, tal vez en una reunión solemne que tuvo lugar el 5 de mayo de 1255¹⁸. Con esto desaparece una de las objeciones principales que García-Gallo ha dirigido contra la fecha de las *Partidas* (23.vi.1256/28.viii.1265).

Es razonable suponer que la vigencia del *Espéculo* duró hasta la fecha en que se acabaron las *Partidas*, el 18 de agosto de 1265. En cuanto a concesiones del *Espéculo* a ciudades individuales, hay que mantener una prudente reserva hasta que aparezcan datos confirmatorios (véase «Nuevas observaciones», págs. 621-623). En cambio, está probada su utilización en un ordenamiento de Valladolid de 1258 (*MHE*, I, 139-144; véase el cotejo en columnas paralelas que elaboró García-Gallo, «El *Libro de las leyes*», páginas 513 y ss.)¹⁹, en una «carta sobre usuras» de 1260 (ob. cit. pá-

18. A. IGLESIAS FERREIRÓS, *La Cortes de Zamora de 1274 y los casos de corte*, *AHDE*, XLI (1971), 945-971, recoge la afirmación de las Cortes de Zamora para luego rechazarla (págs. 947-949). Es que no tiene noticia de la reunión de la corte real en Palencia el 5 de mayo de 1255 documentada por Daumet. No comprendo cómo la ausencia de una alusión a ese acontecimiento en el prólogo del *Espéculo* puede invalidar los datos positivos que proporcionan las Cortes en Zamora. Ultimamente MacDonald ha enunciado algunas conclusiones al respecto que intentará sustentar en su edición crítica del *Espéculo*: “[it] appears to have been composed in 1254-55, perhaps in Burgos, by scholars not yet identified. It was promulgated in the year of its completion” (*La corónica*, VIII [1978-79], 119-120). No sé si la última observación se refiere a la actividad de la corte real en Palencia en 1255. Iglesia Ferreirós, ob. cit., pág. 948, ha tenido la ingenuidad de suponer que la frase “fecho por corte en palencia en el anno...” significa que la redacción de la obra entera se limitara a ese año. En realidad, “fecho” ahí quiere decir ‘acabado’, ‘terminado’ o quizá incluso ‘promulgado’.

19. No resulta fácil comprender con qué base mantiene Iglesia Ferreirós (ob. cit., 957) que las primeras dos alusiones a “el fuero” en este texto lo sean al *Fuero Real* (1,10,2 y 2,5,1, resp.) y no al *Espéculo* (4,2,7). Aunque es verdad que aquél regula las mismas materias (la certificación

ginas 386-388) y en una sentencia arbitral de 1261 («Nuevas observaciones», págs. 629-630).

Cabe preguntarse por qué a los trece meses de dar por concluido el *Espéculo* (5 de mayo de 1255) comenzó Alfonso el 23 de junio de 1256 un Código nuevo, más desarrollado y mucho más influido por el derecho romano-canónico. Es que había intervenido un acontecimiento al que concedió el Rey Sabio la mayor importancia: la llegada en marzo de 1256 de los embajadores pisanos, que instaron a Alfonso a que se ofreciera como candidato al imperio romano-germánico vacante, como nieto que era de Felipe de Suabia²⁰. Así comenzó el fatal «fecho del imperio» que había de costarles tan caro a los pecheros castellanos; el rey inició inmediatamente maniobras diplomáticas destinadas a tal fin, y quizá se decidiera por eso mismo a formar un código digno del emperador de los romanos. Sabido es que en los primeros títulos de la segunda *Partida* se habla mucho de los privilegios y deberes de los emperadores²¹, y en los epígrafes de las recensiones de las *Partidas* posteriores a la de 28.viii.1265 (véase más abajo), aparecen los nombres de dos emperadores, el español Alfonso VII, tatarabuelo de Alfonso X por el lado paterno, y el romano Federico I Barbarroja, bisabuelo por el lado materno. Constituye una especie de declaración de idoneidad genética para la corona imperial²².

de los representantes legales [“personeros”] y la prohibición de juzgar los pleitos en los días feriados, resp.), las correspondencias literales con el texto del *Espéculo* no dejan lugar a dudas. En todo caso, Valladolid no recibió el *Fuero Real* hasta el 19 de agosto de 1265 y en términos que excluyen la posibilidad de una concesión anterior (“la villa de Valladolid no havie fuero cumplido”, *MHE*, I, 224).

20. BALLESTEROS, *Alfonso X*, págs. 153 y ss.

21. Consúltese el análisis detenido que elaboraron BALLESTEROS-BERETTA y P. BALLESTEROS ALAVA, *Alfonso X de Castilla y la corona de Alemania*, *Revista de archivos, bibliotecas y museos*, 3.^a época, XXXIV (1916), 1-23, XXXV (1916), 187-219, XXXIX (1918), 142-162, XL (1919), 467-490, sobre todo en la última entrega. Véase también las observaciones de GIBERT, *Historia general del derecho español* (Granada: F. Román, 1968), págs. 41-42.

22. Iglesia Ferreirós utiliza la embajada pisana no sólo para explicar el comienzo de la redacción de las *Partidas*, ob. cit., págs. 964-965, sino también para conjeturar que por ese motivo el Rey Sabio dejó sin concluir el *Espéculo* (pág. 956).

Ha sido siempre un lugar común de la literatura jurídica que el *Espéculo* no constituye más que un borrador incompleto de las *Partidas*²³, conclusión basada en el mal estado de conservación de los dos manuscritos antes aludidos. Los borradores de códigos no suelen llegar a ser «fechos por corte»; el prólogo del *Espéculo* prescribe una distribución sistemática de ejemplares y el mantenimiento de un código modelo para solucionar eventuales discrepancias entre ejemplares manuscritos; además de los cinco libros conservados, hay alusiones internas a otros dos²⁴. Así es que varias circunstancias internas y externas llevan a creer que el *Espéculo* era un libro de leyes completo y bien formado. Verdad es, sin embargo, que ya a fines del s. XIV el obispo Vicente Arias de Balboa, en su comentario al *Fuero Real*, sólo cita a los cinco libros del *Espéculo* que hoy existen²⁵.

Ahora bien, si sirvió el *Espéculo* de fuente, o si se quiere, de borrador de las *Partidas* en el sentido de que gran parte de éstas no son más que una refundición de aquél. Huelga una demostración de aserto tan repetidamente comprobado, pero acaso tenga alguna utilidad observar cómo el texto del *Espéculo* permite mejorar una lección defectuosa presente en la versión más arcaica de la primera *Partida*, o sea la del ms. Add. 20787 de la British Library. En la ley 1,1,13 se lee lo siguiente (f. 2v^ob): «Por fazer entender a los omes desentendudos que nos el sobredicho rey don alfonso auemos poder de fazer estas leyes tan bien cuemo los otros que las fizieron ante de nos o mas queremoslo mostrar por todas estas maneras...». La frase «o mas» que también figura en el texto del ms. hoy perdido «B.R. 3.º» publicado por la Acade-

23. Así, por ejemplo, S. MINGUIJÓN, *Espéculo*, en *Nueva enciclopedia jurídica*, ed. C.-E. Mascareñas, VIII (Barcelona: Seix, 1956), 790-791.

24. Véanse las atinadas observaciones que hace GARCÍA-GALLO, *El Libro de las leyes*, págs. 391, 394. IGLESIA FERREIRÓS, *ob. cit.*, págs. 954-957, publica una lista de las referencias internas del *Espéculo* que permiten suponer la existencia de un texto más extenso que el conservado. No le falta razón cuando observa (págs. 953-954) que el *Espéculo* debía constar de más de siete libros.

25. Consúltese la excelente ed. y comentario de J. CERDÁ RUIZ-FUNES, *Las glosas de Arias de Balboa al Fuero Real de Castilla*, *AHDE*, XXI-XXII (1951-52), 731-1141 (a la pág. 733).

mia de la Historia (*Las Siete Partidas*, I, 23; ley 1,1,15) queda bien esclarecida por la lección del *Espéculo* «oy mas» (Bib. Nac. Madrid, ms. 10123, f. [7]v^ob), que quiere decir 'desde hoy, de hoy en adelante (queremos mostrar...). Arias Bonet en su edición de la primera *Partida* ya aludida transcribe mal («e mas» [pág. 9]) y puntúa peor, colocando una coma entre «mas» y «queremoslo». No creo que Alfonso haya querido afirmar que tuviese más derecho que sus antecesores a dictar leyes para su reino; en una edición crítica de la primera *Partida* se impondría la lección del *Espéculo*.

II. EL FUERO REAL

Existe un *éPLICIT* que indica el lugar y la fecha en que se acabó el *Fuero Real* en una minoría de los manuscritos conservados. García-Gallo desecha este testimonio en los términos siguientes: «Pero no prueba, por sí sola, que exprese la fecha real en que el *Fuero de las leyes* [*Fuero Real*] fue concluido. Lo mismo que ocurre con el código de las *Partidas*, pudo ser puesta por el autor o copista, tomándola de la obra que le sirvió de modelo [el *Espéculo*], para dar antigüedad a la que él escribía, considerándola como mera adaptación de ésta, aunque en la realidad fuera muy diferente» («Nuevas observaciones», pág. 656); luego concluye que «la existencia del texto del *Fuero Real* que nosotros conocemos sólo está probada a partir de los últimos años del siglo XIII» (ob. cit., pág. 656); finalmente intenta identificar con el *Espéculo* todas las alusiones al *Fuero del libro* anteriores a esa época (páginas 657 y ss.). Es débil el motivo que atribuye García Gallo al autor o copista para su falsificación, pero sí vale la pena estudiar con cierto detenimiento el *éPLICIT* con el propósito de descubrir señales de la falsificación alegada.

Se encuentra el *éPLICIT* a lo menos en seis manuscritos: Biblioteca Capitular de Toledo, ms. 43-21, f. 114r^oa; Biblioteca del Palacio de Perelada (Gerona), ms. 14984, f. 196r^oa; Biblioteca Nacional de Madrid, ms. 5964, f. 45v^ob; ms. 10166, al final (no encuentro foliación en el film que poseo); Biblioteca del Escorial, ms. Z.III.16, f. 132v^ob; ms. K.II.16, f. 72v^oa. He examinado otros once manus-

critos que carecen del *éxPLICIT* aludido, a saber: Biblioteca Capitular de Toledo, ms. 43-22; Biblioteca Nacional de Madrid, mss. 710, 6655 y 17309; Biblioteca del Escorial, mss. K.III.25, Z.II.8 (contiene dos textos del *Fuero Real*), Z.III.5, Z.III.11, Z.III.13, Z.III.17 y Z.I.5. Sin duda las dos listas distan bastante de ser completas; no he podido ver los manuscritos del *Fuero Real* que se conservan en las bibliotecas de la Real Academia Española y la de la Historia. Mi buen amigo y colega Charles Faulhaber tuvo la gentileza de proporcionarme una descripción detallada del ms. B2568 de la Hispanic Society of America, según la cual se ve que no lleva el *éxPLICIT*.

A base de los seis manuscritos mencionados, pues, y añadiendo el *éxPLICIT* publicado en la edición de la Academia de la Historia (*Opúsculo legales...* II, 169), de origen desconocido para mí, ya que no figura en el ms. base (Esc. Z.II.8) ni coincide con la lección de ninguno de los otros seis textos, voy a intentar reconstruir una versión crítica ²⁶ para luego someterla a un análisis detallado de su autenticidad.

Este libro fue fecho e acabado en Valladolid
por mandado del rey don Alfonso veynte e cinco dias
andados del mes de agosto, era de mill e dozientos
e nouaenta e tres años, en el año que don Odoart

26. Una aclaración previa: para mí la edición crítica consiste en elegir las mejores lecciones de entre las variantes que revela el cotejo de los manuscritos. El texto crítico así formado no coincide por supuesto con el de ninguno de los mss. existentes, sino que a juicio del editor constituye el arquetipo que está a la base de toda la filiación manuscrita. Este procedimiento, al parecer ecléctico, se justifica por el mero hecho de que las buenas lecciones se conservan ora en algunos mss., ora en otros. En la práctica paleográfica y la crítica textual se ha desarrollado toda una serie de criterios formales como el principio de la *lectio difficilior* para ayudarle al editor en su reconstrucción del arquetipo, pero a fin de cuentas lo que ha de prevalecer es el criterio individual del estudioso que prepara la edición, que por eso mismo se llama crítica. En el trabajo presente, como los textos citados son todos muy breves y sólo sirven para ilustrar las distintas hipótesis que iré proponiendo, no incluyo descripciones detalladas de los mss. ni su filiación. En los textos críticos sigo la ortografía medieval más común, limitándome a modernizar la puntuación. Al copiar pasajes de manuscritos individuales, utilizo una transcripción paleográfica estricta, pero desarrollando las abreviaturas.

- 5 fijo primero heredero del rey don Enrich de Anglaterra rescibio caualleria en Burgos del rey don Alfonso el sobredicho. Millan Perez de Ayllon lo escriuio el quarto año que el rey don Alfonso regno ²⁷.

Antes de proceder al examen del contenido del *éxplicit*, conviene destacar las variantes de más peso. La subscripción del copista Millán Pérez de Ayllón sólo figura en dos mss., Esc. Z.III.16 y K.II.16, pero la subscripción misma, sin el nombre del copista, aparece en forma mutilada en otros dos, Tol. 43-21 y Per. 14984, así es que la doy por buena. La fecha del 25 de agosto va contradicha en tres mss., dos de los cuales (Per. 14984 y Esc. K.II.16) dan el 18 de julio, mientras el tercero (Tol. 43-21) pone el 24 de junio, mera errata, según creo, de la misma fecha. He escogido con muchas reservas la primera de las dos posibilidades por motivos que explico más adelante. Las demás variantes son de escriba, como, por ejemplo, el treinta de agosto del ms. que utilizó la Academia de la Historia, cuyo copista habrá leído mal la cifra romana *xxv*

27. Variantes: 1) fue *om.* Per. 14984; fecho e *om.* Per. 14984, Esc. K.II.16; Val.] valladolid Per. 14984, Esc. K.II.16. 2) del] de nuestro sennor el M 5964; don Alfonso *om.* Esc. K.II.16, Academia; Alf.] alonso Per. 14984, alffonso Esc. Z.III.16; Alf. + a Per. 14984; veynte e cinco] diez e ocho Per. 14984, K.II.16, xxiiij Tol. 43-21, treynta Academia. 3) an dados *om.* Per. 14984, M. 5964, Esc. K.II.16; agosto] iulio Tol. 43-21, Esc. K.II.16, jullio Per. 14984; ago. + en Tol. 43-21, Academia; + en la M 5964; mill] milli Tol. 43-21; e *om.* Per. 14984. 4) e₁ *om.* Per. 14984; nov.] nouanta Tol. 43-21, nouenta M 5964, Esc. Z.III.16, Academia, lxxx Per. 14984; e₂ *om.* Per. 14984, M 10166; tres] quatro M 5964; en *om.* Esc. Z.III.16, K.II.16; Odo.] odoarte Tol. 43-21, Academia, adoarte Esc. K.II.16, doart M 10166, duarte Per. 14984 dōat M 5964. 5) fijo] fue M 10166; pri. + e Tol. 43-21, Esc. Z.III.16, don *om.* M 10166, Esc. Z.III.16, K.II.16, Academia; Enr.] anrich Tol. 43-21, M 10166, Esc. Z.III.16, anrique M 5964, enrique Per. 14984, Esc. K.II.16, Enrique Academia; Ang.] angla terra Esc. Z.III.16, anglatier Tol. 43-21, Inglatrra Per. 14984, inglatra M 5964, yngla tra M 10166. 6) res.] recibio Tol. 43-21, rresçebio M 5964, Resçebian Per. 14984; en Burgos *om.* Tol. 43-21. 7) Alf.] alfoñ Per. 14984, alffoñ Esc. Z.III.16, el *om.* M 10166, Esc. Z.III.16; Millan... regno *om.* M 5964, M 10166, Academia; Millan... escriuio *om.* Tol. 43-21; Millan... Ayllon *om.* Per. 14984; Ayl.] aellon Esc. Z.III.16; lo escriuio] escriujosse Per. 14984. 8) el] en el Tol. 43-21, Per. 14984; quarto año] anno quarto Tol. 43-21; el] este dicho Per. 14984; rey don Alfonso *om.* Tol. 43-21; Alf.] alffonso Z.III.16.

(trastrueques numéricos entre v y x no son raros en los manuscritos).

No he podido descubrir ninguna incoherencia interna en este *éxPLICIT*, una vez descartados los deslices de copistas. El 25 de agosto (y también el 18 de julio) cae dentro del año en que recibió la orden de caballería el príncipe inglés Eduardo (noviembre 1254/noviembre 1255), según la manera medieval de entender la extensión de este año, ya explicada arriba. El itinerario del Monarca Sabio establece que permaneció en Valladolid sin interrupción desde el 3 de julio de 1255 hasta el 21 de octubre del mismo año (Ballesteros, «Itinerario», *BRAH*, CV [1934], 137-149). La actividad de Millán Pérez de Ayllón es bien conocida; firma otros documentos fechados en 14.iii.1255, 22.v.1255, 17.vi.1255, 22.i.1256, etc. (*MHE*, I, 62-63, 67, 82, resp.) y el cuarto año del reinado de Alfonso X comenzó el primero de junio de 1255²⁸. Durante su estancia en Valladolid, Alfonso extiende un importante privilegio, colocando bajo la jurisdicción de Burgos varias villas como Lara, Barbadillo del Mercado, etc., en el cual se refiere el rey a las «franquezas et... buenos fueros que les yo di [a los burgaleses]» y además manda que las dichas villas «se juzguen por el fuero y por leyes de Burgos» (*MHE*, I, 68-70). El privilegio lleva la fecha del 18 de julio de 1255; sospecho que por confusión esta fecha penetró en la tradición textual del *éxPLICIT* del *Fuero Real*, pues el año siguiente también se concedió a la ciudad de Burgos, el 27 de julio de 1256 (*MHE*, I, 97-100), aunque ya tenían «buenos fueros». Por eso he adoptado la fecha del 25 de agosto en el texto crítico.

Conozco tres testimonios medievales independientes del *éxPLICIT* del *Fuero Real*. En orden cronológico inverso, tenemos en primer

28. Las fórmulas del *éxPLICIT* reconstruido concuerdan exactamente con las que aparecen en los privilegios rodados de la época, como, por ejemplo, el concedido al monasterio de Arlanza el 26 de diciembre de 1254: «Fecha la carta en Burgos, por mandado del rey, .xxvi. dias andados del mes de deziembre, en era de mil e dozientos e nonaenta (sic) e dos annos, en el anno que don Odoart, fijo primero e heredero del rey Henric de Angla tierra, recibio caualleria en Burgos del rey don Alfonso el sobre-dicho... Johan Perez de Cuenca la escriuio en el anno tercero que el rey don Alfonso regno» (R. MENÉNDEZ PIDAL, *Documentos lingüísticos de España*, I: *Reino de Castilla*, reimpr. [Madrid: C.S.I.C., 1966], pág. 251).

lugar el *éxplícit* de las Cortes de Zamora de 1274 que reza así: «E este ordenamjento fue fecho por mandado del sobredicho rey don alfonso [añadido en el margen: anno susodicho que fue] diez e nueue annos despues que el fuero castellano fue dado por este Rey don alonso a los de burgos [tachado: que es cabeça de castilla] en valladoljt a veynte e cinco dias andados del mes de agosto era de mill e dozientos e nobenta e tress annos en el anno que don odoarte que fue primero [se corrige: primogenito] heredero del rey enrique de inglaterra rescebio caualleria en burgos del rey don alonso el sobredicho» (ms. esc. Z.II.6, f. 6rº; véase también Academia de la Historia, *Cortes...* I, 94). Es de todo punto evidente que ahí se ha copiado a la letra buena parte del *éxplícit* del *Fuero Real*. Verdad es que se confunde la fecha en que se acabó el *Fuero Real* con la de su concesión a la ciudad de Burgos, confusión que persiste hasta nuestros días, y que se le llama *fuero castellano*, etiqueta tardía; pero no cabe duda que tenemos aquí un pasaje cuya redacción no puede ser independiente del *éxplícit* del *Fuero Real*. El *éxplícit* de las Cortes de Zamora no es coetáneo de las mismas; se han conservado estas Cortes en una especie de recopilación de leyes formada en los últimos años del siglo xv o a principios del siglo xvi, como pienso demostrar en otro lugar. El *éxplícit* que se acaba de transcribir no es más que un comentario del recopilador anónimo²⁹.

De la segunda mitad del siglo xiv es el prólogo del *Fuero Viejo*, donde se dice (según el facsímil publicado por J. Maldonado)³⁰: «judgaron por este ffuero [el *Fuero Viejo*]... ffasta que el rrey don alffonso ssu vissnieto [de Alfonso VIII] dio el ffuero del libro a los conçejos de castiella que ffue dado en el anno que don adoarte ffijo primero heredero del rrey anrrique de jnglaterra rrecibio caualleria en burgos del ssobredicho rrey don alffonso que ffue en la era mjll e dozientos e nouenta e tres annos et judgaron por este libro ffasta en ssant martin del mes de noujembre que ffue

29. En unas tablas introductorias se copia otra vez el *éxplícit* del *Fuero Real*, añadiéndose otros pormenores que no importa detallar aquí (ms. esc. Z.II.6, f. 23rº).

30. *Un manuscrito del Fuero Viejo*, *AHDE*, XXXII (1962), 471-481. Se trata del ms. 2205 de la Biblioteca Universitaria de Salamanca; el facsímil se halla entre las págs. 472 y 473.

en la era de mill e trezientos e diez annos.» Aunque se han arreglado en forma distinta las cláusulas del *éPLICIT* original, no por eso deja de ser obvia la correspondencia literal.

El *Fuero de Briviesca*, que entró en vigencia el 16 de enero de 1313, es una adaptación literal del *Fuero Real* con 124 leyes añadidas. Al final se repite el *éPLICIT* que estudiamos, en esta forma: «Este es el libro del fuero que el Rey don alfonsso dio a la noble Çibdat de Burgos. Et fue acabado en valladolit por mandado del Rey diez e ocho dias andados del mes de julio En la era de mill e cc e novaenta e tres annos en el anno que don Edoart fijo primero e heredero del Rey Enrrique de yngla terra Recibio caualleria en burgos de don alffonsso el Rey sobredicho en el anno quarto que el Regno» (transcrito según el facsímil que publicó J. Sanz García)³¹. Como se ve, el *Fuero de Briviesca* no confunde la fecha en que se terminó el *Fuero Real* con la de la concesión de éste a la ciudad de Burgos. En fin, hasta ahora hay que confesar que las credenciales del *éPLICIT* son impecables: no acusa ninguna señal de falsificación y hay testimonios independientes de su existencia a partir de 1313.

Para desechar definitivamente la teoría de que el *éPLICIT* del *Fuero Real* sea una superchería inventada hacia 1290 por un autor o escriba con no se sabe qué propósito, basta alegar un documento extendido por el Rey Sabio de Sevilla, el 29 de abril de 1264, que precisa y enmienda ciertos puntos legales en la legislación municipal de la villa de Cuéllar. Contiene una alusión patente al *Fuero Real*: «Otrossi de los que nos dixieron que vos agraviavades, porque las mugieres bibdas e las donzellas que non avien caloña ninguna en el fuero por el denosteio, o por otra desonra que les fiziessen, e que las casadas avien trezientos sueldos; e nos pidieron merçed que oviessen alguna caloña las bibdas e las donzellas. Tenemoslo por bien e mandamos que la mugier casada aya los trezientos sueldos, assi como el fuero dize; e la bibda, dozientos sueldos; e la donzella en cabello, cient sueldos»³². En el *Fuero*

31. *El Fuero de Verviesca y el Fuero Real* (Burgos: Impr. El Castellano, 1927), págs. 397-399.

32. A. UBIETO ARTETA, *Colección diplomática de Cuéllar* (Segovia: Diputación Provincial, 1961), pág. 62.

Real el título sobre los denuestos dispone lo siguiente (4,3,2): «Quatquier que a otro denostare, quel diziere gafo o fodudinculo, o cornudo, o traydor, o herege, o a muger de su marido puta, desdigalo ántel alcalde e peche ccc sueldos, la meytad al rey e la meytad al querelloso... (Academia de la historia, *Opúsculos...* II, 120). La ley alfonsina no menciona ni a las viudas ni a las doncellas, e impone una multa de 300 sueldos a quien ofenda verbalmente a una muger casada. Ante estas coincidencias, me parece indudable que el código que los ciudadanos de Cuéllar querían rectificar en 1264 no era otro que el *Fuero Real*.

Con la misma claridad alude el documento citado a otro privilegio concedido anteriormente (21 de julio de 1256), según estos dos ejemplos patentizan: (1) «E de los que nos mostraron, que en el privilegio que nos diemos a las bibdas que fuessen escusadas [de impuestos], que no dize y de las bibdas que enbibdaron ante que les nos fiziessemos esta franqueza, e nos pidieron merçed que fuessen aquellas bibdas escusadas assi como eran la otras» (*Colección... de Cuéllar*, pág. 63). Alfonso accede a la petición, eximiendo de impuestos también a las viudas de caballeros que habían perdido a sus esposos antes de la fecha del privilegio aludido, el cual estipulaba al respecto: «E quando el cavallero muriere e ficare sus (sic) mugier, mando que aya aquella franqueza que avie su su marido, mentre que toviere bibdedat» (*Colección... de Cuéllar*, pág. 43). (2) Como los criados y familiares de los caballeros, a menos que poseyeran bienes propios, tampoco pagaban impuestos, a la clase privilegiada le parecía lógico que se incluyera a sus mayordomos entre los eximidos. Estuvo de acuerdo Alfonso, y concedió en 1264 lo siguiente: «porque en el nuestro privilegio que les diemos en razon de como oviessen sus escusados non dize y que oviesen mayordomos, damosles e otorgamosles que ayan los cavalleros seños mayordomos, e que los escusen de la quantia que han los otros escusados, segunt dize en el otro nuestro privilegio que les diemos» (*Colección... de Cuéllar*, pág. 65). La estipulación original era de ese tenor: «E que escusen sus [de los caballeros] paniguados e sus yugueros e sus molineros e sus ortolanos e sus pastores que guardaren sus yeguas e sus ganados e sus amos que criaren sus fijos. Estos escusados que ovieren si cada uno oviere volta de cient moravedis en mueble e en rayz, e en quanto que

oviere o dent ayuso, quel puedan escusar; e si oviere volta mas de .cient moravedis, quel non puedan escusar, e que peche al rey» (Colección... de Cuéllar, pág. 43).

El documento que dispensa las franquicias originales, fechado en 21 de julio de 1256, también concede a la villa de Cuéllar «aquel fuero que yo fiz con consejo de mi corte, escrito en libro e sellado con mio sello de plomo que lo ayan el concejo de Cuellar tan bien de villa como de aldeas, porque se iudguen por el en todas cosas pora siempre jamas, ellos e los que dellos vinieren» (Colección de Cuéllar, págs. 42-43). El diploma de 1256 y el fuero concedido en él formaban un conjunto legislativo, y las rectificaciones adoptadas en 1264 se referían a ese conjunto; luego, como el fuero mencionado en 1264 es el *Fuero Real*, ése mismo ha de ser el código concedido en 1256. Esta conclusión lleva consigo una consecuencia de las más útiles: el documento de Cuéllar que lleva la fecha de 21 de julio de 1256 es punto menos que idéntico a otros muchos en que se hacen concesiones análogas. Entonces en todos estos casos no puede tratarse sino del *Fuero Real*; son, a saber: Peñafiel, 19.vii.1256 (*MHE*, I, 89-93); Soria, 19.vii.1256³³; Atienza, 22.vii.1256³⁴; Buitrago, 23.vii.1256 (*MHE*, I, 93-97); Burgos, 27.vii.1256 (*MHE*, I, 97-100); Talavera, 18.x.1256 (*MHE*, I, 124-127); Escalona 5.iii.1261 (*MHE*, I, 175-180; la parte inicial es distinta —las correspondencias literales comienzan en la pág. 177); Béjar, 18.vi.1261³⁵; Madrid, 22.iii.1262³⁶; Valladolid, 19.viii.1265 (*MHE*, I, 224-228). Se notan diferencias en lo que a las franquicias se refiere, pero la fórmula de concesión es casi invariable. Este recuento no pretende ser exhaustivo³⁷, pero basta para establecer que en julio de 1256 ya entra-

33. J. LOPERRÁEZ CORVALÁN, *Descripción histórica del obispado de Osma*, 3 tomos (Madrid: Impr. Real, 1788), III, 182-185.

34. BALLESTEROS-BERETTA, *El fuero de Atienza*, *BRAH*, LXVIII (1916), 264-270.

35. A. MARTÍN LÁZARO, *Colección diplomática municipal de la ciudad de Béjar*, *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, IV (1921), 287-304, 449-464; véanse las págs. 295-299.

36. E. DE HINOJOSA Y NAVEROS, *Documentos para la historia de las instituciones de León y Castilla (siglos X-XIII)* (Madrid: Centro de Estudios Históricos, 1919), págs. 168-171.

37. Véase también GARCÍA-GALLO, *Nuevas observaciones*, págs. 621-623,

ba en vigor el *Fuero Real*, hecho que constituye el apoyo más decisivo en favor de la autenticidad de su éxplicit.

Hasta ahora no he visto pruebas fehacientes de concesiones del *Fuero Real* con anterioridad al mes de julio de 1256. Repetidas veces Ballesteros-Beretta emitió la especie de que Burgos recibió el *Fuero Real* el 25 de agosto de 1255 y Valladolid el 30 del mismo mes³⁸. En el primer caso se dejó guiar por el éxplicit de las Cortes de Zamora de 1274 que confunde lo que está bien expresado en el éxplicit del *Fuero de Briviesca*, como se ha dicho arriba. En el segundo caso adoptó como fecha de una concesión lo que no es más que una variante del éxplicit del *Fuero Real*, sin más motivo que el figurar la tal variante en la edición académica del texto. El éxplicit del *Fuero Real* no constituye un documento de concesión a ninguna ciudad; además, ¿cómo no se percató el gran historiador de que las concesiones efectivas a estas dos ciudades dicen claramente que «non avien fuero cumplido»?

El prólogo del manuscrito que sirvió de base a la edición académica del *Fuero Real* (ms. esc. Z.II.8) hace mención específica de la ciudad de Valladolid como destinataria de la nueva legislación. En los demás manuscritos cotejados por los editores académicos se habla vagamente de que «muchas çibdades e muchas villas» no poseían fueros adecuados. Creo que con esto el escritorio alfonsino pensaba facilitar la multiplicación de ejemplares sin la necesidad de esperar a que se efectuasen concesiones particulares; o

de donde he extraído las referencias a concesiones registradas en las notas anteriores.

38. *Alfonso X*, pág. 142, e *Itinerario*, BRAH, CV (1934), 142-143; no intenta Ballesteros allanar las contradicciones al registrar las concesiones a Burgos del 27 de julio de 1256 (págs. 177-178) y a Valladolid del 19 de agosto de 1265 (BRAH, CIX [1936], 383). En *Burgos y la rebelión del Infante don Sancho*, BRAH, CXIX (1946), 93-194, sostiene el autor que Alfonso "reitera" la concesión del *Fuero Real* a Burgos (pág. 104), sin darse cuenta de que el texto que cita imposibilita semejante punto de vista ("fallé que la Noble Cibdad de Burgos... non auie fuero cumplido"). Ya había protestado contra la pretendida concesión a Valladolid del 30 de agosto de 1255 T. MUÑOZ ROMERO, editor anónimo del *Catálogo de la Colección de fueros y cartas-pueblas de España* (Madrid: Impr. de la Real Academia de la Historia, 1852), págs. 271-272; tampoco habla de una concesión a Burgos anterior a la del 27 de julio de 1256 (pág. 51).

bien la alteración aludida podría responder a un cambio fundamental en el ámbito de vigencia del *Fuero Real*, como sugiere Iglesia Ferreirós, «Las Cortes de Zamora», págs. 949-951. Así opinaban los moradores de Briviesca al pedir «el fuero que ouo fecho e otorgado para todo el Regno el dicho Rey don alfonso» (*Fuero de Briviesca*, ed. Sanz García, pág. 70), puesto que con eso entendían el *Fuero Real*.

Es imposible saberlo por medio de las ediciones existentes, pero en siete de los manuscritos que he podido consultar se nombran en sus prólogos respectivos otras cuatro ciudades y villas como destinatarias del *Fuero Real*. Cuatro ejemplares se refieren a la ciudad de Burgos: Per. 14984, Esc. Z.III.13 (donde está escrito sobre raspado el nombre de la ciudad), Z.I.5 (por contaminación; contiene la frase «muchas çibdades...» seguida, con anacoluto gramatical, de la lección «que la noble çibda [sic] de burgos») y Z.III.17. Estas repetidas alusiones parecen ser otro testimonio de la importancia que se atribuía generalmente a la concesión del *Fuero Real* a la «cabeça de Castilla» (*MHE*, I, 97). Existen los documentos de concesión a Burgos y a Valladolid; en cambio no hay constancia documental de concesiones a Carrión (M 6655), Santo domingo de la Calzada (Esc. Z.III.16) y Arévalo (Hisp. Soc. B2568)³⁹. No por eso son despreciables estas noticias, ya que existen numerosas lagunas documentales en los registros del reinado de Alfonso X.

Aunque puede darse por comprobada la existencia del *Fuero Real* desde 1256, queda en pie la principal dificultad textual relacionada con el éxplicit del código: si es auténtico, y no hay motivos serios para dudarlo, ¿por qué no consta en las dos terceras partes de los manuscritos existentes? No he podido observar ninguna co-

39. Arévalo no figura en el *Catálogo* de Muñoz y Romero ni hay noticia del *Fuero Real* en las entradas Carrión de los Ajos y Carrión de los Condes (pág. 64). Según parece, al consultar el ms. esc. Z.III.16, sólo leyó Muñoz y Rivero una nota del siglo xvii que hay en una hoja de guarda, sin echar de ver que el prólogo contiene la misma atribución a Santo Domingo de la Calzada (pág. 227). Incurre en un error análogo J. ZARCO CUEVAS, *Catálogo de los manuscritos castellanos de la Real Biblioteca de El Escorial*, 3 tomos (Madrid: San Lorenzo de El Escorial, 1924-29), III, 147.

rrelación entre la presencia o ausencia del éxplicit y las circunstancias internas y externas de los códices. Será un problema más para quien emprenda la edición crítica del *Fuero Real*⁴⁰.

III. LAS SIETE PARTIDAS

Para colocar en las postrimerías del siglo XIII la formación del texto hoy día titulado las *Siete Partidas*, García-Gallo se ve obligado a desacreditar el epígrafe (versión A) que acompaña a los tres manuscritos que representan el primer estado de la refundición del *Espéculo*, o sea el ms. Add. 20787 de la British Library, el ms. HC 397/563 de la Hispanic Society of America y el ms., hoy extraviado, denominado «B[iblioteca] R[eal] 3º» en la edición de las *Partidas* dada a la estampa en 1807 por la Academia de la Historia. El mismo epígrafe figura, por contaminación, en el ms. 43-13 de la Biblioteca Capitular de Toledo y en el ms. 22 de la Biblioteca Nacional de Madrid (contiene este último sólo la parte cronológica del epígrafe) Reza así, según el ms. más antiguo Add. 20787:

40. Los demás argumentos cronológicos esgrimidos por GARCÍA-GALLO (*Nuevas observaciones*, págs. 651-670) son del todo inconcluyentes o inválidos, como el creer que la aplicación a Alfonso del título "rey... del Algarbe" en el prólogo del *Fuero Real* "obliga a datarlo después de junio de 1260 o de principios de 1262" (pág. 654). Lo que se recoge en el prólogo aludido no es la fórmula que encabeza los documentos sino la subscripción de los privilegios en la que figuran constantemente, además del Algarbe, los dominios de Baeza y Badajoz (véase, por ejemplo, *MHE*, I, 78, en un privilegio fechado el 3 de noviembre de 1255, y *passim*). Al afirmar (pág. 657) que los códices españoles del *Fuero Real* no llevan rúbricas como la que encabeza la traducción portuguesa (publicada por A. Pimenta [Lisboa: Instituto para a Alta Cultura, 1946]) habría sido útil recordar por lo menos el epígrafe (o quizá rúbrica) publicado por la Academia de la Historia según el ms. 10166 de la Biblioteca Nacional de Madrid, pues es evidente que se redactó en vida del Rey Sabio: "Este es el libro del fuero de las leyes que dio el noble rrey don alfonso que dios de vida fijo del noble Rey don fernando que dios perdone. Amen". Otros epígrafes distintos se encuentran en los mss. Tol. 43-22, Per. 14984 y M 6655.

(A) [E]ste es el prologo del Libro del fuero de las leyes que fizo el noble don Alffonso Rey de Castiella, de Toledo, de Leon, de Gallizia, de Seuilla, de Cordoua, de Murcia, de Jahen e del
 5 Algarue, que fue fijo del muy noble Rey don ferrando e de la muy noble Reyna donna Beatriz e començolo el quarto anno que Regno en el mes de Junio en la vigilia de sant Johan babtista que fue en Era de mill e dozientos e Nouaenta
 10 e quatro annos e acabolo en el trezeno anno que regno en el mes de agosto en la uiespera desse mismo sant Johan babtista quando fue martiriado en Era de mill e trezientos e tres annos⁴¹.

El epígrafe A introduce el título de la obra, el nombre del autor y las fechas de composición. En cuanto al segundo detalle, el epigrafista repite lo que está en el prólogo (en este primer folio útil del ms. Add. 20787 ha sido dañado el texto; coloco entre corchetes cuadrados las lecturas más difíciles).

... por ende nos don Alffonso, fijo del muy noble r[e]y don ferrando e de la muy noble rrey[na do]nna beatriz, Regnando en cast[i]ella en toledo en Leon en Gallizia en [seuilla] en
 5 cordoua en Murcia en Jahen e [en e]l [algarue],
 Començamos este libro...⁴².

41. Variantes: 2) noble + rey Tol. 43-13; Alf. + por la gracia de dios Tol. 43-13. 3) Cast. + e HC 397/563; Tol + e HC 397/563; León + e HC 397/563; Gal.] galizia Tol. 43-13, galiçia + e HC 397/563. 4) Sev.] seuillia + e HC 397/563; Cord. + e HC 397/563; e om. Tol 43-13. 5) Allg.] algarbe HC 397/563, B.R. 3º, Tol. 43-13; que] quj HC 397/563. 6) doña] dona Tol. 43-13. 7) com.+en Tol. 43-13. 8) vig.] ujespra HC 397/563. 9) en + la Tol. 43-13; mill] mil M 22; nov.] noventa HC 397/563, B.R. 3º, M 22, Tol. 23-13. 10) e quarto om. Tol. 43-13; acab.] acabalo M 22; trez.] onzeno M 22 (*parece enmienda de trezeno*). 11) viés.] viespra HC 397/563, Tol. 43-13, biespra M 22; esse] ese B.R. 3º, M 22. 12) mismo] mesmo HC 397/563. 13) en + la HC 397/563, B.R. 3º, M 22, Tol. 43-13; mill] ml HC 397/563, mil M 22; e₁ om. HC 397/563; e₂ om. HC 397/563.

42. Variantes: 1) Alf.] Alfonso B.R. 3º. 2) fer.] ferando HC 397/563. 3) cas. + e HC 397/563. 4) tol.] Tolledo B.R. 3º; + e HC 397/563; Leon + e HC 397/563; Gal.] Galicia e HC 397/563; en seuilla en om. HC 397/563. 5) cor. + e HC 397/563; Mur. + e HC 397/563; el om. HC 397/563.

No se derivan del texto del prólogo ni el nombre de la obra, «Libro del fuero de las leyes», ni las fechas de composición, que traducidas al estilo actual rinden el 23 de junio de 1256 para el comienzo, y el 28 de agosto de 1265 para el fin de la compilación.

García-Gallo rechaza la autenticidad del epígrafe A en estos términos: «Creo que tal fecha [1256/1265] no corresponde a ninguna elaboración de un texto, sino a la de transcripción de un códice, que posiblemente sólo por error se atribuyó a aquélla» («Nuevas observaciones», pág. 650) y en otro lugar (pág. 653) sugiere que la tal transcripción lo sería del *Espéculo*. Fijémonos en la suma inverosimilitud de semejante conjetura: en un códice de lujo, fabricado hacia 1290 en el taller alfonsí todavía en plena actividad, una copista encabeza el texto que copia con la invención o repetición de una legendaria labor de Sísifo, o sea, la transcripción de una sola obra (¿el *Espéculo*?) en más de nueve años. Difícilmente creíble de tratarse de un *éxPLICIT* enterrado en el último folio de un manuscrito voluminoso, es inconcebible que semejante dislate hubiera pasado inadvertido por los correctores, ya que campea en la primera columna del espléndido códice Add. 20787.

Más vale suponer que el epígrafe A obedece a un propósito inteligible, que como ya se ha indicado consiste en la declaración de quién fue autor (jefe de redacción, se diría hoy día)⁴³ de la obra y la fecha en que se compuso. En todo caso, por el momento la tarea más urgente es someter el texto del epígrafe a un examen cuidadoso, intentando detectar incoherencias sugestivas de una falsificación.

Observó García-Gallo que la frase «que fue fijo del muy noble

43. Pido la indulgencia del lector si a veces digo por comodidad "Alfonso" en vez de "equipo jurídico alfonsino". Para comprender la naturaleza de la actuación del rey en la compilación de las obras que llevan su nombre sigue siendo imprescindible la consulta de la nota de A. GARCÍA SOLALINDE, *Intervención de Alfonso X en la redacción de sus obras*, *RFE*, II (1915), 283-288.

44. Suponiendo, claro está, que no nos engañe el sentimiento lingüístico moderno. En la sentencia que dieron el 8 de agosto de 1304 los reyes de Aragón y Portugal sobre el pleito dinástico entre el rey Fernando IV y Alfonso, el mayor de los Infantes de la Cerda, se dice de éste: "hijo que fue del infante don Fernando de la Cerda" (A. BENAVIDES, *Memorias de D. Fernando IV de Castilla*, 2 tomos [Madrid: J. Rodríguez, 1860],

Rey don ferrando» sugiere que el epígrafe A es posterior a la muerte del Rey Sabio ⁴⁴. Como de las *Partidas* no existe que yo sepa ningún códice copiado en vida de Alfonso X, por principio no deben sorprendernos alusiones a su muerte en los preliminares de los manuscritos conservados. Todos los textos manuscritos del epígrafe A concuerdan en las principales lecciones que se han de discutir ahora, de manera que puede darse por seguro que el arquetipo del epígrafe A coincidía fundamentalmente con el texto transcrito arriba a base del ms. Add. 20787, o incluso que este mismo es el arquetipo, es decir, que descienden de él los demás textos del epígrafe A que figuran en los ms. HC 397/563, Tol. 43-13, «B.R. 3º» y M 22. Para allanar la discrepancia cronológica que percibe García-Gallo, basta suponer que el escriba del arquetipo, trabajando después del 4 de abril de 1284, introdujo las dos palabras «que fue» en un texto que decía sencillamente «fijo del muy noble rey...»; en el prólogo, y por supuesto a través de todas las *Partidas*, sigue hablando Alfonso en primera persona, todavía «regnando en Castiella». No hay cosa menos misteriosa: texto original terminado en 1265, manuscritos existentes copiados después de 1284 ⁴⁵.

En el epígrafe A hay, sin embargo, una curiosa incoherencia cronológica cuyo alcance me resulta difícil calibrar. El 23 de junio de 1256 cae en el quinto año del reinado de Alfonso y el 28 de agosto de 1265 en el decimocuarto, como puede comprobarse fácilmente con la consulta de documentos reales coetáneos (ya mencionados con referencia al *Fuero Real*): el fuero de Peñafiel fue con-

II, 418). El tiempo pretérito del verbo parece aludir al fallecimiento del padre, no al del hijo, quien había de gozar casi treinta años más de vida.

45. Podría creerse que la variante que introduce el ms. Tol. 43-13 en el segundo renglón del epígrafe A, “por la gracia de dios rrey de Castiella”, se redactase en vida del Rey Sabio. Sin embargo, en el mismo ms. también figura la frase “que fue fijo.” Aunque sería admisible suponer una versión mixta procedente de dos epígrafes distintos, uno redactado durante el reinado de Alfonso X y otro coincidente con el epígrafe A, sospecho que el copista del ms. Tol. 43-13 se dejó influir por el texto del prólogo (se trata de la versión definitiva 1P₃; véase más abajo) que comienza en la hoja inmediata, donde se dice: “...por ende Nos don Alffonsso, por la gracia de dios Rey de Castiella...”, sin percatarse de la contradicción que así introducía en el texto del epígrafe.

cedido el 19 de junio de 1256, «el año quinto que el Rey D. Alfonso regno» (*MHE*, I, 92); el concejo de Valladolid recibió el *Fuero Real* el 19 de agosto de 1265, «el año catorzeno que el Rei don Alfonso regno» (*MHE*, I, 228). Cada junio introducía un nuevo año, así es que el 14 de marzo de 1255 pertenece al «anno tercero que el Rey Don Alfonso regno» (*MHE*, I, 62), mientras el 17 de junio del mismo año cae en el «año quarto que el Rey Don Alfonso regno» (*MHE*, I, 66). Se trata de una práctica constante del reinado, de manera que no me convence la explicación que suple García-Gallo («Nuevas observaciones», pág. 632): «los años se cuentan aquí no a partir del día del ascenso al trono (el 30 de mayo de 1252) [sic], sino por años cumplidos». Si se cuentan así, se cuentan mal, porque el epígrafe A alude sin ambages a los años del reinado. Acaso quepa admitir una explicación paleográfica: la abreviatura de *quinto* (*qñto*) se parece mucho a la de *quarto* (*qrto*), diferenciándose las dos grafías sólo en una letra y la forma de la tilde. Un escriba ligeramente dotado en cuestiones aritméticas, después de haber copiado mal *qñto* como *qrto*, pudo echar de ver, mediante unas sumas rápidas, que si 1256 correspondía al cuarto año, 1265 había de corresponder al año decimotercero. Esta hipótesis, que peca de complicada, por lo menos dejaría a salvo la genuinidad de las fechas mismas.

A pesar de que el epígrafe A parece tardío y hasta cierto punto inexacto, todavía no me persuado de que constituya una fabricación total. Sería menos aventurado suponer que el escriba del arquetipo del epígrafe A adaptaba un epígrafe anterior, quizá el original, redactado por supuesto en vida de Alfonso X, en que ya constaban las fechas 23.vi.1256/28.viii.1265, pero ajustándolo a una realidad histórica nueva (la muerte del rey Alfonso) e introduciendo por descuido un par de errores cronológicos.

Para intentar desenmarañar las dificultades cronológicas del epígrafe A hay que trazar brevemente la evolución posterior de las *Partidas*, sobre todo en lo que a epígrafes y prólogos atañe. Se han identificado tres redaciones principales de la primera *Partida*, que para facilitar alusiones señalo con las siglas 1P₁, 1P₂ y 1P₃. Cada una acusa diferencias importantes con respecto al epígrafe y al prólogo, pero además existe una evidente concatenación tex-

tual entre las tres redacciones. La primera versión (1P₁) va acompañada del epígrafe A; el prólogo coincide en gran parte con el del *Espéculo*. 1P₁ es fuente de 1P₂ y 1P₃ es una versión retocada de 1P₂. En éstas (1P₂ y 1P₃) el prólogo ha sido completamente refundido y ampliado, si bien todavía se descubren reminiscencias verbales del prólogo de 1P₁, y se ha añadido un segundo prólogo sobre las virtudes del número siete.

Cinco manuscritos representan la redacción 1P₂: Biblioteca Nacional de Madrid, ms. 22, que como ya se ha notado contiene en los márgenes parte del epígrafe A; Biblioteca del Escorial, mss. Y.III.21, Z.I.4 y M.I.2 (traducción catalana); Biblioteca Capitular de Toledo, ms. 43-20, ff. 78^{ra}-158^{rb}. Sólo tres presentan el epígrafe correspondiente, ya que Tol. 43-20 quedó sin epígrafes y la traducción catalana tiene otro epígrafe independiente. A continuación presento un texto crítico del epígrafe B.

(B) Este es el libro de las leyes que fizo el muy noble rey don Alfonso, señor de Castiella, de Toledo, de Leon, de Gallizia, de Seuilla, de Cordoua, de Murcia, de Jahen e del Algarue,
 5 que fue fijo del muy noble rey don Ferrando, visnieta de don Alfonso enperador de España, e de la muy noble reyna doña Beatriz, nieta del enperador de Roma don Fredric el mayor que murio en Ultramar⁴⁶.

Se ha modificado el título de la obra, se ha introducido una pequeña ampliación genealógica que señala la prosapia imperial de la sangre regia por los dos lados paterno y materno y se han suprimido las indicaciones cronológicas del epígrafe A. En el prólogo ya no se habla de los padres de Alfonso ni hay alusión alguna a las fechas de composición.

Quizá represente el nuevo título un esfuerzo por establecer una distinción terminológica entre las *Partidas* y el *Fuero Real*, conocido entonces con el nombre del «Libro del fuero», título éste que

46. Variantes: 2) muy om. M 22; Cast.] castilla Esc. Z.I.4. 3) Tol.] tolledo M 22 4) Alg.] Argarb M 22; Algarbe + e Esc. Y.III.21. 6) vis. de don Alf. om. M 22. 8) Fred.] fredic M 22, ffradrit Esc. Y.III.21, fadrique Esc. Z.I.4. 9) Ult.] utramar M 22.

se prestaba a confusión con el de «Libro del fuero de las leyes». La frase «que fue fijo» parece implicar que el epígrafe B, en la forma que nos ha llegado, también es posterior a la muerte de Alfonso. Conviene repetir lo que dije antes con respecto al epígrafe A, o sea que hay que suponer que el escriba del arquetipo del epígrafe B hacía su labor después de 1284. Ni en este caso ni en el anterior nos autoriza este hecho a creer que el texto de las redacciones respectivas (1P₁ y 1P₂) sean también posteriores al fallecimiento del Rey Sabio.

El que se hayan eliminado las fechas que yo creo originales (23.vi.1256/28.viii.1265) probablemente se debe a que ya no correspondían a la época en que se llevó a cabo la versión 1P₂, con toda seguridad posterior a 1265. La mención de los dos emperadores, Alfonso VII de Castilla y León y Federico Barbarroja del imperio romano-germánico, sin duda reflejo del «fecho del imperio», apunta hacia el período abarcado por las fechas del 2 de abril de 1272 y julio de 1275. En aquélla murió el rival victorioso de Alfonso, el emperador Ricardo de Cornwall y en ésta renunció Alfonso a la corona imperial; entretanto, el Rey Sabio había realizado con asombrosa terquedad unos inverosímiles esfuerzos financieros y diplomáticos para posibilitar la «ida al imperio». Sería difícil explicar la presencia de estas alusiones genealógicas en un epígrafe redactado tras el desengaño definitivo que sufrió Alfonso en Beaucaire con respecto a sus aspiraciones imperiales.

No sé si se quiso eliminar el epígrafe en la tercera y definitiva redacción de la primera *Partida* (1P₃) o si es casual su desaparición de la mayoría de los mss. que la representan⁴⁷. Sólo uno, el ms.

47. El ms. 12793 de la Biblioteca Nacional de Madrid carece de epígrafe, pero hay un espacio dejado en blanco al comienzo del índice de títulos. En la traducción portuguesa medieval de la primera *Partida* (ms. alcobacensis 324 de la Torre do Tombo, Lisboa) se encuentra un epígrafe más bien parecido al tipo B, pero que acusa una haplografía extensa (Affonso/Affonso): "Aqui sse começa a primeyra partida que fez o bem aventurado e muy noble rey dom Affonso, emperador d'Es-panha, e da muy noble raynha dona Beatriz, neta do emperador de Roma dom Frederique o mayor, que morreu en Ultramar" (citado según la transcripción llevada a cabo por C. R. REYNOLDS, *An Edition of a Portion of the "Livro primeiro das Partidas de Castella"*, tesis doctoral inédita [Universidad de North Carolina, 1967], pág. 3). El epíteto "bem

Vit. 4-6 de la Biblioteca Nacional de Madrid ⁴⁸ lleva un epígrafe (C), colocado al comienzo del índice de títulos:

aventurado" suele aplicarse a los que han pasado a mejor vida. Además de los ya mencionados, representan la redacción definitiva de la primera *Partida* (1P₃) los mss. siguientes: Biblioteca Capitular de Toledo, mss. 43-11 y 43-13; Biblioteca del Escorial, ms. Y.III.19; Bibliothèque Nationale de París, ms. esp. 440; Biblioteca Nacional de Madrid, ms. Vit. 4-6.

48. Extraña que la Academia de la Historia no haya tenido noticia de este precioso códice, que perteneció a la biblioteca de Isabel la Católica (véase D. CIEMENCÍN, *Ilustraciones sobre varios asuntos del reinado de Doña Isabel la Católica...*, *Memorias de la Real Academia de la Historia*, VI [1821], 55-622, Ilustración XVIII (inventarios de los libros de la reina), pág. 476, § 23). No ha recibido la consideración que merece en los estudios sobre la tradición textual de las *Partidas*. Lo describió A. PAZ Y MELIÁ, *Códices más notables de la Biblioteca Nacional: XI, Revistas de archivos, bibliotecas y museos*, 3.^a época, XL (1904), 437-440, y lo mencionó más de una vez J. PÉREZ DE GUZMÁN, *La biblioteca de consulta de D. Alfonso el Sabio, La ilustración española y americana*, XLIX:9 (8.iii.1905), págs. 131-134 (no se trata, por supuesto, del "original primitivo" de las *Partidas*) y "El libro y la biblioteca durante los siglos medios", *España moderna*, XVII: 202 (oct. de 1905), 111-152 (páginas 148-149). La alusión más antigua que he encontrado es la de J. M. ESCUDERO DE LA PEÑA, *Encuadernaciones de la Edad Media y Moderna, Museo Español de Antigüedades*, VII (Madrid: T. Fortanet, 1876), 484-492, con una reproducción facsímil de dos letras mayúsculas, Y[sabel] y F[ernando], que figuran en la encuadernación. Difundió este último publicista la especie de que al códice le faltaba la primera *Partida*, error que hace suyo ARIAS BONET *El depósito en las Partidas, AHDE*, XXXII (1962), 543-566, el único estudioso que haya utilizado el ms. Vit. 4-6 para fines científicos. En la primera hoja de guarda hay una lista incompleta y fuera de lugar de los títulos de la segunda *Partida*, pero basta dar vuelta a la hoja para topar con el índice de los títulos de la primera *Partida*. Existe asimismo una descripción sucinta del códice en J. DOMÍNGUEZ BORDONA, *Manuscritos con pinturas* (Madrid: Centro de Estudios Históricos, 1933), pág. 340, § 873, quien le da la signatura Vit. 2-8. J. HOMER HERRIOTT, *The Ten Senses in the Siete Partidas, Hispanic Review*, XX (1952), 269-281, a la pág. 269, creyó que se trataba del manuscrito "B[iblioteca] R[eal] 3^o", pero al pedirlo en 1950 en la Sección de Manuscritos de la Biblioteca Nacional, recibió la misma respuesta que yo en 1972, o sea, que estaba "extraviado". Al repetir yo la infundada conjetura de Herriott de que había desaparecido durante la guerra civil española (*La nota cronológica inserta en el prólogo de la Siete Partidas: edición crítica y comentario, Al-Andalus*, XXXIX [1974] 363-390; véase la pág. 365; J. H. HERRIOTT, *The Validity of the Printed*

C) Aquí comienza el libro de las leyes que fizo el muy noble Rey don alfonso, fijo del muy noble Rey don fernando, visnieto de don alfonso enperador despanna, E de la muy noble Reyna donna beatriz, nieta de don fadrique emperador de Roma que murio en Ultramar.

Ha desaparecido la lista de territorios y ciudades bajo el dominio de Alfonso X, quedando así eliminada toda redundancia con respecto al prólogo. C es el único epígrafe en que no figura la frase «que fue fijo», así es que podía descender de un arquetipo coetáneo del Rey Sabio⁴⁹.

Mucho más significativo es lo ocurrido en el texto del prólogo de 1P₃. Al final de la primera parte (la segunda, como se ha dicho antes, trata las virtudes del número siete) aparece una cronología de la composición de las *Partidas*, ampliada en forma rarísima con una larga retahila de las principales eras cronológicas en uso entre astrónomos medievales. Aquí, para no fatigar al lector más de lo necesario, sólo reproduzco la era cristiana, que es la que más viene al caso⁵⁰.

Editions of the Primera Partida, Romance Philology, V [1951-52], 165-174 [pág. 168, n. 13]), el jefe de la Sección de Manuscritos, el profesor Luis Vázquez de Parga, tuvo la gran amabilidad de comunicarme que el ms. Vit. 2-8 se mantenía ileso en las vitrinas de la Biblioteca Nacional, pero con una signatura distinta: Vit. 4-6 (carta de 25-VIII-1976). Abriqué la esperanza de poder cotejar el ms. Add. 20787 con "B.R. 3º" en toda su extensión hasta recibir la micropelícula del ms. Vit. 4-6. Bastó un cotejo rápido con el texto publicado por la Academia de la Historia para convencerme de que "B.R. 3º" (signatura antigua: X 131) sigue tan extraviado como siempre. Escrito en hermosa letra gótica del siglo xv, Vit. 4-6 contiene todas las Siete Partidas, caso único conocido de un ejemplar completo, fabricado en un solo escritorio, y que todavía se conserva en su integridad. En el prólogo pertenece de llano a la redacción definitiva, y acusa un parentesco relativamente estrecho con el ms. esc. Y.III.19.

49. Una versión bastante estropeada del epígrafe C se halla en un ms. del *Fuero Real* (Per. 14984): "Aquí comienza el libro e fuero de las leyes e los titulos del primero libro que son doze titulos que fizo el noble Rey don alfonso fijo del muy noble Rey don fernando e visnieto de don alfonso enperador de espanna e de la muy noble Reyna donna beatriz nieta del enperador de Roma que murio en ultramar."

50. Una reconstrucción crítica del texto completo de esta cronología puede consultarse en "La nota cronológica", págs. 367-368. Aquí y en

(1P₃, prólogo) E este libro fue començado a componer e a fazer viespera de Sant Johan Babtista, quatro años e veynte e tres dias andados del comienço de nuestro regnado, que començo quando andaua... la era de la encarnación en mill e dozientos e cinquenta e un años romanos e ciento e cinquenta e dos días mas... E fue acabado a siete años complidos.

Alfonso X comenzó a reinar en sábado, primero de junio de 1252⁵¹, o sea 1251 años más los 152 días desde el primero de enero hasta el primero de junio en un año bisiesto. Añadiéndose los cuatro años y 23 días resulta de nuevo el 23 de junio de 1256 (1255 años y 175 días) para el comienzo de la compilación de las *Partidas*. Nótese cómo aquí no existe el error cronológico apuntado arriba en el texto del epígrafe A. Han transcurrido («andado») los primeros cuatro años del reinado, de manera que en el momento señalado por el prólogo de 1P₃, estamos a principios del quinto año. El día vigésimo tercero se ha «andado» también porque la víspera, o sea el atardecer, se contaba como parte del día siguiente.

La coincidencia con el epígrafe A por lo que a la primera fecha (23.vi.1256) atañe, aunque se ha calculado de forma totalmente distinta, me lleva a sospechar que en realidad esta parte del prólogo de 1P₃ no es más que un arreglo muy ampliado de un epígrafe original en que figuraban las fechas 23.vi.1256/28.viii.1265, modelo también del epígrafe tardío e inexacto A. En cuanto a la fecha de conclusión, «siete años complidos» en el prólogo de 1P₃, importa observar que a un código de siete partes, cada una de las cuales principia con una letra del nombre heptagrámato del rey, le conviene un período de elaboración de siete años, ni más ni menos. Parece evidente que por manía numerística el Monarca Astrólogo ha ofuscado la fecha original de la conclusión del trabajo, el 28 de agosto de 1265, fecha que tiene en su favor precisamente la falta de cualquier motivación mítica o literaria.

las *Tablas alfonsíes* la era de la Encarnación tiene el mismo aniversario que la era hispánica, o sea, el primero de enero, pero en general aquella partía del 25 de marzo. Véase S. A. GARCÍA LARRAGUETA, *El comienzo del año en dataciones de documentos hispánicos*, en *Homenaje a Don Agustín Millares Carlos* (Madrid: Industrias Gráficas España, 1975), I, 125-146.

51. Véase BALLESTEROS, *Itinerario*, BRAH, CIV (1934), 50-52, con abundante bibliografía.

Creo haber demostrado en 1974 («La nota cronológica», *Al-Andalus*, XXXIX, 363 y ss.) que la porción cronológica del prólogo de 1P₃, constituye una interpretación de un esquema procedente de las *Tablas alfonsíes*. Las observaciones astronómicas que a éstas les sirvieron de base se llevaron a cabo en el decenio que terminó en el año 1272 (era 1310), año que así viene a ser un *terminus post quem* para el prólogo de la versión definitiva de las *Partidas*. Según esto habrá mediado muy poco tiempo entre las dos últimas redacciones 1P₂ y 1P₃. No he podido fijar dentro del reinado de Alfonso X un *terminus ante quem* para 1P₃; más adelante pienso establecer la existencia de una versión interpolada de la segunda *Partida* que pertenece al período 1275-78. Acaso sea lícito considerar el año de 1278 el extremo cronológico a que alcanzan las distintas redacciones de la primera *Partida*.

En resumidas cuentas, las fechas de las tres redacciones son, desde mi punto de vista, las siguientes: 1P₁/A (23.vi.1256/28.viii.1265) —1P₂/B (1272-75)— 1P₃/C (posterior a 1P₂). En este esquema el problema cronológico principal lo constituye la forma en que se conservaron los epígrafe A y B, ya que sus arquetipos son posteriores, como se ha indicado antes, al fallecimiento del Rey Sabio. La dificultad se reduce a esto: después de 1284 se siguieron copiando redacciones superadas de las *Partidas*. Por lo que a 1P₂ y 1P₃ toca, es muy posible que no las distinguiesen muy bien ni copistas ni juristas, por parecerse tanto en sus preliminares (epígrafe y prólogo) una a otra. Si el códice Add. 20787, que contiene el texto más antiguo del epígrafe A, en efecto se copió hacia 1290 en el escritorio real, quiere decir que se trata de un ejemplar autorizado por el rey Sancho IV, hijo de Alfonso X. Más adelante sugiero que por motivos muy concretos Sancho IV habrá querido fabricar un ejemplar de las *Partidas* que tuviera los visos de presentar un texto más auténtico que el de la versión definitiva 1P₃. Entonces, al copiarse hacia 1290 el epígrafe A, ya existía la cronología desarrollada en el prólogo de 1P₃. Si el equipo que elaboraba el ms. Add. 20787 tuvo presente aquel prólogo, pudo dejarse influir malamente por lo de los «cuatro años andados», confundiéndolo con el número del año del reinado que corría el 23 de junio de 1256. De todos modos, si es verdad que el prólogo de 1P₃ es obra auténtica de Alfonso X, cosa que yo

considero indudable, y si presupone la existencia de un epígrafe original muy semejante al epígrafe A, creo que no hay más remedio que dar por buenas las fechas que figuran en éste (26.vi.1256/28.viii.1265).

Epígrafes y prólogos aparte, la prioridad cronológica de la redacción 1P₁, representada por los mss. Add. 20787, «B.R. 3^o» y HC 397/563, no ofrece ya dudas, pese a los esfuerzos de Arias Bonet por mantener la teoría de que no hay progresión cronológica entre las distintas redacciones de las *Partidas*⁵². La demostración formal ya la dio J. Giménez y Carvajal cuando observó que «B.R. 3^o» en el título 5 de la primera *Partida* sigue de cerca la fuente (la *Summa Poenitentiae* de San Raimundo de Peñafort) mientras que en el texto principal de la edición académica (que pertenece a la redacción definitiva 1P₃) se aparta de ella con toda deliberación⁵³. Sabido es también que el prólogo de 1P₃ transforma profundamente el tono imperativo del prólogo original 1P₁ (en este aspecto 1P₂ es bastante ambiguo), con la aparente intención de convertir las *Partidas* en un tratado primordialmente doctrinal. Esta desviación del propósito legislativo original parece responder a la sublevación de nobles y municipios que culmina, en ese mismo año de 1272, con la restauración de sus antiguos fueros y costumbres⁵⁴. Esto constituye otro poderoso motivo histórico para creer que 1P₃ no antecede el año de 1272.

Para García-Gallo 1P₃ pertenece al primer cuarto del siglo XIV, pero no puedo seguirle en esa opinión. Además del hecho de que en el prólogo habla Alfonso en primera persona, relatando circunstancias autobiográficas⁵⁵, el conjunto de eras cronológicas descri-

52. En el estudio que acompaña a su edición de la primera *Partida*, citada en la nota 4 de este trabajo, *La primera Partida y el problema de sus diferentes versiones a la luz del ms. Add. 20787 del British Museum*, págs. xlvii-ciii.

53. *San Raimundo de Peñafort y las Partidas de Alfonso X el Sabio, Anthologica Annua*, III (1955), 201-338; véanse las págs. 265-274.

54. Hay documentos fechados en este año que acreditan esta restauración, e.g., E. SÁEZ, ed., *Colección diplomática de Sepúlveda, I* (1076-1454) (Segovia: Diputación Provincial, 1956), págs. 42-46 (31-X-1272).

55. "...el muy noble e bien aventurado rey don Ferrando nuestro padre, que era cumplido de justicia e de derecho, lo quisiera fazer si mas visquiera e mando a nos que lo fiziessemos..."

to arriba presupone mucha pericia en el manejo de un texto astronómico, ya que no se trata de un traslado o copia literal, sino de una interpretación matemática que convierte en sumas de años y días cantidades de días expresadas en el sistema sexagesimal. ¿De veras se concibe que un jurista particular se diera el trabajo de introducir todas estas eras en un prólogo que fabricaba con no se sabe qué finalidad? De un cabo a otro el prólogo de 1P₃, con su segunda parte sobre las virtudes del número siete («setenario»), exhala los humos maniáticos de un rey astrólogo y numerólogo, hasta tal punto que sería difícil citar un texto más auténticamente alfonsino según el contenido y el estilo. Por eso me atrevo a preferir como *terminus ante quem* la fecha de la muerte de Alfonso X, el 4 de abril de 1284⁵⁶.

Si ha habido muchas confusiones sobre la fecha de composición de las Partidas, hay que reconocer que el primer culpable fue el propio Alfonso X, con su pueril mito de los «siete años cumplidos». Tuvo un éxito admirable ese mito, puesto que, como lo explica muy bien García-Gallo («Los enigmas», pág. 33), bajo la leyenda se esfumó la verdad. La fecha que yo tengo por original (28.viii.1265) desapareció de la conciencia erudita colectiva en España porque los códices de la redacción definitiva eran más numerosos que los que contenían el epígrafe A y sobre todo porque las ediciones impresas a partir de 1491 dieron acogida, por lo que al prólogo atañe, a la versión definitiva (según he indicado con más datos en «La nota cronológica», pág. 365). Sólo a principios del siglo pasado (1807) vuelve a aparecer el epígrafe A en la edición de las *Partidas* patrocinada por la Academia de la Historia. Desde entonces, con la excepción de García-Gallo («Los enigmas», pág. 32), sólo un estudioso, E. N. van Kleffens, parece haber comprendido, aunque en forma dubitativa, el verdadero carácter de los «siete años cumplidos»⁵⁷. Martínez Marina no se creyó con fundamentos suficientes para preferir ninguna de las dos fechas (*Ensayo* [ed. de 1808],

56. Para IGLESIA FERREIRÓS, *Las Cortes de Zamora* (trabajo citado en la nota 18), las Cortes de Zamora de 1274 constituyen un *terminus ante quem* para la redacción de las *Partidas*.

57. E. N. VAN KLEFFENS, *Hispanic Law Until the End of the Middle Ages* (Edimburgo: Univ. Press, 1968), pág. 184.

pág. 255). Protestó vivamente S. Llamas y Molina⁵⁸ que no era posible creer al pie de la letra que se acabasen las *Partidas* en exactamente siete años, ni un día más ni un día menos, y por consiguiente era preferible la fecha de 28 de agosto de 1265. V. Argüello por su parte observó⁵⁹ que la ley de *Partidas* 7,33,2 no podía ser anterior a 1264, aunque según parece ignoraba la existencia de otra fecha que la de 1263. Los historiadores y juristas más distinguidos de fines de siglo pasado y de comienzos del presente prefirieron a veces el año 1265, sin justificar su preferencia⁶⁰, pero en los manuales de derecho más prestigiosos de la primera mitad de nuestro siglo, o se daba igual valor a las dos fechas (G. Sánchez) o se inventaba una secuencia de dos redacciones, la primera de 1263 y la segunda de 1265 (García-Gallo)⁶¹. Por fin, en 1952 lanzó García-Gallo una teoría totalmente nueva sobre la cuestión. Sospecho que el error psicológico fundamental en todo ese período fue el hecho de ocuparse los estudiosos con una interpretación del texto del prólogo de IP₃ que rindiese la fecha moderna y aparentemente lógica de 23 de junio de 1263 (23 de junio de 1256 más siete

58. *Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, 2.^a ed. (Madrid: D. F. Sánchez, 1852; hay reimpresión, Barcelona: Banchs, 1974), pág. 25.

59. *Memoria sobre el valor de las monedas de D. Alfonso el Sabio mencionadas en las leyes del Espéculo, Fuero Real y Partidas*, en *Memorias de la Real Academia de la Historia*, VIII (1852), pág. 20.

60. Así lo hizo, si mal no me acuerdo, HINOJOSA Y NAVEROS en su *Historia del Derecho romano, según las más recientes investigaciones*, 2 tomos (Madrid: Impr. de la "Revista de Legislación, 1880-85), II, 251-256, aunque no tengo la obra a mi disposición en este momento. Véase también R. ALTAMIRA Y CREVEA, *Spain*, en *A General Survey of Events, Sources, Persons, and Movements in Continental Legal History* (Boston: Little, Brown, 1912), págs. 579-702, a la pág. 621.

61. G. SÁNCHEZ, *Curso de historia del derecho* (Madrid: Suárez, 1932; he visto la 9.^a ed., Madrid: Reus, 1960), pág. 90. GARCÍA-GALLO, *Curso de Historia del Derecho Español, I: Introducción e historia de las bases de formación del derecho, de las fuentes y del derecho público*, 5.^a ed. (Madrid: Gráfica Administrativa, 1950), págs. 259-260. En esto quizá siguiera a SÁNCHEZ, *Para la historia de la redacción del antiguo derecho territorial castellano*, *AHDE*, VI (1929), 260-328 (pág. 263, n. 3). Ballesteros ni siquiera alude a la fecha de 28-VIII-1265 (Alfonso X; página 359; *Historia de España y su influencia en la historia universal*, 2.^a ed., IV [Barcelona, etc.: Salvat, 1948], 141-143).

años) y no con las palabras originales «siete años cumplidos», que despiden un fuerte olor a manía numerística.

Con entera independencia de lo que sugieren epígrafes y prólogos, existen excelentes motivos para creer que la segunda *Partida*, tal como figura en las ediciones corrientes, es anterior al año de 1275. Al mismo tiempo puede identificarse una interpolación posiblemente autorizada por Alfonso X y que tal vez permita explicar por qué el manuscrito más antiguo, Add. 20787, copiado hacia 1290, al parecer después de muerto Alfonso X, reproduce a su modo la versión original (1P₁), esto es, refundición del *Espéculo*, encabezada por el epígrafe A, donde figuran las fechas 23.vi.1256/28.viii.1265.

IV. CRISIS DINASTICA

La mayor tragedia del reinado de Alfonso X, la que trajo consigo todas las demás amarguras que sufrió el rey en el ocaso de su vida, fue la muerte inesperada en noviembre de 1275 de su hijo primogénito Fernando de la Cerda⁶². En este hijo amado centraba el Monarca Sabio todas sus esperanzas para el futuro y sobre su persona se había erigido el andamiaje de un convenio dinástico entre Castilla y Francia. Con su muerte todo vino abajo, con un estruendo que duró medio siglo. Como se ha dicho arriba, Fernando nació el 23 de octubre de 1255, poco después del convenio fechado en Palencia el 5 de mayo precedente, cuyo texto garantizaba sus derechos al trono de Castilla y León frente a los de su hermana mayor Berenguela.

Se malogró el hijo primogénito de San Luis en 1259, dejando sin efecto el convenio matrimonial discutido en la primera sección de este trabajo. Otro proyecto matrimonial de mayor trascendencia histórica se formalizó el 28 de septiembre de 1266, día en que San Luis y Alfonso el Sabio arreglaron un enlace entre Fernando de la Cerda y Blanca, hija del rey francés, nacida en 1252⁶³. Se cele-

62. BALLESTERO, *Alfonso X*, págs. 760-765.

63. Para este capítulo importante de la historia de Castilla sigue siendo fundamental el estudio de DAUMET, *Mémoire*, págs. 10-85 (obra citada en la nota 11). Véase también BALLESTEROS, *Alfonso X*, páginas

braron las bodas el 30 de noviembre de 1269 y nació en 1270 Alfonso, el mayor de los Infantes de la Cerda (Ballesteros, *Alfonso X*, págs. 764-765). Luego sobrevino la desastrosa muerte del heredero. Aunque no se haya conservado documento que lo patentice, apenas cabe duda de que existiera un pacto establecido entre los dos monarcas regulando la sucesión al trono castellano y según el cual se prefería en la sucesión a los hijos de Fernando de la Cerda frente a los demás hijos de Alfonso X, hermanos de Fernando⁶⁴. Hubo un precedente en el convenio aprobado en 1255 en Palencia y la existencia del pacto era opinión corriente de cronistas

407-409, 482-489 y 781-859; SÁNCHEZ ALBORNOZ, *La sucesión al trono*, págs. 1150-1152; M. GAIBROIS DE BALLESTEROS, *Historia del reinado de Sancho IV de Castilla*, 3 tomos (Madrid: Tip. de la "Revista de Archivos", 1922-28), I, 1-6.

64. DAUMET, *Mémoire*, pág. 24, observa esta falta de documentación y habla de un acuerdo "implícito" entre los dos reyes; pero luego, al describir el tratado firmado en Lyon el 13 de julio de 1288 entre Felipe IV el Hermoso de Francia y Sancho IV el Bravo (págs. 100-107 [discusión], 184-198 [texto]), tratado destinado a poner fin a la guerra dinástica castellana, menciona el estudioso francés (pág. 104) una cláusula en que el rey de Francia se compromete a devolverle a Sancho "les titres sur lesquels ses neveux appuyaient leurs revendications"; dice el original: "dictus rex Francie tenebitur bona fide dare ac tradere predicto regi Castelle omnia instrumenta, litteras et munimenta tam pactionum, confirmationum, firmitatum, homagiorum, juramentorum, promissionum quam testamentorum, tam papalium quam regalium, prelatorum, baronum, militum, dominorum, conciliorum, civitatum, et omnium aliorum que habet vel habere poterit, tangentia et tangentes jus eorundem liberorum, si quod habent vel videntur habere in Castelle, Legionis et aliis regnis superius nominatis. Si vero prefati liberi, ex quo fuerint liberati, noluerint eisdem compositionibus consentire, nec renuntiare, nec jurare, nec alia facere, nec complere, ut dictum est, predictus rex Francie tenetur ei dare instrumenta et litteras supradicta; qui debet interim dicta instrumenta et litteras custodire, et in isto casu, videlicet si non consentiant, non juvabunt eos dicti rex Francie et dominus Carolus [de Anjou]..." (págs. 195-196). Esto garantiza la existencia de los documentos que ahora se echan de menos y al mismo tiempo parece explicar por qué han desaparecido, puesto que cayeron en manos de quien menos cuidado tendría de conservarlos. Como los Infantes de la Cerda rechazaron la transacción, debió de ponerse en efecto el segundo supuesto de la cláusula. Consúltese también GAIBROIS, *Historia... de Sancho IV*, I, 212-214.

medievales, pero el indicio más seguro es la reacción del hermano de Blanca, Felipe III el Atrevido, desde 1270 rey de Francia, a la declaración de Sancho el Bravo como heredero en las Cortes de Segovia de 1278. La consideró nada menos que un *casus belli* y se lanzó a un conflicto que por varias circunstancias no vino a ser más que una especie medieval de guerra fría. Sin el pacto dinástico conjeturado arriba resulta de todo punto incomprensible y exagerada su actitud.

Quiero ahora invocar el paralelismo que creo percibir entre la historia del *Espéculo* y la de las *Siete Partidas*: tal como aquél reflejaba el enlace matrimonial pactado entre doña Berenguela y el príncipe francés Luis, éstas concuerdan a su vez con las condiciones bajo las cuales se efectuó el casamiento de doña Blanca con Fernando de la Cerda, o sea, que introducen el derecho de representación. Durante el reinado de Alfonso X sería impensable la introducción de este derecho después del fallecimiento de Fernando de la Cerda, así es que la fecha de su muerte constituye un *terminus ante quem* (noviembre de 1275) para la versión más difundida de la ley de *Partidas* sobre la sucesión (2,15,2), donde por primera vez asoma en la literatura jurídica peninsular el derecho de representación. La misma fecha es el *terminus post quem* para una modificación de esta ley en favor del hijo segundogénito frente a los hijos del primogénito premuerto, como vamos a ver más adelante.

Para el pacto internacional antes aludido existen los testimonios medievales siguientes, ninguno contemporáneo de los hechos, pero que seguramente provienen de relatos anteriores.

Crónica general de 1344 (versión castellana inédita transcrita según el ms. 10815 de la Biblioteca Nacional de Madrid, f. 222r^oa) 65:

Et ante que [Alfonso X] alla [a Roma en "la ida del imperio"] fuesse, fizo fazer omenaje de todas las villas e castillos de los rregnos de castilla e de leon a don alfonso

65. La edición de L. F. LINDLEY CINTRA, *Crónica geral de Espanha de 1344*, 3 tomos (Lisboa: Academia Portuguesa da História, 1951-61), sólo alcanza la época del Cid. El texto portugués que corresponde al trozo citado a continuación se halla en el ms. port. 9 de la Bibliothèque Nationale de París, f. 242v^o.

de la çerda su njeto, fijo del jnfante don ferrnando su fijo primero, segund en commo ya auedes oydo que auja puesto con el rrey de françia...

Desgraciadamente, no he podido hallar en esta narración el lugar aludido en el trozo copiado arriba, donde se hablaría del convenio matrimonial que ahora estudiamos; tampoco figura en la versión portuguesa que he consultado.

Cuarta crónica general (de mediados del siglo xv; transcrito según el ms. 9559 de la Biblioteca Nacional de Madrid, f. 177r^{ob}) ⁶⁶:

E este jnfante don ferrando seyendo jnfante caso con la fija del rrey de françia que dezian don[n]a blanca. E caso con esta postura que sy oviese en ella fijos, que rreynasen en castilla los fijos despues del. E desto fizieron omenaje los rricos omes de castilla e cartas selladas con sus sellos al rrey de françia, E asy enbio el rrey de françia a su fija por muger al jnfante don ferrando de la çerda que avia de rreynar en castilla. E ovo este don ferrando en la fija del rrey de françia fijos a don alfonso e a don ferrando; E estos demandaron despues el rreyno grand tiempo.

Supongo que los homenajes mencionados serían semejantes a los que se exigieron en la ocasión del primer convenio matrimonial; véase la nota 13 de este trabajo.

Bernat Desclot (fines del s. XIII; ed. Soldevila, pág. 454, cap. 66) ⁶⁷:

Enaixí tornà-se'n Castella molt irat e malaut; e quan fo en Castella, féu jurar totes les gentes del regne de Castella e de tota l'altra terra a son fill En Sanxo, e no volc que negú dels fills d'En Ferrando son fill, qui era mort, fos rei. Sí que el rei Felip de França, de qui eren nebots, fills de sa sor, havia covinença a lo rei de Castella que, après la mort d'En Ferrando, deguessen ésser sos nebots reis...

66. Editado según el mismo ms. y atribuido sin fundamento al obispo de Burgos Gonzalo de la Hinojosa, en *Colección de documentos inéditos para la historia de España*, CV (1893), tomo entero, CVI (1893), 3-141; véase CVI, 16.

67. Ed. por F. SOLDEVILA, *Les quatre grans cròniques* (Barcelona: Selecta, 1971), págs. 454 (texto), 624 (comentario).

A la «postura» mencionada por la *Cuarta crónica general* se refiere el infante don Manuel, hermano de Alfonso X, cuando, según la *Crónica particular de Alfonso X* (utilizo el ms. N.III.12 del Escorial, f. 46^ob), da su parecer sobre el problema de la sucesión ⁶⁸:

Sennor: el arbol de los Reys non se pierda por postura nin se deserede por y al que viene por natura. E sy el mayor que viene del arbol falleçe deue fincar la Rama de so el en somo. E tres cosas son que non so postura: ley nin Rey nin Reyno, E cosa que sea fecha contra qual quier destas non vale nin deue ser tenuta nin guardada. E en el scripto que se falla de aquel tiempo non dize que con aquel consejo fuesen dichas mas palabras destas.

Por otra parte, la *Crónica particular*, muy parcial para con Sancho el Bravo, no alude a ningún pacto con Francia; tanto más significativo me parece el hecho de que cuando el cronista cita a sabiendas una fuente anterior, surge una alusión clara a una «postura» que no debía valer contra la constitución fundamental del reino (nótese que la palabra «ley» en el pasaje citado quiere decir 'religión'). Defiende el infante don Manuel el derecho sucesorio tradicional de Castilla, iniciando su discurso con un curioso pareado de versos alejandrinos con formas verbales imperativas ⁶⁹ como si se tratara de una cita sacada de algún poema épico. Si es verdad que había caducado en 1272 la vigencia estricta de las *Partidas*, todavía quedaba en pie el convenio pactado con Francia, que de todos modos representaba entonces un fundamento más poderoso para las aspiraciones de los Infantes de la Cerda que cualquier libro de leyes. Alfonso, viéndose en la precisión de elegir entre una guerra civil con los partidarios de Sancho y una guerra internacional con Francia, escogió la alternativa a la vez menos peligrosa para sí mismo y más beneficiosa para el reinado, ya que Sancho se había revelado como un caudillo militar enérgico y capaz durante la ausencia de su padre en Beaucaire, donde perseguía el ensueño imperial.

68. Pág. 53, cap. 67, de la ed. de la *Biblioteca de autores españoles*, LXVI.

69. La ed. citada en la nota anterior imprime los dos verbos en el modo indicativo.

Aunque el pacto matrimonial parece presentar la mejor coyuntura histórica para explicar la introducción del derecho de representación en las *Partidas*, existe una disparidad cronológica, ya que éstas se acabaron antes del cumplimiento formal del pacto matrimonial entre Francia y Castilla. Podría suponerse que las negociaciones con Francia se iniciaran varios años antes, mientras Alfonso emprendía la redacción de la segunda *Partida*; en cambio, no sería imposible que la ficción legal de representación surgiese con cierta independencia, pues parece estar en consonancia con la recepción romanística efectuada en las *Partidas*. Para L. G. de Valdeavellano⁷⁰ la innovación consistió en aplicar a la sucesión a la corona castellana una norma privada de sucesión *ab intestato* establecida en la Novela 118 de Justiniano. Según el texto justinianeo⁷¹ recogido en la sexta *Partida* (6,13,3), los hijos del heredero premuerto suceden «in proprii parentis loco», o sea que colectivamente comparten la herencia en paridad con cualquiera de sus tíos, hermanos de su padre difunto. Entonces, si la herencia es indivisible, como el reino castellano, y si el derecho de heredar sólo le corresponde al hijo primogénito, resulta posible deducir que el primogénito muerto antes de heredar transmite este derecho exclusivo a sus descendientes. En este caso sería de importancia fundamental poseer más detalles sobre el cuándo, cómo y por qué se les ocurrió a los juristas («omes sabios e entendudos») introducir una norma procedente del derecho privado para fijar la sucesión real, puesto que las características básicas de ésta (indivisibilidad, primogenitura) son ajenas a aquélla. Una representación semejante se dio en el derecho feudal, habiéndose admitido que los nietos heredasen el feudo «in patris vicem», pero sólo, como en el *Espéculo* (véase más abajo), en el caso de que no hu-

70. *Curso de historia de las instituciones españolas de los orígenes al final de la Edad Media* (Madrid: "Revista de Occidente, 1968), páginas 434-435. Véase también BALLESTEROS, *Historia de España*, IV, 10. R. GIBERT, *La sucesión al trono* (trabajo citado en la nota 11), págs. 479-482, discute, sin añadir nada nuevo, los posibles motivos de Alfonso X con respecto a la introducción del derecho de representación.

71. Utilizo la reimpresión (Dublín/Zürich: Weidmann, 1972) de la ed. de W. KROLI, *Corpus Juris Civilis*, III: *Novellae*, págs. 567-572 (véase el primer capítulo, págs. 567 y s.).

biese ningún hijo vivo (así en las *Partidas* 4,26,6)⁷². Sea todo esto como fuere, me parece muy poco probable que existiesen discrepancias entre las *Partidas* y lo dispuesto en el pacto matrimonial con respecto al derecho de representación.

Ahora conviene presentar los textos legales que versan sobre la sucesión.

Espéculo 2,16,3 (hacia el fin): Pero ssi ffiijo o ffiija o njeto o njeta o heredero non oviere y que desçenda de la linna derecha que herede el rregno, tomen por ssenor al hermano mayor del Rey e ssi hermano mayor y non oviere, tomen al mas propinco pariente que oujere.

La primera cláusula parece implicar que todos los hijos e hijas tienen precedencia sobre los nietos. Para la ley de primogenitura (*Espéculo* 2,16,1) véase el texto transcrito en la primera sección de este trabajo. Las capitulaciones matrimoniales acordadas con respecto a Berenguela y el príncipe francés Luis excluyen con más claridad el derecho de representación: «Quod si forte dictum regem Castelle, sive ante dictum contractum matrimonium, sive post, hereden masculum habere contingat de uxore sua legittime desponsata, et ipse heres masculus patre supervivente decedat... ad ipsam filiam et liberos suos tota predicta hereditas et regna omnia devolventur, et hoc idem servabitur, si post patris decessum contigerit dictum hereden masculum sine herede decedere, de uxore sua legittima procreato...»⁷³. Para que en esto se pudiese admitir la representación, la frase «sine herede... de uxore sua legittima procreato» tendría que aparecer también en la cláusula que dice «ipse heres masculus patre supervivente decedat». Sin embargo, puede imaginarse que los procuradores sencillamente pasaron por alto eventualidad entonces tan remota como la prevista en el derecho de representación.

Con voz inconscientemente profética los procuradores castella-

72. Véase K. LEHMANN, ed., *Das langobardische Lehnrecht (Handschriften, Textentwicklung, ältester Text und Vulgattext nebst den capitula extraordinaria)* (Göttingen; Dieterich, 1896), págs. 93-94 (Vulgata 1,8), 103-104 (Vulgata 1,18 [19], § 1).

73. LABORDE, *Layettes*, III, 255, primera columna (véase la nota 12). El documento lleva la fecha de 20-VIII-1255.

nos se apresuraron a asegurarle a San Luis que en cuanto a la sucesión de Berenguela, «secundum generalem tocius Hispanie consuetudinem approbatam... si dictus rex [Alfonso X] inde faceret vel ordinaret aliud quoquo modo, pro irrito et nullo penitus haberetur». Intentó Alfonso X alterar la sucesión en las *Partidas* y en su testamento; en los dos casos, sus esfuerzos quedaron irritos y nulos.

Ofrezco a continuación una versión crítica de la ley de *Partidas* 2,15,2 (hacia el fin), establecida del cotejo de los mss. siguientes: Biblioteca Nacional de Madrid, mss. 22, f. 112^v*a*, 12794⁷⁴, f. 23^v*a*, Vit 4-6 (sin foliación); Biblioteca del Escorial, mss. M.I.4, f. 74^r*a*, N.I.7, f. 51^v*o*, Y.II.3, f. 29^r*b*, Y.III.15, f. 23^v*o*, Y.III.16, f. 77^v*o*, Z.I.13, f. 64^r*o*, Z.I.14, f. 128^v*b*; Biblioteca del Palacio de Oriente, ms. 2975, f. 87^v*a*; Biblioteca Capitular de Toledo, ms. 43-11, f. 264^v*o*; Biblioteca de Cataluña, Barcelona, mss. 942 (traducción catalana), f. 52^v*o*, 1041, f. 57^v*b*; Bibliothèque Nationale de París, ms. esp. 58, f. 73^v*o b*.

E por ende establescieron que si fijo varon y non ouiesse, que la fija mayor heredasse el regno, e aun mandaron que si el fijo mayor muriesse ante que heredasse, si dexasse fijo o fija que ouiesse
5 de su muger legitima, que aquel o aquella lo ouiesse e non otro ninguno. Pero si todos estos fallesciesen, deue heredar el regno el más propinco pariente que y oviere...⁷⁵

74. El ms M 12794 es el que sirvió de base a la ed. académica de la segunda *Partida*. De manera bastante torpe, la sigla "B.R. 1^o" representa distintos manuscritos según la *Partida* que se transcribe. La nómina completa de mss. base es la siguiente (todos custodiados en la Biblioteca Nacional de Madrid): 1.^a y 4. *Partidas*, ms. 12973; 2.^a y 3.^a *Partidas*, ms. 12794; 5.^a y 6.^a *Partidas*, ms. 12795; 7.^a *Partida*, ms. 580. Los editores académicos cotejaron con M 12794 los mss. siguientes: B.R. 2^o (M 22), B.R. 3^o (extraviado; véase arriba), Esc. 1^o (Z.I.13), Esc. 2^o (Z.I.14), Esc. 3^o (Y.III.16), Esc. 4^o (Y.III.15), Esc. 5^o (N.I.7), Esc. 6^o (M.I.4), Esc. 7^o (Y.II.3), Tol. (Tol. 43-11); para B.R. 4^o (M 6725) y Esc. 8^o (Y.II.14), véase más abajo. No conocían o no tuvieron presentes los mss. Vit. 4-6, Pal. 2975, P. esp. 58, BC 1041 y BC 942.

75. Variantes: 1) E om. BC 1041; ende] eso Esc. Y.III.15; ende + Commo quier que Esc. Z.I.13; varon om. Vit. 4-6; var.] mayor BC 1041, Esc. Y.III.15, Pal. 2975; y om. Vit. 4-6, Tol 43-11, Esc. Y.II.3, Z.I.13;

He aquí el texto tan contrario a los intereses de Sancho el Bravo que Alfonso X, al parecer, tuvo el cuidado de alterar, tal vez como medida de emergencia en los primeros años de la crisis dinástica. La ausencia de variantes de fondo, con la excepción de la interpolación de la que se hablará en seguida, sugiere que ya rezaba así la ley 2,15,2 en la versión de las *Partidas* que yo creo terminada el 28 de agosto de 1265 y que no sufrió alteraciones significativas en el período 1272-75. Conserva, como se ve, resabios textuales de la ley correspondiente del *Espéculo*.

García-Gallo es uno de los poquísimos estudiosos conscientes de la existencia de nada menos que tres textos alfonsinos sobre la sucesión («Nuevas observaciones», pág. 634, n. 56), pero su teoría sobre la cronología de las *Partidas* le impidió juzgar debidamente la importancia del tercer texto que se presentará en seguida. Dos manuscritos forman un conjunto absolutamente excepcional dentro de la tradición textual de la segunda *Partida*: el ms. esc. Y.II.4 y el códice 6725 de la Biblioteca Nacional de Madrid. En muchos lugares, estos dos mss. concuerdan en cambios textuales que afectan las partes dispositivas de las leyes, alteraciones que distan mucho de poseer el carácter de dislates de escriba ⁷⁶. Constituyen una

y non] noy P. esp. 58, non y Esc. Z.I.14, Pal. 2975. 2) non om M 22; que om. P. esp. 58, Esc. M.I.4, M 22, Esc. Y.II.3, Y.III.15, Z.I.4, Pal. 2975, M 12794; reg.] rreyno Esc. N.I.7, Y.II.3, Y.III.15, Z.I.13, rreno Esc. M.I.4. 3) mur.] moriesse Esc. Y.III.15, Y.III.16, M 12794, morriesse BC 1041. 4) si] e BC 1041; que ouiesse om. Esc. Y.II.3, Y.III.15, Z.I.13, 5) su om. M 12794; leg.] legittima Vit. 406, Tol. 43-11, M 22; aqu.] aquell Vit. 4-6; lo]la Vit. 4-6. 6) oui.] oujessen BC 1041; nin.]ninguna BC 1041, nenguno Esc. Y.III.15; todos estos] todas estas M 22, M 12794, todas estas cosas Esc. Z.I.13, todas estas personas Esc. Z.I.14. 7) aquestos Esc. N.I.7; fal.] fayllesciessen Vit. 4-6; dev.] deuen Esc. Y.II.3; reg.] rreyno Esc. N.I.7, Y.II.3, Z.I.13, Reygno M 22, rreno Esc. M.I.4. 8) pro.] propinquo Vit. 4-6, P esp. 58; y om. Esc. N.I.7, BC 1041, M 22; y] yl Esc. Y.II.3; oui.] ouier Esc. N.I.7, ouieren M 22, oviese Esc. Y.II.3. Se han desatendido las alternancias gráficas sc/c y ss/s.

76. Destacó con gran perspicacia la naturaleza de estas interpolaciones J. MALDONADO, *En torno a un texto modificado de una ley de Partidas*, *Revista de la Universidad de Madrid*, II (1942), 79-106, llegando incluso a relacionar el texto de la ley 2,15,2 tal como se halla en el ms. M 6725 con la sucesión de Sancho el Bravo. Sin embargo, los editores de la ed. académica de las *Partidas* le jugaron una mala pasada, pues

redacción interpolada y, como el lector ya habrá adivinado, una de las interpolaciones más interesantes ocurre justamente en la ley 2,15,2. Sigue el texto crítico, a base de los mss. mencionados arriba, f. 56^va y 62^va, resp.

E por ende estableçieron que si fijo varon
y non ouiese, que la fija mayor heredase el reyno,
e aun mandaron que si el fijo mayor muriese ante
que heredase, si dexase fijo legitimo varon que
5 aquel lo ouiese, pero si fincare otro fijo varon
del rey que aquel lo herede e non el nieto; e si
el fijo mayor non dexase fijo e dexase fija aquella
lo aya, pero si fincare fija del rey que aquella
lo herede e non la nieta. Pero si todos estos
10 fallesçiesen, deue heredar el reyno el mas
propinco pariente que y oviere... 77.

Según la interpolación, el segundogénito y demás hermanos preceden en la sucesión al nieto engendrado por el primogénito muerto antes de suceder. Es curioso notar que aquí el nieto de ascendencia masculina precede a la hija. A todo esto conviene aplicar el principio forense de *cui bono*? En el siglo que sigue al año desastroso de 1275 sólo Sancho IV se halló exactamente en la situación supuesta por la ley interpolada. Cuesta creer que esta alteración textual no se hiciera con el propósito específico de allanarle a Sancho el camino al trono. Otra interpolación permite fijar con cierta exactitud la época en que se habrá fabricado el texto de la segunda *Partida* favorable a las pretensiones de Sancho. Se trata de la ley que sigue inmediatamente a la que se acaba de estudiar y que dis-

aunque incluyeron el códice Esc. Y.II.14 entre los mss. utilizados (I, xlv-xlvi) y le dieron la sigla "Esc. 8^o", no registraron sistemáticamente sus variantes, de manera que Maldonado supuso que las *variae lectiones* de M 6725 constituían un caso absolutamente aislado y tardío. Esc. Y.II.14 es ya del siglo XIV (véase ZARCOS CUEVAS, *Catálogo*, III, 34-35) y justamente no sigue el texto de M 6725 cuando éste introduce elementos procedentes del *Ordenamiento de Alcalá* de 1348 (*Partidas* 2,21,21 y 23; véase MALDONADO, ob. cit, págs. 83-84, 96, 104-105 y el f. 89^rob y ^vob del ms. Esc. Y.II.14). Se remontan, entonces, los dos mss. a un prototipo cuyo *terminus post quem* es la muerte de Fernando de la Cerda en 1275, no el *Ordenamiento* aludido.

77. Variantes: 2) que om. Esc. Y.II.14. 8) aqu.] aquella Esc. Y.II.14. 10) fal.] falleçieren Y.II.14; deu.] deuen Y.II.14.

pone los procedimientos aplicables cuando el nuevo rey es menor de edad (2,15,3).

En el *Espéculo* (2,16,5) la terminación de la minoría del rey queda al arbitrio del tutor elegido por un consejo de cinco regentes:

E est[e] [el tutor] con ayuda de los otros del rregno defienda el rregno e enparelo e tengalo en paz e en justia e en derecho ffasta que el Rey ssea de hedat que lo pueda ffazer ⁷⁸.

El trozo de la ley de *Partidas* 2,15,3 que interesa ahora y cuyo texto se ha establecido a base de los mismos manuscritos señalados arriba, reza así:

... mas que lo [el reino] acrecienten
[los guardadores] quanto pudieren con derecho
e que lo tengan en paz e en justicia fasta que
el rey sea de edat de veynte años, e si fuere
5 fija la que ouiere de heredar, fasta que sea
casada ⁷⁹.

La versión interpolada acorta el número de años que tiene que esperar el nuevo rey para se ponga fin a la tutoría (texto establecido como antes) ⁸⁰:

78. Enmienda: 1) este] estos M 10123.

79. Variantes: 1) lo] -l Esc. M.I.4, Y.III.15, Y.III.16, om, Vit. 4-6; acr.] acrescan Esc. Y.III.15. 2) pud.] podieren P. esp. 58, Esc. N.I.7, BC 1041, M 22, Esc. Y.III.15, Y.III.16, M 12794. 3) lo] -l Esc. M-I-4, N.I.7, M 22, Esc. Y.II.13, Y.III.15, Pal. 2975, le Esc. Z.I.13, om. Esc. Y.III.16; ten.] tiengan Vit 4-6, vengán Esc Z.I.13; en₂ om. M 22. 4) el] -l Esc. Z.I.13; sea] seya Esc. Y.II.3; edat] hedad Tol. 43-11; vey.] veyente M 12794; años] aynnos Vit. 4-6. 5) la] el Esc. N.I.7; que₁ + lo Tol. 43-11, Esc. Y.II.3, Y.III.15, Y.III.16, M 12794; oui.] oujeren P esp. 58; her.] hereder Y.II.3. 6) cas.] cassada Esc. Z.I.13.

80. Esta vez sí indicaron los editores académicos la coincidencia entre "B.R. 4º" (M 6725) y "Esc. 8º" (Y.II.14); véase el tomo II, 134. La discrepancia entre las dos versiones de la ley 2,15,3 no pasó inadvertida en las Cortes de Madrid de 1391 (Academia de la Historia, *Cortes*, II, 494): "por quanto en algunas Partidas dizen e ponen hedat de diez e seys annos e otras ponen hedat de veynte annos, prometemos e juramos que en el diezmo e sexto anno faremos llamar a Cortes, para acordar si este Consejo si durara fasta los veynte annos o si finara conplidos los

... mas que lo acrecienten quanto pudieren e que lo tengan en paz e en justicia fasta que el rey sea de edat de diez e seys años, e si fuere fija la que ouiere de heredar, fasta que sea de la dicha edat o sea casada ⁸¹.

La circunstancia histórica más interesante con respecto a esa ley es el hecho de que al morir Fernando de la Cerda en noviembre de 1275, Sancho el Bravo sólo tenía diecisiete años de edad (Ballesteros, *Alfonso X*, pág. 765), habiendo nacido en mayo de 1258. Combinándose las dos interpolaciones efectuadas en las leyes de *Partidas* 2,15,2-3, resulta que no sólo se quiso legitimar la sucesión de Sancho, sino también evitar la imposición de una tutoría en el caso de que Alfonso X, quien había vuelto a España en 1275 enfermo y descorazonado, pronto siguiera a la tumba a su hijo primogénito. Como esa segunda alteración del texto original de las *Partidas* sólo podía interesarle a Sancho hasta alcanzar la edad de veinte años en mayo de 1278, se colige que la versión interpolada de la segunda *Partida* pertenece al período noviembre 1275-mayo 1278. Aunque podría imaginarse que Alfonso X no autorizase personalmente los cambios que se acaban de describir, no descubro ningún motivo para sostener que no tuvieran por lo menos su aquiescencia ⁸².

dichos diez e seys annos". Como el ms. M 6725 es materialmente posterior al año 1391, el texto que se acaba de citar implicaría la existencia de una familia de manuscritos interpolados más extensa que el grupo de dos actualmente conservado. Véase también Martínez Marina, *Ensayo*, págs. 314-316.

81. Variante: 3) que + lo M 6725.

82. Parece que no se aplicó nunca la ley de *Partidas* sobre la minoría del rey, por lo menos en cuanto a la versión principal que fija como término de la tutoría la edad de veinte años. Sin embargo, no sé si será pura casualidad el hecho de que Fernando IV empuñó las riendas del gobierno de Castilla a poco cumplir los dieciséis años (6 de diciembre de 1301). Para C. GONZÁLEZ MÍNGUEZ, quien no tiene presente la redacción interpolada de la ley de *Partidas* 2,15,3, se prolongó la minoría de Fernando IV más allá de los tradicionales catorce años en espera de su legitimación por parte del Papa Bonifacio VIII (concedida el 6 de septiembre de 1301); véase *Fernando IV de Castilla (1295-1312): La guerra civil y el predominio de la nobleza* (Valladolid: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1976; en la cubierta, Vitoria: Colegio Universitario de Alava), págs. 117-122. También en

La nuez cronológica más dura de cascar sigue siendo la época de la confección del código regio de la primera *Partida*, el ms. Add. 20787 de la British Library. Si la versión original de las *Partidas* introducía el derecho de representación, ¿cómo se explica que el más afectado, el rey Sancho IV, la mandase copiar hacia 1290? Puesto que le convenía políticamente dar por buena una versión que respaldara sus derechos al trono, me parece inevitable concluir que Sancho intentó practicar una leve decepción; uniendo el texto original de la primera *Partida*, el que conservaba el carácter imperativo de un verdadero código legal, al texto interpolado de la segunda *Partida*, Sancho habrá querido difundir la impresión de que la primera intención legislativa de Alfonso X consistía en garantizar los derechos sucesorios de sus hijos frente a los de sus nietos. Por consiguiente, aventuro la hipótesis de que el texto de la segunda *Partida* tal como existe en los dos mss. que reflejan las interpolaciones antes aludidas originalmente acompañaba a la primera *Partida* conservada en el ms. Add. 20787. Desgraciadamente, no han sobrevivido materialmente las demás *Partidas* del ejemplar mandado formar, según parece, por Sancho IV; sin embargo, el ms. Add. 20787 contiene alusiones al «segundo libro» y al «quarto libro»⁸³, lo cual descarta sin más la peregrina noción de García-Gallo («El *Libro de las leyes*», páginas 446-447), ahora abandonada, de que las fechas 23.vi.1256/28.viii.1265 sólo podían corresponder a la primera *Partida*. El razonamiento precedente parece obligarnos a aceptarlas como buenas, pues ¿de qué habría servido intentar una cronología entera-

este caso sería interesante penetrar en los motivos del Rey Sabio al establecer una edad tan elevada para el fin de la minoría, siendo tan notorias las peligrosas desavenencias que suscitaba la cuestión de quién debía ejercer la tutoría, cuestión largamente tratada en la misma ley 2,15,3. Según la ley civil, aceptada en la ley de *Partidas* 6,16,21, la tutela se extingue al cumplir los catorce años el huérfano, los doce la huérfana.

83. MACDONALD preparó una lista de referencias internas en su tesis doctoral inédita, *Kingship in Medieval Spain: Alfonso X of Castile* (Universidad de Wisconsin, 1957), págs. 260-261. En la ed. de la primera *Partida* publicada por ARIAS BONET (véase la nota 4) pueden verse los ejemplos siguientes: 1,4,7 (pág. 21), 1,4,13 (pág. 25), 1,4,32 (pág. 38), 1,4,33 (pág. 39), 1,4,68 (pág. 62), 1,5,10 (pág. 70), 1,24,3 (pág. 431). ◦

mente ficticia cuando lo importante era rescatar del olvido en que había caído después de 1272 la primera versión (1P₁)? Al mismo tiempo, lo tardío de la adaptación del epígrafe original (hipotético) practicada hacia 1290 explicaría la presencia de la pareja de dislates cronológicos ya denunciados en el epígrafe A.

La teoría desarrollada en estas páginas supone un estrecho engranaje de historia política e historia jurídica y ofrece una explicación global capaz de justificar cada etapa en la formación de las *Partidas*. A ella se opone el punto de vista de García-Gallo: «Pues bien, muerto su primogénito Fernando en 1275, Alfonso X no duda un momento en los años siguientes en que corresponde sucederle a su segundo hijo Sancho, aunque trata de buscar compensaciones para los hijos de aquél; esto no obstante la tensión política a que se llega, las implicaciones internacionales que provocan las pretensiones de los Infantes de la Cerda y la actuación de la propia reina, que dan lugar a que Sancho acuda a las armas para hacer valer sus derechos. Todavía años después y a finales de su vida, en 1283, Alfonso X declara expresamente en su testamento que por ley natural, costumbre y 'fuero y ley de España' corresponde suceder a don Sancho, pero que dado su comportamiento se ve obligado a desheredarle. Si Alfonso X hace tal declaración es porque el *Espéculo* y no las *Partidas* son fuero y ley de España. Y no hubieran tenido que acudir los Infantes de la Cerda a intrigas y presiones dentro y fuera del reino para inclinar a Alfonso X en su favor, cuando les hubiera bastado con alegar las *Partidas*, aunque sólo fuera como texto doctrinal autorizado, cosa que nunca hacen» («Nuevas observaciones», págs. 634-635).

Con excepción de lo que dice acerca del testamento de Alfonso, García-Gallo no utiliza aquí más que la *Crónica particular de Alfonso X*, notoriamente parcial, ya que con toda intención defiende la dinastía imperante cuando se compuso, y en la cual no asoma ni por alusión la ley de *Partidas* 2,15,2, aunque la obra misma va mencionada en el cap. 9, como se ha observado arriba. Para conseguir una comprensión adecuada del episodio hay que acudir por lo menos a la monumental biografía de Alfonso redactada por Ballesteros-Beretta; no sería fácil imaginarse mayor discrepancia intelectual que la que media entre su narración de

la crisis dinástica (*Alfonso X*, págs. 760 y ss.) y lo que se acaba de repetir de García-Gallo. El hecho es que sin la existencia del derecho de representación, asentado en las *Partidas* y en un pacto matrimonial, la historia de medio siglo se hace totalmente incomprensible. No sólo hubo una larga y penosa cavilación del rey antes de acceder a lo que le pedían sus súbditos, sino también toda una campaña electoral organizada por Sancho para no dejar a su padre otra salida que la declaración deseada⁸⁴. Si a Sancho le correspondía la sucesión a título de absoluta legitimidad, si había de caer en él automáticamente el derecho sucesorio, ¿por qué esta afanosa búsqueda de elementos de apoyo entre nobles y concejos municipales? Si a los Infantes de la Cerda no les asistía ningún derecho a la sucesión, si todas las leyes del reino castellano-leonés sin excepción preferían al segundogénito frente a los hijos del primogénito fallecido, ¿por qué huye temerosa e indignada la reina doña Violante con la familia de su nuera doña Blanca, colocando a los Infantes de la Cerda bajo la protección de su hermano, Pedro III de Aragón, al declararse heredero a Sancho en las Cortes de Segovia de 1278? ¿Habría defendido el rey de Francia los derechos de un pretendiente al que le faltaba la más mínima justificación legal? Si la sucesión de Sancho no sólo era legítima, sino prevista y esperada por todo el mundo, ¿en qué basaban los Infantes de la Cerda sus pretensiones al trono castellano? Remedando las palabras de García-Gallo, se podría añadir que no hubiera tenido que acudir el Infante don Sancho a intrigas y presiones dentro y fuera del reino para inclinar a Alfonso X en su favor, cuando le hubiera bastado con alegar el *Espéculo*, cosa que nunca hace. No tiene valor alguno semejante *argumentum ex silentio*⁸⁵. El razona-

84. Todavía son excelentes las páginas que dedicó a este asunto MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo*, págs. 365-372. En lo que sigue me hago eco de los interrogantes que él asentó allí y que nunca han recibido una respuesta satisfactoria. Aun la *Crónica particular de Alfonso X* describe "un momento de duda" en la actuación del rey, cuando refiere a su consejo de estado el reconocimiento pedido por los partidarios de Sancho en vez de dar inmediatamente su asentimiento (ed. cit., pág. 53).

85. El citar libros de leyes es costumbre de juristas que cunde con la recepción romanística; los príncipes y magnates preferían defender sus derechos esgrimiendo el mandoble. Cuando en las Cortes de Segovia

amiento de García-Gallo envuelve un conjunto de enigmas harto más insondables que los que él creyó percibir en la historia de la legislación alfonsina, el más estupendo de los cuales quizá sea éste: ¿qué jurista particular de la primera mitad del siglo XIV, al construir el imperecedero monumento jurídico de las *Partidas*, habría osado introducir el derecho de representación y atribuirselo a Alfonso X, negando con esto el derecho de su propio soberano al trono que ocupaba? Hubiera sido cometer el crimen de lesa majestad. Lo cierto es que en los cien años que siguen al nacimiento de Fernando de la Cerda (23-X-1255), la época más propicia para la aparición del derecho de representación es la que precede a su muerte en 1275.

El último aspecto que hay que considerar, y no está entre los menos interesantes, es lo dispuesto en el primer testamento de Alfonso, donde dice: «Et quia est consuetudo, et usus et jus naturale, et eciam forus et lex Yspanie quod filius major heredare debeat regna et dominium sui patris, non comitendo aliqua contra ista jura preabita, quare illud amitere debeat, propter hoc, post nortem inffantis doni Ffernandi nostri filii primogeniti, viam hujusmodi consequendo, quantumcumque ille haberet filium de sua legitima muliere, qui si preabitus inffans viveret plus quam nos de jure suum heredare debebat, utpote ille nostrum, sed ex quo Deus voluit quod ille de mundo exivisset, qui erat linea unde jus de nobis ad suos filios de[s]cendebat, nos inspiciendo jus antiquum et legem rationis secundum forum Yspanie, concessimus tunc quod donus Sançius alter noster filius secundogenitus nobis succederet in loco doni Fferrandi, quia per rectam lineam propinquior nobis erat quam nostri pronepotes filii doni Ffernandi...»⁸⁶. Si estuviese vigente el *Espéculo* sobrarían estas explica-

de 1386 el rey Juan I denuncia como ilegal la sucesión de Sancho IV (ACADEMIA DE LA HISTORIA, *Cortes*, II, 352) no hace ninguna alusión específica a la ley de *Partidas* 2,15,2; sólo afirma que la corona le correspondía a Alfonso de la Cerda "según derecho". Además, después de interpolada la segunda *Partida*, los dos bandos hubieran podido alegar un texto alfonsino para apoyar sus pretensiones.

86. Utilizo la versión latina de los testamentos de Alfonso, pues son hoy en día el testimonio más antiguo conservado de la última voluntad del Rey Sabio. Véase DAUMET, *Les testaments d'Alphonse X le Savant*,

ciones; aquí Alfonso busca justificar una conducta anterior discutible y para ello no se apoya ni en el *Espéculo*, ni por supuesto en las *Partidas*, sino en las antiguas tradiciones de Castilla y León, anteriores a toda la codificación alfonsina. Sin embargo, el texto parece contener una alusión inconsciente a la ley de Partidas 2,15,2 al decir «quantumcumque ille haberet filium de sua legitima muliere», frase que corresponde a la cláusula «si dexasse fijo o fija que ouiesse de su muger legitima», como puede verse arriba. Aisladamente esta observación no tiene gran importancia; la prueba más contundente contra la vigencia del *Espéculo* en el momento de redactarse el testamento es el hecho de que una vez excluido Sancho de la sucesión, Alfonso el Sabio instaura como heredero a su nieto Alfonso, el mayor de los Infantes de la Cerda. Entonces el testamento constituye nada menos que un documento de aplicación del derecho de representación, pues otros hijos tenía el rey (los Infantes Juan, Pedro y Jaime), igualmente «per rectam lineam propinquiores» que los Infantes de la Cerda. Se le puede perdonar semejante contrasentido a un rey anciano, cansado y amargado, que se entretenía desesperadamente con la ilusión de una gran alianza franco-castellana, ambición que en 1278 se vio obligado a imposibilitar, y que no tenía confianza alguna en sus demás hijos («quia nullus nostrorum filiorum, secundum quod nobis videtur, per se non posset defendere nostrum» [Daumet, «Les testaments», pág. 85]); pero no por eso debemos dejarnos confundir acerca de la verdadera naturaleza jurídica de tan importante documento. Además, ¿qué costumbre, derecho natural, fuero y ley de Castilla le autorizaba a Alfonso a nombrar al rey de Francia su heredero secundario, en el caso de que los Infantes de la Cerda no llegasen a procrear descendientes legítimos?

Como ironía final, hay que recordar que el mismo Sancho IV se declaró dispuesto a reconocer como su heredero a Alfonso de la Cerda en el pacto de Lyon ya aludido (en la nota 64; véase

roi de Castille, Bibliothèque de l'École des Chartes, LXVII (1906), 70-99 a la pág. 77. Los testamentos latinos llevan la fecha del 20 de abril de 1284, o sea, sólo 16 días después de la muerte del Rey Sabio. Un texto castellano, tardío e inexacto, puede consultarse en *MHE*, II, 110-134.

también Daumet, *Mémoire*, págs. 103 [discusión] y 190 [texto] si no le sobreviviese ningún descendiente directo. Con esto habría infringido las leyes tanto del *Espéculo* como de las *Partidas*, pues su hermano el infante Juan (Pedro y Jaime habían fallecido) era pariente más propincuo que sus sobrinos, los Infantes de la Cerda. Cuando se considera que además de eso, Sancho IV se resignaba a cederles a los mismos una buena porción del patrimonio real castellano (el reino de Murcia), comprendemos que el hijo segundogénito de Alfonso X entendía a la perfección lo bien fundadas que estaban, en el sentido jurídico, las pretensiones que tenían al trono de Castilla.

V. CONCLUSION

No parece útil volver sobre los demás argumentos que García-Gallo aduce a favor de la inexistencia antes de 1290 del texto llamado ahora las *Siete Partidas*. Tienen un carácter fundamentalmente indirecto y por lo tanto carecen en absoluto de la fuerza necesaria para contrarrestar el testimonio de las obras mismas. Acéptese, por ejemplo, su aserto de que en 1278 se utilizó una ley del *Espéculo* en las *Leyes nuevas* («El Libro de las leyes», págs. 444-445), aunque sobre la fecha habría mucho que decir; lo único que esto prueba es la existencia del *Espéculo* en 1278, imposible deducir de ahí la inexistencia de las *Partidas*. No basta, para escoger otro ejemplo, la mera afirmación de que en las *Partidas* se echó mano de una fuente tardía («Nuevas observaciones», pág. 635); hacen falta pruebas formales, o sea, un cotejo de la fuente con un texto crítico establecido a base de todos los manuscritos existentes⁸⁷. No hay que perder de vista, además,

87. Si de fuentes se trata, se puede alegar en sentido contrario la afirmación de M. DE RIQUER, *Història de la literatura catalana*, I (Barcelona: Ariel, 1964), 247, de que el título 21, "De los caualleros", de la segunda *Partida* influyó en el tratado de RAMÓN LLULL, *Libre del orde de cavalleria* (ed. M. OBRADOR Y BENASSAR, en *Obres doctrinals del Il·luminat Doctor...* I [Palma de Mallorca: Comissió Editora Lulliana, 1906], págs. 199-247), obra que se cree redactada entre 1275 y 1281, o sea, todavía en vida de Alfonso X. El título 21 trata una materia ajena al

que un cuerpo legal tan extenso como las *Partidas* podría muy bien sufrir interpolaciones durante su lento descenso por los recodos de la filiación manuscrita. Por encima de eso podría imaginarse que la mera existencia de tres redacciones sucesivas de por sí incitase a los nomógrafos reales y privados a intercalar leyecillas de su propia cosecha⁸⁸.

A fin de cuentas, los principales datos jurídicos, históricos y filológicos concuerdan en aclarar todos, o casi todos, los enigmas de la historia externa de la legislación del Rey Sabio, si bien siempre quedará un residuo de incertidumbre. En realidad, para gobernar sus reinos formó Alfonso X el cuerpo literario mejor fechado de todo el Medioevo español: el *Espéculo* «fecho» el 5 de mayo de 1255, el *Fuero Real* terminado el 25 de agosto de 1255, las *Partidas* compuestas entre el 23 de junio de 1256 y el 28 de agosto de 1265, refundidas a partir de 1272 y hasta cierto punto falsificadas hacia 1290. La primera datación la corroboran actos legislativos coetáneos, las dos últimas son hipotéticas, pero las demás provienen de las obras mismas, cosa que no sorprende en un rey legislador tan aficionado a la astrología. El que haya imperado tanta confusión al respecto durante los siete siglos que median entre su tiempo y el nuestro será castigo providencial por lo de los «siete años cumplidos»; ya es hora de que se le perdone a Alfonso X su inocente mitificación.

JERRY R. CRADDOCK,

Universidad de California, Berkeley

Espéculo, así es que esto supliría un *terminus ante quem* para la segunda *Partida* bastante anterior a la época en que parece haberse copiado el ms. Add. 20787.

88. El que vigilaba la preparación del código 12793 de la Biblioteca Nacional de Madrid no pudo resistir la tentación de insertar la historia de la ciudad de Nínive como buen ejemplo de penitencia (véase en la edición académica la ley 1,4,84, tomo I, 148-149), acompañando el texto con nada menos que seis dibujos (ff. 35v^o-36r^o, según la foliación moderna).

VIDA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA EN EL ARAGON BARROCO

SUMARIO: INTRODUCCION: 1. La utilización de fuentes forenses, administrativas y doctrinales en el estudio del siglo xvii.—I. EL CONTRASTE DEL «FUERO» CON EL «DERECHO»: 2. El carácter privilegiado y fundamental de los Fueros y Observancias. 3. El carácter fundamentalmente simbólico o inspirador de la costumbre. 4. El carácter reglamentario de «actos de corte», «estatutos» y «ordenanzas». 5. El reflejo de la base popular del sistema en la interpretación. 6. La reserva hacia el Derecho común y el Derecho natural como fuentes supletorias. 7. La utilización complementaria de la jurisprudencia y de los ordenamientos hispánicos y francés. 8. La diferenciación de territorios aragoneses exentos. 9. El contraste del «fuero» con el «derecho». II. EL TRIBUTO ARAGONES A LA BUROCRATIZACION DE LOS AUSTRIAS: 10. La oficialidad o funcionariado como medio principal de vida. 11. El predominio de la privatización del oficio. 12. La expansión de la oficialidad fuera del Reino. 13. La remuneración como índice de la importancia del oficio. 14. Las Cortes como institución promotora de oficios. 15. El Consejo Supremo de Aragón como órgano de provisión de oficios.—III. LA DISOLUCION DEL JUSTICIAZGO EN EL REGIMEN CURIAL: 16. El desarrollo del régimen curial de los Austrias al amparo del judicialismo aragonés. 17. La Audiencia real como órgano central de la estructura curial aragonesa. 18. La decadencia política del Justicia y su inferioridad ante el Virrey y el Gobernador. 19. La ascensión y tecnificación de los Lugartenientes del Justicia. 20. La conversión del Justiciazgo en una corte rival de la Audiencia. 21. El reflejo de la decadencia política del Justicia en la extensión de su responsabilidad. 22. El favorecimiento de la disolución del Justiciazgo en el régimen curial a través del «cursus honorum».

INTRODUCCION

1. *La utilización de fuentes forenses, administrativas y doctrinales en el estudio del siglo XVII.*

Si se preguntara a un iushistoriador el porqué de centrar la atención en el siglo xvii, como historiador podría contestar que por un simple acto de voluntad que no precisa de otra causa que

la de la obtener un conocimiento, pero como jurista podría añadir el interés que ofrece la última centuria de un Aragón autónomo con más o menos limitaciones. Si actualmente se reivindican derechos aragoneses históricos, lo primero que hay que saber es qué es exactamente lo que se truncó violentamente y en bloque, sin perjuicio de que después se investigue también si ese truncamiento había sido precedido de un deterioro o desgaste paulatino. Siendo un defecto habitual del historicismo el ofrecer como reivindicación una mezcla o confusión de diversas realidades parciales anteriores, se impone como correctivo el de restablecer cuál fue la última de esas realidades de conjunto. Lo que falsea la historia son los «puzzles», pues, incluso, los elementos que perviven tienen distinta significación en la realidad sobrevenida que en la realidad sobrepasada. Ningún elemento o institución tiene vida aislada e independiente del sistema en que se encuentra incrustada, como ningún ser humano tiene vida fuera de una sociedad determinada.

No se trata de ofrecer aquí «la» vida judicial y administrativa del siglo XVII en Aragón, lo que precisaría un mayor esfuerzo de investigación y elaboración, sino aspectos de esa vida, examinados a la luz de los fenómenos que mejor caracterizan la centuria que, a mi modo de ver, son una acción de contraste del «fuero» con el «derecho» en cuanto al ordenamiento jurídico, es decir, al sistema de las tradicionalmente conocidas como «fuentes del Derecho»; un tributo aragonés a la burocratización propia de la Monarquía Universal, en el orden de la Administración, y una disolución de la Magistratura política del Justicia en una organización de tribunales, en el orden judicial. No son estos fenómenos únicos, sino los más específicos del siglo o que mejor le caracterizan, pues aunque tampoco se pueda pretender que son exclusivos de él, se puede afirmar que en él se ofrecen con mayor rotundidad y precisión de límites.

El estudio del siglo XVII, como el de todos los siglos, precisa la utilización más amplia de las fuentes del conocimiento. En este trabajo, y en atención a su objeto, se ha acudido a las forenses, administrativas y doctrinales, representadas por las «alegaciones en derecho», las consultas del Consejo Supremo de Aragón y los Comentarios a los fueros aragoneses de Ibande de Bardaxí.

Las alegaciones en derecho, a las que ya me he referido en otras ocasiones, son los escritos en los que los abogados concluyen en un pleito su versión de los hechos y, sobre todo, de las razones que justifican las pretensiones de sus clientes, pudiendo ser «públicas» y «particulares», dirigidas éstas a informar al Juez y Consejeros de la Cámara del Consejo de la Audiencia. En 1553 se limita a dieciocho días el plazo para exponer las públicas, y a nueve, las particulares, a fin de que jueces y consejeros dispongan de más tiempo para decidir. Las públicas se han de exponer un mes antes del plazo que los fueros conceden a los jueces para sentenciar las causas, y en 1646 se dispone que se entreguen por duplicado al relator de la causa, a fin de que éste pueda entregar un ejemplar a la parte contraria. Una gran parte de ellas, al menos, se imprimen, habiendo colecciones importantes en el Colegio de Abogados de Zaragoza y en la Biblioteca Universitaria de la misma ciudad. Su verdadera denominación es la de «alegación en derecho» o «alegación en derecho», pero en la práctica se intitulan de muy diversas maneras, como «alegación iuridica y foral», «alegación en Derecho y Fuero», «alegación en defensa», «alegación en hecho, Fuero, y Drecho», «alegatio iuris et facti», «discurso y alegación», «informe legal», «información en Drecho y Fuero», «discurso», «Iustificación iuridica» o «responsum ad dubia in processu», entre las que cabría establecer diferencias de matiz. Su extensión es también muy diversa, alcanzando algunas hasta ciento treinta y siete artículos o ciento seis páginas. Se redactan en castellano, empleando el latín algunas veces en la petición o en cláusulas de estilo, como «sub senatus censura», «sic sentio S. T. S. G. C.» o «cui omnia haec, quaecumque sint, libenter submitto». Pueden llevar portada, sumario y pie de imprenta. Es frecuente que empiecen con la invocación de «Jesus, Maria, Ioseph» o «Jesus, Maria, Ioseph, Ioaquin y Ana». Se dividen en artículos, en capítulos, en párrafos y números o en «dubia». La doctrina abundante que invocan puede ir a pie de página, en los márgenes o intercalada.

Las consultas del Consejo de Aragón se encuentran reunidas en legajos que integran una sección del Archivo de la Corona de Aragón, en Barcelona, siendo mucho más conocidos de los investigadores que las alegaciones en derecho. El personal de Archivos

trabaja con afán para facilitar la utilización de los legajos, aunque es empresa difícil, porque las consultas se encuentran en papeles sueltos y será muy laborioso agrupar éstos de forma rigurosa en atención a la calidad de los negocios que contienen. Dada la división del Consejo en Secretarías, el investigador de Aragón puede excluir los legajos correspondientes a Cataluña o Valencia, aunque con el riesgo de pasar por alto algún documento extrapapelado, o que, siendo de aquellos territorios, contenga extremos interesantes para Aragón. Aun con esa exclusión, tiene delante de sí un gran número de legajos, cuya lectura es entretenida por la variedad, pero que le hace correr el riesgo de consumir mucho tiempo si lo que desea es un aspecto concreto. Si no aspira a esa concreción, y en cuanto en el Archivo se dispone de una guía que indica las materias fundamentales que caracterizan a cada legajo, es posible con cierta facilidad obtener a través de ellos una visión de la vida administrativa de la época, que es lo que se hace en este trabajo.

El tercer tipo de fuente aquí utilizado se concreta en los cuatro libros de comentarios a los Fueros de Aragón, de Ibando de Bardaxí, hijo de Juan de Bardaxí y Juana de Almenara, señor de Ballestar y de la Selva, consejero de la Audiencia y asesor del Gobernador, que según Latassa muere en 1586, y cuya obra citada se publica entre 1591 y 1592. Al ser obra del siglo XVI, ha de tenerse muy en cuenta la legislación posterior para el siglo XVII, pero permanece válida su doctrina, apoyada en un sólido conocimiento del «derecho» y del «fuero» y expuesta con una notable claridad. Dotada de buenos índices, es obra a la que debe recurrir todo el que desee conocer la teoría y la práctica jurídica de Aragón en la Edad Moderna.

I

EL CONTRASTE DEL «FUERO» CON EL «DERECHO»

2. *El carácter privilegiado y fundamental de los Fueros y Observancias.*

Siguiendo el impulso de parte de la historiografía actual, que contradice los resultados anteriores en base a sustituir lo esencial

por lo circunstancial¹, podría defenderse que los Fueros y Observancias no han constituido el fundamento del ordenamiento jurídico aragonés en el siglo XVII, pues es posible que sean citados conjuntamente con otros tipos de fuentes, como hace el abogado don Juan Antonio Piedrafita y Albis, defendiendo a Jorge Labalsa, Lugarteniente del Justicia, de quien dice tener a su favor «el Derecho, Fueros, Práctica y Estilo»², debiendo aludir con el término «Derecho» al común. Sin embargo, nada más inexacto que tal conclusión, pues el propio Piedrafita parte de la base de que lo que corresponde a los lugartenientes es la conservación de las regalías de los Fueros, y de que la acusación no ha conseguido basarse en un fuero³, aparte de que en la primera referencia citada, el Letrado no aspira a una precisión máxima, y de que, incluso, si ésta hubiera sido la pretensión tampoco hubiera probado nada más allá del caso concreto en que se desarrolló y del carácter de opinión particular que posee.

Frente a la actitud circunstancial y, además, seriamente limitada, de Piedrafita, está la posición constante de los Letrados y de las partes, como la de la Iglesia Parroquial de San Pablo en pleito con el Lugarteniente del Justicia de Aragón, Miguel Mateo Díez de Aux, considerando que éste contravino los Fueros y Observancias⁴,

1. En la historiografía general, es el caso de Luis González Antón quien en sus trabajos sobre las cortes aragonesas trata de privarlas de su naturaleza colegisladora por el hecho de que no se haya observado en diversos momentos lo previsto en los fueros, como si, por ejemplo, se negara al médico su papel de sanador de enfermos, por el hecho de que muchos de ellos se le mueran. En el campo iushistoriográfico hay que mencionar a García Granero, aunque respecto a Navarra, territorio íntimamente vinculado a Aragón en lo jurídico, quien pretende presentar al sistema navarro como romanizado, por el hecho de que incluso algunos textos que no lo hacían presumir, tengan su origen en otros romanos, fenómeno ciertamente importante, pero que no debe ser estimado sin las debidas matizaciones, ya que de otra manera, y lo he dicho en otro sitio, habría que concluir que el cristianismo es pagano.

2. CAZ. V (818), núm. 13, pág. 62.

3. «... porque los Señores Lugartenientes procuren la conservación de las Regalías, de los Fueros... no contiene la acusación Fuero alguno, que acredite el cargo...»

4. «Que el dicho Señor Lugarteniente contrauino a los Fueros, y Obser-

o la del Dr. Ciria y Cuello, que siguiendo a Molino dice que «no puede alegarse estilo contra algún Fuero»⁵ o la calificación de «Constituciones de la Provincia», que atribuye a los Fueros el Dr. José Francisco Arpayón Torres en 1687⁶.

Los Fueros y Observancias suscitan el orgullo nacional aragones, sin perjuicio de fidelidad a la Monarquía. El referido Lugarteniente del Justicia, Miguel Mateo, considera que los Fueros son envidiados por todas las naciones⁷, con el que coincide el también citado Dr. Ciria y Cuello⁸, en tanto el Dr. Panzano los califica de «armoniosos» y continentes del «Sol de la Justicia»⁹. El «fuero» ofrece la naturaleza de «privilegio», que es el que ha debido tener desde un principio, y del que ha emanado una situación cada vez más aceptable frente a la omnipotencia del poder público. Para el Dr. Panzano es el «polo» de las libertades¹⁰. Pedro A. Lorfelin contrapone el sistema político basado en el «fuero» al que lo hace en el derecho común o en otro tipo de manifestación legislativa, con arreglo a los cuales la potestad del poder público es mayor¹¹.

vancias del Reyno, en auer proueydo el apellido de temporalidades...». Abril, 1662. CAZ. V (818), pág. 8.

5. Iglesia de S. Pablo contra Labadía, pág. 7 en CAZ. V (818).

6. Año 1687. CAZ. BB, núm. 35, pág. 10.

7. «... con que dichosamente embidiado de las Naciones todas, se gobierna nuestro Reino...». Lugarteniente de Justicia Miguel Mateo frente a Iglesia de S. Pablo, pág. 3, en CAZ. V (818), pág. 3.

8. «... Leyes, y Fueros de este siempre fidelísimo Reino de Aragon, timbre, y gloria de su Corona, y honrosa emulación de las Naciones estrange-ras...». Loc. cit. en nota 5, pág. 27.

9. «... segun la prouidencia de sus armoniosos, quanto inuiolables Fueros...». Iglesia del Pilar contra Lug. del Justicia la Balsa, pág. 2, en CAZ. V. (818) y «corriendo el Sol de la Iusticia todo el cielo de la verdad legal, por las líneas de los nueue libros de sus Fueros...» (id. pág. 3).

10. «... los Fueros, unico Polo en que consiste todo el mobil de las libertades de el Reyno...». Id, id, pág. 4.

11. «Lo segundo, porque en los términos del derecho común, leyes, Pragmáticas, o costumbres de otras Provincias, se procede con mas libertad en estas materias, por ser la potestad del Principe, o Presidente alli, mayor, y mas libre, y dilatada, que en nuestro Reyno; en donde la potestad y la voluntad del Principe, y sus Presidentes se halla contenida y arreglada a lo que los Fueros, y practicas tienen dispuesto...». Año 1689. CAZ. 0, núm. 42, pág. 17. Es un proceso político, que parte de la recusación de un Regente

en lo que coincide con el ya citado Dr. Panzano, quien en la línea de Calixto Ramírez, destaca el Privilegio General, como el substrato del sistema de «fuero» frente al del mero y mixto imperio, o «imperio libre», que es el sistema romano, y al que hoy calificaríamos de «autoritario»¹². Habiendo culminado en el siglo XVI la elaboración de la ideología indigenista basada en el mito de los «fueros de Sobrarbe», no es de extrañar, que no falten las alusiones a éstos, como ocurre en el Dr. Juan Bautista de Alegre cuando sale en defensa de las atribuciones del Justicia¹³. No importa aquí el que la interpretación histórica sea muy deficiente, como lo prueba el que Panzano¹⁴ identifique el sistema romano autoritario o de «Imperio libre» con el «fuero de arbitrio» o «fuero de albedrío» castellano, precisamente polos opuestos en lo conceptual, sino el que la conciencia política del Barroco aragonés sigue siendo la de que el ordenamiento nacional, por oposición al de otros Reinos, es esencialmente antiautoritario, liberal y democrático¹⁵.

de la Real Audiencia, a la que, curiosamente, se la llama también «Real Chancillería».

12. «Y esta es una de las principales, y señaladas cabeças de el Priuilegio General de este Reyno: A saber es, que en él no aya si solamente Fuero, Costumbre, Uso, Preuilegio, y Cartas de Donación, y Permutación, No empero Mero, o Mixto Imperio, esto es Imperio libre, y sin rienda de las leyes, llamado *mano Real*, segun que tuuo su vigor en España, y antes del establecimiento de sus leyes, y se llamaua *Fuero de arbitrio*, del qual hace mención el señor Rey D. Alonso de Castilla, y otros». CAZ. V (818), núm. 11, pág. 173.

13. Vid. CAZ., P. núm. 6, pág. 2, sin fecha. Según la alegación, la denegación de apelación de sentencia del Justicia en elección de firma de agravios se basa en «la disposicion de la ley de Sobrarbe» por la que el Justicia es el juez de los agravios de los oficiales a los regnicolas.

14. Vid. la nota 12.

15. No tiene por qué escandalizarse González Antón de que se califique de «liberal» o «democrático» al Privilegio General o al sistema aragonés. Su «liberalismo», distinto del del siglo XIX, aunque sin olvidar tampoco que el foralismo decimonónico aragonés ha sido liberal, radica en su alto aprecio de la libertad como valor, en tanto su «democracia», distinta de la griega o de la actual, se basa en que el poder público se ve limitado por la actuación de un «demos» o «comunidad», que es la comunidad activa de su época. Las diferencias «esenciales» con el sistema castellano son evidentes, y aún así y todo, se ha hablado mucho, y tampoco disparatadamente, de una «democracia castellana».

Los fueros invocados en la época son de diverso tipo, pues los hay políticos, económicos, eclesiásticos, civiles, penales y procesales. El fuero político más importante, en cuanto que hoy le atribuiríamos carácter constitucional, es el Privilegio General, «que es lo principal de las libertades, que tiene el Reyno», según declaran Tris y los demás representantes estamentales¹⁶. Los restantes fueros políticos o político-administrativos invocados suelen ser tardíos o, incluso, fueros «nuevos», destacando los reguladores de la función del Justicia¹⁷, de los Diputados del Reino¹⁸, escribanos o notarios¹⁹ y suprajunteros²⁰. En el Privilegio General y en fueros «nuevos» se apoya también la defensa de la libertad de comercio, que realizan los estamentos²¹. Dado el gran número de contiendas en las que una, e, incluso, las dos partes, son la Iglesia o sectores de ella, es abundante la invocación de fueros que podríamos denominar «eclesiásticos», en el sentido de que regulan áreas de interés de la Iglesia²². Entre los de naturaleza civil destacan los que

16. Fr. Pedro Tris y otros representantes de los Estamentos: *Discurso iuridico-politico, en defensa de la libertad del comercio en el Reyno de Aragón*. Escrito por el Dr. José Marcelo DE SOTOMAYOR Y URIBE, Zaragoza, 1675, CAZ. V, 21, pág. 7. Este Discurso, como se sabe, es muy conocido, y de él se encuentran bastantes ejemplares.

17. Por ejemplo, el Fuero «Que los Lugartenientes no puedan pronunciar» citado en el «Appendix» del litigio de la Iglesia de S. Pablo contra el Lugarteniente de Justicia M. Mateo, pág. 29. Se cita también el «Rursus de officio Iustitiae Aragonum».

18. El *Discurso* cit., en nota 16, pág. 10, cita algunos sobre los Diputados del Reino.

19. En apéndice del pleito de la Iglesia de S. Pablo contra Labadía, página 17, se citan «Item statuimus, y ordenamos de Tabellionibus» y «Item estatuymos de salariis Notariorum». El Dr. de Agreda, en defensa de Labadía y Texero, pág. 14, invoca el fuero de 1553 «De los Escribanos de las Audiencias Seculares» y fuero de 1564.

20. El Dr. Ciria, en el Informe del pleito de la Iglesia de S. Pablo contra Labadía, pág. 31, cita, aunque accesoriamente, el f. 13 «De supraiunc-tariis».

21. Vid. el *Discurso* cit. en nota 16. En pág. 25, se cita el fuero de Carlos I, de 1528, «Que las mercaderías puedan entrar libremente en qualquiera Ciudad».

22. Por ejemplo, el «De Praelaturiis» y «De subsidiis», que invocan la Iglesia de S. Pablo contra el Lugarteniente de Justicia o el «Fuero de los

regulan materias sucesorias, y que también son «nuevos»²³.

La diferente concepción política aragonesa frente a la castellana se refleja especialmente en el orden penal y procesal. Aragón es adverso a la pena de galeras, en cuanto la considera un tipo de servidumbre y, por tanto, atentaría con el espíritu de libertad que informa las leyes aragonesas, lo que se plasma en un fuero prohibitivo en 1448, consecuencia de que Alfonso V enviara a Ramón Cerdán, señor de Sobradiel, como comisario para reforzar de «chusma» una galera, prendiendo a gascones y gente desvalida en 1445. Luis de Ejea y Talayero, gran jurista aragonés y abogado fiscal, a quien debemos estas noticias, tiene que recurrir a las sutilezas propias de su oficio para servir a su cliente, que en ese caso es el Rey, alegando que el fuero aragonés no prohíbe las galeras por sentencia, en prueba de lo cual destaca que otro fuero permite la conmutación de la pena de muerte por la de galeras, con lo que ésta queda subrogada en las antiguas deportaciones²⁴. No es necesario destacar la importancia que la pena de galeras ha tenido para los Austrias, y no, en el orden penal estricto, sino en el de la organización de la agresión militar por la vía naval. En el orden procesal hay que destacar la repugnancia aragonesa por la tortura, que no se considera medio de prueba, sino pena²⁵, y esto coherentemente con el carácter acusatorio del proceso aragonés y el repudio, salvo casos excepcionales, del procedimiento inquisitivo. Por esa razón, también

Motus proprios» de 1585, que invoca el Dr. Panzano en pleito entre Iglesia del Pilar y el Lug. del Justicia la Balsa.

(23) El Fuero «de legatariis», de 1592, aunque indirectamente, es invocado por la Iglesia de San Pablo contra el Lugarteniente de Justicia M. Mateo, en apéndice, pág. 8. El Dr. Panzano, en pleito de Iglesia del Pilar contra la Balsa, pág. 101, invoca el Fuero «Del proceso de Inventario» del año 1646.

24. Vid. CAZ. AA. núm. 33, págs. 1-2. Es el proceso de Juan Bautista Catalán y otros. Ejea y Talayero dice que el reino imita «colonia inmune de los romanos». Se refiere también al fuero de D.^a María, al que dio motivo el suceso de Martín Díez de Aux, y por el que se prohibió que los Aragoneses pudiesen salir presos fuera del reino. El Dr. Labalsa en el pleito contra la Iglesia del Pilar, pág. 61, cita el fuero único del tit. De hominibus pro servitio galearum non capiendis» y el f. 12 «De Homicidio» (pág. 62).

25. «indicio para tortora (que en Aragon ya es parte de pena)». Lo dice Luis de Ejea y Talayero en CAZ. AA., núm. 4, pág. 9.

se ofrece en Aragón resistencia a la prueba indiciaria, lo que hace decir a Jacinto Alemán en 1678 que «aunque se condena en Aragón con indicios, y argumentos. Pero de estos argumentos, o conjeturas no ha de constar praesumptiva, sino con probança plena, y concluyente»²⁶. Muchos de los fueros procesales citados son «nuevos»²⁷.

Un caso especial merece destacar en el XVII aragonés por cuanto está en conexión con el viejo embargo del cuerpo, sobre el que versara uno de los trabajos más clásicos de Hinojosa²⁸. En 16 de enero de 1675, a instancia de José Miranda, se inventaría el cadáver de su madre Paciencia Ribera, entregándosele el cadáver en concepto de «capleta», y comprometiéndose los «capleadores» a restituir el cadáver cuando fuera pedido por la Corte del Justicia. La posibilidad del cadáver como objeto de un derecho de garantía posiblemente no se hubiera cuestionado a no ser que hubiera surgido un problema de interés económico para la Iglesia, como es de el que uno de los cablevadores llevara el cadáver al Convento del Carmen de Jaca y lo depositara sin perjuicio de los derechos parroquiales, a lo que se opuso en 5 de julio de 1675 el Cabildo de Jaca, quien solicitó la restitución del cadáver al lugar donde se inventarió. El cablevador alega que cumpliendo la obligación de buen cristiano, no puede proceder a desenterrar el cadáver, pero abandona la máscara cuando refuerza este escrúpulo de conciencia con la consideración de que la Iglesia de Jaca no es parte, y que sólo correspon-

26. Año 1678, a favor de Monzón y frente a un Portero real que les acusa de resistencia. CAZ. BB., núm. 5, pág. 47. En pág. 46, y refiriéndose al «castigo de pendones», el jurista dice que «por ser el castigo tan irregular, quiso también dicho Fuero irregularizarse en su probanza, excluyendo la de testigos».

27. La Iglesia de S. Pablo contra Labalsa invoca el F. «Por proueir, de testibus, F. de la forma de examinación de los testigos de la Corte del Señor Iusticia de Aragon, F. Reparó de la Corte del Señor Iusticia de Aragon, y F. Item por quanto el 3 tit. Forus Inquisitionis. El Capítulo de S. Pablo contra Labadía invoca el «Muchas veces», tit. «Del officio de las Audiencias seculares», del año 1553, y el fuero unico «Que los Consejeros de la Criminal». El Dr. Labalsa invoca a su vez el «Fuero del Poder, y facultad de Denunciar a los Lugartenientes» del año 1528.

28. Eduardo de HINOJOSA, *La prenda extrajudicial en El elemento germánico en el Derecho español*, Madrid, 1915, cap. IV.

dería la decisión a Miranda, que es el que «in cuius posse», como también la abandona la Iglesia de Jaca a través de su defensor E. Juan Antonio Piedrafita y Albis, quien en 1676 alega que lo hecho podría dar lugar a un sistema de enterrar en los conventos defraudando los derechos parroquiales, tema éste que es el que verdaderamente inquieta a la Iglesia de Jaca, cuyos efectos considera contrarios «a toda razón Canónica, Civil y Foral». En consecuencia, para la Iglesia de Jaca, conforme a las reglas forales y el Proceso de Inventario, los cablevadores están obligados a restituir el cadáver a la Corte, ofreciendo en caso contrario la capción de sus personas, y no considerando alegable el caso irregular de haberse producido el enterramiento, ya que se dieron cuenta de ello en el momento de inventariar. Para la Iglesia de Jaca, aunque la ejecución sea desforada, es preciso que tenga lugar el proceso de Inventario por las reglas forales en daño de inventariantes y cablevadores, pues el párroco no podía dar licencia para que el cadáver se enterrara fuera, al no haber elegido sepultura el difunto, y los cablevadores lo que aprovecharon fue su condición de tal, y no, la licencia del párroco o la del Vicario General. Planteado así el problema, es decir, la defensa de los derechos económicos de la parroquia aun a riesgo de exhumaciones e inhumaciones, el letrado de la Iglesia de Jaca ofrece la verdadera doctrina, como es la de que por los fueros antiguos, así como por los de 1626 y 1646, el Inventario sólo comprende los bienes muebles que estén en el comercio de los hombres, en tanto el cadáver está fuera de él y «est nullius in bonis». Efectivamente, una nota marginal a tinta dice que en 27 de marzo de 1676 se pronunció sentencia favorable a esta posición, condenando así a los cablevadores a la restitución del cadáver al lugar donde se inventarió, so pena de ser ellos mismos encarcelados ²⁹.

Las Observancias, que constituyen un todo con los Fueros, son

29. CAZ. AA., núm. 1. Una de las conclusiones del alegato es: «Esta ejecución de Inventario ha sido tan extraordinario, que hasta aora no ha llegado a pensarse cosa tan irregular; y assi produce tan monstruosos efectos, como se ve en los alegatos contrarios... valiendo los cablevadores de que el cadaver no puede estar sujeto a capleta ni inventariarse, confesando la injuria, y agravio que hizieron a nuestros Fueros, y valiendose de ellos».

utilizadas en su natural papel, que es, fundamentalmente, el interpretativo de los fueros, y en este sentido son invocadas, frecuentemente, en aspectos procedimentales.

3. *El carácter fundamentalmente simbólico o inspirador de la costumbre.*

La abundancia de Fueros, Actos de Corte y Observancias relega la costumbre a un lugar muy modesto en el terreno de lo cotidiano. Pese a ello, los juristas se preocupan de su naturaleza, de sus tipos y de sus efectos, con notables precisiones.

En cuanto a la naturaleza, el Dr. de Agreda destaca que la costumbre interpretativa no es propiamente costumbre, sino una Observancia «de facto», por lo que entonces un acto es bastante, y no necesita de prescripción³⁰. Es precisión interesante, incluso, para el concepto de «observancia», que, en definitiva, no es sino la costumbre interpretativa, la cual se constata en la mayor parte de las ocasiones por la Corte del Justicia o por los juristas que se mueven en torno a ella, y que siempre es complementaria del «fuero», a quien sirve, aunque su trascendencia haga que, a veces, la consideremos como fuente independiente del Derecho. La «costumbre» en sí, por el contrario, no puede ser meramente interpretativa, sino creativa, y en eso se diferencia nítidamente de la «observancia», siendo distintos, naturalmente, los requisitos exigidos para su nacimiento, como el de la frecuencia de acto, por ejemplo. Naturalmente, que como el Dr. de Agreda destaca siguiendo al Dr. Suelves, la costumbre no precisa de su nacimiento en juicio contradictorio, lo que a nosotros debe parecernos lógico, ya que de otra manera se convertiría prácticamente en jurisprudencia, de

30. «Ni es de consideración, que la costumbre... no se ha obtenido en juicio contradictorio... se introduce por un solo acto, aunque sobre ella no se aya juzgado... Y siendo interpretativa... no es propiamente costumbre, sino una Observancia de facto, y un acto es bastante, y no necesita de prescripción, Y de qualquiere genero de costumbre, dixo el Dr. Suelves que no se requiere averla obtenido en juicio contradictorio...». Defensa de Labadía Texero contra Iglesia de S. Pablo, págs. 28-29.

la que, precisamente, es casi antitética, pues la costumbre es de base popular, en tanto, la jurisprudencia es de base erudita³¹.

Creo congruente, aunque no recomendable, la doctrina de don Juan Gerónimo de Orcau en favor de don Miguel Leonardo de Albién, aspirante a Correo mayor del Reino, en el sentido de que aunque se considere aborrecido el que los oficios sean venales, «donde ay costumbre de esso, que se guarde»³². Puede ser recomendable, pero incongruente, la doctrina de Pedro Antonio Lorfelin y Felipe Gracian Serrano, en el sentido de que una costumbre «por no ser fundada en razón no se deve admitir»³³. El sistema consuetudinario es irracional en gran medida, y, sobre todo, no coloca en manos del juez la posibilidad de transformarlo, que sería la consecuencia de la doctrina Lorfelin-Gracián. La costumbre debe acatarse aunque sea irracional, lo que no impide que el propio sistema tenga sus recursos para modificarlo, pero en forma lenta, como puede ser el nacimiento de una costumbre en contrario, lo que supone dejar en manos de la propia sociedad la evolución, en lugar de dejarlo en manos de la autoridad judicial o de la doctrina de los juristas.

Sorprende, sin embargo, la insistencia de los letrados en que la costumbre ha de ser probada, lo que contradice uno de los principios básicos de la costumbre como fuente creadora del Derecho, que debe ser conocida por el juzgador. Juan Manuel Costas, en acusación de Bernardo del Cuervo contra el Jurado de Alfajarín, Mateo del Paño, dice que obsta la costumbre en Alfajarín de no prender a los extranjeros para que no se burlen de la Corte, sino exigir fianzas primero, pero alega que la costumbre no está probada, y debe probarse por quien la alega³⁴. En defensa que Don Jayme Aznares hace de Jaime Díaz por haber matado a un vicario de Monforte, probado el adulterio de la mujer de Díaz con el vicario, el letrado dice que no hay costumbre de que los Jurados de Daroca prendan en toda Comunidad con apellidos del Justicia y,

31. En trabajos monográficos y en mis obras de conjunto vengo insistiendo en contraponer la base popular del sistema navarroaragonés a la erudita del Derecho catalán, por ejemplo.

32. Año 1639. CAZ. VV., núm. 25, pág. 6.

33. Año 1689. CAZ. O., núm. 5, pág. 5.

34. CAZ. VV., núm. 19, pág. 6.

que aun cuando la hubiera, se debía articular y probar³⁵. También Arpayón alega no haberse probado la costumbre, aunque refiriéndose a «costumbre de España, y otras Provincias»³⁶. Claro es que se trata de alegaciones de letrados, pero reflejan una atmósfera, y en ese sentido son indicativas.

También se distinguen diversos tipos de costumbre. En pago de censos por el que posee mayorazgo, y bajo la autoridad de Portolés, Sessé y Suelves, Pedro Antonio Lorfelin invoca «costumbre universal de nuestro Reyno»³⁷. Jacinto Alamán, a favor de Monzón en su resistencia de un Portero real, considera la «contra legem» o «contra Forum», cuya interpretación estima restrictiva³⁸. Gregorio Xulve, iunior, reconoce que la costumbre «inmemorial» goza de varios privilegios por el Derecho, que le otorga fuerza de ley, pero le exige muchos requisitos, siendo su prueba tan delicada, que sólo el rumor contrario la deshace³⁹. También el Dr. José Francisco Arpayón Torres reconoce la fuerza de ley en la costumbre inmemorial, lo que le permite defender el monopolio del Mayordomo y Colegio de Farmacéuticos de Zaragoza para vender las medicinas puesto en peligro por el Real Privilegio de 1677 obtenido por el Hospital de Nuestra Señora de Gracia, que le facultaba para compeler al Colegio a examinar al religioso que nombrara el Hospital para la citada venta⁴⁰.

En todo caso, la costumbre tiene más de símbolo y de principio sugeridor que de institución real o viva. Significa vitalismo, volun-

35. CAZ. VV., núm. 20, pág. 3.

36. Año 1687. CAZ. BB., núm. 35, págs. 24-25.

37. Año 1686. CAZ. X (819), núm. 7, pág. 2.

38. «Pero esta practica (proveerse castigo de pendones con solo prueba testifical) por ser contraria, y derogatoria de un Fuero redondo, se ha de entender ceñida, y limitadamente en los términos ceñidos y específicos en que se estilo...». Año 1678. CAZ. BB., núm. 5, pág. 46.

39. Año 1667. CAZ. P., núm. 54, pág. 19 y ss. Se basa en autores castellanos, en Fontanella y, más aún, en el valenciano Crespí.

40. Año 1687. CAZ. BB., núm. 35, donde se declara: «y como su Magestad (salva su Real clemencia) no puede de potestad ordinaria revocar las leyes en este Reyno». En pág. 20, para probar que el Privilegio no tiene fuerza, al no hacerse contra la Costumbre, alegan que el Hospital de Nuestra Señora de Gracia de 1678 lo reconoce al concederle facultad para vender en su botica no obstante cualesquiera privilegios y «costumbre inmemoriales».

tarismo, irracionalidad, populismo y toda una serie de valores, que se opone a unos contrarios, como son racionalismo, ley, elitismo o erudición. El mismo «fuero» en su manifestación externa y hasta en su génesis no se distingue de la «ley», pero es otra cosa por formar parte de un sistema consuetudinario, de forma que idealmente ha de responder a la actuación cotidiana de una comunidad, mientras la ley responde al cerebro de un legislador. Por ello, el «fuero» no es costumbre, pero tiene naturaleza consuetudinaria, de la que carece la «ley», que es esencialmente anticonsuetudinaria.

También el «privilegio» ocupa una posición especial dentro de un sistema consuetudinario, hasta el punto de que, frecuentemente, éste es más un conjunto de «privilegios», que de «costumbres» propiamente dichas, y debe recordarse que el concepto de «fuero» está vinculado a la idea de «privilegio» es decir, a concesión del que detenta el poder público, en favor de la comunidad que se esfuerza por arrancar a aquél parcelas de su imperio. Como la «costumbre» y el «fuero», el «privilegio» no es racional, o, dicho de otro modo, no depende enteramente de la racionalidad. Así lo reconoce Luis de Exea y Talayero, para el que los privilegios, no se pierden ni por el abuso ni por el contrario uso respecto del Príncipe concedente y los particulares, aunque al actuar como patrono de causas de la ciudad de Zaragoza pretende que esta doctrina no se entiende respecto a terceros ⁴¹, y que para revocar el privilegio no es preciso que oponga el «drecho», sino que le basta ser «praeter, vel ultra ius» ⁴². Por su parte, Gregorio Xulve, «iunior», se opone en nombre de la villa y aldeas de Montalván, que obtienen «iurisfirma», a la pretensión del Conde de Belchite, quien en base a Privilegio de Pedro II, contrató con ellas el que le dieran cada año en enero, tres mil sueldos jaqueses, y no más. El Conde pretende cobrar el derecho de maravedí, a lo que Xulve arguye que si el Regente Sessé reconoce dificultad en que Albarracín pague el medio peaje que paga Teruel, existiendo acto de corte, con más en el

41. «... si bien en Aragon los privilegios por abuso, ni por contrario uso no se pierden respecto del Principe concedente, y los particulares... Pero ansi en derecho como en fuero no se entiende dicha doctrina con los terceros...». CAZ. VV., 843, núm. 1, fol. 9.

42. Id. íd. fol. 7.

caso de Montalván, en que no había ni fuero, ni acto de corte⁴³.

Dentro de los «privilegios», quizá, es el más importante el conocido como de los «Veinte», o según Bages, «De los Vint»⁴⁴. En 1659, el Dr. Manuel Contamina todavía formula acusación contra Pedro Salinas, como consecuencia de que «publicose el Priuilegio de Veinte» contra los que mataron al Jurado en Cap que averiguó sobre la introducción y venta de carnes mortecinas y de mala calidad⁴⁵. La derogación filipina de los fueros parece haberle afectado en el aspecto penal, pero no, en su aspecto civil⁴⁶, por lo que ha surtido efectos todavía en el siglo XVIII.

4. *El carácter reglamentario de «actos de corte», «estatutos» y ordenanzas.*

Creo que en su esencia, «actos de corte», «estatutos» y «ordenanzas» son de naturaleza reglamentaria o, dicho de otro modo, su finalidad es el desarrollo y aplicación concreta del contenido de los «fueros», tal como éstos son constatados por las «observancias». Sin embargo, he de reconocer que respecto a los primeros, esa conciencia se ha diluido, de tal forma que el «acto de corte» es equiparado al «fuero» y no siempre se sabe por qué se ha escogido una u otra vía a la hora de adoptar una resolución. Teniendo conciencia de que el primer acto de corte es el procedente de cortes de Cariñena de 1360 con el rey Pedro IV (II de los Fueros)⁴⁷, se

43. Año 1667. CAZ P., núm. 54, págs. 7-8. El Conde era Comendador de la Orden de Santiago.

44. Vid. mi trabajo *Los Fueros de Aragón*, Librería General, Zaragoza, 1976, pág. 31-32 y 118. La referencia a Bages se encuentra en BUZ. t. 1546, número 2, pág. 10.

45. CAZ. V. 19.

46. «...quedó en su esplendor en el año 1646... no solo se ha tenido por notorio, sino por Ley en el Reyno, ó Acto de.

«Y si bien se considera... que abolidos los Fueros en lo criminal, ya está por demás al exaltar el Privilegio de Veinte; debe distinguirse lo que corresponda castigo... a lo substancial de el contrato, en pasturas, y derechos...». BUZ. t. 1546, núm. 2.

47. Así lo dicen Tris y demás representantes de los estamentos. CAZ. V., 21, pág. 12.

discute si el «acto de corte» está en «observancia», como si se tratara de un «fuero»⁴⁸; se considera que estos «actos de corte» pueden ser como los «fueros», temporales o no, y ser prorrogados⁴⁹ y se niega que contra ellos pueda alegarse estilo o práctica en contrario⁵⁰. En algún caso, se afirma explícitamente que «ley», entendiéndose «fuero», y «acto de corte» son lo mismo⁵¹. Hay «actos de corte» que debieran haber sido «fueros», y al contrario, pues el «Fuero de la Inquisición», de 1626, que reconoce a Zaragoza el «derecho político» sobre abastos, debiera ser un acto de corte, a no ser que la condición foral le proceda de contradecir la libertad de comercio consagrada en el Privilegio General⁵².

Es distinto el caso de los «estatutos», que, como los del Colegio de Farmacéuticos de Zaragoza, Arpayón cree pueden ser cambiados, aunque el Colegio alega costumbre inmemorial y disposición foral de 1592⁵³, o los «Estatutos criminales de la Ciudad de Calatayud», no comprensivos de los vecinos de la Comunidad, y a los que se refiere el Dr. Juan López Galván⁵⁴. En estos casos, el carácter reglamentario parece más claro, y lo que puede discutirse son las posibilidades de revocación, como hace Luis de Exea y Talayero, actuando como patrono de causas de la ciudad de Zaragoza. Contra la opinión de Baldo de que el inferior no puede revocar el estatuto confirmado por el superior, Exea cita a Bartolo como contrario, opinión ésta que Luis Belo considera

48. Así, en apéndice de Capítulo de San Pablo contra Labalsa, pág. 19.

49. Por ejemplo, el de la «Declaración, y aplicación de Arbitrios», al que hacen referencias Tris y compañeros en el Discurso repetidamente citado.

50. «... siendo dicho Acto de Corte, tan expresado en su disposición, no puede alegarse estilo, ni practica en contrario...». Dr CIRIA en *Informe de la Iglesia de S. Pablo contra Labadía*, pág. 20.

51. «... quedó en su esplendor en el año 1646... no solo se ha tenido por notorio, sino por Ley en el Reyno, ò Acto de Corte, que para el efecto es lo mismo...». BUZ. t. 1546, núm. 2. Algunos foristas, como Blancas, reservan el término «fueros» para las leyes relativas a la administración de justicia. Vid. A. de Capmany, *Práctica y estilo de celebrar cortes en el Reino de Aragón*. Madrid, 1821, pág. 50.

52. Vid. el Discurso de Tris, pág. 60.

53. Año 1685. CAZ. BB., núm. 35, págs. 18-19.

54. CAZ. T., núm. 14, pág. 1.

«común». El jurista aragonés, tratando de conciliar opiniones estima que si el inferior puede estatuir sin necesidad de confirmación, entonces puede revocar, sobre todo, si el estatuto del inferior se hizo para su utilidad o beneficio⁵⁵.

5. *El reflejo de la base popular del sistema en la interpretación.*

La base popular del sistema se refleja especialmente en el fenómeno de la interpretación, y esto de dos maneras: a) porque ésta corresponde esencialmente a un órgano «popular», y b) porque aunque no se desconozca la analógica, extensiva o «pasiva», es clara la primacía de la literal y restrictiva. Es menester insistir mucho en estos conceptos, que pasan por alto a gran parte de los juristas e historiadores, empeñados en considerar romanista o romanizado un sistema por el hecho de que en él se observen huellas del derecho romano⁵⁶. El que en un ordenamiento existan instituciones y hasta sectores enteros de una influencia no basta para caracterizarlo, porque nunca existirá una influencia sola. La caracterización procederá de un umbral cuantitativo y, sobre todo, cualitativo, señalado especialmente por el tipo de fuente creadora elegido, bases interpretativas, grado de intervención de las distintas fuerzas sociales y factores similares.

55. CAZ. VV., núm. 1, fol. 8.

56. Recuérdese la alusión a García Granero en nota 1 respecto a Navarra. Recientemente, Alfonso García-Gallo, al recensionar en AHDE. XLVIII, página 573, la publicación de las Observancias de Jaime de Hospital por parte de G. Martínez Díez, sugiere que debe revisarse mi versión sobre el antirromanismo de las Observancias, con lo que, lamentablemente en mi opinión, apoya las tendencias anticonceptualistas y antiesencialistas de parte de la historiografía actual. En ese aspecto, la publicación de las Observancias de Hospital, paso importante, no ha añadido nada, puesto que es, incluso, un tópico el de la romanización de las Observancias frente a los Fueros. Precisamente, lo que yo hago en mi trabajo sobre los *Fueros de Aragón*, página 94, es corregir el tópico, en el sentido de que aunque la técnica de los foristas en ese momento sea romanista, sin embargo, el sentido de las observancias no lo es, y no lo es, ni puede serlo, porque las Observancias están insertas en el sistema de los Fueros y trabajan para afianzar éstos, cuando ese sistema es «esencialmente» antirromanista. En el indicado lugar reseño los diversos principios antirromanistas que contienen.

En el Aragón barroco, sigue considerándose al Justicia y su tribunal como intérprete de los «fueros»⁵⁷, cuando éstos, como se sabe, constituyen la columna principal del ordenamiento. El Justicia es un órgano «popular», a condición de que el término se entienda adecuada o eidéticamente. Es decir, independientemente de que en la práctica, y ello se verá en el curso de este trabajo, el Justicia pueda ser una magistratura tecnificada y al servicio del Rey, su razón de existir reside en su origen histórico, y éste es «democrático»⁵⁸ o «popular», en cuanto producto de la voluntad de la comunidad activa en ese momento⁵⁹, que se manifiesta frente a la voluntad real, imponiéndose o, al menos, transigiendo. La diferencia con el procedimiento rescriptal es patente, pues hurta la interpretación al Rey, implicando un sistema pacticio que se opone a la fórmula autoritaria.

No es extraño haya juristas que, como Jacinto Alaman, sostengan que los fueros han adoptado la interpretación procedente del Derecho romano⁶⁰ o que, como el prestigioso Luis Ejea y Talayero, sean favorables a la interpretación analógica⁶¹, pues el primero es un abogado que tiene que invocar lo que beneficia los intereses concretos de su cliente, y el segundo actúa como abogado patrimonial y, por ende, al servicio del Rey, al que suele perju-

57. «... por ser la Corte (del Justicia) la intérprete de los Fueros». Iglesia de S. Pablo contra Lug. del Justicia, pág. 61.

58. No hay por qué buscarle los tres pies al gato mostrándose excesivamente purista ante la utilización de este término. El encumbramiento del Justicia tiene lugar para limitar la autoridad real en beneficio de la comunidad, pueblo o reino, y su designación no recae en un prócer, sino en un hombre de las clases intermedias.

59. El pueblo lo constituye en cada momento la comunidad activa, que puede ser más o menos extensa. Pese a encontrarse en situación más desarrollada que la de ningún momento anterior, nuestro concepto de «pueblo» es más limitada de lo que parece, pues grandes masas, piénsese en los menores, no participan en las decisiones y, por tanto, son «masa», pero no son «pueblo». No tiene nada de particular que en la edad media, sea aún más desproporcionada la relación entre «masa» y «pueblo».

60. «Y tomando los Fueros la interpretación del derecho». 8 de septiembre de 1686. CAZ. BB., núm. 10, pág. 14.

61. «... porque nace de la censura legal de los Consultos, que estienden, y aumentan según derecho, la significacion de las palabras». Año 1649. CAZ. T., núm. 8, pág. 3. Recurre a Cujacío.

dicar la interpretación restrictiva de los fueros. No importa el que opiniones en este, como en otros varios sentidos, y aun, incluso, el que esa opinión haya podido ser seguida por algún Tribunal, aunque no conozco ningún caso, pues lo que interesa es que se invoque a título excepcional, ya que lo que se considera consagrado es lo contrario. El abogado Roa, y bien a su pesar, tiene que reconocer que los privilegios en Aragón hay que interpretarlos restrictivamente⁶², y en el Aragón barroco los testimonios son frecuentes y rotundos. En algunos de los pleitos más destacados se considera que no se observan las leyes del reino cuando se recurre a la mente, sin observarlas literalmente, pues lo demás es introducir subrepticamente algo que no es razonable, ni legítimo⁶³, o se rechaza el que el fuero pueda ser limitado a los efectos civiles, excluyendo los criminales, cuando aquél no lo ha declarado expresamente, pues eso representa ir contra el tenor de la letra⁶⁴. El Dr. Ciria, siguiendo a Molino, defiende que donde el fuero no distingue, no se puede distinguir, sobre todo, en Aragón, donde se ha de atender exclusivamente a la letra, sin ninguna interpretación de otro tipo⁶⁵, insistiendo en la necesidad de la interpretación «a la uña»⁶⁶. Tratándose de si la observancia «Item de consuetudine Regni» que habla de causas criminales pue-

62. «Y suponiendo por cierto, que los Privilegios en Aragon son de tan estrecha naturaleza, que deben interpretarse restrictivamente...». Roa, Discursos Jurídicos. BUZ, 1546, 1, pág. 10.

63. «No se observan las leyes de nuestro Reyno, con recurrir a la mente, sino se observan a la letra: Lo demas es introducir nouedades, con capa de una costumbre que no es razonable, legitima, ni prescripta». Apéndice del pleito del Capítulo de la Iglesia de S. Pablo contra Labadía, pág. 21.

64. «Sin que... satisfaga... que el Fuero se ha de entender quanto los efectos civiles: mas no en los juridicos criminales, porque el Fuero no distinguió de efectos... y seria restriñir el Fuero contra el tenor de la letra... Absurdo. tanto por ser materia penal, quanto por ser contra la carta». Dr. Vidania en apéndice del pleito del Capítulo de San Pablo contra Miguel Mateo.

65. «... y pues el Fuero no distingue, no deben distinguir... singularmente en este Reino, donde solo se ha de atender a la letra sin interpretación alguna». Pleito cit. págs. 16 y 17.

66. «... obligacion de observar *ad unguem*, las Leyes, y Fueros...». Id. página 27.

de aplicarse a las civiles, el Dr. Juan Arroniz de Punzano aplica la máxima de que si el fuero habla generalmente, generalmente es como debe entenderse⁶⁷. Pedro Antonio Lorfelin también testimonia la interpretación «a uña» de la costumbre⁶⁸, y si el interés del cliente le lleva a atenuar la regla del rigor de la letra, con ello no hace sino confirmar la existencia de esta regla⁶⁹. El Dr. Antonio Guindeo busca la interpretación literal en una «Capitulación y Concordia» o «cabreo», por la que el Duque de Híjar y el Concejo general establecen la pérdida por el no cultivo, de las tierras concedidas para repoblar la villa tras la expulsión de los moriscos⁷⁰. Claro, que esto no debe conducir a la exageración, y así es como hay que entender la alegación del Dr. Miguel Claramunte, cuando considera aserción común en el reino el que es más repugnante la restricción que la extensión, pues se refiere a la doctrina del Justicia relativa a que las palabras enunciadas generalmente no deben ser interpretadas, sino generalmente, pues la restricción es odiosa⁷¹, compatible todo ello con la doctrina de que los fueros penales son odiosos, y, por ende, de interpretación restrictiva⁷², o la de que en el caso de duda hay que inclinarse a la opinión más benigna⁷³. Como en el caso de Pedro Antonio Lorfelin, otro gran

67. CAZ. Y. 13, pág. 1. Siguiendo a Molino, Plebano y Portolés, aplica el «*forus generaliter loquens generaliter debet intelligi*».

68. «... constando de la costumbre... se ha de observar *ad unguem*». Año 1680, a favor de la Religión de San Juan en la Almunia frente al infanzón Juan Francisco Gayan de Mazas. CAZ. P., núm. 31, pág. 7.

69. «... la antigua, verdadera y común práctica del Reyno, ha sido no atender siempre al rigor de la letra, sino a la justicia de la causa, y legalidad de la sospecha...». Año 1681. Incidente de recusación, en CAZ. P., número 2, página 9.

70. La capitulación es de 1611, y la alegación del Dr. Antonio Guindeo es de 1659. CAZ. P., núm. 42, pág. 3.

71. «Y es comun assercion en este Reyno, que haze mayor repugnancia la restricción, que la extensión». Año 1681. CAZ. BB., núm. 10, pág. 31. La doctrina del Justicia que se cita, dice: «*cum restrictio verbi generalis in dicto Regno sit odiosa, et contra cartam, et verba generaliter prolata, sin etiam generaliter intelligenda*».

72. En «appendix» del pleito de la Iglesia de San Pablo contra Miguel Mateo, pág. 12 se lee: «... los Fueros que imponen pena son odiosos, no se estienden por identidad de razon, saltim quo ad poenam...».

73. «Se deve inclinar aun en el caso de la duda a la opinion mas benigna».

jurista el abogado fiscal Vicente Hortigas confirma la interpretación restrictiva por la vía de atenuarla o impedir los excesos, y por ello cita la opinión de los doctores de que la restricción de un fuero o estatuto no debe excluir los casos comprendidos en otro fuero o estatuto del mismo volumen, sino que cada uno de ellos se ha de interpretar por el otro⁷⁴, y es que no hay que olvidar que son un conjunto.

Independientemente de estos principios generales, o para facilitar su aplicación, la interpretación se va sedimentando y condensando en «reglas forales» o «florales», frecuentemente denominadas «brocárdicos», terminología de indudable origen canónico, a veces, particularizados como «brocárdicos forales» para distinguirlos de los «brocárdicos comunes», procedentes del Derecho romano o del Derecho común. Constituyen realmente lo que nuestro Código civil actual llama «principios generales del Derecho», es decir, reglas jurídicas consagradas por el uso y la doctrina dentro de un sistema, sobre las que converge un consentimiento colectivo, el cual permite la exclusión de discusiones en ciertos puntos de partida a través de la mera enunciación de esos principios. Siendo de diversos tipos, a modo de clasificación, puede distinguirse entre lógicos, interpretativos, éticos, procedimentales, económicos y sociales.

De orden lógico, debe ser la regla foral a la que se refiere Martín Díaz Altarriba abogando por la ciudad en cuestión de licencia para vender pan en las calles, pues parece que, frente a la Seo que pretende la venta de pan, lo que invoca es que el término general no ampara los casos particulares⁷⁵. Al mismo orden corresponde

na y que favorece a la apelación». D. Félix Cossin de Arbeloa en 1686. CAZ. X (819), núm. 25, pág. 32.

74. «... por restriñida, o limitadamente que hable un Fuero, o un Estatuto, no se entiende excluir los casos en que otro Estatuto del mismo volumen, o en otro Fuero comprendidos, sino que se ha de interpretar el un Estatuto, y el un Fuero por el otro, ut iura iuribus concordetur, et euitetur repugnantia». Contienda con los Diputados del Reino h. 1632. CAZ. Q., número 43, pág. 26.

75. «... regla foral, quod apprehenso termino non censentur apprehensae haereditates particularium». CAZ. Q., núm. 51, pág. 1.

la reprobación de todos los absurdos ⁷⁶, y el principio de congruencia del juicio, que debe acabar de la misma manera que ha empezado ⁷⁷. Al mismo orden corresponde las consideraciones manifestadas por Gregorio Xulve o Julve, «iunior», en el sentido de que «las palabras afirmativas no tienen fuerza de universales, sino se les junta dicción universal que lo comprehenda todo, pero las negativas la tienen por sí, «ex proprietate sermonis» y assi nada excluyen» ⁷⁸.

A los interpretativos ya se ha hecho referencia amplia anteriormente. Cabe solo añadir alguno, como el de que el estatuto nuevo redactado en términos generales, se distingue y define por los antiguos ⁷⁹. Casi conjuntamente se pueden tratar los procedimentales, como el de que en Aragón los testigos no se admiten frente a los instrumentos a escrituras ⁸⁰, y el que no probando el actor, se ha de absolver el reo ⁸¹, aunque éste sea más bien un «brocárdico común». También se incluye aquí las reglas relativas a la congruencia del procedimiento, concepto distinto del de la congruencia del juicio, y en virtud del cual, lo que se niega y se prohíbe por un camino, no debe concederse por otro ⁸², o las partes no pueden apartarse y desistir de lo que aprobaron en un proceso ⁸³.

76. Defensa del Lugarteniente de Justicia Miguel Mateo contra la Iglesia de San Pablo, pág. 24.

77. «de Fuero deue acabarse el juizio de aquel modo, con el qual se enpieça. F. unic. tit. quod in factis usurarum».

78. Año 1667. CAZ. P., núm. 54, pág. 9.

79. «Et statutum novum generaliter loquens per vetera distinguitur, et declaratur». CAZ. BB., núm. 10, pág. Lo invoca Jacinto Alaman, siguiendo a Suelves.

80. «testes contra instrumentum, non admitti in Aragonia». Lo invoca el Dr. Lamberto Antonio de Vidania en 1665, aunque dándole la vuelta. CAZ. P., núm. 13, pág. 9.

81. «Actore non probante, reus absolvendus». BUZ. t. 1541, núm. 11, página 5.

82. «que lo que se niega, y se prohíbe por un camino, no deue concederse por otro». F. 2 de reivind. y Observ. de consue. Regni 8, tit. de citation.

83 «...las partes en Aragón no pueden apartarse, ni desistir de lo que enantaron, y aprobaron en processo». Esto en Molino, pero el doctor José Francisco Arpayon Torres dice que Suelves, Bardaxí y Sessé lo entienden como separarse sencillamente, y no «con verificación legítima de contener error». CAZ. BB. núm. 35, pág. 7.

Procedimental es la reprobación de la sospecha no basada en documentos⁸⁴ o la presunción de legitimidad en los instrumentos⁸⁵.

Una regla ética es la del «privilegio de la piedad», que conduce a no presumir el fraude en las donaciones cuantiosas cuando son en favor de causas pías⁸⁶, de origen común. Propiamente «foral» o «vulgar» es el brocárdico curioso, y de sabiduría popular, de que la ausencia entibia el amor, por lo que la de los maridos hace impúdicas a sus mujeres⁸⁷. Como «regla elemental Foral» de carácter económico hay que conceptualizar la libertad de comercio, establecida en el Privilegio General⁸⁸. De carácter social es la de que la infanzonía se transmite, tanto por la vía legítima, como por la ilegítima⁸⁹, o la de que el Rey no puede entrometerse en las relaciones entre señor y vasallo⁹⁰.

Un grupo especial de reglas forales lo constituye el de las reglas antirromanistas. Son enunciadas orgullosamente, como muestra de la independencia del ordenamiento aragonés. Es indudable que delatan una intensa influencia romanista, pues no se ataca sino lo que se considera un peligro real, y es que nadie podrá defender que el ordenamiento aragonés haya sido inmune al Derecho común. Ningún ordenamiento hispánico, y aún, europeo,

84. «... en nuestro Reyno no tienen lugar conjeturas no instrumentales». Pedro Antonio Lorfelin en CAZ. X (819), núm. 6, pág. 25.

85. «... los instrumentos siempre se han de juzgar legitimos». CAZ. X (819), núm. 18, pág. 8.

86. «... las donaciones immensae quantitatis, son legitimas favore piae causae». Loc. cit.

87. «Es brocardico vulgar que la ausencia entibia el amor, y adereciendo a el, Tiraquello... añade que la de los maridos facit impudicas uxores». D. Jacinto Alaman, 8 de septiembre de 1686, impugnando el brocardo en caso de adulterio. CAZ. BB, núm. 10, pág. 11.

88. Así la califican Tris y los otros representantes de los estamentos en el Discurso citado. CAZ. V, núm. 21, pág. 7.

89. «... omnis homo descendens ex linea militari, infantio est; sive sit legitimus, sive illegitimus». Pleito de inventario de bienes de doña Iñiga Royo. BUZ, t. 1541, núm. 11, fol. 18.

90. «... la regla floral de que el Rey no se pueda entrometer, no se deue atender pendiendo el pleyto...», dice el Dr. Iusepe de Sessé, lugarteniente del Justicia, defendiéndose del Conde de Sástago, afirmando también que el que tiene viudedad sobre vasallos no puede maltratar.

ha escapado a la influencia del Derecho común, incluyendo el sistema anglosajón, lo que no obsta para que el grado de influencia sea tan diverso que haya que padecer de ceguera conceptual para no distinguir entre unos y otros. Regla foral antirromanista es la de que no hay mero o mixto imperio, al que se califica de «imperio libre» o «mano real», y al que, equivocadamente, se le identifica con el «Fuero de arbitrio» castellano de la época condal⁹¹, es decir, el «fuero de albedrío». Es equivocado, porque el «fuero de albedrío» castellano, que reaparecerá en el Derecho foral vasco, es, precisamente, de base popular, y no tiene nada que ver, sino antes al contrario, es el opuesto al mero y mixto imperio, de corte regalista y autoritario. El término «albedrío», vertido como «arbitrio» o «arbitrario», ha desorientado a los aragoneses del Barroco, empeñados en una tradición liberal y democrática de su odenamiento frente a otros sistemas hispánicos, en especial, el castellano, y les ha hecho desbarrar en lo histórico, como tantas otras veces les ha ocurrido.

En la misma línea de la regla foral anterior, en cuanto antirregalista, se encuentra la que niega que los privilegios puedan perderse por el desuso o por el uso contrario⁹². De carácter más técnico es la que niega la excepción del dinero no pagado⁹³, que, como se sabe, es un principio eminentemente romanista, y con mayor carga política son las de que en Aragón no se reconoce la

91. «...esto es Imperio libre, y sin rienda de las leyes, llamado *mano Real*, segun que tuuo su vigor en España antes del establecimiento de sus leyes, y se llamaua *Fuero de arbitrio* del qual haze mencion el señor Rey D. Alonso de Castilla y otros». Dr. Panzano a favor de la Iglesia del Pilar contra Lugarteniente del Justicia Labalsa, pág. 173.

92. «...aquellos (los Privilegios), ni se pierden por el no uso, ni por el contrario uso, a diferencia del derecho comun». BUZ. Alegaciones. t. 54, núm. 2. Sin embargo, ahí no se observa en base a Jasson. Por su parte, Antonio Abadía y José Urquía en 1760, loc. cit., núm. 17, pág. 13, afirman: «comun axioma de Aragon, de que el Privilegio, ni se pierde por el no uso, ni por el uso contrario, à diferencia del derecho comun».

93. El «non habemus exceptionem non numeratae pecuniae» lo invoca Pedro Antonio Lorfelin en 1686, CAZ. X (819), núm. 1, pág. 5, en base a Observancias y Molino, Portolés, Casanate, Suelves, Cuenca, José de Niño y Bardaxí. Reconoce que en alguna de estas doctrinas se refiere al que ha recibido el dinero o renunciado a la excepción, pero no a los demás.

imposibilidad de derecho⁹⁴ o la de la liberación de las limitaciones romanistas por lo que se refiere a la sucesión testamentaria o «ab intestato»⁹⁵.

Existiendo otras reglas forales antirromanistas que no parecen citarse, como la relativa a la ausencia de patria potestad, por ejemplo, las que siempre tienen gran relieve son las que hacen referencia a las garantías procesoponales, concretadas en Aragón por una preferencia decidida hacia el sistema acusatorio, con repudio del sistema inquisitivo, salvo casos excepcionales. En Aragón no hay lugar para la sospecha que no está basada en documentos⁹⁶, y lo que es más, la propia sospecha o duda, en cuanto todo ha de hacerse a instancia de parte legítima, sin que haya iniciativa real⁹⁷, y sin que haya oficio noble de juez, sino exclusivamente mercenario, que sirve a la acción promovida, ya que todo ha de hacerse a instancia de parte legítima⁹⁸, o, dicho de otro modo, no existe en Aragón el oficio de juez⁹⁹, no permitiéndose acusar o litigar sino

94. El Dr. Francisco Jubillar, en un problema de capitulaciones matrimoniales, no está de acuerdo en que se cite a Sessé en cuanto a no proceder el «standum» «quando contiene cosa imposible, ò contra naturaleza», «porque se responde, que en el Reyno no se dà imposible de drecho, y lo reconociò mudando el dictamen el mismo señor Sesse decis. 244, núm. 32, y decis. 251, núm. 1 y 2. CAZ. P. núm. 11, pág. 12.

95. «...regla floral, que permite en Aragón la succession testamentaria, e intestada, sin embargo de las disposiciones de derecho comun, que prohíben». Dr. José Francisco Arpayon Torres en 1687, CAZ. BB. núm. 36, pág. 3. Cita también a Pichardo, que se refiere expresamente al caso aragonés.

96. Lo enuncia Pedro Antonio Lorfelin, CAZ. X (819), núm. 6, pág. 25: «en nuestro Reyno no tienen lugar conjeturas no instrumentales».

97. En 1669, el Dr. Josef Esmir y Casanate dice: «... y en Aragon carece de duda, ex vulg. Regul. Quod omnia debent fieri ad instantiam partis legitima, et quod non habemus clamum de manu Domini Regis». CAZ. BB. núm. 50, pág. 6.

98. Según el Dr. Francisco Cepera, en 1668, CAZ. P. núm. 56, pág. 8: «... non habemus officium Iudicis nobile, sed tantummodo, mercenarium, quod deservit actioni intentatae, quia de foro in Aragonia, omnia debent fieri ad instantiam partis legitimè, cuius principaliter interest...».

99. «Porque en Aragon no tenemos oficio de juez», dice el Dr. Juan Francisco Romeo. CAZ. Q. núm. 17, pág. 4. Felipe Cazo, en 1634, CAZ. Q. núm. 47, pág. 28 dice también: «...la regla de fuero que non habemus officium iudicis».

a aquél que es principalmente interesado¹⁰⁰. Es éste uno de los puntos más destacables del ordenamiento aragonés, perjudicado por la brillantez del derecho de manifestación, que, por otra parte, es totalmente congruente con él. Es muy importante la protección del Justicia frente a la posible arbitrariedad del Juez, pero ello no es sino una consecuencia de que el ordenamiento aragonés rechaza el oficio de Juez, en el sentido del juez «noble», y no acepta en todo caso, sino el juez «mercenario», es decir, el que carece de imperio y está sometido a las partes, adscribiéndose con ello al sistema acusatorio, frente al proceso castellano, adscrito desde la Baja Edad Media al procedimiento inquisitivo, que no abandona pese a sus impurezas, existentes, por otra parte, en todo sistema¹⁰¹.

El «brocárdico foral» o «vulgar» más famoso es, sin duda alguna, el conocido actualmente como «standum est chartae»¹⁰², recogido en el Apéndice foral de 1926 en forma restrictiva¹⁰³, y en forma más amplia en la Compilación del Derecho civil especial de Aragón¹⁰⁴. Su éxito es probable que en parte proceda de su vaguedad, lo que le hace invocable en casi todo asunto, sin que, por otra parte, resulte comprometido el alegarlo. Los «foristas», primero, y los «foralistas», después, no se han esforzado tampoco en aclararlo¹⁰⁵, y dudo que haya jurisprudencia que se asiente esencialmente en su aplicación. Dentro de la tipología intentada anteriormente, se trata de un «brocárdico foral» o «vulgar» de

100. «... pues es regla foral y ordinaria, que nunca se admite acusar, ni litigar, sino aquel que es principalmente interesado». Dr. D. Luis Casanate, en CAZ. Q. núm. 40, pág. 1.

101. Advierto el peligro que encierra inutilizar categorías por el procedimiento de calificar de «mixto» a un sistema que, simplemente, no haga nada más que ofrecer impurezas.

102. La atribución de «brocárdico foral», y con base en el «equo vulnerato», puede verse en el pleito del Cabildo de San Pablo contra el Lug. de Justicia Labadia, pág. 9.

103. Vid. el art. 59 del Apéndice foral, referido exclusivamente al régimen económico matrimonial.

104. En la Compilación se ha recogido dentro del tít. preliminar, art. 3.

105. En mi *Iniciación histórica al Derecho español*, Ed. Ariel, 2.ª ed., Barcelona, 1978, parágr. 204, he sido el primero en sugerir una evolución, opinión sobre la que nadie se ha pronunciado.

naturaleza interpretativa y antirromanista, extremo este último en donde, probablemente, reside su verdadera importancia, aunque esto pase inadvertido para la gran mayoría de los que lo invocan, si bien también es posible que no todos dejen de intuirlo.

En el Barroco aragonés, el «brocárdico» de referencia es conocido también con la expresión latina de «standum est chartae»¹⁰⁶, pero no es ésta la única forma, ni, incluso, la más frecuente, pues la forma verbal se sustituye por la nominal, haciendo «status Chartae», que es debidamente declinada¹⁰⁷, y vertida al romance, en la forma de «estatuto de la carta»¹⁰⁸, como también es vertida la forma verbal, que hace «estar a la carta»¹⁰⁹ y «estar a la letra»¹¹⁰, o se crean formas combinadas como «Estatuto de estar a la carta»¹¹¹ y «estatuto de estar a la letra»¹¹² o «estatuto y fuero general»¹¹³. Sin embargo, no es indiferente el uso de esta nomencla-

106. Así, Pedro Antonio Lorfelin en 1686, CAZ. X (819), pág. 2, principia distinguiendo la minuta del notario, donde se sustancia brevemente, y que se llama «matriz, ceterado, bastardelo, abreviatura o original filcia»; el «protocolo», «manual de escritura» o «extenso», y el «auto sacado en forma», «instrumento» o «exemplo» que se entrega a las partes. Sigue la Observancia 24 «de fide instru.», según la cual aunque el instrumento no se encuentre «in notulis, seu prothocollis» no es por ello falso si el notario testifica su existencia «Quia de Foro standum est chartae: recurrendum est ergo contra dictum instrumentum ad alia Fori remedia».

107. Así, José de Urquía, en 1764, BUZ. t. 54, núm. 25, pág. 9, se apoya en Sessé, decis. 231, núms. 13 y 14: «Ut sic resultet Testamenti factionem alteri Comiti posse, maximè ubi status Chartae, quo casu omnis juris scrupulosa observantia, per Chartam rejicitur, dummodò non sit impossibile à natura, vel contra jus divinum, possumus quidquid volumus, quia statu Carthae».

108. Así, en Arpayón el año 1688. CAZ. BB. núm. 38, pág. 3.

109. Así, en la defensa propia que el lugarteniente de Justicia Miguel Mateo realiza frente a la Iglesia de S. Pablo, pág. 25, y en la alegación del Dr. Panzano a favor de la Iglesia de S. Pablo contra el Lugarteniente de Justicia Labalsa, págs. 22-24.

110. Así, en appendix de Iglesia de S. Pablo contra Miguel Mateo, pág. 11.

111. Así, en la alegación de la Iglesia de S. Pablo contra Lugarteniente de Justicia, págs. 53-54.

112. Id., íd., pág. 21.

113. Así, por el Dr. Gerónimo Ardid, en 1630 a favor de los Diputados frente al Virrey. CAZ. Q. núm. 26, pág. 31.

tura, pues, como se dirá, especialmente «estar a la carta» y «estar a la letra» representan dos posiciones antitéticas.

En principio, el «*standum est chartae*» admite dos acepciones: a) la objetiva o normativa; y b) la subjetiva e individualista. La primera puede decirse que es popular, antierudita, literal y restrictiva. «Estar a la carta» significa ajustarse estrictamente a lo que se contiene en el fuero, que es propiamente la «carta», sin apartarse nunca de él. Hay que advertir que es una concepción objetiva por comparación con la que le va a suceder, ya que en principio tampoco ella lo es, pues el fuero no es la ley, es decir, la norma del rey, sino el privilegio arrebatado o negociado con el rey, si bien este privilegio no lo es para un sólo individuo, sino para un conjunto de ellos, que es la comunidad integrante del reino. «Estar a la carta» significa salvaguardar el fuero de cualquier interpretación sutil de jurista que pueda perjudicarlo o empeorarlo. El fuero no lo han hecho los juristas, sino el pueblo o comunidad, que lo interpreta popular y no técnicamente. Sus palabras tienen el valor que les confiere el hombre medio, que no es perito y que huye de serlo, porque teme la astucia del jurista. Es lo que significó el «fuero de albedrío», que los aragoneses del siglo XVII equivocan, y que en el Fuero General de Vizcaya se condensa cuando se dice que éste es «más de rigor, que de sutileza». El fuero hay que entenderlo como lo entiende el hombre del pueblo, que llama pan al pan y vino al vino. El «estar a la carta» nace, fundamentalmente, de una observancia, la «*de equo vulnerato*», con arreglo a la cual aparece claro que si el fuero habla de caballo muerto no tiene por qué referirse al caballo herido. «Estar a la carta» significa interpretación literal, «a uña» y, desde luego, restrictiva, todo ello, en relación al fuero, concebido como privilegio arancado por el reino al rey por la fuerza o por la persuasión ¹¹⁴.

La concepción objetiva del «*standum est chartae*» no ha desaparecido en el siglo XVII, y es defendida en diversas ocasiones como se verá a continuación. En Aragón, la aprehensión no reportada no permite su provisión o ejecución, como el legitimado por subsi-

114. Esta concepción es la que representa el nacionalismo vasco en el momento actual, y el que ha representado en otras ocasiones el nacionalismo catalán y que puede volver a representar en cualquier momento.

guiente matrimonio no participa en la sucesión, y ello porque en ambos casos hay fueros que han de ser interpretados conforme estrictamente a lo que han dicho¹¹⁵. La interpretación estricta de un fuero impide el juicio por mera sospecha¹¹⁶. En caso de un testamento, la restricción que impone la doctrina de Bardaxí en cuanto a las palabras, del Fuero general, da lugar a que no se admita por el principio de estar a la carta¹¹⁷. Por esta interpretación, se admite el carácter universal del derecho de viudedad en un proceso de ejecución testamentaria¹¹⁸ y por ello, se rechaza lo tácito o no determinado expresamente¹¹⁹. Los juristas enuncian bien la doctrina general, diciendo que las reglas forales no permiten la interpretación extensiva de los fueros, sino que antes bien se ha de estar a la carta¹²⁰, o que la eficacia del estatuto de la carta

115. «... donde aviendo lei que se aya de estar a la carta, diziendo el Fuero, que no reportada la Aprehension, sea como sino hubiera sido proveída, ni executada, se deve guardar a la letra, y no cabe la interpretacion... siendo el exemplo el legitimado por el subsiguiente matrimonio, que no sucede en Aragon, por el Estatuto de estar a la carta, y sucediera en otra parte donde no huviera tal lei, de otra suerte no se estuviera a la letra del Fuero». Loc. cit., en nota 111.

116. «... en Aragon, las causas de las sospechas, estan declaradas por Fuero, con que no ay extension por el Estatuto de estar a la letra...». Loc. cit. en nota 112.

117. «Demas que Bardaxi restriñe las palabras generales del Fuero, quod in Regno non admittitur, porque se ha de estar a la carta...». D. Jaime Aznarez, I. V. D. y liber. Art. Magister, sobre testamento de María de Gurreá. CAZ. VV. núm. 43.

118. «... porque en nuestro Reyno tiene todo lo dicho la mayor ponderacion, porque deviendose estar a la letra, segun su sentido natural, y Gramatical, como advierten los Practicos...», dice el Dr. Miguel Claramunte en 1661, CAZ. BB. núm. 33, pág. 31, refiriéndose al «standum» y añadiendo que así lo hizo el Justicia en un proceso de ejecución testamentaria de 1679, donde se acepta un derecho de viudedad sobre todos los bienes, «cuius pacti vis et potestas in nostro Regno, vi et potestati statuti de stando Cartae, apta est comprehendere, tam sedentia, quam mobilia».

119. «Fuera de que en este Reyno, como solamente se atiende a la literal expression de la carta, nec tacitum habemus...». Pedro Antonio Lorfelin en 1689. CAZ. Q. núm. 35, pág. 15. Por su parte los DD. Félix Baltasar Cossin de Arbeloa y Juan Francisco Bigo en 1676, CAZ. P. núm. 59, pág. 5, dicen: «Y aunque es brocardico comun, que en Aragon no habemus tacitum, y que se ha de estar a la letra...».

120. «Estas reglas deven observarse mas estrechamente en Aragon, por

consiste en que se ha de estar a lo que materialmente está escrito y se ve con los propios ojos, en lugar de permitirse conjeturas¹²¹. No es fácil superar lo que se lee en una de las alegaciones, en la que, tras afirmar que los aragoneses no quisieron sujetarse al arbitrio de los magistrados o de la plebe, sino sólo a «las leyes promulgadas por juicio de todo el pueblo», se dice: «Y assi nuestros Mayores, para que a los Magistrados no les quedase puerta alguna al arbitrio obseruaron... el que hubiesse de estar a la Carta, con precisa obligación de juzgar según lo escrito en esta... De tal suerte que la estabilidad de los Fueros consiste, en no poderse desviar de su disposición, ni aún con pretexto de honestidad, o equidad; porque muchas vezes nos engañamos, ya socolor de razón de honestidad, ya de misericordia, y ya del cumplimiento de la fe que pide su obseruancia»¹²².

Frente a la concepción objetiva se ha alzado, no sé desde cuándo, una concepción subjetiva, en la que la «carta» no es el fuero o privilegio de la comunidad, sino el instrumento o documento a través del cual se manifiesta la voluntad de uno o varios de los individuos de esa comunidad¹²³. Esta posición, que parece ser es la que ha triunfado en nuestros días, se encuentra también profusamente en el siglo XVII, aunque entonces no triunfe claramente sobre la anterior. Dentro de ella, a su vez, cabe distinguir dos posturas, una de ellas, intelectualista y extensiva, en la que el ins-

ser tantas las que no permiten extension en nuestros Fueros antes bien tenazmente se ha de estar a la carta, como notó el Señor Ramírez...». Loc. cit. en primer lugar en nota 109.

121. «... nuestro Estatuto, o Ley de estar a la Carta... cuya eficacia consiste, en que se esté a lo que materialmente se lee escrito, y como se dize, a lo que se vè con los ojos corporales, y no con conjeturas, o discursos...». Dr. Panzano a favor Iglesia del Pilar contra Labalsa, pág. 103.

122. Loc. cit. págs. 173-174.

123. A ello se refiere el Dr. Panzano en alegación a favor Iglesia de S. Pablo contra Labalsa, págs. 22-24. Encuentran el precepto como primer fuero en el «Forus unicus de confessis», de 1247; Forus la antigua de testamentis, observ. de equo vulnerato, Obs. Item Iudex 16, de fide instrumentorum, Obs. Item sciendum 13 de rerum testatione, Observant. Item exceptio 24, de probatio nibus fac. cum Charta». Dicen «que en todas las cosas se ha de estar a la carta: Esto es a la Escritura publica, si no es que contenga algo, que sea imposible el hazerse, o que sea contra drecho natural».

trumento no es sino la manifestación gráfica de la voluntad, triunfando ésta en el supuesto de divergencia, y otra, de naturaleza formalista, según la cual lo que prima es lo declarado, implicando una especie de responsabilidad social del que no ha sabido o querido declarar su verdadera voluntad, que le conduce a tener que pasar por lo que ha dicho, y sólo por lo que ha dicho, dando lugar, por tanto, a una interpretación restrictiva, que recuerda la concepción objetiva. Estas dos posturas se caracterizan por conferir distinta nomenclatura al apotegma, pues la primera habla de «estar a la carta», mientras la segunda habla de «estar a la letra», con influjo romanista de aquélla, y más rasgos de indigenismo en ésta.

La postura voluntarista aparece expresada por el Dr. Labalsa, de cuya doctrina se desprende que «cartas» pueden ser sentencias, letras executoriales y requerimientos, y según el cual «no sólo... comprende lo que en ella con la corporal vista se lee, sino también lo que virtualmente abraça, aunque no se lea con los ojos corpóreos, y lo que viene por necesaria consecuencia... y aunque todo es Carta, pero no todo es bueno para que se termine en una Firma...»¹²⁴. Dentro de la línea se encuentra la doctrina de que en Aragón no existen propiamente cláusulas de estilo, en el sentido de que todas las cláusulas y disposiciones se atribuyen a las partes, y ninguna a los notarios¹²⁵. El ataque a la posición formalista lo desarrolla el Dr. Arpayon, cuando defiende que el precepto no es el de estar a la letra, sino el de estar a la carta y recurre a la doctrina de que la mente está con la carta en la misma relación que el alma intelectual al cuerpo orgánico, no pudiendo regir la letra de los estatutos y decretos sin la mente o intelecto¹²⁶, lo que no le

124. Labalsa contra Iglesia del Pilar, págs. 68-69.

125. «Y en Aragon debilissimo, por razon de que todas las clausulas y disposiciones se atribuyen a las partes, y ninguna a los Notarios». Dr. Pastor a favor hermanos Santa Cruz en testamento de Jerónimo de Luna. CAZ. Y, núm. 2, pág. 44.

126. «... porque el precepto no es estar a la letra, sino de estar a la carta, como dize la obseruan, item iudez. de fide instrum. ibi: Item iudéx debet stare semper, et iudicare ad chartam, et secundum quod in ea continetur...». Citando «consilia» declara: «mens se habet ad chartam, sicut anima intellectiua ad corpus organicum... non potest vigere litera statorum et decre-

impide defender lo contrario en otro caso, pues entonces para él el estatuto de la carta lo que prescribe es la interpretación literal, y ello aunque sea en perjuicio de los pobres¹²⁷. El Dr. Francisco Jubillar es el que defiende con ardor la interpretación extensiva en base al estar a la carta, en tanto considera que la interpretación restrictiva es la más odiosa para el fuero que prescribe esa regla¹²⁸, no estando de acuerdo en que se cite a Sessé para que no proceda el «*standum est chartae*» cuando se contiene algo imposible o contra naturaleza¹²⁹, en lo que va más allá de Juan Antonio Piedrafita y Albis, para quien el estatuto de estar a la carta se detiene ante lo que sea contra el derecho natural o divino, y ante lo imposible¹³⁰, al que seguirá José de Urquía en el siglo siguiente¹³¹, quien junto con Manuel Vicente Arámburu admite la interpretación «pasiva», en el sentido de interpretación extensiva¹³².

torum sine mente, intellectu...». Pleito sobre las baronías de Sigues. CAZ. Y, núm. 5, pág. 5.

127. «Señaladamente en nuestro Reyno por el estatuto de la carta, que ciñe la interpretacion à la letra, y propiedad de las palabras... aunque sea à perjuizio de los pobres...». Loc. cit. en nota 108. Litiga frente al Hospital de Nuestra Señora de Misericordia.

128. «En particular en este Reyno, que se deuen entender las clausulas, y pactos de las partes con toda su comprehension, no restriñendo la letra, y carta, por ser la interpretacion restrictiua, la mas odiosa al Fuero, que mandase este a la Carta, como ordinariamente lo ponderan los Practicos...». Año 1673. CAZ. P. núm. 11, págs. 4-5.

129. Vid. nota 94.

130. «... estatuto de estar a la carta, segun el qual deve observarse qualquiere pacto, como no sea contra el drecho natural, o divino, vel no contineat quid impossibile». Año 1676. CAZ. P. núm. 60, pág. 10.

131. «Es bien sabido, que por las disposiciones de Fuero vale todo pacto, que no se oponga a las buenas costumbres, derecho divino, o natural». BUZ. t. 54, núm. 25, pág. 5. Se apoya en Molino-Portolés en el vocablo «pacto», y en las observancias «de fide instrum», y «de equo vulnerato». En pág. 9 dice: «... haviendo sido absoluto, y sin limitacion el poder... pues se le cometió rigurosamente la testamentifaccion, mayormente en Aragon en donde estamos a la Carta, en cuyo caso se quita toda la observacion escrupulosa, y como no sea imposible à natura, ò contra el derecho divino podemos todo lo que querèmos». Vid. también nota 107.

132. «Pues ahora: siendo como es identica la disposicion de nuestra observancia, con la del Derecho, y siendo, como es cierto, que no obstante el *standum est Cartae* de nuestras Leyes Municipales, admiten estas la interpretacion passiva de Derecho...». BUZ. Alegaciones, t. 54, núm. 2, pág. 36.

La posición formalista utiliza como nomenclatura expresiva la de «estar a la letra»¹³³. Diego de Morlanes considera que no se es privado de los bienes donados por cualquier ingratitud, pues al haberse de estar a la carta, la revocación por injuria no está contenida en ella¹³⁴. Pedro Antonio Lorfelin, aunque más bien dentro de una concepción objetiva, excluye la prueba con cartas o juramentos amparados en una observancia, porque ésta no se refiere expresamente a la «non numeratae pecunia», cuando ésta no tiene lugar en Aragón por otra observancia¹³⁵. Este mismo jurista defiende lo constatado en un documento, aunque ello no se encuentre protocolizado, y ello porque hay otros remedios para probarlo¹³⁶. Juan Antonio de Costas, del que no consta sea jurista, afirma que no se puede entender dejada la propiedad cuando se habla de usufructo¹³⁷, coincidiendo con el Dr. Raimundo de Soria, para el que el usufructo ha de entenderse en su significación formal, sin poder apartarse de ello por la vía de la conjetura¹³⁸. El Dr. Francisco Cepera, siguiendo a Casanate, insiste en que los jueces no pueden determinar las causas por conjeturas y albedrío, y que «carta» y «letra» es lo que se ve corporalmente y por los ojos, y no, lo que se percibe intelectualmente¹³⁹. En el siglo si-

133. «... en Aragon se ha de estar a la letra... y esta doctrina es verdad, como de ello no resulta imposible de drecho; y assi se està al pacto, aunque sea contra lo dispuesto por drecho». Appendix de Iglesia de San Pablo contra Miguel Mateo, pág. 21.

134. «... ubi (en, Aragón) ex quacumque ingratitudine non priuatur quis bonis sibi donatis, quia standum est cartae, et in ea non continetur, ob eam injuriam revocatio...». Causa de la Baronía de Antillon. CAZ. Y, núm. 7, pág. 23.

135. En proceso de Gaspar de Segovia sobre aprehensión. CAZ. X (819), núm. 1, pág. 4.

136. Vid. nota 106.

137. «... y en Aragon que cartae standum est, Obseru. I de 1. Aquilia, y no ay mente conjeturada, debaxo de usufructo, no podemos entender estar dexada la propiedad». CAZ. VV. núm. 14, pág. 6.

138. «De carta, y letra se dize, illud quod corporeis, oculis videtur, et legitur, et non quod intellectu percipitur». CAZ. P. núm. 56, pág. 24.

139. «Y pues en Aragón hemos de estar a la carta, obser. I de equo vulnerato obser. Item Iudex de fide instrument. Las disposiciones forales nos obligan a tomar la palabra usufructo por el formal de su propria significacion, sin podernos apartar desta propiedad por ser conjeturas, sino

guiente, es decir, en el XVIII, los doctores José Salvador de Alfranca y Manuel Bellosta se pronuncian contra toda extensión en los contratos ¹⁴⁰.

La Compilación acierta frente al Apéndice al no limitar el «*standum est chartae*» al régimen económico-matrimonial, pues, como se ha visto, se trata de una «regla foral», «brocárdico vulgar», de naturaleza interpretativa, que, por tanto se extiende a todo el ordenamiento, y ya se habrá observado en las líneas anteriores. Desde luego tiene amplia aplicación en las «cláusulas, y pactos de las partes», como dice el Dr. Jubillar ¹⁴¹, una de cuyas consecuencias se desarrolla en el terreno de la donación universal ¹⁴², pero donde tiene también un amplio juego es en el Derecho de sucesiones, alegándolo el Dr. Pastor en favor de una cláusula codicilar a favor de los hermanos Santa Cruz en testamento de Jerónimo de Luna ¹⁴³, y en cuestión relativa al mayorazgo de la baronía de Sigues ¹⁴⁴; se alega en contienda de don Dionisio Muñoz contra el Dean de la Seo por fideicomiso ¹⁴⁵, y en la misma materia y por Luis de Casanate en favor del Conde de Luna ¹⁴⁶, lo aplica el Dr. José Francisco Arpayón Torres a la observancia del testamento ¹⁴⁷. Como ya se

con gransissima dificultad». En revocación de apellido de aprehensión. CAZ. VV. núm. 13, pág. 7.

140. En supuesto de viudedad, en que se pretende que al Marqués de Hermsilla, viudo de D.^a Joaquina Jiménez de Urrea, sólo le pertenezca por su viudedad la sexta parte de los bienes vinculados, se indica, entre otras cosas: «...Que en los contratos no se admite extensión alguna; y finalmente, que en Aragón está prohibida por el Estatuto de la Carta». BUZ. Aleg. var. 8. Aragón, pág. 24.

141. Vid. nota 128.

142. Vid. última parte de la nota 129.

143. Vid. nota 125.

144. El Dr. Arpayón con referencia a mayorazgo de la baronía de Sigues Dice: «Y esto procede mucho mejor en este Reyno, en donde por ley precisa se ha de estar a la carta...». CAZ. Y. núm. 5, pág. 4.

145. «Y esto tiene mas lugar en el Reyno, pues la carta obliga a que se guarde el orden...». CAZ. Y. núm. 19, pág. 274 del tomo.

146. «Quae Pauli opinio sicut in terminis iuris cessante tractu successiuo et verior, et receptior cum Cumano. Ita in nostro Regno ubi debet iudicari ad cartam, est indubitata...». CAZ. Y. núm. 27, pág. 14.

147. CAZ. BB. núm. 36, pág. 4.

dijo ¹⁴⁸, sentencias, letras ejecutoriales y requerimientos son cartas, a efectos del brocárdico.

6. *La reserva hacia el Derecho común y el Derecho natural como fuentes supletorias.*

Ya se ha visto anteriormente, cómo una parte de las reglas forales son antirromanistas. En otro lugar ¹⁴⁹, he tratado de aclarar la consideración que merece el Derecho común a través de las alegaciones en Derecho del siglo xvii, y que es el de un instrumento técnico que sirve a los juristas para entenderse, pero que es compatible con el repudio de la vigencia del contenido e, incluso, hasta de las normas interpretativas. «Derecho» y «ley» se identifican con el Derecho canónico y el Derecho romano, en tanto el ordenamiento aragonés, es decir, el de los fueros y observancias, se considera como «estatuto», «derecho municipal», «derecho provincial» o «derecho militar», pero todo ello en el plano intelectual o erudito, que no impide la exclusión absoluta del Derecho común como elemento del sistema positivo aragonés.

También es fuerte la reserva del ordenamiento aragonés frente al derecho natural, del que nunca ha formado parte esencialmente. El derecho supletorio aragonés ha residido en el «sentido natural», y el sentido natural no tiene nada que ver con el derecho natural, pues la identidad se ofrece la adjetivación, pero no, en el sustantivo, que, naturalmente, es lo fundamental. El sentido natural se introdujo en gran medida para huir de recursos similares al derecho natural, como era el derecho común, en lo que éste tenía de erudito, conceptuoso y de sutileza, oponiéndole lo vulgar, sencillo, popular y de buena fe. Los eclesiásticos e iusnaturalistas son los que aprovechándose de la identidad de calificativo han introducido el derecho natural, al que sitúan de la mano de la razón y del derecho común. No es casualidad, que el derecho natural se invoque, funda-

148. Vid. nota 124.

149. Vid. mi trabajo sobre el derecho común en el ordenamiento aragonés del siglo xvii publicado en el núm. 2 de la Revista de Historia del Derecho, de la Universidad de Granada.

mentalmente, en causas eclesiásticas y por partes eclesiásticas, como se podrá observar en las alegaciones que se citarán.

El Derecho natural es invocado por la Iglesia de San Pablo contra el Lugarteniente del Justicia Díez de Aux¹⁵⁰, y, por cierto, con argumentos poco jurídicos, como el de afirmar que «nuestros Aragoneses no establecieron ley... contra... las Diuinas, y humanas», alegato histórico que, además, de no ser comprobable por lo que se refiere a las «divinas», éstas se arrastran por sus compañeras de viaje, ya que el ordenamiento de fueros y observancias lógicamente hubo de contradecir otras leyes humanas. A través del Dr. Panzano es la Iglesia del Pilar la que invoca el derecho natural en pleito contra otro Lugarteniente de Justicia, que es la Balsa, en materia siempre tan vaga, como es la del «standum est charta», y, sobre la base, de añadir al imposible de derecho», negado por muchos aragoneses, el Derecho natural¹⁵¹, y aún así, rechaza la razón natural en los tribunales, reservándolo, en todo caso, para la creación del Derecho¹⁵². Pedro Antonio Lorfelin y Felipe García Serrano son los máximos defensores del Derecho natural, pero los descalifica para una consideración objetiva el que lo hagan frente al Derecho de las Observancias¹⁵³. En la obligación de alimentar a los nietos, que consideran de Derecho natural¹⁵⁴, emparejan a éste con el romano y el canónico o, quizá, la identifican¹⁵⁵. Es en de-

150. «... es la defensa de derecho natural...». Lo invoca también el doctor Francisco Cepera en 1668, CAZ. P. núm. 56, pág. 13: «... es quitar totalmente la defensa a mi parte (que es de derecho natural)...».

151. «... si no es que contenga algo que sea imposible el hazerse, o que sea contra drecho natural...».

152. «Porque lo... que pondera de razon natural, estilo de otras prouincias, y otras cosas semejantes, sería... para hazer leyes... pero no para que los Tribunales, que deuen juzgar segun las que ay, y no hazerlas, que esso solo pertenece a la Corte general, la introduzgan». Iglesia de S. Pablo contra Díez de Aux, pág. 141.

153. Pretenden que la Observancia 25 De General Privil., con arreglo a la doctrina del Regente Sessé, no puede derogar el derecho natural, a que se opone. Año 1689.

154. «... hallándose el abuelo en su caso, segun drecho, obligado por el natural, a alimentar a sus nietos». Pedro Antonio Lorfelin, en 1689. CAZ. O. núm. 33, pág. 9.

155. Así, Lorfelin y Gracia en 1689, CAZ. Z. núm. 7, pág. 14, en cuanto

fensa del Cabildo de la Iglesia de Sádaba, donde el citado Pedro Antonio Lorfelin se muestra partidario del Derecho natural y del Derecho romano, adoptando una postura erudita y desdeñosa con una postura popular, a la que califica «al modo de la serranía»¹⁵⁶, y, devoto de Vinio¹⁵⁷, siempre empareja el Derecho natural o «de naturaleza», con el romano o «civil»¹⁵⁸.

7. *La utilización complementaria de la jurisprudencia y de los ordenamientos hispánicos y francés.*

Si utilizara la forma antiesencialista de razonar que caracteriza actualmente a investigadores de fuera y de dentro del Derecho¹⁵⁹, no me costaría nada declarar que la jurisprudencia judicial ha sido fuente del Derecho en Aragón, el cual, al mismo tiempo, ha sido intensamente castellanizado, catalanizado y galificado. Voy, sin embargo, a seguir la misma forma de razonar y argumentar que he empleado respecto a la situación del Derecho común o del Derecho natural, es decir, a tratar de detectar su presencia, pero ponderándola, al mismo tiempo.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia judicial, Pedro Matías Sáinz Ortiz, aunque en el siglo XVI, es quien alega en proceso de estupro un ejemplar de lo sucedido en la Real Audiencia¹⁶⁰, y en el siglo XVIII es el Dr. Francisco Paulo de Roa el que afirma que las declaraciones y ejemplares de la Corte del Justicia no eran de menor

a satisfacer alimentos a los hijos lo consideran «según derecho natural, civil y canónico».

156. CAZ. Z. núm. 13, pág. 2. La reducción de todo un proceso a tres días por parte del actual es lo que Lorfelin califica de «ad modum Serraniae», faltando a todo derecho civil y natural.

157. «... como notó admirablemente Arnoldo Vinio...». CAZ. Z. núm. 29, pág. 21.

158. «A que se junta el principio cierto en todo buen derecho de naturaleza, y civil, que en respecto de una misma causa, y en una misma cosa, nunca pueden hazerse lugar dos efectos, y derechos contrarios, repugnantes, è incompatibles entre si, como de libertad, y servidumbre».

159. Recuérdese lo dicho en notas 1, 15, 56 y 101.

160. «... in processu Ioannis Cortès super appellatione, die 26 Ianuarii 1587 actuario Palacio». CAZ. T. núm. 5, pág. 3.

autoridad que la de los mismos fueros¹⁶¹, en lo que no hace sino seguir a Ramírez, al que cita textualmente a pie de página¹⁶². Si el alegato del siglo XVI puede parecer circunstancial, el peso de Pedro Calixto Ramírez y de Francisco Paulo de Roa es fuerte, indudablemente. Sin embargo, el ordenamiento aragonés está lejos de ser jurisprudencialista y la misma práctica, reflejada en las alegaciones, se encarga de restar significación a la afirmación de los juristas. La jurisprudencia de la Audiencia o de la Corte del Justicia no ha sido consagrada en ningún momento como fuente del Derecho, y aunque sus decisiones han sido alegadas, no lo han sido de forma permanente y, desde luego, en ningún momento han sido, no ya superiores o iguales a fueros u observancias, sino que ni siquiera se les han aproximado.

La unión con Castilla se ha dejado sentir mucho. Cuando el licenciado Pedro Olivera, rector del lugar de Olvena, justifica su derecho a la décima de la Quadra de San Andrés de Canales, en la cual entran los Ministros y Baile de Olvena con su insignia real, demostrando la unidad de territorio y jurisdicción, se dice que el ser la vara la insignia y divisa de la justicia dentro de su tierra es cierto «por todos Drechos» y se funda en «el político Bobadilla»¹⁶³, lo que podría implicar que la doctrina considera el ordenamiento castellano como integrante del «Derecho» invocable en Aragón. Este ejemplo debe ser tenido en cuenta para lo relativo al lugar del Derecho común en el ordenamiento aragonés, es decir, que aun cuando diversos «derechos» sean invocados por la doctrina, no quiere decirse que hayan sido «recibidos» o incorporados, sino que sólo valen en el terreno doctrinal, a la manera de instrumento o lenguaje común, que, naturalmente, cede en última instancia ante el verdadero ordenamiento aragonés, que es el de los Fueros y Observancias. Esto explica que Arpayón, respecto a cómo se han de entender las palabras de los testadores, pueda citar las

161. «...repetidas declaraciones, y exemplares de la Corte del Señor Justicia de Aragon, que no eran de menor authoridad que los mismos Fueros».

162. «Interpretatio, à Curia Justitiae Aragonum facta, tanquam Forus sequenda est in decisionibus causarum, et non solent esse tales declarationes minoris auctoritatis, quam ipsi Fori».

163. La alegación es de D. Jacinto Alamán en 14 de octubre de 1678. CAZ. BB. núm. 9, págs. 1-2.

Partidas¹⁶⁴; o se invoque la práctica de los escribanos de los Reinos de Castilla, dentro de los cuales, por cierto, se considera incluido el de Navarra¹⁶⁵. La doctrina castellana es muy utilizada en el foro aragonés, y no sólo aquella que pueda considerarse incluida en la doctrina del Derecho común, sino la que corresponde también al Derecho real. Ya se ha indicado cómo el «político Bobadilla» es fundamento de una alegación, y junto a él ocupan un lugar muy importante Salgado de Somoza, sobre todo, a fines de siglo¹⁶⁶; el «Presidente Covarrubias»¹⁶⁷; Juan Gutiérrez¹⁶⁸; Alfonso de Olea¹⁶⁹; Avendaño¹⁷⁰. También se utiliza mucho a comentaristas como Antonio Gómez y Gregorio López¹⁷¹. En materia de mayorazgos, introducidos en Aragón y que esperan un trabajo específico sobre ellos, que sería de gran importancia, en un dictamen en el que intervienen letrados aragoneses, al menos, el Dr. Luis de Casanate, a favor del Marqués de Tavera en la sucesión de los mayorazgos del Estado de Alua de Aliste, se discute con arreglo a las Leyes de Toro¹⁷².

Todo ello, sin embargo, no debe conducir a interpretaciones erróneas, sino que debe ser matizado o ponderado con las alegaciones

164. Año 1687. CAZ. BB. núm. 36, pág. 20.

165. «... por la pratica, y estilo de los Escrivanos de los Reynos de Castilla, que uno de ellos es Navarra...». Dr. Francisco Cepera, 1668. CAZ. P. núm. 56, pág. 7.

166. Así, el Dr. Miguel Claramunt en 1673, CAZ. P. núm. 67, pág. 5: «Y aunque tenemos contra esta pretension la doctrina de Salgado...».

167. José de Sotomayor y Uribe en 1676: «... lo que considerava con tan gran juizio el Presidente Covarrubias en sus Practicas celebres...». CAZ. T. núm. 54, pág. 11.

168. El mismo autor reconoce que la opinión de Covarrubias es contra la común de los Doctores según él mismo reconoce y no tiene fundamento, como lo prueba «el docto Iuan Gutierrez». Id. id. pág. 19.

169. Así, Pedro Antonio Lorfelin en 1688: «... ut rectè, latè & magistraliter docet D. Alphonsus de Olea». Se refiere a materia de censos. CAZ. Z. número 12, pág. 33.

170. Junto a Bobadilla y otros, es utilizado por Juan Pérez Aznal en 1671, en cuestión de orden público relativo a la Encomienda de Castellot, de la Orden de S. Juan. CAZ. T. núm. 1, pág. 19 y ss.

171. En el pleito de inventario de bienes del dominio de D.^a Iñigo Royo, se invoca mucho a Antonio Gómez, y también a Gregorio López y Acevedo. BUZ. tomo 1541, fol. 11, núm. 2.

172. CAZ. Y. núm. 1.

cuya doctrina es coherente con el sistema u ordenamiento que conocemos a través de las fuentes legales. Cuando la Iglesia de San Pablo, litigando con el Lugarteniente del Justicia, invoca tener un Decreto del Rey, que le es favorable, no deja de señalar que lo es «aunque» tiene al estilo de Castilla¹⁷³, es decir, que no deja de reconocer como inconveniente a salvar el que una disposición haya nacido por la vía castellana de creación del Derecho, en lugar de hacerlo por la vía aragonesa, y en otro caso, la alegación de tres doctores castellanos, como Avendaño, Covarrubias y Azevedo, se justifica en que se está hablando de leyes castellanas¹⁷⁴. Otras veces, ya se destaca que el valor de la práctica o de la doctrina castellana es, simplemente, reforzante, que, es lo que suele suceder con la doctrina del Derecho común. Así, los estamentos, en apoyo de la libertad de comercio, que han centrado en el Privilegio General, pueden alegar un capítulo de Instrucción de los Reyes Católicos para el gobierno y regimiento de los pueblos én 1500¹⁷⁵.

Lo que se dice del Derecho castellano, puede decirse del Derecho catalán, lógicamente influyente dada la larga unión dentro de la Corona de Aragón. Fontanella es muy conocido, sobre todo, a fines de siglo y doctrina catalana es la que se alega en un proceso de iurisfirma de agravios en la que se tiene presente una capitulación matrimonial, que no parece ser de catalanes, pero en la que se pacta «escrex y aumento de dote»¹⁷⁶. En el mismo asunto, el Dr. Miguel Rodrigo, que parece ser un romanista, al distinguir el Derecho romano antiguo del nuevo, advierte contra él que la doctrina de Sessé y de Cancer no pueda desvirtuarse con la doctrina

173. «...teniendo en nuestro favor el Decreto de su Magestad, que aunque con el estilo de Castilla...». Iglesia S. Pablo contra Lug. Justicia, pág. 183.

174. «Y los tres doctores que alega... no obstan... Porque hablan en los de las leyes de Castilla...». CAZ. Y. núm. 3, pág. 4.

175. «...que aunque es para los Reynos de Castilla, siendo conforme con la disposición de derecho, hará gran fuerça...». Discurso de Tris y otros. CAZ. V. núm. 21, pág. 98.

176. El «escreix» lo he detectado ya en alguna fuente aragonesa, y es frecuente el que se pacte en Aragón, como podrá verse en la tesis doctoral de D.^a Rosa M.^a Bandrés sobre capitulaciones matrimoniales en el siglo XVII. La referencia del texto es CAZ. P. núm. 9, correspondiente a alegación del Dr. Francisco Jubillar en 1673.

de seguidores de Fontanella¹⁷⁷. Este autor seguirá siendo citado en el siglo XVIII¹⁷⁸. De «nuestro» calificará Pedro Antonio Lorfelin a Jaime Cancer¹⁷⁹, seguramente por el origen aragonés de este autor, que destacará en el Derecho catalán. Sin embargo, como en el caso del Derecho castellano, también se observará que el Derecho catalán se considera como reforzante¹⁸⁰, pero nada más, pues Derecho común, Derecho castellano y Derecho catalán serán ordenamientos vigentes en un plano teórico, erudito o instrumental, sin que, en ningún caso invadan el plano de lo concreto y de lo real. Es el papel de nuestro «Derecho comparado», concepto, naturalmente, muy antiguo, aunque sin la posesión de un término específico para denominarle.

Naturalmente, en el siglo XVIII es el Derecho castellano el que se impone, pese al reconocimiento del Derecho municipal aragonés. La materia de la propiedad se rige por las reglas del juicio petitorio de Castilla¹⁸¹; se utilizan mucho los comentaristas de las Partidas¹⁸² y de las leyes de Toro¹⁸³; se reverencia a Covarrubias¹⁸⁴ y se cita a Suárez¹⁸⁵. Incluso, se llega a decir que cuando esta-

177. «Para que la doctrina del señor Sesse, y de Cancer, no se ofusquen con algunos Autores, que puede ser digan lo mismo que Fontanella, fundados en los textos que Fontanella, sin averiguar los principios verdaderos de la Jurisprudencia, y sin distinguir el derecho antiguo, que es de los Digestos del Derecho nuevo, que es el del Emperador Iustiniano...». CAZ. P. núm. 10, pág. 6.

178. Así, en 1770: «Estas mismas reglas descubren no ser aplicable lo que expende el Fontanella... ni el caso disputado por este». BUZ. Aleg. var. 8, núm. 3, pág. 26.

179. Año 1689. CAZ. Z. núm. 20, pág. 10.

180. Así, el Dr. Francisco Jubillar en 1674 dice: «Acresciento a lo dicho la decision del Senado de Cataluña de 16 de Diciembre de 1600 donde con vista de los DD. de la opinión contraria entendió...». CAZ. P. núm. 12, pág. 3.

181. «...midiéndose el Artículo de Propiedad en el día por las reglas del juicio petitorio de Castilla...». BUZ. tomo 1541, núm. 3, fol. 23.

182. «... el señor Gregorio Lopez» es muy valorado en BUZ. t. 54, número 6, pág. 35.

183. En 1763 se utiliza a Lagunez. BUZ. Aleg. var. 8. Aragón, núm. 8, pág. 3.

184. Roa cita al «Señor Covarrubias en sus Prácticas, que con Decisiones del Supremo Tribunal de Castilla, enérgicamente defiende». Año 1779. BUZ. t. 1546, núm. 3.

185. Lo hace Francisco Paulo de Roa.

ban divididas las «Provincias», es decir, Castilla y Aragón, los autores regnícolas se podían valer de aquéllas ¹⁸⁵, texto que podría servir para pretender una «recepción» del Derecho castellano con anterioridad al período borbónico, pese a no ser exacto. Hay que tener en cuenta que en el siglo XVIII se consideran «Provincias de nuestra España» a Castilla, Galicia, Aragón, Cataluña, Valencia, Portugal y Milán ¹⁸⁷. Desde luego, en materia de mayorazgos se sigue siempre a Roxas y a Molina, y en pleito del conde de Aranda contra la villa de Epila en materia de jurisdicción, pueden verse como autores citados a Covarrubias, Bobadilla, Acevedo, Matienzo, Avendaño, Faria, Otero, Lagunez y Larrea ¹⁸⁸. En materia de injurias, se aplica la Nueva Recopilación ¹⁸⁹.

Una atención especial merece el Derecho galo o francés, al que se considera familiar, al menos, desde el siglo anterior, es decir, desde el siglo XVI. Desde luego, se observa afección al «mos gallicus», y así Félix Cossin de Arbeloa cita a Donello y a su enucleador Osualdo en cuanto a altercado entre intérpretes del «Derecho antiguo de digestos» ¹⁹⁰ y habla de «la autoridad de Cujacio y otros» ¹⁹¹, en tanto el famoso abogado patrimonial Luis de Ejea y Talayero habla también del «gran Cuyacio» ¹⁹². Sin embargo, aún es más significativa la insistencia en considerar a Francia en el origen de las leyes aragonesas o muy vinculada con éstas, movimiento que parece partir, fundamentalmente, de Bardaxí. Es ini-

186. «Con tan sólidos fundamentos, apoyados, no sólo con principios legales de los Fueros de nuestro Reyno, sino también con las Leyes de Castilla, que como vecinas las Provincias, aun cuando estaban divididas, daban regla para que los AA. Regnicolas se valiesen de ellas, en conformidad con la disposición Canónica Inocenciana». Francisco Paulo de Roa, BUZ. t. 1546, año 1779, núm. 3, págs. 13-14. La disposición a pie de página dice: «Episcopo Heliensi in atribuendis Officciis novae dignitati, servatur consuetudo vicinarum civitatum...».

187. Lo hace Roa, siguiendo a Frasso, Regente del Supremo Consejo de Aragón.

188. BUZ. Aleg. t. 54, núm. 3.

189. Vid. el pleito de injurias de Bernardo Pérez, vecino del lugar de Cortos, y D. Bernardo Calonge. BUZ. tomo 1541, núm. 5. Año 1763.

190. CAZ. BB. núm. 32, pág. 12. Es problema de novación.

191. Id. íd. pág. 21.

192. CAZ. T. núm. 8, pág. 3. Año 1649.

portante el que en una sentencia votada y motivada en la Corte del Justicia Pedro Valero Díaz, de 14 de diciembre de 1689 sobre aprehensión entre los cónyuges Pascasio Bueno y María Teresa Varón, con Gregorio Julve, Lugarteniente del Justicia, como relator, con cuya opinión se concordaron los otros cuatro lugartenientes, se considere como uno de los fundamentos lo establecido en las leyes francesas, con las que las aragonesas se concuerdan¹⁹³. Muy explicativa es una alegación del Dr. José Oscariz y Belez, abogado fiscal, al defender como regalía el nombramiento de Vicario general de la Iglesia del Salvador, sede vacante, e invocar para ello una bula de 1431 al Rey de Francia, procedente de Martín V. La argumentación, aparte de la vecindad, que también se hubiera podido utilizar para Castilla y Cataluña, se basa en que las primitivas leyes aragonesas se tomaron de las francesas¹⁹⁴, lo que está en conexión con la leyenda de los Fueros de Sobrarbe, esgrimida por Diego de Morlanes en el pleito del «Virrey extranjero»¹⁹⁵, y en la conformidad de las leyes aragonesas con las francesas según lo observado por los prácticos¹⁹⁶, y, especialmente, por Bardaxí¹⁹⁷. Especialmente, en cuestiones eclesiásticas, Oscariz defiende la aplicación de las leyes francesas, de acuerdo con Bardaxí¹⁹⁸. Tam-

193. «Quarto, quia in similibus legibus, & Franciae statutis (cum quibus nostrae mirè conveniunt)...». CAZ. Z. núm. 4.

194. «En este Reyno ay motivo particular para pretender, que tiene con ella misma aprobacion que los de Francia. Porque las Leyes, y costumbres, con las quales començo a governarse, se tomaron de las de aquellos Reynos: Y a mas de que lo persuada assi, la presumpcion de la vecindad...». CAZ. P. núm. 1, pág. 37.

195. «... se prueba, con que para poner la mejor forma de gobierno, y acertar con la elección de las mejores Leyes, embiaron Embaxadores a Su Santidad, a Lombardía, y a Francia...». C

196. «Y los Practicos, que escriben comentando sus Leyes, y Fueros, dizen con toda expression, que tienen grande conformidad con las de Francia...». Id. íd. pág. 38.

197. «Habent siquidem leges Francorum, mirabile commercium, cum Foris huius Regni». Cita también al Pater Henr. Henr. «de Pontifices clave, lib. 2, cap. 20, núm. 4, que dice: «Ex Gallia verò deductae sunt hae leges, et consuetudines, in Aragoniam, et Cathaloniam vicinam».

198. Dice Oscariz: «Y para calificar las costumbres que ay en él, en materias tocantes a la inmunidad y jurisdicción Eclesiástica, se valen de las que están introducidas y admitidas en aquellos Reynos», con base en Bar-

bién Jerónimo Ardid en 1634 y en un problema de recusación, recurre a lo observado en Francia¹⁹⁹, y Pedro Gerónimo de Fuentes en 1679 en cuestión de aprehensión²⁰⁰, en tanto Juan Cristóbal de Suelves en 1640 siente no poder hacer lo mismo²⁰¹.

Es indudable el interés por el derecho comparado que lleva a que D. Antonio Fuster se ocupe, no solamente del derecho francés, sino, incluso, del húngaro, cuando está actuando como abogado del Reino en cuanto a aplicación del fuero «De Praelaturis»²⁰², o a que se discuta si el vasallo aragonés está en la situación del francés y del castellano²⁰³, pero, como en el caso del derecho castellano y catalán, hay que recordar que se trata sólo del derecho comparado, pese a que haya tenido algún éxito la doctrina iniciada por Bardaxí, pretendiendo una cierta integración del derecho aragonés con el derecho consuetudinario francés.

8. *La diferenciación de territorios aragoneses exentos.*

Aunque, desgraciadamente, no sea para aportar nada nuevo, no debe, sin embargo, concluirse una disertación sobre el ordenamiento jurídico aragonés, sin recordar la existencia de territorios

daxí, que dice: «Ut Iudex Secularis iudicet de ea, est conformis statutis, et consuetudinibus Gallorum».

199. «... y lo comprucua con exemplares, y autores que en Francia se guarda lo mesmo...». CAZ. P. núm. 4, pág. 12. Año 1634.

200. A favor de los vecinos de Maella, en cuyos bienes aprehensos se ha puesto escudo de armas del Señor de la Villa y, no del Rey, el jurista dice que en Francia solamente «a la soberanía de los Lises» está reservada la señal en los bienes aprehensos. CAZ. P. núm. 34, págs. 2-3. Se basa en Rebufo.

201. «Si bien, según reconoce... no se obserua esto en Francia...». Año 1640, refiriéndose a que en los «carteles de gritas» en Aragón debe expresarse la causa. CAZ. P. núm. 21, pág. 2.

202. CAZ. Q. núm. 2.

203. Luis de Casanate, abogando por D. Juan de Francia, señor de Bureta, frente a Alexandre Bengan, vasallo, que pretende tener «libre volato», basado en Observ. 2 «de Iudaeis», o sea, derecho de marcharse, se pronuncia porque no se pueden «desuassallar», si no concurren determinadas circunstancias. El vasallo equipara su situación a los «vassalos de mano, vel homines manus mortuas» en Francia, pero también a los solariegos de Castilla. Casanate impugna la comparación. CAZ. Q. núm. 38, págs. 2 y 9.

exentos como consecuencia del régimen señorial, y que estos territorios no han sido ciertamente exigüos, especialmente aquellos sobre los que han extendido su poder «las ocho Casas de Aragón»²⁰⁴.

Las diferencias entre los territorios reales, donde rige el ordenamiento de los fueros y observancias, y los territorios señoriales no es meramente de matiz o de instituciones, sino que afecta a los principios fundamentales. Como ejemplo puede verse la alegación formulada por D. Jaime Aznarez, IVD. y maestro en artes liberales, en defensa del Marqués de Aytona frente a los vecinos de Peralta de la Sal, pues se trata nada menos, que el de que éstos sean separados de la «manifestación» y la argumentación del jurista descansa en que los vecinos citados son vasallos de signo servicio, sin exención alguna, mientras que éstos alegan que son vasallos feudales, porque Peralta está dentro del Condado de Ribagorza, y al Marqués no le pertenece el «absoluto poder», sino sólo la jurisdicción civil y criminal «conforme a Fuero». El señorío viene así a defender que en tanto el rey tiene limitada su jurisdicción, pues no hay mero y mixto imperio, no ocurre así para los que tienen el señorío, y para defender esto se basa en los prácticos del reino, como en Antonio Merenda y en Monter, salvando lo de pertenecer al Condado de Ribagorza con la pretensión de que cuando lo aprehendió don Martín de Aragón no se nombró la Baronía de Peralta, ni la Villa de Estopiñán, y en que, además, la comisión de Corte en que fue repuesto el Marqués, le devolvió su condición, al hablar de «plenus» y términos similares²⁰⁵.

Lo anterior explica bien el carácter de «privilegio» que tiene siempre el «fuero», y que en los territorios denominados «forales» sigan teniendo en la actualidad la idea de que su ordenamiento jurídico debe consistir en privilegios arrancados a un poder externo a ellos, que en este caso es el poder central, origen éste de los Derechos forales y de los estatutos de autonomía. Por otra parte, indica que en Aragón, y en el siglo XVII, una gran parte de vasallos no han disfrutado del ordenamiento basado en los fueros y ob-

204. Se alude a ellas en 1763, diciendo que se encuentran reseñadas en Zurita y Blancas. BUZ. Aleg. varias. 8. Aragón, núm. 12.

205. CAZ. VV. núm. 52.

servancias, sino que han dependido del poder ilimitado de los señores. Estadísticas futuras pueden aclarar el número de aragoneses que estuvieron en una situación y otra, en tanto estudios sobre el régimen señorial aclararán el estatuto jurídico de una gran parte de los aragoneses. Quizá esto explique también el que un cierto número de aragoneses permaneciera indiferente ante la derogación de los fueros, ya que éstos no les afectaba.

Caso distinto es el de Teruel, Santa María de Albarracín y villa de Mosqueruela, incorporados al régimen de fueros y observancias desde 1598, aunque todavía se deriven consecuencias en el siglo XVII. Efectivamente, un proceso de iurisfirma de agravios formulado por don Dionisio Sánchez Muñoz, e impreso en casa de Juan de Larumbre en 1616, encierra el problema de si la baronía de Escriche estaba sometida a los fueros de Teruel, pues esta ciudad opone la excepción «de la trança y vendicion de Corte», en base a que los indicados territorios, antes de agregarse «a los fueros generales de Aragón», se gouernauan por los de Sepulueda». Para la representación de Teruel, los principales argumentos son: a) Escriche está en el centro de la Comunidad y tan cercana a Teruel que se presume bajo sus leyes; b) los fueros de Teruel hablan de «otras villas conuecinas», y c) el que la agregación se ha hecho por la incertidumbre o ambigüedad de los fueros y leyes observadas en aquella tierra. El jurista que alega en defensa de don Dionisio Muñoz, y que es Miguel Pastor, lo hace en base a que los fueros «de Teruel, o Sepulueda se otorgaron restritiva, limitatè, et taxatiuè», y que estando Escriche dentro de Aragón y no siendo porción de la ciudad y comunidad «y siendo los fueros de Teruel dados limitate», «la presumpción de fuero, y derecho haze por la obseruancia de los fueros de Aragón». También alega que los lugares de las comunidades de Daroca o de Calatayud se acogen a los fueros generales, y que con testigos ha mostrado que las villas y lugares de Villel, Alhambra, Mora, Balbona, Alcalá de la Salua y la villa y pardina de Escriche están dentro de los límites de la Comunidad, pero observando los fueros generales. También hay alegaciones institucionales, pues Teruel hace observar que los testigos declaran que los instrumentos se hacían de día y no, de noche, por tanto con arreglo a Teruel, o

haciendo los notarios firmar a las partes en los actos de firma, lo que no se hacía en Aragón, o receptarse a delincuentes, lo que tampoco se hacía en Aragón. También se alega un caso curioso, y es el de que en un acto de juramento, el notario que testificó el acto dijo que «juraua de guardar los fueros de España; y que algunos de Teruel... dixeron, No señor, no han de jurar esso, sino que guardaran los fueros generales de Aragón»²⁰⁶.

Aunque en pleito del siglo XVIII es de interés historiográfico la alegación del Convento de San Raymundo, de la Orden de Predicadores de Teruel, en pleito de firma de exención de décimas, introducido por el Cabildo y Capítulo General de las Siete Iglesias, de Teruel, pues se sostiene que la conquista de Teruel no fue consentido por Alfonso II, que la encontró ardua, negándose a dar fueros y franquicias a los nobles y amenazándoles con desnaturalizarlos, siendo los nobles los que por su orgullo desalojaron a los moros y poblaron Teruel, edificando la Iglesia de Santa María, hoy catedral, dándoseles entonces «las franquezas, y libertades de los Fueros llamados de Sepúlveda». La alegación trata de demostrar que lo que Alfonso II donó al Obispo de Zaragoza, don Raimundo Castellazolo y su cabildo en 1199, no fueron las décimas prediales, sino unos derechos reales llamados «lezdas y pedaticos», tributos con destino a la seguridad de los caminos, que fueron abolidos en 1686, siendo más extenso el privilegio concedido por Urbano II en 1095 a los reyes de Aragón que el citado²⁰⁷.

9. El contraste del «fuero» con el «derecho».

Unas líneas finales en el capítulo deben aclarar el epígrafe del mismo, para lo que nada mejor que destacar el método seguido por Badaxí en su obra impresa más destacada²⁰⁸. El gran jurista aragonés analiza cada institución desde el punto de vista

206. Todo esto en CAZ. Y. núm. 11, págs. 4-5, 8, 10, 19, 23 y 27, especialmente.

207. BUZ. t. 1541, núm. 14.

208. Ibando de BARDAXÍ, *Commentarii in foros Aragonum*, Zaragoza, 1591.

del Derecho común y desde el ángulo de los tueros, es decir, «de iure» y «de foro». Esto significa que dispone de preparación romanista y que valora altamente el Derecho común. Sin embargo, esto no debe conducir a conclusiones como la de que el jurista se siente romanista o la de que el Derecho común ha sido «recibido» en Aragón. Bardaxí no se preocupa de armonizar el Derecho aragonés con el Derecho común, sino de «contrastarlo». Su obra no es de «concordancia», sino de «contraste». Bardaxí no se preocupa de demostrar que el Derecho aragonés concuerda con el Derecho común o no lo contradice, sino simplemente se ocupa de decir como es uno y como es otro, tanto cuando coinciden, como cuando discrepan. Si coinciden significa que en ese punto el Derecho aragonés no tiene la condición de privilegiado, sino que está integrado dentro del Derecho «común», es decir, del Derecho general en la Cristiandad, con todo lo que ello implica, es decir, el que pueda ser interpretado como lo es aquél y a través de las mismas autoridades. Si discrepan, Bardaxí no lo lamenta, ni trata de justificarlo, o de pretender que la discrepancia es más aparente que real, sino constata que los aragoneses han obtenido ahí un privilegio o tratamiento especial, y hay que sujetarse a él. Por ello, si hay un fenómeno característico del Aragón barroco en el campo del ordenamiento jurídico, puede ser el del contraste entre el «derecho» y el «fuero», postura distante de la catalana, donde se aspira a la concordancia; de la navarra, donde un sentimiento de inseguridad da por consumada esa concordancia, o de la castellana, que por otros caminos distintos está distribuyendo su ordenamiento en sectores, que monopolizarán el Derecho real, el Derecho común y el Derecho natural²⁰⁹.

209. Vid. mi *Iniciación histórica al Derecho español*, párrafos 328, 343 y 293-296.

II

EL TRIBUTO ARAGONES A LA BUROCRATIZACION
DE LOS AUSTRIAS10. *La oficialidad o funcionariado como medio principal de vida*

Es sabido que la Monarquía Universal de los Austrias ha alcanzado las más altas cotas de burocratización, de forma que la condición de «oficial», o, como decimos hoy, de «funcionario», constituye el medio más apetecible de vida, si se exceptúa, naturalmente, la posesión de bienes rentables, especialmente, la tierra, y aún entonces, en forma compatible muchas veces²¹⁰. Aragón, sin un comercio fuerte, a diferencia de lo sucedido en otros territorios de la Corona, como Cataluña, ha rendido el consiguiente tributo a esa burocratización, y se ha entregado a la tarea de suministrar el mayor número de empleos públicos a sus naturales. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el proceso viene de atrás, de forma que es posible que cualquier otra forma política que el Reino aragonés hubiera adoptado, hubiera conducido a resultados parecidos. No debe olvidarse que los fueros más importantes del siglo xv están encaminados a una monopolización del empleo público aragonés por parte de los indígenas, incluyendo los beneficios eclesiásticos²¹¹, y ello frente a Cataluña, fundamentalmente.

Un índice de la burocratización lo constituye la proliferación de las escribanías, notarías u oficios de pluma, vinculada a una cultura eminentemente literaria, como es la del barroco español, en general, la cual no encuentra resistencia en un Aragón, donde el desarrollo del notariado en la edad media había sido ya intenso. Pese a existir trabajos interesantes sobre la materia, todos pecan

210. Como obra de síntesis, y en la que se diferencia históricamente entre «oficial» y «funcionario», vid. Jesús LALINDE, *Los medios personales de gestión del poder público en la Historia española*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1970. Sobre la burocracia en la época de los Austrias ha aparecido el libro de José García Marín.

211. Vid. mi trabajo, *De nacionalidad aragonesa a la regionalidad*, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, julio-septiembre 1973, págs. 45-88.

de ser parciales, de forma que hoy carecemos todavía de una visión general del notariado y del oficio de la escribanía. Lo único que podemos saber hoy es que es grande la variedad en esta profesión, pues no aparece unificada, sino, por el contrario, diversificada en atención a los distintos órganos a los cuales sirve. En primer lugar, los órganos reales superiores disfrutaban de escribanos que, frecuentemente, pueden ser «de mandamiento» y «de registro», según su función sea la redacción de documentos o su inscripción en libros determinados. Los primeros están al servicio de los «secretarios» del Rey, y pueden sustituirlos, por ejemplo como es el caso de Juan Lorenzo de Villanueva, quien haciendo el oficio de Agustín de Villanueva, hace entrega de un despacho del Rey, cerrado y sellado, al Conde de Morata. De la sustitución provisional, estos escribanos de mandamiento pueden terminar accediendo a la condición de «secretarios», verdaderos confidentes del Rey, puesto que su propia denominación procede de ser guardadores de secretos, de los que hay tantos como secciones, correspondiendo una a Aragón, amén del Protonotario, que está al frente de todos ellos, al que en ocasiones se le va a conocer en Madrid como el «tronotario». Protonotario y secretarios del Consejo, entre ellos, el de Aragón, pueden tener acceso directo al Rey, a quien someten la firma de los decretos que el Consejo ha consultado, y a quien informan a través de apuntamientos, instrumentos de posible influencia personal de sus autores ²¹².

Las escribanías de registro parecen constituir otra escala, en la que el grado inferior lo constituyen las «del Registro menor» o registros menores, posibles registros auxiliares existentes en la Protonotaría y Secretarías del Consejo de Aragón. El grado superior lo constituye las escribanías de Registro de la Cancillería, que, al menos, en 1663, se proveen en oficiales que han servido cuatro años en la Protonotaría y Secretarías del Consejo ²¹³, constandingo en 1598 la concesión por el Consejo de una escribanía de registro

212. Destaqué todo esto en *La institución virreinal en Cataluña*, Instituto Español de Estudios Mediterráneos, Barcelona, 1964, págs. 267 y ss. Después, José Antonio ESCUDERO, en *Los secretarios de estado y del despacho (1474-1724)*, Madrid, 1969, ha estudiado la evolución de los secretarios de estado y del despacho, como precedente de los actuales ministros.

213. Vid. ACA. C. de A. leg. 43, doc. 1/14.

en la Cancillería al mallorquín Antonio Orlandis, que la había solicitado siendo escribano del Registro menor ²¹⁴.

Un oficial de contabilidad, como ha de ser el «escribano de ración de la Casa y Corte de la Corona de Aragón» reside en Zaragoza y envía albaranes y libramientos en blanco a sus coadjutores que están en Madrid. Es un caso de oficio en propiedad, que permite su ejercicio a través de subordinados o empleados propios, y que sólo plantea problemas cuando, como en el caso de Alonso Celdrán de Alcaraz, por pasar a Italia deja de suministrar a los coadjutores el material indicado ²¹⁵. Otro oficio desempeñado en propiedad es el de Receptor general del Consejo de Aragón, por el que ofrece Francisco Bandrés de Abarca servir con 6.000 ducados de plata dobles si se le permite suceder a Juan Francisco de la Fuente ²¹⁶.

Junto a estas escribanías del Reino, pero que se ejercen directa o indirectamente, en Madrid, se encuentran las que, perteneciendo a órganos nacionales, se ejercen directamente en Aragón, como sucede con la de Baylía y Junta Patrimonial, que se provee en notario de número de la ciudad de Zaragoza, y está dotada con cincuenta escudos de salario y otros tantos poco más o menos de derechos, o que vale cincuenta libras ²¹⁷, y también las escribanías de la Corte del Justicia, de las que el Rey dispone invalidando la decisión del propio Justicia ²¹⁸ o, previsoramente, antes de que vaque ²¹⁹.

Al lado del mundo de escribanías que representa el Consejo Supremo de la Corona de Aragón y la Cancillería, hay que registrar el otro mundo, también enorme, de las escribanías de entidades o comunidades locales. Cada universidad o municipio tiene

214. 1 de febrero de 1598. Vid. ACA. C. de A. leg. 132, doc. 41.

215. Año 1631. Vid. ACA. C. de A. leg. 150.

216. Leg. cit. en nota anterior.

217. Vid. ACA. C. de A. leg. 52.

218. En 10 de mayo de 1630, el Rey en carta al Justicia le ordena que la escribanía que ha adjudicado, se la otorgue a un hijo de Francés de las Salas. Vid. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 65.

219. En 1688, a Gerónimo Torrijos se le ha hecho merced para sí, hijo o pariente, de la escribanía de la Corte del Justicia cuando vaque. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 16.

la facultad de crear notarios para su distrito, y, naturalmente, en ellos destaca la ciudad de Zaragoza, cuyo primer estatuto es de 1295, recibiendo después un fuero. Los notarios de Zaragoza, conocidos vulgarmente como «de Caxa», alcanzan en el siglo XVII el número de cuarenta, a los que hay que añadir los hijos de algunos colegiados, que también son admitidos. Este Colegio sufre una notable crisis en la centuria, hasta el punto de pretender la reducción del número a la mitad, es decir, a veinte, dado que los cuarenta no pueden vivir, entre otras razones, por el empobrecimiento causado por la expulsión de los moriscos, según se reconoce en la propia documentación de la época²²⁰. Dentro de la propia ciudad se encuentran otros varios, como el notario de los Alguaciles de la Ciudad de Zaragoza, con 1.800 reales de emolumentos, aunque sin salario²²¹; o el notario del racional de la ciudad, con 25 escudos de salario²²². Fuera de Zaragoza se encuentra la larga serie de notarios de los justicias locales, como la escribanía del Justicia de la Ciudad de Huesca o «secretaría» del mismo²²³; la escribanía principal del Justicia de la villa de Sos²²⁴; de la villa de Alquézar, sin salario, pero con emolumentos que valen 100 reales²²⁵, o la escribanía principal del Justicia de la villa de Alagón, cuyo oficio se transmite de padres a hijos desde doscientos años antes²²⁶. En este apartado hay que registrar también el notario del Justicia de las Montañas, que vale 750 reales al año, y que en el siglo XVII su ejercicio puede transmitirse a la viuda²²⁷.

220. Vid. ACA. C. de A. leg. 46, doc. 7.

221. Vid. ACA. C. de A. leg. 52.

222. Vid. leg. cit. en nota anterior.

223. Es solicitada en 1694 por Francisco Deza. Vid. ACA. leg. cit.

224. El Duque y Señor de Ixar lo nombra en 1686 hasta que el Rey lo haga en propiedad. Vid. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 17.

225. Vid. ACA. C. de A. leg. 52.

226. En 2 de junio de 1690 se nombra a Miguel Gerónimo Tafallés. Vid. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 15.

227. Vid. ACA. C. de A. leg. 52.

11. *El predominio de la privatización del oficio.*

Es también un hecho muy conocido el de la privatización del oficio desde la edad media, cuyos últimos efectos todavía se detectarían en el siglo XIX²²⁸. El oficio es objeto de compra, arrendamiento o cualquier otra relación de Derecho privado, lo que, a su vez, da facultades para disponer de él en favor de terceros o para que sea transmisible hereditariamente. Este fenómeno es común a toda la Monarquía, incluso, en los territorios de Ultramar, y, por tanto, detectable igualmente en el reino de Aragón. El Consejo de Aragón otorga frecuentemente «licencia para disponer» de los oficios, y la oferta de dinero por los oficios es abundante. Un tal Calixto de Berneche llega a ofrecer 200 reales de a ocho para el Hospital de la Corona de Aragón en la Corte, curiosa institución desconocida, por obtener la escribanía del Justicia de Huesca, aunque el Virrey no lo cree conveniente, rechazando también la oferta de la ciudad de cien doblones o veinte escudos al año para tener la facultad de conceder la plaza perpetuamente²²⁹, en lo que puede observarse como también las propias entidades locales participan en el posible negocio. En el caso presente, el Virrey hubo de terminar por elevar una propuesta, dado el gran número de concurrentes.

La privatización del oficio permite disponer de él, como se ha dicho, siendo lo más frecuente que se disponga por una vida. Este es el caso de concesión del oficio de abogado fiscal patrimonial a favor del Dr. José de Leyza y Eraso²³⁰, un controvertido jurista, pues movilizó a los jurados frente a las regalías en las insaculaciones de la ciudad, lo que dio lugar a que el Rey, juntamente con el Dr. Antonio Segura, ordenara su desinsaculación en los oficios de la ciudad, y aún se le impidió abogar²³¹. La disposición por una vida puede estar limitada por exigirse se haga en un familiar deter-

228. Lo he tratado sintéticamente en mi libro cit. en nota 210, páginas 98-109.

229. Año 1694. Vid. ACA. C. de A. leg. 52.

230. Año 1656. Vid. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 45.

231. Vid. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 37. Se contiene en una relación de cartas de Luis de Exea y Talayero.

minado, como es el caso de Nicolás de Carrascosa, escribano de mandamiento en la Real Audiencia, que pide disponer de la plaza en favor de su hijo o de su yerno²³². El Justicia Miguel Mata aboga a favor de Juan Francisco de Cuello, escribano principal de su corte, para disponer de su escribanía por una vida, alegando los servicios prestados en la leva, donativos y otros por el estilo²³³.

Esta privatización del oficio explica que la notaría del Justicia de las Montañas pueda ser poseída por una viuda, ejemplo ya mencionado²³⁴, y que una viuda alegue que la portería ejercida por su marido se comprara con un «pedazo de dinero» que trajo ella en la dote²³⁵, lo que supone una curiosa pretensión, como es el de que la mujer del que desempeña el oficio pueda tener derecho a éste por haber sido comprado con dinero procedente de su aportación marital específica. Un tal Juan Mongay, Portero ordinario de la Real Audiencia, pide la plaza en propiedad por haberla servido antes por su suegro Damián de Morales²³⁶.

Precisamente, el mundo de las porterías de la Real Audiencia es complejo²³⁷. Un jurado segundo de Zaragoza, como Vicente Ladrón de Guevara, tiene la facultad de disponer de una de las cuatro porterías de número que hay en 1646²³⁸ con residencia o trabajo en la misma capital, pues el número de los que actúan por el Reino en ejecución de los mandatos del Presidente, Regentes de la Audiencia y Corte del Justicia asciende a doce²³⁹. Un aspirante, como Juan de Beselga o Basselga, ha sido «Caudillo de los soldados de la guarda de a pie del Reyno de Aragón en la esquadra de Sierra de Teruel»²⁴⁰.

La correspondencia entre el Gobernador y el Vicecanciller en

232. 4 de julio de 1626. Vid. ACA. C. de A. leg. 1365, 2/3.

233. Año 1676. Vid. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 63.

234. Vid. loc. cit. en nota 227.

235. Año 1673. Vid. ACA. C. de A. leg. 43, doc. 1/24.

236. 7 de febrero de 1626. Vid. ACA. C. de A. leg. 1365, doc. 5/1.

237. Todo el leg. 43, carpeta 1, de ACA. C. de A., contiene papeles sobre provisión de porterías de la Real Audiencia.

238. Dispone en favor de Ignacio Dionisio de Oliva, y el Protonotario Pedro de Villanueva lo certifica. Vid. ACA. C. de A. leg. 43, doc. 1/1.

239. Lo explica el Vicecanciller al Protonotario en 1659. Vid. ACA. C. de A. leg. 43, doc. 1/16.

240. Año 1667. ACA. C. de A. leg. 43, doc. 1/18.

1663 es muy ilustrativa sobre la práctica habitual del arrendamiento. Según el primero, los oficios no los sirven los propietarios, sino que los arriendan a «gentes de pocas obligaciones» que hacen «grandes bellaquerías», a lo que el Vicecanciller, en lugar de sorprenderse, contesta que, a veces, los sustitutos son mejores que los propietarios²⁴¹. Esto se refleja en la práctica en que, por ejemplo, un escribano mayor de Registro de la Cancillería, como un tal Manuel Zornoza, pida la plaza para un hijo suyo de sólo siete años, pues la solicita con la facultad de servirla por sustituto, y con él los otros muchos solicitantes, entre los que se encuentran, incluso, personas jurídicas, como la Junta de Regidores del Santo Hospital de la Ciudad, que, naturalmente, no puede ejercer el oficio si no es a través de sustituto²⁴². La intervención de estas personas, que la época considera «fictas», de conformidad con la doctrina canónica, ofrece indudables problemas. En 19 de julio de 1603, el Justicia Martín Baptista de Lanuza nombra escribano principal a Lorenzo Villanueva, cuyo nombramiento se hace vitalicio en 1612 y con concesión de renuncia por segunda vida en 1624, lo que permite el que uno de sus sucesores done la escribanía al Convento de la Orden de Descalzos. Entre las objeciones que se oponen a esta donación se encuentra la de que «la facultad de nombrar persona, no comprehende la ficta», a lo que se oponen como «ejemplares actuales» los que siguen: 1. La escribanía del Zalmedinado, que la tiene en forma perpetua el Convento Real de Santa Engracia; 2. El Convento de Aula Dei, de los Cartujos, que tiene la escribanía de la Gobernación general, y 3. La escribanía de la Corte que fue dejada al Convento Real de Santa Fe y al Real de S. Lázaro, a quien lo compró el Arzobispo de Zaragoza por una vida y para un sobrino suyo, que era religioso. Aunque el Rey decide contra los religiosos en 13 de octubre de 1667 por el argumento citado anteriormente²⁴³, puede formarse la idea de hasta qué punto se ha llevado a una verdadera «amortización» de oficios por parte de órdenes y con-

241. Vid. ACA. C. de A. leg. 43, doc. 1/6.

242. Vid. ACA. C. de A. leg. 52. También lo solicita un alférez de la Compañía del Conde de Aguilar de las Guardias Viejas de Castilla, en el ejército de Cataluña.

243. Vid. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 20.

ventos religiosos, verdaderos beneficiarios de la privatización de los oficios.

Con el sistema se da lugar a una clase privilegiada por el hecho, no ya de ejercer empleos públicos, sino de capitalizarlos. Un ejemplo significativo es el de que en 19 de septiembre de 1632 se obligue a un tal Francés de la Sala, escribano y balletero del Rey residente en Madrid, a pagar una pensión sobre la escribanía a favor de Lucas Pérez Manrique, hijo del Justicia que lo nombró²⁴⁴, y que reside en Aragón. Así, el que consigue un oficio puede ejercerlo por sí, ejercerlo por sustituto, arrendarlo, percibir pensiones, enajenarlo y, en general, todo lo que permite un bien puramente patrimonial. En 20 de diciembre de 1611, el Rey, por billete del Duque de Lerma dirigido al Vicecanciller, ordena que devuelva a los oficiales de don Pedro Franqueza los oficios que tenían en la Corona de Aragón, excepto al ya una vez citado aquí, el mallorquín Antonio Orlandis, la negociación de Cerdeña, ordenándose también que avise los oficios vacados por muerte de Nicolás Cifre, uno de los oficiales. Al Rey se le comunica que los citados oficios son una escribanía del Registro de la Cancillería de Aragón y el oficio de Merino de Zaragoza²⁴⁵ y consta que a Alfonso de la Cavallería, oficial de Pedro Franqueza junto con Orlandis, se le reintegran la Alcaldía de Bellver y la condición de oficial de Conservador general de Aragón, además de retener las porterías de Buñola, Spolles y otras, en Mallorca²⁴⁶. Aunque desconozco la personalidad de Franquezas, una cosa parece posible, y es la de que algunos detentadores de oficios de la Corona se hayan podido considerar como oficiales de un particular, seguramente por ser éste el propietario, situación que aproxima a auténticas relaciones feudales. Aunque dentro ya de una tradición antigua, hay que mencionar los oficios que no tienen salario fijo, porque éste se percibe en función de los servicios, como es el caso de Esteban Juan Talaiero, Alcalde de la Cárcel Real, que percibe dos reales por preso que entra el primer día, y dos dineros cada día, con la obligación de darles agua y sal²⁴⁷.

244. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 32. La pensión es de 1500 reales.

245. ACA. C. de A. leg. 132, doc. 14.

246. ACA. C. de A. leg. 132, doc. 20.

247. Año 1626. ACA. C. de A. leg. 1365, doc. 4/25.

Sin embargo, en una época tan intensa de privatización del oficio, aparece en ocasiones defendida la oposición con gran fuerza ²⁴⁸. En 26 de enero de 1631, el Rey decreta que los oficios de Relatores de los Consejos se provean por oposición, a lo que se opone el Consejo de Aragón diciendo que en él los relatores son los Regentes, no habiéndolos aparte, a diferencia de otros Consejos, de forma que sólo si las partes lo piden, lo que no es frecuente, se encomienda la relación a algún Abogado y se le da alguna cantidad por su trabajo, pagándolo las partes. El Rey, pese a todo, insiste en que se ponga a oposición ²⁴⁹.

12. *La expansión de la oficialidad fuera del Reino.*

En principio, el campo de acción de la oficialidad aragonesa la constituye estrictamente el Reino de Aragón y las plazas del Consejo de Aragón en Madrid. El Reino vigila celosamente que sean cubiertas por aragoneses, y buena muestra de ello, aunque sin éxito, lo constituye el famoso «pleito del Virrey extranjero» ²⁵⁰.

• Posiblemente, como consecuencia de éste, y en concepto de reciprocidad, el Reino consigue en el siglo XVII una expansión a través de Indias y de los territorios de Italia. En las Cortes de Barbastro-Calatayud de 1626 se reservan para los aragoneses dos plazas en los Consejos particulares de Indias, el Perú y Nueva España, con una plaza en cada uno de los dos grandes virreinos. También hay reserva aragonesa de plaza en la Catedral de Nápoles, el Consejo de Santa Clara, la Cámara de la Sumaria, Consejo de Sicilia y Senado de Milán, a lo que hay que añadir en las Magistraturas ordinarias y en los nuevos Consejos que con plazas perpetuas se introduzcan en dichos Reinos y Estados ²⁵¹. En las Cortes de Zaragoza de 1646 se añade a las anteriores reservas, la de una plaza en las Audiencias principales de Perú y Nueva España; dos gobiernos en

248. En mi obra cit. en nota 210 la doy por consagrada en 1853, pero como sistema general.

249. ACA. C. de A. leg. 150.

250. Constituye el tema de una tesis doctoral en curso, que realiza en la Universidad de Zaragoza doña María del Pilar de la Vega.

251. Vid. Pascual SAVALL y Santiago PENÉN, *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, I, Zaragoza, 1886, pág. 456.

cada una; dos Presidentes de Provincia en Nápoles y un consejero de capa y espada en el Consejo de Aragón ²⁵².

Las anteriores conquistas se han conseguido frente al recelo real, que ha tratado de limitarlas. La Junta de las Cortes de Aragón en 1626 han pedido plazas para los Consejos de Estado y Guerra, de Italia, Indias, de las Ordenes y General Inquisición, así como en los Consejos particulares de Milán, Nápoles y Sicilia y el Rey lo que ha contestado es que se les diera satisfacción cuando intervinieran en la unión de las armas, viéndose «con destreza» si habría correspondencia recíproca. Cuando el virrey Conde de Monterrey realiza esta gestión, los aragoneses aclaran que no incluyen al Consejo Real de Castilla, ni a las Chancillerías, por lo que el Consejo de Aragón propone se acceda a lo primero, pero no para mientras dure la unión de las armas, sino hasta las primeras cortes ²⁵³. Como puede verse, la disposición de Cortes no incluyó todas las peticiones, por ejemplo, las relativas a Consejo de Estado y Guerra o a Consejo de las Ordenes. Por lo que se refiere a la Inquisición, en otra disposición de las mismas Cortes de 1626 accede a interponer su autoridad con el Inquisidor general para que tenga siempre en las plazas de Inquisidores a tres naturales del Reino de Aragón, y un Fiscal, un Alguacil y dos Secretarios, y esto, por todo el tiempo que durara la unión y servicio ²⁵⁴. Refleja las relaciones entre la Corona y el Reino, la referida consulta del Consejo, en la de que los aragoneses se dice: «como son tan sospechosos y desconfiados». El cumplimiento del Fuero de 1646 no parece haber sido muy estricto, como lo demuestran las quejas de 1650 ²⁵⁵.

Pese a que el cumplimiento de la legislación indicada no haya satisfecho siempre a los aragoneses, lo cierto es que han sido abundantes las nominaciones para Indias e Italia. Alguna ya fue anterior a las Cortes de 1626, pues en 1622 se insta insistentemente a favor de don Hernando de Aragón, biznieto de Fernando, «el Católico», para una plaza de Regente en el Consejo de Italia ²⁵⁶, y,

252. Vid. op. y tomo citados, pág. 497.

253. ACA. C. de A. leg. 22.

254. Vid. Savall-Penén, op. cit., pág. 459.

255. ACA. C. de A. leg. 1365, doc. 55/5.

256. ACA. C. de A. leg. 22.

sobre todo, menudean a partir de 1646, aunque, como se ha dicho, haya quejas sobre ello, en 1650. En el mismo año de 1646, por ejemplo, el Consejo de Aragón propone para cubrir cinco plazas, que son una de magistrado ordinario y otra, de extraordinario, en Milán; una en el Consejo de Sicilia; una en la Audiencia del Perú y otra, en la Audiencia de México²⁵⁷, enviándose aquí en 1648 al Dr. Domingo Cauerni, que había sido síndico de Barbastro en las últimas Cortes²⁵⁸. Es cierto que el fuero de 1646 se entiende restrictivamente por lo que se refiere a Milán, pues se limita a las plazas togadas, por hablarse de Senado y de magistrados ordinarios, y se excluye las plazas de capa y espada, pues se dice que cuando el fuero lo quiere, lo especifica, como para Nápoles, Perú y Nueva España.

En el año 1647, el Consejo de Aragón recomienda a los que abogan en el Consejo para ocupar plazas vacantes en la Audiencia de Lima, y para el Consejo de Indias, en Madrid, recomienda a don Jusepe de Pueyo, abogado fiscal de Mallorca, e hijo del Regente en Aragón, don Francisco Pueyo. Por su parte, el Lugarteniente de Protonotario solicita que se consulte en las plazas de la Audiencia de Indias, al abogado de los Consejos que está casado con su sobrina²⁵⁹. Mientras tanto, ese mismo año, los Capitanes Diego Ram de Montero y Pedro López de Quinto y Torrero piden que la merced de Presidentes de Provincia en el Reino de Nápoles se concedan por dos bienios, para amortizar los muchos gastos que ocasiona el traslado²⁶⁰, aunque los destinos en Nápoles pudieron ser funestos, ya que en 1656, todos los ministros aragoneses que servían en los Consejos Colateral, Cámara de la Sumaria y Santa Clara habían muerto «de contagio»²⁶¹, entre los que, probablemente, se encontraría don Orencio Luis Zamora, Lugarteniente y Decano de la Corte del Justicia, que en 1653 había sido destinado a la Colateral de Nápoles²⁶².

En ocasiones, los órganos supremos son los que contienden

257. ACA. C. de A. leg. 1365, doc. 53/1.

258. Id. id. doc. 53/2.

259. Todo esto en ACA. C. de A. leg. 22.

260. ACA. C. de A. leg. 1365, doc. 55/4.

261. Id. id. leg. 22.

262. Id. id.,

entre sí. En 1648, el Rey nombra para Méjico al Dr. Juan Francisco Montemayor de Cuenca, y el Consejo de Indias pretende enviarlo a la Audiencia de Santo Domingo, a lo que se opone el Consejo de Aragón²⁶³. A veces, se exige presentar la copia del fuero para proceder a nombramientos, sobre todo, en Indias.

13. *La remuneración como índice de la importancia del oficio.*

No siempre la remuneración coincide con la importancia del oficio, es decir, con la consideración social del mismo, y esto es predicable también del Aragón barroco. En realidad, hay que distinguir las magistraturas eminentemente políticas, que se aceptan como servicio público, aunque lo que encubran es la ambición de poder, y los oficios que no son deseados sino por su rendimiento económico. De todas formas, y como se ha visto, el siglo XVII es un siglo muy patrimonializado, de forma que muy pocas habrán sido las magistraturas deseadas por su condición social, entre las que cabrá citar virreyes, gobernadores y justicias del reino, y la importancia del resto habrá sido medida siempre por el beneficio que hayan irrogado.

No es imposible una valoración real de los salarios, en base a que conocemos el valor de las principales mercancías en la Cataluña de 1653²⁶⁴, y la equivalencia de la moneda aragonesa y la catalana. Sin ánimo de realizarla, aquí no se va sino a facilitar algunas noticias sobre remuneración de oficios, que permiten una comparación entre los mismos. Los Virreyes de Aragón no han tenido salario por el oficio de Capitán General hasta 1593, en que ha ocupado el cargo el Duque de Alburquerque, señalándose dos mil ducados. Han tenido dificultades para cobrarlos, «situándose» primero, es decir, asignándose en las veinticinco mil libras de renta que pagaba el reino por el servicio votado en las Cortes de Tarazona, y, desde 1599, en la Tesorería general. El Marqués de Gelves es quien ha querido solucionar esta situación, y en 1614, el Consejo de Aragón ha solicitado que se pagara a los Virreyes del

263. ACA. C. de A. leg. 1365, doc. 53/5.

264. En mi obra cit. en nota 212, pág. 364, hago referencia a una «crida» de D. Juan de Austria, en la que tasa gran número de mercancías.

dinero enviado para la gente de guerra²⁶⁵. Debe tenerse en cuenta lo que sabemos sobre Cataluña, y es la adición de «ayudas de costa» ordinarias y extraordinarias, que mejoraría la situación, aunque ésta distara siempre mucho de la de los Virreyes de Indias, que llegaron a ganar de veinte a treinta mil ducados²⁶⁶.

El Gobernador, o más propiamente, el Regente de la Gobernación general ve aumentado su salario por las Cortes de Tarazona de 1592 a 3.097 libras²⁶⁷ que, con el salario del Rey, supone 4.000 libras, aumento importante, si se tiene en cuenta que hasta 1574 sólo ha disfrutado de 900 libras y eso que, al parecer, esa remuneración ha sido superior a la de otros gobernadores. En 1661, el Gobernador percibe 6.000 escudos, en tanto que en el siglo anterior ha percibido 2.000 cuando más. De hecho ha sucedido que el oficio se ha ejercido por sustituto, y, entonces, éste no ha percibido sino la mitad. Los Gobernadores se lamentan de lo reducido del salario y solicitan ayudas de costa, mientras los virreyes destacan lo elevado de los «gajes», que pueden llegar hasta 5.000 pesos escudos, es decir, casi otro tanto del salario. Una parte del salario, 4.000 escudos, se asignan en la recepta de la Baylía y en el dinero de las generalidades, en tanto el resto, de 2.000 escudos, se compensa con una especie de licencia de importación de trigo de Cerdeña. Dada la poca puntualidad en el pago, los ocupantes del cargo han debido tener medios propios para subsistir algunos períodos, por lo que aquéllos se han reclutado entre las familias más poderosas de Aragón, como los Gurrea o los Urriés²⁶⁸. El asesor, al que se considera «en estimación y calidad la segunda plaza de justicia», experimenta también aumento de salario en las Cortes de Tarazona de 1592 en la cuantía de 300 libras²⁶⁹, y en 1609 consta que recibe 900 libras de salario, de las que 372 y media se asignan sobre la bailía; 227 y media en la tesorería, y 300, sobre las generalidades²⁷⁰,

265. 2 de junio de 1690. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 15.

266. Vid. mi obra cit. en nota 212, págs. 235-236.

267. Vid. SAVALL-PENÉN, op. y tomo cit., pág. 440.

268. Todo esto puede verse en mi libro *La Gobernación general en la Corona de Aragón*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1963, páginas 276-279.

269. Loc. cit. en nota 267.

270. Vid. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 256.

salario que se mantiene en 1642, y en el que las libras parecen equivaler a los reales ²⁷¹.

Dentro de la Audiencia, al Regente de la Cancillería se le asciende en las repetidamente citadas Cortes de Tarazona en la misma cantidad que el Asesor del Gobernador, es decir, 300 libras, mientras que los Consejeros de lo civil lo hacen en 200 libras, y los de lo criminal, en 100 libras ²⁷². En 1620, la plaza de la Audiencia civil se estima en 800 libras de salario ²⁷³, lo que expresado en reales de 1625, asciende a 8.000 ²⁷⁴, cantidad que en 1657 ha ascendido a 9.000 reales ²⁷⁵, en tanto que, por su parte, la plaza de lo criminal está valorada en 6.000 reales ²⁷⁶. Esto justifica el que el asesor del Gobernador sea considerada la segunda plaza de justicia, comparable al Regente de la Cancillería, práctico presidente de la Audiencia, y muestra, lo que aparece confirmado hasta la saciedad en la promoción de oficios, que las plazas de consejeros civiles son más importantes que las de consejeros criminales, es decir, se entra por éstos para llegar a aquéllos. El abogado fiscal, sin plaza en la Audiencia real, sólo disfruta de 500 libras, por lo que al acceder Martín Miravete de Blancas, el Consejo de Aragón propone en 1954 se le asignen trescientas libras más. El Rey sugiere al proporcionarse una plaza en el Consejo criminal, pero ante la observación por parte del Consejo en el sentido de que al reunirse la Corte del Justicia por la mañana, a la misma hora que la Audiencia civil y criminal, el Fiscal no podría asistir, termina por aumentársele el salario provisionalmente ²⁷⁷.

271. Vid. op. cit. en nota 268, págs. 292-293.

272. Loc. cit. en nota 267. En Cortes de Monzón de 1564, los Consejeros de la Real Audiencia habían pasado de 4.000 sueldos jaqueses a 6.000, según puede verse en Savall-Penén, op. y tomo cit., pág. 393.

273. Vid. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 255.

274. Cuando se nombra al Dr. Juan Francisco de Grazia, que es Regente de Mallorca, se hace con la carga de pagar 1.000 reales al Dr. Pueyo, en tanto no quede libre el puesto de Asesor de Gobernador. Vid. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 231.

275. Id. íd. doc. 263.

276. Vid. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 254.

277. La propuesta del Consejo es de 19 de junio de 1954, ACA. C. de A. leg. 132, doc. 95. Las objeciones del Consejo a la provisión de plaza de lo criminal se encuentra en el doc. 96.

Sobre el salario del Justicia, Bardaxí se asombra de que los fueros no digan nada, y se refiere a que Juan Ximénez de Cerdán hablaba de «paruum salarium». Parece que para el jurista aragonés, el Justicia no tenía en su tiempo sino los emolumentos de la escribanía incorporados por Alfonso III en tiempos del Justicia Esteban Gil Tarín²⁷⁸. Las Cortes de Tarazona de 1592, que Bardaxí no llega a recoger en su obra, asignan al Justicia 2.000 libras, más los derechos inherentes al cargo²⁷⁹, lo que le sitúa, al parecer, muy por debajo del Gobernador. Sus lugartenientes, equiparados a los miembros de la Audiencia civil, experimentan un incremento de 200 libras en las Cortes de Tarazona de 1592, especificando las Cortes de Calatayud de 1626 que, para evitar al Reino los grandes gastos de pagar los salarios de los lugartenientes extraordinarios, éstos no se pagarán de la masa común del Reino, sino que será a cuenta de las partes litigantes, como en la Real Audiencia, prohibiendo se les tase en más de 1.000 sueldos jaqueses²⁸⁰. En 1645, los lugartenientes del Justicia piden aumento de sueldo, entre otras reivindicaciones, constando en 1653 que su salario de 9.000 reales, consignados sobre las genealidades²⁸¹. Por su parte, el Secretario de la Corte del Justicia tiene 40 escudos, «sin emolumentos»²⁸².

Los Regentes de la Cancillería promocionados al Consejo de Aragón, en Madrid, no parecen haber estado muy contentos con su suerte. Si se cree al Dr. Tomás Martínez Boclin, su salario en el Consejo es de 1.000 libras, mientras que en la Audiencia de Aragón ganaba 1.200²⁸³. Uno de los principales problemas que tienen parece ser el de la vivienda, por cuyo concepto pueden

278. Ibando de BARDAXI, op. cit., fol. 110 vº

279. Loc. cit. en nota 267. Aparece confirmado en ACA. de A. leg. 33, docs. 178 y 180.

280. Vid. SAVALL-PENÉN, op. y tomo cit., pág. 448. BARDAXÍ, op. cit., fol. 456, dice que el salario del Lugarteniente está constituido, en parte, de las Generalidades del Reino, que es de 8.000 sueldos, y en parte, del depósito de la ración, el cual está eliminado por los fueros de 1552 y subido el salario hasta 10.000 sueldos, a pagar de las generalidades. Los fueros de 1563 lo elevan a 12.000 sueldos.

281. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 42.

282. Id. id. doc. 72.

283. 30 de marzo de 1612. ACA. C. de A. leg. 132, doc. 64.

recibir hasta 4.000 reales²⁸⁴. También parece que hay casas destinadas a ellos, y que cuando vaca por fallecimiento, son muy disputadas entre los que quedan²⁸⁵, quejándose de que en caso de no obtener estas casas, consumen en el alquiler la mitad de los salarios²⁸⁶.

Los oficios inferiores, como las escribanías, han tenido salarios bajos, pero los han compensado con los «gajes» o ingresos extraordinarios de diversa procedencia. En 1633, los escribanos de mandamiento del Consejo de Aragón, al quejarse de sus salarios y emolumentos, piden se les haga merced de las propias de las fiestas del pasado año, que importaban 4.000 reales. Tanto salarios como gajes se ven en peligro en ciertas situaciones angustiosas para la hacienda, como a fines de siglo, dado que los Tribunales tienen que contribuir con parte de sus ingresos a la Remonta de la Caballería del Ejército de Cataluña, así como a otros gastos extraordinarios. A título de ejemplo, puede verse que de la *Recepta* del Consejo de Aragón sale dinero para la indicada Remonta y, además, 10.000 ducados para gastos de casamiento del Rey; 6.000 reales de a ocho para la Armada, y también para el cordón y guarde la peste, así como también para las dietas de los Ministros y para la de los guardas que asisten en Torrelodones²⁸⁸. En 1693, el Consejo de Aragón es acuciado por el Monarca a pagar a don Antonio Frechilla lo que se le debe de la remonta de caballería, y para hacerlo el Consejo tiene que aguardar a que haya dinero en la *Recepta*, dejando de pagar parte de los gajes de 1690, y por entero los de 1691, 1692 y 1693, pues la cantidad a que asciende un año de la remonta es de 48.000 reales²⁸⁹. En 17 de diciembre de 1693, un Decreto del Rey al Duque de Osuna amplía la obligación de contribuir con un tercio de gajes o salarios corres-

284. Vid. *íd. íd. doc.* 118.

285. Por muerte del Regente Bañatos vaca la casa y ensanche que tenía de aposento y la solicitan el Regente Lucas Pérez Manrique y el abogado fiscal, decretando el Rey en 2 de diciembre de 1614 que ya estaba provista. ACA. C. de A. leg. 132, doc. 33.

286. 17 de enero de 1613. Vid. *loc. cit.* doc. 34.

287. Febrero. ACA. C. de A. leg. 150.

288. Año 1693. ACA. C. de A. leg. 22.

289. Vid. *loc. cit.*

pondientes a 1694, que recae sobre todos los criados y ministros, «desde la primera asta la última hierarchia», correspondiendo a los Presidentes de los Consejos el cuidado de la ejecución y cobro ²⁹⁰.

A la enorme cantidad que representa todo el conjunto de salarios de la burocracia en activo, hay que añadir las que hoy denominamos «clases pasivas». Una de las reivindicaciones de los Lugartenientes del Justicia en 1645 es la de ser «jubilados» a los dieciséis años de servicio ²⁹¹. A Pedro Caverro se le libra «despacho de jubilación» en 1636 por sus años de servicio y por sus enfermedades ²⁹², y en otro momento se propone la jubilación de dos ministros de la Audiencia, Juan Herbas y Miguel Matheo, por no ser ya capaces para verificar las rondas ²⁹³. En 1611, el Consejo apoya una petición del Regente Monter, quien a la muerte de su hijo el Dr. Martín Monter, de la Audiencia criminal, solicita merced de poder disponer en favor de sus nietos de los 4.200 reales de renta que tiene en la Baylía y Tesorería General de Aragón ²⁹⁴.

La contabilidad de todo este tráfico se realiza a través del Maestre Racional, que es a quien ha de rendir cuenta la Tesorería, desprendiéndose de la Pragmática de 11 de octubre de 1611 que Tesoreros y Regente de la Tesorería, han de presentar de lo cobrado y pagado un cuarto en el oficio del Maestre Racional de Aragón, que reside en Zaragoza, y el resto en el oficio de Maestre Racional de la Casa y Corte, que reside en Barcelona ²⁹⁵.

14. *Las Cortes como institución promotora de oficios.*

Aunque las Cortes han supervivido en Aragón en la época de los Austrias e, incluso, han elaborado legislación, en lo que superan ampliamente a las de Castilla, también es cierto que se han

290. Id. id. El Rey siempre contesta que se da cuenta de la situación que atraviesa el Consejo, pero que espera de su celo el que se sacrificarán.

291. Las otras reivindicaciones son vacaciones de un mes por año y asistir a los juramentos de los Reyes y Príncipes con el Justicia.

292. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 260.

293. Id. id. doc. 294.

294. 18 de marzo de 1611. ACA. C. de A. leg. 132, doc. 46.

295. Esto resuelve la cuestión de si ha habido un solo Maestre racional o más. Hay uno superior, y otro, u otros, subordinados.

celebrado bajo el signo de un dominio real cada vez mayor, y esto las hace inferiores, posiblemente, a las de Cataluña y, desde luego, a las de Navarra. Como recoge Bardaxí, los agravios que deben juzgar son exclusivamente los del Rey y sus oficiales, rechazándose en tiempo de Raimundo Palomar el interpuesto contra los Jurados de Zaragoza en razón de los cometidos por el Privilegio de los Veinte, pero interpuesto nuevamente por Sebastián de Arbas en 1552, la causa queda indecisa ²⁹⁶. El propio Bardaxí testimonia que, aunque a los comisarios no se les permite más que reunir y referir, pero, no decidir los agravios, lo que sólo pertenece al Justicia, en su tiempo son creados para decidir dichos comisarios, que «de iure» son llamados «extragrauatores» ²⁹⁷. Todo ello es indicativo de que, aún antes de las Cortes de Tarazona de 1592, las cuales representarán las reformas reales más radicales, ya se observa una evolución contraria a la tradición medieval, que había hecho de las Cortes la institución limitadora de las facultades reales. Los agravios pueden interponerse también contra miembros del Reino, y su decisión no permanece en manos del Justicia. Como testimonia también Bardaxí, los fueros y actos de corte no se hacen sino «de consensu omnium», pero, sin embargo, cuando se trata de cognición de la causa de algún particular y de su agravio, ya se juzga «de consensu maioris partis», lo que altera el principio de que la corte no puede ser concluida en tanto haya alguien que no consienta en su agravio.

La citada evolución se precipita en las Cortes de Tarazona de 1592, uno de cuyos fueros dispone que la mayor parte de cada brazo haga brazo, es decir, que no se precise la unanimidad, sino la mayoría, y ante lo difícil de conseguir aquélla. Es fuero que consigue el Arzobispo de Zaragoza, don Andrés de Bovadilla y Cabrera como Virrey, exceptuándose sólo lo referente a los agravios ²⁹⁸, si bien respecto a éstos debe recordarse lo testimoniado por Bardaxí. Al morir el Arzobispo, actúa al frente de las Cortes el Dr. Juan Campi, Regente de la Cancillería en el Supremo Consejo de Aragón, quien exceptúa las cosas en el orden penal y

296. BARDAXÍ, op. cit., fol. 25 v.

297. Id. íd. fol. 31 v.

298. Vid. SAVALL-PENÉN, op. y tomo cit. pág. 424.

tributario, para lo que se sigue exigiendo el «nemine discrepante»²⁹⁹. Tampoco se observa ya en los días de Bardaxí la periodificación de las Cortes, que el fuero había dilatado de uno a dos años, siempre «supuestas las causas de congregación de las cortes generales»³⁰⁰. En las Cortes de Calatayud de 1626, el distanciamiento entre el brazo «de Universidades» y los otros tres, es decir, el eclesiástico, el de los nobles y el de los caballeros, es muy grande, pues el primero se resiste a votar el servicio, y los otros le envían embajadas con protestas³⁰¹. Un lugar preeminente en el desarrollo de estas cortes lo constituye un órgano conocido como «La Junta de las Cortes de Aragón», y que aparece integrada por don Luis de Haro, Obispo de Málaga, el Marqués de Tarazona, el Conde de Castro, los Regentes del Consejo de Aragón Bayetola y Hortigas, y el protonotario³⁰².

La conjunción de dos fenómenos, como son el de la burocrati-

299. Id. id. pág. 426.

300. BARDAXÍ, op. cit. precisa en fol. 31: «... malè hodie seruatur» y en fol. 24 ha precisado que la disposición del fuero es «suppositis causis congregationis curiae generalis». Esto es una de las cosas que no alcanzan a comprender los institucionalistas no juristas, como es el caso citado de Luis González Antón, y es que los fueros sobre periodificación no quedaban vulnerados por el hecho exclusivo de que las reuniones previstas no se celebraran automáticamente, pues podía haber muchos casos en los que la reunión se considera innecesaria o, hasta incluso, inoportuna e inconveniente, como tampoco puede considerarse que los incumplimientos de la ley hagan inexistente a ésta, pues aunque pueda parecer paradójico, las leyes se hacen para cumplirse y también para incumplirse, y nadie pensará en la inexistencia de las leyes contra el robo, por el hecho de que se siga robando.

301. El brazo de las Universidades, a su vez, envía embajadas al virrey Conde Monterrey para que se retiren las protestas. La Junta de las Cortes está muy preocupada pues los síndicos no se deciden, aunque unos acuden a sus municipios, y otros, les escriben, como Juan Doltz de Espejo, de la Comunidad de Teruel, quien además informa que el Rey se contentaría con los dos mil hombres pagados por diez años. Las ciudades que conceden el servicio son Zaragoza, Huesca, Tarazona, Jaca, Albarracín, Barbastro, Calatayud, Teruel, Monzón, Alagón, S. Esteban de Litera y Aínsa. Vid. ACA. C. de A. leg. 1365, doc. 3/1. Las embajadas de los brazos se contienen en los docs. 3/5 y 3/6. Vid. también Gregorio Colás LATORRE-José Antonio SALAS AUSENS, *Las Cortes aragonesas de 1626*. Estudios del Departamento de Historia Moderna. Zaragoza, IV, 1975, págs. 87-139.

302. ACA. C. de A. leg. 1365, doc. 6/12.

zación, de una parte, y el de reunir cortes con la sola idea de obtener un servicio, da origen a que las Cortes se conviertan en una institución promotora de oficios. Muchos representantes acuden a ayudar al Rey en la obtención del servicio, pasándole factura después a través de la solicitud de oficios. El servir en las Cortes al Rey se considera un mérito, y así Francisco Muñoz, hijo de un Justicia, alega ese servicio en las Cortes de 1592 y de 1626, concediéndole el Rey una pensión de doscientos ducados³⁰³. Porque Juan Pérez de Hecho ha votado en el brazo de caballeros hijosdalgo, su padre Agustín, que tiene escribanía en la villa y valle de Hecho, suplica la futura sucesión a favor de aquél³⁰⁴.

Así, pues, las cortes del siglo XVII ofrecen un curioso e importante apéndice, que es un abrumador cúmulo de peticiones de mercedes como pago a su intervención. Todas estas peticiones se canalizan a través de la citada Junta de las Cortes de Aragón y, en definitiva, por el Consejo de Aragón, que es quien informa. Se solicita de todo y por todos, en forma que, realmente, impresiona. Tanto por la burocratización que revela, como por la corrupción que refleja, ya que altos y bajos, reyes, nobles, artesanos, todos, consideran como algo completamente normal el vender al Rey intervención para que ésta pueda hacer recaer sobre los campesinos, fundamentalmente, el terrible peso económico de las empresas militares y de los gastos suntuarios de la Corona.

Entre los beneficios que para sí o para un familiar se solicitan, se encuentran la condición de dueña de honor de la Reina; título de marqués, conde y «assiento» de «gentilhombre de su boca», cédulas de meninos o crianza de los hijos ante ojos del Rey; oficio en casa de la Infanta o del Infante Carlos; carlanía; un derecho «de las cavallerías» que el Rey tiene en una villa; escribanías de encuestas; suplemento de tiempo para ser alférez o sargento; plaza criminal en la Gran Corte de la Vicaría de Nápoles; secretario de la Inquisición; hábito de Santiago; caballerizo; hábito de Santiago para el que case con la hija; Presidencia de Guatemala; armarse caballero; título de noble en el Reino de Cerdeña por ayuda de costa; un título de Príncipe o Duque en Italia, o dos caballeratos.

303. Id. íd. doc. 4/1.

304. Id. íd. doc. 2/2.

Las peticiones no son exclusivas de los particulares, sino que también participan las «universidades». La comunidad de Albarra-cín pretende la separación de la ciudad, como lo han hecho Daroca, Teruel y Calatayud; la Iglesia de Barbastro, la incorporación del Priorato de Roda; la villa de Almunia de Doña Godina, la dehesa del carnicero; la ciudad de Daroca, la erección de un colegio y capítulo de notarios de número y caxa para la ciudad; Calatayud, la unión de la Iglesia mayor y de la Peña; el lugar de Embid de la Ribera, de la Comunidad de Albarracín, y primero en votar el servicio, media legua de dehesa y Ejea de los Caballeros, un nuevo amojonamiento con Navarra. Altos puestos se han conseguido por esta vía, como es el caso de Matías de Bayetola, a quien en junio de 1626 se le ha nombrado Fiscal del Consejo de Aragón por los servicios prestados en las Cortes ³⁰⁵.

1. *El Consejo Supremo de Aragón como órgano de provisión de oficios.*

Si las Cortes se han convertido en una institución promotora de oficios y de oficiales, el «Sacro Consejo Supremo de la Corona de Aragón» o «Sacro Sup. Consilio Aragoniae Coronae» ha sido esencialmente un órgano de provisión de oficios. Su actividad política es escasa, dada la existencia del Consejo de Estado y del Consejo de Castilla, siendo considerado «Consejo de la provincia de Aragón» ³⁰⁵, es decir, un Consejo de tipo territorial y subordinado. Si en Valencia, Baleares y Cerdeña es órgano judicial supremo, en tanto entiende de las causas en apelación o suplicación, en Cataluña su intervención judicial se reduce a las cuestiones patrimoniales y a las «interpretatione privilegiorum» ³⁰⁷, y en Ara-

305. Id. leg. 132, doc. 81.

306. Así se le cita a la muerte del Vicecanciller Diego Clavero, en 9 de septiembre de 1612. ACA. C. de A. leg. 132, doc. 62. No puede ser más significativo el esfuerzo que ha de realizar en 1622 el Vicecanciller para que se le permita «aparcar» su coche en el Zaguán de Palacio, que puede verse en mi trabajo *El Vicecanciller y la Presidencia del Consejo de Aragón*, AHDE, XXX (1960) (175-248), págs. 242-243.

307. Vid. mi libro cit. en nota 212, págs. 268-269.

gón parece que no llega ni a eso, pues en las Cortes de Calatayud de 1626 se declara que lo que trata «son materias de estado, gracia, gobierno, y guerra, y ninguno de justicia»³⁰⁸. En Aragón es, pues, un Consejo de tipo político y administrativo, o más bien administrativo, pues, como se ha dicho, es evidente la superioridad de otros Consejos, especialmente, el de Castilla. Son los asuntos de gracia los que realmente ocupan casi toda su actividad, y dentro de éstos, los de provisión de oficios, pues, incluso, cuando ha tenido que intervenir más decisivamente en las cuestiones políticas se ha transformado en otro organismo, como la «Junta de la governaçion destos Reynos»³⁰⁹.

El Consejo de Aragón, creado en 1494 y extinguido con el primer Borbón, es un desarrollo del Consejo que creara Pedro IV, constituido con el Canciller, el Vicecanciller y el Regente de la Cancillería. Se erige presidido por el Vicecanciller, dado que el Canciller es un eclesiástico, al que afectan incompatibilidades de orden físico y moral. A su lado se encuentran seis regentes de la Cancillería, es decir, dos por cada uno de los territorios peninsulares de la Corona, aparte de un abogado fiscal, cuatro secretarios y el Tesorero general de la Corona³¹⁰. Desde el punto de vista social, la condición de Regente de la Cancillería o Regente en el Consejo de Aragón ha tenido que ser la máxima aspiración dentro de la carrera judicial, aunque, como se ha visto, es dudoso que haya compensado en el orden económico, sobre todo, dada la dificultad y carestía de la vivienda en la Corte, es decir, en Madrid.

Hasta 1622, el Vicecanciller es quien ejerce la Presidencia del Consejo de Aragón, pero en esa fecha los Monarcas tratan de sustituirle por un Presidente perteneciente al estamento de los «de capa y espada», sin la condición de nacimiento y domicilio en los territorios de la Corona de Aragón, contra lo que protestan los Reinos, consiguiendo que en 1646 se restituya la Presidencia al

308. Vid. SAVALL-PENÉN, op. cit. pág. 458. Johannes-Michael SCHOLZ, *Colecciones españolas de Jurisprudencia y dictámenes en el antiguo Régimen*. Temis, 29-32, Zaragoza, 1971-72, pág. 227, confunde el Consejo del Reino de Aragón, que es la Audiencia, con el Consejo de Aragón.

309. Así parece cuando el Vicecanciller D. Melchor de Navarra recibe numerosas felicitaciones en el año 1671. ACA. C. de A. leg. 52.

310. Vid. mi libro cit. en nota 212, págs. 267-268.

Vicecanciller, lo que continúa sin interrupción hasta 1692, en que la Corona vuelve al sistema de Presidentes. Este negocio, que con razón considera el propio Consejo de Aragón en 1688 como «el mas graue que puede ofrecerse en los Reynos de la Corona de Aragón», refleja la profunda crisis de la Monarquía Universal, en la que se mezclan contiendas políticas, como la del centralismo austríaco y el autonomismo catalano-aragonés; territoriales, como la de los reinos de León y Castilla, de una parte, y los de la Corona de Aragón, de otra, dentro de los cuales, a su vez, tampoco, existe unidad, y sociales, como la del estamento de la nobleza y el grupo profesional de los juristas o togados.

Los reinos de la Corona de Aragón defienden la adscripción de la Presidencia del Consejo al Vicecanciller, en cuanto éste ha de ser un nativo o domiciliado en ellos, con lo que coincide el interés de los togados, pues el Vicecanciller ha de ser jurista. Su argumentación se centra en la importancia del Vicecanciller, la interpretación de los textos legales y la observancia o práctica. La importancia del Vicecanciller viene resaltada por su identidad con el Canciller; su universalidad, es decir, su extensión a toda la Corona, y por haber convocado Cortes y firmado despachos reales de justicia. La interpretación de textos legales incide, sobre todo, sobre la Pragmática de creación del Consejo, y aún, incluso, sobre textos medievales, pese a que entonces no estuviera creado el Consejo, pero sí, lo que se estimó antecedentes. La práctica suministraba la Presidencia efectiva y nominal de los Vicecancilleres, hasta que el Conde Duque de Olivares pretende el cambio.

La Corona, asistida de la nobleza, combate estos argumentos. Para ella, la Cancillería y la Vicecancillería habían cambiado de naturaleza; la Pragmática de creación del Consejo no había instituido Presidente al Vicecanciller, sino al Vicecanciller Alfonso de la Cavallería; Gatinara y Granvela habían intervenido en el Consejo, y don Pedro de Aragón había sido nombrado Presidente, con el consentimiento de los reinos, e, incluso, con el agradecimiento de Aragón y de Valencia.

Los intentos de sustitución del Vicecanciller por Presidente llevan anexas diversas consecuencias. Una de ellas, es la de poder nombrarlo «en gobierno», que, frente al nombramiento en propie-

dad, implica situación de precariedad y de ausencia de remuneración. Otra consecuencia es la de que la interinidad no haya de recaer en un Regente de la Cancillería, sino en cualquier otro miembro, especialmente, en el Tesorero, de la condición de «capa y espada». Es diferencia formal la de que el nombramiento de Vicecanciller se expida en latín, y la del Presidente, en castellano, pero es material la de que en el primero se hable expresamente de la observancia de las normas especiales de la Corona de Aragón, lo que no se hace en el segundo, donde, por el contrario, lo que se destaca es la defensa de las regalías y del patrimonio real³¹¹.

Como se ha indicado, la carrera judicial conduce de Regente de la Cancillería en la Audiencia de Aragón a Regente de la Cancillería en el Consejo, como puede verse en el caso de Vicente Ortigas que pasa a «Regente la Cancillería en este Consejo Supremo» y vaca entonces la de «Regente de la Audiencia deste Reyno de Aragón»³¹². También es posible que se pase primero por la Fiscalía, y así la muerte de Diego Clavero, como Vicecanciller, da lugar a que se produzca vacante de Regente, y, a su vez, a que vacue la Fiscalía, cuando Roig, es promocionado de ésta a aquella vacante³¹³. La presencia de estos Regentes ha supuesto en principio el dominio de los juristas en el Consejo, pero ya se ha indicado que el Consejo de Aragón no ha tenido competencia judicial por lo que se refiere a Aragón, lo que ha determinado el que las Cortes de Barbastro-Calatayud de 1626 hayan solicitado la concesión de una o dos plazas de Consejeros de capa y espada, como los valencianos, por la razón antedicha³¹⁴. En 1658, el Consejo que se reúne aparece constituido por el Vicecanciller y nueve personas, de las que una es el Protonotario³¹⁵. En 1644, los Regentes son Vico, Bayetola, Magarola, Crespí, Pons y Hortigas³¹⁶. En 1698 actúan el Conde de Frigiliana, José Rull, Marqués de Sardañola, Francisco Comes y Torro, Francisco de Borja, Marqués de Tamarit, Marqués de La-

311. Todo esto, aunque más desarrollado, puede verse en mi trabajo cit. en nota 306.

312. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 287.

313. Id. íd. leg. 132, doc. 62.

314. Loc. cit. en nota 308.

315. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 135.

316. Id. íd. doc. 264.

coni, Marqués de Castellnovo, Segismundo Monter y Baltasar Villalpando ³¹⁷, a los que en 26 de agosto de 1699 hay que añadir José de Haro y Lara, Juan Luis López y Simón Soro ³¹⁸. Puede apreciarse la existencia de juristas célebres, como Monter o como Juan Luis López, pero también el predominio de la nobleza a través de condes y marqueses.

Basta comparar esta composición con la que ofrece una reunión en sesión pública tenida en 26 de mayo de 1611, y en la que el Consejo se constituye con Diego Clavero, como Vicecanciller, y los Doctores Montserrat de Guardiola, Jusepe Banyatos y Felipe Tallada, como Regentes de la Cancillería, más el Protonotario de Aragón Domingo Ortiz, y el Lugarteniente de Protonotario, Francisco Zafont ³¹⁹, aunque, posiblemente, no se trata del pleno del Consejo, sino de alguna de sus secciones, la de Cataluña, a juzgar por nombres de sus componentes. En este supuesto, se explica la actuación durante parte del siglo XVII, de una titulada «Junta de las materias de Aragón», que en 1644 la integran el Conde de Montrerey, el Conde de Chinchón y los Regentes Valonga, Pons y don Antonio de Aragón ³²⁰, mientras en 1645 la compone el Arzobispo de Zaragoza, el Arzobispo de Tarragona, el Regente Hortigas y el Protonotario ³²¹ y en 1646 sólo el Regente Bayetola, el Regente Hortigas y el Protonotario, que es Pedro de Villanueva ³²². Esto puede significar que el Consejo se ha reunido en pleno y en secciones, o que en determinados casos, se han constituido dentro de él «juntas» o comisiones especiales.

El Consejo de Aragón ha sido, como se ha dicho, un órgano, fundamentalmente, de provisión de oficios, aunque, naturalmente, éste no haya agotado su competencia y pueda observarse cierta actuación política. En 1689, y presidido por el Marqués de Castellnovo, se le observa preocupado por conseguir una austeridad en el gasto de los reinos y ciudades metropolitanas de la Corona ante la felicitación al Rey por su boda, o por el pésame por la muerte

317. Id. íd. doc. 71.

318. Id. íd. doc. 202.

319. Id. íd. leg. 132, doc. 18.

320. Id. íd. leg. 33, doc. 34.

321. Id. íd. doc. 55.

322. Id. íd. doc. 71.

de la Reina, o el nacimiento del Príncipe don Carlos ³²³. En 1631, el Consejo influye decisivamente ante el Rey para impedir la licencia que Barcelona solicita del Virrey en orden a extraer trigo del Rosellón, pues esto supondría desabastecer los Condados ³²⁴. Interviene en la tramitación de las ordenanzas municipales, como las de Zaragoza de 1607 ³²⁵ y también en la censura de libros, aunque, su intervención no parezca decisiva ³²⁶. Otros temas han embargado también su atención, como las «concordias» entre los poseedores de lugares de moriscos y sus acreedores y censalistas ³²⁷ o la protección de los franceses existentes en el Reino ³²⁸, es decir, en general, todas aquellas cuestiones que han solicitado una intervención de la Corona como titular de lo que hoy denominamos Administración central.

323. Id. leg. 52. Cuando nace el Príncipe D. Carlos José se decreta que los Ministros no lleven más propina que la de la «máscara», según parece lcerse.

324. ACA. C. de A. leg. 150.

325. Id. íd. leg. 1365, doc. 1/1. Se dice que las ordinações que se remiten se han visto en Consejo y ninguno las ha señalado, porque no se acostumbra poner nada más que la firma del Rey y la signatura del Secretario.

326. Miguel Batista de Lanuza emprende la publicación de las homilias añadidas de su tío el Obispo de Albarracín y el Maestro Fr. Jacinto Sayz pretende que la licencia es subrepticia e intenta el embargo de la edición. Se tramita en el Consejo, pero el Justicia es quien parece decidir. Vid. ACA. C. de A. leg. 150.

327. En el tema de las «concordias», el Rey no puede dejar de maravillarse con D. Antonio Manrique de Lara y Luna, Conde de Morata en 22 de junio de 1612, siendo virrey el Marqués de Aytona, pues tratan de salvarle de la ruina ante los acreedores, sin que él dé facilidades. Vid. ACA. C. de A. leg. 46, exp. 1. Se ve cómo la expulsión de los moriscos, «tan conuiniente al seruicio de Dios... y beneficio publico» ha dejado los lugares despoblados y hundido a la Casa de Morata, entre otras.

328. El Rey insta al Abogado Fiscal Escartín se declare en el Tribunal

III

LA DISOLUCION DEL JUSTICIAZGO EN EL REGIMEN CURIAL

16. *El desarrollo del régimen curial de los Austrias al amparo del judicialismo aragonés.*

Es un hecho conocido la debilidad de los Austrias por el sistema colegiado en la Administración, lo que permite hablar para la España de los siglos XVI y XVII de un régimen «polisinodial», en cuanto que la citada Administración aparece como un conjunto de sínodos o consejos. Ha podido influir la estructura del Imperio europeo de Maximiliano, pues España ha unido a él sus destino con su nieto, pero no debe olvidarse que los Consejos más importantes en España han aparecido antes, en la época de los Reyes Católicos. Habrá que pensar más en la influencia de grupos sociales, como el de los juristas, proclives al consejo, tanto en el aspecto material, como en el aspecto orgánico, y que se han impuesto en una sociedad evolucionada, tendente a rechazar la violencia pura como creadora de situaciones, es decir, la violencia no legitimada por alguna razón³²⁹. De una manera o de otra, la Monarquía Universal aparece regida por Consejos de base territorial en la administración general, entre los que se encuentra el Consejo de Aragón, y de consejos de base funcional en la administración especial.

del Justicia la firma que pende sobre los negocios de los franceses, pero a través del Consejo aquél manifiesta las dificultades, pues la firma la tienen los Diputados, que pretenden que los franceses están bajo protección del Rey, mientras éste lo que desea es que pase a Capitanía General. 24 de agosto de 1638. ACA. C. de A. leg. 150.

329. En el próximo número de los «Quaderni fiorentini per la storia pensiero moderno» puede verse mi trabajo «Una ideología para un sistema», en el que se destaca como la violencia en Indias precisó de la justificación que realizó la Escolástica. En realidad, Maquiavelo lo que trata es de denunciar un encubrimiento de intenciones y exponer la realidad cruda, causando escándalo en un orbe convencional. El «polisinodismo» lo destaco en mi «Iniciación histórica al Derecho español», parágr. 636. También podría hablarse de régimen senatorial, como he hecho para Indias.

El reflejo del régimen polisinodial en la administración de justicia se encuentra en lo que podríamos denominar «régimen curial», es decir, régimen basado en la organización cortes o tribunales, en los que la decisión unipersonal del juez se disuelve en la decisión consensual de un colegio de jueces. Esta tendencia por lo que se refiere a Aragón aparece clara en el siglo XVI, en el que un fuero de las Cortes de Monzón de 1553, por evitar dudas en el fuero de otras Cortes de Monzón, las de 1528, sobre que el Vicecanciller, el Regente de la Cancillería y el Asesor del Gobernador no puedan pronunciar sus sentencias sin Consejo, incluye también al Vicecanciller y al Regente de la Cancillería del Primogénito, Gobernador general de Aragón ³³⁰.

Este fenómeno de «curialización» aparece acompañado de la tecnificación en los miembros de consejos y curias, no siendo fácil determinar cuándo el primero es causa o consecuencia del segundo. En Cortes de Monzón de 1564 se exige seis años de práctica o «plática» para el Vicecanciller, Regente de la Cancillería, Asesor del Regente de la Gobernación general, consejeros de lo criminal, asesores del Zalmedina de Zaragoza y otros jueces ordinarios, exceptuando sólo al Vicecanciller existente en ese momento, lo que se complementa con otro fuero en el sentido de que Vicecanciller, Regente de la Cancillería, Asesor del Gobernador, Consejeros de la Audiencia civiles y criminales, Lugartenientes del Justicia, asesores del Zalmedina de Zaragoza y otros jueces ordinarios y abogados han de ser graduados de Doctores o Licenciados en Leyes, o en Cánones, en las Universidades de Salamanca, Lérida y Huesca, u otras Universidades aprobadas ³³¹. Significa un triunfo amplio del grupo social de los juristas, que, como se recordará, experimentará en el siglo XVII un retroceso por lo que se refiere al Consejo Supremo de Aragón, en cuanto éste ha devenido un órgano puramente administrativo, sin competencia judicial, pero que se consolidará en los órganos curiales, es decir, en las cortes o tribunales de justicia.

El desarrollo del régimen curial de los Austrias se desarrolla en Aragón al amparo del «judicialismo» propio de toda la Coro-

330. SAVALL-PENÉN, *op. cit.*, pág. 366.

331. *Op. cit.*, pág. 386.

na³³², aunque, paradójicamente, este «judicialismo» haya constituido el instrumento defensivo de aquélla ante el expansionismo castellano. La paradoja se explica, o, mejor dicho, no es tal paradoja, porque el «judicialismo» aragonés a lo que se ha opuesto es al «administrativismo» castellano, y no, a la organización colegiada judicial. El judicialismo aragonés, por otra parte, de carácter conservador y medievalizante, trata de impedir que las cuestiones se resuelvan por vías expeditivas, como es la administrativa, y poco respetuosas con un entramado de libertades históricas, como es también toda vía administrativa, para la que la ley se convierte en reglamento, pero no se opone por principio, a que la administración de justicia sea colegial en lugar de unipersonal. La Corona, que aspira a colegializar, tanto la vida administrativa, como la judicial, cuando se ve forzada a admitir esta última como la vía ordinaria, al menos, procura «curializarla». Hay que suponer que una Monarquía absoluta, como será la borbónica, preferirá órganos unipersonales que le faciliten la celeridad en la ejecución de sus decisiones, pues en ellos no va a encontrar resistencia, pero una Monarquía seriamente limitada, y la Monarquía Universal lo es, encontrará ventajas en unos órganos colegiados cuya voluntad aparecerá frecuentemente dividida.

En Aragón, y en el siglo xvii, prácticamente todas las cuestiones contenciosas o litigiosas se resuelven por la vía judicial, incluyendo las de las entidades municipales con particulares³³³. Tratándose de cuestiones graves se recurre al nombramiento de comisarios judiciales³³⁴, de notable abolengo en la Corona, pues las más

332. Lo he estudiado en mi libro sobre la institución virreinal en Cataluña, y para este territorio, en págs. 153-159.

333. En 17 de febrero de 1612, el Rey dice al Secretario General del Patrimonio de la Corona que la ciudad de Borja comprometa sus diferencias y pleitos con D. Pedro Colonia, Indalecio de la Vera y Joan Reus en poder de algunos de la Audiencia u otros que ordenare el Virrey. ACA. C. de A. leg. 132, doc. 12.

334. Una «Junta de las Cortes de Aragón» en Calatayud a 6 de mayo de 1626 aconseja una comisión muy amplia a un juez «mui entero y zeloso» en averiguación y castigo de los delitos de lesa majestad, «si bien desta demostracion de comissiones la experiencia ha mostrado se puede tener poca o ninguna esperanza de buen sucesso». Se piensa en el Dr. Domingo Escartín, renunciando a su cargo de Lugarteniente del Justicia y nombrán-

altas magistraturas reales han sido primitivos «comisarios»³³⁵.

La oposición entre el judicialismo aragonés y el administrativismo castellano se manifiesta también en esta época en la sentencia. En Castilla tiende a ser un decreto, donde lo que interesa más es lo que encierra de orden o disposición de la autoridad que pone fin a un conflicto, en tanto en la Corona de Aragón, en general, lo que más preocupa es la aplicación del ordenamiento foral o privilegiado para su salvaguarda. De aquí, que en Castilla no interese la motivación de la sentencia, que sólo proporciona trabajo al Tribunal y es semillero de nuevos conflictos, en tanto en Aragón no se concibe la sentencia sin la motivación³³⁶. Un Fuero de las Cortes de Monzón en 1547, que confirma y prorroga hasta nuevas Cortes generales las de Monzón de 1553 expresa que la experiencia ha mostrado que es muy útil y conveniente a la administración de justicia el que Jueces y Consejeros en las sentencias definitivas hayan de dar los motivos de sus votos y pareceres³³⁷. Sin embargo, las Cortes de Tarazona de 1592, que reflejan el triunfo de la Corona tras los sucesos de Antonio Pérez, no se deciden a suprimir la motivación, pero reducen su publicidad, en cuanto ordenan que los votos de los jueces sean secretos, tanto en la Audiencia como en la Corte del Justicia, de forma que lo que se comunica a las partes es el número de votos de unas y otras opiniones, pero no, los nombres de los que las han emitido³³⁸.

dose en la Audiencia civil, y el Rey accede. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 253.

335. He estudiado esto en *Virreyes y lugartenientes medievales en la Corona de Aragón, Cuadernos de Historia de España, XXXI-XXXII*, Buenos Aires, 1960, págs. 175-248.

336. Aunque no exhaustivamente, el tema ha sido abordado por Johannes-Michael Scholz.

337. Es el Fuero «*Ut Iudices, Consilarii, & Assessores motum suorum votorum exprimers teneantur*», de cortes de Monzón de 1553. Vid. SAVALL-PENÉN, op. y tomo cit. pág. 367.

338. Vid. op. cit., pág. 437.

17. *La Audiencia real como órgano central de la estructura curial aragonesa.*

La Audiencia en la Corona de Aragón sigue siendo un órgano mal conocido, empezando por su origen, que debe ser común con el del Consejo de Aragón, y que es el de una derivación de la Cancillería, que en el caso de las Audiencias debe producirse en el siglo XIV, y en el del Consejo de Aragón, a fines del siglo XV. El Canciller, en cuanto elaborador de los documentos reales, en gran parte de orden judicial, ha sido el asesor o consejero del Rey cuando éste ha actuado como Juez, función que durante varios siglos ha sido la principal. La dificultad del Canciller, oficio vinculado a un obispo o abad, para acompañar al Rey en sus viajes y para intervenir en sentencias con penas de derramamiento de sangre, ha obligado a sustituirle por un Vicecanciller, doctor en leyes y laico, cuya ausencia, a su vez, ha sido suplida por un Regente de la Cancillería, al que, conforme ha ido siendo necesario, se le han dotado de consejeros, doctores u oidores, también letrados. La reunión del Canciller, el Vicecanciller y el Regente de la Cancillería, o cualquiera de éstos con sus consejeros ha constituido un «consejo» o «audiencia», uno de los cuales, se ha establecido en Aragón, con la misión de constituirse bajo la presidencia del Rey o, en su defecto, del Lugarteniente general o del Primogénito del Rey, Gobernador general, en tanto la unión de toda la Corona de Aragón con Castilla ha determinado la constitución de otro «consejo» o «audiencia» para aquel conjunto, cuya presidencia se ha encomendado al Vicecanciller, si bien, como se sabe, la Corona ha pretendido hacerlo a un Presidente que no tuviera necesariamente la condición de Vicecanciller.

Hasta 1528, cuando la Audiencia, que es una curia «universal» en cuanto su jurisdicción se extiende a todo el Reino, no puede reunirse porque carece de su Presidente, es decir, del Rey, el Lugarteniente General o el Primogénito Gobernador general, actúa otra curia «universal», que es la del Regente de la general Gobernación, pero a partir de esa fecha la Audiencia Real se considera establecida permanentemente y excluye la curia del Regente de la general Gobernación, que, sin embargo, pasa a presidir la citada

Audiencia. A partir, pues, de 1528, la Audiencia es, sin discusión, el órgano central del régimen curial aragonés, que puede estar presidida por el Rey, el Lugarteniente general, el Primogénito Gobernador general o el Regente de la General Gobernación, y constituida en los tres primeros casos por el Regente de la Cancillería y cuatro consejeros, ya que el Vicecanciller reside en Madrid y preside el Consejo Supremo de Aragón, y en el cuarto caso por el Asesor del Gobernador y los citados consejeros ³³⁹.

La Audiencia parece agobiada por las cuestiones criminales y no alcanza a poder ocuparse de las cuestiones civiles, razón por la cual en Cortes de Monzón de 1564 se procede a la formación de un nuevo Consejo para votar y aconsejar en las causas criminales cuando deban ser votadas por los Consejeros de la Real Audiencia y consultadas por los Jueces ordinarios del Reino. Se prevé el que el Rey, dentro de los veinte días de la publicación de estos fueros, nombrará para «votar y aconsejar... en las causas criminales» cinco letrados de ciencia y conciencia, hábiles y expertos en Derecho y en Fueros y Observancias del Reino, naturales y regnícolas, de más de treinta años, con seis años de práctica en el Reino, y demás calidades exigidas. Este Consejo se reunirá cada «día jurídico» en la casa y lugar asignado por el Rey, Lugarteniente general, Regente de la general Gobernación o Asesor del mismo dentro de las Casas de la Diputación y en cámara contigua a la que se tiene el Consejo de la Audiencia Real, presidiendo el Regente de la general Gobernación dos horas cada día jurídico, mañana o tarde ³⁴⁰.

En las mismas Cortes de Monzón de 1564 se determina que los Consejeros han de asistir personalmente y examinar los testigos en las causas criminales, juntamente con los Notarios «actitantes» en los procesos, asistiendo personalmente en Zaragoza el Zalmedina, y en los demás sitios el juez ordinario. Vacando por muerte u otra causa alguno de los cinco consejeros, el Rey provee dentro de los dos meses, y si no lo hace, los Diputados extraen de las bolsas existentes para sortear los Lugartenientes de Justicia ³⁴¹. El

339. Vid. mi libro *La Gobernación general en la Corona de Aragón*, Institución Fernando el Católico, Madrid-Zaragoza, 1962, págs. 286-287.

340. Vid. SAVALL-PENÉN, *op. cit.*, págs. 378-379.

341. Vid. *op. cit.*, pág. 385.

Lugarteniente general o el Regente de la general Gobernación son los que reparten los procesos que son consultados por Jueces ordinarios entre los que serán relatores de los procesos criminales de la Real Audiencia ³⁴². En Cortes de Zaragoza de 1646, los Consejeros de la Real Audiencia reciben facultades para prender los delincuentes ³⁴³. Las sentencias, según lo determinado en Cortes de Monzón de 1565, se pronuncian por mayoría, decidiendo el parecer del Relator, si concurre con el de otros Consejeros ³⁴⁴. En virtud de lo dispuesto en Cortes de Monzón de 1564, las sentencias dadas y pronunciadas en la Real Audiencia, y de y con consejo de los Consejeros de lo criminal, si son condenatorias de muerte natural o mutilación de miembro, son recurribles por la vía de apelación al Rey estando presente, o al Lugarteniente general, Primogénito o Regente el oficio de la Gobernación, con el consejo de los Consejeros de la Real Audiencia, como sucede con las sentencias definitivas de las causas civiles. Igualmente ocurre con el que es condenado por el Zalmedina y los otros Jueces ordinarios del Reino en la forma dicha, es decir, con sentencia de muerte o mutilación de miembro, y no alguna otra ³⁴⁵.

La Audiencia Real llega así al siglo xvii descompuesta en una Audiencia Real estricta o de lo civil, y un Consejo criminal para lo penal. Las Cortes de Monzón de 1563 denuncian la frecuencia con que los Consejeros reales se ausentan con comisión de insaculaciones, disminuyendo así el número establecido por Fuero e impidiendo y dilatando la expedición de las causas. En esas Cortes se recuerda que los Consejeros reales residen donde resida la Audiencia para que los negocios se expidan conforme a Fuero, y el futuro Felipe II ordena que «en tiempo de negocios» no puedan ausentarse con dichas comisiones, pues tienen salarios suficientes por razón de sus oficios ³⁴⁶.

La importancia de la Audiencia puede medirse por el hecho de que en 19 de febrero de 1641, los Diputados se quejan de estar «vacas» las plazas de Regente de la Cancillería, una de lo criminal

342. Id. íd., pág. 379.

343. Id. íd., pág. 493.

344. Id. íd. pág. 381.

345. Id. íd., pág. 382.

346. Id. íd., pág. 366.

y la de Abogado fiscal y patrimonial, con lo que padecen iglesias, universidades, pupilos y «pobres presos», aconsejando el Consejo de Aragón al Rey «se respondiese gratamente al Reyno»³⁴⁷, y aún más agudamente denuncia el peligro el Condestable de Castilla como Virrey en 1644³⁴⁸.

18. *La decadencia política del Justicia y su inferioridad ante el Virrey y el Gobernador.*

Ninguna otra institución absorbe en Aragón el interés general como la hace la del Justicia, pero, por una parte, no se le suele considerar históricamente, es decir, admitiendo en él diversas etapas, y de otra parte, se infravalora injustamente otras instituciones, y, sin embargo, estos defectos son más propios de nuestros días que de aquéllos en que el Justicia era todavía una figura viva, como en el siglo XVI, aún antes de producirse el cambio fundamental de 1592.

La visión histórica que el siglo XVII tiene del Justicia es la que le suministran juristas como Bardaxí a finales del siglo anterior. Para Bardaxí, el primer Fuero que habla del Justicia es el relativo a la confirmación de la moneda, diciendo que entre los testigos que lo juran está Pedro Pérez, que es el primero citado por Jiménez de Cerdán, quien sitúa después a Jimeno Pérez de Salanova, pero al que precede Pedro Martín de Artasona. Para Bardaxí, el origen del Justicia no se puede extraer de los Fueros, pues éstos hablan ya de él como un producto, y cree en la leyenda tradicional, es decir, en que después de que el pueblo es creado y la república no puede gobernarse sin Rey, conviene crearlo, pero para evitar los daños anunciados por Samuel a los que pedían Rey, cautísimamente transfiere el pueblo la jurisdicción al Rey, pero constituyendo mediador y Juez entre ellos, con lo que vienen a la sujeción al Rey mediante pacto, que, como se ha de observar, justifica el que se diga que los aragoneses «quoad plenitudinem potestatis non esse subditos domino Regi». También cree Bardaxí que la primera provisión ha sido hecha por el pueblo, pero que al no contener nada

347. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 237.

348. Id. íd., doc. 238.

en ella, se entiende corresponder al Rey en el futuro, estatuyéndose en otros Fueros la forma en que se ha de hacer la provisión ³⁴⁹.

Bardaxí se sitúa, pues, dentro de la corriente ideológica que conduce al «pactismo político» en Aragón ³⁵⁰, pero en forma bastante prudente, como también lo hace al considerar la naturaleza del cargo, que exalta pero sin emoción. Para Bardaxí no hay potestad sobre la tierra que pueda comparársele, pero si se cree a Benedicto XIII, relatado por Juan Ximénez de Cerdán. Partiendo de esta base, puede compararse el oficio al de «questor» en cuanto todos los Justicias del Rey le están sometidos, y sólo él es Juez competente en las causas de los que delinquen en sus oficios. Como Juez competente entre Fisco y particular es comparable al Procurador del César y es, además, Juez competente y peculiar entre Fisco y particular a no ser que en la causa introducida se opusiera el que puede hacerse ante cualquier Juez. Otra comparación para Bardaxí es la de pretor en cuanto le pertenece al Justicia la interpretación y declaración de los Fueros del Reino, y en prohibir por sus inhihiciones al hacer fuerza a los otros magistrados es comparable al oficio de tribuno. Así, pues, para Bardaxí, el oficio de Justicia según sus distintos aspectos, es comparable a los de questor, procurador del César, pretor y tribuno, con el nombre de noble y excelente, según Ximénez de Cerdán, y sin que el Rey ni sus oficiales puedan castigarle, lo que corresponde a las Cortes generales, ni prenderle por deuda civil ³⁵¹.

Sobre potestad y jurisdicción del Justicia, Bardaxí, que escribe antes del cambio de 1592, distingue dos etapas, separadas por la edición de los diez libros de los Fueros con ocasión de la renuncia a los Privilegios de la Unión, con lo que hay que suponer se refiere al período de Pedro IV. Antes de ese momento había pocas causas, porque los Fueros no concedían tan amplia jurisdicción al Justicia según refiere Ximénez de Cerdán, aunque según el Privilegio General era el Juez de todas las causas que iban a la Corte general, que se celebraba cada año. Después de publicados los diez libros.

349. BARDAXÍ, *op. cit.*, fol. 101 v.º.

350. He diferenciado el pactismo político del pactismo jurídico en una conferencia pronunciada en Madrid hace algunos años, y todavía no publicada. El acto estaba organizado por la Real Academia de Jurisprudencia.

351. BARDAXÍ, *op. cit.*, fols. 99-100.

de los Fueros es cuando se concede amplia potestad al Justicia, según Bardaxí, que precisa que en su tiempo cesa la cognición en las Cortes, no porque falte la jurisdicción, sino porque por estatuto el Justicia tiene un Senado de cinco lugartenientes, y en las Cortes sólo se trata de agravios. Después Bardaxí distingue distintos tipos de causas en orden a la jurisdicción del Justicia, como son: a) las que se han de tratar y examinar ante él sin recurso; b) las que necesariamente se han de ver en primera instancia ante él, pero con recurso; c) las que pueden incoarse en la Real Audiencia o en la Corte del Justicia; d) las que sólo pueden incoarse en segunda o en tercera instancia; e) las que no se pueden tratar en ninguna instancia; f) las que sólo se pueden tratar ante él, como las causas criminales de los oficiales en sus oficios, incluso, si son vecinos de Teruel, aunque no, de los oficios administrados, y g) las provisiones de iurisfirma, confirmaciones de cometerse agravios, o revocaciones de aquéllas, que no pueden emanar, sino de la Corte del Justicia ³⁵².

De la exposición de Bardaxí se conduce que la jurisdicción del Justicia es muy amplia y de que se trata de una magistratura ciertamente importante, pero, naturalmente, no es la única. Indudablemente, es inferior a la del Virrey, que representa la persona del Rey, y que cuando se le compara con las antiguas magistraturas romanas no se hace con las de questor, procurador del César, pretor y tribuno, sino con la del Prefecto del Pretorio ³⁵³. Pero, además, al menos en el aspecto del protocolo, no ciertamente desdeñable, el Justicia es inferior al Gobernador, o más propiamente hablando, al Regente el oficio de la Gobernación, lo que destaca el propio Bardaxí ³⁵⁴. Este Regente, al que por abreviar llamaré Gobernador, disfruta de jurisdicción universal, como el Justicia, y también ordinaria, en este sentido «favorable» frente a la del Virrey, que es delegada y, por tanto, «odiosa». Recorre el Reino, evocando para sí las causas de los ordinarios de ciudades, villas y lugares, y puede presidir la Audiencia Real, en tanto no estén pre-

352. Id. id., fol. 99 v. y ss.

353. Para Cataluña lo he estudiado en *La institución virreinal en Cataluña*, pág. 75 y ss.

354. Vid. mi obra sobre la Gobernación general, pág. 266.

sentes el Rey, el Lugarteniente general o el Primogénito Gobernador general. Es verdad que hay competencias del Justicia que no corresponden al Gobernador, pero también es verdad que, como ha estudiado Bardaxí, hay casos reservados exclusivamente a éste, es decir, de los que no conoce el Justicia, como también hay otros casos reservados al Gobernador en primera instancia, que también pueden corresponder al Justicia, y de los que están excluidos los demás Jueces ordinarios³⁵⁵. No debe interpretarse esto en el sentido de que se quiera menospreciar la figura del Justicia, pues ésta es muy importante, sino que se la entienda en su verdadera dimensión. Su grandeza reside en la posición intermedia entre Rey y Reino que representa, pero no debe creerse en su omnipotencia, ni aún en sus mejores momentos, que han debido ser los de los siglos XIV y XV, aquél sólo desde mediados, pues hay otras figuras institucionales también muy importantes, entre ellas, desde luego, la del Gobernador, rarísimamente citada en la actualidad, quizá, porque como hoy se dice, la ha faltado «promoción», pese a que yo la he estudiado ampliamente. Por otra parte, la figura del Justicia ha sufrido crisis políticas, incluso, antes de la del siglo XVI. Ya se dijo anteriormente, que los agravios han sido decididos en muchas ocasiones por los «extragravatores», y si bien le ha correspondido la prórroga de las Cortes aragonesas, tratándose de Cortes generales a los tres reinos lo ha hecho el Vicecanciller, protestando valencianos y catalanes la presencia del Justicia³⁵⁶.

Hasta la crisis de fines del siglo XVI, la provisión de Justicia ha tenido la condición de vitalicia, residiendo en ello gran parte de su fuerza. Como testimonia Bardaxí siguiendo a Molino, y citando el caso concreto de la muerte de Berenguer de Bardaxí, la realiza el Rey dentro de los treinta días de la intimidación hecha por los Lugartenientes del Justicia, Baile general, Procurador Fiscal y Diputados del Reino, requiriéndose como cualidades las mismas que para Gobernador, es decir, ser caballero, natural y domiciliado en el Reino. Bardaxí dice que, a diferencia de lo sucedido con el Gobernador, que había de ser caballero «simplex», no aparece determinado si el Justicia puede recaer también en un caballero

355. Id. id., págs. 282-284.

356. BARDAXÍ, op. cit., fol. 25.

«magnus», aunque se pronuncia por la negativa, pues el Justicia está obligado a la pena de talión, que no puede recaer en el caballero noble, si bien Bardaxí admite que, como sucede en el caso del Gobernador, el nombrado Justicia pueda renunciar a la nobleza al efecto de poder ser castigado corporalmente. La naturaleza del reino no excluye el nacimiento fuera de él, y en cuanto a si domiciliado puede considerarse por el hecho de tener vasallos en Aragón, Bardaxí se remite a lo dicho sobre el Gobernador ³⁵⁷.

La gran crisis del Justiciazgo se produce a fines del siglo XVI, cuando dentro de la atmósfera ideológica que supone la exaltación de los conocidos como «Fueros de Sobrarbe», se desarrollan tres hechos, como son la utilización del «Privilegio de los Veinte» por el Concejo de Zaragoza, el denominado «Pleito del Virrey extranjero» y la prestación de asilo político a Antonio Pérez, que desencadenan la intervención del ejército real al mando de don Alfonso de Vargas y la ejecución del Justicia don Juan de Lanuza el 20 de diciembre de 1591 ³⁵⁸. La crisis institucional se resuelve a través de las Cortes de Tarazona de 1592, cuyos fueros se promulgan en 29 de febrero de 1593. Uno de ellos, bajo la rúbrica «Del officio del Iusticia de Aragón», tras destacar los abusos e inconvenientes que se siguen de la perpetuidad de los oficios preeminentes, determina que en adelante, el Rey puede proveer el oficio de Justicia por el tiempo que fuere de su Real Servicio y «durante su beneplácito, mera, y libre voluntad», no obstante los fueros, usos y costumbres, que subsisten en todo lo demás ³⁵⁹. No es preciso insistir mucho en la significación del cambio, que convierte al Justicia en una magistratura dependiente totalmente del Rey que, no solamente lo designa, como hacía antes, sino que, además, puede destituirle en cualquier momento y sin necesidad de justificar la destitución.

El cambio se refleja, como es natural, en la práctica subsiguiente. A la consulta del Rey en cuanto a «que dispone el fuero» sobre cuándo se ha de nombrar Justicia, el Consejo de Aragón, al informarle que ha de hacerse dentro de los treinta días de llegarle la

357. Sobre todo esto vid. BARDAXÍ, op. cit., fols. 101 v.º-102.

358. Vid. mi obra sobre *Los Fueros de Aragón*, Librería General, 2.ª ed. Zaragoza, 1979, parágr. 25.

359. Vid. SAVALL-PENÉN, op. cit., pág. 437.

noticia de que vacó, ha de advertirle que «haviendo jurado V. Mag. este Fuero con los demás, parece que hay obligación de cumplirlo», y el Rey lo cumple, nombrando en 20 de junio de 1593 al Regente Pueyo, pero no sin añadir que «advirtiese al nuevo Justicia que no consienta se le llame señoría»³⁶⁰. Aún así, el Rey parece más prudente que el Virrey, Duque de Albuquerque, que apoya la supresión de la última parte de la cláusula contenida en los pregones de las sentencias criminales, que era la de «esta es la justicia que manda hazer el Rey nro. Sr. y en su nombre el Justicia de Aragón». Según el Duque, al ser nombrado Justicia el Dr. Urbano Ximénez tras la muerte de Lanuza, él mismo suprimió la indicada última parte, y así se le advirtió también al sucesor, el Dr. Juan Pueyo, considerando que el único que lo había sentido en la ciudad era el Justicia, que también lamentaba el que los Alguaciles reales entraran con insignias en la cárcel de los manifestados. La decisión del Rey en 15 de enero de 1594 es que los pregones se hagan como solían hacerse antes, y rechaza el que el Virrey y el Gobernador añadan cláusula parecida a la del Justicia en sus pregones³⁶¹. Como es lógico, más prudencia que el Virrey demuestra el Consejo de Aragón, quien cuando en 30 de marzo de 1593 propone como Justicia en el primer lugar de la terna al Regente Battista, indica que «conviene mucho que el que fuera sea confidente, y que tenga... maña para saber encaminar y fundar por los fueros...»³⁶².

Es importante destacar que, como se habrá observado, los nombramientos de Justicia recaen en los años siguientes a la crisis en los miembros de la Real Audiencia. Es el propio Consejo de Aragón el que en 30 de mayo de 1593 observa que las dos últimas veces el Rey ha proveído el Justiciazgo en los de la misma profesión, y por ello le propone una terna constituida por el Regente Battista, el Regente Pueyo y el Dr. Joan Ram, Regente de la Real Cancillería³⁶³. En 2 de septiembre de 1598, el Rey nombra Justicia al Regente Ram, y en lugar de éste a Micer Torralba, pidiendo nómina al Virrey para la plaza vacante³⁶⁴. Un Regente de

360. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 7.

361. Id. id. doc. 3.

362. Id. id. doc. 8.

363. ACA. C. de A. leg. 3, doc. 8.

364. Id. id. doc. 5.

la Audiencia de Mallorca como el Dr. José del Calvo y Monreal, es quien suplica «restituirse a su Patria» en la vacante que promoviera la muerte del Justicia ³⁶⁵, lo que significa dar por descontado que se va a nombrar Justicia a un Regente. En 1656, el Justicia don Miguel Gerónimo de Castellot es «cauallero del Consejo del Rey ³⁶⁶. En estos consejeros reales el Rey encuentra personas leales y, al mismo tiempo, hábiles en el cargo, en cuanto conocedores de los Fueros, pero distan mucho de responder al concepto tradicional del Justicia, que no había de ser jurista, sino caballero. La condición de caballero en estos juristas era, además, ficticia, pues resultaba de una equiparación y no, de una identidad.

Aunque no haya que otorgarle mucha significación, la relación del Justicia con el Rey, es de sumisión total, despidiéndose de él como «muy humilde vassallo que sus Reales manos vesa. El Justicia de Aragón». Sin embargo, no lo son tanto las relaciones con el reino, pues si el Dr. Juan Campí, Justicia, jura los Fueros de Catalunya y, en particular, el «por apellidos fictos» ³⁶⁷, Pedro Valero no ha jurado todavía después de cinco meses de su nombramiento, dilatando con ello el juramento de su sucesor en el Consejo de Aragón ³⁶⁸. En el nombramiento, que se redacta en latín hasta en los días de Carlos II, se contiene una amplia biografía del nombrado, como puede verse en el de don Pedro Valero, que sucede por muerte de Luis de Exea y Talayero, y que fue Regente del Consejo de Aragón durante treinta años, naufragó al ir a posesionarse del cargo de Presidente de la Real Cámara Summaria de Nápoles, fue prisionero de los franceses y prestó muchos servicios en Sicilia. El nombramiento refleja la condición precaria del Justicia, en cuanto la fórmula es la siguiente: «Tibi... ad nostram meram, et liberam voluntatem concedimus, commitimus, et Comendamus: ita quod tu solus, et non alius, sin Justitia Aragonum...» ³⁶⁹. Como ocurre con virreyes y otros altos cargos, al Justicia se le entrega «instrucción secreta», y también se le concede la provisión de es-

365. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 191.

366. Id. id. doc. 46.

367. Id. id. núm. 12.

368. 19 de junio de 1681. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 13.

369. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 178. No hay fecha. Se trata de una minuta

cribanías, pero sin poder tomar nada por ello ³⁷⁰. En 1659, el Arzobispo de Zaragoza, como Virrey, ataca esta última competencia, y dice que los Justicias lo pretenden de acuerdo con los prácticos y los historiadores del Reino, como también el que lo pueden los Regentes del oficio, por atribuirles los Fueros las mismas prerrogativas que a los Justicias ³⁷¹.

19. *La ascensión y tecnificación de los Lugartenientes del Justicia.*

Paralelamente a la decadencia política del Justicia se produce el ascenso y la tecnificación de sus Lugartenientes que, en principio, no son nada más que sus asesores, pero que en esta época han devenido los que verdaderamente ejercen el oficio constituidos en su «Corte». El Lugarteniente recibe también el título de «Regente el oficio de Justicia Mayor de Aragón» ³⁷² o, como en el caso de Segismundo Monter, se dice ser «del Consejo de V. M. y Lugarteniente Ordinario de la Corte del Justicia de Aragón» ³⁷³.

El procedimiento de designación procede en el siglo XVII de la regulación verificada en las Cortes de Tarazona de 1592. El Rey, en las Cortes generales o particulares, nombra nueve personas para Lugartenientes de la Corte del Justicia de Aragón, de las que ocho son insaculadas, extrayéndose dos por cada uno de los cuatro brazos de las Cortes, y de las ocho extraídas, el Rey elige y nombra los cinco Lugartenientes, quedando los tres restantes en la bolsa para suplir las vacantes que se vayan produciendo hasta las próximas Cortes, en tanto que se si agota la bolsa, es entonces el Justicia y sus lugartenientes los que proponen tres, para que el Rey elija uno ³⁷⁴.

En la práctica del siglo XVII hay que recurrir frecuentemente al último método, pues las Cortes se reúnen muy poco y, en conse-

370. Id. íd. doc. 90.

371. Id. íd. doc. 92.

372. Id. íd. doc. 189.

373. Id. íd. doc. 190.

374. Vid. SAVALL-PENÉN, *op. cit.*, págs. 437-438.

cuencia, las bolsas quedan exhaustas³⁷⁵. La terna no se dispone entonces por votos o por méritos, sino por antigüedad, y ha de hacerse por la Corte del Justicia y por el Justicia mismo, aunque éste es el que suele recomendar a alguno³⁷⁶. La terna se eleva al Consejo de Aragón que, a su vez, se pronuncia, a veces, frente al Justicia, y exponiendo sus razones³⁷⁷. Las excusas de los propuestos pueden dar lugar a nueva terna³⁷⁸.

El Rey se encuentra así con ternas informadas, a veces, contradictoriamente, pero con conocimiento de las causas. Del famoso jurista Pedro Calixto Ramírez, se dice en 1624 que su libro «ha sido muy bien recibido»³⁷⁹. En marzo de 1643, el Consejo opina que el Dr. Miguel Pérez de Nueros es letrado con servicios, pero no se puede asegurar su práctica porque no ha cursado en los Consejos ni ha sido extraordinario en ellos, si bien termina por nombrársele³⁸⁰. En esas fechas se propone a tres catedráticos, de los que uno es de Zaragoza y dos de Huesca, nombrándose a Juan Antonio Costas, Catedrático de Huesca, pero ya domiciliado en Zaragoza³⁸¹. El Regente del Consejo de Aragón Vicente Hortigas propone en 1645 a Juan Cristóbal de Suelves por su gran ciencia y haber escrito libros de gran erudición³⁸². A Bartolomé Pérez de Nueros también se le nombra en 1660 por sus letras, aunque también concurre y se destaca la circunstancia de ser sobrino del Obis-

375. Es el caso del Justicia, D. Miguel Gerónimo de Castellot, proponiendo con su corte terna para Lugartenientes por no haber bolsas primera ni segunda de lugarteniente hechas en las últimas Cortes, 24 de octubre de 1656. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 45.

376. Vid. loc. cit. doc. 42. El Justicia envía terna para los cinco Lugartenientes, pero recomienda al Dr. Pedro Berdún que había renunciado a la plaza.

377. Vid. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 42. El C. de A. se decide por el tercero de la terna que es el Dr. Juan Francisco Pallas. A Berdún se le rechaza por «poco aliento y valor» al renunciar, sin preceder licencia del Rey. A Joseph Leyza y Eraso lo rechaza por «oposición a las materias del servicio de V. Magd». 4 de abril de 1653. El rey nombra a Pallas.

378. No se llega a ello cuando el Dr. Joseph Oscariz se le admite la aceptación de ser incluido en la terna de Lugarteniente, después de que por excusarse se iba a pedir nueva terna. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 43.

379. 12 de febrero de 1624. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 266.

380. Marzo 1643. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 49. Se le nombra en doc. 51.

381. Id. id. doc. 50.

382. 4 de julio de 1645. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 157.

po de Mallorca ³⁸³. En 1652, dos doctores son los que sustituyen a otros dos ³⁸⁴. A través de estos nombramientos pueden conocerse las carreras correspondientes, muy brillantes, por regla general. En 17 de febrero de 1642 se nombra Lugarteniente del Justicia al famoso Luis Exea y Talayero, que había sido Catedrático hasta su jubilación, asesor del Zalmedina y en ese momento, asesor de la Baylía general, aparte de Abogado ordinario de la ciudad. Entre sus méritos se encuentran los de haber pasado en 1638 con el «jurado en cap» a Navarra y distinguirse en las Cortes de 1626, donde consigue el servicio voluntario del Reino y el asentamiento con el clero de la paga del subsidio y excusado. También se menciona la circunstancia familiar de estar casado con la hija del Dr. Domingo de Escartín ³⁸⁵. En esta época es el Rey siempre quien decide directamente por encontrarse en el Reino, a diferencia de lo sucedido en el siglo anterior, en que es posible encontrarle delegando en su Lugarteniente general ³⁸⁶.

La recusación de un Lugarteniente, es decir, su consideración como «sospechoso», da lugar al nombramiento de un sustituto, que es considerado como Lugarteniente «extraordinario». Para ello, se recurre a las bolsas existentes para Lugartenientes «ordinarios», y si los «redolines» se han agotado, el Justicia y su corte elevan terna, expidiéndose despacho o cédula al nombrado y exigiéndosele juramento. En 1675, Pedro Lorfelin sustituye a Jorge Labalsa, y cuando en 1700 se declara «sospechoso» a Félix Cossin de Arbeola, uno de los elevados en la terna es el conocido Gil Custodio de Lissa ³⁸⁷. Las tensiones pueden detectarse en la consulta del Consejo de Aragón en diciembre de 1699, quien relata cómo el Justicia en carta ha dado cuenta de que a instancia del Reino se ha dado por

383. 2 de febrero de 1660. Id. *id.* doc. 173.

384. Año 1652. Los Drs. Antonio Jordán Galbán y Francisco Clemente Soriano sustituyen a los Drs. Calvo y Español. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 40.

385. Id. *id.* doc. 162. Un «curriculum» de Segismundo Monter en doc. 190.

386. Así sucede en 8 de septiembre de 1556. ACA. C. de A. leg. 3, doc. 1. Al Rey le envían tres personas para lugartenientes «conforme al fuero y acto que dizen que ay de Corte». El Rey dice que nombraría a M. Joan de Ribas si no fuera porque contradijo lo del Virrey extranero, y concluye que elija su hermana por no dilatar. El documento es una carta del rey desde Gante a su hermana la Princesa de Portugal.

387. ACA, C. de A. leg. 52.

«sospechoso» al Dr. José Rodrigo, con ocasión de firma sobre ejecución de las sentencias criminales y ha propuesto terna para Lugarteniente extraordinario. El Conde de Frigiliana, Presidente del Consejo de Aragón, recibe al mismo tiempo carta del Virrey, Marqués de Camarasa, diciendo que «el menos malo» es Sebastián Cavarte, y acusa al Justicia de «que su genio es dificultoso, y muy extravagante», pues se le ha previsto que proponga tres abogados «confidentes a V. M. y no defidentes al Reyno», y obra caprichosamente. El Virrey, y con él el Conde de Frigiliana se deciden por el que no es tan letrado, pero es más fiel, y el Rey se conforma con ellos, designando al indicado Sebastián Cavarte, que es menos letrado que Jaime Ric ³⁸⁸.

20. *La conversión del Justiciazgo en una corte rival de la Audiencia.*

Aunque lo más llamativo es la privación de la condición vitalicia del Justicia, fenómeno, como se ha dicho, producido en 1592, y que representa la decadencia política de la institución, hay que tener presente que, desde el siglo xv, pero, fundamentalmente desde principios del siglo xvi se ha producido una evolución más trascendente posiblemente que la anterior, y que la que transforma o convierte al Justiciazgo de una magistratura unipersonal en una corte, y en una corte rival de la Audiencia, disolviéndose, por tanto, el Justiciazgo en el mundo curial desarrollado en Aragón como reflejo judicial del sistema polisindial de los Austrias, con antecedentes en los últimos Trastamaras.

La citada evolución está reflejada por Bardaxí, que la trata como «reparo del Consejo del Justicia de Aragón», y que considera como «Fueros del reparo», es decir, como Fueros de la reforma los de 1528, desde luego, y los siguientes, posiblemente, como los de 1552 y 1563.

Siguiendo a Bardaxí, se observa que, al principio, la jurisdicción por presunción de derecho, se ejercía por el propio Justicia, por lo que en su ejercicio había de recurrirse «ad reglas artis».

388. Id. id. El Justicia D. Pedro Valero, amonestado, tiene que bajar la cabeza.

El Justicia no podía ser sustituido ni crear Lugartenientes sino en caso de necesidad. No obstante, se le otorga facultad para crear dos Lugartenientes, pero de forma que cada uno actúa sólo en defecto del Justicia o del otro Lugarteniente, hasta que por la multiplicidad de negocios se faculta para que el Lugarteniente pueda ejercer jurisdicción. Como sintetiza el propio Bardaxí, la justicia se ejercía por el propio Justicia y, en caso de necesidad, por uno o dos Lugartenientes, según los tiempos, tolerándose e introduciéndose el ejercicio de la jurisdicción por parte de los Lugartenientes en cuanto que no se requería que el Justicia fuera literato ni experto en los Fueros, pero observándose todo esto hasta que se constituyen los Lugartenientes en número de cinco, si bien todo esto por lo que se refiere a causas ventiladas fuera de las Cortes, porque dentro de éstas el Justicia actúa personalmente con el consejo de próceres.

El Justicia crea sus Lugartenientes hasta las Cortes de Calatayud de 1461, a los que satisface el salario junto con el Reino, de las generalidades. A partir de 1461, el Justicia ya no designa libremente sus dos Lugartenientes, sino que los extrae trienalmente de los insaculados por los Diputados, verificándose anualmente desde que lo establece la Reina Juana en 1467. No hay consejeros astrictos, pero existe un consejo ordinario y otro extraordinario, constituido el primero por todos los letrados que, procedentes de los estudios, acuden a practicar, y que juran hacerlo en poder del Justicia y del Lugarteniente, hasta que en 1519 se establecen siete consejeros, con cuyo consejo se deciden las causas.

Según los Fueros de 1528, el Justicia debe ejercer su oficio a través de sus Lugartenientes, y para ejercerlos deben ser nombrados en número de cinco, siendo necesaria esta creación, porque el Justicia no puede ejercer sin ellos lo que no le corresponde personalmente. Los Lugartenientes, sin embargo, pueden ejercer lo que corresponde al oficio, de tal manera que, faltando el Justicia, son designados «Regentes el oficio de Justicia»³⁸⁹. El Justicia crea sus notarios, porque la escribanía fue incorporada al oficio, y comete la regencia de las escribanías a los que le parece, creando

389. Sobre todo esto vid. BARDAXÍ, fols. 441-444 v.º, tratándose bajo la rúbrica «Reparo del Consejo del Iusticia de Aragon». Vid. también fol. 99.

ocho virgarios, de los que dos son privilegiados y los otros seis no lo son, y nombrando los notarios con los que los virgarios ejercer su oficio. Lo que caracteriza a los virgarios privilegiados es que no pueden ser castigados como particulares en los delitos por ellos cometidos ³⁹⁰.

En Cortes de Monzón de 1564, y para evitar que la sentencia del Relator sea la que prevalezca en Corte del Justicia, se exige que las causas hayan de votarlas los cinco Lugartenientes, y si alguno es sospechoso, se le nombra sustituto ³⁹¹, que, como se ha dicho, es el Lugarteniente extraordinario. Este Fuero no parece concordar bien con otro de las mismas Cortes, en las que se permite que si uno de los cinco consejeros es sospechoso, puedan actuar los cuatro restantes, si bien al ser sospechosos dos o más, deben ser sustituidos por el Rey, Lugarteniente general o Gobernador ³⁹². Estos Fueros están precedidos de otro de las Cortes de Monzón de 1553, que recuerda que los Lugartenientes del Justicia han de asistir a la Cámara del Consejo ciertas horas de todos los días útiles, no feriados, ni de vacaciones, para expedir las causas y negocios en la Corte del Justicia. Como por dolencias o impedimentos dejan de ir, y no se sabe si la ausencia es con justa causa o voluntaria, el Fuero dispone que el Notario del Consejo, a quien toca asentar los que asisten, sea tenido dentro de los dos días siguientes al de que los Lugartenientes dejaran de acudir por dolencia de la que hayan hecho relación al físico, intimándolo a los Diputados del Reino o a otro de ellos, so pena de ser considerado oficial delinciente en su oficio ³⁹³.

La figura del Justicia, pues, se desvanece en gran medida, de forma que si bien sigue conservando su individualidad en las Cortes, fuera de éstas es sustituido en la mayoría de las actuaciones por un tribunal o corte, que es la de los cinco Lugartenientes. Este tribunal o corte es real, y el propio Justicia en 10 de marzo de 1581, antes de los sucesos famosos de fin de siglo, le dice al Rey: «este Consistorio es tan de V. mag. como los otros» ³⁹⁴. El tribunal

390. BARDAXÍ, *op. cit.*, fol. 100.

391. Vid. SAVALL-PENÉN, *op. y tomo cit.*, pág. 392.

392. *Id. id.*, pág. 381.

393. *Id. id.*, pág. 366.

394. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 2.

es compacto, hasta el punto de que como informa el Consejo de Aragón, a diferencia de la Audiencia Real no hay primero ni segundo por regularse los lugares según el día que presentaron sus grados de bachilleres³⁹⁵, lo que no impide que uno de ellos sea Decano, y que este Decano ejerza la función del Justicia cuando vaca éste³⁹⁶. A su Secretario y Regentes principales se acostumbra insacularles en los oficios de la ciudad, bolsa cuarta, y a los Regentes substitutos, en la bolsa quinta³⁹⁷. Cada mes los Lugartenientes juran en el Consistorio de los Diputados, y como ha habido variedad en el modo y la forma, en 1646 se establece que en adelante, los Diputados estarán sentados en sus sillas y cubiertos, y los Lugartenientes, descubiertos y arrodillados³⁹⁸.

La Corte del Justicia, como ha dicho éste mismo en 1581, es una corte tan real como los demás tribunales, y es objeto de coacción regia. En 1589, el Gobernador se queja de cómo proceden los Lugartenientes del Justicia en el negociado del Conde de Belchite, y tiene que reconocer que como ya se les ha escrito, el insistir «paresce indecente»³⁹⁹. En 1564, el Dr. Diego Amigo, que pide alguna merced por haber sido cesado como Lugarteniente, dice haber sido privado por los de Ayerbe, y el Consejo de Aragón, que informa favorablemente la petición, precisa que no se le privó por lo de Ayerbe, sino por sospecha en los acontecimientos sucedidos en Teruel⁴⁰⁰. Si esto sucede en el siglo XVI, con mayor razón y menores dificultades, se producirá en el siglo XVII.

La conversión en una corte real se manifiesta en su rivalidad con la gran corte real, que es la Audiencia. Ya en la indicada fecha crucial de 1581, el Justicia pide al Rey que no prive a sus Lugartenientes de la preeminencia que siempre tuvieron de que el primero que llegara tomara lugar sin quitarle el que llegara posteriormente, lo que va dirigido contra la Audiencia, aunque manifiesta no tener pretensiones contra «Consejeros de la Real Au-

395. Id. íd. doc. 143.

396. Id. íd. doc. 194.

397. Id. íd. doc. 55.

398. Vid. SAVALL-PENÉN, op. y loc. cit., pág. 489.

399. 4 de septiembre de 1589. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 10.

400. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 6.

diencia»⁴⁰¹. Todavía en 1645, la Corte del Justicia está molesta porque sus componentes no asisten al juramento de las leyes y Fueros por el Príncipe, cuando en 1626 lo hicieron, y aunque el Rey accede, ésta manifiesta que no lo hace por justicia, sino por gracia, mientras quiera, y siempre con precedencia de los Ministros de la Audiencia⁴⁰². En esa misma fecha hay alguna opinión de que en tiempos los Lugartenientes del Justicia han precedido sin disputa a los de la Audiencia criminal, y dudosamente a los de la Audiencia, aunque se reconoce que en ese momento se observa lo contrario⁴⁰³.

21 *El reflejo de la decadencia política del Justicia en la extensión de su responsabilidad.*

En principio, el Justicia sólo parece responder ante las Cortes, sin que, como advierte Bardaxí, se determine la forma de proceder, por lo que parece se ha de realizar sumariamente y atendiendo sólo a la verdad de los hechos, porque es la manera de proceder ante el Rey, y a no ser que el propio Rey y las Cortes establezcan otra cosa⁴⁰⁴. Este no responder si no es ante las Cortes refleja bien la importancia política del Justicia, como también refleja su decadencia el que en Cortes de Calatayud de 1461 se haya establecido un tribunal de diecisiete jueces, denominados «judicantes», insaculados entre personas de todos los estamentos, quienes con consejo de letrados y votando por medio de habas blancas y negras, determinan la pena que debe imponerse. Bardaxí advierte ya que aunque el Fuero disponga que la persona del Justicia sólo puede ser acusado criminalmente en Corte general, no menos consta por Fueros de la Inquisición que si delinque en el oficio puede ser denunciado como los demás de sus Ministros, y si delinque dolosamente es castigado con ellos. Otra cosa es, advierte también el jurista aragonés, que se trate de impericia, pues entonces no se puede proceder a privarle del oficio, decisión que según Pertusa procede de Martín

401. Id. id. núm. 2.

402. Id. id. doc. 58.

403. Id. id. doc. 54.

404. Vid. BARDAXÍ, op. cit. fol. 25 v.º.

Díez de Aux, quien estaba obligado a renunciar al oficio para ser detenido, mientras por esta causa fue detenido por la Reina María, extraída del Reino y ahogado en Játiva ⁴⁰⁵.

De lo anterior se desprende que, incluso, antes de los sucesos de fin de siglo, el Justicia responde ya criminalmente como los demás Ministros, y, a partir de ese momento, lo que no recoge todavía Bardaxí, se le podrá desposeer de su oficio por impericia, como por cualquier otra causa, pues el oficio queda a disposición del Rey, al tiempo que la «Judicatura de la Diez y setena» se reduce a un tribunal de nueve personas, que actúan en número de cuatro o cinco ⁴⁰⁶.

Por otra parte, a lo largo del siglo XVI se regula la inquisición contra los oficiales delincuentes en su oficio. Con arreglo a las Cortes de Monzón de 1553, el «Inquisidor de los Oficiales delincuentes», también llamado «Iuez, y Comissario de la encuesta», lo que experimenta son limitaciones similares a las que tiene el Lugar teniente general o el Gobernador, y es que, ausentándose de ciudad, villa o lugar, tiene que depositar los procesos en el ordinario correspondiente, y no, llevárselos consigo ⁴⁰⁷. Ese «Commisario & Inquisidor» tiene que jurar los Fueros del Reino, o los de Albaracín, Teruel y Villa de Mosqueruela ⁴⁰⁸.

Se llega así al siglo XVII distinguiéndose entre un Tribunal de Inquisición o Encuesta y otro, de Judicatura, pretendiéndose en Cortes de Calatayud de 1678 disminuir los gastos de la Encuesta de la Corte del Justicia ⁴⁰⁹. Aparte, debe tenerse en cuenta que para todos los oficiales reales, se emplea en la Edad Moderna el procedimiento de la «visita» ⁴¹⁰.

En la práctica se conocen casos de cese de Lugartenientes por parte de los judicantes. En 1634, los nueve judicantes privan perpetuamente de su lugartenencia al Dr. Gaspar Lupercio Tarazona, a instancia de don Juan Hernández de Ixar, Conde de Belchite ⁴¹¹,

405. Id. íd. fol. 113 v.º-114.

406. Cfr. mi op. cit. sobre los *Fueros de Aragón*, pág. 121.

407. Vid. SAVALL-PENÉN, op. y tomo cit., pág. 360.

408. Id. íd.

409. Id. íd., pág. 500.

410. Vid. ACA. C. de A. leg. 132, doc. 22.

411. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 166.

y también cesan a Gerónimo de Calvo y a Español⁴¹². Las «denunciaciones» les perjudican siempre, pero, naturalmente, no supone el cese, ni la terminación de la carrera. El Justicia Miguel Gerónimo de Castellot propone como Lugarteniente a Juan Gerónimo Orcau, porque aunque se le halló algo en las denuncias de 1655 lo fue sólo en dos consultas, y no, en las actividades de jura y entrega de procesos, ni en las sentencias, ni en otra acción de ruido o escándalo, considerándosele «bastantísimamente mortificado» con haberse provisto cinco plazas en otros más modernos que él⁴¹³. Por su parte, también los Judicantes son acusados de cometer contrafueros algunas veces⁴¹⁴ y, sobre todo, es frecuente que el Rey apoye a los encuestados frente a los Judicantes. Así, cuando el Gobernador, Justicia y Abogado fiscal escriben al Rey en favor de Micer Sesé, que sufre «denunciaciones» por declarar que el fisco era parte legítima en el pleito que trata con el Conde de Sástago, aquél alaba su entereza «para oponerse a estas causas populares», es decir, lo que hoy denominaríamos causas demagógicas, y el Consejo de Aragón en 6 de junio de 1602 propone cartas a los Judicantes para presionar en favor de Sesé, e, incluso, se intima a uno de aquéllos para que se abstenga por estar encontrado con el Gobernador. En el caso de Micer Chaves, también Lugarteniente, el Consejo de Aragón no cree conveniente el que se ofrezca dinero para retirar la denuncia, pues le haría sospechoso al Rey y perjudicaría en la prosecución del negocio del Virrey extranjero⁴¹⁵. En 26 de abril de 1656, el Consejo de Aragón informa que para reintegrar justicia en la nueva sentencia dada por los «intrusos al officio de judicantes» contra los Lugartenientes Juan Crisóstomo de Vargas y Juan Francisco Pallas, se ha pedido firma a la Corte del Justicia anulatoria de la declaración, aunque se pide se suspenda la actuación contra los Judicantes y los Diputados hasta ver qué pasa con otra denuncia formulada por el Duque de Híjar contra otro Lugarteniente⁴¹⁶.

412. Id. íd. doc. 62.

413. Id. íd. doc. 136.

414. Vid. loc. cit., docs. 139 y 140.

415. Id. leg. 46, expdte. 4.

416. Id. íd. expdte. 8.

Los anteriores ejemplos confirman la tesis anteriormente defendida de que la Magistratura del Justicia se ha convertido en una Corte real, en la que los Lugartenientes, apoyados por el Rey, se oponen a los Diputados, que combaten a aquéllos a través de los Judicantes, defendiendo, por otra parte, intereses señoriales, como los del poderoso Duque de Híjar. El Rey, por ejemplo, ataca a los Abogados que aconsejaron a los Diputados el dar la jura a los Judicantes y entregarles los procesos, prohibiendo que aboguen en los tribunales y se les nombren para cargos ⁴¹⁷. Por su parte, los Diputados han justificado el dar la indicada jura en base al consejo de los Abogados, distinguiendo entre los Inquisidores de procesos, que no pueden juzgar y por ello no tienen asesores, y los Judicantes, parte de los cuales se insaculan, y los otros están contenidos en una cédula del Rey que se abre cuando hay denuncias ⁴¹⁸. El Consejo de Aragón informa a favor de los Lugartenientes del Justicia frente a los Diputados. El nombramiento de inquisidores de procesos es estamental, de forma que en 27 de febrero de 1644, el Consejo de Aragón propone al Marqués de Almonazir, de los nobles, y a Juan de Lope, vecino de Almudévar, por las villas ⁴¹⁹.

22. *El favorecimiento de la disolución del Justiciazgo en el régimen curial a través del «cursus honorum».*

La disolución del Justiciazgo en el régimen curial se ve favorecida por el desarrollo de un «cursus honorum», en el que se ve inmerso el propio Justicia y, desde luego, sus Lugartenientes. Aquél y éstos no son distintos de los consejeros del Consejo de Aragón o de la Audiencia, sino que son los mismos, de forma que unos tribunales son la vía de acceso a otros, considerados superiores. Se comprende, pues, que no defiendan otros intereses que los del Rey, pues de éste depende su carrera. Ser Justicia o Lugartenien-

418. Fines del siglo xvii. Alega fueros de 1655. ACA. C. de A. leg. 46, expdte. 8.

419. Id. leg. 33, doc. 34.

te es accidental, procediéndose de otro tribunal, y caminando también la mayoría de las veces a uno diferente, dentro de los cuales su actividad es uniforme en la intención, aunque pueda ser diversa en la técnica.

La carrera se inicia con la práctica de la abogacía ante los Tribunales, donde se demuestra la erudición, la brillantez y la audacia. El primer cargo o puesto puede ser el de asesor de zalmedina, pasando después a asesor de la Baylía y, posteriormente, a Lugarteniente del Justicia, como es el caso de Luis Exea y Talayero ⁴²⁰. Puede empezar también como asesor de la Bailía y Juez de Encuestas, como es el caso de Gregorio Xulve ⁴²¹. De Lugarteniente del Justicia se puede pasar a Abogado fiscal, como José de Leyza y Eraso ⁴²²; al Consejo criminal, como Agustín Estanga ⁴²³; o la Audiencia civil, como Diego Canales ⁴²⁴ y Juan Francisco de Salazar ⁴²⁵. El Consejo criminal suele ser paso obligado para la Audiencia civil, aunque alguno se excusa, como es el caso del Dr. Miguel Pastor Femat, que alega tener cincuenta años, ser corto de vista y no encontrar «antojos» que le corrija esto ⁴²⁶. De Oidor civil puede pasarse a Abogado fiscal, como hace Martín Monter de la Cueva ⁴²⁷; a asesor del Gobernador, como Antonio Blanco ⁴²⁸ y Bartolomé Pérez de Nueros ⁴²⁹; a Justicia, como es el caso de Agustín de Villanueva y Pérez ⁴³⁰ y, sobre todo, a Regente de la Cancillería. De este cargo se pasa al de Justicia, como Joan Ram ⁴³¹ y al de Regente de la Cancillería en el Consejo Supremo de Aragón, como

420. Id. leg. 33, doc. 201. Ya ha sido citado.

421. Id. leg. 33, doc. 162. También ha sido citado.

422. Id. leg. 33 docs. 37, 42 y 45, ya citados.

423. Id. doc. 193. Fue Lugarteniente del Justicia durante veintitrés años.

424. Id. leg. 33, doc. 51.

425. Año 1625. ACA. C. de A. leg. 13, doc. 132. Se le promueve al «Consejo Civil de Aragón».

426. Año 1658. ACA. de A. leg. 33, doc. 134.

427. Año 1600. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 257.

428. Año 1681. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 199.

429. ACA. Loc. cit.

430. Año 1632. Id. id. doc. 236.

431. 8 de septiembre de 1556. ACA. C. de A. leg. 3, doc. 1.

José Sessé ⁴³², el Dr. Oscáriz ⁴³³, Exea y Talayero ⁴³⁴ y otros muchos más. Hay quien rompe estos esquemas, por preferir plazas en Italia, como es el caso del Dr. Gerónimo García de Benavarre, que de Lugarteniente del Justicia pasa a la plaza de Santa Clara, de Nápoles ⁴³⁵.

Una gran parte de estos juristas pasan por la Cátedra o, al menos, hacen oposiciones a cátedras, lo que constituye uno de los grandes méritos en la época. Agustín Estanga sustituyó cátedras en Zaragoza, «habiendo hecho seis públicas oposiciones en la de Prima y Vísperas» ⁴³⁶. Méritos de José Esmir, Casanate y Bayetola es su actuación en las oposiciones y el número de oyentes en sus clases ⁴³⁷. Juan Jerónimo de Orcau es Catedrático de Lérida ⁴³⁸ y el ya repetidamente citado Leyza fue Catedrático de Derecho canónico ⁴³⁹. Otro Catedrático propuesto para Lugarteniente del Justicia es Martín Francisco Clemente ⁴⁴⁰. Félix Cossin de Arbeloa hizo veintidós lecciones de oposición a diversas cátedras, de las que ganó varias, y en sus memoriales cita, incluso, los alumnos célebres que tuvo de contendientes en la oposición ⁴⁴¹. El Dr. José Rodrigo «leyó de oposición» a Cátedra de Digesto Viejo, además de presidir un acto de conclusiones privadas con puntos de ocho días, y tras graduarse de Doctor «leyó de oposición a la Cátedra de Prima de Cánones» ⁴⁴². Francisco Antón y Sayas alega «que se opuso a la Cathedra de Instituta, y leyó», aduciendo como méritos «aver sustentado conclusiones», «aver leído de puntos» y presidencias de «grados de bachiller» ⁴⁴³. En la certificación de los títulos del famoso Gil Custodio de Lissa y Guebara cuando solicita plaza en el

432. Año 1612. Loc. cit. doc. 251.

433. Año 1681. Loc. cit. doc. 204. Pasó a la «Regencia de Aragón».

434. 30 de junio de 1660. Loc. cit. doc. 283. Es promocionado «a la Regencia deste Consejo».

435. Loc. cit. doc. 143.

436. Loc. cit. en nota 423.

437. ACA. C. de A. leg. 33, doc. 194.

438. Loc. cit. doc. 62.

439. Loc. cit. doc. 62.

440. Loc. cit. doc. 45.

441. Loc. cit. doc. 226.

442. Loc. cit. doc. 309.

443. Loc. cit. doc. 310.

Consejo Criminal se encuentra el haber realizado seis oposiciones, aunque, curiosamente, la Cátedra de Vísperas de Leyes la obtiene sin oposición⁴⁴⁴. En todos los memoriales de los que concurren suele ser normal la cláusula de «haziendo lecciones de oposición, y otros ejercicios literarios».

JESÚS LALINDE ABADÍA

444. Loc. cit. docs. 311 y 312.

GENESIS HISTORICA DE LAS PROVINCIAS ESPAÑOLAS

I

PROVINCIAS EN LA EDAD MEDIA

El término «provincia» para designar las divisiones territoriales de una comunidad política superior proviene de la administración romana que lo implanta en la Península Ibérica, lo mismo que en el resto del Imperio.

Las viejas «provincias» romanas: Bética, Lusitania, Gallecia, Cartaginense y Tarraconense sobrevivirán a las invasiones germánicas, pero van a desaparecer, en cambio, bajo la marea musulmana a principios del siglo VIII. Únicamente en la administración eclesiástica mantendrán su pervivencia e influjo real hasta muy avanzada la Edad Media; sus herederas serán las divisiones metropolitanas o arzobispados, que en líneas generales reproducen o tratan de reconstruir las antiguas «provincias eclesiásticas» de la época romano-visigoda coincidentes en sus orígenes con las provincias civiles.

En los reinos cristianos de la Edad Media, cada uno de ellos, con la sola excepción de Castilla - León, menores que las antiguas provincias romanas, no ha lugar a divisiones de aquel estilo y dimensiones y por eso el mismo término de «provincia» desaparece del vocabulario administrativo de la época.

Únicamente en la Corona de Castilla, que en el siglo XIV se extiende desde Gibraltar al Bidasoa, y desde Cartagena a El Ferrol, van a surgir en 1371 unas nuevas divisiones administrativas que tomarán para sí el nombre de «provincias».

Y desde esa fecha, cubriendo a veces muy distintas realidades territoriales y paquetes igualmente diversos de competencias administrativas, las «provincias» no dejarán de existir en la administración castellana primero, y en la de la Monarquía española más tarde.

Aquí vamos a ocuparnos en primer lugar, siguiendo una línea terminológica de aquellas realidades que fueron designadas históricamente como «provincias», aunque poco o nada tengan de común con las provincias actuales; y en segundo lugar, siguiendo con mayor congruencia la línea institucional, de aquellas realidades más parecidas por su extensión o competencias a las provincias de nuestros días.

LAS «PROVINCIAS» EN EL REINO DE CASTILLA

La primera vez que encontramos el término «provincia» para designar unas circunscripciones territoriales en el reino de Castilla será en 1371, en las Cortes celebradas en Toro, donde se aplica dicho término a Castilla, León, Reino de Toledo, Extremaduras y Andalucía, como subdivisiones territoriales dotadas de alcaldes propios y distintos en la Corte del Rey¹; estos territorios, que corresponden a las actuales regiones, serán designados reiteradamente en dichas Cortes de Toro como «provincias»².

La misma denominación de «provincia» para las mismas regiones judiciales se reiterará en las Cortes de Segovia de 1390, al reestructurar la plantilla de la Audiencia Real adscribiendo a la misma los «alcalles de las prouinçias»³.

Por «provincia» se entendía en el siglo XIV en Castilla las grandes divisiones regionales del Reino. A efectos judiciales estas «provincias»

1. "Otro sí ordenamos y tenemos por bien que aya en la nuestra corte ocho alcalles ordinarios: dos de Castiella et dos de León, et uno del rregno de Toledo, et dos de las Extremaduras, et uno de la Andaluzia; et otro sí que aya dos alcalles del rraastro que sirvan los ofiçios por si mesmos et libren los pleitos del rraastro... Et que los dichos alcalles de la nuestra corte *de las dichas prouinçias* que libren los pleitos criminales con los dichos alcalles del rraastro...", *Cortes de León y de Castilla*, II, p. 190.

2. "Et que los dichos alcalles de la nuestra corte de las dichas prouinçias...", o. c., p. 190; "Et que libre cada uno dellos en las prouinçias donde son alcalles...", o. c., p. 191; "Et que estos dichos alcalles de la nuestra corte que aya cada uno de ellos dos escriuanos... et que los escojan los nuestros alcalles cada uno en su prouinçia...", o. c., p. 192.

3. "... a lo menos de un oydor perlado e quatro oydores legos e un alcalde de los fijos dalgo e el alcalde de las alçadas e los alcalles de las prouinçias...", *Cortes de León y de Castilla*, II, p. 473.

eran cinco: León, Castilla, Extremaduras, Toledo y Andalucía; pero como estos mismos nombres tenían también un puro significado geográfico, vamos a ver cuál era el alcance territorial de los mismos.

El nombre de León, tomado aquí en oposición a Castilla, Extremaduras, Toledo y Andalucía, designaba una «provincia» judicial que comprendía no sólo el León geográfico, sino todos los territorios del antiguo reino leonés anterior a 1230, esto es, León propiamente tal, Galicia, Asturias y Extremadura leonesa; podemos decir que León como «provincia» con alcaldes propios en la Corte tenía un significado político-administrativo, no geográfico.

Porque León, como concepto político equivalente al reino privativo leonés (1157-1230), comprendía cuatro regiones geográficas perfectamente distinguidas en las Cortes de León de 1208 antes de su reunión con Castilla⁴, y después, en las Cortes de Valladolid de 1258⁵: León, Galicia, Asturias y Extremadura.

De estas cuatro regiones geográficas, Galicia y Asturias mantienen unos contornos determinados con la ayuda de la orografía; en cambio, el límite sur de León no aparece tan determinado y tiende a borrarse englobando bajo León a la Extremadura leonesa, que va perdiendo lo que llamaríamos su singularidad. Así, en el siglo XIV, en las Cortes, cuando se enumeran geográficamente las Tierras del Reino de León, sólo se recordarán expresamente tres: Galicia, Asturias y León⁶, porque el nombre de Extremaduras, aún en plural, se refiere ya exclusivamente a las Extremaduras de Castilla como más adelante veremos.

En las Cortes de Burgos de 1315 se nos han conservado las firmas de los procuradores asistentes al mismo distribuidas según las

4. "Ego Alfonsus illustrissimus rex Legionis, Galecie, et Asturiarum et Extremature...", *Cortes de León y de Castilla*, I, p. 47.

5. "Otrosí que ningun rric omme nin otro omme ninguno que non tome conducho en Castiella, nin en Extremadura, nin en Toledo con toda la Trassierra nin en toda la Andalucia, nin en el rregno de Leon, nin en la Extremadura, nin en Asturias ni en Gallizia...", *Cortes de León y de Castilla*, I, p. 58.

6. Cortes de Palencia de 1313: "... personeros de los conçeios de las villas e de los logares de los rregnos de Castiella e de Leon e de Toledo e de las Extremaduras e del rregno de Gallizia e de las Asturias e del Andalucia", *Cortes de León y de Castilla*, I, p. 233 y 234. Cortes de Burgos de 1315: "... e los del rregno de León et de Gallizia e de las Asturias que sse ayunten...", o. c., I, p. 259.

grandes unidades geográficas del reino castellano-leonés; y así encontramos en primer lugar los concejos de Castilla, luego los de las Extremaduras castellanas, los de Toledo, los de León y los de la Extremadura leonesa, finalmente los de Asturias y Galicia un tanto mezclados. Si hemos de dar algún valor a la distribución de las firmas tendríamos como integrantes de León a los concejos de León, Zamora, Salamanca, Astorga, Villalpando, Toro, Benavente, Ledesma, Mansilla, Mayorga y Alba, y como formando parte de la Extremadura leonesa a Cáceres, Jerez de los Caballeros, Ciudad Rodrigo, Badajoz, Granadilla, Galiesteo, Montemayor y Salvatierra cerca de Alba o Salvatierra de Tormes⁷.

Según esta concepción geográfica la Extremadura histórica leonesa no comenzaba en la Sierra de Gata, sino en los límites meridionales de los Concejos de Salamanca y Alba de Tormes, englobando con Ciudad Rodrigo y Salvatierra de Tormes una gran parte de la actual provincia de Salamanca. Probablemente a esta misma concepción responden las Cortes de Benavente de 1202 cuando contraponen en el reino de León «la tierra del Duero» a la «Extremadura»⁸.

En todo caso, el concepto de la Extremadura leonesa va perdiendo sus perfiles administrativos en el siglo XIV para quedar englobada bajo la denominación de León, lo mismo represente ésta, como sucede generalmente, la totalidad del antiguo reino leonés de 1157 a 1230, o una parte del mismo contra distinta de Galicia y Asturias.

Ya dentro del reino de Castilla, bajo el mismo nombre de Castilla como concepto geográfico, se extendía el territorio comprendido en líneas generales entre el Duero y el mar Cantábrico, a cuyo frente figuraba un Merino o Adelantado Mayor de Castilla.

De los límites exactos de este territorio tenemos cabal conocimiento por hallarse minuciosamente descrito en su casi totalidad, aldea por aldea, en el Becerro de las Behetrías⁹; en él se contienen quince merindades menores: Cerrato, Infantazgo de Valladolid, Monzón, Cam-

7. *Cortes de León y de Castilla*, I, p. 269-270.

8. "... quando el rey vendio sua moneda a las gentes de la tierra del Duero por VII años... Otrosi en este mismo año e tiempo fue comprada esa mesma moneda de toda Extremadura", *Cortes de León y de Castilla*, I, p. 46.

9. El texto crítico de esta fundamental obra de la Castilla del año 1351 se halla en curso de impresión.

pos, Carrión, Villadiego, Aguilar de Campoo, Liébana y Pernia, Saldaña, Asturias de Santillana, Castrojeriz, Candemuño, Burgos con Ubierna, Castilla Vieja y Santo Domingo de Silos. A estas quince merindades hay que añadir otras cuatro que faltan en el Becerro actual, creemos que por extravío, ya que este libro antes de ser encuadernado estuvo en uso en forma de cuadernillos sueltos; estas cuatro merindades eran: Bureba, Rioja con Montes de Oca, Logroño y Allende Ebro.

Hemos señalado como límite meridional de Castilla el río Duero: esto es válido en líneas generales para el curso de dicho río desde Tordesillas hasta Peñafiel, pero más arriba de esta plaza la Extremadura o Extremaduras castellanas se extendían incluso al norte del Duero.

Todo el territorio de la Extremadura al norte de la Cordillera Central que vierte al Ebro se hallaba dividido en 40 comunidades de villa y tierra, que enumeramos a continuación: Yanguas, San Pedro Manrique, Magaña, Agreda, Soria, Medinaceli, Berlanga, Almazán, Solpeña, Calatañazor, Uceró, Osma, San Esteban, Gormaz, Caracena, Fuentepinilla o Andaluz, Ayllón, Maderuelo, Fresno, Montejo, Fuentidueña, Aza, Roa, Curiel, Peñafiel, Cuéllar, Sepúlveda, Pedraza, Segovia, Portillo, Olmedo, Medina del Campo, Iscar, Coca, Arévalo, Avila, Plasencia, Béjar, Atienza y Molina de Aragón.

Estas comunidades, junto con las vicarías de Serón y Monteagudo y las villas episcopales de las mitras de Osma, Segovia y Avila, cubrían todo el territorio del reino de Castilla hasta la Cordillera Central, que recibía el nombre de Extremadura, de Extremaduras, o de Extremaduras de Castilla¹⁰.

Los límites meridionales de las Extremaduras castellanas creemos que no coincidían con la Cordillera Central, sino que desbordada ésta ampliamente venían a identificarse con los de los obispados de Sigüenza, Segovia, Avila e incluso Plasencia. A esta conclusión llegamos al encontrar mezcladas las firmas de los personeros de Béjar, Plasencia y Trujillo con los demás de las Extremaduras castellanas en las Cortes

10. Cortes de Burgos de 1315: "... de las comarcas de Castiella e de Toledo e de las Extremaduras de Castiella", *Cortes de León y de Castilla*, I, p. 259; Cortes de Valladolid de 1351: "los alcalles de las Extremaduras de Castiella que fueren en la mi Corte", o. c., II, p. 34.

de Burgos de 1315, lo mismo que las de los procuradores de Medinaceli y Atienza¹¹.

La inclusión de la diócesis de Sigüenza, incluso de su porción de la submeseta Sur, en la Extremadura, parecía sugerida también por la carta de Hermandad entre los concejos de Extremadura y del arzobispado de Toledo del 3 de agosto de 1295, que aparece suscrita por los personeros de Atienza, Medinaceli, Sigüenza y Monteagudo con otros de la diócesis de Sigüenza del norte de la Cordillera Central¹² como Berlanga, Almazán, Caracena, Ayllón.

Identificadas las Extremaduras en sus límites meridionales con los obispados de Plasencia, Avila, Segovia y Sigüenza, bajo la denominación de Toledo o reino de Toledo se iban a comprender los territorios de otros dos obispados: el propio Toledo y Cuenca.

Sin que sea una prueba segura de la identificación del reino de Toledo con los territorios del obispado de Toledo y el obispado de Cuenca, al menos constituye un indicio de ello el que entre los cuadernos de Cortes de 1351, de carácter comarcal o «provincial», aparezca un ordenamiento de menestrales dirigido como propio a esos dos obispados en conjunto¹³, al lado de otros tres dirigidos a ciertos lugares de Castilla, a los obispados de León y a los de Andalucía.

En cuanto al alcance territorial de Andalucía, la existencia de un límite orográfico manifiesto parece remover toda duda; pero dada la influencia de la mitra toledana y la importancia de los límites diocesanos, creo que administrativamente Andalucía se identificaba con el arzobispado de Sevilla y los obispados de Córdoba, Cádiz y Jaén. Aunque no incluye este último obispado, otro de los ordenamientos de menestrales de 1351, se dirige a los tres obispados restantes: Sevilla, Cádiz y Córdoba¹⁴.

11. He aquí el elenco: Osma, Soria, San Esteban de Gormaz, Caracena, San Pedro de Yanguas, Magaña, Vea (de San Pedro Manrique), Cornago (de San Pedro Manrique), Atienza, Medinaceli, Plasencia, Trujillo, Béjar, Segovia, Cuéllar, Sepúlveda, Roa, Coca, Arévalo, Olmedo, Avila, Medina del Campo, *Cortes de León y de Castilla*, I, p. 266-267.

12. Luis GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Carta de Hermandad entre los Concejos de la Extremadura castellana y del Arzobispado de Toledo en 1295* en *Revista Portuguesa de Historia* 12 (1969) 75.

13. *Cortes de León y de Castilla*, II, p. 75-91.

14. *Cortes de León y de Castilla*, II, p. 91-102.

Estas eran las cinco grandes divisiones «provinciales» del reino castellano-leonés en la Baja Edad Media: Castilla, León, Extremaduras, Toledo y Andalucía.

Esta será la división del reino utilizada para distribuir competencias administrativas tanto en la que podemos llamar Administración Central como Territorial. En la Corte, dejando la natural diferenciación de los órganos político-administrativos de los dos reinos que acababan de unirse personalmente en Fernando III en 1230, aparece una división de competencias territoriales por vez primera en los Notarios cuando a partir de 1254 suscriban los privilegios rodados tres Notarios Mayores: León, Castilla y Andalucía¹⁵ que todavía en 1252 eran sólo dos: León y Castilla¹⁶.

Los primeros testimonios de la Notaría Mayor de Toledo datan de 1301 y 1302¹⁷ otorgada por D.^a María de Molina a Fernán Gómez de Toledo. No consta en la documentación si se desgajó de la de Castilla más bien que de la de Andalucía; nos inclinamos a pensar que la Notaría toledana se desgajó de Castilla, ya que la Notaría de Andalucía aparece unida ocasionalmente al arzobispado de Sevilla¹⁸. Confirma también esta interpretación, que reduce al ámbito del Notario de Andalucía, la Andalucía estricta, sin Toledo e incluso sin Murcia, el hecho de que en los privilegios rodados el Notario de Andalucía se llame de la Frontera y Andalucía y vaya a continuación del Adelantado de la Frontera como indicando cierta correspondencia entre ambos oficios¹⁹.

Estas cuatro Notarías Mayores: León, Castilla, Toledo y Andalucía, perdurarán durante toda la Edad Media, pues la aspiración de las Extremaduras a tener Notario propio fue rechazada en las Cortes de Valladolid de 1307: «Otrosí a lo que me pidieron los de las Extremaduras que les de notario e portero en mi casa. A esto digo que

15. David TORRES SANZ, *La administración central castellana en la Baja Edad Media*, Valladolid 1979, Tesis inédita dactilografiada, p. 240; cita BALLESTEROS, *Sevilla en el siglo XIII*, Madrid 1913, doc. 67.

16. David TORRES SANZ, o. c., p. 240, cita BALLESTEROS, o. c., doc. 8.

17. David TORRES SANZ, o. c., p. 240, citando *Crónica de Fernando IV*, cap. 9, y BENAVIDES, A., *Memorias de don Fernando IV de Castilla*, II, página 346.

18. Antonio BENAVIDES, *Memorias de D. Fernando IV de Castilla*, II, Madrid 1860, doc. LVI.

19. 20-XII-1254. *Memorial Histórico Español*, I, Madrid 1851, p. 51.

ffasta aqui nunca ffue, ca siempre ffue todo uno Castiella e Extremadura, et ovieron un notario e un portero quales los rreyes tovieron por bien»²⁰.

Así el Notario Mayor de Castilla continuó ejerciendo su competencia en Castilla hasta el Duero, y en Extrêmadura. Además del Notario, sabemos por esa misma respuesta de las Cortes que también estaba territorializado el portero que servía a cada una de las Notarías Mayores.

Paralelamente a las Notarías Mayores, que ejercían sus competencias en el ámbito cancelleresco, también se territorializan o «provincializan» parcialmente las competencias judiciales con la aparición en las Cortes de Zamora de 1274 de los nueve alcaldes de Castilla, seis de Extremadura y ocho de León, sin que se mencionen alcaldes propios de Toledo y Andalucía, que sin duda estarían representados por los de Extremadura como más próximos geográficamente?

Esta hipótesis parece confirmada en el nombramiento de alcaldes hecho en las Cortes de Valladolid de 1312, donde los cuatro de Castilla serán de Burgos, de Medina, de Vitoria y de Sahagún; los cuatro de León de Salamanca, de León y dos de Benavente, y los de las Extremaduras de Arévalo, de Talavera y de Cuenca²¹, extraños estos dos últimos al territorio extremeño y pertenecientes más bien al reino de Toledo.

Alcaldes propios del reino de Toledo se mencionan ya en las Cortes de Carrión de 1317, que se distinguen de los de las otras tres «provincias»: «... e a los del rregno de Toledo que ayan alcalles del rregno de Toledo que les libren sus pleitos et sus cartas ssigunt sus ffueros e vsos...»²². Estos alcaldes de Toledo lógicamente atenderían también los pleitos y cartas de Andalucía y Murcia.

También esta hipótesis parece confirmada en las Cortes de Valladolid de 1322, donde los alcaldes de la Casa del Rey se distribuyen en seis de León, seis de Castilla, seis de Extremadura y seis de Andalucía²³; los de Toledo han sido reemplazados por los de Andalucía en la enumeración, señal evidente de que ambos territorios formaban una unidad judicial.

20. *Cortes de León y de Castilla*, II, p. 191.

21. *Cortes de León y de Castilla*, I, p. 190-191.

22. *Cortes de León y de Castilla*, I, p. 303.

23. *Cortes de León y de Castilla*, I, p. 340.

Sólo en las Cortes de Toro de 1371 aparecerán diferenciados el alcalde de Toledo y el de Andalucía cuando los ocho alcaldes ordinarios se distribuyan entre las ahora llamadas provincias de este modo: «dos de Castiella, et dos de Leon, et uno del rregno de Toledo, et dos de las Extremaduras, et uno de la Andaluzia»²⁴, quedando ya fijados en cinco las circunscripciones judiciales con el nombre de provincias; su plantilla de ocho alcaldes se mantendrá a través de las Cortes de Briviesca de 1387²⁵ y de Segovia de 1390²⁶ y durante todo el siglo xv.

También a nivel de consejo o de «omes buenos» que acompañen al Rey se produce una territorialización; la encontramos por primera vez en las Cortes de Medina del Campo de 1302, en las que el Rey se compromete a tomar consigo unos fiscalizadores que eviten la expedición de cartas desaforadas: «E a esto tengo por bien de tomar omnes buenos de Castiella e de Leon e del rregno de Toledo e de la Extremadura que anden conmigo, e mandar les dar buenas soldadas, porque puedan vivir en mis casas onrradamiente e que guarden que non passen tales cartas...»²⁷.

La función de consejo aparece ya expresa en las Cortes de Palencia de 1313, donde se distribuyen los 16 consejeros territorialmente de este modo: «que destos sseze conssejeros que ssean los quatro del rregno de Castiella e los quatro del rregno de Leon e de Gallizia e los quatro del rregno de Toledo et de Andaluzia e los quatro de las Extremaduras»²⁸, teniendo Toledo y Andalucía una representación conjunta.

Del mismo modo, en las Cortes de Valladolid de 1322 Andalucía y Toledo continuarán formando un conjunto único, aunque sólo se nombre a Andalucía al designar los 24 caballeros y hombres buenos que han de velar en la custodia del rey menor de edad: «Et ssean sseys del rregno de Castiella e sseys del rregno de Leon e otros sseys de las Extremaduras e otros sseis del Andaluzia»²⁹.

En la distribución de los 12 consejeros que se instituyen en las Cortes de Burgos de 1367 aparecen ya finalmente diferenciados To-

24. *Cortes de León y de Castilla*, II, p. 190.

25. O. c., II, p. 389.

26. O. c., II, p. 474.

27. *Cortes de León y de Castilla*, I, p. 163.

28. *Cortes de León y de Castilla*, I, p. 235.

29. *Cortes de León y de Castilla*, I, p. 338.

ledo y Andalucía: «... los dos omes bonos que ffuesen del rregnado de Castiella, e los otros dos del rregnado de Leon, e otros dos de tierra de Gallizia, e los otros dos del rregnado de Toledo, e los otros dos de las Estremaduras, e los otros dos del Andaluzia»³⁰.

En el Consejo designado en las Cortes de Madrid de 1391 figurarán dos de León, tres de Castilla, dos de Extremadura, dos de Toledo, dos de Andalucía y dos de Murcia-Jaén³¹; aquí a los cinco territorios clásicos del reino castellano-leonés se incorpora Murcia, a la que se agrega Jaén.

Podemos preguntarnos en qué circunscripción, Toledo o Andalucía, se incluía Murcia hasta ahora, en lo relativo al Notario Mayor, a los alcaldes de provincia o a los omes buenos designados para el entorno del Rey; no tenemos documentación expresa para resolver este interrogante, pero podemos utilizar para ello algunos indicios.

En lo que atañe a las Notarías Mayores, dado que la de Andalucía cuando se crea en el comienzo del reinado de Alfonso X parece responder a la división del Reino en tres arzobispados, dotados de otras tantas Notarías: Santiago para León, Toledo para Castilla y Sevilla para Andalucía, y dada la pertenencia de Murcia al arzobispado de Toledo, creemos en la pertenencia de Murcia a la Notaría Mayor de Castilla primero, y luego a la de Toledo. Esta hipótesis parece confirmada por la distribución de las firmas en los privilegios rodados, donde el Notario Mayor de Castilla suscribe a continuación del Merino Mayor de Castilla y del Merino Mayor de Murcia, del mismo modo que el de León suscribe a continuación del Merino Mayor de León y del Merino Mayor de Galicia, mientras el Notario de Andalucía suscribe a continuación del Adelantado de la Frontera³².

En las alcaldías, mientras la más meridional era Extremadura o Toledo no ofrece duda la pertenencia de Murcia, pero cuando a partir de 1371 se diversifican las Alcaldías de Toledo y Andalucía se plantea la cuestión en cuál de las dos quedaba integrada Murcia. De nuevo sin documentación que nos transmita una respuesta cierta, nos inclinamos, -dada la situación geográfica y las relaciones entre Toledo y Murcia, a juzgar como más probable la inclusión de Murcia en la al-

30. *Cortes de León y de Castilla*, II, p. 148.

31. *Cortes de León y de Castilla*, II, p. 486.

32. *Memorial Histórico Español*, I, Madrid 1851, p. 25.

«caldía de Toledo. Lo mismo cabría decir en lo relativo a los omes buenos del Consejo del Rey.

En el Gobierno y Administración territorial de la Corona de Castilla en la Baja Edad Media las grandes circunscripciones son las mismas que hemos descrito anteriormente, aunque no hemos encontrado para ellas la denominación de «provincias», sino el de adelantamientos o merindades mayores; estas circunscripciones son: Galicia, León, Asturias, Castilla, Andalucía y Murcia³³.

En cambio, en el siglo xv nos encontramos el calificativo de provincia aplicado primeramente a Vizcaya en las Cortes de Toledo de 1463³⁴, pero la que se va a llamar de manera habitual «Provincia», al menos desde el siglo xv, será Guipúzcoa, que recibe de Enrique IV en 1466 el título «la noble y leal provincia de Guipúzcoa»³⁵.

Estas circunscripciones territoriales que fueron llamadas en la Baja Edad Media «provincias», no constituyen el antecedente de las divisiones provinciales modernas: las primeras que hemos enumerado: Galicia, Asturias, León, Castilla, Extremadura, Toledo, Andalucía y Murcia coinciden con las modernas regiones; las segundas: Vizcaya y Guipúzcoa, han llegado hasta nuestros días como provincias, prácticamente sin ninguna modificación en sus fronteras territoriales.

II

PROVINCIAS EN LOS SIGLOS XVI Y XVII

En 1591 se hacían en todo el Reino de Castilla una serie de averiguaciones acerca de las vecindades o número de vecinos de cada villa o jurisdicción del mismo, en orden a obtener un censo vecinal lo más exacto posible para proceder conforme a dicho censo al segundo reparto del servicio de millones.

El censo resultante de estas averiguaciones de 1591 se nos ha

33. Rogelio PÉREZ-BUSTAMANTE, *El Gobierno y la Administración de los reinos de la Corona de Castilla (1230-1474)*, Madrid 1976, 2 vols.

34. *Cortes de León y de Castilla*, III, p. 261.

35. *Nueva recopilación de los Fueros, Privilegios, Buenos Usos y Costumbres, Leyes y Ordenes de M. N. y M. L. Provincia de Guipúzcoa*, T. 2.º, cap. IV, San Sebastián 1919, p. 33.

conservado en un libro del Archivo de Simancas en Contadurías Reales, 2.ª época, Inventario 2.º, Contaduría de Rentas, Libro 2970, y fue publicado cuidadosa e íntegramente por D. Tomás González en 1829³⁶. En este censo nos aparece dividido el reino castellano-leonés en 40 circunscripciones³⁷ (sin las Provincias Vascongadas, que no contribuían en el servicio de millones), de las cuales 32 llevan el nombre de provincias; aunque sólo sea nominalmente, tenemos en el censo de 1591 dividido al Reino en 32 provincias y otras ocho circunscripciones equivalentes.

Transcribimos los nombres de las 32 «provincias»: Burgos, Soria, Valladolid, León, Ponferrada, La Coruña y Betanzos, Orense, Mondoñedo, Santiago de Compostela, Tuy, Zamora, Toro, Palencia, Salamanca, Avila, Segovia, Guadalajara, Madrid, Toledo, Murcia, Cuenca, Huete, Trujillo, Sevilla, Córdoba, Jaén, Trasmiera, Las Tierras del Condestable, Las Tierras del Conde de Benavente, Castilla de la Orden de Santiago, León de la Orden de Santiago y Castilla del Campo de Montiel. Los únicos ocho distritos que no van precedidos, como los anteriores, de la denominación «provincia de», pero que se equiparan a los anteriores a todos los efectos son los siguientes:

Principado de Asturias de Oviedo
 Obispado de Lugo.
 Ciudad Real.
 Campo de Calatrava.
 Mesa Arzobispal de Toledo.
 Alcaraz y su Partido.
 Calatrava del Andalucía.
 Reino de Granada.

Estamos, pues, ante una división territorial del Reino en 32 «provincias» nominales y 40 de hecho que sirve de base a un censo total del Reino, con la única excepción de las Provincias Vascongadas, ordenado a fines fiscales, y dentro de la fiscalidad más concretamente a la distribución o reparto del servicio llamado de «millones» con efectos a partir del año 1594.

36. *Censo de Población de la Corona de Castilla en el siglo XVI*, Madrid 1829, p. 1-90.

37. "Resumen total de vecinos pecheros de las Provincias ordinarias y partidos de la Corona de Castilla en el año de 1594", o. c., p. 90.

Este destino fiscal del censo de 1591 nos orienta hacia los orígenes de la división territorial que en él aparece reflejada; en efecto, ya en 1556 encontramos la misma división territorial en el repartimiento de los «servicios» de ese año³⁸; son los mismos 40 distritos, menos Granada, que no contribuía en dichos «servicios» tradicionales por tener fiscalidad propia, pero que será incluida en los «millones» en 1590.

Los 39 distritos, sin Granada ni Provincias Vascongadas, utilizados sin modificaciones como base territorial para el repartimiento de servicios de 1556 a 1590 en el reinado de Felipe II, se remontan al reinado anterior, al de Carlos V. En los documentos de final de siglo se dice que la Emperatriz fijó en 1532 la manera de hacer los repartimientos: Ulloa³⁹ nos indica que no se conoce el texto de esa orden, siguiendo la cual se hicieron los recuentos de pecheros que se realizaron entre 1535 y 1541 y que servirán de base hasta 1591 para distribuir el servicio entre los 39 distritos. Entre 1591 y 1594 se añadirá a los pecheros de cada distrito el número calculado de hidalgos y ésta será la base para el primer repartimiento de los «millones» de 1591. Para el segundo repartimiento de 1594 ya se utilizaron las bases demográficas obtenidas en el censo publicado por D. Tomás González.

Pero la base territorial, los 39 distritos o provincias, nacen en los recuentos realizados entre 1535 y 1541; antes de esa fecha, v. g., en 1530, los censos de vecindario o plantas de población que se citan tienen demarcaciones territoriales distintas⁴⁰.

Las 40 demarcaciones o provincias del censo de 1591 no van a tener otro alcance que el estrictamente fiscal, y aun éste limitado al servicio de millones. Por eso no entramos en un análisis pormenorizado de tal división territorial; únicamente señalaremos la desigualdad de las tales «provincias», desde los 2.049 vecinos de Ciudad Real a los 114.618 de Sevilla, transcribiendo aquí el comentario que de las mismas hace Modesto Ulloa: «Un distrito comprendía una región entera, Asturias; otro casi equivalía a una de las provincias modernas, como el de Valladolid, aunque equivalencia absoluta no había en ninguno, por ejemplo, Murcia comprendía las actuales provincias de Mur-

38. Modesto ULLOA, *La Hacienda Real de Castilla en el reinado de Felipe II*, Madrid 1977, p. 482-84.

39. *La Hacienda Real de Castilla en el reinado de Felipe II*, p. 473.

40. Tomás GONZÁLEZ, *Censo de población de la Corona de Castilla*, p. 89.

cia, casi toda la de Albacete y también lugares en la de Jaén y Alicante. Los distritos que incluían lugares de la Orden de Calatrava eran bastante compactos, p. e., el Campo de Calatrava en la actual provincia de Ciudad Real, y Calatrava de Andalucía, en la de Jaén. Los de la Orden de Santiago tenían más dispersos a sus componentes; su provincia de León, aunque con la mayor parte en Badajoz, tenía también en otras provincias y la importante villa de Guadalcanal en la actual provincia de Sevilla. Su provincia de Castilla tenía pueblos y lugares en Toledo, Ciudad Real, Madrid, Cuenca y Guadalajara. El distrito llamado Tierras del Conde de Benavente incluía señoríos en Zamora, Valladolid, León, Palencia y Orense. El de Tierras del Condestable también tenía señoríos desde Zamora hasta Logroño. El caso mayor de dispersión era el de los lugares que dependían del distrito llamado Mesa Arzobispal de Toledo, se hallaban en las actuales provincias de Toledo, Madrid, Guadalajara, Ciudad Real, Cáceres y Soria»⁴¹.

Ante esa desigualdad de los distritos y su aparente arbitrariedad cabe preguntarse por los criterios seguidos en esta división territorial y si se ha seguido en ella alguna clasificación previa. En efecto, si examinamos la lista de las 40 provincias en el orden que aparecen en las listas fiscales o en el índice del censo de 1591⁴², vemos inmediatamente que el territorio del reino ha sido distribuido entre las 18 ciudades con derecho a voto en Cortes, y en el caso de un territorio excesivamente extenso subdividido en partidos⁴³, aunque en el censo de 1591 no se llamen así y reciban el mismo nombre de provincias. He aquí la distribución de las 40 provincias entre las 18 ciudades con voto en Cortes, siguiendo el mismo orden con que las 40 circunscripciones aparecen en el censo:

41. *La Hacienda Real de Castilla en el reinado de Felipe II*, p. 481-482.

42. TOMÁS GONZÁLEZ, *Censo de Población...*, p. 90.

43. *Actas de las Cortes de Castilla*, VIII, p. 420; *Nueva Recopilación*, III, 6, auto 2.

Burgos	Provincia de Burgos. Provincia de Trasmiera. Provincia de las Tierras del Condestable.	Ⓔ
Soria	Provincia de Soria.	
Valladolid	Provincia de Valladolid. Provincia de las Tierras del Conde Benavente.	
León	Provincia de León. Principado de Asturias de Oviedo. Provincia de Ponferrada.	
Zamora	Obispado de Lugo. Provincia de La Coruña y Betanzos. Provincia de Orense. Provincia de Mondoñedo. Provincia de Santiago de Compostela. Provincia de Tuy. Provincia de Zamora.	
Toro	Provincia de Toro. Provincia de Palencia.	
Salamanca	Provincia de Salamanca.	
Avila	Provincia de Avila.	
Segovia	Provincia de Segovia.	
Guadalajara	Provincia de Guadalajara.	
Madrid	Provincia de Madrid.	
Toledo	Provincia de Toledo. Ciudad Real. Campo de Calatrava. Mesa Arzobispal de Toledo. Provincia de Castilla de la Orden de Santiago. Alcaraz y su Partido. Provincia de Castilla del Campo de Montiel.	
Murcia	Murcia, Provincia de Murcia.	
Cuenca	Provincia de Cuenca. Provincia de Huete.	
Sevilla	Provincia de Trujillo. Provincia de León de la Orden de Santiago. Provincia de Sevilla.	o
Córdoba	Provincia de Córdoba.	
Jaén	Provincia de Jaén. Calatrava del Andalucía.	
Granada	Reino de Granada.	

La división territorial utilizada al menos desde 1541 para el reparto de «servicios» y desde 1591 para el de «millones» se basa en el protagonismo de las 18 ciudades con voto en Cortes y su intervención en las recaudaciones de dichos «servicios» y «millones» votados por ellas en Cortes.

En cambio, contemporáneamente para otros impuestos no votados en Cortes se seguía otro criterio territorial que podemos calificar de tradicional; así, para la moneda forera se dividirá el territorio según un doble criterio: en Castilla, la del Duero al mar o antigua Merindad Mayor de Castilla, los distritos fiscales coincidirán con las antiguas merindades menores en número de 19, a saber: Asturias de Santillana, Burgos, Bureba, Silos, Villadiego, Castrojeriz, Candemuño, Logroño, Rioja con Montes de Oca, Campos con Palencia, Carrión, Monzón, Saldaña, Liébana con Pernia, Cerrato, Infantazgo de Valladolid. En este elenco publicado por Ulloa⁴⁴ faltan las merindades de Campoo y Allendebro, que encontramos en Ladero Quesada para rentas de la Corona no especificadas⁴⁵; la única merindad, pues, que no ha sido recogida en los autores es la de Castilla Vieja, por razones no explicadas.

El resto del territorio del reino castellano-leonés, esto es, Asturias, León, Extremadura, Toledo, Andalucía y Murcia, se divide a efectos del arrendamiento o recaudación de la moneda forera en distritos coincidentes con los obispados: León, Astorga, Zamora, Osma, Salamanca y Ciudad Rodrigo, Avila, Segovia, Sigüenza, Plasencia, Coria, Badajoz, Cuenca, Córdoba, Jaén, Cartagena, Sevilla y Cádiz, y Toledo. Las Asturias de Oviedo y Galicia no aparecen entre los partidos de la moneda forera, lo mismo que tampoco encontramos entre las Merindades a Castilla Vieja, Campoo y Allendebro.

Además de las 16 merindades y los 17 partidos que reúnen a las 19 diócesis reseñadas hay que añadir 6 partidos que no son ni merindades ni diócesis, a saber: Arévalo, Guadalajara, Madrid, Talavera, Calatrava y Alcaraz, y que rompían por lo mismo los anteriores criterios, del mismo modo que Granada no era el obispado de Granada, sino el reino de igual nombre, comprendiendo varias diócesis.

44. *La Hacienda Real de Castilla en el reinado de Felipe II*, p. 495-496.

45. *La Hacienda Real castellana entre 1480 y 1492*, Valladolid 1967, p. 42-45

La división en 18 provincias, que corresponde a las 18 ciudades con voto en Cortes, se mantiene durante todo el período de la dinastía, únicamente aumentada hasta 21 cuando tres ciudades más consigan el voto en Cortes, y se incorporen al grupo privilegiado: Santiago de Compostela en 1623, Extremadura en 1653 y Palencia en 1656. A ellas aludirá el auto acordado de 2 de septiembre de 1691 cuando trate de reducir la diversidad de demarcaciones fiscales según los diversos tributos a una sola, precisamente a esa de las 21 «provincias»: «En las veinte i una Provincias, que componen las dos Castillas, hai diversos Partidos, unos de alcavalas i tercias, otros de cientos i millones i diferentes tambien del servicio ordinario i extraordinario i papel sellado... he mandado que estos diversos partidos se reduzcan solo a uno, donde se paguen todos los tributos de los lugares, que entran en el, i este sera el que sea justo para los uno por ciento, que es el mismo que corria para los millones...»⁴⁶.

Al frente de cada una de estas 21 provincias aparece, según este auto acordado, un Intendente o Superintendente de Rentas Reales, que al unificarse en cada provincia todos los distritos en unas mismas y únicas demarcaciones fiscales van a convertir a las 21 Provincias en únicas demarcaciones fiscales.

III

LOS CORREGIMIENTOS

Paralelamente a estas divisiones territoriales del Reino de Castilla, cuyos efectos no superaban los estrictamente fiscales y aun éstos aplicados a un solo impuesto, ya que cada concepto tributario se recaudaba con arreglo a sus propias bases territoriales distintas de las utilizadas en otros tributos, los Reyes Católicos van a iniciar una nueva distribución territorial del reino castellano-leonés a efectos gubernativos, administrativos y judiciales; su punto de partida serán los municipios o concejos y las comunidades de Villa y Tierra. Estamos ante los Corregimientos.

Iniciados los Corregidores hacia 1345 como jueces y agentes reales enviados a Concejos concretos y determinados para intervenir y

46. *Nueva Recopilación*, 3, 6 auto 2.

controlar la vida municipal, durante los siglos XIV y XV no pasan de ser delegados regios ocasionales y solamente en algunos concejos. Conocemos corregidores en 41 concejos, número escaso en relación con la totalidad⁴⁷, sin que la institución alcance a generalizarse y establecerse sin hiatos de discontinuidad.

Esta generalización fue la obra de los Reyes Católicos llevada a cabo en 1480: «El Rey e la Reyna acordaron en aquel año enviar corregidores a todas las ciudades e villas de todos sus reynos donde no los habían puesto»⁴⁸.

Pero a pesar de esta generalización del sistema de corregimientos se mantuvo una limitación que nos impide hablar de una territorialización o provincialización del reino castellano-leonés; el sistema de corregidores sólo se aplica al realengo y quedan fuera de él todos los señoríos, tanto los solariegos como los abadengos.

También después de 1480 el Corregidor de los Reyes Católicos y de los Austrias continúa siendo un agente de la monarquía que controla y dirige la vida de un municipio, la villa o ciudad y su término; su ámbito es el puramente local, no existe ninguna aspiración de organizar la totalidad del territorio del reino.

Es cierto que a las veces el corregidor es nombrado y que existen corregidores para el realengo de un determinado territorio como Guipúzcoa o Galicia, etc., pero esto no cambia la naturaleza de sus funciones, es el agente real en los múltiples concejos realengos de ese territorio, y el corregimiento sigue sin ser una demarcación territorial propia, sus límites serán los del concejo o concejos a los que ha sido enviado, hasta el punto de que si una aldea se exime del concejo y alcanza el villazgo de por sí, lo que sucederá frecuentemente en los siglos XVI y XVII, también sale del ámbito jurisdiccional del corregidor, el cual sólo tendrá derecho de visita y esto por delegación expresa del Rey.

La historia de los corregimientos es la historia de los concejos realengos y de algunos territorios igualmente realengos; su número irá en continuo aumento desde los 53 reseñados en 1494 hasta los 91 de 1783, cuando la institución ha entrado ya en franco declive. Entre

47. Agustín BERMÚDEZ AZNAR, *El Corregidor en Castilla durante la Baja Edad Media*, Murcia 1974, 354 págs.

48. PÉREZ DEL PULGAR, *Crónica de los Reyes Católicos*, Madrid 1943, p. 423.

esas dos fechas contamos al menos con otros cinco elencos que corresponden a los años 1515, 1575, 1597, 1610 y 1711; unas breves palabras sobre cada una de estas listas publicadas todas ellas por Benjamín González Alonso.

En la lista de 1494, tal como ha sido publicada, aparecen 54 corregidores⁴⁹, a los que cabe añadir los de Vizcaya y Guipúzcoa, no recogidos sin duda a causa de sus peculiares características territoriales; serían, pues, 56 los corregimientos en 1494. En la lista no se incluye el reino de Granada ni las Ordenes Militares, pero sí que se cuentan entre los 56 cuatro corregimientos de carácter no local, sino territorial, los llamados: Galicia, Andalucía, Provincia de Castilla y Provincia de León.

En 1515 los corregimientos son 59, pero ahora hay que añadir a los de 1494 uno en Canarias y cuatro del reino de Granada; en cambio desaparecen los llamados Provincia de Castilla y Provincia de León. Aunque el número, teniendo en cuenta la incorporación al sistema de Canarias y Granada es idéntica, se produce en las titularidades un profundo cambio, añadiendo unos como Becerril, Asturias, Antequera, Campo de Reinoso, La Coruña-Betanzos, Villena, Cádiz, Cuatro Villas de la Costa, Gibraltar y Palos; suprimiendo otros: Calahorra, Hontiveros, El Bierzo, Ocaña, Casarrubias y Andalucía: desglosando Soria-Agreda en dos: y fundiendo en uno sólo Toro y Tordesillas, Aranda y Sepúlveda, Medina del Campo y Olmedo, Cuenca y Huete, Murcia y Lorca, Ubeda y Baeza⁵⁰.

En 1575 los corregimientos, sin incluir los territorios de las Ordenes militares son ya 63; han aumentado en cinco unidades⁵¹; en 1597 ascenderán a 68, que con los tres Adelantamientos de Castilla, Campos y León, dotados de Alcaldes Mayores con jurisdicción como los Corregidores, alcanzan los 71; aquí Castillo de Bovadilla añade los diez gobernadores de la Orden de Santiago, los cuatro de Calatrava y los cinco de Alcántara equiparados a los Corregidores⁵².

49. Tarsicio AZCONA, *Isabel la Católica*, Madrid 1964, p. 343.

50. Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, *El Corregidor Castellano (1348-1808)*, p. 238.

51. Modesto ULLOA, *La Hacienda Real de Castilla en el reinado de Felipe II*, p. 70-71.

52. CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para Corregidores y Señores de Vasallos, II*, p. 644-649.

Ya en el siglo xvii, en 1610, los Corregimientos ascenderán a 69 más los tres Adelantamientos y las gobernaciones de las cuatro Ordenes militares⁵³. Un siglo más tarde los 69 corregimientos se han convertido en 81 distribuidos en 51 de capa y espada y 30 de letras⁵⁴, para llegar a final de ese mismo siglo, en 1783, a los 92 corregimientos, de ellos 10: Asturias de Oviedo, Badajoz, Burgos, Cádiz, Ciudad Rodrigo, Guadalajara, Madrid, Sevilla, Valladolid y Zamora todavía vinculados a las respectivas intendencias⁵⁵.

Vamos a tratar de plasmar en un cuadro único este complicado desarrollo de los Corregimientos a lo largo de tres centurias, desde 1494 a 1783, cuadro que desde luego no pretende ser exhaustivo, dada la fluidez que caracteriza al marco municipal de los corregimientos, con sus continuos desgloses y fusiones, sus supresiones y nuevas creaciones de estos magistrados en los diversos Concejos:

53. *Nueva Recopilación*, II, 4, auto 14.

54. Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, *El Corregidor Castellano* (1348-1808), p. 280-281.

55. GONZÁLEZ ALONSO, o. c., p. 285.

	1494	1515	1575	1597	1610	1711	1783
CORREGIMIENTOS							
Ageda	1	+	+	+	+	+	+
Aguilar de Campoo		+	+				
Albacete							
Alcalá la Real-Loja-Alhama	+	+	+	+	+ ²	+	+
5 Alcaraz	+	+	+	+	+	+	+
Alfaro							+ ⁷
Alhama							+ ²
Almería						+ ¹⁰	
Andalucía	+						
10 Andújar						+ ⁵	+
Antequera		+	+	+	+	+	+
Aranda-Sepúlveda	+ ¹⁴	+	+	+	+	+	+
Arévalo	+	+ ¹⁶	+	+	+	+	+
Asturias de Oviedo		+	+	+	+	+	+
15 Atienza-Molina	+	+	+	+	+	+	+ ⁴
Avila	+	+	+	+	+	+	+
Badajoz	+	+	+	+	+	+	+
Baeza-Ubeda	+ ⁵	+	+	+	+	+	+
Bayona			+	+	+	+	+
20 Baza							+ ¹⁰
Becerril		+	+			+	+

CORREGIMIENTOS

	1494	1516	1575	1597	1610	1711	1783
Betanzos			+6				+
Bierzo	+						
Bujalance				+	+	+	+
25 Burgos	+	+	+	+	+	+	+
Cáceres	+	+	+	+	+	+	+
Cádiz		+	+	+	+	+	+
Calahorra	+						
Campo, cfr. Reinosa							
Canarias o Gran Canaria		+	+	+	+	+	+
30 Carmona	+	+	+	+	+	+	+
Cartagena						+	+
Carrión-Sahagún	+	+	+	+	+	+	+
Casarrubios	+						
Ciudad Real	+	+	+	+	+	+	+
35 Ciudad Rodrigo	+	+	+	+	+	+	+
Córdoba	+	+	+	+	+	+	+
Coruña-Betanzos'			+	+	+	+	+
Cuatro Villas de la Costa, cfr. Laredo.							
Cuatro Villas de la Hoya de Málaga.							
Cuenca-Huete	+	+	+	+	+	+	+
40 Chinchilla-Villena-Requena-Utiel 19 ...	+	+	+	+	+	+	+
Ecija	+	+	+	+	+	+	+
Estepona							
Galicia	+						
Gibraltar							
Granada	+	+	+	+	+	+	+

CORREGIMIENTOS

	1494	1516	1575	1597	1610	1711	1783
75 Palencia	13	+	+	+	+	+	+
Palos		+					+
Pedroches de Córdoba							+
Plasencia	+	+	+	+	+	+	+
Ponferrada	+	+	+	+	+	+	+
80 Puerto Real				+	+		
Quesada				+	+	+	
Reinosa o Campo de Reinosa		+	+	+	+	+	+
Requena ¹⁹	+	+	+			+	+
Ronda-Marbella		+	+	+	+	+	+
85 Sahagún							+
Salamanca	+	+	+	+	+	+	+
San Clemente				+	+	+	+
San Vicente, cfr. Laredo						+	
Sanlúcar						+	
Santo Domingo de la Calzada	+	+	+	+	+	+	+
90 Segovia	+	+	+	+	+	+	+
Sepúlveda	+	+	+	+	+	+	+
Sevilla	+	+	+	+	+	+	+
Siete Merindades de Castilla Vieja ...			+	+		+	+
Sisante-Vara del Rey							+
95 Soria	+	+	+	+	+	+	+
Tarazona							+
Tarifa				+	+	+	+
Tenerife-La Palma		+	+	+	+	+	+
Toledo	+	+	+	+	+	+	+

Utiel	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
105 Valladolid	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Vélez-Málaga	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Villanueva de Vera	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Villena	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Vivero	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
110 Vizcaya	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Zamora	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+

ALCALDIAS MAYORES

Adelantamiento de Burgos o Provincia de Castilla +
 Adelantamiento de Campos +
 Adelantamiento o Provincia de León. +

1. En 1494 formaba un corregimiento Soria-Agreda.—2. Alcalá-Loja-Alhama se divide en 1610 en Alcalá y Loja, y en 1783 en Alcalá, Alhama y Loja.—3. Jaén-Andújar se desglosa en 1711.—4. Atienza-Molina se desglosa en 1783.—5. Baeza-Ubeda desglosado en dos corregimientos en 1494 y 1783.—6. Coruña-Betanzos, desglosado en dos corregimientos en 1575 y 1783.—7. En 1494 estaba desglosada Calahorra y en 1783 se desglosa Alfaro.—8. En 1494 son dos corregimientos: Lorca y Murcia; en 1711 tres: Lorca, Murcia y Cartagena, y en 1783 dos: Lorca y Murcia.—9. En 1494 y 1711 desglosado en Cuenca y Huete.—10. En 1711 aparece desglosado Almería del corregimiento Guádix-Baza-Almería-Vera, y en 1783 son tres los corregimientos: Guádix, Baza y Villanueva de Vera.—11. Málaga-Vélez Málaga se desglosa en Málaga y Vélez en 1711.—12. Ronda-Marbella desglosado en dos en 1610 y 1783.—13. En 1494 un solo corregimiento, Carrión-Palencia, y en 1783 se desglosa en Carrión y Sahagún.—14. Aranda y Sepúlveda, dos corregimientos en 1494, se funden en 1515.—15. Medina y Olmedo forman un corregimiento en 1515.—16. En 1515 se llama Arévalo-Santa María de Nieva.—17. Toro y Tordesillas un único corregimiento en 1515.—18. En 1515 aparecen en el elenco Villas de la Costa y San Vicente como dos corregimientos y falta Laredo; creemos que es un único y mismo corregimiento llamado en otras relaciones Laredo.—19. Chinchilla-Villena-Requena-Utiel en 1494 un corregimiento llamado Requena, en 1515 y 1575 dos: Requena y Villena, en 1597 uno llamado Chinchilla-Villena-Requena-Utiel, en 1610 uno, Chinchilla, en 1711 y en 1783 son cuatro distintos los corregimientos.

A pesar del desarrollo de los corregimientos, que llegaron al centenar, y de su arraigo durante tres siglos, no pudieron constituir una división territorial válida porque la abundancia de señoríos y villas exentas acentuaba el carácter discontinuo y municipal de los mismos.

Tampoco los territorios de las Ordenes Militares se integraron bajo el sistema de los corregimientos; al margen de los mismos Santiago, Calatrava y Alcántara aparecen divididas en Alcaldías Mayores o Gobernaciones⁵⁶:

De la Orden de Santiago: Llerena, Mérida, Ocaña, Caravaca, Ucles, Castilla la Vieja, Montánchez, Hornachos, Villanueva de los Infantes y Campo de Montiel y Jerez de Badajoz.

De la Orden de Calatrava: Almagro, Almonacid, Martos y Almodóvar.

De la Orden de Alcántara: Alcántara, Valencia de Alcántara, Sierra de Gata y Las Brozas.

El 9 de febrero de 1610, por un auto acordado del Consejo de Castilla acordó encomendar a los cinco consejeros de la Sala de Gobierno de dicho Consejo una función inspectora y de control sobre los corregimientos y otros distritos jurisdiccionales; con este fin «acordaron que los 68 Corregimientos, que ai en esta Corona de Castilla, i los tres Adelantamientos, i los Maestrazgos de las tres Ordenes Militares, i el Priorato de San Juan, i todos los lugares de Iglesias, Prelados i Señorío que se incluyen en estos distritos se dividan y se repartan en cinco Partidos»⁵⁷. He aquí la división de los Corregimientos en cinco Partidos:

1.—El primer Partido serán Sevilla, Córdoba, Xerez, Ezija, Antequera, Málaga, Ronda, Marvella, Gibraltar, Cádiz, Carmona, Puerto Real, Tarifa, Loja, Alcalá la Real, Tenerife, Canaria i Bujalanze.

2.—Segundo Partido, Segovia, Valladolid, Palencia, Carrión, León, su Adelantamiento, Avila, Toro, Zamora, Arévalo, Tordesillas, Olmedo, Madrigal, Medina del Campo, Aranda de Duero, Soria i Agreda.

3.—Tercer Partido, Granada, Guadix, Jaén, Baeza, Quesada, Pla-

56. CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para Corregidores*, II, p. 648-649; cfr. Modesto ULLOA, *La Hacienda Real de Castilla en el reinado de Felipe II*, p. 73-74, que añade tres Alcaldías más: Quintanar, Segura de la Sierra y Segura de León de la Orden de Santiago.

57. *Nueva Recopilación*, 2, 4, auto 14.

sencia, Truxillo, Caceres, Badajoz, Ciudad-Rodrigo, Salamanca, El Maestrazgo de Santiago en el Partido de León y el Maestrazgo de Alcántara.

4.—Quarto Partido, Burgos, su Adelantamiento, Logroño, Santo Domingo, Vizcaya, Guipúzcoa, las quatro Villas de la Costa de la Mar, Reinosa, Oviedo, Orense, Coruña, Bayona, Vivero, Ponferrada, i Adelantamiento de Campos.

5.—Quinto Partido, Toledo, Madrid, Ciudad-Real, Illescas, Guadalaxara, Molina, Atienza, Cuenca, San Clemente, Chinchilla, Murcia, el Maestrazgo de Santiago en Castilla, i Priorato de San Juan.

Habiendo aumentado los Consejeros de la Sala de Gobierno se procedió el 4 de septiembre de 1690 a aumentar el número de Partidos en que se distribuían los Corregimientos: «mandaron que los cinco Partidos se dividan en siete de los cuales cuiden, i sean Superintendentes los señores de la Sala de Gobierno, que nombrare el Señor Governador del Consejo»⁵⁸.

Finalmente, ya en el siglo XVIII, el 1 de febrero de 1717, extendido ya el régimen castellano de los corregimientos a los reinos de la Corona de Aragón, se procedió a una nueva reagrupación de dichos corregimientos en diez partidos, cada uno de los cuales correría a cargo de uno de los Consejeros de la Sala de Gobierno del Consejo de Castilla. Los diez partidos fueron los siguientes:

«1. Al primer Partido Burgos, Vilbao, San Sebastián, Santo Domingo, Logroño, Agreda, Soria, las quatro Villas, Villarcayo, Reynosa, Molina, Atienza, Guadalaxara i Sigüenza.

2. Al segundo Asturias, León, Valladolid, Palencia, Segovia, Carrión, Avila i Toro.

3. Al tercero Galicia con sus Corregimientos, Salamanca, Zamora i Ciudad Rodrigo.

4. Al quarto Mancha entrando Toledo, Cuenca, San Clemente, Huete y Reino de Murcia.

5. Al quinto Extremadura con sus Corregimientos.

6. Al sexto Granada i Jaen.

7. Al séptimo Sevilla i Cordova.

8. Al octavo Aragón.

9. Al nóveno Valencia i Mallorca.

10. Al décimo Partido Cathaluña»⁵⁹.

58. *Nueva Recopilación*, 2, 4, auto 48.

59. *Nueva Recopilación*, 2, 14, auto 82.

IV

LAS INTENDENCIAS DEL SIGLO XVIII

Con la llegada de la dinastía borbónica y sus reformas administrativas va a aparecer una nueva magistratura territorial, tanto en el reino de Castilla como en el resto de los reinos de la monarquía española.

Ya en 1703, en una memoria redactada por Jean Orry, el enviado de Luis XIV como técnico financiero cerca de su nieto, se incluía un proyecto de división territorial del reino de Castilla en 17 provincias, a cuyo frente se colocaría un intendente y un gobernador⁶⁰; teniendo en cuenta que desde 1692 en el reino castellano-leonés al frente de las 21 provincias fiscales figuraba ya un superintendente, la novedad del proyecto consistía en la supresión de cuatro provincias y en el nombramiento de un gobernador al lado del intendente para dirigir a los corregidores de la provincia en los asuntos no financieros de su competencia.

Pero este proyecto de 1703 no se convertirá nunca en realidad y sólo en diciembre de 1711, siguiendo el plan del conde de Bergeick, fueron nombrados en todas las provincias intendentes con las mismas competencias y autoridad que los intendentes franceses⁶¹; la selección de las personas fue encomendada al Presidente del Consejo de Castilla y al Marqués de Bedmar y de los cuatro paquetes de competencias que les eran atribuidas: policía, justicia, finanzas y guerra, inicialmente sólo recibieron las instrucciones relativas a guerra, sin que conste que recibieran después las de gobierno, justicia y finanzas.

Tampoco consta por ninguna parte cuáles eran esas provincias a cuyo frente se pusieron los nuevos intendentes; oficialmente sólo conocemos antes de 1718 el nombre de siete en el reino de Castilla: Extremadura o Mérida, Salamanca, León, La Coruña, Cádiz, Sevilla y Murcia⁶²; seis de estos nombres se corresponden con las antiguas provincias austríacas regidas financieramente por los superintendentes,

60. Henry KAMEN, *El establecimiento de los Intendentes en la Administración Española*, en *Hispania* 95 (1964) 368-396.

61. Henry KAMEN, o. c., p. 370-372.

62. Henry KAMEN, o. c., p. 385-388.

pero a ellos se agrega Cádiz regida en 1717 por el intendente Patiño.

El sistema inaugurado en 1711 no tuvo especial éxito en Castilla y los intendentes, pasado el momento inicial, dejaron de ser nombrados y paulatinamente fueron desapareciendo, hasta que un Decreto de 25 de marzo de 1715 suprimía los intendentes puramente civiles en las provincias donde no existían tropas.

En 1718 el Cardenal Alberoni decidía el restablecimiento de los intendentes sobre una nueva base, correspondiendo la ejecución de esta decisión y la redacción de las correspondientes instrucciones u ordenanzas al intendente de Cádiz, José Patiño, que fueron fechadas el 4-VII-1718; el 26 de ese mismo mes y año aparece una lista de las intendencias con los salarios de sus titulares, cuyos nombramientos fueron otorgados finalmente el 10 de agosto para entrar en funciones el 1 de septiembre. El número de intendencias se elevaba a 21, pero siete de ellas correspondían a territorios extraños a la Corona de Castilla: Barcelona, Zaragoza, Valencia, Pamplona, Palma de Mallorca y Caller, o a castellanos extrapeninsulares como Tenerife; las intendencias castellanas en la Península reagrupaban así las 21 provincias austríacas en 13 intendencias: La Coruña, León-Asturias, Salamanca-Toro-Zamora, Burgos con Vizcaya y Alava, Valladolid-Palencia, Avila-Segovia, Toledo, Guadalajara-Cuenca-Soria, Madrid, Mérida, Sevilla, Córdoba-Jaén, y Granada; se añadía a estas 13 intendencias otra nueva: Ciudad Real, desgajada de Toledo⁶³. Así se esbozaba una nueva división provincial del reino de Castilla⁶⁴ en 14 provincias; a cada intendente se le requería prácticamente la redacción de un censo de su provincia en el artículo 38 de las Ordenanzas y el examen geográfico de las mismas en el artículo 39.

La plenitud de funciones en estas intendencias de 1718 no iba a ser tampoco muy larga, pues una cédula del 1 de marzo de 1721 suprimía las competencias financieras de los intendentes en todas las provincias donde no había cuerpos de ejército, aunque se les conservara a todos el nombre de intendentes y el corregimiento de la ciudad de su residencia unido al cargo, con la excepción de Mérida; únicamente conservarían las facultades financieras las intendencias fronte-

63. Henry KAMEN, o. c., p. 385-388.

64. Únicamente Guipúzcoa quedaba incorporada a la Intendencia de Navarra, desgajándose así de las intendencias del reino de Castilla, y Murcia a su vez era agregada a Valencia.

rizas con Portugal: Sevilla, Mérida o Badajoz, Salamanca y La Coruña, y sus titulares serían llamados intendentes de guerra, mientras los restantes eran denominados intendentes de provincia.

Posteriormente, el 12 de febrero de 1722, se recortaron también a los intendentes algunos de los poderes judiciales que les otorgaban las ordenanzas, para, finalmente, procederse a la supresión de los intendentes de provincia el 19 de julio de 1724, dejando únicamente subsistentes los de guerra.

En 1749 se procedía a la reinstauración de las Intendencias por Real Ordenanza del 13 de octubre; las nuevas Intendencias, hasta un total de 22 divididas en 4 de ejército y 18 de provincia, van a reproducir las 21 provincias austríacas de las ciudades y villas con voto en Cortes más la intendencia de Ciudad Real, que ya se había desgajado de Toledo en 1718.

He aquí el elenco de las 22 intendencias o provincias de 1749, todas con sus corregimientos unidos:

De Ejército

Sevilla, también llamada Andalucía.
 Extremadura (capital en Badajoz).
 Zamora, también llamada de Castilla Vieja.
 Galicia (capital en La Coruña).

De Provincia

Madrid.
 Burgos.
 León-Asturias (capital en León).
 Granada.
 Córdoba.
 Toledo.
 Valladolid.
 La Mancha (capital en Almagro, y después en Ciudad Real).
 Murcia.
 Segovia.
 Jaén.
 Cuenca.
 Salamanca (capital en Ciudad Rodrigo o Salamanca).
 Palencia.
 Toro.
 Avila.
 Soria.
 Guadalajara.

Junto a estos 22 intendentes del reino de Castilla en su territorio peninsular hay que colocar cinco más de los otros reinos: Cataluña, Valencia, Mallorca, Aragón y Navarra, y la intendencia de Canarias hasta alcanzar los 28 intendentes en 1749.

La acumulación del cargo de corregidor en la capital de la intendencia a la función del intendente establecida por las ordenanzas de 1749 volverá a romperse en 1766 cuando Carlos III opta por separar definitivamente intendencias y corregimientos, dejando a cargo de los corregidores la justicia y la policía o gobierno, y limitando los intendentes a los ramos de guerra y hacienda, esto es, a las funciones que corresponden actualmente al Cuerpo de Intendencia en el Ejército y al Delegado de Hacienda en la recaudación de los tributos⁶⁵.

A pesar de que el número de intendencias no superó nunca entre 1749 y 1833 el número de 31 y de que existía una correspondencia entre intendencia y provincia, las diversas estadísticas y elencos nos ofrecen un número variable de provincias que unas veces son 34, otras 35 y otras hasta 38, según las diversas maneras de realizar las computaciones.

En 22 de marzo de 1785 el conde de Floridablanca solicitaba la los intendentes una relación de las jurisdicciones inferiores y lugares de su intendencia; los datos aportados por los intendentes fueron publicados en 1789 bajo el título *España dividida en provincias e intendencias y subdividida en partidos, corregimientos, alcaldías mayores, gobiernos políticos y militares, así realengos como de órdenes, abadengo y señorío*. En esta publicación se presenta a España dividida en 38 provincias:

- Avila.
- Aragón.
- Burgos.
- Gran Canaria.
- 5 Cataluña.
- Córdoba.
- Cuenca.
- Extremadura.

65. Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, *El corregidor castellano (1348-1378)*, Madrid 1970, p. 250.

	Betanzos.	}	Galicia.
10	La Coruña.		
	Santiago.		
	Lugo.		
	Orense.		
	Mondoñedo.		
15	Tuy.		
	Granada.		
	Guadalajara.		
	Islas Baleares.		
	Jaén.		
20	León con Ponferrada y Asturias.		
	Madrid.		
	La Mancha.		
	Murcia.		
	Navarra.		
25	Palencia.		
	Salamanca.		
	Sevilla.		
	Segovia.		
	Soria.		
30	Toledo.		
	Toro.		
	Valladolid.		
	Valencia.		
	Alava.	}	Vascongadas
35	Vizcaya.		
	Guipúzcoa.		
	Zamora.		
	Nuevas Poblaciones de Sierra Morena y Andalucía.		

El número de 38 provincias se obtiene con las 22 intendencias de la Corona de Castilla peninsular, más otra de Canarias y las de los cinco reinos no castellanos, que totalizan las 28 provincias o intendencias de 1749; las diez restantes encuentran su origen en otorgar a Vizcaya, Guipúzcoa y Alava tal categoría, dividir la intendencia de Galicia en siete provincias (que no volvemos a encontrar como tales provincias) lo que añade seis circunscripciones más, y recoger como nueva intendencia independiente la de las poblaciones de Sierra Morena y Andalucía.

En los casos en que se relacionan 34 provincias, éstas se alcanzan con las 28 intendencias de 1749, las tres provincias vascas, subdivi-

diendo Baleares en tres: Mallorca, Menorca e Ibiza, lo que incrementa otras dos unidades, y con la consideración de Asturias como provincia segregada de León. Las listas de 35 provincias se obtienen añadiendo a las 34 anteriores la intendencia *especial* de las nuevas poblaciones de Sierra Morena y Andalucía.

Esta consideración de Asturias como una nueva provincia distinta de León la encontramos, al menos a efectos censales, ya en 1787⁶⁶, mucho antes de que se constituyera la circunscripción fiscal independiente de Asturias junto con otras cinco por Real Decreto de 25 de septiembre de 1799 y se organizaran según la Instrucción del 4 de octubre del mismo año⁶⁷.

En efecto, en 1799 se segregan Cádiz, Málaga, Santander, Alicante, Cartagena y Asturias, respectivamente de Sevilla, Granada, Burgos, Valencia, Murcia y León, encargando la mayor parte de los asuntos fiscales o de Rentas a los Gobernadores, Subdelegados y Juntas principales de las mencionadas ciudades, con la misma autoridad que tienen los intendentes en las provincias de su cargo y con total independencia de los mismos sobre las capitales y pueblos con que se han demarcado las nuevas seis circunscripciones marítimas. Sus competencias se amplían en 1802 al ramo de Propios y Arbitrios de los pueblos de su demarcación, con inclusión de la extraordinaria y temporal contribución equivalente a la de frutos civiles; únicamente no se segregan de las intendencias matrices las competencias relativas al ramo de paja y utensilios con todo lo perteneciente a él⁶⁸.

Pero estas seis nuevas circunscripciones fiscales de 1799 no alcanzaron inmediatamente la categoría de intendencia, por lo que al entrar en el siglo XIX las intendencias continuaban siendo las mismas 28 de 1749, más la muy especial y singular de Nuevas Poblaciones de Sierra Morena y Andalucía.

En 1804 se iniciaba un expediente que culmina con la supresión de la intendencia de Toro; de sus tres partidos: Toro, Carrión y Reinosa, estos dos últimos fueron agregados a la intendencia y provincia de Palencia, y el de Toro se integró en la provincia de Zamora⁶⁹.

66. *Censo español executado de orden del Rey comunicada por el excelentísimo señor conde de Floridablanca en el año 1787*, Madrid 1790, núm. XXXII.

67. *Novísima Recopilación*, 7, 16, 22.

68. *Novísima Recopilación*, 7, 16, 22.

Pero al hacerse la convocatoria el 1 de enero de 1810 para la celebración de Cortes extraordinarias no se va a tener en cuenta esta desaparición de la provincia de Toro, y así se van a convocar a diputados elegibles por las 28 provincias, en número de uno por cada 50.000 almas según el censo elaborado en 1797, que incluía a Toro como provincia independiente. A estas 28 provincias se van a agregar cuatro más: las tres provincias Vascongadas, cada una de las cuales va a ser considerada como circunscripción independiente, y Asturias, que ya desde 1787 figuraba a los efectos censales como provincia distinta de León.

Así, las elecciones para las Cortes de 1812 se realizarán sobre la base de 32 provincias⁷⁰, ya que la intendencia de las Nuevas Poblaciones de Andalucía y Sierra Morena, que sólo estaba censada con 6.196 habitantes, no elegirá ningún diputado propio, sino que votará junto con los habitantes de la intendencia de Córdoba.

Durante la Guerra de la Independencia la capitalidad de la España resistente que ejerce Cádiz, permitirá a esta ciudad el convertirse en capital de una nueva provincia que las Cortes de Cádiz crearon el 16 de diciembre de 1812, concediendo a dicha provincia el poder tener Diputación provincial y atribuyéndola una población de 304.371 almas según el censo de 1797, integrada por los partidos de Cádiz, Jerez de la Frontera, Puerto de Santa María, Medina Sidonia, Algeciras y Sanlúcar de Barrameda⁷¹, segregados de Sevilla.

Sobre esta base de 33 provincias, que corresponden a las 28 intendencias clásicas con Toro inclusive, más las tres Provincias Vascongadas como otras tantas provincias, con Asturias y Cádiz se hará la convocatoria a Cortes del año 1820⁷², Cortes que van a proceder a una nueva división del territorio nacional.

69. *Diario de las Sesiones de Cortes. Legislatura Extraordinaria (22 septiembre 1821-14 febrero 1822)*, Madrid 1871, p. 259-265.

70. "Instrucción que deberá observarse para la elección de Diputados de Cortes, fecha 1 de enero de 1810", en D. SEVILLA ANDRÉS, *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, I, Madrid 1969, p. 69-72.

71. *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias. Legislatura 24 septiembre 1810-20 septiembre 1813*, Madrid 1870, p. 4131.

72. *Diario de las Sesiones de Cortes. Legislatura de 1820*, Madrid 1871, p. 1-21.

Con todo, el número de intendencias ese mismo año de 1820, según Canga Argüelles, eran 31; Toro no figuraba ya desde 1804 como tal intendencia, aunque se la seguía llamando a las Cortes, las tres Provincias Vascongadas aparecen agrupadas en una única intendencia. De este modo las intendencias de 1820 serían únicamente 30, pero en el elenco que nos facilita el propio Canga Argüelles, a las 30 que hemos obtenido se añade Málaga, intendencia de provincia de primera clase dotada con 50.000 reales, pero que no es convocada como provincia a las Cortes.

«*Intendencias. Número, clase y dotaciones de las de la península en el año de 1820:*

Intendencias de ejército, su dotación 60.000 reales: Andalucía (Sevilla), Aragón, Castilla la Vieja (Zamora), Cataluña, Extremadura, Galicia, Mallorca y Valencia. De provincia; primera clase, 50.000 reales; Burgos, Córdoba, León, Madrid, Toledo, Segovia y Málaga; segunda clase, 40.000 reales: Provincias Vascongadas, Cuenca, Granada, Mancha, Murcia, Jaén, Salamanca, Zamora y Navarra; tercera clase, 30.000 reales: Cádiz, Avila, Guadalajara, Soria, Asturias, Canarias y Palencia»⁷³.

V

LAS DIVISIONES PROVINCIALES DURANTE LA GUERRA DE LA INDEPENDENCIA

España entraba en el siglo XIX con una división administrativa territorial totalmente arcaica e irracional en muchos aspectos, en la que reinaba la mayor desarmonía y desproporción entre las 31 provincias que se habían alcanzado en 1799; territorialmente Guipúzcoa no alcanzaba la cuatro centésimas de Extremadura y la discontinuidad también territorial de muchas de sus circunscripciones, herencia histórica del siglo XVI, no encontraba ninguna justificación desde el punto de vista de la eficacia administrativa.

Así, la provincia de Toro se dividía en tres partidos totalmente aislados: uno en torno a la ciudad del mismo nombre, otro en torno a Carrión de los Condes y un tercero en torno a Reinosa; Valladolid

73. José CANGAS ARGÜELLES, *Diccionario de Hacienda*, 2.^a edic., Madrid 1833, I, p. 584.

se extendía con sus enclaves hasta Mansilla de las Mulas, Benavente y Puebla de Sanabria, inclusive.

Pero lo más grave de las divisiones territoriales de la España de los comienzos del siglo XIX no era ni su desproporción ni su irracionalidad, sino sus insuficiencias, sea en el campo de la actividad administrativa, sea en su aspecto territorial.

Porque si consideramos la distribución de las intendencias, como suele de ordinario hacerse, como las circunscripciones provinciales de esos años, no debemos olvidar que la tal división territorial no superaba en ningún caso el ámbito puramente fiscal, y que no trascendía ni a lo gubernativo ni a lo judicial.

En estos dos ramos la España de los primeros años del siglo XIX mantenía enteramente en pie, como vimos anteriormente, el sistema corregimental que sólo alcanzaba al realengo, dejando por lo tanto fuera del mismo, bajo el ámbito señorial, casi el 40 por 100 del territorio.

Por lo tanto, las nuevas divisiones del siglo XIX no sólo significaban una reorganización del territorio en busca de unos límites y proporciones más racionales, sino también una coincidencia de todas las actividades administrativas, gubernativas y judiciales en unas mismas unidades territoriales básicas que a su vez cubriesen uniformemente todo el territorio de la Monarquía. Este es el sentido de las nuevas divisiones provinciales del siglo XIX, que no se halla en las dieciochescas divisiones en intendencias o en corregimientos.

La primera de estas divisiones del siglo XIX será la realizada por el Rey José Bonaparte, según Decreto aparecido en la Gaceta del 4 de mayo de 1810, firmado en el Alcázar de Sevilla el 17 de abril de ese mismo año. Según ella el territorio peninsular español se dividía en 38 prefecturas y 111 subprefecturas, tres por prefecturas, salvo Ciudad Real, Cuenca, Madrid y Teruel que sólo contaban con dos subprefecturas y Murcia que tenía cuatro, y se procuraba aproximar dentro de ciertos límites la extensión de cada prefectura; he aquí el elenco de las prefecturas con la extensión aproximada de cada una de ellas en leguas cuadradas, esto es, en unidades de 30,858 Km².

ALICANTE.—Alicante, San Felipe y Denia	365,1
ASTORGA.—Astorga, León y Benavente	631,1
BARCELONA.—Barcelona, Manresa y Solsona	271,3
BURGOS.—Burgos, Logroño y Calahorra	368,0

·CACERES.—Cáceres, Talavera de la Reina y Plasencia	519,5
·CIUDAD REAL.—Ciudad Real y Alcázar	557,9
·CIUDAD RODRIGO.—Ciudad Rodrigo, Navarredonda y Béjar.	502,0
·CORDOBA.—Córdoba, Lucena y Ecija	501,6
·CORUÑA.—Coruña, Santiago y Corcubión	290,5
·CUENCA.—Cuenca y Tarazona de la Mancha	514,3
·GERONA.—Gerona, Vich y Camprodón	215,4
·GRANADA.—Granada, Almería y Baza	578,5
·GUADALAJARA.—Guadalajara, Sigüenza y Huete	566,8
·HUESCA.—Huesca, Jaca y Barbastro	560,0
·JAEN.—Jaén, La Carolina y Ubeda	418,8
·LERIDA.—Lérida, Urgel y Talara	439,0
·LUGO.—Lugo, Mondoñedo y Vivero	247,1
·MADRID.—Madrid y Alcalá de Henares	76,0
·MALAGA.—Málaga, Antequera y Osuna	328,0
·MERIDA.—Mérida, Badajoz y Llerena	639,5
·MURCIA.—Murcia, Cartagena, Huéscar y Albacete	860,0
·ORENSE.—Orense, Monterrey y Monforte	161,0
·OVIEDO.—Oviedo, Gijón y Navia	425,3
·PALENCIA.—Palencia, Cervera y Carrión	216,0
·PAMPLONA.—Pamplona, San Sebastián y Olite	282,6
·SALAMANCA.—Salamanca, Zamora y Toro	378,0
·SANTANDER.—Santander, Laredo y Villarcayo	265,1
·SEVILLA.—Sevilla, Ayamonte y Aracena	536,8
·SORIA.—Soria, Osma y Medinaceli	350,0
·TARRAGONA.—Tarragona, Tortosa y Alcañiz	432,2
·TERUEL.—Teruel y Aliaga	320,0
·TOLEDO.—Toledo, Ocaña y Casarrubios	520,3
·VALENCIA.—Valencia, Segorbe y Castellón de la Plana	330,0
·VALLADOLID.—Valladolid, Segovia y Aranda de Duero	660,0
·VIGO.—Vigo, Pontevedra y Túa	265,0
·VITORIA.—Vitoria, Bilbao y Azcoitia	268,0
·XEREZ.—Xerez, Cádiz y Ronda	329,3
·ZARAGOZA.—Zaragoza, Calatayud e Híjar	580,0

La elaboración del proyecto de esta división prefectural se atribuye a Llorente y parece que el proyecto fue acogido íntegramente por el monarca con sólo tres modificaciones: las unidades, que se denominaban departamentos en el proyecto, se llamaron prefecturas en el Decreto, se añadió la división en subprefecturas y se cambiaron también los nombres de las prefecturas, para los que se habían escogido accidentes orográficos de ríos y cabos, por el de sus capitales respectivas; he aquí las 38 prefecturas con las denominaciones propuestas por Llorente y sus posibles capitales:

Alicante	Cabo de la Nao (Alicante).
Astorga	Esla (Astorga o León).
Burgos	Arlanzón (Burgos).
Barcelona	Llobregat (Barcelona).
Cáceres	Tajo (Cáceres).
Ciudad Real	Ojos del Guadiana (Ciudad Real).
Ciudad Rodrigo	Agueda (Ciudad Rodrigo).
Córdoba	Guadalquivir (Córdoba).
Coruña	Tambre (Coruña).
Cuenca	Júcar Alto (Cuenca).
Gerona	Ter (Gerona).
Granada	Genil (Granada).
Guadalajara	Tajo Alto (Guadalajara).
Huesca	Ebro y Cinca (Huesca).
Jaén	Guadalquivir Alto (Carolina).
Lérida	Cinca y Segre (Lérida o Balaguer).
Lugo	Miño Alto (Lugo). ☉
Madrid	Manzanares (Madrid).
Málaga	Salado (Málaga).
Mérida	Guadiana (Mérida).
Murcia	Segura (Murcia).
Orense	Sil (Orense o Monterrey).
Oviedo	Cabo de Peñas (Oviedo).
Palencia	Carrión (Palencia).
Pamplona	Bidasoa (Pamplona).
Salamanca	Tormes (Salamanca).
Santander	Cabo Mayor (Santander).
Sevilla	Guadalquivir Bajo (Sevilla).
Soria	Alto Duero (Soria).
Tarragona	Ebro (Tarragona o Reus).
Teruel	Guadalaviar Alto (Teruel).
Toledo	Tajo y Alberche (Toledo).
Valencia	Guadalaviar Bajo (Valencia).
Valladolid	Duero y Pisuerga (Valladolid).
Vigo	Miño Bajo (Vigo).
Vitoria	Cabo Machichaco (Vitoria o Bilbao).
Xerez	Guadalete (Xerez o Santa María).
Zaragoza	Ebro y Jalón (Zaragoza).

La descripción detallada de los límites geográficos de cada una de las prefecturas erigidas por José Bonaparte se publicó acompañando el Decreto de 17 de abril de 1810 en folleto aparte, bajo el título «Explicación de los límites de las Prefecturas», y fue incluida en el «*Prontuario de las leyes y decretos del Rey Nuestro Señor Don José*

Napoleón I, II, Madrid 1810⁷⁴ y fue de nuevo publicada recientemente por Amando Melón⁷⁵ con un acertado comentario en que ampliaba otro trabajo suyo anterior⁷⁶.

Esta división era una obra auténticamente revolucionaria, en que de espaldas a la historia se hacía tabla rasa del pasado y no se tenía otro punto de referencia que el de la teorización sobre el mapa; por eso resulta superflua cualquier búsqueda de antecedentes en las circunscripciones territoriales dieciochescas.

Y si no tenía pasado tampoco tendrá futuro, pues expulsados los ejércitos franceses de España la división napoleónica caerá en el más total olvido, y ni una sola de sus líneas de límites será utilizada ni recordada por los liberales que en 1822 y 1833 dibujaron de nuevo el mapa administrativo de España. La división de José Bonaparte, al carecer de antecedentes y consecuentes, no tendrá, pues, desde el punto de vista territorial más valor que el de mera curiosidad histórica, y como tal puede estudiarse en la «Explicación de los límites de las Prefecturas».

Pero desde el punto de vista institucional constituirá el primer intento de racionalizar la administración territorial creando unas unidades político-administrativas a las que después deberían adaptarse sin excepción todas las demás: fiscales, judiciales, militares, académicas e incluso eclesiásticas; y subdividirse a su vez armónicamente en partidos o subprefecturas y en municipios. Por eso se preveía la creación en cada Prefectura de una Universidad, una Audiencia y una Diócesis; aunque sólo pudo llevarse a efecto la territorialización de las Divisiones militares de acuerdo con las nuevas Prefecturas por Decreto del 23 de abril de 1810, sólo posterior en seis días al que daba planta a las Prefecturas.

Esta idea básica, la unificación de todas las divisiones territoriales de los distintos ramos de la gestión pública en unas mismas y uni-

74. En la Biblioteca de la Real Academia de Jurisprudencia.

75. *El mapa prefectural de España* (1810), en *Estudios Geográficos*, n. 46, 13 (1952) 5-72.

76. *Las divisiones administrativas de España, I. La del Rey José I*, en *Anales de la Universidad de Valladolid* 2 (1929) 278-287; en lo relativo a Cataluña existe otro trabajo de Juan MERCADER, *Las divisiones territoriales napoleónicas en el Principado de Cataluña*, en *Estudios Geográficos* n. 34, 3 (1949) 251-298.

formas básicas unidades que se agrupan o se subdividen según los diversos ramos, será el único aspecto común a las prefecturas de 1810 y a las provincias de 1822 y 1833, siguiendo ambas a su modelo común, la división departamental francesa decretada por la Asamblea Nacional Constituyente del año 1791.

Inspirándose en esta división francesa, las propias Cortes de Cádiz habían establecido el principio constitucional de que debía hacerse una nueva distribución del territorio: «Art. 11. Se hará una división más conveniente del territorio español por una ley constitucional, luego que las circunstancias políticas de la Nación lo permitan».

Las circunstancias bélicas retrasaron la ejecución de este artículo 11 de la Constitución, y en el entretanto siguieron vigentes a todos los efectos las viejas divisiones heredadas del siglo XVIII con su falta de homogeneidad en los distintos ramos de la administración.

Las mismas Cortes que dictaron la Constitución de 1812 creyeron que con la evacuación de la Corte y de la mayor parte de la Península por los franceses, en mayo de 1813, eran llegadas las previsiones del artículo 11 de la misma Constitución para proceder a «una división más conveniente del territorio español por una ley constitucional», y así el 12 de junio de dicho año mandaron comunicar al Gobierno que «Siendo de la mayor importancia para el buen gobierno del Estado que con la posible brevedad se lleve a efecto lo mandado en el artículo 11 de la Constitución, quieren las Cortes que la Regencia, reuniendo todos los datos y noticias que estime necesarias, presente el plan de la división política más conveniente del territorio de la Península y sus islas adyacentes, para proceder a su examen y aprobación»⁷⁷.

«A consecuencia de este oficio y con fecha de 24 de junio, la Regencia del Reino comisionó al capitán de fragata D. Felipe Bausá para que se ocupare de la ejecución de lo dispuesto por las Cortes, presentando la distribución de provincias que tuviese por más acertada según sus conocimientos en la materia»⁷⁸.

Bausá desempeñó su cometido presentando un mapa de la nueva división provincial con las explicaciones correspondientes que la Re-

⁷⁷ *Diario de las Sesiones de Cortes de las Cortes Generales y Extraordinarias*, VIII, Madrid 1870, p. 5478.

⁷⁸ *Diario de las Sesiones de Cortes*. Legislatura 22-IX-1821 a 14-II-1822. Madrid 1871, p. 50.

gencia, ya en Madrid, pasó el 26 de enero de 1814 a informe del Consejo de Estado, junto con las representaciones de algunas Diputaciones.

Abierta la legislatura de las Cortes Ordinarias el 1 de marzo de 1814, en la sesión del día 3 el Secretario de la Gobernación de la Península dio cuenta de cómo se hallaba el expediente de la división territorial de la Península e islas adyacentes, anunciando su envío a las Cortes tan pronto lo informase el Consejo de Estado⁷⁹. Con esta ocasión se nombró una comisión especial encargada de la división geográfico-política de la Península, su nombramiento se publicó en la sesión del 8 del mismo mes y estaba formada por los señores Vargas, Castañedo, García González, Márquez de Palma, Canga Argüelles, Ocapa Crespo, y Díaz de Labandero⁸⁰.

La comisión de Gobernación del Consejo de Estado dio su dictamen en 25 de marzo aprobando el proyecto remitido por el Gobierno salvo algunas alteraciones que indicaba en las provincias respectivas. Las principales de estas novedades consistían en suprimir algunas de las provincias designadas, repartiéndolas entre las confinantes; de suerte que las 44 provincias propuestas quedaban en 39, repartidas en tres clases, a saber: de más de 300.000 almas, de más de 200.000 y de más de 150.000, sin perjuicio de las reformas y correcciones que el tiempo y la experiencia indicasen como necesarias.

Pero el Consejo de Estado, a pesar de todos estos antecedentes, el 6 de abril emitió un dictamen adverso, diciendo que «no eran suficientes los datos que se presentaban para arriesgarse desde luego a una operación tan complicada y trascendental, fijándola ya como ley constitucional, cuando lo hecho era tan incompleto y expuesto a tenerlo que variar, en lo que habría gravísimos perjuicios e inconvenientes; y que por lo tanto, parecía al Consejo necesario que las Cortes diesen comisión a personas instruidas en las ciencias que habían de concurrir a la perfección de este plan, a fin de que se formase la estadística más exacta posible y las demás operaciones que debían preceder para el acierto, y que de una vez se hiciese, llenando no sólo el sistema político-económico, sino también el militar, eclesiástico y judicial, y que mientras tanto permaneciesen las cosas en el mismo estado»⁸¹.

79. *Actas de las Sesiones de la Legislatura Ordinaria de 1814*, Madrid 1876, p. 25.

80. O. c., p. 81.

81. *Diario de las Sesiones de Cortes*. Legislatura 22-IX-1821 a 14-II-1822, I, p. 51.

Con este dictamen adverso del Consejo de Estado, quizá influido por la inestabilidad de la situación y faltos de perspectivas de futuro desde la entrada en España de Fernando VII el 22 de marzo, la Regencia pasó el expediente de división territorial a las Cortes el 1.º de mayo de 1814.

Impaciente sin duda por el retraso que estaba sufriendo el expediente en el Consejo de Estado, y sin tener noticia de que por fin había sido remitido a la Secretaría de las Cortes con fecha de 1 de mayo, uno de los miembros de la Comisión de las Cortes para la División del Territorio, el señor Vargas, intervino en la sesión del día 5 de mayo para que «se recordase al Gobierno el asunto de la división geográfico-política de la Península» y en el acto de su intervención «quedó enterado de que ayer se recibieron en la Secretaría los trabajos de este particular»⁸².

Todavía en la sesión del día siguiente, 6 de mayo de 1814, se registra en las actas que ese día «pasan con urgencia a la Comisión de la División Geográfico-política de la Península los trabajos hechos en este objeto que la Gobernación de ella ha remitido con fecha del 1.º»⁸³.

Pero las Cortes ignoraban que entretanto dos días antes, el 4 de mayo, Fernando VII había derogado la Constitución de 1812 y declaradas nulas todas las medidas legales tomadas por las Cortes; con el cambio político desapareció del archivo de las Cortes hasta el expediente de la división territorial proyectada, sin que los legisladores de 1820-1821 pudieran hallar del mismo otra cosa que algunos borradores y fragmentos esparcidos que utilizarían para dar a las Cortes en 1821 los detalles que hemos transcrito.

La vuelta al Antiguo Régimen en 1814 prorrogaría todavía por siete años la vigencia territorial de las antiguas demarcaciones provinciales del siglo XVIII; que sólo se verán sustituidas cuando el nuevo régimen del trienio constitucional proceda a la nueva división del territorio de la Nación.

Canga Argüelles nos ofrece el elenco de intendencias en 1817: aparece confirmada la desaparición de Toro, se mantiene la intendencia independiente de Poblaciones de Sierra Morena y de las seis subdele-

82. *Actas de las sesiones de la Legislatura Ordinaria de 1814*. Madrid 1876, p. 333.

83. O. c., p. 339.

gaciones erigidas en 1799, reforzadas y equiparadas a las intendencias en 1801, dos se han convertido en intendencias: Cádiz y Asturias, tres siguen con subdelegaciones: Santander, Málaga, Cartagena y la sexta, Alicante, no es ni siquiera mencionada; suponemos que volvió a depender de Valencia.

He aquí el texto de Canga Argüelles⁸⁴:

«Para atender al fomento de los agentes de la riqueza pública, y al cobro de tributos se halla dividida España en 29 intendencias y 13 consulados:

INTENDENCIAS

	Extensión de léguas cuadradas	Población
Aragón con Navarra y Vizcaya	1.686	1.162.544
Asturias	308,5	364.238
Avila	215	118.061
Burgos, tiene subdelegado en Santander ...	642	470.588
Córdoba	348	252.028
Cuenca	945	294.290
Cataluña	1.003	428.493
Extremadura	1.199	428.493
Guadalajara	163	121.115
Galicia	1.330	1.142.630
Granada y con ella Málaga	805	692.924
Jaén	268	206.807
León	493	239.812
Madrid	110	228.520
La Mancha	631	205.548
Murcia, tiene subdelegado en Cartagena ...	659	383.226
Palencia	145	118.064
Poblaciones de Sierra Morena	108	6.196
Salamanca	471	209.988
Segovia	290	164.000
Sevilla, con la Intendencia de Cádiz	725	746.221
Soria	34	198.107
Toledo	734	370.641
Valencia	643	825.056
Valladolid	355,5	236.075
Zamora	217,5	120.086
Canarias	225	194.570
Mallorca	132	186.970

84. *Diccionario de Hacienda*, I, 1833, p. 328.

VI

LA DIVISION PROVINCIAL DEL TRIENIO CONSTITUCIONAL.
(1820-1822)

El triunfo del régimen constitucional en 1820, con su vuelta a la Constitución de Cádiz jurada por el Rey el 9 de marzo, va a replantear de nuevo y con carácter de urgencia la división del territorio en provincias.

Las Cortes ordinarias previstas en la Constitución gaditana con una duración de tres meses, prorrogables hasta cuatro cada año, van a ser convocadas por decreto del 27 de marzo, apenas consolidado el triunfo del levantamiento constitucional.

La convocatoria se realiza siguiendo la normativa establecida en el artículo 30 de la Constitución de 1812, que toma como base el censo de 1797 que divide España en 30 provincias peninsulares y dos insulares: Baleares y Canarias; a estas 32 provincias se agregará la nueva provincia de Cádiz creada en 1813 y que también contará con diputados propios ya desde las primeras Cortes del trienio constitucional.

He aquí las 33 provincias o circunscripciones electorales que en la primavera de 1820 van a enviar sus diputados a las Cortes constitucionales, a razón de uno por cada 70.000 habitantes, recordando únicamente que aunque Toro es circunscripción electoral, había perdido su intendencia y con ello su carácter de provincia en 1804:

PROVINCIA	Habitantes	Diputados
1.—Alava	67.523	1
2.—Aragón	657.376	9
3.—Asturias	364.238	5
4.—Avila	118.061	2
5.—Baleares	182.989	3
6.—Burgos	470.588	7
7.—Cádiz (con Sevilla)	—	4
8.—Canarias	173.865	2
9.—Cataluña	858.818	12
10.—Córdoba y Nuevas Poblaciones	256.224	4
11.—Cuenca	294.290	4
12.—Extremadura	428.493	6

PROVINCIAS	Habitantes	Diputados
13.—Galicia	1.142.630	16
14.—Granada	692.924	10
15.—Guadalajara	121.115	2
16.—Guipúzcoa	104.491	1
17.—Jaén	206.807	3
18.—León	239.812	3
19.—Madrid	229.101	3
20.—Mancha	205.548	3
21.—Murcia	383.226	5
22.—Navarra	221.728	3
23.—Palencia	118.064	2
24.—Salamanca	209.988	3
25.—Segovia	170.235	2
26.—Sevilla (con Cádiz)	746.221	7
27.—Soria	198.107	3
28.—Toledo	374.867	5
29.—Toro	97.370	1
30.—Valencia	825.059	12
31.—Valladolid	187.390	3
32.—Vizcaya	111.436	2
33.—Zamora	71.401	1
		149

Es a partir de esta división provincial como las Cortes del trienio van a proceder a la nueva división provincial de España en 52 provincias, que ligeramente rectificadas por don Javier de Burgos en 1833 llegará hasta nuestros días.

Porque ya desde la misma apertura de la primera legislatura, la de 1820, que se inaugura el 9 de julio, en el informe que presenta el Secretario de Gobernación de la Península se replantea el tema de la división territorial de España, que había quedado interrumpido en mayo de 1814 por la vuelta al absolutismo, e insistiendo en la urgencia de proceder a dicha división territorial anuncia el nombramiento de una Comisión Especial Gubernativa⁸⁵.

Aunque el Secretario de Gobernación no indica los nombres de

85. *Diario de Sesiones de Cortes*. Legislatura 9-VII-1820 a 8-XI-1820. Madrid 1871, p. 47.

los miembros que integraron dicha Comisión Gubernativa, por la introducción del dictamen con que la división se propuso a las Cortes en 1821, sabemos que la integraban D. Felipe Bausá, Director del Departamento Hidrográfico, y D. José Agustín de Larramendi, que había desempeñado el cargo de Intendente.

El nombre de D. Felipe Bausá nos enlaza con los trabajos de 1813-1814, ya que fue el mismo Felipe Bausá el que como comisionado de la Regencia preparó el proyecto de división territorial que la Regencia pasó el 26 de enero de 1814 al Consejo de Estado para su informe⁸⁶, proyecto que como es lógico le serviría de antecedente.

No nos es posible saber hasta qué punto D. Felipe Bausá recogió los límites provinciales proyectados en 1814, pues el experimento gaditano había ya desaparecido en 1821; no obstante se observa una aproximación en el número de provincias de ambos proyectos: 44 en el proyecto de 1814, 47 en el proyecto de D. Felipe Bausá que el Gobierno llevará a las Cortes en 1821; en este número de 47 se incluyen las Baleares, pero se excluyen las Canarias.

Mientras la Comisión del Gobierno trabaja, las Cortes esperan el proyecto del Gobierno, pero para poder ganar tiempo nombran su propia Comisión el 4 de agosto de 1820 con el título de Comisión Especial de la División del Territorio Español, integrada por ocho miembros: los señores Vargas Ponce, Alvarez Guerra, Peñafiel, Villanueva, Serrallach, Villa, Manescau y Espeleta⁸⁷, la cual Comisión podrá ir, como es lógico, en espera del proyecto del Gobierno, elaborando los principios generales y formándose su propio criterio. En esta Comisión el señor Vargas Ponce representa el enlace con la Comisión nombrada para el mismo objeto por las Cortes gaditanas el 8 de marzo de 1814.

La legislatura de 1820 llega a su término sin que las Cortes ni su Comisión hayan podido ocuparse del tema de la división territorial, pues el Gobierno no había acabado su proyecto; pero a pesar de eso, al nombrarse el 6 de noviembre de 1820 las comisiones para preparar los trabajos en el intermedio de las legislaturas, se designa también una nueva Comisión de División Territorial integrada por los señores Vargas Ponce, Alvarez Guerra, Serrallach, Villa, Clemencín, Rovira, To-

86. *Diario de las Sesiones de Cortes*. Legislatura 22-IX-1821 a 14-II-1822. Madrid 1871, p. 50-52.

87. *Diario de las Sesiones de Cortes*, p. 381.

rens, Navarro (D. Felipe) y Argaiz⁸⁸, cuatro miembros de la anterior comisión y cinco nuevos.

En la propia sesión de clausura el 8 de noviembre de 1820 el Secretario de Gobernación de la Península menciona el tema de la división del territorio, señalando que se está trabajando en el mismo intensamente⁸⁹.

El tema quedó, pues, para la siguiente legislatura, la ordinaria de 1821, que celebró sus sesiones entre el 1 de marzo y el 30 de junio: en la sesión de apertura del 1 de marzo el Secretario de la Gobernación de la Península anuncia el próximo envío a las Cortes de los trabajos de la Comisión del Gobierno compuestos de un mapa de España dividida en provincias, el censo de cada provincia, la demarcación circunstanciada de cada una de ellas y una memoria razonada sobre la división que se propone⁹⁰; en efecto, el proyecto del Gobierno fue presentado el 4 de marzo en las Cortes y proponía la creación de 47 provincias, sin Canarias⁹¹.

Durante esta segunda legislatura trabajó la Comisión de las Cortes sobre el proyecto y material elevado por el Gobierno, recabando la colaboración de todos los diputados a cuya disposición se puso todo el expediente de la división territorial; habiendo oído reiteradamente a todos los diputados que quisieron ofrecer a la Comisión sus puntos de vista y experiencias personales, la Comisión redactó un dictamen que elevaba el número de las mismas a 50 y las Canarias. Las tres que la Comisión había añadido a las 47 del Gobierno fueron: Játiva, Palencia y una más al desdoblar en dos la única provincia que formaban las tres Vascongadas reunidas; el dictamen fue elevado a las Cortes como proyecto de ley que se mandó imprimir, y leído en primera lectura el 19 de junio de 1821 por el señor Clemencín⁹².

La segunda lectura tuvo lugar el 22 de junio⁹³, muy próximo ya al final de la legislatura, que se cerró sin que pudiera tener lugar la tercera lectura y se comenzase el debate parlamentario.

88. *Diario de las Sesiones de Cortes*, p. 2115.

89. *Diario de las Sesiones de Cortes*, p. 2194.

90. *Diario de las Sesiones de las Cortes*. Legislatura 22-XI-1821 a 14-II-1822, Madrid 1871, p. 52.

91. *Diario de las Sesiones de Cortes*. Legislatura 1-III-1821, Madrid 1871, p. 104-105.

92. *Diario de las Sesiones de Cortes*, p. 2354.

93. *Diario de las Sesiones de Cortes*, p. 2408.

Precisamente el primer tema que Fernando VII señala a las Cortes extraordinarias del año 1821 es el de la división del territorio: «Dichas Cortes extraordinarias serán para tratar de la división del territorio español y de las providencias oportunas para plantear según ella el gobierno político»⁹⁴.

Reunidas las Cortes en su sesión del 29 de febrero, se procede a nombrar la nueva Comisión de la División del Territorio Español; forman parte de la misma los señores Alvarez Guerra, Serrallach, Rovira, Navarro (D. Felipe), Villa, Argáiz y Zorraquín; la composición es muy parecida a la designada un año antes, el 6 de noviembre de 1820, pues siguen seis de sus miembros, cesan los señores Vargas Ponce, Clemencín y Torrens, y entra de nuevo el señor Zorraquín.

Ese mismo día se hizo la tercera lectura del dictamen-proyecto de la Comisión, que habiendo introducido algunas variantes en los artículos referentes a la elección de diputados con respecto a la primera y segunda lecturas, fue mandado imprimir de nuevo, pero como las variantes no afectaban a los primeros artículos que determinaban el número de provincias y sus límites, se señaló el día siguiente, 30 de septiembre de 1821, para comenzar el debate parlamentario⁹⁵.

El texto del dictamen y el proyecto de Decreto se halla recogido en el *Diario de las Sesiones de Cortes* del día 1 de octubre⁹⁶ y va suscrito por los señores Clemencín, Alvarez Guerra, Serrallach, Rovira, Torrens, Felipe Navarro, Villa, Argáiz, Zorraquín, con fecha 10 de junio de 1821; le acompaña un voto particular del señor Alvarez Guerra.

Las provincias previstas son 51, que coinciden con las 49 de D. Javier de Burgos con la sola diferencia de que las tres Vascongadas se reducen a dos: Guipúzcoa, capital Vitoria, y Vizcaya, capital Bilbao, y se proponen Calatayud, Játiva y Villafranca como nuevas provincias.

El día 30 de septiembre se abrió el debate que duró hasta el 14 de enero de 1822 sin vacaciones, ni domingos, ni días festivos; en esos tres meses y medio no hubo más fecha sin sesión de Cortes que el 25 de diciembre; la primera gran objeción que se hace a la división propuesta es el elevado número de provincias que se proponen,

94. *Diario de las Sesiones de Cortes. Legislatura Extraordinaria* (22: septiembre 1821 a 14 febrero 1822), Madrid 1871, p. 29.

95. *Diario de las Sesiones de Cortes*, p. 32 y 33.

96. *O. c.*, p. 50-62.

que elevará el gasto público al pasar de las 34 de que se parte a las 51 que presenta el proyecto de la Comisión de las Cortes.

De esas 34 de que se parte, 32 se hallan en la lista de las 33 circunscripciones electorales de 1820 que enumeramos más arriba; sólo Toro no se ve propuesta como provincia. A las 32 circunscripciones electorales se han añadido dos más: Málaga, segregada de Granada el 20 de agosto de 1820, y Santander que obtiene Diputación Provincial, distinta de Burgos, en 1820; aunque no hemos encontrado el Decreto con la aprobación formal como provincia, como existe para Málaga, Santander funciona de hecho como tal provincia como consecuencia de haber obtenido Diputación Provincial.

La división propuesta a las Cortes reduce una en las Vascongadas, que pasan de tres a dos, y aumenta 18, a saber:

— Tres en Cataluña, que pasa de una a cuatro: Barcelona, Lérida, Gerona y Tarragona.

— Tres en Aragón, que pasa de una a cuatro: Zaragoza, Huesca, Teruel y Calatayud.

— Tres en Valencia, que pasa de una a cuatro: Valencia, Castellón, Alicante y Játiva.

— Tres en Galicia, que pasa de una a cuatro: La Coruña, Lugo, Orense y Pontevedra.

— Una en La Mancha por desdoblación en dos: Mancha Baja y Mancha Alta o Chinchilla.

— Una en Granada por desdoblamiento en dos: Granada y Almería.

— Una en Extremadura por desdoblamiento en dos: Extremadura Alta o Cáceres y Extremadura Baja o Badajoz.

— Una en Sevilla, por desdoblamiento en dos: Sevilla y Huelva.

— Una en Burgos, por desdoblamiento en dos: Burgos y Logroño.

— Una en León, por desdoblamiento en dos: León y El Bierzo.

He aquí la propuesta razonada que la Comisión presentó a las Cortes y que comenzó a ser debatida el día 30 de septiembre de 1821:

Alicante

Su capital la ciudad del mismo nombre.

Los límites de ésta y de las demás provincias se expresan en el número 1.º del apéndice que acompaña á este informe.

La población del país asignado á la provincia de Alicante, según los datos que ha remitido el Gobierno, es de 255.690 almas.

Almería

Es la parte oriental del antiguo reino de Granada. Almería y Baza son los dos pueblos más considerables de la provincia, y los únicos que pueden aspirar á la capitalidad. La comision se inclina al primero por ser silla episcopal, por la mayor población de la costa y por las razones que favorecen á los puertos de mar.

Los habitantes comprendidos en esta provincia, según los datos mencionados, son 223.305.

Aragón

Este ilustre nombre á ninguna provincia cuadra mejor que á la que tiene por capital á la inmortal Zaragoza.

Su población es de 315.111 almas.

Asturias

Su capital Oviedo, córte de los antiguos Reyes restauradores de España, y residencia actual de las autoridades superiores de la provincia.

La población consta de 343.512 almas.

Avila

Su capital la ciudad del mismo nombre, que lo ha sido hasta ahora.

Su población, según el censo remitido á la comision, es de 113.135 almas.

Baleares (islas)

La naturaleza no deja que hacer en la demarcación de esta provincia, ni en la elección de capital, que debe ser Palma.

Se compone de las islas de Mallorca, Menorca é Ibiza, que tienen 229.095 almas de población.

Cádiz, con inclusión de Ceuta

Su capital Cádiz.

Su población es de 306.517 almas.

Calatayud

Su capital Calatayud, á quien conviene esta calidad por lo excelente de su situacion en una fértil llanura sobre el camino real desde la córte á Zaragoza y Barcelona, bastante central respecto de la provincia, con otras proporciones ventajosas.

La poblacion asciende á 105.947 personas.

Canarias (Islas)

Capital la ciudad de San Cristóbal de la Laguna, en la isla de Tenerife, residencia del Obispo, catedral y Universidad.

La población de las siete islas de que se compone la provincia, á saber, Tenerife, Canaria, Palma, Lanzarote, Fuerteventura, Gomera y Hierro, asciende á 215.106 almas.

Castellon

Es la parte septentrional del reino de Valencia, y su capital será Castellon de la Plana, que aunque situado á un lado de la provincia, está en el camino real de Valencia á Barcelona, no habiendo otro pueblo que ofrezca mayores proporciones.

La poblacion, según el censo citado llega á 192.205 almas.

Castilla

Búrgos fué su cabeza en lo antiguo, y debe serlo de la provincia que lleve este nombre.

La poblacion consta de 161.277 almas.

Cataluña

Parece que de justicia debe conservarse este nombre en la provincia que tenga por capital á Barcelona.

Su poblacion es de 327.935 almas.

Córdoba

Su capital la ciudad del mismo nombre, que lo ha sido hasta ahora. La poblacion es de 337.265 almas.

Cuenca

Continuará siendo su cabeza la ciudad de Cuenca.

La poblacion de esta provincia es de 296.650 personas.

Extremadura alta

Es la parte septentrional de la antigua Extremadura, dividida en dos por la línea divisoria de vertientes al Tajo y al Guadiana. La residencia.

de la Audiencia de Cáceres inclina á darle á este pueblo la calidad de capital de provincia.

La poblacion asciende á 199.320 almas.

Extremadura Baja

Es la parte meridional de Extremadura, cuya capital, en concepto de la comision, debe fijarse en Mérida, trasladando la capitalidad desde Badajoz, plaza fronteriza en la última orilla de la provincia, donde apenas hay proporción material para la residencia de más autoridades que la militar; pueblo de corto recinto y pocas comodidades para las personas que concurren de los demás de la provincia.

La poblacion llega á 301.125 almas.

Galicia

Concretándose este nombre á la parte del antiguo reino de Galicia, donde han residido las autoridades superiores, tendrá por capital á la Coruña, pueblo que por su situacion litoral y su comercio, es el centro del movimiento industrial de las comarcas y que merece particular recomendacion por su influjo en la restauracion de nuestro ser político, dejando para otro tiempo la cuestion de si la mayor centralidad de Santiago le debe dar la preferencia para el asiento de la Audiencia Territorial, sobre cuyo punto la comision tendría por inoportuno anticipar su dictámen.

La poblacion de esta provincia asciende, segun los datos que la comision tiene á la vista, á 355.410 almas.

Gerona

La heroica Gerona merece dar nombre y presidir como capital á la provincia que ocupa la parte N. E. de Cataluña.

Su poblacion es de 225.920 almas.

Granada

Capital la ciudad de este nombre.

Su poblacion es de 322.305 almas.

Guadalajara

Su capital Guadalajara, que lo ha sido hasta ahora y está situada del modo más ventajoso para la pronta comunicacion con el Gobierno supremo y con los pueblos de la provincia.

Su poblacion consta de 222.655 almas.

Guipúzcoa

Reunida la antigua provincia de este nombre con la de Alava, quedan ambas con la denominacion comun de la primera y con la capital de la segunda, que es Vitoria, donde la concurrencia de los caminos que atraviesan el país en diferentes direcciones, junto con la abundancia de edificios y de comodidades de todas clases, reunen mayor suma de las circunstancias propias para fijar la capitalidad.

Su poblacion es de 160.088 almas.

Huelva

Se forma esta provincia en gran parte del condado de Niebla, y la comision cree que no pudiendo ser su capital Ayamonte, por estar situada en un ángulo extremo de su territorio, en la misma raya de Portugal, á ninguno de sus pueblos conviene serlo más que á Huelva por su situacion y demás circunstancias.

La poblacion es de 142.425 almas.

Huesca

Esta provincia consta de la parte septentrional de Aragon, confinante con los Pirineos. Entre las ciudades de Barbastro y Huesca se ha creido debe ser capital esta última por su mayor centralidad y por la circunstancia de tener Universidad literaria.

La poblacion es de 182.845 almas.

Jaén

Su capital la ciudad del mismo nombre.

La poblacion de esta provincia sube a 274.930 personas.

Játiva

Su capital Játiva, que es el pueblo de mejor situacion y proporciones para serlo.

Su poblacion de 164.795 almas.

Leon

Su capital Leon.

La poblacion de esta provincia asciende, segun el censo que se ha enviado á la comision, á 186.697 almas.

Lérida

Su capital la ciudad de este nombre, silla episcopal, situada en el camino real de Madrid á Cataluña.

Su poblacion es 150.005 almas.

Lugo

Su capital Lugo, que es el pueblo más á propósito para serlo.
Tiene esta provincia 262.550 almas de poblacion.

Madrid

Su capital Madrid.
Su poblacion 290.495 almas.

Málaga, con inclusion de los presidios menores

Capital la ciudad del mismo nombre.
Su poblacion es de 298.312 almas.

Mancha alta

Se compone de parte de las antiguas provincias de Murcia, Cuenca y Mancha. La comision ha vacilado al asignar su capital entre los pueblos de Albacete y Chinchilla. A favor del primero hay la circunstancia de estar colocado en la reunion de las carreteras para Valencia y Cartagena, su situacion en una llanura fácilmente accesible de todas partes, su mayor poblacion, la celebridad y concurrencia de su feria. A favor del segundo está su mayor celebridad, la calidad de cabeza de partido declarada por las Córtes en competencia con Albacete, el título de ciudad á que va aneja su mayor importancia en lo antiguo, y el ser residencia y asamblea de un regimiento provincial que lleva su nombre, sin carecer de edificios, caminos y demás circunstancias convenientes para la capitalidad. En vista de todo, la comision se inclina á Chinchilla.

La poblacion de la provincia consta de 186.260 almas.

Mancha baja

Es, con pocas alteraciones, la que se ha conocido hasta ahora con el nombre de provincia de la Mancha. Su capital Ciudad-Real.
Tiene de poblacion 296.525 almas.

Múrcia

Su capital la ciudad de este nombre, que lo ha sido hasta ahora.
La poblacion de esta provincia es de 253.370 almas.

Navarra

Capital Pamplona.
La poblacion de Navarra es de 193.410 almas.

Orense

Su capital Orense, el pueblo más importante de la provincia, y sede episcopal.

La poblacion asciende á 342.370 almas.

Palencia

Su capital la ciudad del mismo nombre, que lo ha sido hasta ahora. Ascende la población de esta provincia á 136.206 almas.

Pontevedra

Capital Pontevedra, pueblo que por su central y ventajosa situación es preferible á Tuy, situado en la frontera de Portugal. Contiene esta provincia 344.765 almas.

Rioja

La comisión ha creído que debe conservarse á esta provincia el nombre que tiene ya muy de antiguo, y señalársele por capital á Logroño, que por su población, situación y otras ventajas parece ser el pueblo más á propósito para ello.

La población es de 196.440 almas.

Salamanca

Capital Salamanca.

La población es de 226.832 almas.

Santander

La capital Santander, silla episcopal, el pueblo mayor de la provincia, puerto muy frecuentado y de comercio considerable.

La población llega á 187.675 almas.

Segovia

Capital la ciudad de este nombre, que lo ha sido siempre.

La población de la provincia de Segovia asciende á 160.757 almas.

Sevilla

Capital Sevilla.

Su población es de 365.585 almas.

Soria

Capital la ciudad del mismo nombre.

Población, 105.108 almas.

Tarragona

Capital Tarragona, que ha parecido preferible á Reus por la proximidad de su puerto, por ser la residencia de la autoridad superior ecle-

siástica, por haber sido cabeza de corregimiento, y también en recompensa é indemnización de lo mucho que ha padecido en la guerra de la Independencia.

Poblacion, 202.845 almas.

Teruel

Capital Teruel.

La poblacion asciende á 105.191 almas.

Toledo

Capital Toledo.

La poblacion es de 302.470 almas.

Valencia

La capital Valencia.

La poblacion de esta provincia llega á 353.760 almas.

Valladolid

Su capital la ciudad del mismo nombre.

La poblacion es de 147.710 almas.

Vierzo

Su capital Villafranca, que es preferible á Ponferrada por su centralidad, mayor poblacion, copia de edificios públicos, proporcion de comunicaciones y otras circunstancias.

Poblacion, 86.385 almas.

Vizcaya

Capital Bilbao.

La población es de 119.858 almas.

Zamora

Su capital Zamora.

La comision, sin desconocer las ventajas de Toro, fundadas en la feracidad de su campiña y en las mejoras y adelantos de que es susceptible, cree sin embargo que debe darse la preferencia á Zamora por su mayor centralidad, por ser silla episcopal y por hallarse ya en posesion.

La poblacion de esta provincia es de 150.885 almas.

Para la formulación de esta propuesta se tuvo en cuenta un triple criterio: el número de habitantes, la extensión y las dificultades geográficas, tratando de combinar estos criterios con las especialidades lingüísticas y las costumbres de los pueblos y procurando mantener las provincias y sus capitales históricas.

Especiales objeciones van a encontrar por diminutas Játiva, Bierzo y Chinchilla⁹⁸; por la misma razón también tropezarán con resistencias Avila⁹⁹ y Calatayud¹⁰⁰; a la existencia de Palencia, que no había sido propuesta como provincia por los Gobiernos ni en 1814 ni en 1820, se opondrán representaciones vallisoletanas y algún diputado de la misma ciudad del Pisuerga¹⁰¹; del mismo modo que los diputados de Granada se esfuerzan en oponerse a la nueva provincia de Almería¹⁰². Pero ninguna de estas resistencias se verá coronada por el éxito y todas estas provincias se verán aprobadas por las Cortes, que ratifican una y otra vez las propuestas de la Comisión.

La cuestión de la capitalidad va a dar lugar a ásperas controversias en varios casos: así entre Almería y Baza, Castellón y Segorbe, Plasencia y Cáceres, Mérida y Badajoz, Guadalajara y Brihuega, Huelva y Moguer, Chinchilla y Albacete, Pontevedra y Vigo, Ponferrada y Villafranca del Bierzo. En todos los casos triunfa la propuesta de la Comisión de las Cortes menos en dos: en el caso de Mérida, que se ve postpuesta en favor de Badajoz, y Pontevedra que cede su lugar a Vigo.

Antes, la Comisión de las Cortes había modificado la propuesta de la Comisión del Gobierno que había a su vez presentado Segorbe en vez de Castellón, Ponferrada en vez de Villafranca, Albacete en vez de Chinchilla, y Burgo de Osma en vez de Soria. Otras ciudades también presentaron sus aspiraciones a alcanzar la capitalidad de la provincia, así Reus frente a Tarragona.

Más batallona va a ser la cuestión de la capitalidad de las Canarias, disputada entre Las Palmas, Santa Cruz y San Cristóbal de La Laguna; el dictamen de la Comisión de las Cortes, favorable a San Cristóbal, será rechazado y la Comisión en un segundo dictamen propondrá que la capital de las Canarias sea aquella que determinen en el futuro las

98. O. c., p. 101.

99. O. c., p. 135-136.

100. O. c., p. 145.

101. O. c., p. 127, 163, 231-240.

102. O. c., p. 122-123.

Cortes, dictamen que será también rechazado el 17 de octubre de 1821. Un tercer dictamen en favor de Santa Cruz de Tenerife será aprobado finalmente el 19 del mismo mes ¹⁰³.

Propuestas de constituir nuevas provincias se formulan varias; en primer lugar en favor de Toro, que suprimida en 1804, pero contando con diputado propio en las Cortes, solicita ser restaurada. También se oyen los nombres de Las Palmas de Gran Canaria como distinta de Tenerife, con los de Ecija, Alcañiz, Barbastro y Daroca, esta última como resultado de la fusión de Teruel y Calatayud. En Galicia se solicita una quinta provincia, sobre todo en favor de Santiago, pero también en favor de Tuy o de Mondoñedo; también se piden seis: Vigo, Pontevedra, Santiago, La Coruña, Lugo y Orense ¹⁰⁴. Ninguna de estas representaciones y proyectos de los diputados alcanzará la aprobación de las Cortes.

Únicamente en el caso de las Provincias Vascongadas propuestas como una única provincia por la Comisión del Gobierno y como dos provincias por la Comisión de las Cortes: Vizcaya, capital Bilbao, y Guipúzcoa, capital Vitoria será rechazado este primer dictamen por las Cortes: la Comisión redactará un nuevo dictamen proponiendo tres provincias: Vizcaya, capital Bilbao; Alava, capital Vitoria, y Guipúzcoa, capital Tolosa, que será aprobado pasando la capital guipuzcoana de Tolosa a San Sebastián ¹⁰⁵.

Si la determinación de la identidad de cada provincia y de su respectiva capital requirió un debate que se prolongó a sesión diaria durante veinte días, del 30 de septiembre al 19 de octubre, la fijación precisa de los límites exactos de cada provincia se presentaba mucho más complicada ante los centenares de representaciones y propuestas de entidades, municipios y diputados.

La Comisión, que había redactado inicialmente un proyecto de demarcaciones provinciales, ante el cúmulo de escritos y representaciones pide el 18 de octubre a las Cortes ¹⁰⁶ que fijen un plazo perentorio para que los diputados puedan presentar sus enmiendas; este plazo es fijado en tres días. La Comisión trabajó durante dos meses más para presentar su dictamen definitivo sobre los límites circunstanciados de

103. O. c., p. 285 y 311.

104. O. c., p. 315.

105. O. c., p. 294.

106. O. c., p. 296.

cada provincia, que comenzaron a discutirse por las Cortes el 29 de diciembre de 1821 ¹⁰⁷. El debate versa ese día sobre Alicante, Almería, Zaragoza y Asturias, y al día siguiente sobre Avila, Cádiz, Calatayud, Castellón y Burgos, aprobándose siempre sus límites tal como los proponía la Comisión.

Ante la inutilidad del debate y lo laborioso del mismo, en que no pudiendo formarse juicio propio sobre detalles geográficos, desconocidos para la mayoría de los diputados, esta mayoría prefería sistemáticamente seguir el criterio de los miembros de la Comisión, que había estudiado despacio el tema, en vez de acoger enmiendas defendidas en la Cámara, el día 31 de diciembre de 1821 un grupo de diputados presentó la siguiente propuesta: «En atención a que la división territorial aprobada por las Cortes es provisional..., al paso que la discusión individual de cada uno de dichos límites, además de ser enteramente inútil, ocuparía el corto tiempo que queda para resolver asuntos de grande importancia y transcendencia, proponemos que se discutan y voten en junto los límites de todas las provincias que aún no se han votado» ¹⁰⁸. Debatida esta proposición fue aprobada y de nuevo se otorgaron tres días a los diputados para que pudiesen presentar a la Comisión las propuestas de rectificaciones que juzgasen oportunas.

El 5 de enero de 1822 se volvió sobre el tema de los límites circunstanciados de cada provincia, que fueron finalmente aprobados tal como aparecían en el dictamen de la Comisión y con las variaciones que ésta propuso ¹⁰⁹. De acuerdo con lo aprobado se redactó la minuta del correspondiente decreto, que fue aprobado el 14 de enero de 1822 y que se recoge en el correspondiente Diario de las Sesiones de Cortes, donde puede consultarse la descripción circunstanciada de los límites de las 52 provincias recientemente creadas ¹¹⁰, aunque el decreto sólo fuera suscrito trece días más tarde, el 27 de enero de 1822.

107. O. c., p. 1518.

108. O. c., p. 1555.

109. O. c., p. 1646.

110. O. c., p. 1781-1797.

VII

HACIA LAS PROVINCIAS DEFINITIVAS

La división provisional suscrita el 27 de enero de 1822, no llegó a tiempo para la convocatoria a las elecciones de diputados de la legislatura ordinaria de 1822, que debía inaugurarse el ya inmediato 1 de marzo.

Las circunscripciones electorales para las nuevas Cortes fueron las mismas 33 que sirvieron de base en las elecciones de 1820 más las dos nuevas provincias de Málaga y Santander; diputados de estos 35 distritos son los que se sentarán en las Cortes de 1822 y 1823, junto con los representantes de las provincias americanas.

Pero la división, que llegó con retraso en orden a las elecciones para las Cortes de 1822, sí que llegará a tiempo para dotar de Diputaciones Provinciales y Jefes Políticos a las 52 provincias creadas por el Decreto de 27 de enero de 1822, cuya implantación correría ya a cargo del Ministerio Martínez de la Rosa, que comenzaba su andadura el 1 de marzo de ese mismo año.

Pero la recién estrenada división provincial no tendrá otra vigencia que la del régimen constitucional, pues el 1 de octubre de 1823 Fernando VII, apenas recuperada la plenitud del poder, suscribía el decreto que declaraba «nulos y de ningún valor todos los actos del Gobierno llamado constitucional (de cualquier clase y condición que sean) que ha dominado a mis pueblos desde el 7 de marzo hasta hoy, día 1.º de octubre de 1823». Así, la división administrativa de España se retrotraía al estado en que se hallaba en 1820, que era prácticamente la misma de 1808.

Canga Argüelles nos ofrece una lista de las provincias en 1829; son 32 y coincide con las 29 intendencias de 1817 que transcribimos más arriba, completándola con Navarra y las tres Provincias Vascongadas. En cambio, ha desaparecido Cádiz, la subintendencia de 1801, que se presenta en 1817 elevada a intendencia, y que parece que fue de nuevo degradada por el absolutismo restaurado en 1823.

He aquí el elenco de Canga Argüelles ¹¹¹.

- Alava.
- Aragón.
- Asturias.
- Avila.
- 5 Burgos y Santander.
- Cataluña.
- Córdoba.
- Cuenca.
- Extremadura.
- 10 Galicia.
- Granada.
- Guadalajara.
- Guipúzcoa.
- Jaén.
- 15 León.
- Madrid.
- Mallorca.
- Mancha.
- Murcia.
- 20 Navarra.
- Palencia.
- Salamanca.
- Segovia.
- Sevilla.
- 25 Sierra Morena.
- Soria.
- Toledo.
- Valencia.
- Valladolid.
- 30 Vizcaya.
- Zamora.

Este elenco de 31 miembros está incompleto, a él hay que añadir la provincia insular atlántica de Canarias no comprendida en el mismo; así obtenemos las 32 provincias con que vamos a llegar al famoso Decreto del 30 de noviembre de 1833 de D. Javier de Burgos; a estas 32 provincias y a sus límites son a las que hace referencia el mencionado decreto cuando se remite a las «actuales provincias», no a las 52 de 1822 ni a sus límites como erróneamente supone el *Nuevo Diccio-*

111. *Diccionario de Hacienda*, II, 1834, p. 387.

*nario de Legislación de Aranzadi*¹¹², al reproducir los límites pormenorizados de la división de 1833.

Ahora vamos a ocuparnos del autor de esta última división, todavía hoy vigente y de las circunstancias que rodearon a su promulgación como texto legal, más que de su elaboración ya que la división definitiva de 1833 es la misma de 27 de enero de 1822, con ligeros retoques.

La muerte de Fernando VII, el 29-IX-1833, va a significar la desaparición del dique que estaba conteniendo la implantación del régimen parlamentario liberal; la regencia recae en Doña María Cristina, auxiliada con el voto meramente consultivo de un Consejo de Gobierno.

Confirmado inmediatamente Cea Bermúdez como Primer Secretario de Estado, la Reina Gobernadora, en su manifiesto del 4 de octubre va a anunciar las reformas administrativas, «únicas capaces de producir la prosperidad y la dicha de los pueblos», reformas que debían pasar necesariamente por la potenciación del Ministerio de Fomento. Este Ministerio había sido creado cediendo a las instancias del Secretario de Hacienda, López Ballesteros, por decreto autógrafo de Fernando VII, el 5 de noviembre de 1830; pero el decreto nunca fue publicado y así la Secretaría encargada especialmente de promover el fomento de la riqueza del reino no llegó a cubrirse por esas fechas. Solamente dos años más tarde, el 5 de noviembre de 1832, la reina María Cristina, en virtud de las facultades recibidas de su marido el 6 de octubre puso en pie el citado Ministerio.

Su primer titular fue el conde de Ofalia, designado el 29 de noviembre, que lo va a regentar durante casi un año, pero sin acertar a imprimirle el menor dinamismo ni responder a las expectativas que en la creación del nuevo ministerio se habían puesto.

Muerto el Rey, la Reina Gobernadora y su primer Secretario, Cea Bermúdez, convencidos de la absoluta necesidad de potenciar el Ministerio de Fomento, y de que su primer y único titular, el conde de Ofalia, no había hecho nada en ese sentido, aprovecharon la ocasión de que el conde había quedado designado en el testamento real como Secretario del Consejo de Gobierno, para considerar incompatible la simultaneidad de ambas funciones y provocar el cese de Ofalia el 21

112. XIX, Pamplona 1977, p. 1254-1267.

de octubre de 1833, nombrando en su lugar a D. Francisco Javier de Burgos y Olmo «en atención a sus especiales conocimientos en las materias económicas»¹¹³.

Esa competencia la había acreditado en la conocida *Exposición* dirigida a Fernando VII el 24 de enero de 1826, donde Burgos había llamado la atención del monarca sobre la necesidad de profundas reformas en la dirección del Gobierno, insistiendo en la mayor eficacia de las reformas administrativas que de las políticas y exponiéndole un plan detallado, lógico y razonado de las mismas que llegó a interesar a un temperamento tan poco contemporizador con las novedades como el de Fernando VII.

Javier de Burgos y Olmo, nacido en Motril en 1778, había estudiado en el colegio de San Cecilio de Granada hasta 1798, ampliado estudios y entrado en relaciones con Jovellanos en Madrid de 1798 a 1801; este año había regresado a su tierra granadina para cuidar de su hacienda, no pequeña, y ejercer de Regidor perpetuo, mientras continuaba sus lecturas y estudios sobre Administración y Economía. Durante la invasión francesa aceptó y desempeñó primero el cargo de Subprefecto de Almería, y luego el de Presidente de la Junta General de Subsistencias de la provincia de Granada y más tarde el de Corregidor de su capital, retirándose a Francia en 1812, donde se dedicó a perfeccionar sus estudios administrativos con la experiencia del país huésped; regresa a España en 1817, fija su residencia en Madrid y actúa desde 1819 como periodista primero y director de «El Imparcial» más tarde. En 1824 es encargado por el Director de la Caja de Amortización de remover los obstáculos que impedían la realización del empréstito concertado por la Regencia, a cuyos efectos se dirige a París de nuevo, donde continuaba cuando dirige a Fernando VII su atrevida *Exposición* respondiendo a una Real Cédula que le ordenaba ampliar los memoriales que venía escribiendo al Gobierno sobre las medidas necesarias para levantar el crédito de España en el extranjero.

A su regreso de París en 1827 se le otorgó la Cruz de Carlos III, se le nombró miembro de las Juntas de Fomento y Aranceles y del Consejo Supremo de Hacienda; sin duda que Burgos era ya la figura en que pensaba su amigo y protector López Ballesteros cuando en 1830 consiguió el real decreto que creaba la Secretaría de Fomento.

113. *Gaceta de Madrid*, 22 de octubre de 1833, p. 1.

En 1832 Javier de Burgos vuelve a retirarse a su tierra granadina, desde donde sólo regresará en agosto de 1833, un mes antes de la muerte del Rey; éste es el hombre que en menos de veinte días va a presentar el decreto con la división provincial llamada a arraigar durante ciento cincuenta años ¹¹⁴.

En el mismo Decreto de nombramiento de D. Javier de Burgos, de 21 de octubre de 1833, la Reina Regente le encomienda la división del territorio español con estas palabras: «y le encargo que se dedique antes de todo a plantear y proponerme, con acuerdo del Consejo de Ministros, la división civil del territorio español, como base de la Administración interior, y medio para obtener los beneficios que medito hacer a los pueblos» ¹¹⁵.

Rápidamente acomete Javier de Burgos la obra que le ha sido encomendada y a las cuatro horas de su nombramiento asiste al Consejo de Ministros y propone las primeras medidas que ayuden a preparar el clima de aceptación necesario para la reforma administrativa que va a emprender ¹¹⁶. A los dos días, el 23 de octubre, crea en cada provincia, los Subdelegados de Fomento y establece la publicación de un «Diario de la Administración» que aspira a ser una revista general y de amplia información de todo lo relativo a la ciencia y práctica de la Administración en España y fuera de España.

La propuesta de división del territorio fue también elaborada con el mismo estilo fulminante que vemos imprimía Javier de Burgos a todos sus trabajos, pues por el Decreto de 10 de noviembre de 1833 sobre ordenación del régimen municipal nos consta que para esa fecha dicha propuesta había sido ya enviada al Consejo de Gobierno, en donde «pende de informe del Consejo de Gobierno» ¹¹⁷.

Una división provincial de todo el territorio español realizada en tan corto plazo supone que, o estaba preparada de antemano o que se utilizaron elementos anteriores. Nos inclinamos por esta segunda hipótesis, dada la similitud entre las divisiones de 1822 y 1833; esta se-

114. Javier DE BURGOS, *Anales del Reinado de D.^a Isabel II*, Madrid 1850-1851, 6 vols.; su biografía se halla en el prólogo del primer volumen y toda la obra abunda en noticias autobiográficas.

115. *Gaceta de Madrid*, 22 de octubre 1833, p. 1.

116. Antonio MESA SEGURA, *Labor administrativa de Javier de Burgos*, Madrid 1946, p. 28.

117. *Gaceta de Madrid*, 12 noviembre 1833, p. 1.

gunda sigue enteramente a la primera en el número y denominación de las provincias, con las únicas modificaciones de suprimir las provincias de Játiva, Calatayud y El Bierzo, y cambiar la capitalidad de Vigo a Pontevedra y de Chinchilla a Albacete.

El extenso expediente sobre el que las Cortes del trienio constitucional realizaron su partición del territorio español ha desaparecido del Archivo de las Cortes sin dejar tras de sí el menor rastro. Como hipótesis creemos que esta desaparición se conjuga perfectamente con la tarea de D. Javier de Burgos.

Encargado éste por la Reina Gobernadora de realizar la división provincial, es lógico que reclamara el expediente de 1820-1822 y que tras unos días de estudio y examen propusiera su proyecto basado en los trabajos anteriores, tan pormenorizados y debatidos, con sólo algunos pequeños retoques que a la vista del expediente consideró oportunos.

Porque no hay que olvidar que las provincias suprimidas por Javier de Burgos fueron duramente criticadas ya en 1821, y las dos capitalidades Pontevedra-Vigo y Albacete-Chinchilla también se sometieron a amplio debate contradictorio; no necesitaba, pues, Javier de Burgos nuevos estudios ni informaciones para basar su división provincial, sino únicamente el examen del expediente de 1820-1822.

Más compleja es la cuestión de los límites circunstanciados de cada provincia que fueron dados a conocer en un apéndice que se puso a la venta al día siguiente del decreto, esto es, el 1.º de diciembre, en la Imprenta Real y luego reproducidos en la *Colección de Decretos del Rey Nuestro Señor D. Fernando VII*¹¹⁸.

Cotejadas ambas descripciones de límites, la de 1822 y la de 1833, encontramos en casi todas las provincias no pequeñas rectificaciones de divisoria, siempre tendentes en 1833 a ser menos innovadoras y más respetuosas con las fronteras de los antiguos reinos y provincias.

Todas estas rectificaciones sólo son posibles contando con abundantes y detallados estudios de cada provincia; por eso nos confirmamos cada vez más en que D. Javier de Burgos tuvo que contar con el expediente de la división de 1820-1822 y con los posteriores informes

118. Tomo 18, Madrid 1834, p. 291-335; también fueron reproducidos por Aranzadi en el *Nuevo Diccionario de Legislación*, v. Provincias, XIX, Pamplona 1977, de una manera incompleta, pues faltan los límites de 1833 de la provincia de Logroño sustituidos por los de 1822.

y propuestas de rectificación elevadas por los Jefes Políticos y las Diputaciones Provinciales de las 52 provincias durante los años 1822 y 1823. Solamente el descubrimiento de este expediente en alguno de los archivos administrativos nos explicaría el sentido de las no pocas rectificaciones introducidas por Javier de Burgos a los límites establecidos en la división provincial de 1822, base indubitada de la que ha llegado a nuestros días.

Después de 1833 los límites establecidos por D. Javier de Burgos van a sufrir pocas alteraciones; la primera de ellas correrá a cargo del general Espartero, que durante su Regencia, el día 12-X-1841, restableció para la provincia de Logroño, de donde era su mujer, y en algún modo provincia adoptiva del Regente, los viejos límites de la división de 1822, algo más amplios que los señalados en 1833 y vigentes en 1841 ¹¹⁹.

Siguiendo el decreto de Espartero se incorporaba a la provincia de Logroño la Rioja alavesa, la villa navarra de Viana y las comarcas y tierras hoy sorianas de Yanguas y San Pedro Manrique. Poco debieron durar estos límites ampliados de Logroño; no hemos encontrado el decreto derogatorio que restaurara los límites de 1833, que coinciden con los actuales, pero sospechamos que la deposición de Espartero en 1843 llevaría a hacer desaparecer rápidamente este trato singular otorgado a la Rioja. Ciertamente en 1876 hemos podido comprobar en Logroño los límites restaurados de 1833.

La segunda modificación introducida en el decreto de 20 de noviembre atañe a la capitalidad de la provincia constitucional de Guipúzcoa: fijada originariamente en San Sebastián, fue trasladada el 19 de enero de 1844 a Tolosa donde permaneció hasta que por Decreto del 23 de agosto de 1854 volvió el Jefe Político a San Sebastián, aunque la Diputación Foral continuara residiendo en Tolosa ¹²⁰.

El 24 de marzo de 1846 se va a retocar el límite provincial que separaba Ciudad Real y Albacete, atribuyendo a esta segunda provincia el ayuntamiento de Villarrobledo que hasta esa fecha venía perteneciendo a Ciudad Real ¹²¹.

Más importante fue la rectificación de límites que se introduce el

119. *Colección Legislativa de España*, 31 (1841) 700-702.

120. *Colección Legislativa de España* 34 (1844) 103; 62 (1854) 291-292.

121. *Colección Legislativa de España* 36 (1846) 535.

25-VI-1851 por la Real Orden que desgaja una porción de la provincia de Cuenca para atribuirle a la provincia de Valencia; la gravedad de esta modificación reside en que por primera vez en la división territorial vigente no se respetan los límites de los reinos y se atribuye a Valencia una porción de territorio castellano. El nuevo límite provincial se establece así: «La ciudad de Requena y las villas de Utiel, Caudete, Venta del Moro, Camporrobres, Fuenterrobles y Villagordo de Cabriel, se incorporen y pertenezcan en adelante a la provincia de Valencia, fijándose por límite divisorio de ésta y de la de Cuenca en aquel territorio el río Cabriel; y que los demás pueblos comprendidos hasta aquí en el partido judicial de Requena, que no se trasladan a la provincia de Valencia deben continuar formando parte de la de Cuenca y quedan incorporados en el partido judicial de Motilla del Palancar»¹²².

Pero con mucho, la más trascendente de todas las modificaciones sufridas por la división provincial de 1833 será la introducida por el Decreto de la Presidencia del Consejo de Ministros de 21 de septiembre de 1927 que divide la provincia única de Canarias en dos, con las denominaciones de sus respectivas capitales: Santa Cruz de Tenerife y Las Palmas, atribuyendo a la primera de estas provincias las islas de Tenerife, Palma, Gomera y Hierro, y a la segunda las islas de Gran Canaria, Lanzarote y Fuerteventura, con los islotes de Alegranza, Roque del Este, Roque del Oeste, Graciosa, Montaña Clara y Lobos¹²³. Así, el número de provincias se elevó de 49 al actual de 50.

La división provincial de 1833 al establecer que la divisoria entre las nuevas provincias corriera por los límites municipales respetando absolutamente los mismos, incluso en las situaciones más anómalas, dio lugar a que surgieran territorios discontinuos o enclaves en algunas provincias: «Sin embargo, si un pueblo situado a la extremidad de una provincia tiene una parte de su territorio dentro de los límites de la provincia contigua, este territorio pertenecerá a aquélla en que se halle situado el pueblo, aun cuando la línea divisoria general parezca separarlos»¹²⁴.

Así nacieron una serie de enclaves de unas provincias en otras.

Otros enclaves se originaron al describir los nuevos límites provin-

122. *Colección Legislativa de España* 53 (1851) 387-388.

123. *Gaceta de Madrid*, 23 de septiembre 1927, p. 1.

124. *Colección Legislativa de España* 18 (1833) 289.

ciales mediante referencias a los límites preexistentes de los reinos, intendencias y partidos; como estos antiguos límites contenían algunos enclaves, la nueva división heredó e hizo suyas todas estas anomalías territoriales.

He aquí un elenco de los 23 enclaves provinciales:

ENCLAVE	PERTENECE A	SE HALLA EN
Valiella.	Barcelona.	Lérida.
Sajuela.	Burgos.	Lógroño.
Ternero.	Burgos.	Lógroño.
La Rebolleda.	Burgos.	Palencia.
Condado de Treviño.	Burgos.	Alava.
Anchuras.	Ciudad Real.	Toledo-Badajoz.
Fuentepalmera.	Córdoba.	Sevilla.
Palmerola	Gerona.	Barcelona.
Llivia.	Gerona.	Francia.
Torrejón del Rey.	Guadalajara.	Madrid.
La Cepeda.	Madrid.	Avila-Segovia.
Petilla de Aragón.	Navarra.	Zaragoza.
Bastanes.	Navarra.	Zaragoza.
Villodrigo.	Palencia.	Burgos.
Aguanares.	Palencia.	Burgos.
Cezura.	Palencia.	Santander.
Lastrilla.	Palencia.	Santander.
Berzosilla.	Palencia.	Santander-Burgos.
Villaverde de Trucios.	Santander.	Vizcaya.
Rincón de Ademuz.	Valencia.	Cuenca-Teruel.
Roales y Quintanilla del Molar.	Valladolid.	León-Zamora.
San Llorente.	Valladolid.	León.
Orduña.	Vizcaya.	Alava-Burgos.

GONZALO MARTÍNEZ DÍEZ

APENDICES

I

Provincias según Decreto del 27-I-1822
 («Diario de Sesiones de Cortes», p. 1797)

	PROVINCIAS	HABITANTES	Número de diputados	
De 5 diputados	Zaragoza	315.111	3.166.756	45
	Oviedo	375.505		
	Barcelona	369.250		
	Córdoba	337.265		
	Coruña	355.410		
	Granada	350.105		
	Vigo	344.765		
	Sevilla	365.585		
	Valencia	353.760		
	Orense	300.870		
De 4 diputados	Alicante	255.170	3.443.334	48
	Cádiz	306.517		
	Cuenca	296.650		
	Badajoz	301.225		
	Jaén	274.930		
	Lugo	266.800		
	Madrid	290.495		
	Málaga	298.312		
	Ciudad Real	296.525		
	Múrcia	253.370		
De 3 diputados	Toledo	302.470	3.374.937	51
	Almería	195.505		
	Islas Baleares	229.093		
	Islas Canarias	215.106		
	Castellón	192.205		
	Cáceres	199.320		
	Gerona	199.930		
	Guadalajara	222.655		
	Huesca	182.845		
	Leon	180.567		
	Chinchilla	186.260		
	Pamplona	195.416		
	Logroño	184.217		
	Salamanca	226.832		
	Tarragona	203.575		
	Valladolid	175.100		
	Santander	180.216		
Búrgos	206.095			

	PROVINCIAS	HABITANTES	Número de diputados
De 2 diputados	Avila	113.135	1.513.103
	Calatayud	105.947	
	San Sebastian	110.073	
	Huelva	142.425	
	Játiva	164.795	
	Lérida	136.560	
	Palencia	128.697	
	Segovia	145.985	
	Soria	105.108	
	Teruel	105.191	
	Bilbao	112.802	
	Zamora	142.385	
De un diputado	Villafranca	86.385	163.850
	Vitoria	77.465	
	<i>Total general</i>		11.661.980
			170

I I

Provincias según Decreto del 30-XI-1833

(Colección de Decretos, XVIII, p. 291)

DEMARCAACION DE LOS LIMITES DE LAS PROVINCIAS
DE ESPAÑA

Tabla de los nombres, capitales y población de las Provincias

PROVINCIAS	CAPITALES	Núm. de almas
Alava	Vitoria	67.523
Albacete	Albacete	190.766
Alicante	Alicante	368.961
Almería	Almería	234.789
Avila	Avila	137.903
Badajoz	Badajoz	306.092
Barcelona	Barcelona	442.273
Búrgos	Búrgos	224.407
Cáceres	Cáceres	241.328
Cádiz	Cádiz	324.703
Castellon de la Plana	Castellon de la Plana	199.220

PROVINCIAS	CAPITALES	Núm. de almas
Ciudad Real	Ciudad Real	277.788
Córdoba	Córdoba	315.459
Coruña	Coruña	435.670
Cuenca	Cuenca	334.582
Gerona	Gerona	214.150
Granada	Granada	370.974
Guadalajara	Guadalajara	159.375
Guipúzcoa	San Sebastian	108.569
Huelva	Huelva	133.470
Huesca	Huesca	214.874
Jaen	Jaén	266.919
Leon	Leon	267.433
Lérida	Lérida	151.322
Logroño	Logroño	147.718
Lugo	Lugo	357.272
Madrid	Madrid	320.000
Málaga	Málaga	390.515
Murcia	Murcia	283.540
Navarra	Pamplona	230.925
Orense	Orense	319.038
Oviedo	Oviedo	434.635
Palencia	Palencia	148.491
Pontevedra	Pontevedra	360.002
Salamanca	Salamanca	210.314
Santander	Santander	169.057
Segovia	Segovia	134.854
Sevilla	Sevilla	367.303
Soria	Soria	115.619
Tarragona	Tarragona	233.477
Teruel	Teruel	218.403
Toledo	Toledo	282.197
Valencia	Valencia	388.961
Valladolid	Valladolid	184.647
Vizcaya	Bilbao	111.438
Zamora	Zamora	159.425
Zaragoza	Zaragoza	301.408
	<i>Poblacion de la Península ...</i>	<i>11.857.794</i>
Islas Baleares	Palma	229.197
Islas Canarias	Sta. Cruz de Tenerife	199.950
	<i>Población total ...</i>	<i>12.286.941</i>

EN TORNO AL CONCEPTO CLÁSICO DE «OPUS NOVUM»

La *operis novi nuntiatio*¹, como es sabido, es una oposición que realiza una persona por medio de palabras y en la que no es precisa la presencia del pretor, para que otra no continúe la realización de una determinada obra que aquélla considera lesiva para su derecho². El efecto producido inmediatamente después de que el denunciante pronuncia las palabras es la paralización de la obra. El denunciado solamente podría continuar la construcción si hacía una caución (*cautio ex operis novi nuntiatione*), o bien si acudía al pretor solicitando la *remissio*³.

1. Entre los diversos estudios existentes acerca de la *operis novi nuntiatio* puede acudirse a BONFANTE, *Corso di Diritto romano*, vol. II, págs. 431 y ss. Ed. 1966, Milán; BERGER, *Operis novi nuntiatio* en *Paulys-Realencyclopädie*, XVIII, págs. 558 y ss. Stuttgart 1939; MASI, *Denuncia di nuova opera* en *Enciclopedia del Diritto*, XII, págs. 155 y ss., 1964. En especial es muy recomendable observar la completa bibliografía que este último romanista señala al final de su exposición.

2. Existen dudas sobre si fue necesario para hacer la *nuntiatio* el emplear palabras solemnes. Los autores que defienden el origen civil de la figura, ante el silencio que guardan las fuentes, suelen mantener que en un principio debieron ser exigidas y que posteriormente ese requisito desaparecería, esa sería la razón por la que no aparecerían en las fuentes. Personalmente, dentro del terreno conjetural en que nos movemos, pienso que ese requisito no debió ser exigido nunca, aunque sí sería perfectamente válido admitir que habitualmente se empleasen unas determinadas palabras para hacer la *nuntiatio*, sin que ello fuese absolutamente indispensable para su validez. HASSE propone la reconstrucción de la fórmula oral en los siguientes términos: *in hoc locum ne quid opus novum fiat nuntio*.

3. Si se desea estudiar la *cautio* puede acudirse a MOZILLO, *Contributi allo studio delle stipulationes praetoriae*, págs. 131 y ss. Nápoles 1960. Sobre la *remissio*, entre otros, BONFANTE, *op. cit.*, págs. 452 y ss.; y ARIAS BONET, *La denuncia de obra nueva en el Derecho romano clásico*, AHDE, XLVII-1972, págs. 291 y ss.

En el caso de continuar la ejecución de la obra sin haber acudido a ninguno de esos dos remedios estaría expuesto al *interdictum* (comunemente denominado *demolitorium*) debiendo deshacer todo lo construido desde el momento mismo de la *nuntiatio*.

Desde Burckhard⁴, a finales del siglo pasado, varios han sido los autores que se han ocupado del estudio de la *operis novi nuntiatio* y de la amplia gama de problemas que presenta, algunos de los cuales todavía no están plenamente estudiados. Dejando por el momento a un lado aspectos tan interesantes como podrían ser, entre otros, el origen de la figura, el modo concreto de hacer la *nuntiatio*, la *cautio*, y el más apasionante y controvertido de todos, la *remissio*, vamos a intentar en el presente estudio determinar el alcance que el concepto de *opus novum* pudo tener en el Derecho romano clásico. Se trata de un punto que ha suscitado discusión principalmente en la románica italiana y en el que suelen observarse posturas contrarias.

Partiendo de lo que nos dice Ulpiano, recogido en D.39,1,1,pr.⁵ y D.39,1,1,11⁶ nos encontramos con lo siguiente:

D.39,1,1,pr. *Hoc edicto promittitur, ut sive iure sive iniuria opus fieret, per nuntiationem inhiberetur...*

D.39,1,1,11. *Opus novum facere videtur, qui aut aedificando aut detrahendo aliquid pristinam faciem operis mutat.*

Por tanto, podemos observar de entrada el alcance doble, positivo y negativo del término. Se consideró que había *opus novum* tanto cuando se construía algo nuevo, como cuando se demolía alguna obra ya existente⁷. Así, como en su momento señaló concisamente Bonfante, se entenderá *opus novum* la alteración de la fisonomía primitiva del lugar, tanto si hay construcción como demolición⁸. El término construir alcanzaría tanto el hecho de comenzar una obra hasta ese

4. BURCKHARD, *Die operis novi nuntiatio*, Erlangen 1871, en los comentarios a la Pandecta de Gluck.

5. Ulpiano, 52 *ad ed.*

6. Ulpiano, 52 *ad ed.*

7. Desde ahora, para no repetir constantemente los dos términos de construir y demoler, cada vez que se utilice el término construir debe entenderse tanto en ese sentido estricto como en el de demoler, sin perjuicio de que en alguna ocasión mencionemos expresamente ambos o los distingamos.

8. BONFANTE, *op. cit.*, pág. 436.

momento inexistente, como el de ampliar o cambiar el aspecto —siempre que no se trate de una mera restauración— de una construcción. La demolición, a su vez, comprendería también tanto la destrucción total como parcial de la obra. En este caso tampoco alcanzaría los supuestos de demolición de alguna parte de la obra tendentes a su embellecimiento.

Debe precisarse que, como señala Ulpiano, la modificación del aspecto primitivo de la obra deberá afectar directamente al inmueble; así, si alguno recogiese mieses, cortase árboles, podase viñas o hiciese cualquier acto semejante a éstos, aunque hace una obra no se aplicará el edicto, pues éste solamente afecta a aquellas obras que se hacen en el suelo⁹.

Tampoco, como ya quedó señalado anteriormente, si alguien restaurara un edificio podríamos entender que se está realizando una obra nueva, ya que realmente sólo estaría manteniendo una obra antigua¹⁰. Al observar este aspecto tan peculiar que nos señala Ulpiano, siempre nos produce como mínimo una cierta extrañeza. El jurista reconoce, como doctrina plenamente consolidada en su época, que la restauración no podía ser objeto de *nuntiatio*. Ahora bien, ¿hasta cuándo podemos considerar que estamos ante una restauración, y cuál sería el límite que separaría la restauración de la demolición? El problema es complejo porque las fuentes no son muy claras al respecto. Pensamos, no obstante, que dado el tratamiento que la figura de la *operis novi nuntiatio* tuvo en la época clásica, podría sostenerse como criterio de delimitación que cuando se llegase a cambiar algo fundamental de la construcción original, bien construyendo o bien demoliendo, ya no estaríamos ante una restauración y sería posible por ello la *nuntiatio*¹¹. En cualquier caso resulta bastante claro que detrás de la afirmación ulpiana se vislumbra el interés de los emperadores de los siglos II y III por el mantenimiento de la belleza de las ciudades y de apoyar expresamente cualquier actividad tendente a ello¹². Ciertamente, en esa

9. Ulpiano, 52 *ad ed.* D.39,1,1,12.

10. Ulpiano, 52 *ad ed.* D. 39,1,1,13.

11. Esta hipótesis podría fundamentarse en Ulpiano, 52 *ad ed.* D.39,1,1,11.: *Opus novum facere videtur, qui aut aedificando aut detrahendo aliquid pristinam faciem operis mutat.*

12. En este sentido, indudablemente, incide Ulpiano, 71 *ad ed.*, D.39,1,20,10: *etenim pertinet ad decus urbim aedificia non derelinqui.*

época Roma inicia su caída, imperceptible para los propios romanos al principio, más clara en el siglo III debido al caos casi general que dominará prácticamente todo el imperio. La tendencia, quizá no de un modo expresamente buscada, a la protección urbanística y estética de las ciudades no es sino un intento de mantener, siquiera sea externamente, algo que se les está marchando de las manos¹³.

Por lo que hace referencia al lugar en que deberá hacerse la obra para que ésta pueda ser susceptible de *nuntiatio*, da igual que se haga dentro o fuera de la ciudad, en una casa de campo o en un terreno sin edificar, en un lugar privado o en uno público¹⁴. También será posible la *nuntiatio* cuando la construcción se realice en un fundo provincial¹⁵. Cualquier terreno es apto para poder efectuar la denuncia.

Hay, finalmente, dos supuestos en los cuales, pese a haber *opus novum* probablemente la *nuntiatio* no prosperaría. El primero se refiere al caso de que alguien deseara reparar o limpiar las cloacas o las conducciones de agua de las ciudades, el pretor impediría la *operis novi nuntiatio* al ser de interés público el limpiar los desagües y las conducciones de agua¹⁶. También el pretor exceptuaba aquellas obras cuyo retraso pudiera causar un perjuicio¹⁷. Interesante resulta en todo caso este perjuicio —*periculum*— de que nos habla el jurista. Ahora bien, ¿qué se esconde debajo de ese perjuicio?, parece que de lo dicho por Ulpiano en la continuación del mismo texto y de lo indicado por él mismo en D.43,21,3,1¹⁸, se desprendería que debía permitirse cualquier reparación que fuera necesaria y urgente, exceptuándose esos supuestos de la *nuntiatio*. Ambos supuestos, necesidad y urgencia, estarían comprendidos dentro del *periculum*.

Hasta aquí tal vez todos los aspectos tratados resultan relativamente

13. Si se desea profundizar en el tema de la protección de los edificios en la época imperial puede acudir a MURGA, *El Senadoconsulto Aciliano: ea quae iuncta sunt aedibus legari non possunt*, BIDR LXXIX, 1976, págs. 155 y ss. ID, *Protección a la estética en la legislación urbanística del alto Imperio*. Sevilla 1976.

14. Ulpiano, 52 ad ed. D.39,1,1,14.

15. Ulpiano, 52 ad ed. D.39,1,3,pr.

16. Ulpiano, 52 ad ed. D.39,1,5,11.

17. Ulpiano, 52 ad ed. D.39,1,5,12.

18. Ulpiano, 70 ad ed.: *mihi videtur urguens et necessaria refectio esse admittenda*.

claros y pienso que no se presentan especiales problemas de concepción. Posiblemente sí surgirían éstos, en cambio, al llegar a la cuestión más concreta de determinar cuándo se consideraría exactamente que podía hablarse de obra futura, pues de ello dependía el que pudiese hacerse la *nuntiatio* o no. En principio parece evidente que siempre la obra a la que se aplicaba la *nuntiatio* debía ser futura, ya que para obras pretéritas existían otros remedios: el interdicto *quod vi aut clam*, el interdicto *quod in loco sacro religiosove* y el interdicto *quod in flumine publico ripave publica factum erit*¹⁹ En este sentido se manifiestan claramente los juristas clásicos, por tanto una vez terminada la construcción o la demolición ya no sería posible la *operis novi nuntiatio* y el interesado en denunciar tendría otros caminos, no éste. Solamente algún autor aislado como Fuenteseca parece admitir también la *operis novi nuntiatio* contra las obras ya realizadas²⁰; esta teoría, con las fuentes de que disponemos, pensamos que difícilmente puede ser mantenida.

Una vez señalado el requisito de futureidad de la obra hay que definir cuándo entenderemos que una obra podía considerarse como futura. Para ello vamos a partir de dos textos de Ulpiano:

D.39,1,5,2. *sive quis aedificet sive inchoet aedificare*²¹.

D.39,1,21,3. *Opus autem factum accipimus non, si unum vel alterum cementum fuit impositum, sed si proponatur instar quoddam operis et quasi facies quaedam facta operis*²².

Una lectura aislada de ambos párrafos, sacados de su contexto, podría dar la impresión de una cierta incongruencia en el jurista. Ciertamente no existe tal porque cada uno de los textos hace referencia a momentos diferentes. El primero hace mención al estado que deberá presentar la obra antes de la *nuntiatio* para que ésta pueda hacerse; en cambio, el segundo hemos de colocarlo en un momento posterior a la *nuntiatio*, indicándonos que una vez hecha la denuncia sería necesario edificar algo para que pudiera decirse que la orden de paralizar

19. Ulpiano, 52 ad ed. D. 39,1,1,1.

20. FUENTESECA, *Derecho Privado Romano*, pág. 131, Madrid 1978. Admite que la denuncia de obra nueva cabría tanto cuando la obra está ya realizada como cuando está en trance de realización.

21. Ulpiano, 52 ad ed.

22. Ulpiano, 81 ad ed.

la obra que lleva implícita la *nuntiatio* había sido incumplida y no bastaría para el incumplimiento el simple hecho de llevar materiales. Ello implica, por tanto, que la palabra construir aparece con un alcance diferente antes y después de la denuncia.

No obstante, y a pesar de que ambos textos ulpianos hacen referencia a momentos diferentes —aspecto de gran importancia pues el no considerarlo así puede llevar a una confusión insoluble— nos serán de enorme utilidad para la definición de una obra como futura a efectos de *nuntiatio*, y, como al final veremos, ambos textos se complementan perfectamente de un modo enormemente sugestivo.

Partiendo del primer texto (D.39,1,5,2), Ulpiano nos dice que la denuncia es posible tanto si la construcción está ya comenzada como si se va a empezar a construir —o en su caso demoler—. En ambos supuestos estaríamos ante la figura de obra nueva, cuyos límites, como puede comprobarse, van más allá de lo que podría ser solamente una mera construcción o demolición. Por ello, de acuerdo con la precisión del jurista, el concepto de *opus novum* deberá ser amplio, y no podemos quedarnos en una simple construcción o demolición pues supera a ambos términos incluyendo también momentos anteriores. Lo que nosotros hemos de ver es, precisamente, hasta dónde pudo llegar esa amplitud.

Por una parte observamos que el jurista señala que la *nuntiatio* es posible cuando la obra *se está construyendo*. En esto no surge ninguna dificultad ya que mientras la obra no esté completamente terminada estamos en el supuesto de obra futura y por ello se podría interponer perfectamente la *nuntiatio*. Sin embargo, Ulpiano continúa: *como si se va a empezar a construir*. Indudablemente la interpretación de estas palabras ya no resulta tan sencilla y habremos de ayudarnos con otros textos para hacerlo. ¿Hasta dónde abarcaría el *empezar a construir*? ¿En qué momento podríamos considerar que la obra ha sido comenzada a efectos de *nuntiatio*? Para ello nos encontramos con las hipótesis más variadas, desde la concepción más amplia sostenida por Bonfante y otros romanistas²³, en el sentido de entender que sería posible la *nuntiatio* ya en el momento en que una persona tuviera in-

23. BONFANTE, *op. cit.*, pág. 437. En la misma línea se encuentran también BERGER, *op. cit.*, pág. 556, y MASI, *op. cit.*, pág. 156.

tención —*animus*— de construir o demoler, hasta la más estricta y limitada de Olivier-Martin²⁴, entendiendo que únicamente sería posible la *nuntiatio* cuando existiera una cierta construcción.

En nuestra opinión pensamos que la interpretación del presente texto, en el marco de todo lo que hemos recibido acerca de la *operis novi nuntiatio*, no puede ir ni tan lejos como pretende Bonfante, ni admitiría una interpretación tan estricta como pretenden los romanistas defensores de la segunda teoría. Nuestra postura, que posteriormente pasaremos a fundamentar, quedaría concretada de la siguiente manera: sería posible la *nuntiatio* tanto cuando la obra estuviese ya comenzada —en esto nadie duda, como ya tuvimos ocasión de señalar anteriormente— como cuando se estuvieran simplemente colocando los materiales para comenzar la construcción o la demolición. No alcanzaría, en cambio, a aquellos otros supuestos en los que el denunciante tuviera conocimiento de una posible futura edificación pero los materiales no hubieran sido colocados todavía. Prescindiendo por ahora de la opinión restringida de Olivier-Martin, que resultaría ya incompatible con la misma afirmación ulpiana en el sentido de que es posible la *nuntiatio* contra las obras que se van a hacer²⁵ —véase, no obstante, n. 29—, vamos a centrarnos en la hipótesis sostenida por Bonfante. ¿En qué pueden basarse los autores que siguiendo a este romanista italiano mantienen la interpretación más amplia? Por una parte podría decirse, y esto resulta perfectamente válido, pues es uno de los argumentos que intento esgrimir para mantener la interpretación amplia pero mitigada antes expuesta, que hay una razón lógica: si el fin perseguido por la *operis novi nuntiatio* es defender el propio derecho, garantizar un daño, o tutelar un derecho público²⁶, habría que darle a esta medida pretoria un alcance lo más amplio posible. Para estos romanistas ello llegaría hasta el extremo de que ya en el momento de que se tuvieran noticias de la intención de construir o demoler podría hacerse la *nuntiatio*, sin necesidad de esperar a que fuesen llevados los

24. OLIVIER-MARTIN, *Etudes d'histoire juridique, offertes a Paul Frederic Girard*, I, págs. 124-125. París 1912.

25. Ulpiano, *52 ad ed.*, D.39,1,5,2. Menos concluyente resultaría Ulpiano *52 ad ed.*, D.39,1,1,pr., ya que en éste no queda tan clara la posibilidad de hacer la *nuntiatio* antes de comenzar la obra.

26. Ulpiano, *52 ad ed.* D.39,1,1,16.

materiales o a que quedase iniciada la construcción. Contra esto, aparte de que la *nuntiatio* debería hacerse en el mismo terreno de la obra —aspecto que posteriormente comentaremos— podría alegarse que tal posibilidad directamente no parece ser reconocida en ninguno de los textos.

Además de esto, todavía existen otros dos pasajes en los que podría basarse esa interpretación amplia y que seguidamente pasamos a comentar.

Por un lado nos encontramos con un texto de Ulpiano recogido en D.39,1,1,8²⁷ y a cuyo tenor

Potest autem quis nuntiare etiam ignorans, quid opus fieret.

Indudablemente aquí se nos habla de una obra que se va a hacer, en un sentido bastante claro de obra aún no realizada. Podría incluso interpretarse esto como obra no terminada, pero pienso que sería forzar excesiva e inadecuadamente los términos. Por ello cabría únicamente dos posibilidades: o bien entenderlo como referido a una obra que se va a hacer pero donde aún no se han llevado los materiales para comenzarla o bien en igual sentido y habiendo llevado ya los materiales. Al no indicarnos el texto nada más, parece que ambas interpretaciones son perfectamente posibles, mas como los textos no cabe interpretarlos de forma aislada, por razones que ya aduje y aduciré al comentar cómo la denuncia debió hacerse en el terreno donde se construía y la gran dificultad que entrañaría ello si allí no tuviese nada el constructor, parece que solamente puede entenderse el presente texto en el sentido de obra no comenzada pero donde ya han sido colocados los materiales para su iniciación. Esta interpretación que proponemos no altera para nada ni la forma ni el fondo del texto.

En sentido parecido se nos presenta D.39,1,5,10²⁸:

Memnisse autem oportebit, quotiens quis in nostro aedificare vel in nostrum inmittere vel proicere vult.

En este texto observamos que se nos habla directamente de un *querer construir*, en términos indudables de obra todavía no comenzada. En ese *querer* va implícito un elemento intencional, un deseo de hacer una obra todavía no cumplido. Parece que éste podría ser el

27. Ulpiano, 52 ad ed.

28. Ulpiano, 52 ad ed.

punto de apoyo fundamental de la teoría más amplia, pero también es cierto que dentro de él cabe perfectamente la teoría que sostenemos, pues indudablemente el hecho de colocar los materiales o iniciar los preparativos para llevar a cabo una construcción es querer hacerla, tener intención de ello, y sin embargo no estar efectuándola todavía. Por eso la solución que mantenemos tampoco varía en absoluto el sentido del texto y se amolda perfectamente a él ²⁹.

Con estos argumentos vemos que pese a todo aún sería sostenible la teoría más amplia en la dirección que sostiene Bonfante. Sin embargo se presenta una dificultad que en mi opinión podría resolver definitivamente la cuestión: el texto de Ulpiano recogido en D.39,1,5,2 ³⁰:

Nuntiationem autem in re praesenti faciendam meminisse oportebit, id est eo loci, ubi opus fiat...

¿Por qué resultaría difícil compaginar este texto con la hipótesis de Bonfante? Por la sencilla razón de que cuando se emite un juicio en el sentido de querer realizar una construcción o demolición en un lugar determinado no se está en ese lugar, ni se tienen trabajadores en el terreno, ni otras personas que nos representen y puedan recibir la denuncia. Y no podemos olvidar que el requisito de hacer la *nuntiatio* en el mismo lugar de la obra es algo inherente a la naturaleza propia de la figura.

Además de todo lo señalado, pensamos que existe aún un argumento bastante interesante y que resultaría, como ya señalé al comenzar a tratar este problema, de la comparación y estudio simultáneo de los textos de Ulpiano en 52 y 81 *ad edictum* contenidos en D.39,1,5,2 y D.39,1,21,3, este último resulta tremendamente sugerente.

Opus autem factum accipimus non, si unum vel alterum cementum fuit impositum, sed si proponatur instar quoddam operis et quasi facies quaedam facta operis.

29. Sin embargo, no deja de resultar sintomático el hecho de que siempre que se discute acerca del momento en que pueda hacerse la *nuntiatio* sea Ulpiano el que llega a los extremos de *querer hacer la obra, colocar los materiales, etc.* Paulo, en sus textos recogidos en el Digesto sobre la *operis novi nuntiatio*, nunca se plantea el problema, pareciendo indicar que en su opinión únicamente sería posible la *nuntiatio* cuando la obra hubiese sido ya comenzada. Recordemos que en este sentido se manifestaba OLIVIER-MARTIN.

30. Ulpiano, 52 *ad ed.*

Como ya señalamos, el campo de aplicación de este texto es diferente al de D.39,1,5,2, porque aquí el jurista se está refiriendo al supuesto de que la *nuntiatio* ya haya sido hecha. Por ello, como señala Ulpiano, en este caso el haber colocado los materiales no se considera como una violación de la *nuntiatio*, pues una vez realizada la denuncia solamente está prohibido construir algo, y el colocar materiales no es —en este sentido— construir.

Entonces, ¿por qué creemos que este texto podría resultar definitivo a la hora de aclarar el punto que estamos estudiando? Porque el jurista nos dice que después de la *nuntiatio* no bastará colocar los materiales para entender que se ha violado la denuncia, pero precisamente con ello está reconociendo implícitamente que sí basta con que los materiales hayan sido colocados para que sea posible la *nuntiatio*. Así, indirectamente, este texto nos soluciona el problema: cabría la *nuntiatio* tanto cuando se hubiera construido algo como cuando hubieran comenzado a llevarse los materiales para comenzar la construcción o la demolición. Y ahí el jurista se detiene, nada le costaba haber añadido además el supuesto de declaración de voluntad por parte del constructor en continuar la obra, y sin embargo no lo hace; ello nos hace entender que no debió bastar la mera intencionalidad de hacer la obra para que fuese posible la *nuntiatio*. Pensamos que dar ese paso resultaría, al menos, peligroso porque ningún texto tiene la fuerza suficiente para admitir tal hipótesis.

También, redundando en lo mismo, el texto de Ulpiano recogido al final de D.39,1,5,2³¹ apoya la teoría que proponemos al señalar que la *nuntiatio* es posible tanto si se está construyendo como si se va a comenzar a construir, y estas últimas palabras nos dan un clarísimo sentido de inmediatez en la construcción que en modo alguno podemos interpretar entendiendo que alcancen incluso a la declaración de voluntad de hacer una futura construcción.

Tal debió de ser, en nuestra opinión, el concepto clásico de *opus novum*; concepto, como vemos, no dogmático y que debió sufrir una notable evolución hasta quedar delimitado como lo encontramos en el siglo II d. C.³². Toda la figura de la *operis novi nuntiatio* gira para

31. Ulpiano, 52 *ad ed.*

32. Respecto al posible origen de la *operis novi nuntiatio* son multitud los problemas que se presentan debido a que con las fuentes de que

su aplicación en torno a la amplitud concedida al concepto de obra nueva, que en su origen quizá debió referirse únicamente al supuesto de obra ya comenzada y que poco a poco debió sufrir una transformación hasta quedar configurado en la época clásica, posiblemente, en el sentido que hemos propuesto.

JAVIER PARICIO SERRANO

disponemos faltan muchos datos para poder hacer una afirmación rotunda. Amplísima es la literatura existente y amplias también las divergencias entre los romanistas. Suele presentarse mayoritaria la doctrina que sostiene el origen civil de la figura, sin embargo últimamente COSENTINI ha sostenido con importantes argumentos el posible origen pretorio. Puede acudirse, entre otros, a OLIVER-MARTIN, *op. cit.*, pág. 125; BONFANTE, *op. cit.*, págs. 432 y ss.; MOZILLO, en *NNDI*, V. pág. 463. Turín 1960; ID, *op. cit.*, págs. 131 y ss.; COSENTINI, *Annali dell'Università di Catania*, 1950; ID., *Miscellanea romanistica*, págs. 119 y ss. Catania, 1956.

DOCUMENTOS

I

EL MERCADO Y LA CARTA DE POBLACION DE CALELLA

Bernat de Cabrera, señor del término de Castillo de Montclús, de Anglés y de Brunyola, poseía al mismo tiempo el dominio inferior del castillo de Montpalau y su término, radicado en el lado sur de la región marítima del Veguerío y del Obispado de Gerona. El dominio superior pertenecía a Marquesa, viuda del conde de Empúries.

En 21 de julio de 1327, Bernat de Cabrera obtuvo del rey de Aragón Jaime II licencia para la celebración de mercado los miércoles de cada semana y de ferias durante diez días consecutivos de cada año¹. La celebración del mercado en el *dies Mercurii* respondía a una costumbre observada también en otros lugares de la Catalunya Vieja, tal vez por tratarse del día que la gentilidad pagana hacía apto para las relaciones mercantiles.

Jaime II falleció en 5 de noviembre del mismo año 1327 y, cuando las fiestas de la coronación de su sucesor Alfonso III en Zaragoza, en la Pascua de 1328, Bernat de Cabrera tuvo que regresar apresuradamente a Catalunya para hacerse cargo de los dominios del Vizcondado de Cabrera, que acababa de heredar de su tía la condesa de Empúries. Entre estos bienes adquiriría el dominio superior del término del castillo de Montpalau. Pero el nuevo vizconde Bernat de Cabrera gozó pocas semanas de sus nuevos dominios, puesto que hizo donación de todos ellos a su hijo Bernat II, habido de su matrimonio con la dama castellana Leonor de Aguilar.

En realidad es el vizconde Bernat II de Cabrera quien se aprovecha de la concesión real otorgada en favor de su padre y elige para el establecimiento del mercado la llanura próxima al mar en el lugar de La

1. Apéndice I.

Calella, sito en la parroquia de Santa María de Pineda, dentro del término del castillo de Montpalau. Simultáneamente se propone erigir un poblado o *vila* en aquel paraje marítimo, lugar templado y apto para agricultura, única actividad en aquella comarca, pero en cambio expuesto a toda suerte de peligros. Y en 29 de noviembre de 1328 otorgó franquicias a favor de quienes pasaran a habitar o habitaran el futuro poblamiento, para el cual fija los *coscos*, patios o solares en 64 canas cuadradas, equivalentes a 4.096 palmos cuadrados, que se establecerían en *enfiteusis* al canon anual en 2 sueldos y con una *entrada* de 3 sueldos; los pobladores quedaban exentos del pago del llamado *blat d'acapte*, conocido también por *blat de castell*, de los servicios forzados de accareos y mensajerías, y de los malos usos de *intéstia*, *cugúcia* y *exórquia* y sus redenciones o equivalencias en dinero, así como de las *qüésties* y demás pagos por razón de la jurisdicción; reguló el importe de la redención de hombres y mujeres de remença que pasaran a residir en la nueva *vila*, a los que otorgó el derecho de ausentarse y establecerse en otro lugar previa su redención; asimismo se reducía a la mitad el ominoso *terç* para la curia en caso de ejecución por deudas. Estas franquicias, además del estricto espacio construido de la futura villa, se extenderían a la zona de los alrededores desde el punto llamado *Mujal* hasta la riera o torrente de *Capaspre* y desde el mar hasta la sierra donde había la mansión del *bord* de Bedoç.

Las franquicias, verdadera carta de población, surtieron el efecto apetecido por el vizconde de Cabrera. Los documentos notariales y la documentación abundante en archivos privados de aquella comarca, al cabo de poco tiempo hacen mención del *forum* o *mercadal* de La Calella y de los patios o solares que se van estableciendo en *enfiteusis* alrededor del recinto del mercado. En aquel *forum* administraban justicia los oficiales del señorío jurisdiccional y en él se publicaban los pregones y bandos.

El viernes 10 de julio de 1338 el vizconde de Cabrera acudió al lugar de La Calella donde ya se había edificado y esperaba se siguiera edificando y mejorando la incipiente población y, a petición de sus habitantes, confirmó las franquicias que había otorgado diez años atrás, al propio tiempo que añadió otra franquicia, ésta para la protección del mercado y la feria, consistente en liberar del pago de lezdas y otros tributos por razón de las mercancías que se compraran o vendieran en aquéllos.

En otros privilegios, desde luego anteriores a la mitad del mismo siglo XIV², pero que no han llegado a nosotros, se estableció el monopolio para la venta de carnes en el *mercadal* de La Calella en la mitad norte del término del castillo de Montpalau, o sea, desde el molino de Sant Pol de Mar hasta el término del vecino castillo de Palafolls. El mercado va cobrando importancia y a las medidas de volumen para áridos que en la comarca eran las del antiquísimo mercado de Sant Celoní, establecido en la cuenca del río Tordera, se empiezan a usar las propias del término del castillo de Montpalau, que acaban por generalizarse en la demarcación, con su medida tipo de la *mesura* y sus divisionarias en *quarteres*, *quartans*, *picotins* y *punyeres*; al finalizar el siglo ya hay la diferenciación entre las *mensurae novae* y las *veterae* del término de Montpalau.

La transmisión del texto de las franquicias de Calella del año 1328, no ha sido directa, sino por mediación de cuatro transcripciones sucesivas. La primera es por su inserción en el privilegio del mismo Bernat II de Cabrera de 10 de julio de 1338, por el Notario de Montpalau Bernat Conamines que ya había autorizado las franquicias en 1328. A su vez el privilegio de 1338 fue transcrito y confirmado por Violant de Prades, consorte y procuradora general de Bernat-Joan de Cabrera

2. En Pere çà Costa [conseller del senyor Rey Batle General de Cathalunya e administrador del comtat d'Osona e del vescomtat de Cabrera per lo dit senyor Rey]. Al amat lo batle de Muntpalau o son lochtinent. Salut e dilectió: Sapiats que, per part dels prohomens del loch de la Calella, es estat denant mi proposat que bé ha xxv anys passats que s'ordonà de haver fira e mercat en lo dit loch de la Calella, la qual fira encara de any en any en lo dit loch se té. E axí mateix, segons que dien, fo ordonat que en la parròquia de Sancta Maria de Pineda, ne de Sent Pere de Pineda, ço és del molí de Sent Pol avall, negú no gosàs tallar ne vendre negunes carns sino en lo dit loch de la Calella. E ara, segons que affermen, algunes persones, no guardant ne tenent la dita ordinatió, tallen e venen carns en la dita parròquia de Sancta Maria de Pineda assats prop lo terme de Palafolls en lurs propis alberchs. E açò ells fer no degen segons la dita ordinatió o concessio, majorment com torn en gran dampnatge dels habitants en lo dit loch de la Calella, qui tenen luny la dita carn en anar comprar. Per ço, de part del senyor Rey vos dic e un man que si atrobarets que axí com ells dien sic estat en temps passat acostumat que, en aquell cas, aquells que atrobarets que tayan ne venen carn en les dites parròquies de Sancta Maria e de Sent Pere de Pineda, manets que de equi avant no gosen tayllar o vendre carn sino en lo dit loch de la Calella, axí com eren acostumats de fer en temps passat segons que dit és, e encara posets pena de .l. solidos barchinonesos a cort del senyor Rey guanyadors, la qual pena sia per vós levada aytantes vegades com comesa serà. E açò no mudets. Scrita en Barchinona a .xi. de maig, anno a Nativitate Domini M^o .ccc^o .LX^o nono.

(Archivo de la Corona de Aragón.—Real Patrimonio. Batllia, clase 1.^a, D-5).

en 3 de diciembre de 1423, ante el notario del término del castillo de Montpalau Francesc Costa. En 20 de diciembre de 1564, el notario real Joan Boscà, transcribió el privilegio de 1423 y, con él, los dos anteriores incluidos en el mismo, en un libro donde se insertaban privilegios y documentos de interés para la *universitat* o concejo local.

Los manuales de los notarios Bernat Conamines (1326-1340) y Francesc Costa (1423), fueron incendiados por los rústicos de *remença* en el año 1484 al invadir la notaría de Montpalau para destruir los *capbreus*.

El archivo municipal de Calella donde se guardaban las *cartae* de los privilegios y franquicias y el mismo libro del notario Boscà, fue objeto de graves depredaciones a comienzos del presente siglo y desaparecieron aquellos fondos documentales, que en vano hemos intentado hallar en los restos del que había sido tan importante depósito documental.

Por fortuna, un aficionado a la historia local, don Alberto Giol Galceran, a fines del siglo XIX, había sacado copia del libro donde el notario Boscà había insertado las franquicias y privilegios de la *vila* de Calella. Esta copia, hasta ahora inédita, forma parte de los fondos legados por los herederos del señor Giol al actual archivo municipal de Calella, hoy renaciente en sus cenizas³. Es una copia de aficionado, carente de conocimientos paleográficos, que deja unas abreviaciones y siglas sin resolver y algunas otras mal resueltas. No hubiera sido posible publicar la copia tal cual la dejó el benemérito señor Giol y la reproducimos resolviendo las abreviaciones en unos casos y, en otros, corrigiendo las malas lecturas cuando tenemos certeza de la identidad del vocablo. Es evidente que no todos los errores pueden imputarse al señor Giol, puesto que se observan notoriamente las corruptelas que dimanaban de la precedente copia del siglo XVI.

Al pie de este documento que figura como apéndice II de este trabajo advertimos por notas la redacción que aparece en la copia del repetido señor Giol.

A excepción de la fecha de las primeras franquicias, las demás referencias cronológicas aparecen perfectamente acreditadas, concordando con datos ya conocidos. Las de la carta de población inicial, pudieran ofrecer alguna duda cronológica, puesto que según el documento II

3. Apéndice documental II.

del apéndice, dicen ser de *tertio kalendas decembris anno Domini millesimo tricentesimo vicesimo septimo*, con lo que deberíamos admitir la fecha de 29 de noviembre de 1327. Pero en el documento se dice que aquellas franquicias las otorgaba *eandem dictus nobilis*, refiriéndose a Bernat II de Cabrera que otorgó las de 1338, para referirse más adelante a *eisdem nobilis*, y luego volver a referirse a *presatus nobilis vir dominus Bernardus Dei gratia vicecomes Caprarie*, siendo así que Bernat I no fue vizconde de Cabrera hasta fines de marzo de 1328, después de fallecer Marquesa de Cabrera, condesa viuda de Empúries. El notario Bernat de Conamines, autorizó tanto el instrumento de 1327 ó 1328 como el de 1338, y no podía incurrir en el error de confundir Bernat I con Bernat II de Cabrera, bajo cuya autoridad ejerció sucesivamente el arte de notaría, por lo que debemos inclinarnos por la fecha de 1328. No olvidemos que el texto que ha llegado a nuestros días es la cuarta de las copias sucesivas y que en la tercera se desarrolló en letras la fecha que antes había figurado en cifras, amén de que incluso anteriormente era posible que un copista confundiera *m^o.ccc^o.xx^o.uiij^o* con *m^o.ccc^o.xx^o.uiij^o*.

J. M. PONS I GURI

A P E N D I C E S

I

Noverint universi, quod nos Iacobus, Dei gratia rex Aragonum, etc. Ad supplicationem et ob gratiam vestri nobilis et dilecti nostri Bernardi de Capraria, volentes castrum et locum vestrum de Montpalau et habitantes in eo nostre concessionis et favoris gratiam suscipere incrementum, tenore presentis carte nostre, concedimus vobis et etiam statuimus que in dicto castro et loco fiant decetero et celebrentur nundinem perpetuo quolibet anno. Itaque dicte nundine incipiant dominican ante festum Ascensionis proxime instanti, et deinde anno quolibet dicta die, et durent deinde in antea per decem dies continue numerandos. Concedimus etiam que in dicto castro et loco celebretur mercatum singulis ebdomedis in die mercurii perpetuo. Volentes et concedentes que omnes mercatores et alii cuiuscumque conditionis sint ad dictas nundinas et mercatum venientes sint salvi et securi et sub nostra protectione et speciali guidatico constituti, cum omnibus rebus et mercibus quo secum duxerint seu portaverint. Et nullus de nostra confidens gratia vel amore auseat seu presumat ipsas merces ac res suas in veniendo ad dictas nundinas, stando, vel etiam redeundo, invadere, capere, marchare vel impedire culpa crimine vel debitis alienis, nisi ipsi principales debitores fuerint vel pro alio nomine obligati, nec etiam in hiis casibus nisi prius factica iuris inventa fuerint de eisdem. Excipimus cum ab hiis et excludimus proditores, falsatores monete, violatores itinerum, homicidas, raptores et latrones, ac crimine leze maiestatis comittentes e alios malefactores quoscumque. Mandantes procuratori, eorumque vices gerentibus, vicariis, curiis, baiulis, iusticiis, aliisque officialibus nostris presentibus et futuris que hanc nostre concessionis nostre gratie teneant firmiter et observent et teneri faciant ac inviolabiliter observari et non contravenient nec contravenire permittant aliqua ratione. Si quis autem contra hec, ausu temerario ductus, venire presumpserit, iram et indignationem nostram et penam quingentorum aureorum nostro erario applicandorum se noverit, absque remedio aliquo incurrisse dampno illato primitus et plenarie restituto. In cuius rei testimonium, huic privilegio nostro sigillum maiestatis nostre appendicum iussimus apponendum. Datum Barchinone, duodecimo kalendas augusti, anno Domini millesimo ccc^o. xx^o. septimo. Franciscus de Bastida, mandante Rex.

Signum Iacobi, Dei gratia rex Aragonum, Valentie, Sardinie et Corsice, ac comitis Barchinone.

Testes sunt: Gasto, Oscensis episcopus cancellarius; Poncius Barchinonensis episcopus; infans Raimundus Berengarii, domini regis filius, comes Montanearum de Prades; Otho de Montecatheno; Periconus Gaucerandi de Pinosio.

Fuit clausum per Franciscum de Bastida, scriptorem dicti domini regis.
Archivo de la Corona de Aragón.—Cancillería, registro 230, folio 112.

II

Acte de diversos privilegis novament confirmats per don Bernat Joan de Cabrera y la senyora doña Violant muller sua a la universitat y homens de Calella. Es dita confirmatio nova a 3 de desembre de 1423.

Hoc est transumptum bene et fideliter sumptum a quodam publico et antiquo privilegiorum instrumento¹, in pergamineo exarato, sano, sincero et integro, tenoris huius:

In Dei nomine amen. Noverint universi quod² nos Yolans uxor nobili et egregii viri et domini³ Bernardi Iohannis⁴ de Capraria ac etiam procuratrix generalis dicti viri et domini⁵ nostri carissimi prout de huiusmodi nostra procuracione et potestate piene patet per quoddam publicum instrumentum inde confectum⁶ in Castro Saboni, Domini Incarnationis anno⁷ millesimo quadragesimo vicesimo tertio, mense octobris die vicesimo quinto mensis eisdem, secunde indiccionis⁸ et clausum per discretum Salvatorem de Monte de Alcano regia auctoritate⁹ per totum regnum Sicilie publicum tabellionem sive notarium¹⁰. Scientes et atendentis per predecesores dicti viri nostri fuisse et esse concessas habitatoribus loci seu ville de Calella, parrochie Beatae Mariae¹¹ de Pineta, termini castri de Montepalatio, franquitates et privilegia contenta in quadam publica instrumenta huiusmodi seriei¹²:

«Noverint universi quod die veneris intititata sexto idus iulii anno a Nativitate Domini¹³ millesimo tricentesimo tricesimo octavo, nobilis vir et dominus¹⁴ Bernardus Dei gratia vicecomes Caprariae voluit personaliter venire et etiam¹⁵ accedere ad locum vocatum Calella qui est infra terminum

-
1. En la copia Giol, *instro*.
 2. En dicha copia, *q*.
 3. *dni*. en Giol.
 4. *Joanis*, en Giol.
 5. *dni*. en Giol.
 6. *confctum* Giol.
 7. *annorum*, Giol (La datación por la Encarnación del Señor, eliminada en Catalunya desde 1351, subsistía aún en Sicilia hasta el siglo XVI).
 8. Concuenda exactamente con la correspondiente indicción romana.
 9. *aucte.*, Giol.
 10. *not.*, Giol.
 11. *Beatae Mariae*, bajo la influencia de la copia de 1564.
 12. *seriens*, Giol.
 13. *a Nativitate Domini*, probable lapsus del notario Costa en 1423, o bien del notario Boscà en 1564, toda vez que en Catalunya se decía en 1338 *anno ab Incarnatione Domini* y más simplemente *anno Domini*.
 14. *Nobili viri et dom.* Giol.
 15. *ecia*, Giol

et iurisdictionem castrum de Montepalatio et ubi nunc noviter¹⁶ construitur et edificatur aut fieri construi et edificari speratur villa in quo siquidem loco vocato Calella pro construenda et edificanda iam dicta villa et etiam ad meliorandum eandem dictus nobilis dedit et concessit sive dederat et concesserat iam prout inferius apparet omnibus et singulis hominibus et feminis¹⁷ dictam villam inhabitantibus¹⁸ et habitaturis privilegia infra scripta prout inferius¹⁹ per capitula ordinata et declarata sunt, et ubi etiam pro construenda et edificanda iam dicta villa et etiam ad meliorandum eandem constitutum et ordinatum est haberi et teneri forum sive *mercat* et etiam nundine prout iam consuetum ac etiam ordinatum est fieri, et voluit etiam et mandavit idem nobilis dominus vicecomes quatenus in presentia²⁰ eisdem nobilis et testium infrascriptorum²¹ et eorum etiam hominum qui dictam villam inhabitant coram dicto nobili existencium et hoc fieri petierunt²², legerentur et publicentur per notarium infrascriptum privilegia sive capitula infrascripta quorum siquidem tenores tales sunt: «Ordenam que hage cascun pati de terra o stabliment de cases o alberchs qui.s faran en lo dit loc o pobla de Calella o alla on assignat es, ço es a saber d.ample e de llong de quiscuna part VIII canes.—Item que per cascun stabliment d.aquest pati de terra o de cases donen e dar deguen al senyor per qui les tindran dos sous.—Item per entrada tres sous.—Item fa gratia lo senyor e²³ privilegi special a tots aquells qui.s voldran poblar e poblats seran en lo dit lloc de Calella que no sien tinguts de fer ne de dar al senyor²⁴ blat de acapta aqui acostumat es de dar en lo terme del castell de Montpalau, ne encara ninguna altra cosa per raho de aquell acapte.—Item que tot hom e tota fembra corrompuda do per remso deu sous tant solsament.—Item fembra poncella do per remensa sinc sous e en aquesta remensa sia entes tot lo loysme²⁵ pertanyent al senyor de qui seran en la donacio d.ella feta de para e mara.—Item que tota vegada qui.s vullan puguen axir de la dita poblacio e anar star hont se volran e vendre tots los bens axi movents²⁶ com seents, ab encant o sens encant, salvant dret del senyor²⁷ en lo terç dels bens seents, e salvat que cas en d.aquells qui vendran a vendrer faran habitage o se.n hiran star en altre loc si volran reembre del senyor²⁸ de qui seran que ho pogan fer e que don cascun hom per remensa deu sous.—Item fembra corrompuda deu sous.—

16. add. *sit* Giol.

17. *Feminabus*, Giol.

18. *in habitantibus*, Giol.

19. *inferior*, Giol.

20. *prcia*, Giol.

21. *infrorum*, Giol.

22. *petueruim*, Giol.

23. y en Giol, sin duda proveniente ya del traslado del notario Boscà.

24. *Sor*, Giol.

25. *loyma*, Giol.

26. *monents*, Giol.

27. *Sor*, Giol.

28. *Sor*, Giol.

Item fembra poncella sinc sous. Aquesta empero franquesa enten lo senyor " que sia des del Mujal entro la Riera de Capaspre e de la mar tro a la serra qui es sobre la cas d'En Bort de Bedós.—Item fa gratia lo senyor que ningun d'aquests qui seran poblats del dit lloc de Calella no sien tinguts de fer ninguna tragina ni missatgeria forsada en ningun lloc.—Item que sien francs de entesties, cuguties e²⁹ exorquies e³⁰ de tota reemensa de aquellas e de questies e de tot servey forsats.—Item que o paguen sino mitj terç en cas que pagar haguessin terç per deutes.—Que siquidem privilegia et capitula omnia³¹ et singulas supradictas pro construenda et edificanda dicta vila et pro faciendis et constituendis et ordinandis dicto foro sive mercat et nundinis supradictis idem nobilis iam fecerat³², constituerat, ordinaverat ac etiam³³ firmaverat si et prout de iure tamtum facere potest et non aliter et quibus scilicet privilegiis et capitulis omnibus³⁴ et singulis supradictis consenserunt et eadem etiam omnia³⁵ et singula laudaverunt, aprovaverunt firmaverunt, promiseruntque in aliquo non convenire iuramentum aliqua causa vel etiam ratione, videlicet venerabilis et religiosus frater Jaspertus abbas monasterii Sancti Salvatoris Bredensis³⁶ et etiam venerabilis et religiosus frater Arnaldus prior monasterii Sancti Pauli de Maritima ordinis Cartusiensis et etiam venerabilis Bernardus de Manola miles prout hec omnia³⁷ acta laudata et probata et firmata fuerunt in manu et posse notarii infrascripti tanquam publice personae hec omnia³⁸ pro personis omnibus³⁹ quarum interest et intererit legitime stipulantis, paciscentis et recipientis, tertio kalendas decembris anno Domini millesimo tricesimo vicesimo septimo, presentibus pro testibus Guilaberto de Corberia, Petro de Palatio et Riamballo de Corberia militibus ac Pericono scriptoris et Ferrario Nepotis.

Item prefatus nobilis vir dominus Bernardus Dei gratia vicecomes Caprarie⁴⁰ hodie que est veneris superius iam supra linec intitulado, fecit, constituit ac etiam ordinavit et firmavit sequens capitulum quod hic inseri scribi et apponi mandavit, cuius siquidem capituli tenor talis est:

«Item volem (e) ordenam de gracia e de privilegi special lo qual fem e⁴¹ otorgam a tots aquells que habiten e habitaran e poblats seran en lo dit lloc o vila de Calella que a ningu de aquells no sia tingut de dar lleuda ne al-

29. *Sor*, Giol.

30. *y*, Giol.

31. *y*, Giol.

32. *oistra*, Giol.

33. *sererat*, Giol.

34. *esra*, Giol.

35. *osibus*, Giol.

36. *ora*, Glol.

37. *de Bredens*, Giol.

38. *oia*, Giol.

39. *oia*, Giol..

40. *oibus*, Giol.

41. *Capraria*, Giol.

42. *y*, Giol.

tra cosa per raho d.aquella de res que compre o comprar fara o vena o vendra fara dins lo mercat e⁴³ fira de Calella».

De quibus omnibus et singulis capitulis et privilegiis supradictis de voluntate et mandato dicti nobili⁴⁴ prolatis et expositis ut superius continentur. Idem nobilis ad maximam supplicationem ac etiam instanciam et requisitionem hominum dictam villam inhabitantium⁴⁵ enim voluit et mandavit per notarium infrascriptum ad eternam huius⁴⁶ rey memoriam habendam pressens publicum fieri instrumentum atestatur die et anno in prima linea contentibus presentibus testibus venerabili⁴⁷ Ferrario de Caneto et Bernardo de Manola militibus ac Bernardo Quarti⁴⁸ iureperito ville Sancti Celedoni et iudice ordinario eiusdem nobilis in termino castri supradicti et Francisco Ferrarii domestico dicti nobilis.

Signum Bernardi de Conamines⁴⁹ gerentis vices Petri Flaquerii notarii publici termini castri de Montepalacio qui hec scripsit et clausit cum literis suprapositis in quartadecima linea ubi dicitur «de entesties» et in vicesima tertia linea ubi dicitur «volem» die et anno prefixis».

Et quia vos probi homines et habitatores dicti loci de Calella in principio regiminis in actu possessionis recepti per nos nomine⁵⁰ dicti viri mei cum hac de causa prestiteris homagia fidelitatis nobis dicto nomine⁵¹ etiam⁵² in presentia dicti egregii viri nostri, illico nobis supplicastis humiliter ut dictas franquitates et privilegia confirmare et iurare debeamus. Igitur vestris benignis supplicationibus dicto nomine⁵³, super hiis inclinata, gratis et ex certa scientia per dictum virum nostrum et suos, auctoritate⁵⁴ dicte nostre procuracionis et alias illis melioribus via, modo et forma quibus de iure possumus, volumus, laudamus, aprobamus, ratificamus et confirmamus vobis omnibus et singulis personis nunc habitantibus et pro tempore habitaturis in dicto loco de Calella perpetuo⁵⁵ omnia et singula privilegia et libertates contenta et contentas superius in dicto instrumento superius inserto iuxta ius, seriem et tenorem et pro ut melius et utilia ad hec ad vestrorum⁵⁶ comodum et bonum et sanum intellectum potest intelligi sive dici etiam iuramus dicto nostro sponte per dominum Deum et eius sancta quatuor Evangelia per nos in animam dicti domini viri nostri corporaliter tacta, qui dominum virum nostrum et suos et nos eius nomine⁵⁷ dicta privilegia et libertates et omnia

43. y, Giol.

44. nobilis, Giol.

45. Inhabitant, Giol.

46. huic, Giol.

47. vener, Giol.

48. Guarti, Giol.

49. Canomies, Giol.

50. nome, Giol.

51. noie, Giol.

52. eti, Giol.

53. noie, Giol.

54. aute, Giol.

55. perpetua, Giol.

56. viorum, Giol.

57. nore, Giol.

et singula in dicto instrumento contenta semper rata, grata et firma habere, tenere et servare, et numquam⁵⁸ in aliquo contrafacere vel venire aliqua ratione, iure, modo vel causa, hec facientes, firmantes et iurantes predicto nomine⁵⁹ in manu et posse notarii⁶⁰ subscripti tamquam⁶¹ publice persone hec a nobis nomine⁶² omnium⁶³ et singulorum interest et intererit ac poterit interesse nunc vel etiam in futurum stipulantis et legitime recipientis ac etiam paciscentis et mandamus dicto nomine de preactis omnibus et singulis vobis et cuiuslibet vestrum⁶⁴ et aliis quorum interesit fieri tradi tot quod inde petieritis⁶⁵ et habere volueritis⁶⁶ publicum et publica instrumenta per subscriptum notarium ad habendum inde memoriam in futurum. Actum est hoc in dicto loco de Calella predicte parrochie Sancte Marie de Pineda die tertia mensis decembris anno a Nativitate Domini millesimo quadringentesimo vicesimo tercio. Signum nostri Yolandis predicte qui hec nostra procuratione predicta firmamus et laudamus pariterque iuramus.

Testes huius⁶⁷ rey sunt honorabili viri domini Iohannes de Castelleto miles domiciliatus infra parrochia Sacti Laurentii de Massaneto et Guillelmus de Camonibus miles domiciliatus infra dictam parrochiam Sancte Marie de Pineda diocesis Gerundensis.

Signum mei Francisci Costa auctoritate⁶⁸ nobilis et egregii viri domini Bernardi Iohannis de Cappraria⁶⁹ notarii publici termini castri de Montepalatio qui hec scribi et clausi.

Signum egregii viri domini Bernardi Iohannis de Cappraria⁷⁰ comitis de Modicha regni Sicilie et vicecomitis de Cappraria et de Basso Cathalonie principatus qui per dictas franquitates, libertates et privilegia superius in predicto instrumento de verbo ad verbum suprainserto et publicato, insertas et inserta et per dictam egregiam dominant Yolantem uxorem et procuratricem⁷⁰ suam firmatas et firmata, ac iurata et iuratas ut superius continetur et omnia et singula in predicto instrumento contenta, laudavit, aprobavit, ratificavit et confirmavit ac etiam iuravit per Deum et eius⁷¹ sancta quatuor Evangelia a se corporaliter tacta omnia et singula semper se et suos heredes et successores rata, grata et firma habere, tenere et servare, et contra ea vel eorum⁷² aliqua non facere vel venire aliqua ratione, iure, modo vel causa, et hec iuravit et firmavit in villa de Blanis videlicet in aula inferiori sui

58. *nunq.*, Giol.

59. *nore*, Giol.

60. *not.*, Giol.

61. *tanqu*, Giol.

62. *noie*, Giol.

63. *orum*, Giol.

64. *vrm.* Giol.

65. *peneritis*, Giol.

66. *voluitis*, Giol.

67. *huic*, Giol.

68. *aute*, Giol.

69. *Capprariae*, Giol.

70. *procuratorem*, Giol.

71. *eis*, Giol.

72. *eors*, Giol.

palatii die sabbati que fuit decima mensis augusti anno a Nativitate Domini millesimo quadringentesimo vicesimo sexto, presentibus et ad hec vocatis pro testibus honorabile Raimundo de Malorques domicello domiciliato in villa de Blanis, Petro de Columbario iurisperito ville Hostalrici et Petro Vitalis mercatore dicte ville de Blanis, in posse mei⁷³ Iohannis Manresa auctoritate⁷⁴ dicte domine Yolantis de Cappraria notarii publici ville et termini castri de Blanis qui hec manu propria scripsi. In testimonium premissorum⁷⁵ et hic meum solitum⁷⁶ apposui signum.

Signum Salvatoris Puig presbiteri auctoritate⁷⁷ illustrissimi⁷⁸ domini⁷⁹ Villenove termini castri de Palafollis notarii publici huic transumpto testis.

Signum Ioannis Francisci des Clapers⁸⁰ parrochie Sancti Genesii de Palafollis Gerundensis diocesis regia auctoritate notarii publici per totam terram et dominationem serenissimi et catholici domini Aragonum⁸¹ regis testis.

Signum Ioannis Boscha auctoritate⁸² regia notarii publici habitatoris opidi de Calella Gerundensis diocesis qui huius⁸³ transumptum et eum eodem de verbo ad verbum fideliter comprobatum, testificatum ut supra patet, in his tribus papiri foleis scribi fecit et clausit die vicesimo mensis decembris anno a Nativitate Domini millesimo quingentesimo sexagesimo quarto.

73. *meo*, Giol.

74. *aute*, Giol.

75. *premissos*, Giol.

76. *solutum*, Giol.

77. *aucta*, Giol.

78. *ilmor*, Giol.

79. *doni*, Giol.

80. *Capes*, Giol. El nombre era Clapers, como vemos en los instrumentos autorizados por este notario.

81. *Aragonni*, Giol.

82. *aucte*, Giol.

83. *himor*, Giol.

REAL PRIVILEGIO POR EL QUE SE DESMEMBRA AGULLENT DE ONTENIENTE, OTORGADO POR FELIPE II EN 1585

I. INTRODUCCION

1. *Agullent*.

Villa de origen romano, situada en el Valle de Albaida, es poco importante en la historia del Reino de Valencia. Conquistada por Jaime I y dada en feudo a su caballero Guillem Olivar¹ por los servicios prestados en la conquista de Alcoy, a la muerte de éste sin sucesión, retorna al patrimonio real, como lugar de Onteniente, del que dista cinco kilómetros. No es citada ni en el «Libre dels Feyts» ni en el «Libre del Repartiment»².

Se cree que en 1410 predicó en ella S. Vicent Ferrer, por la estatua que de fines del siglo xv, o principios del xvi, tiene dedicada en la plaza, por la tradición y por la ermita, que está para su culto³.

La primera noticia documentada que sobre él tenemos se encuentra en el guijaje concedido por doña Germana el 30-1-1524. En él se ve que había en Agullent 18 agermanados ausentes, las propiedades que poseían y el cambio de manos de éstas a causa de la represión⁴.

También en las «Memorials de les visites pastorals» se habla de Agullent. Así, en la de 1582, fol. 67; «Halló que dicho lugar de Agullente es del rey don Phelipe, nuestro Señor, carrer de la villa de Ontinyente, y de ciento noventa casas de christianos viejos, y en ellos quinientos sesenta personas de confesión y comunión»⁵.

1. Vid. FEBRER, J., *Trobes dels linages dels nobles de la ciutat y regne de Valencia*, ed. Bover, Mallorca, 1848, p. 201; MADRIZ, P., *Diccionario geográfico-estadístico-histórico de España* 3 (Madrid, 1848) I, p. 160-161.

2. Vid. BATLLORI, M., «Agullent i la seva ermita de S. Vicent», en *Catalunya a l'època moderna*, ed. 62 (Barcelona, 1971) p. 357-380, p. 357-60; ALMIÑANA, J., *Agullent en los caminos de San Vicente Ferrer* (ed. Nàcher, Valencia), 1955 p. 21-34; VIDAL TUR, G., *Las capuchinas de Agullent* (Alicante) p. 63-68.

3. Vid. BATLLORI, *ob. cit.*, p. 362; LLORENTE, T., *España, sus monumentos y artes: Valencia*, t. II (Barcelona, 1889) p. 776.

4. Vid. GARCÍA CÁRCCEL, R., *Las Germanías de Valencia* (Península, 1975) p. 144-6; HARO, R., «Les Germanies a Ontinyent-Agullent», *El Tendur* (Ontinyent, diciembre 1979) p. 2-5; ARV, Mestre Racional, Leg. 498, exp. 10.154. Precisamente Agullent y Onteniente son la única muestra documentada del cambio de propiedad a causa de la represión.

5. Vid. BATLLORI, *ob. cit.*, p. 359.

2. Separación de Onteniente.

Agullent, a mediados del XVI, creció considerablemente, gracias a la riqueza de sus tierras, y llegó a tener 300 casas⁶. Con el crecimiento y el poder económico, empezaron las malas relaciones con Onteniente, al desear, los agullentinos, ocupar cargos en aquella villa. Referente a esto se encuentran noticias en el Archivo Municipal de Onteniente (AMO). Así, el 12 de septiembre de 1575, vemos cómo el síndico de Agullent protesta porque este lugar participa «en totes les càrregues e imposicions» y sin embargo no pueden desempeñar cargos de Justicia, Jurados y Mustazaf. Por ello solicita poder participar «de les honres y preeminències que participa y gosa /els/ de la vila de Ontinyent, esent admesos a los officis públichs de aquella, çò és: Justícia, Jurats, Mustaçaf, Consellers e altres obligantse a viure en Ontinyent mentre ocupen lo càrrech, segons se acostuma en altres lochs que són carrers»⁷.

Por otra parte, en Agullent tampoco había tribunal de justicia «cort formada ni cadira», y cada dos meses, o con más frecuencia, acudía el Justicia a Agullent «y en dita visita puga oír y determinar les causes de les persones velles y miserables, pubils, viudes y altres persones que bonament no puguen anar a Ontinyent»⁸.

Todo esto empujó a los agullentinos a pedir su independencia municipal. Por tal motivo, en 1584, se dirigen al rey Felipe II, solicitando la erección de Onteniente.

Para ello, Juan Casanova, síndico del lugar, redactó 34 capítulos conteniendo las normas por las que debería regirse Agullent desde aquel momento. El Rey oye la solicitud el 28-11-1584, estando en Madrid, y ordena al Virrey de Valencia, Conde de Aitona, revisar los capítulos: «Dezimos y encargamos *que veays muy particular los dichos memoriales y capítulos y os informeis de la qualidad del dicho lugar y pobladores del y senyaladamente de tranquilidad, vida y abono de costumbres dellos...*»⁹ y posteriormente, estando el Rey en las Cortes de Monzón, el 20-7-1585, le concede el privilegio de ser Universidad separada de Onteniente, a cambio de 5.000 libras, que el mismo Rey, el 31 de marzo del mismo año, había autorizado

6. Vid. CAVANILLES, J., *Observaciones sobre la Historia Natural, geografía, agricultura, población y frutos del Reyno de Valencia*, t. II-2 (Zaragoza, 1958) p. 163-4; ESCOLANO, G., *Décadas de la historia de la insigne y coronada Ciudad y reino de Valencia*, t. II (Valencia, 1879) p. 555.

7. AMO, *Llibre de Consell y Elections*, 12-9-1575, sin numerar. Doy las gracias a Alfredo Bernabeu, Cronista Oficial de Onteniente, por haberme dejado usar este documento, así como los otros referentes a esta ciudad.

8. AMO, *ob. cit.*, octubre 1574.

9. Vid. ARV, Real Cancillería, *Diversorum*, 358, fol. 118v-119r; REIG FELIU, J., *Onteniente 1940-53* (Diputación Provincial de Valencia, 1957) p. 81.

a disponer¹⁰ y nombrando como primer Baile a Juan Casanova¹¹.

Pese a la concordia habida entre Onteniente y Agullent el 12-9-1589, aceptando la separación y resolviendo todos los puntos litigiosos¹², hubo problemas a la hora de su ejecución. Por ejemplo, el 12-8-1655, hubo un pleito por cuestión de jurisdicciones: «com de temps y quam fon feta desiparació de Agullent de la present vila y es féu Universitat y S. M. nos concedí privilegi en aquell contenenent molts capítols en los quals dita vila restà a la jurisdicció suprema y tan solament Sa Magestat los concedí la Jurisdicció Alfonsina y com la dita Universitat pretén que la present vila no té jurisdicció Suprema vent-se seguit estos dies passats un cas que tocà a la jurisdicció de aquesta vila, lo Justicia anà a la dita Universitat ab son assessor y escrivà y ministros y volent exercir Jurisdicció, per part de dita Universitat es pretengué impedir-ho y per no moure roido ni discòrdia s'entornà y en seguida per part de dita Universitat se portà dit privielgi y capitulació y restaren acordats que los síndichs de la present vila y de la dita Universitat de comú consentiment anaren a la ciutat de València y que los advocats feren mira, se regonehuesen y que declarasen lo que tocà y pot exedir... per evitar-se pleits y discordies».

Tras diversas tentativas, no llegaron a coincidir en Valencia, por lo que el de Onteniente consultó con los abogados de dicha ciudad, quienes le aseguraron que «dit negosi eixirà molt favorable si posa causa en la Real Audiència¹³.

También en enero de 1662, vemos cómo el Justicia de Onteniente, al tener noticia de que el día de S. Antonio habían apuñalado a un particular en la vecina localidad de Agullent, acudió con sus ministros a practicar las oportunas averiguaciones, pero celosos los agullentinos de su jurisdicción lo recibieron con malos tratos. Regresó el Justicia a Onteniente y a los pocos días, hallándose en peligro de muerte el herido, el Justicia de Agullent, reconociendo la jurisdicción suprema de Onteniente, lo mandó llamar¹⁴.

De hecho y de derecho, la jurisdicción criminal de Agullent pertenecía a Onteniente, como dice el privilegio —capítulo 27— y vemos en las Cortes Valencianas de 1626: «Y té la jurisdicció criminal en la Universitat de Agullent, que dista d'ella una llegua»¹⁵.

10. Vid. documento I que adjunto en apéndice. Se halla en el ARV, Real Cancillería, *Diversorum*, 358, fol. 138v.

11. Vid. documento II, en apéndice. Se encuentra en el ARV, Real Cancillería, *Diversorum*, 358, fol. 145r-147r.

12. Vid. AMA, Privilegio de Felipe II, fol. 7r. También pág. 16.

13. AMO, *ob. cit.*, 12-8-1655, sin numerar.

14. AMO, *ob. cit.*, enero 1662.

15. DE LARIO RAMÍREZ, D., *Cortes del Reinado de Felipe IV: I cortes Valencianas de 1626*, Valencia, 1973, p. 178, cap. 295.

A partir del privilegio, Agullent ya tiene una historia propia. Así, vemos cómo en 1586 el Rey no concede el privilegio de un horno particular a Miquel Casanova¹⁶; cómo en 1594 y 1595, respectivamente, concede un horno y un molino, por haber aumentado su vecindad¹⁷; cómo da cuenta de la administración de su patrimonio al Mestre Racional¹⁸; tiene su propio libro de Consejos¹⁹; nacen otras instituciones no reguladas por el Privilegio, como el «Pare d'òrfens», «Pare de pobres vergonyants», «el Cequier» se construye un convento de Dominicos²⁰.

En el XVII, Agullent desciende en número de habitantes por:

1) La expulsión de los moriscos. Como ha estudiado Císcar Pallarés, los bienes de los moriscos eran abundantes: 315 cahizadas, estimadas en 5.759 libras²¹, siendo comprada, caso único en el País Valenciano, por un 56,9 por 100 de clase media²².

2) Por la peste de 1600. Desde el 7 de agosto hasta el 4 de septiembre murieron 86 personas²³.

3) Por la emigración a Onteniente²⁴.

En 1646 tenía 150 casas²⁵.

3. *El privilegio.*

El privilegio otorgado por Felipe II, hallándose en las Cortes de Monzón, el 20-7-1585, que separó Agullent de Onteniente, se encuentra en el Archivo Municipal de Agullent (AMA); se conserva en perfecto estado. Es un volumen con cubiertas de pergamino, que consta de siete folios, también de pergamino, sin numeración. En la cubierta se lee, de letra posterior, el siguiente rótulo:

Real Privilegio por S. M. por /el que se manda/
la desmembración de la Real Jurisdicción de esta
Universidad/ de la Villa de Onteniente.

16. Vid. ARV, Real Cancillería, Diversorum, 360, fol. 19v.

17. Vid. AMA, *Privilegio de un horno* para la Universidad, dado por Felipe II el 20-8-1594, redactado en latín. Al margen, *privilegio de un molino* para la Universidad, otorgado por Felipe II en febrero de 1595. Redactado en catalán. El documento está muy estropeado. También se halla en el ACA (Archivo corona de Aragón), leg. 651.

18. Vid. ARV, *Maestre Racional*, leg. 490. Va desde 1586-1704.

19. Vid. AMA, *Llibre dels Consells*. Va desde 1592-1644.

20. Vid. DIAGO, Fr., *Historia de la provincia de Aragón de la Orden de Predicadores* (Barcelona, 1598) fol 294 Bb. Este afirma que el convento se construye en 1595. Sin embargo, ALMIÑANA, *ob. cit.*, p. 173, y VIDAL, *ob. cit.*, p. 73-4, afirman que es de 1585.

21. Vid. CISCAR PALLARÉS, E., *Tierra y señorío al País Valenciano (1570-1620)*, Del Cenia al Segura (Valencia, 1977) p. 301.

22. Vid. *ibidem*, p. 323.

23. Vid. BATLLORI, *ob. cit.*, p. 369.

24. Vid. CAVANILLES, *ob. cit.*, p. 163.

25. Vid. PÉREZ PUCHAL, P., *Geografía de la población valenciana* (L'Estel, Valencia, 1976) p. 55.

El folio 7v es un certificado de 13-2-1850 sobre la posesión y propiedad de los montes.

Al comienzo de cada capítulo «item», hay numeración romana del 1 al 34, pero es de época posterior. A los márgenes, en letra posterior, un título resume cada capítulo.

De este privilegio, Batllori hizo una pequeña reseña, y Almiñana tradujo el texto latino e hizo una reseña²⁶. Este le llama Carta-Puebla²⁷. Vidal y Reig afirman que fue ratificado por las Cortes de Monzón, hecho que no es cierto, como se puede ver en los Procesos de Cortes²⁸.

El mismo privilegio se halla en el ARV, Real Cancillería, Diversorum, 357, fol. 216-227. Este debe de ser una copia del hallado en el AMA. Le faltan las firmas, cláusulas y el acto de concordia. El texto es completamente igual, diferenciándose solamente en el número de abreviaturas.

Estamos ante un privilegio expedido por el soberano a petición de parte, en la que no intervenía ningún estamento, a cambio de dinero. Forma parte del derecho paccionado, por lo que había de ser respetado por el poder real al igual que los fueros²⁹.

Era uno de tantos de los privilegios que concedió Felipe II. En el mismo ARV, Real Cancillería, Diversorum, 357, encontramos:

- a) Privilegio otorgado a la Ollería, separándola de Játiva, convirtiéndola en Universidad, dado el 4-10-1583: fol. 106r-120r.
- b) Privilegio dado a la Yessa, separándola de Alpuente: fol. 64v-81v.
- c) Privilegio concedido a Almoradí, separándola de Orihuela: 81v-98v.

Comparados los privilegios, vemos cómo son prácticamente iguales:

- Piden cuatro jurados y se les concede tres.
- Se les da la misma clase de jurisdicción civil y criminal.
- Se les concede el mismo tipo de mercado.

26. Vid. BATLLORI, *ob. cit.*, p. 359-60.

Vid. ALMIÑANA, *ob. cit.*, p. 23-30.

27. Vid. *ibidem*, p. 23.

28. Vid. VIDAL, *ob. cit.*, p. 65.

Vid. REIG, *ob. cit.*, p. 81.

Vid. SALVADOR ESTEBAN, E., *Cortes Valencianas del Reinado de Felipe II* (Valencia, 1974).

29. Vid. A. GARCÍA-G. COLÓN, *Furs de Valencia* (Barcino, Barcelona) t. I, 1970, p. 16.

— Exceptuando la Ollería, que paga 8.000 ducados, los otros tres pagan 5.000 libras.

Agullent adquiere con él una organización política y administrativa, una jurisdicción propia, una regulación del comercio de los impuestos y tributos, del término municipal, de la relación con Onteniente:

a) Se eligen tres Jurados anualmente que (I, XIV):

— Nombran «Consellers» entre los vecinos —25 para el «Consell general» y nueve para el particular (VI).

— Eligen un «Justícia», «Mostassaf», «Síndic» (XII).

— Eligen un Abogado, un Colector, un Clavario, un Pechero (XI).

— Imponen tributos: «peytes», «amprius», «sises» y tienen jurisdicción sobre ellos (IV, XIII).

— Pueden dar cartas de franqueza y hacer leyes nuevas y revocar las viejas (II, VIII).

b) El Rey nombrará un «Batle», que será vecino. Este tomará juramento a los Jurados, Justicia y Mustazaf (XV).

c) El Justicia tendrá jurisdicción civil en primera instancia. Las apelaciones se harán según los fueros del Reino. En las causas criminales, su jurisdicción habrá de regirse por el fuero dado por Alfonso el Benigno en las Cortes de 1329, teniendo Onteniente jurisdicción sobre él (XXIV-XXXIII).

d) Crea un edificio para la reunión de los Jurados, Justicia y Consejo y una cárcel (VII, XXXIII).

e) Crea un mercado una vez por semana y un «almodí» con título de «cambra» (V, X).

f) Se crea una comisión para arreglar el estado de cuentas y separar económicamente Agullent de Onteniente (XVII-XXIII).

g) Se delimita el término municipal de Agullent (XXXIV).

Para la transcripción sigo el texto del privilegio guardado en el AMA (*).

EMILI CASANOVA
Universidad de Navarra

* Doy las gracias a la Dra. Silvia Romeu por sus orientaciones en este trabajo.

A P E N D I C E

I

Joannis Casanova

El Rey

Bayle general: por parte de Juan Casanoua, síndico del lugar de Agullent, nos ha sido suplicado que pues hauemos deliberado de hazer merced al dicho lugar de darle la jurisdicción que por fuero del rey don Alonso se concede a los que possehen lugares que están dentro del terreno de Villas Reales, y por ello nos siruen con cinco mil libras, moneda dese Reyno de Valencia, se la hagamos a los vezinos del dicho lugar en darles licencia para que se puedan congregar y ajunctar en forma de Uniuersidad y tomarlas a censo y hazer los cargamentos y auctos para ello necesarios e nos lo hauemos tenido por bien, decimos y mandamos que en *nuestro* nombre les deys y concedays licencia para cargar sobre si las dichas cinco mil libras por el precio y menosdaño que se pudiere con que las hayan de depositar y depositen en la tabla de la *nuestra* ciutat de Valencia dichas y scriptas al conde de Chinchón como nuestro thesorero general y assí mesmo se la daréys para que se puedan cargar trezientas y cinquenta libras las quales hayan de seruir y sean para los gastos y costas que sean hechos y han de hazer en este negocio, que para en quanto necesario es les damos y concedemos *nuestras* voses y veses y poder cumplido. Dattum en Çaragoça a XXXI de março de MDLXXXV

Vidit Frigola

Yo el Rey

Vidit Sapena

.....

.....

Al vailyc general de Valencia que de licencia a los del lugar de Agullent para que puedan tomar a censo cinco mil libras con que sirven a *vuestra* merced de hazelles uniuersidad y trezientas y cinquenta para los gastos del *negocio*¹.

II

Joannis Casanova

Nos Philippus etc. In gratia et concessione erectionis loci de Agullent in Uniuersitatem inter alia capitula fuit per nos ordinatum quod inpraedicta Uniuersitate ponatur Bajulus localis opportunus ad ea per agenda que ad

1. Real Cancilleria, *Diversorum*, 358, fol. XXXVIII, v.

Bajulos similium Uniuersitatum pertinent et spectant pro cuius quidem capituli executione cum dictum offitium alicui personae benemerite et idoneae providere vellemus occurristi menti nostrae tui fidelis Joannes Casanoua dictae uniuersitatis vicinus et habitator cuius fides et probitas precerquam quod fide digno testimonio apud nos commendatae existunt per aliquot annos cum omni cura

(fol. 145r)

et diligentia procurasti a nobis obtinere erectionem praedictae uniuersitatis his igitur moto respectibus tenore praesentis de nostra certa scientia Regiae auctoritate deliberate et consulto praedictum officium Baiuli praedictae uniuersitatis de Agullent tibi eidem Joanni Casanoua uostra mera et libera voluntate durante concedimus commitimus et fiducialiter commendamus cum omnibus et singulis Juribus salario lucris et emolumentis prerrogativis et inmunitatibus honoribus et oneribus addictum offitium debite pertinentibus quae et quibus similes Baiuli Uniuersitatum dicti Regni Valentiae habere et percipere utique et gaudere consueuerunt potuerunt et debuerunt usque quaeque ita quod tu dictis Joannes Casanoua et alius nemo (nostra mera et libera voluntate durante) ut praefertur offitium idem Baiuli habeas, seneas, regas, exerceas et administres fideliter legaliter atque bene ea omnia et singula faciendo et libere exercendo quae ad dictum offitium eiusque plenum usum et exercitium pertinere quovismodo dignoscantur verum antequam regimini dicti te in miceas officii jurare teneris impressę illius adquem spectet te bene fideliter et legaliter in eodem habiturum et alia

(fol. 145v)

facturum atque tenearis et instuitus existus serenissimo propterea Philippo Principi Asturiarum et Gerundae Ducique Calabriae et Montis Albis folis primo genito nostro charissimo ac post longevos et felices dies nostros in omnibus Regnis et dominiis nostris deo Propitio immediato heredi et legitimo sucessori intentum aperientes nostrum sub paternae benedictionis obtentu dicimus eumque rogamus egregio vero locumtenenti et capitaneo generali nostro Regenti Cancellariam et doctoribus nostre Regis Audientiae gerentibus vices nostri generalis gubernatoris ad vocato et procuratoribus fiscalibus et patrimonialibus Baiulo generali magistro Rationali Alguasiriis Portariis Virgariis ceterisque demum uniuersis et singulis officialibus et subditis nostris maioribus et minoribus in dicto Valentiae Regno constituti (roto) ipsorumque loca-tenantibus et subrogatis presentibus et futuris et signater Justitiae et Juratis dicte Uniuersitatis de Agullent ad incursum nostrae Regie indignationis et irae peneque florendorum Auri Aragonum mille abonis secus agentis irremisibiliter exigendorum et nostris inferendum clerariis dicimus

(fol. 146r)

praecipimus et iubemus quatenus (z) te dictum Joannem Casanoua pro Bajulo praedicto (dicta nostra mera et libera voluntate durante ut praefertur) habeant, teneant reputent honorificant atque tractent det illi ad quos spectet inpossessionem dicti officis te ponant et inducant positumque et

inductum manuteneant et deffendant contra cunctos de quibus salario iuribus lucris et emolumentis praedictis tibi integre respondeant seu faciant per quos deceat plenarie responderi. *Nostramque honoris gratiam* et concessionem et omnia et singula in ea contenta teneant firmiter et obseruent tenerique et iudicio libiliter obseruari faciant per quoscumque si dictus serenissimus princeps nobis morem serere caeteri predito oficiales et subditi nostri praesentem *gratiam nostram* charam habent praeter irae et indignationis *nostrae* incursum quenam praeappositam cupiunt cuitare in cuius rei testimonium prasentem fuit iustimus nostro regio (roto) sigillo pendentis muniti. Datum in oppido Montisoni die vigesimo mensis junii anno a nativitate domini millesimo quingentesimo octuoagesimo quinto Regnorumque nostrorum videlicet citerioris Siciliae et Hierusalem trigesimo secundo (fol. 146v)

Castallae autem trigesimum ulterioris Siciliae et aliorum trigesimo Portugalliae tamen sexto.

Yo el Rey

(Van las firmas del vicecanciller y tesorero).

Provee V. Merced para durante su real voluntat el oficio de Bayle del lugar de Agullent en el Reyno de Valencia a Juan Casanova².

(fol. 147r)

III

NOS PHILIPPUS³

Dei gratia Rex Castellae, Aragonum, Utriusque Siciliae, Hierusalem, Portugalliae, Hungariae, Dalmatiae, Croatiae, Legionis, Nauarne, Granatae, Toleti, Valentiae, Galletiae, Maioricarum, Hispalis, Sardiniae, Cordubae, Corsicae, Murtiae, Giennis, Algarbii, Algezirae, Gibraltaris, Insularum Canariae, necnon Indiarum Orientalium et Occidentalium, Insularum ac terrae firmae maris, Oceani, Archidux Austriae, Dux Burgundiae, Brabantiae et Mediolani, Athenarum et Neopatriae, Comes Abspurgii, Flandriae, Tirolis, Barcinonae, Rossilionis et Ceritaniae, Marchio Oristani et Goceani. EA QUAE locorum nostrorum incolarumque et habitatorum eorundem, utilitatem et patrimonii nostri regii augmentum concernunt, libenti quidem animo concedere solemus et multo libentiori cum de nobis benemerentur. Quanto enim honoratiores fiunt, tanto regia dignitas magis elucescit. Quo fit, ut cum pro parte nobis dilectorum proborum hominum, et habitatorum loci de Agullent nostri Valentiae regni, fuerit Maiestati *nostrae* humiliter supplicatum, ut dictum

2. Real Cancilleria, Diversorum, 358, fol. 145r-147r.

3. Pese a que en el documento el texto está todo seguido, separaré los capítulos para una mayor claridad. Los títulos del margen los pondré entre paréntesis al comienzo de cada capítulo. El número del folio lo coloco al final del texto de cada folio.

locum a Villa nostra de Ontinyent in eodem Valentiae regno sita separare, ipsamque locum Universitatem separatam ab eadem villa de Ontinyent erigere, et extollere dignaremur, quaedam coram nobis et in nostro S.S.R. Aragonum consilio addictum effectum praesentarunt capitula, ipsorum concessionem et admissionem humiliter postulando. Nos vero volentes erga ipsos grates nos exhibere, animaduertentes servitium quinque mille librarum nobis nuper prestiterunt, eorum supplicationi benigne, modo et forma infrascriptis, duximus annuendum. Tenore igitur presentis nostri privilegii, cunctis temporibus firmiter valituri, deque nostra certa scientia et regis auctoritate, dictum locum de Agullent Universitatem separatam a villa nostra de Ontinyent, modo et forma infrascriptis capitulis contentis et specificatis facimus, separamus, erigimus et creamus. Ita videlicet quod ab hinc. perpetuo praedictum locum de Agullent, universitatem dici e nominari volumus; et hac honoris gratia semper gaudere decernimus, et insuper praedicta capitula pro parte dictorum proborum hominum et incolarum publicitatem universitatis nostrae de Agullent, nobis praesentata (ut praefertur) iuxta decretatione in calce cuiuslibet eorum respective appositas admissi-

(fol. Ir)

mus et concessimus, prout in ipsis apparet et quorum tenor talis est. Sacra, Catholica, Real Magestat, IUAN CASANOVA, Syndich del lloch de Agullent, presenta a V. M. los capítols dejús scrits, a effecte que lo dit lloch de Agullent, de ara en auant sia Universitat distincta y separada de la Vila de Ontinyent, e tinga govern, regiment y administració de per si, e Jurisdictió cuiuyl y criminal en lo modo y forma següents.

(Tres jurats) PRIMO, que los vehins y habitadors del dit lloch de Agullent, sien y representen, de ara en auant, Universitat de per si distincta y separada de la Vila de Ontinyent, e que V. Magestat los cometta lo govern, regiment y administració de aquella per medi de Jurats, fins en número de quatre, elegidors cascad any en la vigília de Pascua de Penthecostes, per lo consell de dita Universitat. **PLAU A SA MAGESTAT AB QUE LOS IURATS SIEN TRES TAN SOLAMENT.**

(Puguen dar franquea) II. Item, que los vehins y habitadors del dit lloch de Agullent e terme de aquell y la dita universitat gozen y se alegren de vuy en auant, de tots los priuilegis, franquesses, llibertats, gràcies, immunitats, exempcions, y de totes y qualsevol coses que gozen y se alegren los vehins y habitadors de la vila de Ontinyent, yls són estats concedits y concedides fins al día de la concessió del present priuilegi, e que los Justicia y Jurats del dit lloch de Agullent, donen e puixen donar carta e cartes de franquesa a tots los vehins y habitadors de dita Universitat. **PLAU A SA MAGESTAT.**

(Elecció de jurats) III. Item, que los dits Jurats sien nomenats, ço és, la primera vegada per lo Batle general del regne de Valencia, o altre Official real, al qual, V. Magestat serà seruit cometre la execució dels presents Capítols, y de allí en auant, sien elets per lo Consell de dita Universitat en la dita vigília de Pasqua de Pentecostés y nomenats e graduats per lo Batle que residirà en la dita Universitat, en poder del qual hajen de jurar

y juren de auer-se bé e llealment en lo regiment de dits officis y de guardar la fidelitat a V. Magestat y les Ordinacions y establiments de dita Uniuer-sitat. **PLAU A SA MAGESTAT.**

(Jurisdicció de jurats) IV. Item, que los dits Jurats, tinguen coneixença e Jurisdicció en les causes de amprius, de sises, peytes, y de altres coses, mesters y officis, en lo modo y forma que los Jurats de altres Uniuer-sitats reals del dit regne tenen y acostumen tenir per furs y priuilegis, usos y bons costums del dit regne. **PLAU A SA MAGESTAT CONCEDIR-LOS LA JURISDICCIO ESPECIFICADA EN LO PRESENT CAPITOL FINS EN QUANTITAT DE TRESCENTS SOUS, QUANT ALS AMPRIUS E A-LES SISES E PEITES TAN SOLAMENT Y QUE SIA DURANT LA BENEPLA-**
(fol. Iv)

CIT DE SA MAGESTAT.

(Cambra) V. Item, que los dits Jurats puguen tenir e tinguen Almodí o cambra de forment y altres grans y vitualles, per al auituallament de la dita Uniuer-sitat y posar fur y preu en aquell y aquells, y en son cas puguen fer repartiment hu o molts dels dits forments e altres grans y vitualles, entre los vehins y habitants del dit poble y exigir y cobrar de aquells per medi de sos ministres, los preus de dites vitualles sumariament, sens solemnitat alguna de execució. **PLAU A SA MAGESTAT CONCEDIR-LOS LO SUPPLICAT, AB TITOL EMPERO DE CAMBRA Y NO DE ALMODÍ Y QUE PUGUEN POSAR LOS PREUS EN LOS FORMENTS E ALTRES GRANS QUE ENTRE SI MATEIXOS VENDRAN Y REPARTIRAN, Y FER TOTES LES ALTRES COSES NECESSARIES PERA CONSERUACIO DE DITA CAMBRA.**

(Concell) VI. Item, que los dits Jurats que annualment seran elets hagen de fer y facen nominació o elecció de Consellers de les persones quels semblara esser idònees y sufficients per al dit càrrech, los quals hagen de ser y sien vehins y domiciliats en lo dit lloch de Agullent, en lo número que als dits jurats pareixerà conuenir per al dit govern, regiment y administració de la dita Uniuer-sitat y en lo temps y forma que millor los pareixerà statuyr y ordenar, los quals hagen de jurar e juren en lo primer consell y congregacio que tindran, en poder del Justicia de dita Uniuer-sitat o de son llochtinent o Assessor que en dit Consell assistirà, de donar bo, recte Consell als dits Justicia e Jurats, segons Déu e ses consciencies, e de guardar les ordinacions de dita Uniuer-sitat e de tenir en secret les coses que per los dits Justicia e Jurats, los serà aduertit que tinguen secretes, saluo (com dit és) la fidelitat de V. Magestat y que tostemps que seran conuocats, aniran al dit consell, posposats los negocis propis, los quals hagen de regir, governar y administrar les coses tocants a la bona administració e govern de dita uniuer-sitat. **PLAU A SA MAGESTAT QUE PER AL CONSELL GENERAL SIEN ELEGIDES PER LOS DITS JURATS VINT Y SINCH PERSONES, Y PER AL PARTICULAR NOU.**

(Sala de consell) VII. Item, que los dits Justicia, Jurats e consell puguen fer obrar o tenir casa en lo dit lloch de Agullent, en les estàncies o appo-

sentos de la qual se puguen ajustar e congregar tantes quantes voltes los pareixerà ajustar e congregarse de per si, per a tractar y proveyr lo que conuindrà sobre los negocis y afers de dita Uniuersitat y de la cosa pública, y també en son cas, y lloch y temps, tenir y celebrar consell una y moltes vegades precehint conuocació dels dits consellers, ab sola assistència en dit Consell del dit Justícia o Lloçtinent o Assessor de aquell, sens conuocació ni interuenció de altre official real. **PLAU A SA MAGESTAT AB QUE EN LO CONSELL ASSIS-**

(fol. Iir)

TEIXCA LO JUSTICIA O SON LLOCHTINENT Y NO LO ASSESSOR A SOLES.

(Fer ordinations) VIII. Item, que los dits Jurats ab consell del dits consellers y ab interuenció del dit Justícia y lloçtinent o Assessor de aquells puguen fer y fassen qualsseuol Ordinacions, cots, statuts y stabliments, respectant lo dit bon gouern e administració del dit Lloch de Agullent e millorar, corregir y reuocar aquells en tot o en part tantes vegades quantes los pareixerà conuenir, segons llur intel·ligència y saber. **PLAU A SA MAGESTAT AB QUE LOS DITS ESTATUTS NO SIEN CONTRA FURS Y PRIUILEGIS Y QUE SIEN SOBRE LO QUE AB LO PRESENT PRIUILEGI SE'LS CONCEDEIX Y NO RES MES.**

(Con se tinga consell) IX. Item, que per lleuar tota ocasió de escàndols no.s puga proposar, tractar, ni votar en dit consell, sinó sobre allò tan solament *que* serà proposat per los dits Jurats o per lo altre de aquells, y que los dits Jurats sien obligats de fer conuocar y tenir consell y de proposar en aquell lo que per qualseuol dels dits consellers los serà notificat e request de paraula, ab que no sia contra la fidelitat de V. *Magestat*. **PLAU A SA MAGESTAT, ENTENENT QUE LA NOTIFICACIÓ FAEDORA PER LO CONSELLER HAJA DE SER ANS DE CONUOCAR LO CONSELL, Y LO QUE SE HA DE PROPOSAR EN LO GENERAL SE DELLIBERE PRIMER EN LO PARTICULAR PER LA MAJOR PART.**

(Mercat) X. Item, que en lo dit lloch de Agullent se puga tenir y.s tinga mercat en cascuna setmana en lo dia que per los dits Jurats y consell sera stabilit y ordenat, de la manera y ab los mateixos fauors, prerrogatiues e llibertats que dits mercats són concedits a altres uniuersitats reals del regne de Valencia. **PLAU A SA MAGESTAT CONCEDIR-LOS QUE PUGUEN TENIR MERCAT COM LO TÉ LO LLOCH DE LA ALCUDIA.**

(Elegir officials y síndich) XI. Item, que los dits Jurats y consell puguen cascun any elegir y elegeixquen en lo dia y tèrmens *que* ordenaran y stabiliran, tots los Officials necessaris per a la dita administració y gouern com son Aduocat, Syndich, Subsíndrich, Collectors, Clauaris, Peyters, Porters, Nuncios y altres qualsseuol Officials y ministres ab los salaris condecents que als dits Jurats y consell pareixerà constituyr-los, ab expressa facultat de poder novament crear altres Officials y reuocar algú o alguns dels que a principio et pro tempore seran estats creats, y de augmentar o diminuyr

los salaris de aquells segons la necessitat del temps ho exigirà a mera y llibera voluntat del dits Jurats y Consell. **PLAU A SA MAGESTAT QUE PUGUEN ELEGIR UN ADUOCAT Y UN SYNDICH Y QUE LO ESCRIUA DEL CONSELL, AIXÍ COM LO DEL JUSTÍCIA SIA A PROUISIÓ DE SA MAGESTAT Y QUE PUGUEN ELEGIR COLLECTORS Y UN NUNCIO DELS**
(fol. Iiv).

URATS Y CONSELL Y NO ALTRES OFFICIALS NI MINISTRES ALGUNS.

(Elecció de justícia i mustassaf) XII. Item, que per lo semblant los dits Jurats y consell hajan de fer y fassen cascun any elecció per lo orde y forma y en los dies que ordenaran de un Justicia, de un Assessor, y un Mustaçaf y de llochtinents de dit Justicia y Mustaçaf, los quals respectivament exercesquen annualment la Jurisdicció que als dits Officis tocará y se esguardarà, conforme a furs y priuilegis, usos y bons costums del dit regne. **PLAU A SA MAGESTAT QUE PUGUEN NOMENAR JUSTÍCIA Y MUSTAÇAF Y QUE LO JUSTÍCIA PUGA PRENDE LO ASSESSOR A SA VOLUNTAT Y NOMENAR LLOCHTINENT SEU.**

(Fer impositions) XIII. Item, que los dits Jurats y Consell puguen imposar e imposen qualseuol sisses, taches e altres imposicions per a pagar los càrrechs, deutes y despeses de la dita universitat, tantes quantes voïtes los pareixerà conuenir, y que per lo semblant per obs de auituallar la dita Uniuersitat de forments y carns y altres vitualles necessaries per a la vida humana y per occórrer y subuenir a altres necessitats y deutes de dita Uniuersitat puguen fer y fermar qualsseuol carregaments de censals, sobre los bens y drets de dita Uniuersitat, ab que no sia a menys del fur comú de quinze milia sous en propietat y mill sous de annua pensió. **PLAU A SA MAGESTAT QUE PUGUEN IMPOSAR TACHES PER DEUTES DE LA COMUNITAT, Y PER A QUE.S PAGUEN ENTRE ELLS MATEIXOS Y QUE NO PUGUEN IMPOSAR SISES SENS LLICENCIA DE SA MAGESTAT NI CARREGAR CENSALS SENS LLICENCIA DEL BATLE GENERAL DE SA MAGESTAT EN LO DIT REGNE Y CONFORME A FUR Y COM LES DONA A LES DEMÉS VILES REALS DEL DIT REGNE.**

(Contes dels Jurats) XIV. Item, que los dits Jurats ab consell dels dits consellers tinguen lo regiment y administració de la dita Uniueersitat annualment e que finint lo any de cascuna Juraderia los Jurats vells sien tinguts dins un mes après que sia finit son offici de donar, e donen compte de tot lo que en dit nom hauran rebut y administrat en nom e per la dita Uniuersitat als Jurats nouament elets los quals los puguen absoldre e difinir, supplicant a V. Magestat se tinga per seruit, content y pagat de tot lo que los dits Jurats y consell, de paraula o de fet, faran o ordenaran acerca lo bon govern y administració de dita Uniuersitat segons sa consciència, sciència y enteniment, saluant la fidelitat de V. Magestat sens inculparlos ni demandar-los en cosa alguna del dit regiment ciuil ni criminalment, ans resten ab tots sos bens absolts y delliures de tota demanda, pena e indignació de V. Magestat per rahó dels dits officis. **PLAU A SA MAGESTAT AB QUE LOS DINÉS ENTREN EN PODER DEL CLAVARI, AL QUAL LOS JURATS**

PRENGUEN LES FERMANCES Y LOS COMPTES Y DEFINISQUEN, Y QUE SA MAGESTAT SEMPRE QUE SIA SERUIT LOS PUGA PENDRE O FER.

(fol. IIIr)

PENDRE LOS COMPTES ALS DITS JURATS Y CLAUARIS.

(Balle) XV. Item, que V. Magestat haja de nomenar y nomene un Batle local en lo dit lloch de Agullent que sia vehí y domiciliat a ell lo qui a V. Magestat pareixerà per a que resedeixca en aquell personalment y regeixca lo dit Offici de Batle, lo qual prenga de Jurament al Justícia, Mustaçaf y llochtinents de aquells y pugua graduar y nomenar y gradue y nomene los dits Jurats, Justícia, Mustaçaf y llochtinents de aquells segons se acostuma fer en les Uniuersitats reals. PLAU A SA MAGESTAT AB QUE SIA AMOUIBLE A SA LLIBERA VOLUNTAT.

(Tèrmens) XVI. Item, que los tèrmens generals de la Vila de Onctinyent y del lloch de Agullent i sien e resten com huy son, comuns per a tots los vehins e habitants de Onctinyent y Agullent y de tots los altres llochs que estan situats dins los dits tèrmens generals de Onctinyent per a pasturar, ampriuar y servirse de aquells segons que fins ara se ha practicat y se practica y obserua, així de pasturar, portar sal de les salines y anar als flums y a la mar per sos camins y veredes si e segons y de la manera que per furs y priuilegis del regne de Valencia està disposat. PLAU A SA MAGESTAT QUES GARDE EN AÇO LO COSTUM QUE FINIS ACÍ SE S GUARDAT Y PRATICAT.

(Separatió) XVII. Item, que los censals, càrrechs, sises, taches, e altres qualseuol impositcions que de ara en auant se carregaran, o en altra qualseuol manera se imposaran per necessitats esdeuenidores de la Vila de Onctinyent o, del lloch de Agullent, se hajen de carregar, imposar y pagar respectivament per les Uniuersitats de Onctinyent y Agullent, çò és, les que se esguardaran a Onctinyent per los Jurats, consell, e Uniuersitat de dita Vila y les que se sguardaran a Agullent, per los Jurats, Consell, e lloch de Agullent, puix de ara en auant han de ser distinctes y separades les dites Uniuersitats y cascuna de aquelles ha de tenir de per si son govern, regiment y administració. PLAU A SA MAGESTAT.

(Peyter y altres) XVIII. Item, que per la mateixa rahó de ara en auant hajen de ser y sien de la dita Uniuersitat de Agullent, totes les peytes, sises, y tots altres qualseuol drets que los vehins de dita Uniuersitat acostumen de pagar y paguen als Peyters, sissers y altres Collectors posats per part de la Vila de Ontinyent per les cases, terres y altres heretats, possessions y bens seents, que aquells posseeixen en lo terme del dit lloch de Agullent, los quals dits drets, peytes y sises hajen de servir y serueixquen pera pagar la part que cabrà al dit lloch de Agullent, en lo compartiment que se ha de fer dels càrrechs, censals y deutes de la Vila de Onctinyent y per a altres necessitats del dit lloch de Agullent. PLAU A SA MAGESTAT.

(Partisió de càrrechs) XIX. Item, que los censals

(fol. IIIv)

y càrrechs⁴, taches e altres imposicions que fins ací se han carregat, fet e imposat, o de ara en auant se carregaran, faran e imposaran per necessitats passades de la Vila de Onctinyent, haja de contribuir lo dit lloch de Agullent, per la part y porció que li tocarà per porrata conforme al compartiment dejús escrit, y que en los que per rahó de les dites necessitats passades se hagen de fer alguns carregaments de censals, o impossar taches que en tal cas, cascuna de dites Uniuersitats los ferme e imposse de per si per porrata conforme al dit e dejús scrit compartiment, y açò se entenga sens prejuhí de la presensió y drets dels vehins de Agullent, los quals pretenen no estar obligats als càrrechs ni deutes de la Vila de Ontinyent. PLAU A SA MAGESTAT.

(Repartiment de càrrechs) XX. Item, que per seruar egualtat en lo compartiment e tachació que se haurà de fer de la part y porció que cabrà al dit lloch de Agullent en los dits censals, càrrechs, e necessitats que de present respon la dita Vila de Onctinyent, per rahó e causa de dites necessitats passades y també en lo que dita Vila per dita causa se trobarà restar en darrer, se haja de fer y faça la dita tachació y compartiment per lo Batle general de Valencia ab interuenció de son Assessor y del Aduocat fiscal, sens que per esta rahó los prenguen salari algú precehint ilegítim examen y compte de la entrada y exida que té la dita vila de Onctinyent. PLAU A SA MAGESTAT.

(Idem) XXI. Item, que lo dit examen, compartiment y compte se haja de fer y fassa per lo dit Batle general ab assistència de son Assessor y Aduocat fiscal, sens algun salari, com dejús és dit, conuocats y oyts los Síndichs de Onctinyent y de Agullent, los quals sien tenguts de nomenar y nomenen dos persones pràtiques y expertes en comptes, çò és, la una per Onctinyent y l'altra per Agullent, les quals examinen y fassen los comptes de la dita entrada y exida de la dita Vila de Onctinyent, en los llochs, dies, y hores que per lo dit Batle general los seran senyalats y assignats, ab expressa cominació que en absència o renitència de qualseuol de dits sindichs y experts se puguen fer y.s fassen, continuen y acaben los dits comptes per lo altre dels dits Syndichs y experts que assistirà en los dits llochs, dia y hores, a aquells assignats. PLAU A SA MAGESTAT.

(Repartiment lo bal.le general) XXII. Item, que lo dit Batle general vists los dits comptes, que per los dits síndichs li seran presentats, fets y examinats en la forma de sús dita haja de fer y fassa lo dit compartiment, guardant egualdat a les dites Uniuersitats, segons que de Justícia li pareixerà deure's fer. PLAU A SA MAGESTAT.

(Idem) XXIII. Item, que en tot cas que los dits experts estiguen diferents, discordes en qualseuol manera en los dits comptes, que en tal cas

4. Al final del fol. IIIv hay varias firmas ilegibles, de letra de posterior época.

lo dit Batle general ab la dita assistència y vot y sens salari com dit es, descideixca y declare les dites discòrdia o differència conforme a Justicia sumariament y de nua paraula, sens estrèpit, in figura de Juní, y ab la brèuetat que lo negoci requereix. **PLAU A SA MAGESTAT**⁵.

(Jurisdicció 1.^a Instancia) XXIV. Item, que los dits Justicia, e llochtinent de aquell tinguen y exerceisquen jurisdicció en lo dit lloch de Agullent, y altres qualseuol persones que en aquell vindran, tractaran y comunicaran, o en altra qualsevol manera declinaran, axí en primera Instància, com en tot grau de appellatió, nomenant en dites appellacions Assessor no suspecte a les parts, conforme a furs y priuilegis del dit regne. **PLAU A SA MAGESTAT CONCEDIR-LOS LA JURISDICCIO CIUIL EN PRIMERA**

(fol. IVr)

INSTANCIA Y EN LA SEGONA SE GARDE LO QUE PER FUR DEL DIT REGNE ESTA DISPOST.

(Que se faran les execucions) ⁶ XXV. Item, que totes les execucions que respectiuament se faran e instaran per la cort del Justicia de la Vila de Ontinyent, contra los vehins e habitants dels llimits de la Jurisdicció del Justicia de Agullent, o per la cort del /dit/ Justicia de Agullent contra los vehins e habitants dels llimits de la Jurisdicció de la Vila de Ontinyent, en virtut de contractes executoris ab sumissió e renunciació de propi fur se hagen de fer y fassen ad inuicem ab lletres subsidiàries y no directament puix cascun dels dits Justícies han de tenir ilimits certs per a l'exercici de la Jurisdicció. **PLAU A SA MAGESTAT GUARDANT SEMPRES AL JUSTICIA DE ONTINYENT LA HONOR DE AUER DE ESSER NOMENAT PRIMER.**

(Borroso) XXVI. Item, que de les declaracions y sentencies o altres prouisions que lo dit Justicia de Agullent o son llochtinent en qualseuol manera faran en dites causes ciuils no s puga recórrer, appllar, querellar ni implorar lo offici del Justicia de la Vila de Ontinyent, ans la dita Jurisdicció ciuil del dit Justicia de Agullent, sia y reste en tot y per tot desmembrada de la Jurisdicció del dit Justicia de Ontinyent, salvant empero als qui pretendran tenir greuge que puguen appel·lar, recórrer, querellar e implorar Of·fici de Jutge en les causes tan solament de cinquanta lliures en amunt al Governador, e altres Officials reals de la dita ciutat de Valencia, als qual toca y se esguarda de Justicia. **PLAU A SA MAGESTAT QUE SOBRE LO CONTENGUT EN LO DIT CAPITOL SE GARDE LO DECRETAT EN LO CAPITOL VINT Y QUATRE.**

(Jurisdicció) XXVII. Item, que lo dit Justicia de Agullent, e llochtinent de aquell tinguen Jurisdicció criminal, ús y exercici de aquella entre los vehins e habitants del dit poble de Agullent e terme de aquell, y altres qualseuol persones etiam estranyes, que en dit poble e llimits de aquell,

5. Cuando en época posterior se añadió la numeración romana se dejaron por numerar este capítulo. Yo corrijo este error y todos los restantes capítulos los enumero a partir de éste.

6. En el margen de arriba hay un añadido corrigiendo este título. Se lee «Com se faien les execucions de Ontinyent».

en qualseuol manera deliriquiran fins a mutilació de membre excludiue, conforme a fur de Serenissim Rey N'amfos primer, attorgat a les corts celebrades en la ciutat de Valencia en lo any Mil Trescents vint y nou, que comença «ottorgam que Prelats etc.», e a tots los altres furs e priuilegis usos e bons costums de la ciutat e regne de Valencia que en qualseuol manera corroboren o augmenten dita Jurisdicció, ús y exercici de aquella, restant la suprema Jurisdicció en los casos de mort natural y de mutilació de membres e altres per dit fur statuhis e alius al dit Justicia de la dita Vila de Onctinyent. **PLAU A SA MAGESTAT CONCEDIR LO SUPLICAT RESERUANTS LOS DRETS DE EUOCACIÓ, Y CASOS AL GOVERNADOR PERTANYENTS.**

(Item) XXVIII. Item, perquè lo dit justícia de Agullent e son llochtinent sien respectats en sos officis y puguen tenir pacífic lo dit poble y també per redimir les vexacions que lo Justicia de Ontinyent podria fer als de Agullent si aquell tingues ús y exercici de Jurisdicció criminal en lo dit poble de Agullent y límits de aquell en mes dels dits dos casos de mort natural y mutilació de membre, se supplica a V. Magestat mane també cometre al dit Justicia de Agullent y llochtinent de aquell la coneixença y execució de tots los casos criminals que.s

(fol. IVv)

cometran en lo dit poble y límits de Agullent, los quals compregan pena de fractió de presó o de galeres, o de desterro temporal, o perpetuo, o de açots greus y que per lo semblant per rahó de dits casos, o qualseuol de aquells si conuindrà, puixa declarar y posar a qüestió de torment a qualseuol delinqüents o inculpats en dits casos, remogut tot remey de recors, appellació, e altre qualseuol benefici de imploració de jutge per al dit Justicia de Onctinyent. **PLAU a SA MAGESTAT CONCEDIR-LOS SOLAMENT LO QUE ESTA DISPOST PER LO FUR DEL REY N'AMPHOS, PERQUE DEL DEMÉS RESULTARIA INCONVENIENT Y OCCASIÓ A QUE LOS DELICTES RESTASSEN SENS CASTICH.**

(Penes partidores) XXIX. Item, que totes les penes, e calònies pecuniàries en què los delinqüents seran condemnats sien respectiuament applicades al Fisch de V. Magestat o perdonades, o composades, o remesses per lo dit Justicia de Agullent sens conuocació ni interuenció de altres ministres del Justicia de la Vila de Onctinyent y lo mateix se garde en respecte de les dites penes de fractió de presó, açots greus, galeres y desterrors axí temporals com perpetuos. **PLAU A SA MAGESTAT CONCEDIR-LOS SOLAMENT LO QUE ESTA DISPOST PER LO FUR DEL REY N'AMFOS Y DEL REY DON MARTÍ.**

(Borroso) XXX. Item, que en tot cas de condemnaçió o execució faedora per lo Justicia de Onctinyent de penes pecuniàries que sien degudes principalment, o subsidiariament per rahó de delictes commessos en los límits de la Jurisdicció del Justicia de Agullent, que compreguen pena de mort natural, o de mutilació de membre, les tals penes pecuniàries hagen

de ser y sien partides entre los dits Justícies de Onctinyent y de Agullent, iuxta la forma del dit fur, del dit Rey N'amfos, y lo mateix se entrega en respecte de les quantitats procedidores de perdons, remissions, e composicions que.s faran per lo dit Justícia de Onctinyent⁷ o per lo altre Jutge, o Official de V. Magestat per causa de dits delictes que compreguen pena de mort natural o de mutilació de membre, y seguits com dit és dins los dits límits de Agullent. **PLAU A SA MAGESTAT QUE SE'LS GUARDE LO FUR Y QUE ELLS TAMBÉ.L GUARDEN.**

XXXI. Item, *que* lo llochtinent de Justícia del dit poble de Agullent haja de estar y estiga subordinat al dit son principal y seguir la orde que aquell li donarà en lo exercici y administració del dit offici. **PLAU A SA MAGESTAT.**

(Presó ...) XXXII. Item, *que* lo dit Justícia de Agullent per a tenir preses y custodides les persones, que hauran de ser encarcerades axí per deutes ciuils, com per casos criminals et *alius* puga tenir y tinga presons certes y deputades en lo dit poble de Agullent, les quals sien fetes y obrades a despeses de la Uniuersitat del dit Poble, y posar y nomenar Carceller de aquelles y mudar-lo tantes quantes voltes li pareixerà a sa mera y llibera voluntat y conèixer de les culpes de tal carceler y punirlo y castigarlo per rahó de aquelles fins a pena de mort natural y mutilació de membre exclussiue. **PLAU A SA MAGESTAT AB QUE AL RESPECTE DEL CASTICH DEL CARCELLER NO TINGUEN MÉS JURISDICCIO DE LA QUE'LS COMPE- TEIX PER LO FUR DEL REY N'AMFOS.**

(Misager y castell) XXXIII. Item,

(fol. Vr)

que lo dit Justícia de Agullent puga nomenar y crear misatgers y altres ministres necessaris pera la bona administració y execució de la Justícia y fer tenir y eregir castell en lo dit lloch de Agullent pera punnir y castigar en aquell als qui delinquiran. **PLAU A SA MAGESTAT.**

(Termens) XXXIV. Item, *que* lo ús y exercici de dita Jurisdicció axí ciuil com criminal que los dits Justícia y llochtinents de aquell y altres oficials exercints Jurisdicció han de tenir en lo dit lloch de Agullent conforme als presents capítols, sia y se entenga, çò és, començant de la part més alta del Tossal gros que està en terme de Onctinyent a la part de lleuant deués y fins a la Creuheta del barranch de Agres hont se parteixen y diuideixen los camins de Cosentayna y Agullent y de aquí a la Bassa de Antoni Bella en la partida del Braçal de Rocca y de ahí al Olm del molí de la coueta, lo qual està prop del Riu nomenat de Onctinyent y des del dit Olm, trauesant lo riu, dret al Corral de la Heretat de la Bessona per als Algepsars de Ayelo, tirant dita senda amunt fins al terme de Ayelo y de ahí per los límits del dit terme de Ayelo fins al pont de Ayelo, y de aquí per la ribera del dit riu fins al terme de Albayda y seguint los límits del dit terme de Albayda fins al terme de Agres y seguint dits límits del terme de Agres al

7. En el texto del ARV pone *Agullent*. Lo válido debe ser lo del privilegio del AMA por el contexto.

terme de Bocayrent y de ahí seguint per lo terme de Bocayrent fins a arribar al dit Toçal gros a la part de lleuant. PLAU A SA MAGESTAT CON-CEDIR-LOS LO EXERCICI DE LA JURISDICCIO EN LOS PRECEDENTS CAPITOLS CONCEDIDA DINS LO LLOCH Y EN LO TERME Y PART DE TERMENS QUE APRES SERAN SENYALATS PER SA MAGESTAT O PER SON LLOCHTINENT GENERAL Y REAL AUDIENCIA DE VALENCIA, ALS QUAL SA MAGESTAT DESDE ARA HO COMET,

Supplicant quant humilment poden a V. Magestat mane prouehir, auctorizar, y decretar dits capitols, si e segons que en cascú de aquells se conté y de aquells esser-los expedit priuilegi in sua debita et publica forma et licet etc. Altissimus etc. e per quant nostra real intenció y voluntat es rellevar als pobles a qui fem mercè que per ningunes persones los puga esser feta extorsió ni ab títol de que per son medi han obtengut llur optat los sia pres més quantitat de la que per la tal gràcia y concessió serueixen a nostra regia Cort, com de nostra real mà yxquen semblants gràcies y mercès per beneficiar y augmentar nostres vassalls y pobles sens altra consideració respecte ni medi algú y com se entenga que en lo passat hi ha agut en açò molt gran abús, per lleuar y ressecar aquells prouehim y manam ab la present nostra declaratió y prouisió per a totstemp duradora que si per qualseuol via forma o manera ara, o en lo esdeuenidor se prouarà que directa o indirectament, pública, o secreta per qualseuol títol, causa o rahó, lo dit lloch de Agullent e o son síndichs e altres persones per ells hauran promés, o donat sots color de obtenir la present gràcia, concessió y mercè, més quantitat de la que per nós es estada donada llicencia que carregassen perals gastos y despesses della, que en tal cas perda lo dit lloch la present gracia, merce y preuilegi y reste priuat d'ell y de la mateixa manera que estaua abans de auer obtesa de nós la dita gràcia concessió y priuilegi, y que les sinch milia lliures ab les quals nos han seruit resten

(fol. Vv)

confiscades a nostres cofres reals, sens que tinga lo dit lloch actió ninguna per auer perduda la dita gràcia de poder-los cobrar de nostra regia cort, Reseruant-la-y emperò y volent que les persones que seran estats medie e instrument per a auer donat per la susdita ocasió més del que stà dit, hagen y sien tenguts y obligats a pagar de sos béns propis les dites sinch milia lliures al dit lloch de Agullent y ni és los gastos y despeses que per la damunt dita rahó lo dit lloch haurà sostengut y patit, entés emperò y declarat que de les sobredites culpes haja de constar ab llegal proua faedora sobre acusació o demanda que sobre açò fos possada, la qual se haja de possar y tractar en aquest S. S. R. Consell dauant nós y no en altra part y après declarat en ell, ab llegal defenses que conste ser la veritat, la culpa de la qual en aquest capítol se entén escusar e corregir en son cas y lloch, y que fins que axí sia declarat, no.s fassa ni puga fer impediment en la execució del dit priuilegi.

QUAE QUIDEM Capitula, decretationes, gratias priuilegia, et omnia et singula in eis et quolibet eorum contesta et specificata iuxta tamen decretationes, modificationes et responsiones praedictas concedimus consentimus, assentimus et liberaliter elargimur, nostraeque huius modi concessionis, consensus, assensus et elargitionis munimine seu praesidio roboramus et validam auctoritatem que nostram in eisdem et quolibet eorum interponimus pariter et decretum, Volentes eisdem probis hominibus et incolis iam dicti loci et Uniuersitatis nostrae de Agullent ab omnibus ad quos spectet obseruari. Serenissimo propterea Philippo Principi Asturiarum et Gerundae Ducique Calabriae et Montisalbi filio primogenito nostro charissimo ac post longaevos et felices dies nostros in omnibus regnis et Dominiis nostris (Deo propitio) immediato haredi et legitimo successori, intentum apperientes nostrum sub paternae benedictionis obtenta dicimus eumque rogamus, Illustribus vero egregiis, Spectabilibus Nobilibus, magnificis et dilectis consiliariis et fidelibus nostris, quibuscunque locumtenentibus et Capitaneis Regnorum et Dominiorum nostrorum, Ducibus, Marchionibus, Comitibus, Vicecomitibus Militibus et generosis personis, gerentibus vices nostri generalis Gubernatoris et eius locumtenentibus Cantilleriam, Vicecancellario, Regentibus Cantilleriam, et Doctoribus regiae Audientiae Justitiis, Juratis, Vicariis, Bajulis, Subvicariis, Subbajulis, Alguaziriis, Virgariis, Portariis, caeterisque demum Uniuersis et singulis Officialibus nostris maioribus et minoribus Ubruis dictionis nostrae et signantes in dicto Valentiae regno constitutis et constituendis, eorumque locatenentibus praesentibus et futuris dicimus et districte praecipiendo mandamus, ad irae et indignationis nostrae incursum poenae que florenorum auri Aragonum mille nostris inferendorum drariis quod praedicti loci et Uniuersitatis de Agullent, saeparationem et erectionem ac praeinserta capitula, omniaque et singula in eis et quolibet eorum contenta, iuxta tamen seriem et continentiam decretationum et responsionum praeinsertatum dictis probis hominibus et habitatoribus loci et Uniuersitatis praefatae de Agullent, teneant firmiter et obseruent, tenerique et initio labiliter obseruari faciant inconcusse perquos deceat, itaque omni dubio contradictione, et sinistra informatione cessantibus praedicti probi homines et locus ac Uniuersitas de Agullent gaudeant et gaudere possint firmiter concessionibus et gratiis supradictis, prout superius per decretationes et responsiones praedictas apparet, et non

(fol. VIr)

contra faciant, vel veniant aut aliquem contra facere vel venire permittant ratione aliqua siue causa si dictus Serenissimus Princeps nobis morem gerere, caeteri vero Officiales et subditi nostri praedicti praeter irae et indignationis nostrae incursum, poenam praeappositam cupiunt euitare, Incuius rei Testimonium presentem fieri iussimus nostro regio, communi sigillo pendenti munitus. DATTUS in villa Montissoni, die vigesimo mensis Iulii Anno a Natiuitate Domini Millesimo Quingentesimo, Octogesimo Quinto, Regnorumque nostrorum videlicet ceterioris Siciliae et Hierusalem trigesimo

secundo, Castellae autem Aragonum, ulterioris Siciliae et aliorum trigesimo, Portugalliae tamen Sexto.

Yo el Rey

Vidit Frigola Vicecancelarius

Vidit Sapena Regens

Vidit Comes generalis thesaurus

» Lerca »

» Campi

» Quintana »

» Marzilla ...

Dominus Rex mandauit mihi Petro Franquesa

visa per Frigola Vicecancellarius Comitem generalem Thesaurum

Sapena

Campi, Lerca, Marzilla et Quintana locumtenentibus cancellarius et in
per conservatore generali

In Diuersorum Valentiae XIII fol. CCXI

V. M. concede priuilegio de Uniuersidad al lugar de Agullent, dismembrando de la Villa de Ontinyent del reyno de Valencia, conforme a los capitulos y decretaciones aquí insertas. Ha servido a V. Magestad con cinco mil libras, las quales se han depositado en la Tabla de Valencia a nombre del Tesorero General del Reyno.

(fol. VIv)

Presentauit Joannes Casanoua syndicus et procurator die octauo mensis Augusti anni MDLXXXV Valentiae

Dehonarius

Fiant et exequantur regia mandata iuxta illorum seriem et tenorem pleniores et pro his fiant et expediantur priuilegia prouisiones et comisiones oportune

... per magnificum Hieronymum Pasqual locumtenentius Cancellariam die VIII Augusti MDLXXXV Valentia

Dehonarius

Est etiam registratum preinsertum priuilegium in Diuersorum Locumtenenti generali Valentia XXXX ffls. CXXXIII

Ab acte rebut per Genius Moltó, notari de Ontinyent, en XII dies del mes de septembre del any MDLXXXVIII la vila de Ontinyent y Uniuersitat de Agullent feren acte de concòrdia per memòria.

(fol. VIIr)

III

UN PLAN DE REFORMA DE LA NUEVA RECOPIACION

Entre los proyectos elaborados por particulares para actualizar y recomponer la Nueva Recopilación cabe recordar el presentado por el abogado de los Consejos, Bartolomé Rodríguez Fonseca, que ya había publicado alguna obra sobre Derecho, aunque de diferente tenor¹. Se trata de un breve plan, expuesto en términos muy generales, que precisaría de una «adición» para exponer a título de ejemplo —con las correspondientes citas legales—, las modificaciones concretas a introducir².

Fueron presentados el plan y la correspondiente adición al Conde

1. Bartolomé Agustín RODRÍGUEZ DE FONSECA, *Digesto Teórico-Práctico de todas las leyes y párrafos del Digesto, expresión de sus concordantes y discordantes con las del Código, Derecha Real de España e Indias, y Capítulos Canónicos, por el Orden de Antigüedad y la exposición de todas ellas, hasta las nuevamente recopiladas en el año de 1773, con sus derogaciones, correcciones y ampliaciones* (Madrid 1775-91).

Se trata de una obra extensa (17 vol. tamaño folio) y ambiciosa, en la que se intenta dar una visión conjunta del Derecho Real de España, junto al Derecho romano y canónico, a través del método de la concordancia de textos, sin citas de autores. El punto de partida, al que se acomoda la sistemática de la obra, es el del Digesto, de suerte tal que se van exponiendo los textos del Digesto, con su correspondiente traducción al castellano, junto a las «concordancias y discordancias» de los textos del Derecho Real y Canónico. Todo ello acompañado de breves comentarios sobre el sentido y alcance de las normas recogidas.

Sobre los propósitos del autor véase el Prólogo, Vol. I-V-XII.

La obra será citada más de una vez en la documentación manejada en este trabajo.

2. Sobre algunos proyectos de finales del Antiguo Régimen puede verse Bartolomé CLAVERO, *La idea de Código en la Ilustración jurídica*, en *Historia, Instituciones, Documentos*, 6, y nuestro trabajo sobre *El proyectado Suplemento a la Nueva Recopilación*, en el tomo anterior de este ANUARIO (Homenaje al profesor don Alfonso García Gallo). Para la reforma penal, J. R. CASABÓ RUIZ, *Los orígenes de la Codificación Penal en España: el plan de Código criminal de 1787*, en *Anuario de Derecho Penal*, 22 (1969), 313-42. Una visión de conjunto sobre el tema en F. TOMÁS VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español* (Madrid 1979), 395-97.

de Floridablanca, a la manera como se venía haciendo con tantos y tantos proyectos de muy varia temática, para todos los cuales tenía el infatigable primer Secretario de Estado alguna salida³. En este caso Floridablanca —utilizando tal vez el camino más cómodo— envió el plan a informe del Consejo de Castilla, para tomar las oportunas medidas, a través de un oficio dirigido al gobernador interino, Conde de Campomanes, con fecha 2 de junio de 1786⁴.

Lo que hizo el Consejo fue remitir la documentación presentada a examen de la Junta de Recopilación, que a la sazón venía funcionando activamente en la elaboración de un Suplemento a la Nueva Recopilación, junto a una actualización de la normativa penal. Como es sabido, varios ministros del Consejo de Castilla, descargados de sus obligaciones ordinarias, se venían periódicamente reuniendo como miembros de la Junta, para examinar los trabajos presentados por el penalista Lardizábal, que tenía asiento también en la Junta⁵. Se comprende muy bien que tal organismo —dedicado de lleno a la puesta al día de la normativa— fuera el encargado de emitir semejante informe; informe que se hizo extensivo a otro plan presentado por un tal José Palacios de Santa María para hacer una colección de pragmáticas y cédulas, dictadas durante el reinado de Carlos III⁶. Ninguno de los dos planes obtuvo acogida favorable por parte de la Junta, en base a las razones expuestas oportunamente y de las que luego hablaremos en lo que aquí interesa.

3. Proyectos que iban desde la presentación de obras de Física o Matemáticas, hasta la elaboración de planes para mejorar la recaudación de tributos, por recordar ejemplos elegidos al azar. Al margen de los escritos Floridablanca solía poner, con su letra nerviosa y afiligranada, lo que había de hacerse con el proyecto: atenderle, facilitar algún tipo de ayuda, hacerle desistir del empeño, emitir informes, etc. De algunos de estos proyectos daremos referencias en nuestro trabajo, próximo a publicar, *Estudios sobre la Administración central española (siglos XVI-XVII)*.

4. Publicamos el plan y la adición en nuestro apéndice. La documentación manejada en este trabajo se encuentra recogida formando expediente, en AHN, *Consejos*, leg. 965, núm. 4, bajo el título: «Expediente formado en virtud de Real Orden de S. M., con que se remitió al Consejo, para que se haga el uso que tenga por conveniente, un plan presentado por el abogado de los Reales Consejos don Bartolomé Rodríguez de Fonseca, para una nueva ordenación de las Leyes de la Recopilación, y la adición en que algunos ejemplos indica el modo con que deberá ejecutarse dicha ordenación». Citaremos la documentación bajo el título de *Expediente*.

El oficio de Floridablanca dirigido a Campomanes, en *Expediente*, folio 5 r-v.

° 5. De la Junta de Recopilación nos hemos ocupado en nuestro trabajo *El proyectado Suplemento a la Nueva Recopilación*.

6. El informe de la Junta en *Expediente*, fol. 6-9.

Examinado el informe, fue remitido por el propio Lardizábal al Secretario del Consejo, el bien conocido Pedro Escolano de Arrieta, por oficio de 14 de septiembre del 86⁷. En el Consejo, al modo como se hacía en otras ocasiones, se pasó el expediente a informe de los fiscales, que no entraron en el fondo del asunto, y se limitaron a recordar los argumentos expuestos por la Junta de Recopilación y a señalar la conveniencia de dar traslado del expediente a Rodríguez de Fonseca a fin de poder contestar a los reparos expuestos por la Junta de Recopilación⁸. Y en conformidad con el informe de los fiscales, el Consejo determinaría muy brevemente: «Don Bartolomé Rodríguez de Fonseca use de su derecho como le convenga»⁹.

No se arredró Rodríguez Fonseca por la falta de acogida a su plan. A poco de tomar el Consejo de Castilla su resolución, volvería con una nueva solicitud al Conde de Floridablanca para llevar adelante su plan, como si no hubiera sucedido nada mientras tanto con el escrito. Pide se le nombre persona versada en la materia, en calidad de censor de la obra, a la manera como se hizo con su «Digesto Histórico Práctico». Y hasta llegar a proponer, a título de ejemplo, dos nombres para censores: Pablo Hondarza o Francisco Rábago¹⁰.

Con la nueva solicitud, Floridablanca volvió a hacer lo mismo que hiciera en su día con el plan y adición de Fonseca, esto es, enviar oficio a Campomanes «a fin de que el Consejo haga el uso que estime conveniente del plan» (20 de enero de 1787).

Esta vez el Consejo adoptó una solución más drástica. El 27 de enero de 1787 tomó el siguiente acuerdo:

«No ha lugar a la solicitud de don Bartolomé Rodríguez de Fonseca, quien presente al Consejo lo que tuviese trabajado o trabajase de la obra que propone y se tomará providencia»¹¹.

Termina así el curso del expediente abierto en el Consejo de Castilla a raíz del escrito presentado por el inquieto abogado madrileño. La tramitación se había desarrollado a lo largo de dos años. Ante la negativa del Consejo no se volvería a hablar más del proyecto.

Veamos ahora brevemente en qué consistía el proyecto y cuáles fueron los argumentos en contra esgrimidos por la Junta de Recopilación.

Habría que distinguir dos partes en la proyectada recopilación de Rodríguez de Fonseca: una primera, con las disposiciones vigentes; luego, «en tomo separado», irían aquellas disposiciones que ya no lo estuvieran, por no ser usadas, haber sido derogadas o no poder utili-

7. *Expediente*, fol. 10 v.

8. Informe de los fiscales en *Expediente*, fol. 11 y 12.

9. *Expediente*, fol. 12. La resolución lleva fecha de 8 de noviembre de 1786.

10. *Expediente*, fol. 13 r y v.

11. El oficio de Floridablanca y la resolución del Consejo van al final del *Expediente*, sin numerar.

zarse, al transcurrir el tiempo para el que fueron dictadas o no corresponder a los fines inicialmente propuestos. Y si no era original tal división —a juzgar por lo practicado en la Monarquía— tampoco puede decirse que se acomodase a los proyectos oficiales de remodelación normativa¹².

Se ocupa luego Fonseca del dificultoso tema del lugar asignado a los autos acordados. Aunque los planteamientos generales no queden muy claros, su idea parece consistir en el desplazamiento de los autos acordados de su sede original —tomo III de Autos Acordados— para quedar insertos en la sistemática inicial de la Recopilación. Si el Auto Acordado deroga totalmente una ley, pasará la ley al tomo de disposiciones derogadas mientras el Auto ocupará el vacante lugar dejado por la ley; y si es parcial la derogación se hará una nueva ley —a base de los materiales antiguos—, que, como tal, quedará incluida entre las otras leyes recopiladas. Queda claro en ambos casos el apuntado desplazamiento de los Autos Acordados que, ya sea originalmente o en refundición, pasan a ocupar el lugar de las leyes.

Pero lo curioso es que lo mismo sucede «en todos los casos que se determinen por Auto Acordado y no estén decididos por ley»: también aquí los Autos Acordados se incorporarán a la nueva Recopilación como leyes en sus correspondientes lugares. Y para que no haya duda al respecto añadirá Rodríguez de Fonseca «que dándoles el príncipe fuerza de leyes, no hay necesidad de otros Autos Acordados, que los que se establezcan en lo sucesivo por el Consejo».

Todo parece indicar, a pesar de la confusa redacción del plan, que no había lugar aparte para los Autos Acordados. Por uno u otro camino —el de la derogación total o parcial, o el de las disposiciones con propia sustantividad— los Autos Acordados se convertirían en leyes. De ahí la intervención del príncipe al dar fuerza de ley a las disposiciones, que es tanto como negar la propia existencia de los Autos Acordados como fórmula o mecanismo de recopilación. Precisamente la elaboración de un tomo suplementario, coordinado por el Consejo por la vía del auto acordado, tenía por finalidad ofrecer una alternativa a la más radical medida de convertir las disposiciones en leyes, a través de la intervención del monarca, que es lo que se hizo en 1567 —por pragmática— y más tarde se haría con la Novísima, en este caso a través de una Real Cédula. Por aquí podía haber empezado Rodríguez de Fonseca, sin tantos rodeos ni aproximaciones. Pero hubiese tal vez parecido un procedimiento demasiado radical. En cualquier caso, la mención final a los futuros Autos Acordados parece

12. El criterio de formar tomo separado con las disposiciones que no estuvieran en uso venía practicándose, como es sabido, en otros territorios de la Monarquía española. En Castilla los proyectos de actualización normativa iban por otro camino.

apuntar a la labor ordinaria del Consejo al dictar Autos Acordados, que no hay que confundir con la de coordinar disposiciones¹³.

La ampliación de la Nueva Recopilación propuesta por el abogado madrileño se hará por otra vía curiosa; para mayor claridad, rapidez y acierto «se aumentarán en la Recopilación las leyes que se omitieron al tiempo que se formó, por las cuales se deciden regularmente los mencionados casos». Pues bien, las leyes a que se refiere Rodríguez de Fonseca, tal como se indica en la adición al plan, son la de los grandes cuerpos legales castellanos, Partidas y Fuero Real. Lo cual no sólo ampliaría el marco de la Nueva Recopilación, sino que introduciría criterios bien distintos a los empleados en los trabajos oficiales de recopilación, apoyados en la doble base de un Suplemento actualizado de Autos Acordados y de un respeto a los textos antiguos más venerables, las Partidas en concreto¹⁴.

Finalmente Fonseca mantendrá posturas de reforma más conocidas: que las leyes se aligeren; que se cuide la sistemática; y que se pongan notas alusivas al devenir de las disposiciones para su mejor comprensión.

En la adición Fonseca ofrecerá ejemplos concretos de disposiciones que prueban cuanto expone en el plan. En todo caso no hay un ajuste claro —ni siquiera en la correspondencia entre los apartados o «puntos»— entre el plan y la adición; en algún punto concreto ya había ofrecido ejemplos normativos el propio plan. Y a los ejemplos, acompaña el modelo de una posible ley de aquéllas que había que elaborar cuando los autos y las leyes entrasen en colisión.

Fue en lo relativo a la adición donde la Junta de Recopilación cargó las tintas para rechazar de plano el proyecto de Fonseca. La Nueva Recopilación es susceptible de reforma, naturalmente, «hay muchas leyes —dirá el informe de la Junta— enteramente anticuadas y sin uso alguno. También hay algunas derogadas por otras posteriores y otras corregidas y modificadas. Igualmente se encuentran varias ordenanzas gremiales y de otros cuerpos y muchos aranceles de Derecho»¹⁵.

Con todo, hacer un tomo separado con las disposiciones derogadas

13. No vamos a entrar ahora en el tema de los autos acordados, sobre el que se mantuvieron confusas posiciones. Algún día pensamos desarrollar la distinción que aquí dejamos apuntada entre la labor ordinaria del Consejo, a base de autos acordados, y el método de coordinar disposiciones.

14. En los proyectos oficiales se pensaba seguir por la doble vía de una Recopilación, con sus correspondientes aumentos, y una buena edición de las Partidas; sobre cuya «edición crítica» se pronunciaron más de una vez diversas personalidades.

No parece haberse pensado en una especie de refundición de unos y otros textos, como lo propone Fonseca.

15. *Expediente*, fol. 6-7.

no parece a la Junta adecuado «por los embarazos y confusión que causa la mezcla de las leyes que ya no rigen con las que están en actual observancia».

Pero lo más grave no está tanto en el plan, como en los ejemplos propuestos por Fonseca, que no se ajustan a la realidad. Como dirá expresamente la Junta: «tiene la Junta bastantes motivos para dudar del buen éxito de su ejecución, y temer que ésta no corresponda a las reglas que contiene dicho plan, pues en los pocos ejemplos que propone ha advertido bastantes defectos muy sustanciales». Y la Junta pasa a detallar ejemplos mal puestos: No está anticuado el título del obraje de los paños. Tampoco se da una total derogación de las disposiciones sobre alcaldes de corte en lo relativo a su intervención en causas civiles, no sólo por rebasar el ámbito civil, sino porque la disposición que se presenta como derogatoria ha sido a su vez parcialmente derogada (Nueva Recopilación, II, VI, leyes 16, 17 y 18). En cuanto al tercer punto, tocante a la elaboración de nuevas disposiciones al existir leyes derogadas por Autos Acordados u otras leyes, el ejemplo propuesto de apelaciones de sentencias de las justicias ordinarias a los ayuntamientos en causas civiles no puede ser más desacertado (Nueva Recopilación, IV, XVIII, leyes 7, 18 y 19). La ley que se propone como derogadora es precisamente una ley que ha sido derogada posteriormente (Real Cédula de 5 de noviembre de 1778)¹⁶.

A la vista de las razones expuestas se comprende la declaración final de la Junta de Recopilación: «De lo dicho parece puede inferirse con sobrado fundamento que el autor del plan no está en estado de ejecutarla con la perfección debida. Por tanto es de dictamen la Junta, que no debe aventurarse una operación, de la que puede resultar el trastorno de las leyes que se pretenden reformar; y se persuade a que siempre será muy difícil que un hombre sólo, por instruido y versado que esté en las leyes, pueda desempeñar debidamente una obra de esta clase»¹⁷.

Un hombre sólo no iba a hacerlo mejor que toda una Junta. Y el parecer de la Junta, como hemos visto, sería decisivo a la hora de rechazar el plan propuesto.

JOSÉ LUIS BERMEJO CABRERO

16. *Expediente*, fol. 7-8.

17. *Expediente*, fol. 8 v-9.

CORTE

1786

Plan que se propone para la ordenación de las leyes de la recopilación.

La recopilación de las leyes del reino se debe hacer poniendo en ella los títulos legales, esto es, los que previamente son concernientes al gobierno judicial y político del reino, y a la observancia de nuestra santa fe católica; excluyendo de ella, y poniendo en tomo separado, todos los títulos y leyes que no están en práctica: de los títulos se excluirán el del obrage de los paños y los que tratan de la declaración de él; de los cereros y candeleros de sebo; el de los pellejeros del reino y otros semejantes; y aquellos que corresponden al Gobierno de ciertos gremios, cuerpos o comunidades que se rigen por propias ordenanzas particulares: y de las leyes se deben excluir todas las anteriores que tratan de una misma cosa y están enteramente corregidas o derogadas por otras posteriores; y las que se establecieron por tiempo determinado o para ciertos fines y se cumplió el tiempo o cesó el fin para que se promulgaron.

Cuando la ley se corrige o deroga en parte por el auto acordado, de éste y de la ley se ha de hacer una ley omitiendo lo que está corregido o derogado, colocándola en el título donde corresponde. Y si el auto acordado deroga o corrige en todo la ley, se ha de quitar ésta del título donde está para ponerla en tomo separado, con los títulos y leyes derogadas o que no están en observancia, y en su lugar se ha de poner el auto acordado.

Para evitar confusión convendrá que todos los casos que se determinan por auto acordado y no están decididos por ley de la recopilación se pongan para que se obserben como leyes, en los títulos de la recopilación a donde correspondan; y de este modo dándoles el Príncipe fuerza de leyes, no hay necesidad de otros autos acordados, que los que se establezcan en lo sucesivo por el Consejo.

También parece convendrá que para la decisión de los casos que ocurren frecuentemente y se ventilan en los tribunales con dispendio de los caudales de los vasallos de S. M. y abandono de sus familias y haciendas, se aumenten en la Recopilación las leyes que se omitieron al tiempo que se formó, por las cuales se deciden regularmente los mencionados casos; pues con esto se disminuyen notablemente el número de los pleytos, y los jueces tendrán lugar de determinar los que ocurren con mayor brevedad, conocimiento y más plena instrucción.

En algunas leyes se pueden omitir los dilatados exordios que no parecen del caso, poniendo sólo la razón que hubo para la ley y la decisión con la brevedad y claridad posible para no dar lugar a que se dude de ella.

Para facilitar el uso y la inteligencia de este nuevo cuerpo de leyes se pondrán todas en los títulos a que pertenecen, haciendo de esta manera

una recopilación de todo lo correspondiente a cada uno, sin mezcla de otros casos extraños; y como el número de las leyes ha de variar, se expresará encima de cada una a cual corresponde en la antigua edición.

Ultimamente en la nota o glosa respectiva a cada ley, que se pondrá al pie de ella, se podrá expresar las leyes anteriores de donde se han tomado, para que más claramente se conozca la razón en que se funda su decisión.

Si se tuviere por conveniente que este plan deba variar en algo de lo que en él se propone, se ejecutara en la forma que se proponga.

Adición al Plan

Para que se eche de ver el modo como se ha de ejecutar el plan que se ha presentado para ordenar las leyes de la recopilación según se expresa en él: se evacuará una pequeña parte de cada uno de los puntos que contiene en la forma siguiente:

1.º El punto primero es la exclusión de los títulos que no están en práctica: v. g., el del obrage de los paños.

2.º El segundo, la exclusión de las leyes anteriores derogadas enteramente por otras posteriores y las que se promulgaron por cierto tiempo o por ciertas causas y cumplió el tiempo, o cesó el fin porque se promulgaron: v. g., las leyes 16 y 17 tít. 6 lib. 2, que expresan cómo han de determinar los alcaldes de corte las causas civiles: se revocan por la 18 del mismo libro y título, y por consiguiente las dos anteriores se excluirán y pondrán en tomo separado con las demás que están derogadas, y sólo quedará la 18 que es la que rige.

Las 17, 18, 19, 20, 21 del tít. 8 lib. 7 publicadas para que no se matasen corderos machos ni hembras *por tiempo determinado*, el cual se prorrogó por seis años en el de 1632: también se excluirán por haber cumplido el tiempo de la prohibición.

En el auto 5 del tít. 8 lib. 7 de los autos acordados, publicado en 8 de junio de 1688, se previene que las licencias para entrar y matar terneras, tocan privativamente al Consejo y cuando en él se conceden, siendo en cantidad se consultan a S. M., y estando en el día sin observancia, por haber cesado la causa que motivó su publicación, se debe poner con las demás leyes y autos que se han de excluir, en tomo separado.

3.º El punto tercero es que cuando algunas leyes y autos acordados anteriores se corrigen en parte por leyes o autos acordados posteriores, se ha de formar una sola ley, excluyendo lo inútil y comprendiendo en ella sólo lo útil y practicable: v. g., las leyes 7 y 18 del tít. 18 del lib. 4 que tratan de la cantidad de que pueden conocer los Ayuntamientos de los pueblos por vía de apelación de las sentencias de las justicias ordinarias en las causas civiles: se aplican por la ley 19 del mismo título y libro.

La ley 21 tít. 7 lib. 2 se corrige en parte por la ley 28 tít. 23 lib. 4 de la

recopilación y por el cap. 17 del auto 7 del citado tít. y lib. de los autos acordados y de las dos mencionadas leyes y cap. 17 del auto 7 que tratan de una misma cosa, se formará una ley de esta manera:

Encima de la Ley se dirá

En esta ley se comprenden la 21 tít. 7 del lib. 2, la 28 tít. 23 del lib. 4 y el cap. 17 del auto 7 del tít. 23 lib. 4 de los autos acordados.

Ley tanta (según el número que corresponda) mandamos que los alcaldes de nuestras audiencias de aquí a adelante no lleven los sueldos a que condenaren, sino que los apliquen a nuestra cámara y las armas ofensivas y defensivas con que los delincuentes se hallaren al tiempo de cometer el delito (siendo de las permitidas por qué deban ser condenados en ellas, se apliquen y distribuyan a las justicias o alguaciles que los prendieron, aunque la prisión no se halla hecho infraganti delito y las armas prohibidas se archiven o rompan según parezca a los jueces.

4.º El punto cuarto es que cuando por los autos acordados se determina algún caso que no está decidido por ley de la Recopilación se ha de poner en ella en el título donde corresponda para que se observe como ley: v. g., en el auto 2 tít. 10 lib. 5 de los autos acordados se prohíbe la adquisición de bienes raíces a las Iglesias, Clérigos y Eclesiásticos y en el auto 3 del mismo tít. se prohíben también las mandas y legados que se hacen en la última enfermedad a sus confesores, sus deudos, iglesias y religiones. Y estos autos se ha de poner por leyes en los títulos a donde corresponde.

5.º En el punto quinto se dice que convendrá que las leyes por las cuales se deciden muchos casos que con frecuencia se ventilan en los tribunales, se pongan en la recopilación en los títulos a donde corresponden, porque las mencionadas leyes son conformes a la equidad y razón natural y a los principios constantes de derecho, de los cuales no nos debemos separar: v. p., la ley 5 tít. 8 de la Partida 5 dice, que los muebles que se encuentran en las casas de habitación, por tácita convención del inquilino y el dueño de la casa se tienen como en prenda para el pago de los alquileres, y esta ley se puede aumentar al tít. 16 lib. 5 de la recopilación, que es al que corresponde. La ley 6 tít. 18 lib. 3 del Fuero Real, dice, que el que no puede vender ni enagenar sus bienes no puede ser fiador. La ley 7 tít. 12 de la Partida 5 dice que el fiador de ninguna manera se puede obligar por más que el principal. La ley 12 tít. 12 de la Partida 5 dice que el deudor principal está obligado a dar a su fiador lo que pagó por él. La ley 16 tít. 12 Partida 5 dice, que muerto el fiador, sus herederos están obligados a la fianza. Todos los casos decididos por las leyes que se han citado, están omitidos en las leyes de la recopilación y se deben aumentar a los títulos que corresponden.

6.º Lo sexto que se propone es expresar en las notas respectivas a cada ley, el origen ellas: v. g., las leyes 3 y 4 tít. 14 lib. 8 prohíben se hagan

ligas, cabildos y cofradías sin licencia del Rey y se tomaron de las 4, 5 y 6 tít. 11 lib. 8 del Ordenamiento Real: de la 6 tít. 31. Partida 2, y de la 1.^a tít. 4 lib. 3 Digesto.

Las leyes que tienen dilatados exordios, se reducirán al caso que en ellas se propone y a lo que se deba hacer para su observancia.

De este modo parece que se podrá ejecutar el plan que se ha propuesto, según corresponde, sin la dificultad y en menos tiempo del que se creé preciso.

MISCELANEA

I

UN CASO DEL LLAMADO «IVS PRAEOCCUPATIONIS»

(Pap. 3 resp. — D. 41, 3, 45 pr.)

Este texto de Papiniano parecía resistirse a una interpretación aceptable. La dificultad está primeramente en la defectuosa transmisión del mismo, pero sobre todo en cierta incongruencia interna y en su aparente contradicción con Marcian. 3 *inst.*—D.44.3,7, de masa Sabiniana éste, así como aquél es de masa Papiniana. Luego veremos el de Marciano; debemos empezar por el de Papiniano. Lo doy aquí sin las correcciones de los editores, a las que me referiré a continuación, pero distinguiendo con letras las distintas partes que lo integran:

- a) Praescriptio longae possessionis ad optinenda loca iuris gentium publica concedi non solet.
- b) quod ita procedit,
- c) si quis, aedificio funditus diruto quod in litore posuerat aut dereliquerat aedificium alterius postea eodem loco extracto, occupantis datam exceptionem opponat,
- d) vel si quis, quod in fluminis publici deverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem iure prohibeat.

Las corrupciones de transmisión se dan en el apartado c). Quizá no tenga mayor dificultad la corrección *occupantis* > *occupanti*, que ya ofrece algún manuscrito, y parece exigir la palabra *datam*. Pero la frase *quod in litore posuerat aut dereliquerat* asocia dos verbos contradictorios, y no se puede mantener: el que pone un edificio y el que lo abandona no pueden equipararse. De ahí que un corrector de la Florentina hubiera pensado ya en salvar esta contradicción con la corrección <*de*>*posuerat*, pues derribar y abandonar sí pueden compararse. Mommsen, pensando en una caída de palabras por homoteleuton, intentó sanar el texto de este modo:

quod in litore posuerat <(forte quod aut deposuerat)> aut dereliquerat aedificium), alterius...

Esto da un sentido: el que puso la casa, luego, la derribó o la abandonó. De todos modos, habiéndose supuesto ya que el edificio

había desaparecido (*aedificio funditus diruto*), quizá el distinguir esas dos posibilidades de derribo o abandono por la persona que lo puso no tenga razón de ser. Por otro lado, al mantener *aedificum* como complemento de esos dos verbos en alternativa, queda incompleto el siguiente ablativo absoluto: ...*alterius in eodem loco extracto*, donde falta evidentemente la palabra *aedificio*, en ablativo. De ahí que quizá sea mejor la corrección de Scialoja (con antecedente en Haloander, como se indica en el Digesto milanés), que deja *aedifici[um]<o>* para completar ese ablativo absoluto, y se limita a corregir *aut> et*:

quod in litore posuerat <et> dereliquerat, aedificio alterius...

De aceptarse esta corrección, el edificio fue derribado porque su constructor lo había abandonado; no lo derribó él mismo, como en la conjetura de Mommsen. Pero, en todo caso, nos encontramos con un acto de abandono de lo construido por su constructor. De ahí precisamente la primera dificultad de fondo, pues si este que construyó (*si quis...posuerat*) abandonó luego lo construido (...*dereliquerat*), y otro construyó en ese mismo lugar (*aedificio alterius...extracto*), no se comprende bien cómo el primer constructor puede seguir ocupando aquel lugar y puede por ello oponer la excepción «que se da al ocupante». Pero además: ¿contra quién se opone la excepción? ¿Quién entabla contra él una acción? ¿Acaso el constructor del nuevo edificio? Si es este nuevo constructor, ¿cómo dejó de retener él su propia construcción? En fin, la palabra *alterius* es la que parece introducir en el caso un nuevo constructor, pero no deja de ser sorprendente que este dato (por lo que vemos, perturbador) se introduzca de una manera tan indirecta: *aedificio alterius postea eodem loco extracto*, pues el hablar así (*aedificium alterius*) para decir que otra persona construyó allí un nuevo edificio no deja de ser una curiosa manera de decirlo.

Pero las dificultades persisten en el segundo ejemplo (d), del que lleva unos años pescando él sólo en el remanso de un río público y expulsa a otro pescador. La expresión *eodem iure*, que no puede menos de servir como fundamento de la *prohibitio* análogo al de la anterior *exceptio*, parece indicar que ese pescador de siempre tenía cierto derecho a expulsar al nuevo, pero no se aclara si el pescador expulsado se hallaba ya pescando, y le expulsa el que, después de haber pescado durante varios años en solitario, viene a su antiguo lugar «reservado», o si este pescador seguía pescando en ese lugar y expulsa a alguien que intenta pescar allí por primera vez.

Como se indicó antes, este segundo ejemplo (d) se reproduce, con alguna variante, en Marcian. 3 *inst.*—D.44,3,7:

si quisquam in fluminis publici deverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem iure uti prohibet.

Que Marciano tratara este tema en ese lugar es muy probable, pues en ese libro se ocupaba de las cosas públicas. Aparentemente, Marciano afirmaba el *ius prohibendi* del pescador habitual: *eodem iure uti prohibet*. La variante, respecto al texto paralelo de Papiniano, del verbo *uti* es importante, pues muestra cómo aquí la *prohibitio* consistía en impedir que el pescador advenedizo usara del mismo derecho de pesca, un derecho, en principio, común, pues se trata de un río público, pero del que el pescador habitual puede excluir al advenedizo.

Resulta así que, al menos aparentemente, lo que para Marciano era una preferencia en el uso de un derecho común, se aduce en el texto de Papiniano como segundo ejemplo de no adquisición de *loca publica* por prescripción de largo tiempo. Se ofrece una contradicción, una vez más, entre el principio y lo que parece su aplicación: aquél, negativo, y ésta, positiva.

Bonfante (*Corso* II 1 p. 100 [ant. p. 84s.]) no vio con toda claridad el texto de Papiniano. Dice, en efecto, como si estuviera algo inseguro: «e pare che ne adduca come esempio l'impossibilità di accampare diritti sul lido una volta distrutto l'edificio, che vi posava, e l'impossibilità di pretendere un diritto esclusivo di pesca su di un braccio di fiume, per aver esercitato in quel braccio la pesca da solo per più anni». Entendiendo que los dos textos —de Papiniano y Marciano— son contradictorios, se decide por hacer decir a Marciano lo contrario: [*prohibet*] <*prohibere non potest*> (o de otra forma negativa que resultara del texto genuino). En el mismo sentido, Perozzi (*Ist.* I p. 684 n., cfr. p. 600n. y 682 n. 3) supone la caída de un *non* (<*non*> *prohibet*) en el texto de Marciano. Esta solución, sin embargo, no convence, pues el cotejo con el texto de Papiniano hace pensar que, una de dos: o bien Marciano había tomado ese trozo de Papiniano, y entonces no se comprende que le hiciera decir lo contrario, introduciendo *non* o la forma negativa que sea: o bien fueron los Compiladores los que añadieron en el texto de Papiniano un trozo tomado de Marciano, y, en este caso, habría que explicar cómo interpolaron ambos textos, suprimiendo la negativa, precisamente para ejemplificar en el de Papiniano el principio contrario de que no se adquiere derecho por el uso de una cosa pública.

Una actitud más enigmática adopta Kaser, cuando dice (*RPR.* I² p. 288 n. 2 *i.f.*): «Nicht von Ersitzung eines dinglichen Fischereirechts handelt Marci. D.44,3,7, vgl. Pap. D.41,3,45pr.». Parece, con esto, admitir que el texto de Marciano no está interpolado, pero que ese *ius prohibendi* del pescador habitual no supone un derecho de pesca que se pueda adquirir por prescripción adquisitiva. En esto, como veremos, tiene razón Kaser, pero no es lo que se desprende del texto por sí mismo, ni del cotejo con el texto de Papiniano.

Al intentar una mejor comprensión del texto de Papiniano, conviene aclarar ante todo la frase (que hemos separado con *b*) *quod ita pro-*

cedit, y, sin entrar ahora en una discusión crítica de los textos (D.4,8, 21,5; 20,1,29,1 y 24,1,11,7), conviene observar que este giro sirve siempre para introducir una aclaración condicionante de un principio que se acaba de enunciar: «esto que hemos dicho es así siempre que...». Por lo tanto, en nuestro texto, los dos ejemplos (*c* y *d*) que se introducen con ese giro *quod ita procedit si...* deberían entenderse como condicionantes del principio que se acaba de enunciar: *praescriptio... concedi non solet*; pero no es así, sino que resultan incongruentes con aquel principio. Conviene, pues, aclarar primeramente el alcance de este principio.

La presencia de una *praescriptio longae possessionis* en un texto de Papiniano, es decir, en un momento en que esta prescripción era una institución recientemente introducida en provincias, puede hacer pensar, de entrada, en la rutinaria sustitución compilatoria de la *usucapio* por la *longi temporis praescriptio*, cuando se trata de inmuebles. En efecto, observamos que *usucapionem* (no *praescriptionem*) *concedere* aparece documentado en Neracio, D. 41,10,5 pr., que es el conocido texto del título putativo de la usucapión, en cuyo problema no podemos entrar aquí, pero que es el problema que ha producido ciertas reservas ante este texto; aunque, de todos modos, no creo deban afectar a la expresión *usucapionem concedere*. En todo caso, parece lo más probable que Papiniano hablara aquí de una usucapión que procurara un uso exclusivo de los *loca publica*. Así como es posible que *iuris gentium* sea (como decía Perozzi, *loc. cit.*, cfr. Lombardi, *Ricerche in tema di «ius gentium»*, p. 47 ss.) una adición quizá glosemática, la expresión *ad optinenda loca publica* me parece que debe estimarse genuina. Era claro que no podía tratarse de una usucapion de propiedad, pero sí de una usucapión especial para reservarse el uso de una cosa pública: el que la doctrina romanística ha llamado «*ius praeoccupationis*». Precisamente porque no se trataba de una usucapion ordinaria, Papiniano habla de que se «concede», como hacía Neracio respecto a los casos excepcionales en que faltaba la justa causa.

Ahora bien, volviendo al primer ejemplo (*c*), debemos empezar por aclarar la situación procesal concreta en que alguien puede oponer (*opponat*) la *exceptio* que se suele dar al ocupante de un lugar público (*occupanti[s] datam*). Una excepción presupone una acción, y tenemos que aclarar entonces de qué acción puede tratarse. Naturalmente, respecto a una controversia sobre el uso de un lugar público no puede tratarse de una acción, sino tan sólo del interdicto del edicto *ne quid in loco publico* (EP. § 237).

Bajo este edicto se comprenden realmente dos interdictos: Por el primero, que era prohibitorio, podía reclamar cualquier persona que viera perjudicados sus intereses particulares, por ejemplo, la vista o el paso de su propia finca (D.43,8,2,12 y 14) a causa de una edificación que alguien quería hacer en lugar público. Por el segundo, que era

restitutorio (D.43,8,2,36), se pedía la demolición de lo que entorpeciera la circulación por los lugares públicos. En caso de que el constructor abandonara lo construido, se podía dar el interdicto como *utile* (D.43,8,2,39). En el *litus*, cuyo uso era público (D.43,8,3pr.), era este segundo interdicto el que podía tener lugar, pues toda construcción es en él lícita *nisi usus publicus impediretur* (D.43,8,4). La *exceptio occupantis* defendería al que había usado pacíficamente de lo construido durante un tiempo que no conocemos, pero que podía ser el bienio de la usucapión de inmuebles.

Así, la situación concreta es la de alguien que intenta ese interdicto en defensa del uso público del *litus* y al que se opone la *exceptio* a favor del que ya ha edificado y ocupa lo construido (*exceptio occupanti data*).

De esta aclaración de la situación procesal en la que se opone la *exceptio* resulta un dato interesante para la comprensión de nuestro texto, que es éste: el que reclama no es el constructor de un nuevo edificio, pues éste carece de cualquier acción o interdicto para reclamar contra el ocupante. No se trata, pues, como se ha venido pensando, de una controversia entre un antiguo y un nuevo constructor, sino entre un constructor ocupante del terreno y otra persona que pretende defender la plenitud del uso libre de la playa. En consecuencia, podemos prescindir de la idea de un nuevo constructor (*alterius...*), y pensar, en cambio, que se trata de un nuevo edificio del mismo constructor (*altero...*). Por otro lado, la *derelictio* sería contradictoria con la defensa que se concede al ocupante, y por eso, hay que invertir el sentido de la frase: precisamente se requería que no hubiera habido *derelictio* para que se pudiera dar la *exceptio occupantis*: <neque> *derelinquerat*. Así, el texto, evidentemente corrompido, como ya hemos visto, debería de haber dicho ...*aedificio funditus diruto quod in litore posuerat* [aut] <neque> *derelinquerat* <et> *aedifici[um]* <o> *alter[ius]* <o> *postea eodem loco extracto...*

Ahora bien, con esta corrección resulta que el constructor que derriba su edificio y vuelve a construir sigue protegido por una excepción contra el interdicto del que pide la demolición de aquel nuevo edificio construido en terreno público: sigue protegido precisamente porque siguió reteniendo el lugar: *neque derelinquerat*. Este sería, en verdad, un caso de *usucapio ad optinenda loca publica*: el uso reiterado del antiguo edificio habría dado al usuario una defensa para retener aquel terreno público, a pesar de haber desaparecido su antigua edificación y no haber transcurrido el tiempo necesario para poder defender la nueva: una defensa consistente exclusivamente en una *exceptio* contra el interdicto *ne quid in loco publico*.

Consecuentemente, por el sentido de la frase *quod ita procedit*, tenemos que admitir que Papiniano afirmaba (*concedi solet*) tal *usucapio*,

que podía darse precisamente en ese caso. No, como hemos dicho, una *usucapio* de propiedad, que no es posible *in loco publico*, sino una especial *usucapio* del derecho a usar la edificación. Por tanto, es cierto lo que dice Kaser de que no se trata de ninguna «Ersitzung», pero no porque la niegue Papiniano, sino porque no se trata de una usucapación de propiedad, sino del derecho de uso exclusivo, de un «*ius praeoccupationis*», si se quiere llamar así, pero que no tenía más efecto que el negativo de la *exceptio*.

Fueron los Compiladores los que, al eliminar esa *usucapio* especial y sustituirla rutinariamente por la *longi temporis praescriptio*, se vieron en la necesidad de negar su admisibilidad, y añadieron la negativa: [*non*] *solet*. A pesar de ello, como dándose cuenta de que la posible *exceptio* del ocupante no era esencialmente contraria a ese principio negativo, pues se trataba de otro tipo de defensa, mantuvieron el ejemplo de Papiniano, algo confusamente, como caso de «*ius praeoccupationis*». Es más, asociaron esta idea a la del *ius prohibendi* del pescador del caso de Marciano, y lo copiaron literalmente a continuación, a modo de segundo ejemplo del «*ius praeoccupationis*»: [*vel si quis eodem iure prohibeat*]. Sólo que al copiar el texto de Marciano dejaron caer el verbo *uti* (*eodem iure uti*), con lo que *eodem iure* vino a constituirse en un fundamento de analogía con el caso anterior, una vez que había dejado de ser el objeto de *uti*, es decir, había dejado de ser el *ius piscandi in flumine publico* del que el «preocupante» podía excluir a cualquier persona (*alterum*). Este *ius prohibendi* del que había pescado en solitario durante años no era de la misma naturaleza que el del que podía oponer la *exceptio occupantis*, pero había entre ellos cierta similitud, que bastó para la interpolación compilatoria.

Concluyendo: Papiniano decía que suele ([*non*] *solet*) admitirse una especie de *usucapio* a favor del que había usado de manera continua un edificio construido *in litore*, y que sucedía así (*quod ita procedit*) cuando el constructor del edificio usado lo destruía y construía otro en su lugar; no se trataba ya de retener el edificio usado durante años, pues aquél había sido destruido, sino de retener un nuevo edificio construido en el lugar del anterior: sólo en este caso podía hablarse de una cierta *usucapio* de los *loca publica*. Tal *usucapio* tenía como efecto, una *exceptio occupantis* contra el interdicto *ne quid in loco publico*.

Marciano, por su parte, tratando del régimen de los ríos públicos, decía que el pescador que había venido usando en solitario de un rincón del río podía expulsar lícitamente a un nuevo concurrente. No se trataba aquí de excepción contra un interdicto, sino de simple licitud de un acto de fuerza contra el que no valdría la *actio iniuriarum*, con la que se puede demandar ordinariamente al que impide pescar (D.43,8,2,9).

Los Compiladores, finalmente, sustituyeron la *usucapio* por la *longi temporis praescriptio* y tuvieron que negar su concesión, pues era evidente que no cabía la prescripción adquisitiva de lugares públicos, a pesar de lo cual, no sólo dejaron el ejemplo de la *exceptio* a favor del constructor ocupante del *litus*, sino que añadieron como segundo ejemplo el caso de Marciano, como fundado en un derecho análogo (*eodem iure*), no obstante las diferencias originales entre ambos casos.

ALVARO D'ORS

II

PRESUPUESTOS FORMALISTAS DEL DERECHO ROMANO ARCAICO EN MATERIA DE PRUEBA

El tema de la prueba constituye uno de los problemas permanentes del Derecho. Relacionado con una serie de aspectos que trascienden el ámbito procesal, como la forma de los actos jurídicos, la misma formulación de la norma jurídica sustantiva, en cuanto intervienen razonamientos presuntivos, y la teoría de la interpretación de los actos y negocios jurídicos, este tema tan central en el Derecho se sale fuera del marco que le es propio y hunde sus raíces directamente en la conciencia social histórica en la que se asienta el sistema jurídico; lo cual es en cierto modo aplicable a todos los aspectos jurídicos, pero de una forma especial al tema que nos ocupa, ya que, si bien puede afirmarse con carácter general que *ex facto oritur ius*, que la efectiva realidad social y cultural da lugar a un tipo determinado de Derecho, no puede olvidarse que éste tiene a su vez una función configurativa de la realidad social, juega como un factor independiente que contribuye a formar la sociedad, tiene su lógica propia, no se presenta como *factum* sino como norma, como deber ser¹. Sin embargo, en el terreno de la prueba, es indudable que el Derecho se acerca extraordinariamente a la realidad fáctica; quizá sea uno de los aspectos que más vinculan el mundo del Derecho a la misma sociedad. La razón se encuentra en que la prueba no juega en principio con juicios de valor, aunque éstos se introduzcan en su consideración a través de una idea de lo normal orientada éticamente², sino con juicios de verosimilitud, que dependen de máximas de experiencia vigentes en la sociedad. Es importante que destaquemos esto antes de abordar el tema que nos ocupa, pues nos indica que es necesario encajar el estudio de la prueba en el marco histórico cultural de los primeros tiempos de la *civitas romana*.

1. BROGGINI, *Vindex und Iudex. Zum Ursprung des römischen Zivilprozesses*, S. Z. 76 (1959) p. 113 ss. *Coniectanea*, Milano 1966, p. 104: «Wenn der Gesetzpositivismus uns ein bleibendes Vermächtnis hinterlassen hat, dann ist dies wohl die unerschrockene Ueberzeugung, dass zwischen Norm und Wirklichkeit im letzten Grunde eine unüberbrückbare Kluft bleibt, dass zwischen Wert und Wahrheit ein kategorialer Unterschied besteht».

2. Cfr. GIULIANI, *Il concetto classico di prova*, Milano 1959, p. 73 ss.

Del Derecho romano, que debe su grandeza al sentido jurídico innato del Pueblo romano, que se manifiesta principalmente en las creaciones de la Jurisprudencia clásica, no disponemos más que en una pequeña medida de textos jurídicos que nos hablen de la prueba, y la mayoría de ellos provienen de la época de decadencia, cuando ya había desaparecido el antiguo impulso creativo. La época clásica se caracteriza más bien por el desinterés de los juristas por las cuestiones probatorias³. Y, sin embargo, no es éste uno de los aspectos en los que menos haya brillado el Derecho de Roma. El principio de libre apreciación de la prueba, que rige en esta materia hasta la época postclásica, constituye una de las grandes conquistas de la cultura jurídica romana⁴.

Pero, mientras otros grandes logros del genio jurídico romano tienen su origen inmediato en una labor secular de reflexión sobre los conflictos sociales, la libertad del juez en el aspecto probatorio viene determinada fundamentalmente por la constitución del proceso romano en el *ordo iudiciorum privatorum*⁵, con su peculiar división de la instancia procesal en dos fases, en la segunda de las cuales el magistrado ordena a un particular que emita su opinión (*sententia*) sobre los hechos relevantes en el litigio. A diferencia de lo que ocurre en la primera parte del proceso, donde el conjunto de las actuaciones tiene su fundamento en el *ius*, ya sea *civile* u *honorarium*, en la segunda, el procedimiento se encuentra regulado por una costumbre cuya formación está deter-

3. Es muy significativo a este respecto lo que nos refiere Cicerón de la respuesta del jurista Aquilius Gallus cuando le planteaban cuestiones de este tipo, *Top.* 12,51: «*Nihil hoc ad ius ad Ciceronem, inquiebat Gallus noster, si quis ad eum tale quid rettulerat, ut de facto quareretur.* Y Aulo Gelio cuenta (*N. A.* 12,13,1) que consultó al gramático Sulpicius Appollinaris sobre la interpretación de un *iussum iudicandi* que había recibido, y como éste le preguntara por qué no se dirigía a los *iurisperiti*, contestó de la siguiente manera: *si aut de vetere, inquam, iure et recepto aut controverso et ambiguo aut novo et constituto descendum esset, issem plane scistatum ad istos, quos dicis; sed si cum verborum Latinorum sententia, usus, ratio exploranda sit, scaevus profecto et caecus animi forem, si cum haberem tui copiam, issem magis ad alium quam ad te.* En este segundo texto no se trata propiamente de un problema de prueba, pero sí de un aspecto que se incluye en el mismo ámbito de la actividad judicial. Cfr. infra, n. 6.

4. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, p. 278, vid. también p. 86.

5. BEHRENDTS, *Die römische Geschworenenrerfassung*, p. 10 ss., p. 12, n. 46: «Wie mühsam musste sich dagegen das germanische und deutsche Gerichtsverfahren vom System der Reinigungseide und vom Ordalienwesen befreien!».

minada por su interna necesidad y no por preceptos o reglas que se impongan desde fuera⁶.

Cuándo y por qué razones se haya producido este fenómeno de división del proceso es cuestión difícil de decidir, pero sí sabemos que es el resultado de una larga evolución que en la época de las Doce Tablas se ha cumplido ya⁷. En consecuencia, un sector importante de la doctrina se inclina a pensar que en la etapa del Derecho arcaico, que conociera desde tiempos muy antiguos la forma procesal típica del *ordo*, pudo desplegar su eficacia el principio de libre apreciación de la prueba⁸, principio conocido solamente a través de las fuentes del período clásico⁹.

Es indudable, en principio, que desde una época muy temprana

6. No obstante, la fase *apud iudicem* se encuentra regulada de alguna manera por una tradición consolidada en la práctica, que en las cuestiones fundamentales habrá sido considerada tan vinculante como las normas jurídicas escritas. Se trata del *officium iudicis*. Cfr. KASER, *op. cit.* n. 4, p. 274. Aulo Gelio (*N. A.* 14,2,20) habla de una obra de Elio Tuberón sobre el *officium iudicis*, pero su referencia es la única noticia que tenemos sobre ella. De todas formas, como recuerda J. Ph. LEVY, *La formation de la theorie romaine des preuves*, en *Studi Solazzi*, p. 420, los romanos de la época clásica conocieron reglas en materia de prueba que en el s. II forman ya un entramado bastante complejo. Pero no deja de ser cierto que en el período clásico «los romanos ante el tribunal sentenciador se atuvieron más el mundo de los hechos que al mundo del Derecho», KASER, *op. cit.* n. 4, p. 276; *Beweislast und Vermutung in römischen Formularprozess*, *SZ.* 71 (1954), p. 228.

7. Por todos vid. KASER, *op. cit.* n. 4, p. 23 ss., 31 ss.

8. Cfr., p. ej., LUZZATO, *Procedura civile romana*, II (Bologna 1948), p. 328 ss.

9. Como testimonio de la fuerza de este principio nos limitaremos a citar dos textos clásicos. *Call.*, 4 *de cogn.* D. 22,5,3,2: *Eiusdem quoque Principis (sc. Hadrianus) extat rescriptum ad Valerium de executiunda fide testium in haec verba: quae argumenta ad quem modum probandas cuique rei sufficient, nulli certo modo satis definiri potest. sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cuiusque rei veritas deprehenditur. alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei de qua quaeritur fidem. hoc ergo solum rescribere possum summam, non utique ad unam probationem speciem cognitionem statim alligare deber, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut eredas aut parum probatum tibi opinaris.* También hay que mencionar el conocido pasaje de Ulpiano, 5 *de off. proc.* D. 5,1,79,1: *iudicibus de iure dubitantibus praesides respondere solent: de facto consulentibus non debent praesides consilium impertire, verum iubere eos prout religio suggerit sententiam proferre: haec enim res nonnumquam infamat et materiam gratiae vel ambitionis tribuit.*

na se dieron en Roma las condiciones objetivas, desde el punto de vista de la estructura general del proceso privado, para que pudiera desarrollarse una actividad judicial de libre valoración de la prueba, de manera que puede producirse el equívoco de atribuir a la época arcaica una flexibilidad en esta materia que difícilmente existió, a mi juicio, en los primeros tiempos de la Historia jurídica del Pueblo romano. La interpretación histórica del problema que tratamos de estudiar está condicionada naturalmente por la concepción general de los orígenes del Proceso y del Derecho, donde encuentra una determinada valoración el tema del formalismo, como fenómeno que, en mayor o menor medida, acompaña permanentemente al Derecho y a las relaciones sociales. Es preciso, por consiguiente, partir de una consideración de carácter general sobre los modos en los que puede manifestarse el formalismo en el terreno de la prueba.

El formalismo probatorio viene determinado por una aplicación «típica» y no particularizada de máximas de experiencia vigentes en la sociedad; esta aplicación típica puede producirse por dos razones fundamentales: en primer lugar, por seguir estrictamente un principio de seguridad jurídica; en segundo lugar, porque la máxima de experiencia se encuentra fundada sobre ciertos elementos irracionales, que, por su misma naturaleza —no encontrarse contrastados con la realidad, manifestada siempre a través de lo concreto—, confieren a su aplicación un carácter tipificador. Pero el formalismo puede ser legal, si viene determinado por una norma jurídica que se impone al juez desde fuera, y puede encontrarse también en la mentalidad del juez; en este último caso, puede producirse incluso cuando el juez es formalmente independiente, decidiendo en consecuencia. Por las razones que expondré a continuación, pienso que la prueba arcaica se encontró fuertemente formalizada a través de la mentalidad del *iudex privatus*.

Sin embargo, durante mucho tiempo ha imperado en la doctrina la idea de que, en la apreciación de la prueba, los principios generales han sido muy semejantes desde el momento en que apareció la división de la instancia procesal, lo cual suponía la independencia judicial en la cuestión de hecho. Se parte, a mi juicio, de ciertos prejuicios que llevan a considerar el problema de manera quizá un poco simple. Se atribuyen al juez del período arcaico y a su actividad características de una época evolucionada, formalmente igualitaria, donde pesan las tradiciones y existen múltiples resonancias afectivas y emocionales que abogados expertos consiguen arrancar con la magia de la palabra al tribunal sentenciador, pero donde se ha llegado a un alto grado de racionalidad. Se trata de una transposición que sólo puede realizarse suponiendo la desvinculación del *iudex* de todo el complejo mundo

de relaciones sociales y de representaciones culturales de una época primitiva, y existe una posibilidad para llevar a cabo mentalmente tal desvinculación: suponer que el juzgador fue al principio un simple árbitro ¹⁰.

Si el punto de partida del proceso más antiguo fue realmente un arbitraje, estaría justificado entender que el principio de libertad de prueba, en el sentido de falta de formalismo probatorio, fuera algo originario. En efecto, el árbitro, cuya fuerza depende exclusivamente del acuerdo de las partes, encontrándose directamente vinculado a la resolución de un conflicto de intereses, terminaría por no tomar en cuenta las creencias sociales sobre el valor probatorio de los medios de prueba que presentan los litigantes, aunque tales creencias fueran originalmente las suyas. Pues, como el sometimiento de las partes al fallo depende de la aceptación del arbitraje, sólo se producirá esta aceptación si la forma de proceder del árbitro, ante el material de pruebas presentado por las partes, es la más adecuada a sus respectivos intereses, y, si bien en un principio también en ellas estarían arraigadas una serie de ideas religioso-formales sobre la forma de descubrir la verdad en un proceso, estas ideas cederían rápidamente ante su interés inmediato, exclusivamente individual, no vinculado a un revestimiento formal impuesto por la comunidad. Las consecuencias de esta forma de resolver las cuestiones entre los particulares hubieran tenido un alcance insospechado en otros aspectos de la fenomenología jurídica; resultaría inexplicable, por ejemplo, el formalismo del Derecho arcaico, como fenómeno esencialmente comunitario ¹¹. Precisamente este formalismo general del Derecho antiguo afecta indirectamente al ámbito de la prueba, aunque se manifieste directamente en aspectos distintos del proceso o del Derecho sustantivo. Por otra parte la *schiedsgerichtliche Theorie* ha sufrido serios ataques en la literatura de las últimas décadas ¹² y, en cualquier caso,

10. Señala, en cambio, BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico* («Coniectanea»), p. 141 s. (aparecido también en IUS 11 (1960), 348-385), como «Riconoscere una base autoritaria alla procedura privata arcaica significa porre il problema della prova in un quadro conforme alle leggi sociologiche fondamentali dell'evoluzione giuridica...».

11. Sobre el problema general del formalismo del Derecho arcaico, por todos, cfr. GROSSO, *Problemi generali del Diritto attraverso il Diritto romano*, (Turín 1967), p. 131 ss., y KASER, *Das römische Privatrecht I*², p. 39 s. con bibl.

12. Esta concepción de los orígenes del Proceso tiene sus nacimiento en las doctrinas de JHERING, *Geist des römischen Rechts I* (Darmstadt 1968), p. 106 ss., claramente influido por el espíritu liberal y naturalístico de su época. Sobre los presupuestos ideológicos de JHERING, vid. WIEACKER, *Gründer und Bewahrer. Rechtslehrer der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*

sólo puede hablarse de Derecho y de Proceso cuando los conflictos son solucionados por una autoridad que se sitúa por encima de las partes contendientes¹³.

Frente a una concepción de la prueba arcaica que parte de las ideas tradicionales sobre los orígenes del proceso, algunos autores, que afirman el originario carácter autoritario y publicístico del proceso, consideran que la libertad en la apreciación de la prueba es el resultado de una larga evolución¹⁴. Conviene destacar la argumentación de Broggin, quien ha dedicado un penetrante trabajo a la prueba en el Derecho arcaico¹⁵, y en cuya línea nos situamos en este estudio.

Parte Broggin de distinguir dos posibles formas de plantearse la resolución de un conflicto privado. En primer lugar, cuando los hechos, conforme a los principios jurídicos vigentes en la sociedad romana arcaica, se encuentran claros y resultan indiscutibles, tiene lugar lo que denomina forma de control popular¹⁶. La segunda posibilidad se plantea si los términos del conflicto no resultan

(Göttingen 1958), p. 204 s., BROGGINI, *op. cit.* n. 1, p. 97 ss.; *Iudex arbiterve, Prolegomena zum officium des römischen Privatrichters*, p. 5. STASZKOV, *Vindicere im altrömischen Prozess*, SZ. 80 (1963), p. 85 ss., trata de los antecedentes filosóficos de este tipo de enfoque. Posteriormente fue acogido por WLASSAK cuando emprendió la primera investigación de gran envergadura en materia procesal con los nuevos métodos de nuestra disciplina: *Römische Prozessgesetze I* (Leipzig 1888), p. 70 ss., II (1891), p. 196 ss.; *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, en SZ. 25 (1904), p. 80 ss., 147 ss.; *Die Litiskontestation im Formularprozess*, en *Festschr. Windscheid* (Leipzig 1889), p. 55 ss., entre otras. Por eso el influjo de esta doctrina se proyecta todavía sobre un sector importante de la doctrina, vid. LUZZATTO, *Von der Selbsthilfe zum römischen Prozess*, en SZ. 73 (1956), p. 29 ss.; KELLY, *Roman litigation* (Oxford 1966), p. 2 ss. Sin embargo resulta posible discrepar de este planteamiento después de una serie de estudios fundamentales que han desarticulado las bases sobre las que se apoyaba: BISCARDI, *La litis contestatio nell'ordo iudiciorum* (Siena 1953); CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare* (Milano 1946); JAHR, *Litis contestatio. Streitbezeugung und Prozessbegründung im Legisaktionen- und im Formularverfahren* (Köln-Graz 1960); KASER, *Zum Formproblem der litis contestatio*, en SZ. 84 (1967); también las cit. obras de BROGGINI y BEHREND, *op. cit.* n. 5 y *Das Zwölftafelprozess* (Göttingen 1974):

13. Así KASER, *op. cit.* n. 4, p. 19.

14. Cfr. KASER, *op. cit.* n. 6, p. 225 s., BROGGINI, *op. cit.* n. 10, p. 142, con bibliografía sobre el supuesto origen del proceso en procedimientos de tipo ordálico o sobrenatural.

15. BROGGINI, *op. cit.* n. 10.

16. *Ibid.*, p. 159 ss.

conocidos y es necesario un procedimiento cognitivo que lo resuelva¹⁷. En este supuesto y para los tiempos más remotos, acepta la hipótesis de que la solución haya sido buscada en una consulta a la divinidad provocada por las partes litigantes; prueba y decisión se identifican¹⁸. Esta identificación se romperá en el momento en que aparece la norma jurídica, como resultado de un largo proceso de laicización del Derecho; entonces, junto a la determinación de la cuestión de derecho por parte del magistrado, determinación en gran medida autoritaria, aparece la cuestión de hecho que deberá resolver el *iudex privatus*¹⁹, y, en este terreno, los medios de prueba ofrecidos al juez valdrán más en función de su autoridad que en función de su verdad²⁰. Al principio, antes de que se produzca la división de la instancia procesal en dos fases, incumbe al magistrado la decisión en ambos sectores, «il quale attingerà la soluzione agli argomenti forniti dai terzi: i giureconsulti ed i membri del suo *consilium*, in diritto; i testimoni, in fatto»²¹. Nos encontraríamos de esta manera con un estadio de la prueba legal, coexistiendo además medios de prueba racionales e irracionales²². Posteriormente esta rigidez sería sustituida por directivas cada vez más genéricas en materia de valor probatorio de los particulares medios de prueba y de jerarquía entre ellos²³.

Aceptando en lo esencial la evolución trazada por el ilustre romanista suizo, es necesario, sin embargo, hacer algunas puntualizaciones. No es posible admitir que la cuestión de hecho y la cuestión de derecho se hayan confundido del todo en ninguna época; si prueba y decisión coinciden en un proceso ordálico, es más bien porque el proceso más antiguo versa exclusivamente sobre una cuestión de hecho. El Derecho preexiste siempre al conflicto, aunque no exista una norma expresa, aunque se manifieste en sentido negativo, en la reacción ante el entuerto, ante el daño violador de la praxis social habitual²⁴. Por eso, no puede ponerse en un plano

17. Ibid., p. 154 ss.

18. Ibid., p. 164 s.

19. Ibid., p. 166 ss.

20. Ibid., p. 181.

21. Ibid., p. 166.

22. Ibid. p. 167 ss.

23. Ibid., p. 181 s.

24. Creo que no debiera confundirse el problema de la génesis de la norma jurídica expresa o de la institución jurídica, que habrá tenido lugar a través de un largo *iter* que pasa por el precedente y la norma consuetudinaria, hasta precipitar en la norma legal, partiendo de la sentencia que resuelve el conflicto concreto.—Cfr. KASER, *Das altrömische Ius* (Göttingen 1949), p. 36 ss.; GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche*

de igualdad la decisión autoritaria en materia de derecho que es consustancial con su naturaleza, con la decisión de los testigos sobre la actividad de un miembro de la comunidad, dirigida a solucionar un problema puramente fáctico, no de deber ser, aunque existan interferencias valorativas.

En consecuencia, el *iudex privatus* no se encuentra vinculado heteronomamente por el peso social de los medios de prueba; su decisión es una *sententia*, una opinión personal que no puede sustituirse por la aplicación de ningún precepto legal; la prueba de ello la tenemos en la distinción clara de dos sistemas distintos de hacer efectivos los derechos privados: los procesos de ejecución directa²⁵, donde efectivamente la prueba tiene un carácter legal, y los procedimientos cognitivos, en los cuales resulta imprescindible la actividad de la persona que decidirá si se dieron o no los hechos que produjeron el conflicto.

Otra cosa es que el juez proceda con una mentalidad formalista a la hora de apreciar los distintos medios de prueba. En su existencia se encuentra ya sin embargo el germen de la libertad y racionalidad propias de la época clásica.

Nos encontramos, por consiguiente, ante un doble formalismo probatorio: aquel que deriva de los procesos de ejecución inmediata y el propio de la actividad judicial. El primero es indiscutible, el segundo no deja de ser una hipótesis que es preciso apoyar con más sólidos argumentos; ambos pudieron tener el mismo fundamento.

Resulta un lugar común en la doctrina romanística el carácter formalista del Derecho arcaico²⁶; vamos a intentar explicar cómo pudo producirse en el ámbito que nos ocupa. El formalismo del Derecho arcaico tiene su fundamento en la existencia de una casta de sacerdotes en la antigua Roma a quienes fue confiado el cuidado del Derecho; ellos determinaron, conforme a su mentalidad ritua-

romane (Roma 1955); WIEACKER, *Zwölftafelproblem*, en *RIDA*. 3 (1956), p. 453 ss.; STEIN, *Regulae iuris* (Edinburg 1966), p. 3—con el de la preexistencia del Derecho, como un aspecto esencial de la *forma societatis*, al conflicto, que por ello mismo es jurídico. Otra cosa es que esa *forma societatis*, inexpresada, acaso inconscientemente operante en la sociedad primitiva, se materialice en las concretas instituciones jurídicas a través del proceso, aunque no sólo por ello en Roma, pues la actividad fundamental de los pontífices en la formación del Derecho romano arcaico rebasa este aspecto judicial. Con esta última reserva, sí puede concederse que efectivamente «C'est le juge qui fait le Droit», como dice BROGGINI, *Der Ursprung der römischen Iurisdictio (Coniectanea)*, p. 95, siguiendo a KASER.

25. Cfr. n. 16.

26. Vid. n. 11.

lista, que necesita de la expresión simbólica y plástica para expresar sucesos importantes de la vida social²⁷, los requisitos que deben acompañar a los actos jurídicos, y entre estos requisitos encontramos algunos que tienen una finalidad inmediatamente probatoria, concretamente la presencia de testigos; establecen así mismo cómo en determinados supuestos no se requiere un proceso cognitivo, dados ciertos medios de prueba²⁸. Pues bien, la preocupación por la prueba es paralela a la preocupación por la expresión ritual: el acto jurídicamente relevante debe ser expresado de forma simbólica para ser tenido en cuenta, el hecho jurídicamente relevante debe determinarse formalmente para que resulte establecido; tiene que ser «traducido» a través de medios adecuados ante la sociedad o ante el juez, por eso se explica la forma que preconstituye una prueba²⁹. En ambos aspectos se aspira a una claridad³⁰; la forma es educativa³¹. Resulta de esta manera que se influye en la mentalidad del juez, quien lógicamente va a tender al formalismo, pues es indudable que, si en los actos jurídicos fundamentales, dada la exigencia de forma preconstitutiva de prueba, la prueba es posible a través de medios que ofrecen un alto grado de seguridad, el juez tenderá a no conformarse con otros medios menos claros, respecto de los que tenga que realizar un laborioso examen; lo normal se impondrá como criterio, y la valoración de la prueba

27. Se ha afirmado la relación entre el formalismo arcaico y la vinculación de tipo mágico que se produciría con la ejecución de ciertos ritos. A mi juicio, aparte de que faltan fuentes que demuestren tal relación, el simbolismo y ritualismo primitivos pueden no tener nada que ver con la magia, es una forma de expresar un estado de cosas importante, y su significado primero reside en lo que expresa, incluso cuando se utiliza en la magia. Vid. MAC CORMACK, *Formalism, symbolism and magic in early roman law*, en *Tijdschrift* 37 (1969), p. 458 ss.

28. Vid. *supra* en el texto.

29. Es indudable que existe una relación directa entre ciertos aspectos del formalismo, como la presencia de testigos negociales, y la prueba. Vid. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians* (Leipzig 1908), p. 255 ss.; ARIAS BONET, *Prueba testifical y obvagulatio en el antiguo Derecho romano*, en *Studi De Francisci* I, p. 285; KASER, *RPR* I², p. 40. ¿Qué decir por otra parte de la utilización de razonamientos presuntivos en la configuración de ciertas instituciones? Cfr. KASER, *op. cit.* n. 6, p. 25 s.

30. Vid. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II (Milano 1963), p. 925 s., el comentario a Varro, *De ling. Lat.* VII, 8.

31. Por eso se plantea una lucha entre oradores retóricos o juristas en torno al problema del formalismo interpretativo en los umbrales de la época clásica. Cfr. TORRENT, *Interpretación de la voluntas testatoris en la Jurisprudencia republicana: La Causa Curiana*, en *AHDE*. 39 (1969), p. 173 ss.

resultará por ello formalizada; algo análogo ocurre en la praxis judicial moderna. Además hay que tener en cuenta que, siendo actos formales la mayor parte de los actos jurídicos arcaicos, su prueba no permite grandes posibilidades de acudir a una determinación indirecta o por presunciones, pues ante el tribunal tiene que traducirse un acontecimiento que tiene una unidad de tiempo y acción. La quiebra del formalismo probatorio vendrá como consecuencia de la quiebra misma del formalismo en el Derecho sustantivo. Cuando unas circunstancias socioeconómicas nuevas planteen la necesidad de nuevas figuras negociales no formales, cuando la *bona fides* se convierta en fundamento de un *oportere* accionable³² y los supuestos de hecho se compliquen extraordinariamente, exigiendo al juez una valoración crítica de los medios de prueba que desgaste y relativice su antiguo valor probatorio, que distancie medio de prueba y fundamento de prueba, entonces y sólo entonces la valoración del tribunal habrá podido ser plenamente libre, alejándose del formalismo tipificador.

El formalismo probatorio tiene además otro aspecto que se manifiesta también en la mentalidad del juez. Es cierto que el *iudex privatus* se forma una opinión independiente de los hechos, pero al valorar los distintos medios de prueba no puede evitar el seguir una serie de principios vigentes en la sociedad antigua que aparecen fundamentalmente en torno a la credibilidad personal de las partes y de los testigos. Tales principios se presentan como reglas de experiencia comúnmente admitidas, su valor estriba en que a través de su utilización se facilita la averiguación de la verdad; aunque contengan elementos valorativos y autoritarios, su aplicación significa actividad probatoria, de efectivo descubrimiento de hechos, no de decisión de un conflicto, lo cual se lleva a cabo por medio de la formación de una *sententia*, con toda la carga de convencimiento subjetivo que la palabra encierra, especialmente tratándose de los orígenes³³. Lo cual es necesario no perder de vista para no caracterizar como legal este aspecto del formalismo probatorio. Precisamente se encuentra aquí el origen de la confusión del profesor Brogginí. El partió de una inicial globalidad en la consideración de la cuestión de hecho y la cuestión de derecho, olvidando que la ordalía o el juicio de Dios, con toda la irracionalidad que contienen, eran un medio de descubrir la verdad, medio por supuesto formal hasta el extremo, legal incluso, que, al desaparecer, dejaba paso al juez, y lo legal será a partir de entonces su establecimiento, nada más.

32. Por todos KASER, *Oportere und ius civile*, en SZ 83 (1956), p. 24 ss.

33. Vid. ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine* (París 1967), p. 614.

Resulta necesario explicar por qué la vigencia de estas máximas de experiencia que atribuyen un distinto valor probatorio a las personas que deponen en juicio, ya sean partes o testigos, de acuerdo con su prestigio moral, dan lugar a cierto formalismo probatorio. La apreciación de la prueba pudo realizarse de modo formal por la carga de irracionalidad que contienen aquellos principios, irracionalidad que deriva fundamentalmente de que, basándose en datos esencialmente ambiguos, el prestigio social se eleva a principio determinante, impidiendo o restringiendo la aplicación de otras reglas aplicables, lo que dificulta la consideración de la realidad pura y simple. El problema que se plantea a continuación es el de la determinación de su origen.

Es indudable que el oscurecimiento que provoca el valor de la persona sobre el resto de las circunstancias fácticas que rodean el conflicto habría llegado a su más alto grado en el caso de la prueba sobrenatural, pues la divinidad se manifestaría aquí directamente sobre la justificación de una persona. Cuando, en virtud de ese acontecimiento que Brogginí denomina «descubrimiento del Espíritu»³⁴, se pierde la ilimitada confianza en los dioses propia de los primeros tiempos, y ya no va a poder seguir apelándose a los poderes sobrenaturales para confirmar las propias declaraciones, es indudable no obstante que la atención de la comunidad va a seguir centrándose en torno a la persona misma que emite una declaración. Los dioses no dirán ya nada directamente sobre su conducta, pero sí se lo dirá a la comunidad jurídica su grado de vinculación con ellos, su *religio*, que, todavía en el mundo clásico, es uno de los elementos que definen el carácter fidedigno del testigo o de la parte litigante³⁵.

Si la Historia del Derecho debe basarse siempre en las fuentes³⁶, tampoco podemos afirmar con toda seguridad que la vinculación *religio-fides* tenga su origen en una primitiva prueba sobrenatural. Pero, en realidad, lo que interesa establecer es que determinados elementos sobrenaturales jugaron un papel importante y casi desconocido para nosotros en el más antiguo proceso, cuando el *agere sacramento* fue algo más que el procedimiento fundado en una apuesta procesal³⁷, y que estos elementos han podido in-

34. Parafraseando el título de la obra de B. SNELL, *Die Entdeckung des Geistes* (1946). BROGGINI, *La prova...*, p. 163.

35. Vid. p. ej. CICERO, *Pro. L. Flacco*, 4,9: *Testimoniorum religionem et fidem nunquam ista natio coluit*.

36. Por todos, COING, *Aufgaben des Rechtshistorikers* (Wiesbaden 1976).

37. Los estudios más modernos tienden a rechazar un proceso originario de tipo ordálico o que implique cualquier tipo de consulta directa a la di-

fluir de manera relevante en la importancia atribuida a la personalidad de litigantes y testigos, en lo cual habrá influido sin duda la estructura de la sociedad y los principios éticos dominantes de un *Herrenvolk* personificados en el *vir bonus* que es el modelo de una moralidad predominantemente colectiva y por consiguiente, en ocasiones, hipócrita y farisaica³⁸. Quizá se relacione con esta importancia del valor de la persona en el terreno de la prueba el predominio del testimonio sobre otros medios probatorios³⁹, que se mantendrá mientras perdure la esencia de la romanidad⁴⁰.

Si el relieve de la persona en el proceso clásico ha sido muy importante, también resulta innegable que la época clásica presenta una actividad probatoria esencialmente libre y racional, a pesar de las interferencias de la Retórica⁴¹. En el período arcaico, este fenómeno habrá tenido un carácter más acentuado, por tener en él sus raíces, pero para atribuirle un papel formalizador de la praxis judicial arcaica es preciso, sin embargo, aportar el testimonio de las fuentes.

Acaso el único texto que se relacione directamente con este aspecto del formalismo probatorio sea el capítulo segundo del libro XIV de las *Noctes Atticae* de Aulus Gellius. Se trata de un famoso pasaje que ha sido citado como uno de los más significativos exponentes textuales de la libertad del juez clásico en materia de prueba⁴². El fragmento culminante viene dado por la respuesta del filósofo Favorinus a la cuestión planteada por el autor, que se relaciona directamente con nuestro tema:

vinidad, afirmando en cambio que en la *legis actio sacramento* tuvo un papel fundamental el juramento-*sacramentum*. Cfr. por todos BEHREND, *op. cit.* n. 5, p. 8 y s. Sobre el origen del *ius* en el *iusiurandum* vid. el trabajo del mismo autor *Ius und ius civile. Untersuchungen zur Herkunft des ius-Begriffs im römischen Zivilrecht*, en *Symptica F. Wieacker* (Göttingen 1970), p. 11 ss. Vid. obras cit. en n. 24.

38. Vid. VON LÜBTOW, *Das römische Volk. Sein Staat und sein Recht*, Frankfurt (1955), p. 21 ss.

39. Por todos, KASER, *op. cit.* n. 4, p. 281.

40. En la época postclásica, la prueba testifical pierde terreno frente al documento, aunque sigue teniendo una importancia fundamental. Vid., p. ej., PS. 5,15,4: *Testes cum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt*. Por todos, SIMON, *Forschungen zum justinianischen Zivilprozess* (München 1969), p. 271 ss., KASER, *RZP.* 489 ss.

41. PUGLIESE, *La prova nel processo romano classico*, en *IUS* 11 (1960), p. 390 ss.

42. Por todos, KASER, *RZP* cit. n. 4, p. 279.

*... suadeo hercle tibi utare M. Catonis, prudentissimi viri, consilio, qui in oratione, quam pro L. Turio contra Cn. Gellium dixit, ita esse a maioribus traditum observatumque ait, ut si, quod inter duos actum est, neque tabulis neque testibus plane fieri possit, tum apud iudicem, qui de ea re cognosceret, uter ex his vir melior esse, quaereretur et, si pares essent seu boni pariter seu mali, tum illi, unde petitur, crederetur ac secundum eum iudicaretur. In hac autem causa, de qua tu ambigis, optimus est qui petit, unde petitur deterrimus, et res inter duos acta sine testibus. Eas igitur et credas ei qui petit, condemnesque eum de quo petitur, quoniam, sicut dicis, duo pares non sunt et qui petit melior est*⁴³.

Para Brogini, es una «testimonianza viva e preziosa del allentamento dell'antica rigidità verso la fine dell'epoca arcaica»⁴⁴. Pienso, por mi parte, que Aulo Gelio nos remite a una época, anterior a Catón el Censòr, en la cual el formalismo era lo suficientemente poderoso como para llegar a admitirse la prueba moral a favor del litigante con mayor prestigio.

Dice Garnsey que «la influencia que la persona de las partes puede tener sobre el juez en ningún sitio es revelada de forma más vívida que en un pasaje de Aulo Gelio describiendo su propia experiencia como juez privado en una disputa pecuniaria»⁴⁵. A Garnsey le interesa fundamentalmente señalar que la consideración moral y la credibilidad en cuanto testigo y en cuanto parte en un proceso no tiene en cuenta únicamente las virtudes de la persona, sino, de manera relevante, la posición social y económica del litigante o del testigo. En el mismo sentido se manifiesta, a mi juicio demasiado unilateralmente, Tomulescu⁴⁶. Que en la consideración *uter ex his vir melior esset* entren en juego criterios de tipo social y económico es algo inevitable⁴⁷ y contribuye además a formalizar la apreciación de la prueba, a que resulte más «típica».

Sin embargo, en el Derecho clásico ha concluido la primera etapa en la formación de un concepto jurídico de prueba, de manera que la prueba moral no tiene una autonomía propia, sino

43. *Noctes Atticae*, 14,2, 21-23.

44. *Op. cit.*, n. 10, p. 182.

45. GARNSEY, *Social status and Legal privilege in the Roman Empire* (Oxford, 1970), p. 210 ss.

46. TOMULESCU, *An aristocratic Roman interpretation at Aulus Gellius*, en *RIDA* 17 (1970), p. 313 ss. Vid. También KELLY, *op. cit.*, n. 12, p. 43.

47. Cfr. D. 22,5,3 pr.: *Testium fides diligenter examinanda est ideoque in persona eorum exploranda erunt in primis condicio cuiusque utrum quis decurio an plebeius sit.*

que constituye más bien un elemento a tener en cuenta⁴⁸. En el caso que se le planteó a Gelio, el demandante de una suma de dinero no puede, «*consuetis modis*»⁴⁹, demostrar el fundamento de su crédito, pero es un *vir bonus* «*notaeque et expertae fidei et vitae inculpatissimae, multaue et inlustria exempla probitatis sinceritatisque eius expromebantur*», mientras que el demandado es un hombre «*Non bonae rei vitaeque turpi et sordida convictumque volgo in mendacis plenumque esse perfidiarum et fraudum ostendebatur*»⁵⁰. Aulo Gelio hubiera preferido seguir el consejo del filósofo Favorino que se basaba en una antigua regla citada por Catón el Censor en una causa semejante, en virtud del cual debía condenar al demandado⁵¹, pero la consideración jurídica del problema se había modificado profundamente desde entonces; por eso los abogados del demandado pueden decir con razón que lo que «*de utriusque autem vita atque factis diceretur, frustra id fieri atque dici; rem enim de petenda pecunia apud iudicem privatum, non apud censores de moribus*»⁵². Y las mismas personas que componían su *consilium* le indicaban «*non sedendum diutius ac nihil esse dubium dicebant quin absolvendum foret, quem accepisse pecuniam nulla probatione sollempni docebatur*»⁵³. Al final, Aulo Gelio, no sintiéndose con fuerzas para condenar al demandado, y repugnándole absolverle, jura *rem sibi non liquere* y se desvincula de la causa⁵⁴. En cambio, en la época a la que se refiere Catón el Censor cuando dice *a maioribus memoria sic accepi*, no se entiende que falte prueba si existe una desigualdad clara en las cualidades personales de las partes:

*Verba ex oratione M. Catonis, cuius commemorat Favorinus, haec sunt: «atque ego a maioribus memoria sic accepi: si quis quid alter ab altero peterent, si ambo pares essent, sive boni sive mali essent, quod duo res gessissent, uti testes non interessent, illi unde petitur, ei potius credendum esse...»*⁵⁵.

48. PUGLIESE, *L'onere della prova nel processo per formulas*, en *RIDA* 3 (1956), p. 414 ss.

49. GELL. N. A. 14,2,7.

50. Ibid. 14,2,6.

51. Ibid. 14,2,21.

52. Ibid. 14,2,8.

53. Ibid. 14,2,9.

54. Ibid. 14,2,25.

55. Ibid. 14,2,26.

Esta amplitud excesiva del concepto de prueba que llega incluso a difuminar la idea misma de *onus probandi*⁵⁶, puede resultar por exceso tan peligrosa a los efectos de una sana valoración de la cuestión de hecho, como una teoría legal de la prueba por defecto.

Behrends piensa que la época en que se aplicó la regla referida por Catón supone un retroceso respecto de la originaria función del *iudex*, una corrupción del sistema corregida posteriormente por los jueces del Principado⁵⁷. A mi juicio, se olvidan los condicionamientos sociales y culturales del período arcaico, quizá como consecuencia de atender exclusivamente al aspecto de la independencia de la misión del *iudex privatus*. Por otra parte, hay que tener en cuenta el sentido general de la evolución desde los orígenes hasta el Principado, caracterizado como una progresiva liberalización y racionalización. ¿Por qué habíamos de suponer que, retrocediendo hasta el siglo III a. de C., o acaso más atrás, el sentido de la evolución ha debido ser diferente?

La libertad de apreciación de la prueba del Derecho clásico, que termina con el formalismo probatorio, es el resultado de un proceso de racionalización de toda esta materia. La razón es, en realidad, el reino de la libertad en su sentido más auténtico. Este proceso de racionalización de la prueba tiene como resultado el restringir la prueba en sentido jurídico; lo cual podría parecer en principio un mal, ya que la personalidad de las partes o de los testigos puede decirnos mucho sobre la confianza que puede prestarse a sus declaraciones, pero no se trata en primer lugar de una limitación absoluta: las cualidades de litigantes y testigos serán tenidas en cuenta a la hora de apreciar el valor probatorio de lo que manifiestan⁵⁸, y, además, viene determinada esta limitación por una exigencia racional, que deriva del mundo de reglas de experiencia que rodea a los conflictos jurídicos, que es el resultado de un análisis crítico y objetivo de los problemas de prueba.

El mundo clásico no llegó a dar este paso de forma clara y consciente. Es indudable que se abrió camino con fuerza cada vez mayor

56. Este texto nos indica que un concepto técnico de carga de la prueba sólo puede darse cuando existe una separación entre *probatio* y *praesumptio*; en este sentido siguen siendo válidas las manifestaciones de E. LEVY, *Beweislast im klassischen Recht*, en *IURA* 3 (1952), p. 155 ss. y KASER, *op. cit.*, n. 6, frente a PUGLIESE, *op. cit.*, n. 48 y SIMÓN, *op. cit.*, n. 40, p. 135 ss. El reparto de la prueba en el Derecho clásico es esencialmente flexible por la amplitud del mismo concepto de prueba.

57. BEHRENDS, *op. cit.*, n. 5, p. 12.

58. Mod. 8 *regularum*, D. 22,5,2: *in testimoniis autem dignitas fides mores gravitas examinanda est...*, vid. n. 47.

entre los servidores de la Justicia. Pero quienes se ocupan de la prueba, oradores retóricos, hablan todavía de ella en términos demasiado vagos. El concepto retórico de prueba es directamente heredero del concepto arcaico; la prueba retórica no aporta de esta manera nada nuevo, utiliza algo que sigue en parte vivo en la sociedad y que los juristas comienzan ya a superar. En la afirmación de Behrends de un retroceso en este terreno en la época a la que nos remite Catón el Censor se encuentra quizá la idea de que el cambio ha sido provocado por las nuevas concepciones retóricas, pero es más posible que la consideración de las circunstancias personales como determinantes de la resolución del juez sea algo que los oradores retóricos han encontrado en la sociedad, que la *dignitas, gravitas y auctoritas testium*⁵⁹ sea el origen y no el resultado de la actividad y de la teoría retóricas.

La libertad supone una lucha por la racionalidad y de esta lucha aparece transida toda la época clásica. Pero el desinterés de los juristas clásicos por esta materia condujo a que sólo en el período postclásico, cuando nos encontramos ante una nueva formalización legal de la prueba⁶⁰, se distinga, también en el mundo del Derecho, entre las *probationes artificiales* y las *inartificiales*: pruebas serán únicamente las segundas, para las primeras se reserva el término de *praesumptiones*⁶¹.

JOSÉ JAVIER DE LOS MOZOS TOUYA

59. Vid. el interesante artículo de J. Ph. LEVY, *Dignitas, gravitas, auctoritas testium*, en «Studi Biondi» II, Milano (1965), p. 29 ss.

60. Por todos KASER, *op. cit.*, n. 4, p. 484 ss.

61. GIULIANI, *op. cit.*, n. 2, p. 38, n. 1 y 75 s.

III

CONMEMORACION EN ESPAÑA DEL 1.500 ANIVERSARIO DE LA CAIDA DE ROMA EN EL 476

I. En 1976 se cumplieron 1.500 años de la deposición del último emperador romano, Rómulo Augústulo, y con tal motivo se multiplicaron en todo el mundo iniciativas dirigidas a conmemorar tal aniversario. En nuestra época, no podía pasar inadvertido este acontecimiento por las inmediatas reflexiones que plantea al hombre actual la agonía de una civilización, pues, como afirma Mazzarino¹, «La crisis de la humanidad romana ha aparecido siempre como el metro para entender la historia del mundo, cuando las formas antiguas dan el cambio a las nuevas. Y, en verdad, la idea de decadencia alcanza, con la consideración de la crisis del mundo (y precisamente del mundo romano), un contenido ideal eterno». La coincidencia de la celebración de los 200 años de independencia de los Estados Unidos de América, y, parejamente, de la aparición en 1776 de la discutida obra de Edward Gibbon, *The Decline and Fall of the Roman Empire* ha producido un aporte extraordinario a la hoy abundante bibliografía sobre el Bajo Imperio y la caída de Roma.

Son muchos los interrogantes que la investigación trata de resolver, en relación con el debatido tema del fin del mundo antiguo y sus causas. Se han formulado distintas teorías para explicar el porqué de la decadencia de Roma, tema éste que ha venido preocupando a los autores desde antes del 476, pues ya Polibio menciona dos causas, que posteriormente serán paradigmáticas, para la interpretación de la caída del Imperio Romano: la causa «interna», que Polibio aplica a la estructura constitucional del Imperio, y la causa «exterior» que Polibio refiere a la barbarización del mundo greco-romano. Como decimos, los distintos autores se mueven en torno a estos dos polos, acentuando la importancia de uno u otro. Así, ya Cicerón atribuye la decadencia contemporánea de Roma a la crisis de las costumbres y a la falta de hombres verdaderamente grandes (*vinorum penuria*). Para Salustio, la decadencia moral de Roma se debe a la desaparición de la antigua *virtus* y la apari-

1. MAZZARINO, *El fin del mundo antiguo* (trad. esp. México, 1961) p. 4.

ción de la *luxuria*; esa sería, en realidad, la causa de la decadencia política de Roma. Precisamente la fórmula *inclinata res publica*, en el sentido de la decadencia declive, aparece usada por primera vez en esta época, con Cicerón y Salustio, y será ya una expresión técnica, para explicar la situación del Imperio Romano en los últimos siglos de su existencia, en boca de todos los estudiosos que han tratado este tema. En este aspecto, la importancia de Gibbon es notable, pues su *Decline and Fall* constituye una obra clásica cuyo valor, para asegurar la pervivencia de la idea de decadencia, es innegable.

Entre los historiadores modernos se advierte, en términos generales, la tendencia a atribuir la crisis del Imperio Romano a las causas «internas», sobre todo en los posteriores a la primera Guerra Mundial, como Rostovzev y el filósofo Spengler; en cambio, después de la segunda Guerra Mundial se da mayor importancia a las causas «externas»; así entre otros, Piganiol² por último, figuran los partidarios de una solución intermedia, que valoran tanto los aspectos «internos» como los «externos», pues los consideran inseparables, así, Mazzarino³ y, en general, los historiadores británicos a partir de Gibbon.

Nuestro país no podía dejar de sumarse a la conmemoración de este 1.500 aniversario y, si bien la efemérides de la caída de Roma ha pasado casi olvidada en España, hay que destacar algunos trabajos —creemos que los únicos— que se han publicado con tal ocasión. Pasamos ahora a comentar sumariamente cada uno de ellos⁴.

II. La primera noticia de este acontecimiento la dio el romanista Burillo en el discurso leído con ocasión de la apertura del curso académico 1976-1977 de la Universidad de Murcia⁵. Es un estudio corto, pero muy interesante cuyo contenido vamos a comentar a continuación.

Burillo sigue la sucesión de acontecimientos que determinaron el fin de Roma, a través del capítulo 36 de la obra de Gibbon, *The Decline and Fall*: después de la renuncia de la dignidad imperial del general romano Orestes en favor de su hijo Rómulo, las tropas mercenarias que le habían proclamado emperador, en lugar

2. PIGANIOU, *L'empire chrétien* (Paris, 1947) p. 421 s., quien ha hecho célebre la frase: «La civilisation romaine n'est pas morte de sa belle mort. Elle a été assassinée».

3. MAZZARINO, *op. cit.* p. 206 s., que ha dedicado brillantes páginas al estudio de este fenómeno, y tiene el mérito especial de destacar la importancia del factor económico en la crisis del mundo antiguo; vid. *Aspetti sociali del quarto secolo. Ricerche di storia tardo romana* (Roma, 1951), y la recensión de DE FRANCISCI, en *IURA* 1953 p. 250 ss.

4. Esta noticia no pretende ser exhaustiva y, desde luego, excluimos de nuestra consideración aquellas reseñas publicadas en periódicos o revistas no especializadas.

de Julio Nepote, le exigen la entrega de un tercio de las tierras de Italia, y, ante la negativa de Orestes, las tropas se sublevan al mando de Odoacro; este bárbaro aliado de Roma, vence a Orestes en Pavía y le mata en las cercanías de Piacenza el 28 de agosto del 476. Las tropas proclaman *rex* a Odoacro, y éste confina al joven emperador Rómulo Augústulo a una hermosa villa de Campania. Este acontecimiento no supuso un cambio más en la sucesión de emperadores que, desde el 455, habían ocupado la sede imperial; Odoacro no fue emperador de Occidente sino rey de los bárbaros (*rex gentium*) y patricio del emperador de Oriente, Zenón. De este modo, la parte occidental quedó fraccionada en los reinos romano-bárbaros que habían ido formándose: suevos, visigodos, burgundios, alemanes, francos en la prefectura de las Galias, vándalos, ostrogodos... En el 493 Teodorico, tras matar a Odoacro en Rávena, se proclama rey de Italia, pero la parte Oriental no le reconoció como tal hasta que en el 499 le envía las insignias de la dignidad regia. A partir de este momento, ya no hay historia de la parte Occidental del Imperio, sino la historia de los reinos romano-germánicos: visigodos, francos y vándalos fundamentalmente. Burillo, pues, se inserta dentro de la corriente de estudiosos que atribuyen una importancia capital al 476, y también en la que considera que los acontecimientos ocurridos en tal año, no pasaron inadvertidos para algunos contemporáneos⁶ así, el *comes* Marcelino en su Crónica, escrita en el 519, señala la deposición de Rómulo Augústulo (...*cum hoc Augustulo perit*), igualmente Jordanes⁷. A partir de esta fecha, con silencios⁸ y alusiones a estos acontecimientos, se llega al 775 en el que Paulo Diácono declara que el 476 supone una ruptura total con todo lo anterior. Como decimos, Burillo, señala que esta ruptura no fue advertida por todos los contemporáneos, pero sí existía, en cambio, una conciencia bastante generalizada de crisis, como se advierte en las obras de Amiano Marcelino, S. Ambrosio, Claudiano, Rutilio Namaciano.

5. BURILLO, *La caída de Roma a los 1.500 años*, disc. inaugural, reproducido luego en *Rev. de Est. histórico-jurídicos. Univ. Cat. de Valparaíso* 1978 p. 27 ss.

6. Vid. en el mismo sentido, MAZZARINO, *L'impero romano* (Roma, 1973) p. 806 s. De otra opinión, MOMIGLIANO, *La caduta senza rumore di un Impero nel 476 d.C.*, en *Ann. della Scuola Normale di Pisa. Classe di Lettere e Filosofia* (1973) p. 401.

7. Es interesante la hipótesis formulada por WES, *Das Ende des Kaisertums im westen des Römischen Reichs* (1967) p. 194, de que, probablemente, Marcelino y Jordanes tomaron la noticia de P. Aurelio Simaco, quien, con la intención de señalar la ilegitimidad del gobierno de Teodorico, atribuía importancia a la deposición de Rómulo Augústulo para así destacar la independencia de Occidente respecto a Oriente, en espera de que apareciera un sucesor del emperador depuesto.

8. Así el *Auctarium Havniense*, el *Anonymus Valensianus*, la *Vita S. Epiphani* de Enodio; también omiten toda referencia Zósimo y Procopio.

Es, desde luego, difícil dar un diagnóstico de la crisis del Imperio, y Burillo apunta, además de las que tradicionalmente vienen siendo consideradas por otros autores, la carencia de espíritu público que se manifiesta en la escasa resistencia ante las invasiones bárbaras, como el mismo Justiniano no dejaba de poner en evidencia (Nov. 30,12,2).

En definitiva, la falta de un diagnóstico exacto sobre las causas de la caída del Imperio, la misma trayectoria de los acontecimientos posteriores al 476, hacen asumir a Burillo las palabras de Ortega⁹: «La verdad, la pura verdad es que el Imperio Romano no ha desaparecido nunca del mundo occidental. Durante ciertas épocas quedaba latente, subálveo, como embebido bajo las glebas de las múltiples naciones europeas, pero al cabo de algún tiempo rebrotaba siempre el intento del Imperio».

En febrero de 1977, se pronunciaron en la Fundación Pastor cuatro conferencias destinadas también a conmemorar el aniversario que nos ocupa, y que se recogen íntegras en un volumen recientemente aparecido¹⁰. Las conferencias son de gran interés y tocan aspectos muy distintos en relación con el fin del mundo antiguo. El profesor Fernández-Galiano abre el volumen con un corto artículo, a modo de introducción: *El 476 y nosotros*¹¹. Sin entrar a fondo en el tema, Fernández-Galiano considera discutible la idea de Gibbon de prolongar la existencia del Imperio hasta 1453, con la invasión islámica en Bizancio; asimismo muestra su escepticismo ante la explicación que da el mismo Gibbon de la caída de Roma como consecuencia de su excesiva grandeza («the decline of Rome was the natural and inevitable effect of immoderate greatness...»), que resulta para Fernández-Galiano «demasiado elemental». La causa del fin de Roma se resume, para Fernández-Galiano, en «vejez», es decir cansancio y amaneramiento; de ahí que, en cierto modo, comparta la idea gibboniana de que los bárbaros eran «necesarios», como señalaba también Rómulo, el personaje central de la obra de Friedrich Dürrenmatt, *Romulus der Grosse*.

En definitiva, para Fernández-Galiano, en la actual situación de crisis mundial, si no se puede apelar a unos «nuevos bárbaros», sí existe un remedio para renovar este mundo salvable aún: el retorno al hombre interior.

La primera de las conferencias recogidas en este volumen es la de Javier Arce: *Fin del mundo antiguo e historiografía britá-*

9. ORTEGA Y GASSET, *Una interpretación de la Historia Universal. En torno a Toynbee* (1948-49) en *Ob. Comp.* 9, 2.ª ed. (1965) p. 72.

10. *La caída del Imperio Romano de Occidente. Cuadernos de la Fundación Pastor* n. 24 (Madrid, 1980).

11. Vid. *op. cit.* p. 11-23.

nica¹², y trata en ella de los historiadores británicos, de Gibbon en adelante.

La influencia de Gibbon en Inglaterra ha sido enorme, y desde él, es casi un lugar común, en aquel país, el afirmar que en el 476 no cayó ningún Imperio, sino que continuó hasta 1453; indudablemente este optimismo gibboniano es una contribución peculiar, junto con la conciliación del método histórico y filosófico, la iniciación de una corriente de estudios bizantinistas, y destaca la importancia de la época constantiniana. Junto con Momigliano, Arce piensa que la insistencia de Gibbon acerca de la importancia del Cristianismo como factor decisivo de la caída de Roma, tiene su parte cierta, pues, verdaderamente, el Cristianismo al chocar frontalmente con el mundo pagano abrió una «nueva comunidad de los hombres para los hombres»¹³.

Herederos de la obra de Gibbon son Bury, Baynes y Jones; a juicio de Arce la interpretación de Jones acerca de la caída de Roma es la más completa y convincente, y, a su modo de ver, es común a toda la historiografía británica el sentido crítico, el afán clarificador y la exposición viva de los problemas. Entre los historiadores más modernos figura F. W. Walbank. Su singularidad consiste en afirmar que la esclavitud fue la causa de la caída, ya que impidió crear una nueva tecnología, con lo que viene a coincidir con la opinión de nuestro Ortega y Gasset, quien decía que el mundo romano no supo hallar formas nuevas para problemas nuevos.

La segunda conferencia es de Juan José Sayas: *La conciencia de la decadencia y caída del Imperio por parte de los romanos*¹⁴, tema arduo que el profesor Sayas resuelve con indudable habilidad. Sayas se sitúa dentro del grupo de autores que piensan que los acontecimientos del 476 pasaron prácticamente inadvertidos para los contemporáneos, y, por eso, los testimonios del *comes* Marcelino, Jordanes y Símaco no le parecen concluyentes. Sí destaca, sin embargo, que en los siglos IV y V existía una conciencia de crisis del Imperio bastante generalizada, que, casi podríamos decir, era antigua y general, pues ya Cicerón, Salustio, Dión Casio se refieren a la decadencia de la *res publica*. Los cristianos tuvieron una temprana conciencia de crisis, sin duda favorecida por los libros proféticos de Daniel y el Apocalipsis de S. Juan. Los paganos, para paliar de algún modo dicha conciencia, se aferran al tópico de la *aeternitas Romae*, así Amiano Marcelino y Rutilio Namaciano. Tanto paganos como cristianos intuyen el peligro que

12. Vid. *op. cit.* p. 27-40.

13. Vid. MOMIGLIANO, *Edward Gibbon fuori e dentro de la cultura italiana*, en *St. Romani* p. 11 s., es interesante la valoración que hace este autor de la actitud de Gibbon frente al Cristianismo.

14. Vid. *op. cit.* p. 43-65.

representa la presión bárbara, pero, como hace notar Sinesio de Cirene, la reacción general es de apatía. Gibbon y otros han atribuido esta reacción a la predicación cristiana sobre la resignación, pero, como afirma Sayas, no puede considerarse éste un factor determinante del fin del mundo antiguo.

La tercera conferencia es de José María Blázquez: *La Hispania del 476*¹⁵, un tema particularmente interesante, en el que el profesor Blázquez afirma que el 476 puede considerarse como fecha simbólica de la independencia de los visigodos respecto del Imperio, pues Eurico no podía tener una conciencia muy clara de la caída de Roma, sino que para él la desaparición de Roma era, ante todo, la desaparición del prefecto de Arlés, de ahí la importancia de la promulgación del Código de Eurico el mismo año 476¹⁶. Asimismo, el 476 significa la incorporación de gran parte de la Península al reino de Tolosa, de ahí que la deposición del último emperador romano quedara absorbida en Hispania por los acontecimientos locales. Esta fecha estuvo precedida por distintos enfrentamientos entre suevos, visigodos e hispanorromanos, que condujeron al definitivo asentamiento de los visigodos en Castilla hacia el año 462.

La última conferencia es de Luis A. García Moreno, *El 476 visto por los germanos*¹⁷; la dificultad principal de este tema radica en la ausencia de una literatura propiamente escrita entre los germanos, lo cual no permite contar con una historiografía germánica; de otra parte, la literatura épica no refleja en absoluto los acontecimientos de Italia, pues el elemento germánico es el aglutinante principal frente a las posibles expansiones futuras de la parte Oriental del Imperio. Según García Moreno, las nuevas historias nacionales, o de estirpes germánicas, son la fuente más segura para constatar la importancia para los germanos del 476; así, las obras de Jordanes, S. Isidoro y S. Gregorio de Tours. Este último, ni siquiera menciona el 476, pues pretendió legitimar el dominio franco sobre toda la Galia en oposición a sus vecinos, sobre todo los visigodos de la Narbonense. S. Isidoro es el defensor de la monarquía gótica en tierras de Toledo, frente a las apetencias de los reinos vecinos, fundamentalmente de Bizancio y los reinos merovingios; es fácil deducir que, en este contexto, la deposición de Rómulo Augústulo era irrelevante. Para Jordanes, a pesar de que, como hemos dicho, menciona la deposición del emperador, lo más relevante no era la ruptura definitiva con la situación anterior, sino que este acontecimiento posibilitó el go-

15. Vid. *op. cit.* p. 69-81.

16. Acerca de la datación de esta fuente de Derecho romano vulgar, vid. D'ORS, *Estudios visigóticos II. El Código de Eurico* (Madrid, 1960), p. 4 s.

17. Vid. *op. cit.* p. 85-101.

bierno gótico sobre Italia y Roma. En definitiva, puede afirmarse que el 476 pasó bastante inadvertido entre los germanos, a pesar de ser ellos los más directamente beneficiados por la caída de Roma.

III. Antes de poner fin a esta nota, no queremos dejar de hacer algunas observaciones. Coincidimos con el profesor Arce en lamentar que la aportación española en esta ocasión, si bien de interés, haya sido proporcionalmente escasa en relación con la de otros países; lo cual no resulta extraño por cuanto nuestra entrada en el campo de los estudios sobre Historia Antigua es aún reciente.

En nuestra opinión, el escaso eco de la obra de Gibbon en nuestro país puede ser un factor digno de tenerse en cuenta, pues, como dice Momigliano¹⁸ refiriéndose a Italia: «In tuto il resto dell'Europa si discute di caduta dell'Impero e di Bisanzio perché si legge Gibbon...», cabe deducir que en España, lo mismo que en la Italia del siglo pasado, como no se lee a Gibbon, no se discute sobre la decadencia y caída del Imperio.

Para terminar, digamos que se echan en falta, en España, estudios relacionados con los siglos IV y V, por ello son particularmente de agradecer iniciativas destinadas a fomentarlos como la que, en esta ocasión, ha tomado la Fundación Pastor.

TERESA GIMÉMEZ-CANDELA

18. MOMIGLIANO, en *St. Romani* 1976 p. 19.

IV

“DURA LEX SED LEX”

Me decido a publicar esta nota, durante bastante tiempo retenida por incompleta, con el principal fin de solicitar la ayuda de los lectores para completarla.

El adagio «*dura lex sed lex*» es corriente, incluso en la lengua conversacional; aparece, a veces, con alguna variante como «*dura lex, sed servanda*»; así, en el *Diccionario de ciencias eclesiásticas*, de N. Alonso Perujo y J. Pérez Angulo, IV (1886) s. v. «epiqueya» (p. 174). Pero, a pesar de su apariencia latina, no tiene un claro origen romano. No he encontrado, de momento, un testimonio anterior al de E. Pasquier (1529-1615), en sus *Lettres*, livre 19, lettre 15 (en sus *Oeuvres* [Amsterdam, 1723] II col. 579 A); al defender que los jueces deben ajustarse a las leyes, dice así: «et me plaist grandement ce qui dit le Jurisconsulte "*dura lex sed tamen lex est*"».

No creo que pueda caber duda acerca de esta referencia a un «Jurisconsulte», aunque no haya coincidencia exacta en la formulación. Se trata de Ulpiano, que, al comentar (D. 40,9,12,1) la prohibición, establecida por la *lex Iulia de adulteriis*, de que la mujer divorciada manumita o enajene esclavos de su propiedad, aunque no fueran los de su servicio personal, dice: *quod quidam perquam durum est, sed ita lex scripta est*. No conozco otro texto jurisprudencial romano más próximo a nuestro aforismo en las formas corrientes en que éste es conocido. Sin duda, la forma en que lo citaba Pasquier era ya usual, y se atribuía a algún jurista romano de forma vaga y convencional. Pero, ¿cuándo se simplificó la dicción de Ulpiano en la forma que perdura en nuestros días? Esta es la cuestión que no he podido resolver.

La idea de que los *edicta, iussa, leges, praecepta, doctrinae, arbitria, voces, sermones, verba*, etc., pueden ser duros está muy generalizada desde todos los tiempos; incluso los juristas hablan del *rigor iuris*. Es curioso observar que la queja contra una *lex dura* es muy propia de una actitud feminista que lamenta la condición inferior de la mujer. Que yo sepa, en Roma, aparece esta queja por primera vez en Plauto, *Merc.* 4,6,1, al compadecerse de que se castigue el adulterio de la mujer y no el del marido: *lege dura vivunt mulieres*. Pero también Plutarco, *Rom.* 22, 3, se queja de la ley de Rómulo, que considera excesiva (*sphodros*), por impedir el repudio del marido por la mujer. De manera general, se atribuye

la dureza a la moral antigua, superada en los «nuevos tiempos»; así en el discurso de Valerio Masalino que refiere Tácito, *ann.* 3, 34, 2. De este modo, esa dureza constituye a veces el tema de la crítica del derecho que se hace ya en la Antigüedad, como puede verse en D. Nörr, *Rechtskritik in der römischen Antike* (1974), p. 66 ss. Pero no creo que en ningún autor antiguo se encuentre «*dura lex sed lex*».

Tampoco parece ser ésta una formulación medieval. No se encuentra en el excelente repertorio de Walther, *Proverbia sententiaeque Latinitatis Medii Aevi*, aunque sí otras dicciones relativas a la dureza del derecho, como *dura iustitia gratior est venia* (número 6800), o *lex mortis dura / cunctis simul et nocitura / me quoque raptura veniet: / pereant sua iura* (número 13700 b), o, en relación con los pactos que no pueden alterar el derecho público: *pactio privata / (dicit lex canonicata) / sit levis aut dura / non destruit edita iura* (número 20558); observo incidentalmente que estos *edita iura* son sólo el derecho público («*cogens*»), pues, se dice también que el «paramiento fuero vienze»: *lex pacto cedit / pacto lex omnis obedit* (número 13709).

Así, pues, me inclino a pensar, salvo que existan otros datos en contra, que nuestro adagio fue formulado por algún renacentista, aunque todavía no parezca conocido por Erasmo. Pero, ¿quién formuló así el adagio?, ¿cuándo se popularizó?

A. D'ORS

V

SABERES TRASLATICIOS

Ningún historiador del derecho pondrá en duda la necesidad de estar en un contacto constante con las fuentes, pero tampoco ningún historiador del derecho negará las dificultades existentes para mantener tal principio; todos los historiadores del derecho hemos acotado nuestro propio *hortum conclusum* y en el mismo nos encerramos, arrojando una mirada a ámbitos ajenos únicamente a través de las visiones que nuestros colegas nos ofrecen de los mismos; tal actitud, necesaria dada la creciente especialización y la creciente producción científica, no es por ello menos peligrosa, al establecer un filtro entre el historiador y las fuentes; el historiador no acude a las fuentes libre de un esquema interpretativo; al revés, este esquema necesario siempre condiciona su acudir a las fuentes y, sobre todo, la forma de valorar las mismas.

Aún no hace mucho hemos tenido la oportunidad de llamar la atención sobre las consecuencias, no siempre deseables, de esta situación, al examinar la obra de Sobrequés¹. La reiteración de tales afirmaciones es comprensible, si se tienen en cuenta los manuales existentes, en los que todos hemos bebido nuestros conocimientos sobre las fuentes hispánicas.

Hablando de la tercera recopilación catalana, don Galo afirma, en su claro y conciso estilo, «Consta de tres volúmenes, con el mismo plan de materias que la segunda, de la que sólo se diferencia por haberse añadido en los títulos correspondientes algunas leyes nuevas, eliminándose en cambio, en los volúmenes primero y segundo, varias disposiciones ya fuera de uso, que pasan ahora al volumen tercero»². A nadie extrañará que, en lo esencial, tal afirmación concuerde con la descripción realizada por Brocá de la mencionada recopilación; tras indicar que «se aumentó el número de títulos de algunos libros», añade que a consecuencia del tiempo

1. Aquilino IGLESIA FERREIROS, Rec. en *AHDE* 49 (1979) 775-776.

2. Galo SÁNCHEZ, *Curso de Historia del Derecho. Introducción y fuentes* (Madrid 1952) 167 = (10.ª ed. Valladolid 1980) 159.

transcurrido y de las transformaciones sufridas en el derecho, se produjo «la eliminación en los volúmenes primero y segundo de algunas disposiciones que se reputaron superfluas y se colocaron en el tercer volumen»³; y a nadie extrañará que la misma doctrina, con mayores o menores matizaciones, se encuentre en los más modernos manuales⁴ y sea aceptada por todos los historiadores; hecho tanto más sorprendente, cuanto desde las mismas portadas la tercera recopilación catalana nos avisa sobre su propio contenido. Si el primer volumen nos dice que su contenido ha sido compilado en virtud del capítulo de Corte 82 de las Cortes de Barcelona de 1702, el volumen segundo ya nos indica que ha sido compilado en virtud del cap. de Corte 24 de las Cortes de Monzón de 1585, habiendo sido reimpresso de acuerdo con la disposición del cap. 82 de las Cortes de Barcelona de 1702; finalmente, la portada del volumen tercero nos indica simplemente que su contenido ha sido compilado en virtud del citado cap. de Corte 24 de las Cortes de Monzón de 1585. Y un análisis del contenido de esta tercera recopilación muestra la verdad de estas afirmaciones, ya que si se incluyeron las decisiones de las Cortes de 1702 en el primer volumen, ninguna de sus normas derogadas pasó al volumen tercero; tanto el volumen segundo como el volumen tercero permanecieron sin modificaciones en la tercera recopilación, idénticos a los de la segunda recopilación. Así se explica la aparición en el primer volumen de alusiones a la suspensión o derogación de determinadas normas en el mismo contenidas. El filtro de las enseñanzas recibidas es sin embargo tan eficaz, que sólo una vez constatada la esencial identidad entre la segunda y la tercera Recopilación en sus volúmenes 2.º y 3.º, hemos dirigido nuestra atención a sus portadas.

En muchas ocasiones esta situación no sólo se produce por no acudir a las fuentes, sino también por las dificultades existentes para manejarlas. Y creemos que algo de eso ha sucedido con las Ordenanzas de Madrid de 1499, cuyo contenido, al parecer, llegó fundamentalmente a los historiadores del derecho a través de la derogación de las mismas, realizada en las Leyes de Toro de 1505.

Como dice el profesor García-Gallo «los Reves Católicos en 1499, en las Ordenanzas de Madrid, disponen que en caso de duda o a falta de ley se acuda a las opiniones de Bártolo, Baldo. Juan Andrés

3. Guillermo María de BROCA, *Historia del Derecho de Cataluña...* (Barcelona 1918) 408.

4. Alfonso GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español I* (Madrid 1977) 453; José Manuel PÉREZ-PRENDES, *Curso de Historia del Derecho Español. Parte General* (Madrid 1978) 668; Jesús LALINDE ABADÍA, *Iniciación histórica al Derecho Español* (Barcelona 1978) 220; Bartolomé CLAVERO, *Temas de Historia del Derecho: Derecho de los Reinos* (Sevilla 1977) 185; Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español* (Madrid 1980) 279. En algunos casos la concisión de los autores—«reimprimir la recopilación, actualizándola»—hace ambigua toda interpretación.

y el Abad Panormitano. Pero esto provoca aún mayor desorden y en las leyes de Toro, en 1505, se deroga la disposición, disponiendo que se sigan sólo las fuentes citadas en la ley de Alcalá»⁵. Si hay hoy algún historiador que destaque por su profundo conocimiento de las fuentes, este es el profesor García-Gallo; por ello es sintomático que en su valiosa selección de textos, que acompaña a su Manual, si recoge la pragmática de Juan II de 1427 y la ley correspondiente de Toro, no recoge sin embargo el texto de las Ordenanzas de Madrid.

Ahora bien, ¿qué decía la ley primera de Toro? Los Reyes Católicos habían hecho en Madrid en 1499 «una ley e ordenança que fabla cerca de las opiniones de Bartolo e Baldo e de Juan Andrés e el Abad, qual dellas se deve seguir en dubda a falta de Ley».

Se comprende así que también Don Galo afirmase que por la Ordenanza de Madrid de 1499 «se dio vigor, a falta de ley, a las opiniones de Bartolo, Baldo, Juan Andrés y el Abad»⁶ y que esta opinión fuese acogida en los manuales más recientes⁷.

La publicación, en edición fotomecánica, de la Ordenanza de Madrid de 1499 puede evitar en el futuro que se siga repitiendo una afirmación que, si no errada, es, al menos, inexacta, aunque su corto número de ejemplares, 179, pueda hacer dudar de esto. No deja de ser por ello interesante reproducir aquí la prescripción que nos interesa:

«OTROSI MUCHAS VEZES acaesce que en la decisión de las causas ha hauido e hay mucha confusion por la diuersidad de las opiniones de los doctores que escriuieron mandamos que en materia canonica se prefiera la opinion de Juan Andres e en defecto de la opinion de Juan Andres se siga la opinion del Abad de Sicilia: e en materia legal se prefiera la opinión del Bartholo e en defecto della se siga la opinion del Baldo»⁸.

Estos datos han entrado ya, sin embargo, en el reciente Manual del profesor Tomás y Valiente, quien señala que los Reyes Católicos «mandaron que "en materia canónica" se prefiera la opinión de Juan Andrés y en su defecto la del Abad Panormitano y "en materia legal" (es decir, civil) se prefiriera la opinión de Bártolo y en su defecto la de Baldo»⁹.

Pese a ello parece oportuno destacar aquí de nuevo el verdadero

5. GARCÍA-GALLO, *Manual* cit. I 405.

6. SÁNCHEZ, *Curso* cit. 150 = 147.

7. LALINDE ABADÍA, *Iniciación* cit. 133; PÉREZ-PRENDES, *Curso* cit. 567; Rafael GIBERT, *Historia General del Derecho Español* (Madrid 1978) 57.

8. *Leyes por la Brevedad y orden de los pleitos* (1499) (Granada 1973) cap. 37.

9. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual* cit. 247.

tenor de dicha Ordenanza; en primer lugar, porque las afirmaciones realizadas en un Manual, de manera aislada, suelen pasar desapercibidas, sobre todo cuando la bibliografía mencionada no sustenta la nueva opinión; en segundo lugar, porque, a nuestro entender, tampoco se ha aclarado en toda su amplitud el mencionado texto, tímido intento de poner remedio a múltiples discusiones, derivadas de la diversidad de opiniones, pero que dejaba abierto el camino a muchas más, al no resolver aquellas situaciones en las cuales las opiniones contrastadas no contaban con el apoyo de los juristas mencionados.

Cáceres, 28 de febrero de 1981.

AQUILINO IGLESIA FERREIRÓS

BIBLIOGRAFIA

RECENSIONES

ALEJANDRE GARCÍA, Juan Antonio: *La justicia popular en España. Análisis de una experiencia histórica: los Tribunales Jurados*. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1981. 268 págs.

El artículo 125 de nuestra actual Constitución establece que «Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la administración de justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los tribunales consuetudinarios y tradicionales». En virtud del citado artículo queda restablecido, en teoría, el sistema del Jurado en nuestra administración de Justicia, pero ¿qué es lo que entendemos o debemos entender por Jurado? ¿Cuáles son sus fundamentos ideológicos, técnicos e históricos? Todos estos interrogantes nos han sido ahora dilucidados por el profesor Alejandro con este reciente estudio institucional acerca del Jurado.

En primer lugar debemos decir que la obra era necesaria. Ciertamente la bibliografía histórico-jurídica en torno a la citada institución es escasa entre nosotros. Aparte de algunas obras escritas en el siglo XIX, en las que el factor ideológico contribuye en gran medida a una carencia de objetividad, sólo el profesor Gibert se había ocupado en dos ocasiones de estudiar desde un punto de vista histórico y jurídico esta polémica institución. Ahora, en el estudio que recensamos, el profesor Alejandro nos ofrece un análisis exhaustivo, riguroso y lejos de toda parcialidad, de los Tribunales Jurados.

En nuestra modesta opinión el planteamiento del trabajo ha sido el adecuado. En primer lugar se hace un estudio de los distintos fundamentos del Jurado. Dentro de ellos, los fundamentos ideológicos van a jugar un papel preponderante: la nueva sociedad del siglo XIX vio en la justicia popular un soporte de las libertades públicas y una clara expresión del ejercicio de la democracia. Ello convirtió al Jurado en un objetivo político íntimamente conexo con los principios de libertad, democracia y soberanía popular. Lógicamente la politización que tomó la institución hizo que se desatendieran —por parte de defensores como de detractores—, o al menos no se valorasen en su medida, los fundamentos técnicos e históricos del Jurado.

La evolución histórica del Jurado, precisamente por este marcado carácter político que adquirió la institución durante el siglo XIX, ha sido vacilante y sometida en todo momento a las vicisitudes políticas del momento.

El primer intento de instauración del Jurado se encuentra en la Constitución de Bayona de 1808 y si bien el precepto constitucional no tuvo eficacia, la importancia de este antecedente radica —como señala el profesor Alejandro— en que dio lugar al primer intercambio de opiniones entre los asistentes a la Junta de Bayona en torno a la problemática de la implantación del Jurado en España. Tampoco la legislación de las Cortes de Cádiz se lanzó abiertamente a una implantación de la justicia popular; si bien estaba en el espíritu de gran parte de los diputados reformar la administración de justicia, se obró con mucha cautela, quizá pensando más en el futuro.

Tendremos que esperar al Trienio Liberal para que se implante por primera vez el Jurado de forma efectiva, aunque limitado a los delitos de imprenta. En realidad el ensayo apenas tuvo tiempo de dar sus frutos. Por un lado la institución no era vista de buen grado por parte de los oidores de las Audiencias; por otra parte la nación se encontraba dividida en ideologías prácticamente irreconciliables. Es difícil llegar a hacer una valoración de conjunto dado el escaso tiempo en que llegó a ponerse en práctica el nuevo sistema.

Tras la «Década absolutista», el restablecimiento de la Constitución de 1812 en 1836 supuso a su vez la entrada en vigor de la ley de imprenta de 1820 y la adicional de 1822 en las que se instauraba el Jurado también para los delitos concernientes a la libertad de imprenta. Sin embargo, la extensión del Jurado a todos los delitos resultaba todavía peligrosa por lo que la Constitución de 1837 sólo se atrevió a declarar la publicidad de los juicios en materia criminal.

Sólo un profundo cambio revolucionario podría dar ocasión al establecimiento del Jurado para delitos en materia criminal. En efecto, entre los objetivos del Gobierno del General Serrano se encontraba el plan de reforma de la administración de justicia. Los principios inspiradores de la Revolución del 68 serán recogidos en la Constitución de 1869 y en ella, al igual que en los anteriores textos constitucionales, se recogía la institución del Jurado. En noviembre de ese mismo año se lleva a las Cortes una ley de bases para reformar la organización judicial y las leyes de procedimiento civil y criminal. La ley «provisional» —aún en vigor— de 1870 establecía el Jurado para todos aquellos litigios cuyos delitos fuesen castigados con penas superiores a la de presidio mayor y además para los delitos de lesa majestad, rebelión y sedición, cualquiera que fuesen las penas establecidas para ellos.

Sin embargo, pronto empezaron las críticas a la nueva institución, no sólo por aquellos comentaristas de la ley, como Luis de Barreda o Joaquín Villar, sino también por otros sectores de la sociedad. Estos serían tenidos en cuenta en la Restauración de 1874 en la que el ministro de Justicia, Alonso Colmenares, ante el acentuado clima de frustración y descontento respecto al Jurado, decidió la suspensión de los juicios con Jurado.

Se va a abrir a continuación un largo período de espera entre los años 1875 a 1886, que el profesor Alejandro describe minuciosamente en el ca-

pítulo III de su estudio. Son momentos sumamente politizados en los que sigue en pie la polémica entre juradistas y antijuradistas y serán finalmente los primeros quienes verán cumplidas sus aspiraciones con la ley de 20 de abril de 1888. Con ella se abre un amplio período de funcionamiento del Jurado en España que durará hasta 1923.

La valoración global de estos treinta y cinco años de Jurado no es muy halagüeña. Los informes de los fiscales de las Audiencias demostraban que el funcionamiento del Jurado no era satisfactorio y sólo unos pocos representantes del ministerio fiscal consideraban innecesaria la reforma de la institución. La escasa preparación del pueblo español es el común denominador de todas estas memorias de los fiscales de las Audiencias. Si ya el nivel medio de cultura de los españoles era escaso, mucho más acusado era este bajo nivel en cuanto que la ley, al carecer de los medios necesarios para evitar la abstención y deserción, quedaba a la interpretación de personas con muy pocos conocimientos, ya que los de mayor preparación cultural eludían su presencia en el Tribunal. Se extiende la idea de que el Jurado es una carga y como tal se procura eludir. Pero eran muchos más los inconvenientes que presentaba el Jurado: la tendencia absolutoria y, sobre todo, la lenidad ante los delitos de terrorismo. Los inconvenientes del Jurado darán al traste de nuevo con la institución en otro momento político ciertamente muy delicado, la dictadura de Primo de Rivera, que suspenderá «el juicio por jurados en todas las provincias del Reino».

La última etapa del Jurado transcurre entre los años 1931 a 1939 en la que la restauración del Jurado no acabó con los defectos que se habían apuntado en el período anterior como lo prueban las Memorias de los fiscales de las Audiencias. Iniciada la guerra civil, la institución se politizó extremadamente ante los sentimientos de las partes contendientes, hasta el punto que sus componentes perdieron los requisitos de imparcialidad y la institución se convirtió en un instrumento de represión política.

Hemos tratado de sintetizar en líneas generales la evolución histórica del Jurado que, con gran riqueza de detalle, el profesor Alejandro construye en su estudio. Ha realizado un tratamiento exhaustivo no sólo de las fuentes jurídicas, sino también de todas aquellas otras fuentes históricas —literarias, periodísticas, diario de sesiones— que, al mismo tiempo de enriquecer notablemente el trabajo, hacen que su lectura sea ágil y no necesariamente para especialistas. En esta historia del Jurado no sólo encontrará el lector la historia de una institución jurídica, sino que a través de ella podrá conocer más profundamente la historia política y social de los dos últimos siglos. Finalmente creemos que este estudio debe ser tenido presente en la actualidad por aquellos que, en su día, desarrollen el artículo 125 de nuestra actual Constitución a la hora de reformar el actual sistema judicial. En él podrán ver toda la problemática, defectos y ventajas del Jurado, aprender en los errores del pasado y aplicar sus aciertos en el futuro.

JOSÉ SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL

BOVE, LUCIO: *Documenti processuali dalle «Tabulae Pompeianae» di Murècine* (Liguori, Nápoles, 1979). 147 págs.

En este libro de reciente aparición, Bove vuelve a ocuparse de las tablillas Pompeyanas (1) y publica algunos de los documentos hallados hasta este momento en la villa de Murècine. La obra consta de cuatro capítulos, al final de los cuales se incluye un apéndice bibliográfico actualizado, que precede a los habituales índices de autores y de fuentes.

En el capítulo primero se describen las circunstancias del hallazgo de las tablillas, el 24-25 de julio de 1959, al realizarse las excavaciones para la construcción de la autopista Pómpeya-Salerno. Las tablillas se encontraron en el interior de una cesta de mimbre envueltas en barro y aguas freáticas, esto mismo dificultó la lectura y la publicación de aquéllas, hasta que se encontró un procedimiento adecuado para mantenerlas fuera del fango, y y posibilitar, de ese modo, su conservación; trabajo del que con harta paciencia se ocupó la «Soprintendenza alle Antichità di Napoli».

Se puede fijar la fecha de estas *Tabulae Pompeianae* en la primera mitad del primer siglo d. C.; ofrecen éstas un material de gran riqueza para el estudio de distintos actos y negocios jurídicos privados y, a diferencia de las *Tabulae Herculanenses*—de las que se ocuparon reiteradamente Arangio-Ruiz y Pugliese Carratelli—, son legibles en su casi totalidad, pues aquéllas estaban enormemente destruidas por la erupción volcánica, en cambio, las halladas en Murècine, preservadas de la destrucción por el barro, permiten hacerse una idea bastante exacta de la activa vida comercial de la familia de los Sulpicios en torno al cercano puerto de Pozzuoli, ya que las tablillas encontradas parecen ser parte de un archivo de familia.

Los primeros editores, Giordano y Sbordone—utilizando las primeras fotografías y lecturas del desaparecido Onorato—, han venido publicando, hasta fecha muy próxima, en los *Rendiconti dell'Accademia di Archeologia Lettere e Belle Arti di Napoli*, 89 tablillas del más alto interés para el conocimiento de la vida jurídica del primer siglo de nuestra era. Bove reproduce los textos, preferentemente relacionados con actos del proceso formulario, en base a lecturas de Giordano y Sbordone. Al final del capítulo, Bove presenta un cuadro de las tablillas publicadas hasta ahora, con el nombre de los lectores y editores de las mismas, que resulta de gran utilidad.

En el capítulo segundo, Bove trata de los documentos referentes a la prestación del *vadimonium*, tema del que, como hemos visto (vid, supra en nota), ya se ocupó en 1971 en un artículo publicado en *Labeo* que, en la parte de reproducción de las tablillas, se conserva sustancialmente idéntico

(1) Vid. BOVE, *A proposito di nuove «Tabulae Pompeianae»* en *Labeo* 1971, p. 133 ss. [= *Rendic. Dell'Acc. di Arch. Lett. e Belle Arti* 44 (1969; publ. 1970) p. 25 ss.], «*Proscriptiones*» nelle nuove tavolette pompeianae (Tab. Pomp. 19-22), en *Labeo* 1973 p. 7 ss. [= *Rendic. dell'Acc. di Arch. Lett. e Belle Arti* 47 (1972; publ. 1973) p. 167 ss.].

al texto que figura en el presente libro. Bove publica 21 tablillas referentes, casi todas, al *vadimonium* pre-procesal que, en opinión de algún sector de la doctrina, al que se adhiere Bove, vino a sustituir en la práctica a la *in ius vocatio*. Todos estos documentos comienzan con la expresión *vadimonium factum*, lo cual permite pensar que el *vadimonium* siempre partía de la iniciativa del demandante.

Las dos primeras tablillas reproducidas por Bove (*Tab. Pomp.* 1 y 2), presentan la particularidad de que la cantidad a que asciende la *summa vadimonii* aparece dividida en varias cifras; Bove señala esta peculiaridad sin extraer consecuencia alguna, en nuestra opinión este dato es del mayor interés y daremos su explicación en un próximo trabajo.

Las *Tab. Pomp.* 3 y 4 son dignas de mención, pues documentan un *vadimonium* en forma de *fidepromissio*. Son interesantes también las *Tab. Pomp.* 32 y 33 (op. cit. p. 54 s), pues son las únicas tablillas en las que se hace mención expresa de la acción que se intenta.

Una atención especial merece la *Tab. Pomp.* 66 b, de la que Bove no da más que alguna indicación somera; pero de ella nos ocuparemos con detenimiento en un trabajo que tenemos en preparación, acerca de las tablillas referentes al *vadimonium*.

En el capítulo tercero, trata Bove de los documentos referentes a la *interrogatio in iure*, tema éste que, como es sabido, ha sido objeto de prolongadas discusiones doctrinales. A partir de Demelius, se rechazó la tesis sostenida por los pandectistas de la configuración unitaria de la *interrogatio in iure* como un medio para verificar la legitimación pasiva del demandado; posteriormente, Sanfilippo afirmó que la *interrogatio in iure* era un medio creado por el Pretor con finalidades distintas de asegurar la legitimación pasiva, y ésta es la opinión actualmente mayoritaria a la que también se adhiere Bove. Respecto a la *interrogatio an heres sit*, es preciso observar que, en las fuentes actualmente a nuestra disposición, aparece formulada así: *an heres sit vel quota ex parte* (D. 11,1,5 y D. 11,1,9,4), mientras que en las *Tab. Pomp.* 14 y 63 la formulación no es disyuntiva sino copulativa: *essetne heres et quota ex parte*; esto parece indicar que, con el trámite de la *interrogatio* hereditaria, el pretor pretendía, no sólo asegurar la legitimación pasiva del demandado, sino, al mismo tiempo, prevenir el riesgo de *pluris petitio*, puesto que, después de verificar la cualidad de heredero del demandado, se le preguntaba acerca de la cuota hereditaria que le correspondía de modo que el demandante no se arriesgara a ver rechazada su petición por *pluris petitio*. Por lo demás, esta formulación copulativa pone de relieve que no se trataba de dos *interrogationes* separadas, sino de una sola *interrogatio in iure* referente a un doble aspecto. Hay que hacer notar, en relación a estas dos tablillas que, en la número 63, la *interrogatio* aparece formulada así: *...essetne heres aut bonorum possessor Auli Castrici Isocrysi et quota ex parte*; esta *interrogatio* es cronológicamente anterior a la conservada en *Tab. Pomp.* 14, por lo que, al referirse ambas a la sucesión hereditaria de una misma persona (*Aulus*

Castricius Isocrysus), podría pensarse que la cuestión que debía dilucidarse previamente era la de si el demandado era *bonorum possesor* o *heres* y, una vez respondida esta cuestión, se le preguntaba en qué cuota era heredero, si la respuesta a la primera *interrogatio* era afirmativa. Llama la atención, en la *Tab. Pomp.* 14, que la cantidad a que se refiere la cuota hereditaria aparezca dividida en dos cifras; Bove no hace ninguna referencia particular a este hecho que, en nuestra opinión, podría indicar que se trataba de dos coherederos, con lo que las cuotas de propiedad aparecían ya divididas en el trámite interrogatorio, aunque sólo se formulara la *interrogatio in iure* a uno de los coherederos.

También presenta Bove una *testatio* de singular interés para nosotros, pues se refiere a una *interrogatio in iure* acerca de la propiedad y de la *potestas* sobre un esclavo pendiente de responsabilidad noxal. El documento parece conservado en muy buenas condiciones y de él se infieren una serie de consecuencias del más alto interés en relación con el debatido tema de la *interrogatio* de las *actiones noxales*. Tras el examen de esta *testatio* puede afirmarse que la *interrogatio in iure*, en el trámite noxal, era única pero doble, referida tanto a la propiedad como a la *potestas*, es decir, la posibilidad material de presentar al esclavo *in iure: essentne homines Hyginus et Hermes quibus de agitur eius et in potestate eius...* Es interesante observar que esta mención aparece tanto en la *scriptura interior* como en la *exterior del tríptico* referido, pero con la importante diferencia de que, en la *scriptura interior*, aparece cancelada por un trazo firme que puede atribuirse al escriba. Bove no concede mayor importancia al hecho y, en nuestra opinión, indicaría que, en el supuesto de que se trataba, los esclavos en cuestión estaban presentes *in iure*, por lo que no era necesario mencionar la *potestas*, que sólo adquiriría relevancia en caso de ausencia del *servus*. Por lo demás, la no cancelación de la *potestas* en la *scriptura exterior* indicaría que la pregunta de la *interrogatio* era formal, y por ello se realizaba sobre los dos extremos: la propiedad y la *potestas*, no siendo esta última de interés más que en caso de que el *servus* no estuviera presente *in iure*.

En el capítulo cuarto trata Bove de una fórmula con *praescriptio* «*ea res agetur de sponsione*». Cabe decir aquí que, tras el reciente hallazgo del Bronce de Contrebia (Zaragoza), esta *Tab. Pomp.* 34 ya no constituye un *unicum*, pues el bronce español también reproduce el texto de una fórmula procesal, aunque de ambiente provincial. Evidentemente esta *Tab. Pom.* 34 constituye un documento inapreciable que permitirá replantear el tema, reiteradamente discutido por la doctrina, de la necesidad o no de la redacción escrita de la fórmula.

Por lo que respecta al contenido de la *Tab. Pomp.* 34, se trata de una *actio certae creditae pecuniae* nacida de una *sponsio*.

En el capítulo quinto, se refiere Bove a la fijación de la comparecencia ante un *iudex privatus* o un *arbiter ex compromisso*. En la primera tablilla reproducida (*Tab. Pomp.* 24), se contiene el testimonio de la fijación, para

un día determinado (*ex die perendino*), de la vista de la causa ante un juez privado (*Q. Laberius Cerdo Maior*); no se hace ninguna precisión más, pues el resto de la tablilla es ilegible y la segunda tablilla, del díptico se ha perdido.

La Tab. Pomp. 23 se refiere también a una fijación de audiencia, pero ante un *arbiter*. La tablilla presenta la particularidad de que la fijación del lugar y la fecha—tres meses después de la fecha del documento—se repite, casi en los mismos términos, dos veces en la *scriptura interior* y una vez, de modo más conciso, en la *scriptura exterior*. No se menciona la *res* en litigio, sino que, a diferencia de los documentos hallados en Herculano, esta tablilla sólo reproduce la fijación de la comparecencia ante el *arbiter* designado por las partes.

Es, en suma, este de Bove un libro lleno de sugerencias que abre nuevas perspectivas a la investigación. En conjunto cabe objetar a Bove la carencia de un estudio más profundo de las cuestiones que trata. Por lo demás, es siempre de agradecer el esfuerzo de publicar conjuntamente estos documentos procesales del primer siglo de nuestra era.

TERESA GIMÉNEZ-CANDELA

BRAGA DA CRUZ, Guilherme, *A Revista de Legislação e de Jurisprudência. Eshoço da sua historia*. Vol. II. Coimbra, 1979, 138 págs.

La brevedad de este fragmento subraya patéticamente el destino de su autor, sorprendido por la muerte cuando se hallaba en medio de su obra, semejante a un gran fresco de la jurisprudencia y la legislación portuguesa de los últimos cien años (cfr. este ANUARIO 49, 1979). Póstuma aparece esta segunda parte del segundo capítulo proyectado, que comprende desde 1900 a 1922, período señalado por la actuación de Guillermo Moreira. Sólo alcanza la visión general y el examen de la colaboración doctrinal. Abriase, como antes, cada número por uno o dos artículos de fondo, a veces continuados; seguía el cuerpo de consultas y respuestas, más extenso, práctico y aceptado por el público, y desde 1905 una nueva sección de *acordados* de los tribunales superiores. Pero, bajo esa continuidad formal verificose un cambio muy profundo: se orientó la *Revista* hacia la construcción jurídica y la jurisprudencia de conceptos. Se pretendía huir del empirismo que había dominado en su primera época. La firma de Chaves y Castro al manifiesto del nuevo cuerpo de redacción en 1915 era como un aval del pasado; el viejo director, melancólicamente, dos años después, saludaba los «modos de ver modernos», para los que había manifestado avizorante comprensión. Por lo demás, la parte doctrinal continuó siendo una obra colectiva y solidaria, orgullosamente científica frente al caos legislativo contemporáneo, acentuado con el advenimiento de la República en 1910. No criticaba la *Revista* a los ideólogos dominantes, acerca de los cuales ella mantenía objetiva

imparcialidad, sino su defectuosa técnica legislativa, y la ignorancia de los institutos jurídicos que revelaban como legisladores.

Es admirable el equilibrio que revela el autor, entre la apreciación general y los detalles significativos. Una grande esperanza despertó la nueva ley constitucional de 1921; se vería defraudada. Al margen, se propuso la *Revista* contribuir a unas necesarias Pandectas portuguesas. Excepcional fue el alegato, en 1913, en favor del Poder judicial, agraviado por una medida ministerial, desmedida, a propósito de un simple error de hecho. Particular efecto hubo de producir la creación del *Tribunal da Relação* de Coimbra en 1918, en cuya inauguración usó de la palabra Alberto dos Reis por aquella Facultad; un *Boletim* del mismo se proyectó como apéndice de la *Revista* para socorrer el retraso de la sección jurisprudencial.

Bernardo de Alburquerque y Manuel Dias da Silva publicaron como fondos comentarios a los códigos administrativo y procesal-penal, y otro, el primero, a la ley electoral. El plan acariciado desde 1902 de acometer una elaboración de los principios del Derecho civil portugués daría lugar a las famosas *Instituições* de Moreira, en 1907-1911. Entretanto, la propuesta del ministro Campos Henriques de fijar por ley en 1903 la interpretación de treinta y un artículos del Código civil y darles una nueva redacción (sin oír a la Facultad de Derecho, al Tribunal Supremo ni al Colegio de Abogados de Lisboa, y tampoco a una comisión expresamente creada para tal tarea) determinó a Moreira a redactar unas *Observações*, que fueron parte para detener aquel proyecto de reforma gubernativa y al mismo tiempo echaron los cimientos de otra, más amplia, saludable y necesaria. De estas observaciones destacó la relativa a responsabilidad civil, tópico necesitado de una revisión. La discusión parlamentaria en ambas cámaras, minuciosamente analizada, reveló un nivel inferior a la académica; en este punto, el pasado, la discusión del Código de 1867, era mejor. Las *Observações* de Moreira fueron utilizadas por los oradores en la Cámara alta, donde naufragó el proyecto ministerial; allí fue reconocida la *Revista* como órgano específico de la opinión universitaria, *Revista* y facultad alcanzaron su más alto prestigio. Todavía Moreira prosiguió sus estudios sobre personalidad colectiva (un monumento de la *Begriffsjurisprudenz*, y el régimen de aguas, que iba a interrumpir su muerte prematura) y Machado Villela el suyo en torno a las convenciones de La Haya (desde 1896) sobre Derecho internacional privado, en íntima relación con sus *Lições* de 1908-1909 y su *Tratado* de 1922. Facultad y revista entrelazan su historia. Un rasgo clásico es que las colaboraciones, en la *Revista* anónimas, sean reconocidas por el estilo inconfundible de los respectivos autores. La relativa a Aguas, modelo de disertación, se convirtió en un libro que ha alcanzado su segunda edición en 1960. Un tema tan vital—también para la historia del Derecho—como los emolumentos de los magistrados fue objeto de otro fondo, en 1921, quizá de la mano de Alberto dos Reis. El grave quebrantamiento constitucional que suponía la pervivencia de ordenanzas municipales en materia de policía rural provocó una alarma del periódico, que para denunciarlo interrumpió

aquel mismo año la línea editorial. Fue la *Revista* un órgano vigilante de la conciencia jurídica portuguesa. En este lugar abandonó la pluma la mano del maestro. Duda el editor, Texeira Ribeiro, de que la obra sea terminada; se alzaría como un torso proclamando la injuria inferida a su autor cuando volvía a la justa propiedad de su cátedra, tan fielmente servida. ¿Por qué la empresa no ha de atraer a un joven estudioso que intente superarla? Cuando las tentaciones asaltan al que empieza, de seguir los senderos de la historia económica y social, hay aquí un camino de genuina historia del Derecho: una historia de libros, como son la *Revista* encuadernada; biografías de juristas, organización y actividad de los tribunales, sin olvidar la historia de la legislación, y su contorno de historia política; en el centro, esencial, la corriente de doctrina. El primer ejercicio y la más pura escuela para el continuador ha de ser el índice alfabético (nombres, tópicos legales, figuras jurídicas) que Guillermo Braga da Cruz anunciaba y no ejecutará ya en esta tierra.

R. GIBERT

DE LA CRUZ AGUILAR, Emilio: *Ordenanzas del Común de la Villa de Segura y su Tierra de 1580. Estudio, texto, glosario*. Jaén, Instituto de Estudios Giennenses, Diputación Provincial y C.S.I.C., 1980. 110 págs.

La historia del Derecho concebida como historia de los libros jurídicos debe prestar atención a un género íntimamente unido a los lugares. Caracterizada convencionalmente la Edad Media por las fuentes de índole local, éstas aparecen en la Moderna con notable profusión, bajo la forma de Ordenanzas cuya viva continuidad desde los Fueros puso de relieve José Moreno Casado que ahora ha terminado una modesta y fecunda existencia de historiador del Derecho. Francisco Rodríguez Gallardo (de la UNED) ultima como tesis doctoral la visión de conjunto de estos libros en la Corona de Castilla, Recordemos el trabajo ejemplar de Manuel González Jiménez en torno a la ciudad de Carmona, con la edición de sus valiosas Ordenanzas, la historia del concejo entre 1464 y 1523, más el catálogo del archivo municipal.

Emilio de la Cruz Aguilar nos ofrece ahora la edición y estudio de las Ordenanzas formadas en 1580 para el Común de la villa de Segura y su Tierra. Acreditado el autor por su tesis doctoral sobre el *Régimen de montes* de dicha comarca (siglos XIII al XIX), estas ordenanzas fueron el documento inédito central que la avalora. Se conservó un traslado de las mismas en un pleito mantenido ante la chancillería de Granada entre Segura y tres villas comarcanas, iniciado en 1608 y sentenciado en 1612. Existe otro ejemplar, un testimonio sacado del archivo de Santiago de la Espada, a petición de Orcera en 1860, sobre la base de una copia que aquel ayunta-

miento obtuvo del de Segura en 1745. Porque cada concejo poseía o aspiraba a poseer un ejemplar: «juicio del Libro».

La historia jurídica comarcal remonta a una época anterior y nos lleva a la difusión del Fuero de Cuenca, y más atrás aún a su figura originaria el Fuero de Sepúlveda. Como es sabido, la Orden de Santiago adoptó ese modelo para poblar las localidades de su señorío, en primer lugar Uclés (1179), y siendo el texto de Cuenca la redacción completa y usual de dicho Fuero, ésta recibieron muchos municipios con sólo sustituir el topónimo correspondiente. LOMAX, *La Orden de Santiago*, Madrid, CSIC, 1965, páginas 120-122 ha aceptado y expresado brillantemente esta interpretación de lo sucedido.

El autor ha mostrado la continuidad del Fuero con las Ordenanzas a más de cuatro siglos de distancia. El libro de éstas es un monumento de la autonomía municipal o más exactamente en este caso, del «común de las villas del Valle», puesto que una de ellas, la de Hornos, alegó en 1580 ante el Rey la «costumbre y posesión muy antigua» en que se hallaba, según las cuales cuando la villa de Segura quería hacer ordenanzas (por provisión regia, según las leyes de Nueva Recopilación VII, 1), no las podía hacer sin juntar a todos los concejos del Común y estar éstos presentes para hacerlas. En contravención de esta costumbre, Segura sola había formado ordenanzas particulares y ejecutaba penas de las mismas, con daño y perjuicio de los otros pueblos, por lo que el Rey ordenó al alcalde mayor del Partido de Segura diese licencia para que, en su presencia, se reunieran las villas y lugares del Común. Habiendo dado el alcalde cierta respuesta, el mismo rey ordenó al escribano real Francisco Molleda que fuese a la villa de Segura y en presencia del alcalde mayor hiciese juntar a los oficiales del Común para hacer las ordenanzas. Expresamente fueron en la orden excluidos de asistir a la reunión los caballeros de sierra y cualquier otra persona, fuera de los oficiales. En efecto, se reunieron el veintisiete de julio, en el monasterio, de la Peña, de Orcera, arrabal entonces de Segura, los procuradores de esta villa, Siles, Hornos, Villarodrigo, Genave y Torres (estas tres, andando el tiempo, pleitearon con Segura), dos por cada una, excepto Hornos que envió tres, y que ostentan títulos de regidores, alcaldes o escribanos, «sin haber otra persona más», en presencia del Gobernador del Partido. Allí y entonces procedieron «de una voluntad y concordia en un ánimo no discrepante» a hacer y ordenar los capítulos. Dos días después, el 29, nuevamente reunidos, les fueron leídas las ordenanzas «de vervo ad vervum» y ellos lo aprobaron *nemine discrepante*, «sin perjuicio de sus libertades y excepciones». Debemos suponer que un texto tan extenso estaría ya preparado. Los procuradores manifestaron que las Ordenanzas convenían al servicio del Rey y al bien público de los concejos y al aumento de su «común y ganados». Se esperaba evitar el gran daño en las excesivas penas, fraudes y perjuicios que hasta aquí habían habido y habría mientras no fueran aprobadas. Lo fueron por el Rey, a través de su Consejo de Ordenes (militares), «sin perjuicio de tercero y por el tiempo».

que nuestra merced fuere», el cinco de junio de 1581. El testimonio del escribano Molleda indica que el Consejo había introducido en las Ordenanzas «ciertas enmiendas y adiciones».

El texto había sido elaborado sobre unas Ordenanzas anteriores, de lo que quedan huellas. En la número uno leemos: «en esta ordenanza hubo ciertas contradicciones por las villas del común y por esta villa de Segura que fue en las ordenanzas confirmadas por S. M. antes desta, y por S. M. vista ésta con las demás fue respondido...». La solución dada a este conflicto, que Segura pusiera doce caballeros y las otras villas juntas asimismo doce, expresa gráficamente la situación. A las «ordenanzas viejas y antiguas» aluden los capítulos 17, 18 y 20. Dice la 21: «en las dichas ordenanzas antiguas hay una que parece ser justa y razonable», se reproduce su tenor; había sido dictada, o bien testimoniada por el escribano del rey y público de la villa Alonso de Castro, en doce de noviembre de 1480. Por otra parte, las ordenanzas se presentan como confirmación del Fuero: 1. «... guardándose las leyes del fuero a que esta villa está poblada, usada y guardada en lo que toca a los caballeros de sierra... conforme a la ley del fuero»; 15. «... quebrantan nuestros buenos fueros, estilo, uso y costumbre inmemorial»; 17. «... ordenanzas antiguas desta villa usadas y guardadas conforme a la ley del fuero...»; 20. «... conforme a las dichas ordenanzas de esta villa y ley del fuero que sobre esto habla...». 22, 25, 36. «... conforme a la ley del fuero»; 64. «... cosas que son defendidas por nuestros fueros». También hay referencias a las «leyes y pragmáticas de S. M.» (22, 69, 70, 71, 72). El contenido de las ordenanzas se ciñe al oficio público de los caballeros de monte (1-21), el riguroso régimen de vecindad (22, 23), prevención de incendios (24-26), aprovechamientos forestales (27-30, 59-62, 67, 68), protección de rastrojos y cabañas (31-32), cuevas, fuentes y árboles comunes (33, 34), restricciones a los forasteros y a los vecinos en el uso de dichos bienes (35-43, 64, 65, 70), privilegios a los ganaderos (44-46), prohibición de armas a los pastores (47), defensa de los caminos, veredas y abrevaderos (48), de los barbechos (49) policía de las fuentes (50); disciplina del arte de las sierras de agua, un derecho industrial (51-58), exterminio de lobos (63), caza y pesca (69, 70-72). Y en todo ello se advierte un refinado sentido jurídico. En 1585, una asamblea formada por el gobernador y oficiales de Segura y de las otras villas interpretaban restrictivamente la ordenanza 27: «según la experiencia del tiempo ha mostrado que no conviene que así se use». Al día siguiente las Ordenanzas fueron pregonadas «y enmienda de ellas y la dicha última declaración».

Una modificación de las ordenanzas 42 y 43 fue verificada en 1754, con una notable restricción de la libertad contractual. El pleito ya aludido, a principios del siglo XVII, tenía por motivo que la villa de Segura, prepotente, pretendía sentenciar causas «conforme a las ordenanzas que la dicha villa... tenía en particular para su dehesas cerradas y sus vecinos»; las otras villas (eximidas o exentas y con propia jurisdicción, lo que revela una condición especial en el régimen de villa y tierra) sostuvieron la apli-

cación de las ordenanzas comunes. Otro pleito, de 1726 gira en torno al capítulo 23, que permitía la corta y tala, y establecía sujeto y solemnidades para las denuncias. En el curso de un conflicto entre Santiago de la Espada (nueva fundación) y el Subdelegado de Montes de Marina (regulados éstos por una Ordenanza general de 1748), el concejo adució en su favor las Ordenanzas generales y municipales confirmadas por Felipe II. En 1785 el abogado y regidor perpetuo Bernardo Picarzo de Almazán argumentó con las mismas Ordenanzas en favor de la propiedad concejil de todos los montes de Segura, porque en efecto, la número 71 había consignado como «cosa muy notoria que en más de treinta leguas a la redonda destos términos no hay bosque alguno de S. M. ni de señor alguno particular». Todavía en 1820 el alcalde de Segura intentó recuperar el derecho de la villa a sus montes sobre la base de las Ordenanzas de 1580. En 1838, Benatae, al elaborar su *Reglamento* de predios rústicos y urbanos evoca las antiguas ordenanzas.

Sin una derogación formal, la Ordenanza de Montes de Marina de 1748, que debía ejecutarse sin embargo de contrarios derechos, privilegios y costumbres, vino a anular el contenido esencial de las Ordenanzas de Segura, y a vulnerar el derecho de montes del Valle. Esa Ordenanza de Marina pondera las ventajas de las sierras de agua (art. 72), y ordena al intendente un cuidado especial por los montes de Segura (art. 73), pero prohíbe en éstos el empleo de dichos artefactos (art. 74) que Stendhal ha inmortalizado. Aguilar demuestra en su tesis doctoral los perjuicios inferidos al patrimonio popular por una Administración centralista y opresora, sin beneficio tampoco para la Marina real (cfr. un resumen de la tesis, prolongado hasta el momento actual, en *Actas del I Congreso de Historia de Andalucía. Andalucía hoy*, Córdoba, Caja de Ahorros, 1979, págs. 65-75). Esta edición, que viene a postular una real vigencia del antiguo Derecho, contiene la puntual descripción del régimen, dilucidado mediante una seria investigación, y además entrañablemente comprendido por un hijo de la Sierra, que añade un copioso vocabulario, en gran parte directamente recogido del habla comarcal y un completo índice tópico de las Ordenanzas. Por un error de ajuste se ha colocado como bibliografía, lo que no es en modo alguno, el catálogo de publicaciones giennenses. Esta publicación sí es, en cambio, un paso adelante en una ya firme vocación de historiador del Derecho.

R. GIBERT

DIURNI, Giovanni, *L'Expositio ad Librum Papiensem e la scienza giuridica preirneriana*, Biblioteca della Rivista di Storia del Diritto Italiano, Roma, Fondazione Sergio Mochi Onory, 1976, 362 págs.

Saben nuestros lectores (*Elementos*, p. 59) que la colección cronológica del Derecho longobardo llamada *Liber Papiensis* fue objeto en la escuela de Pavía (de ahí ese nombre) de comentario por diversos autores, que

recogido entre 1050 y 1070 en una *Expositio*, manifiesta la progresiva utilización del Derecho romano para desarrollar y dar eficacia al Derecho nacional. Ahora, el maestro Guido Astuti nos presenta la obra de un dilecto discípulo, Giovanni Diurni, que pone a plena luz del día la índole de esa *Expositio*, a través de una esforzada labor crítica. El comentario representa el producto más acabado de la jurisprudencia longobarda, mediado el siglo XI. Aquellos *moderni iudices* de la escuela paviana, al interpretar las leyes particulares de su pueblo, recurrían al *corpus* justiniano, *lex omnium generalis*; por lo que es necesario estudiar ambos elementos, romano y germánico, para tener una idea cabal de aquel pasado. Ahora podemos saber con precisión en qué medida fueron aprovechados la Instituta, el Código, las Novelas (según el epítome de Juliano) e inclusive el Digesto, diez veces, si no directamente, a través de un *excerptum*. El uso de las fuentes bizantinas en el período preirmeriano es lo que más nos ilustra sobre una época atractiva también para quienes piensan que los períodos grandes son los que tienen nombre propio. El libro de Diurni, un libro de Derecho, no es sólo una aportación notable, es también un ejemplo para nuestra disoluta juventud, que corre tras las sombras de la historia social y económica, para buscar la clave de la historia jurídica, que está en sus propios libros, de nuestros compañeros, los antiguos juristas. Diurni se interesa por la etapa preirmeriana, que el grande Savigny dejó en la oscuridad; pronto se centra en la *Expositio*, descubierta por Merckel, autor de la primera historia del Derecho longobardo (1850), a la que siguió la serie de sus cultivadores, que siempre relacionaron este libro con la escuela de Pavía. La ardorosa polémica entre germanistas y romanistas hoy está apagada. El minucioso examen del preámbulo de la *Expositio prefatio expositoris*, sitúa la obra en el ámbito de la ética, de origen lejanamente aristotélico, a través de Boecio, y afinidades con san Isidoro de Sevilla. El autor nos ofrece una comparación con los libros preirmerianos y boloñeses, cuyos exordios se mueven en un semejante orden de ideas, no privativo sino común a toda clase de enseñanza. Proclama el expositor la autonomía del Derecho: «magis enim credere debemus Romane legis auctoritate quam rethorice».

La *Expositio*, conservada en un único manuscrito que la presenta adosada a cada capítulo de la Lombarda, o compilación sistemática, debió, según Boretius, haber sido en su origen un comentario a la cronológica o *Liber Papiensis*. Lo confirma Diurni, por la forma de ser citadas las leyes, y añade por su parte una hipótesis sobre el modo como se ha verificado la trasposición, en la que posiblemente se perdió una parte del texto. Sobre la índole de la obra, poco significan los apelativos *apparatus* o *glossa perpetua*; su examen nos revela explicaciones sobre el contenido de la norma y su significado, solución de problemas relativos a la vigencia o derogación de todo o parte de las mismas y a su aplicación general o particular, su relación con otras, las diferencias de interpretación por los predecesores y la coincidencia o discrepancia con el Derecho romano. Las autocitaciones revelan un pensamiento coherente. Algo muy diferente del estilo boloñés.

de la glosa. El nombre de *Expositio* resulta muy adecuado. Es una obra orgánica, de viva continuidad con la anterior literatura longobarda.

Las referencias a legislación y controversias contemporáneas, permiten señalar como término *a quo* el año 1070 y como máximo *ad quem* los primeros años del siglo XII. Pero el silencio acerca del conflicto entre el papado y el imperio y la reforma gregoriana, inducen a adelantar la fecha. En general el expositor muestra poco interés por las cuestiones eclesiásticas. Todo lleva a localizarle en Pavía, sede de la curia palatina. De la utilización ya indicada, de las fuentes bizantinas, el autor nos presenta un elenco preciso y agotado: noventa y cinco citas de la Instituta, setenta y siete del Código, treinta y siete de las Novelas; de todas, transcripciones literales. ¿Hubo una *Lex Romana, peculiar del territorio longobardo*? El autor se inclina, frente a Besta y el caro Guido Mor, a negarlo. Según su autorizada opinión, el expositor tuvo a la vista los libros originales, pero los alegaba de modo personal y desenvuelto.

Guarda íntima relación con la *Expositio* una colección de fórmulas que acompaña a algunos mss. del *Liber Papiensis*. Son modelos de actuaciones judiciales pertinentes a las diversas fórmulas. Muy breves en su origen, reflejan el diálogo entre demandante y demandado y la resolución del juez sobre la prueba. El compilador hizo un comentario sobre la mejor fórmula, recogió observaciones de otros autores, aludió a la costumbre y se permitió alguna valoración crítica, remitió al Derecho romano y relacionó unas fórmulas con otras y éstas con las leyes. La *Expositio* utilizó y reelaboró este formulario, mejorándolo. Hay otro monumento: el *Chartularium*, veinticinco modelos para la redacción de los actos privados y judiciales, que también ha tenido a la vista el expositor. Todavía, un breve tratado *De ordine successionis ab intestato secundum ius Langobardicum*, es inferior al pasaje correspondiente de la *Expositio*. Al mismo ambiente cultural pertenece la llamada Glosa de Colonia, que Fitting atribuye a Walcausa. Coincide en algunos puntos con la *Expositio*.

La interpretación de las leyes no se limita a aclarar la letra del texto, sino que determina el contenido de la norma y su significado; refleja una adaptación de la disciplina del Trivium: la *littera, intellectus y materia legis*. En una nueva norma ve una *exceptio, additio o determinatio* de la norma anterior; *concordat, affirmat, roborat, respicit, commemorat*. Practica *ponere differentiam, notare, definitio argumenta (ratio dubei rei faciens fidem)*, de los que hay varias clases: *a contrario, a minore ad maius*, y al revés; *ab inconvenienti, ab iniquitate, ab absurdo*; y la *similitudo*. El intérprete ha tenido que resolver en muchos casos el ámbito de aplicación de la norma: a longobardos y/o romanos: *hoc capitulum est generale et ad omnes latrones pertinet*. O bien ha generalizado preceptos dados para supuestos particulares, y en todo revela un alto nivel.

¿Por qué la *Expositio* del Derecho longobardo utiliza el Derecho romano? El propio rey Rotario se ha remitido a la ley romana, aunque era objeto de duda entre los autores, si cuando él y sus sucesores guardaban silencio

sobre este punto debía entenderse que tácitamente aludían a dicha ley. Se admitía generalmente que Rotario no había resuelto todas las cuestiones, sino que en muchos casos se remitía a la ley romana. Admitida una remisión tácita, no dejaban de plantearse dudas. La *Expositio* ha completado esta integración; en un lugar declara: *lex generalis omnium*. El Derecho romano era no sólo un derecho personal—y° así es también considerado por el expositor—, sino además un ordenamiento superior y común, al que se recurre desde la insuficiencia de las leyes bárbaras.

Aún bajo el principio de personalidad de las leyes, el expositor tiende a asignar al Derecho romano una eficacia lo más amplia posible. Esto se advierte en numerosos casos en que se interpretan las normas en sentido nacional, sólo para entre longobardos. En otros se utiliza la ley romana para interpretar la longobarda; conceptos extraídos de los textos romanos sirven para aclarar puntos referentes a sujetos, herencias, grados de parentesco. Es recibida la mayoría de edad romana. Notable es el modo como, recíprocamente, el expositor integra la norma longobarda en el Derecho romano. En el manejo de los textos romanos el expositor supera y a veces censura a sus predecesores los *antiqui*. Una más vigorosa que la de por aquéllos recepción de principios romanos se advierte por ejemplo cuando el expositor afirma la responsabilidad económica del menor de dieciocho años por sus propios delitos, rechazando al efecto la anterior interpretación, apoyada en que Liutprando prohibía a los menores enajenar sus bienes, mediante la distinción entre enajenación voluntaria y forzosa que formulaba el Código. El expositor se revela como un conocedor del sistema de acciones. En otras ocasiones se limita a consignar la identidad entre ambos Derechos o hacerlos coincidir en la interpretación: «ubicumque lex Romana sive Longobarda precipit...»; o bien su divergencia: en Derecho romano el patrimonio del condenado a muerte pertenecía a sus herederos legítimos; según la ley de Carlomagno, al fisco. El adulterio, el rapto, donaciones y varios negocios privados, reglas del procedimiento ofrecen el contraste de los ordenamientos. El Derecho romano prohibía construir iglesias en la propia heredad; lo permitía un edicto de Lotario. Hubo, ciertamente, un contraste entre el Derecho romano y el germánico; hubo dos elementos. No siempre era posible la conciliación.

La *Expositio* refleja la existencia de una escuela de juristas sobre la índole de la cual—judicial, legislativa o académica—han tenido lugar las usuales conjeturas, así como otras relativas a su tendencia teórica o práctica y por último la definitiva acerca de su calidad creadora. El padre de Lanfranco, juez del sacro palacio, formaba parte del *ordo illorum qui iura et leges civitatis asservabant*. El mismo (1005-1089) fue educado *in scholis liberalium artium et legum saecularium ad suae morem patriae*. Propuso *quaestiones* a un Bonusfilius y a sus alumnos, y sus *solutiones* fueron aceptadas por un Guillermo. Los textos de la *Expositio* presentan vivazmente el estilo y el tono de estas discusiones, en las que Lanfranco destaca por su lógica; revelan tanto controversias doctrinales como otras producidas

en los tribunales y la actuación de los *magistri*, la autoridad de los *sapientes*. La escuela no se limitaba a los primeros elementos; en su seno eran examinadas las leyes desde la tradición de una jurisprudencia consolidada; algún juez era señalado como insuficiente en cuanto al *ars iuris*, que era el dominio de los maestros. Frecuentemente se contraponían los autores y los preceptos se valoraban por su *ratio* y en relación con la equidad. Aún puede rastrearse la formación de corrientes doctrinales, alguna de las cuales merece la *laudatio*. En este ambiente eran admitidos *iudices* y *causidici*, con especial relieve los *antiqui* y *antiquissimi*, éstos no siempre estimados. El autor no se atreve a identificar los antiguos como un grupo de juristas activos en la primera mitad del siglo XI, que se hubieran ocupado sistemáticamente de todo el libro legal. El expositor los trata duramente, aunque a veces se sujeta a su *auctoritas*, lo que permite suponer, también sobre la base de un análisis de su contenido, que ellos representaban una doctrina tradicional bien asentada; fieles a la letra, observantes de un método, exactos al eliminar las leyes derogadas, abiertos a la *consuetudo*, no bastante conocedores de la que consideraban *lex* (romana) *omnium generalis*. En esto, los *moderni* aparecen claramente superiores. Ha existido un progreso. Los antiguos manejaban la *Instituta*; los modernos, el *Digesto*. Algunos de estos juristas pueden ser identificados. El ya citado *Bonusfilius*, *causidico*, juez, juez del sacro palacio y juez imperial (así documentado entre 1014 y 1055). En una discusión con Bagardo, éste se apoya en la *intentio legis*, mientras aquél se muestra más adicto a una interpretación literal. Esto y que el expositor se refiera a él siempre en pasado, induce a suponer que él era uno de los antiguos, lo que también conviene a que sea el único de quien se mencionan discípulos. Dicho Bagardo o Balardus contiene asimismo con Guillermo; no alega textos romanos, pero su interpretación es más correcta que la de Bonusfilio. Un Sigefredus, acaso el *iudex sacri palatii* que actúa entre 1014 y 1043, a causa de su razonamiento retórico, es rechazado por el expositor. Este prefiere a *Wilhelmus, non parvi ingenii, melius, diligens*, cabeza de los *omnes bene sentientes*, y el único al que el expositor, seguramente su discípulo, llama *dominus*, como es único en utilizar todas las fuentes romanas, excepto el *Digesto*. Sus citaciones revelan el método más seguro: *littera, intentio, ratio legis*; salva la validez de la norma, resuelve las cuestiones; se opone a los antiguos, pero acepta su *auctoritas*. Hijo y continuador suyo fue Hugo, al que caracterizan viveza, dominio de las fuentes y uso correcto de la lógica; el expositor le rechaza en un caso por considerarle demasiado audaz. Diurni le vindica. Walcausa, a quien se ha atribuido una recensión del *Liber Papiensis*, quizá es el presente en documentos de Verona entre 1055 y 1079, o bien un juez palatino bajo Otón III (983-1002). Anterior en todo caso al expositor, ha disputado con Guillermo y se le recordó como redactor de fórmulas judiciales; arriba se ha indicado su posible paternidad de la Glosa a la *Instituta*, con rasgos longobárdicos.

Diurni ha conseguido entrar en la intimidad de un fundamental libro

jurídico y a su través en toda una cultura del Derecho. Su conclusión: que la *Expositio* es un producto maduro de la jurisprudencia longobarda, en el que se concede amplio espacio a la elaboración teórica, donde se testimonia una función exegética dirigida no sólo a la práctica judicial, sino a la formación de los juristas. El profundo conocimiento y el apropiado uso del Derecho romano, la segura utilización de un método interpretativo, en contraste con métodos anteriores, demuestran que la obra no es una simple recapitulación de una tarea secular ni mucho menos una producción casual, sino la última fase del desarrollo de la ciencia jurídica en Pavía, donde vive y actúa una clase de juristas no excelsos, pero bien preparados, ávidos de saber, que han advertido la insuficiencia de una mera aplicación de las normas, e intentando adaptar un libro jurídico antiguo a los problemas y nuevas exigencias de una sociedad en evolución. Tributo de un filólogo a la época. Completan la exposición literaria nutridas tablas de correspondencia relativas a los diversos aspectos estudiados, así como los textos romanos con lugares paralelos de la *Expositio*. En resumen, una excelente lectura de un libro jurídico, el objeto esencial de nuestra disciplina.

RAFAEL GIBERT

- D'ORS, Xavier: *Posiciones programáticas para el estudio del Derecho romano* (Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1979). 119 págs.

Se trata de la «memoria pedagógica» presentada en su momento por el A. a la oposición para adjuntía, en cumplimiento del requisito reglamentario que manda a los oponentes la composición de un escrito sobre «concepto, método y fuentes» de la respectiva asignatura, en este caso, del Derecho romano. En la *Introducción* objeta el A. que tal requisito resulta desproporcionado, pues un escrito así «parece tarea más propia de los que han llegado al final de su carrera docente que de quienes la inician, pues es verdad que sólo la experiencia de la práctica docente y de la labor investigadora, a lo largo de muchos años, puede dar a un profesor una visión a la vez personal y bien fundada sobre temas tan generales» (p. 9). No le falta razón en esta crítica, basada en la naturaleza misma de las cosas, que se corrobora, además, con la circunstancia frecuente de que estas memorias suelen ser «tralaticias», esto es, muy fundadas en la sistemática y el contenido de memorias anteriores, a modo de acervo que pasa de oponente en oponente. Hay, sin embargo, excepciones; para referirme a las memorias editadas y, de entre ellas, desde luego a las más notables, hay que recordar la de Alvaro d'Ors, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano* (Salamanca 1943) y la de Ursicino Alvarez, *Horizonte actual del Derecho romano* (Madrid 1944). Me atrevo a enunciar también la de Xavier d'Ords, que ahora comento.

Este escrito emana de un tronco poderoso e influyente: Alvaro d'Ors, fundador y maestro de la más vasta e importante escuela romanística ibérica, primera figura de esta ciencia en España y de las primeras en el mundo. A ello se une esto de particular: que Xavier d'Ors, por su filiación familiar, ha podido recoger más íntimamente las enseñanzas de su padre, sin perjuicio de que sus discípulos bien conocemos la generosidad con que Alvaro d'Ors se prodiga en ideas, sugerencias y cuidados hacia quienes se acercan a él en busca de magisterio. En todo caso, el hecho familiar es innegable y en buena hora.

Se trata aquí de una inteligente y personal, también discriminada y desarrollada asimilación de las ideas de escuela, de que Alvaro d'Ors es inspirador. A ello se unen (y por ello se puede hablar de escuela) las posiciones personales y los avances del propio A. De ahí que legítimamente éste ha podido decir que su trabajo viene a resultar «como un complemento, aunque sea humilde y «ex post facto» a los programáticos *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano* que publicó Alvaro d'Ors en 1943».

El libro consta de tres partes: *Concepto*, dividido en dos acápites: *Historia y Derecho*, por un lado; *Derecho romano* por otro. *Método*, en que trata primeramente del de investigación y luego del de enseñanza. *Fuentes*, finalmente, en que se incluye un *Apéndice bibliográfico* sobre los más recurribles textos de toda índole en la investigación y enseñanza del Derecho romano.

1. *Concepto*. El Autor parte del análisis del título que la asignatura lleva oficialmente en España: «Historia e instituciones de Derecho romano». A propósito de él se plantea el problema de la naturaleza de esta asignatura, cruzada, en realidad, por una doble perspectiva: la de la ciencia jurídica y la de la ciencia histórica, que en aquel título se expresa en las palabras «Derecho» y «romano». ¿Es esta disciplina jurídica o histórica; más una que otra; ambas a la vez en perfecto equilibrio? La respuesta del A. es decidida; en palabras interpretativas nuestras: es histórica por su método, jurídica por su modo de razonar. Creo que en esto se sintetiza bien el pensamiento del A. El Derecho romano (como toda ciencia jurídica) es una ciencia de textos: la particularidad consistió en que los textos de que trata la romanística no son vinculantes para un juez moderno, esto es, no son vigentes, pues se trata de textos que jueces del pasado debían considerar. Estos textos nos han sido transmitidos a través de generaciones y han sufrido la suerte de todos los textos del pasado. La primera labor del romanista consiste, en consecuencia, en fijar esos textos, lo cual quiere decir, establecer su autenticidad de fondo y forma y situarlos en una coordenada espacio-temporal. Tal es el objeto del método histórico-crítico y por ello la romanística es una ciencia histórica. Una vez establecido lo anterior se presenta la faceta jurídica de esa ciencia: su tarea de desentrañar el sentido de esos textos. En tal punto un romanista no se encuentra en diferente posición que un jurista moderno, con una sola diferencia: que el jurista moderno, al enfrentarse, por ejemplo, con el artículo de un código, normalmente da por

supuesta la autenticidad del artículo, para adentrarse inmediatamente en el análisis de su sentido jurídico. El problema radica naturalmente en saber qué significa «análisis del sentido del texto». Todo depende del método que se aplique. Para un jurista moderno, adentrarse en el sentido de un texto implica analizarlo a la luz de todo un acervo de conceptos que son los propios de su derecho. No sucede lo mismo cuando el romanista moderno tiene que indagar el sentido de los textos romanos, pues, en principio, resulta anacrónico hacerlo con el cúmulo de conceptos del Derecho moderno. En esto se manifiesta un segundo grado del carácter histórico de la romanística: en que el romanista debe tratar de indagar el sentido de los textos romanos de acuerdo con las categorías que eran propias de los antiguos romanos; en otras palabras, de interpretarlos como los interpretarían, para decirlo en una palabra, los propios juristas romanos.

En este momento se impone una discusión amigable con el autor. Dedicó él un apartado al estudio de la dogmática jurídica. Con líneas maestras traza la historia de aquélla en la antigua Roma, cuyas raíces deben hallarse en la labor de los profesores de Derecho del bajo imperio, que buscaban la regla, el canon, o sea «la fijación de principios o reglas inmutables mediante la canonización de determinadas opiniones». Si por dogmatismo entendemos esto, el análisis del A. no merece ni el más mínimo reproche. Pero, a mi modo de ver, hay otro concepto de dogma (como suele suceder en materia jurídica, estos conceptos son equívocos).

Los juristas romanos de más pura cepa, o sea, los juristas de la época que llamamos alto-clásica (30 a. C.-130 d. C.), ya eran dogmáticos, no por supuesto en el sentido en que ha definido esta palabra el A., sino en este otro sentido: en que ya tales juristas estudiaban los casos de conflicto patrimonial entre particulares (que constituyen el tema del *ius privatorum*) acudiendo a principios considerados muy firmes; y en que ya sus construcciones eran rígidas, en que la excepción lo único que hacía era confirmarlas. Me parece a mí que, independientemente de cualquier vinculación con la teología (que obviamente en la época de que discurrimos no pudo darse), lo que ahora llamamos dogma es algo inherente no sólo a la ciencia jurídica, sino a toda ciencia, sin los cuales es mera *empireia*. Quizá la diferencia entre el modo de proceder clásico y aquel postclásico esté en la forma de construir esos dogmas; esta última acude a las *regulae*, a los canones, mientras que en la primera a principios tratatísticos, no exteriorizados de un modo estereotipado aun cuando los postclásicos se hayan aprovechado de expresiones o frases de los clásicos a través de las cuales manifestaban esos principios, precisamente para canonizarlas como tales *regulae* (cuya expresión máxima es efectivamente el tít. 50, 17 del Digesto: *De diversis regulis iuris antiqui*).

El tema es apasionante y me limito a lo anterior, no sin antes advertir que el empleo de la palabra «dogma» no es algo original de la escuela del iusnaturalismo racionalista (p. 20), pues ya aparece en la edad media: en 1314 Felipe IV el Hermoso, de Francia, al reglamentar los estudios de

derecho en la Universidad de Orleáns, sin perjuicio de negar la vigencia del Derecho romano en el reino, admite que se estudie ahí los *legum et iuris scripti dogmata* (Isambert, *Recueil* 3, p. 22-23), con lo cual quiere aludir al *Corpus Iuris* (leges) y a la ciencia de glosadores y comentaristas (*dogmata*). Con esto no quiero decir que en tal texto aparezca por vez primera la palabra.

Este tema, por otro lado, se relaciona con la conocida tesis de Betti en torno al uso de la dogmática moderna para el estudio del Derecho romano. El A. tiende a considerarla benignamente; en general tiene razón, pero bien se ha dicho que ese método, usado por un romanista de la talla de Betti, no ofrecía peligros; el problema radica en que sea usado indiscriminadamente. Hay manuales modernos que, aplicando un método así, conducen a la náusea del lector informado.

En todo caso que el A. no me mal interprete; yo estoy de acuerdo en que, dada su definición de dogma, tiene razón en todo cuanto dice acerca del carácter del Derecho postclásico. Mi discusión en realidad viene a basarse en un cambio de sus premisas, porque, ya lo he dicho, dogma y dogmatismo son palabras equívocas. Cuanto he dicho se funda en una acepción de esas palabras que el A. no considera. En esta acepción mía, por lo demás, se basa la posibilidad de una ciencia romanística. Si no fuera así sería imposible, p. ej., la crítica de interpolaciones usando criterios internos, no ya meramente formales, pues tal crítica tiene por base la idea de que los juristas romanos se movían en un mundo de principios respetados por todos.

La conclusión final del A. es ésta: en la disciplina que llamamos Derecho romano debe darse un perfecto equilibrio entre historia y derecho. Pero no siempre ha sido así, y es a propósito de esto último que el A. estudia otras tendencias: el dogmatismo, originado en las escuelas de Oriente, proseguido por glosadores y comentaristas y finalizado por la pandectística; el historicismo, iniciado por los humanistas y el *mos gallicus*, cuyos sucesoras han sido los grandes historiadores del Derecho romano del s. XIX. Ambas líneas están estudiadas de modo sintético y muy satisfactorio. Pero la conclusión que luego obtiene el A. parece algo extraña; «En definitiva, la Historia nos demuestra que una consideración parcial del Derecho romano —solamente dogmática o solamente histórica— no justifica suficientemente la existencia de una disciplina académica independiente y lleva, a fin de cuentas, a su desaparición de la enseñanza universitaria». Me explico: esta conclusión aplicada a la asignatura moderna llamada Derecho romano me parece irreprochable; pero yo no creo que ella se obtenga «de la Historia», porque cuando decimos, p. ej., que los bizantinos han sido dogmáticos, o que también lo han sido los glosadores o los comentaristas; o bien que los humanistas y los romanistas del s. XIX han sido historicistas, no hay que olvidar que entonces el Derecho romano no era una disciplina pedagógica al modo en que lo es hoy; entonces el Derecho romano era «el» derecho vigente, respecto del cual se han planteado esas dos distintas

maneras de enfocarlo, pero siempre en cuanto vigente (incluso por los humanistas). Hoy día en que el Derecho romano no es más derecho vigente podemos plantearnos metodológicamente el asunto desde el punto de vista del dogmatismo o del historicismo y analizar los peligros pedagógicos de una u otra postura; antes, el planteamiento de las mismas conllevaba otros efectos, pero en ningún caso la posibilidad de la desaparición del Derecho romano de la enseñanza universitaria. Por esta razón yo no iría a la historia anterior del Derecho romano a buscar los peligros del historicismo o del dogmatismo, sino que me mantendría únicamente en los planteamientos modernos en uno u otro sentido. Cosa que por lo demás también hace el A. cuando dedica páginas penetrantes al comparativismo histórico-jurídico (p. 33 s.), al evolucionismo jurídico y a la concepción naturalística (p. 35 ss.), al materialismo histórico-jurídico (p. 39 ss.). Es claro que estas concepciones contemporáneas sobre el Derecho, aplicadas en especial al romano, no conducen sino que a la disolución de nuestra disciplina.

Un apartado II, bajo el título *Derecho romano*, trata del origen y desarrollo histórico de los conceptos de *ius* y *directum*, de las relaciones entre el *ius* y la religión; de la posterior secularización del primero; de la distinción entre Derecho público y privado. Termina dicho apartado con interesantísimas páginas concernientes a la correlación entre historia jurídica e historia política, entre política y forma procesal y entre política y fuentes del Derecho, en que, sobre ideas ya esencialmente planteadas por don Alvaro d'Ords, el A. ha construido por sí una teoría sobre esos puntos, como digo, de mucho interés y que convendría quizá desarrollar más aún.

2. *Método*. Este capítulo trata, por un lado, del método de investigación y, por otro, del método de enseñanza. Por cuanto respecta al primero, el autor se pronuncia decididamente por el método histórico-crítico, pero aplicado a problemas textuales específicos y no tanto a instituciones completas; es decir, se pronuncia por el punto de vista que suelen emplear los romanistas alemanes en contra de aquel más extendido en Italia. En todo caso no cabe negar que un conjunto de investigaciones por problemas puede conducir a la síntesis institucional, si es que esos problemas han girado en torno a una institución; de este modo, la síntesis será más rica y completa de lo que suele ser su tratamiento cuando se aborda a la inversa.

Lo más interesante y aleccionador de este apartado es cuanto dice el autor en torno a la crítica de interpolaciones. Después de resumir la historia de ese método, propone cinco reglas muy precisas y claras, cuya aplicación, no dudo en declararlo, constituye una vía de salvación de ese método que hasta hace algunos años gozó de tanto prestigio y que hoy, en cambio, se ha visto objeto de censuras. No son de menor interés las líneas dedicadas a las nuevas tareas de investigación, o sea, a temas importantes respecto de los cuales nada o poco sabemos o que, ya tratados, hay que revisar.

Por cuanto atañe al método docente, el punto de partida proviene de

la dilucidación previa que del concepto había hecho el A. páginas antes: «Debemos huir a la vez de una enseñanza excesivamente dogmática, incompatible con las exigencias modernas del estudio del Derecho romano, y de una enseñanza excesivamente arqueológica, que ninguna utilidad tiene para el jurista» (p. 71). Acto seguido justifica un orden de materias, orden ya tradicional en la escuela orsiana, a saber: una introducción concerniente a la historia política y de las fuentes; una parte dedicada al procedimiento; y otra a las instituciones en la secuencia de bienes y Derechos reales; personas y sucesiones; obligaciones. En seis puntos resume el A. los criterios que orientan la antedicha sistemática. Frente al problema de la posición que debe ocupar la asignatura en el plan de estudios de la carrera de derecho, acepta la actual, según la cual se la localiza en el primer año y justifica su opción. El apartado finaliza con el tratamiento de las distintas formas pedagógicas, a saber, las clases magistrales, los seminarios, la discusión de casos, la calificación del estudiante y la dirección de tesis doctorales.

3. *Fuentes*. Es la parte menos desarrollada del libro y quizá más tradicional, pero acaso no cabía otra cosa. El supuesto del A. es dar a la palabra fuente el sentido de bibliografía y no quedarse en la acepción de fuente formal; por eso esta parte evita entrar en el estudio histórico de estas últimas en la antigua Roma y se concentra en aquellos libros antiguos que nos hablan de Derecho romano o en aquellos libros modernos que nos hablan de lo que dicen los libros antiguos; para emplear la nomenclatura germánica, en la literatura primaria y en la secundaria. No dejan de observarse inteligentes observaciones del A. a propósito de los diversos temas de que trata: *Libro de texto y bibliografía didáctica*; *Bibliografía de investigación*; *Fuentes jurídicas*; *Fuentes epigráficas y papirológicas*; *Fuentes literarias*. Cierra esta parte un apéndice bibliográfico, en que de modo clasificado se enumera la bibliografía esencial de un romanista.

El libro de D'Ors constituye una verdadera suma de los puntos de vista metodológicos (en sentido amplio) de la escuela orsiana, que él ha sabido expresar con claridad y profundidad y asimilar de manera reflexiva y personal. Será inevitable que muchos puedan discutir cuanto ahí se dice, no ya en detalles, como hemos hecho aquí, sino en lo esencial y fundamental, porque la originalidad de las tesis que al A. sustenta pueden llevar al choque o bien con hábitos o bien con concepciones distintas; pero algo no se podrá negar: lo estimulante del contenido de este libro y lo renovador de sus puntos de vista. Quienes nos sentimos interpretados por el A., por tener el honor de pertenecer a la misma escuela a que él pertenece, le agradecemos este verdadero «manifiesto» científico, que no debe carecer de repercusión.

ALEJANDRO GUZMÁN

FORI ARAGONUM vom Codex von Huesca (1247) bis zur Reform Philips II (1547). Edición facsímil con introducción de Antonio PÉREZ MARTÍN. Topos Verlag. Vaduz, Liechtenstein, 1979.

Un hermoso volumen *in folio* de 930 páginas, constituye el tomo VIII de la colección de los cuerpos legales europeos medievales en ediciones facsímiles, que se realiza bajo la dirección del Dr. Armin Wolf por encargo del Instituto Max Planck para la Historia del Derecho europeo, y que en anteriores volúmenes ha publicado algunos de los pertenecientes al Imperio alemán, Reino húngaro, Reino de Escocia, Reino de Dinamarca, Reino de Sicilia y Ducado de Saboya-Piamonte. Se trata, por consiguiente, de una colección muy importante para la Historia del Derecho europeo, por la que hay que felicitar al referido Instituto alemán, que dirigía el profesor Helmut Coing, al que corresponde también el Manual de las Fuentes y de la Literatura de la moderna Historia del Derecho Privado europeo, que ha sido recensionada en los tomos 44 y 46 de este ANUARIO por el profesor García-Gallo.

El volumen reproduce un índice de los Fueros aragoneses hasta 1467; un índice de las Observancias; los Fueros de Aragón en su primera edición, con las glosas conservadas en uno de sus ejemplares; las Observancias de Martín Díez de Aux, también glosadas; la consulta evacuada por el citado Martín Díez de Aux a petición del Justicia de Valencia; los Fueros de 1493-1533; la *letra intimada* de Juan Jiménez Cerdán; los Fueros de 1537 y de 1542, según edición de 1576, y los fueros de 1547. Dado que parte de los textos reproducidos se encuentran en el conocido *Savall y Penén*, el mayor interés radica en la reproducción de la primera edición de los Fueros y en la de las glosas. Como es sabido, se han formulado muchas objeciones a las ediciones facsimilares, y algunas parece justificarlas la presente, pues las glosas son muy difíciles de leer y, en consecuencia, la edición sólo será aprovechable en su totalidad para los especialistas. Sin embargo, hay que destacar lo que hubiera costado una edición de otro tipo, y no sólo en el aspecto económico, por lo que es interesante aprovechar los grandes avances de la técnica moderna de la reproducción. Por otra parte, el principal inconveniente, que es el de las glosas, ya que el texto se lee con facilidad, va a ser resuelto, toda vez que el Dr. Antonio Pérez Martín, autor de la *Introducción* a esta edición, tiene en marcha el trabajo de descifrar las glosas para su publicación en edición ordinaria por la Institución Fernando el Católico, de Zaragoza, trabajo que ha de ser del máximo interés y utilidad científica.

Como se ha indicado, la edición va precedida de una introducción del Dr. Antonio Pérez Martín, investigador español que, desde hace bastantes años, trabaja como miembro del citado Instituto Max Planck para la Historia del Derecho europeo, en Franckfurt del Main; colabora en la referida *Historia del Derecho privado europeo*, y no hace mucho ha publicado en Valencia una versión castellana de esa colaboración, conjuntamente con el investigador alemán Dr. Johannes Michael Scholz.

El Dr. Antonio Pérez Martín es uno de los investigadores más laboriosos de nuestros días en el campo de la Historia del Derecho, que parece concebir ésta dentro de la fecunda línea que han representado las Historias de la Legislación, atentas a la descripción de las fuentes con rigurosa sujeción al método cronológico, y en las que hasta el tratamiento de las instituciones se realiza a través de la indicada descripción de las manifestaciones librarias. No es casual su amplia utilización de Historias como la de Marichalar; de obras de librerías, como la de Palau Dolcet; la coincidencia de temas con Rafael Ureña y la condición de discípulo del profesor Gilbert. El trabajo, es decir, la *Introducción*, es una importante aportación a la Historia del Derecho español y, más concretamente, del aragonés, al que sólo cabe objetar lo tardío de su aparición, pues fue terminado de escribir el 25 de julio de 1976, y no se ha publicado hasta 1979, recibándose en España en 1980. Al no haberse actualizado, se observan ausencias notables en la bibliografía y, en consecuencia, de posiciones más o menos interesantes, pero siempre necesarias de registrar, y a las que se hará referencia más adelante.

En la referida introducción se aclara que la reproducción facsimilar se ha realizado sobre la base de un ejemplar de la Biblioteca Nacional de Madrid, complementada con los ejemplares de la Biblioteca Universitaria de Santiago de Compostela, y del ya citado Instituto Max Planck, de Frankfurt del Main. En unas breves líneas se concluye que el derecho municipal o local tiene en Aragón mucha menos importancia que en el resto de los Reinos por ser uniforme y confundirse con el derecho territorial, que debe su origen a la extensión del derecho municipal de Jaca, lo que si en efecto podía decirse en 1976, y yo mismo lo he recogido en el texto de mis Manuales, hoy habría de ser muy matizado después de mi publicación sobre los Fueros de Aragón, donde he tratado de demostrar que, aparte del derecho de extremadura del sur, en el Reino estricto de Aragón ha habido dos corrientes distintas, la burguesa o primitiva aragonesa, y la militar o española, siendo ésta la que ha triunfado sobre la primera, generando el posterior derecho territorial. Hoy no cabe decir que el derecho territorial es la expansión del derecho municipal de Jaca, sino el resultado de la desvirtuación de éste por el derecho de Sobrarbe, que se mueve desde Barbastro a Zaragoza, completado por la influencia mozárabe y mudéjar.

El autor distingue dos etapas en la Historia del Derecho aragonés, que son la de la formación y desarrollo, que conduce hasta el siglo XVIII, y la que denomina *estatificación y asimilación progresiva del Derecho aragonés al Derecho común*, que es la de los siglos XVIII al actual. Personalmente, creo que una división tan simple priva de relieve a la evolución o nos hurta la interpretación del historiador, que se limita a registrar cronológicamente las disposiciones de cortes, como si dejara al lector la labor de asimilarla y de interpretarla. Desde mi punto de vista, la aparición del Privilegio General, que otorga naturaleza pacticia al ordenamiento aragonés, y el proceso de edición y recopilación de los Fueros, con el paso de una

recopilación cronológica a una recopilación sistemática, no deben ser hechos que se registren al nivel que se registran los fueros de 1362, por ejemplo.

Pérez Martín distingue muy bien fueros y actos de corte, siguiendo la línea de Blancas, mostrando más vacilación a la hora de caracterizar las Observancias, siendo en este aspecto donde se nota también la antigüedad de su trabajo, pues no ha podido utilizar el mío ya citado, ni, sobre todo, los del profesor Gonzalo Martínez Díez sobre las colecciones de Jimeno Pérez de Salanova y de Jaime de Hospital. Con gran acierto, desde mi punto de vista, no ha incurrido en el error de calificar de romanista a un sistema por el mero hecho de que haya influencias romanistas. Sin embargo, no ha prestado atención a la elaboración e incidencia de la leyenda de los Fueros de Sobrarbe, sobre cuya condición ideológica he insistido en algunos trabajos aparecidos en este ANUARIO, y ello aunque Pérez Martín no ha dejado de registrar debidamente la bibliografía de Giesey. En ese mismo terreno, y aunque también lo registra, creo que no ha aprovechado suficientemente los trabajos de Molho sobre el origen de las fazañas aragonesas, que yo he seguido en mi libro sobre los Fueros.

Pérez Martín muestra una gran erudición y soltura al presentar la Compilación de Huesca y, en general, la obra de Vidal de Canellas, inclinándose por la dirección de los autores extranjeros, como Feenstra y Wolf en cuanto a la oficialidad o semioficialidad del que llamamos *Vidal Maior*, cuestión todavía no decidida, y sobre la que habrá que trabajar en la dirección que, muy acertadamente, se señala en este trabajo. Menos profundamente trata la adición de los fueros de Ejea y del Privilegio General al libro VIII de los Fueros, pues la antigüedad de su trabajo no le ha permitido tampoco utilizar obras, como la del Dr. Luis González Antón, de quien sólo cita algún trabajo menor.

El autor realiza con gran detalle la descripción de los distintos libros de los fueros, en gran medida, sobre la base de la Historia de Marichalar, y con gran erudición se ocupa de las ediciones, defendiendo con gran acierto, según mi punto de vista, la edición de Savall y Penén frente a algunos de los reparos que se le formuló, principalmente, por Ureña. No comparto la misma identificación en el terreno del derecho supletorio, en cuanto yo me he pronunciado sobre el mismo a raíz de un trabajo sobre la creación del Derecho entre los españoles, que publique en este ANUARIO en 1966, entendiendo que la esencia del Derecho aragonés descansa en su base popular frente a la base erudita de otros sistemas, y cómo se desvirtúa el mismo cuando se quiere entronizar el Derecho romano o el Derecho supletorio, aunque esto lo intenten algunos de los grandes foristas, como Molino o Portolés.

La parte más valiosa del trabajo es, a mi parecer, la que se refiere a la personalidad de Martín de Pertusa, y a la procedencia de las glosas que han sido reproducidas. Es aportación importante, que será complementada, cuan-

do el propio autor, como ya se ha dicho, las descifre y las publique en edición aparte.

El trabajo concluye con una síntesis de las instituciones más significativas, realizada con discreción y utilización de bibliografía bien seleccionada, aunque haya que volver a repetir que la antigüedad del trabajo le ha impedido utilizar aportaciones posteriores, sobre todo, en el orden de las cortes, sobre las que en los últimos tiempos han aparecido trabajos de la profesora María Luisa Ledesma Rubia, o de los doctores González Antón y Sarasa; de la Diputación, con los trabajos del docto Sesma, o de la organización municipal, con los trabajos de la profesora María Isabel Falcón.

En resumen, la presente es una publicación de gran interés para Aragón, muy necesitada de publicación de sus monumentos legales, a lo que se une la gran difusión que va a tener entre los estudiosos europeos, dado el lugar de su edición, y a la que precede un estudio serio de un investigador español que, un tanto inexplicablemente, no está encuadrado en la Universidad española, sino que trabaja en el cuadro de la investigación alemana.

JESÚS LALINDE ABADÍA

GUARINO, Antonio: *L'ordinamento giuridico romano*, Nápoles 1980 (ed. Jovene). 372 pp.

Este libro, que apareció inicialmente como un curso de lecciones en 1949 y vio luego otras dos ediciones (la 2.ª en 1956 y la 3.ª en 1959) sale ahora a la luz por cuarta vez en una reelaboración que si bien presenta contrastes con las versiones primeras, ofrece también en muchos aspectos una sedimentación de lo que fueron las ideas y concepciones del autor en sus años más juveniles. Entonces, como ahora, la meta buscada era la de la identificación del Derecho romano mediante la exploración de sus estructuras básicas y el estudio de los cambios experimentados en su evolución multiseccular. Una pretensión a la que no era ajeno el deseo de ofrecer una visión crítica del Derecho romano y también de clarificar el propio concepto de ordenamiento jurídico.

Escéptico respecto de la posibilidad de hallar una definición satisfactoria de lo que sea el Derecho, el autor se acoge a la idea de que la sustancia de éste no permite un concepto definible. Opta así por caracterizarlo como experiencia indefinible: «Una esperienza che bisogna lentamente fare—e talvolta disfare—attraverso lo studio della storia». De ahí que se adentre en la visión del Derecho como experiencia y que, aun siendo consciente de que la experiencia jurídica romana no es históricamente la única significativa (la anglosajona, la islámica y la china son recordadas expresamente) concentre en ella su atención en virtud de esa importancia sobresaliente que le viene atribuida y de la que una de las razones más notorias es la difusión actual de los ordenamientos jurídicos de estirpe romana. Unos.

ordenamientos cuyas raíces comunes no deberían ser olvidadas si se quiere detener o frenar «il processo di disgregazione della coscienza giuridica moderna, con il conseguente allontanamento fra i vari diritti delle nazioni o dei blocchi» (p. 31).

De los trece apartados o capítulos que componen el libro, los dos primeros (I. *Perché il diritto romano*, y II. *Alla ricerca delle visuali romane*) tienen un carácter introductorio. En el segundo de ellos son presentadas con agilidad y brillantez las posturas principales que en torno a una aprehensión exacta del concepto de ordenamiento jurídico han tenido y tienen vigencia en el pensamiento contemporáneo subrayándose su carácter problemático. Pero se incluyen también en este apartado II temas como el del campo histórico a considerar y el de los medios disponibles. Los apartados III (*I significati e i valori di «ius»*) y IV (*La genesi del «ius»*) vienen a centrarse igualmente en cuestiones que pueden verse como dintelares. Con singular maestría es presentado el cuadro de las significaciones del *ius* y de los valores sociales que con él concurren (*factum* frente a *ius*, *fides*, *aequitas*, *bonum et aequum*, *iustitia*) o que, como el *fas*, le envuelven. Es precisamente al tratar de la génesis del *ius* donde el autor analiza con especial cuidado el concepto de *fas*, tarea por lo demás inevitable si se quiere bucear en la concepción primitiva de lo «jurídico». Manteniendo la separación *ius-fas* en cuanto esferas diferenciales, rechaza expresamente el punto de vista de BEHRENDTS (en *Symptica Wieacker* 1970), con arreglo al cual las dos expresiones serían sinónimas; y se adhiere a lo que es hoy la opinión más generalizada: es decir, el binomio *fas-nefas* expresaría una instancia sobrenatural (muchos siglos después San Isidoro de Sevilla, aquí recordado, hablaría de *lex divina* a este propósito) mientras que el *ius* sería un producto de la voluntad humana. Tratar del viejo tema de la etimología del *ius* es entrar en un terreno donde los filólogos no parecen haber dicho aún la última palabra. Sin embargo, la opinión hoy más extendida es la de derivar *ius/iouis* del veda *yōh* con el significado de salud o purificación ritual propiciadora. Para el autor —que descarta la relación entre *ius* y todas aquellas palabras que como *iugum*, *iungere*, *coniugium*, denotan vinculación, así como también la conjeturada entre *ius* (forma antigua *iouis*) y *Iovis*—es esa derivación la que explica mejor la subordinación del *ius* al *fas* y, al mismo tiempo y sin que haya en ello contradicción alguna, la propia independencia conceptual del *ius* en cuanto expresión de «actividad humana». Cuestión distinta es la del origen mismo del *ius*. Para llegar a su determinación se hace inevitable clarificar previamente algunas materias, como son la de la relación entre *ius* y *mores maiorum*, el sentido originario de la expresión *iuris dictio* o la posibilidad de encuadrar al primitivo *ius* en un sistema ordálico. Frente a las posiciones de Kaser (en cuanto a la caracterización de los *mores maiorum*), de De Francisci, R. Orestano y Behrends (en lo que afecta a la *iuris dictio*) y del propio Kaser y especialmente de Gioffredi (sobre la relación entre *ius* y duelo ordálico), el autor insiste en ver en los *mores maiorum* el substrato sobre el que se erige el *ius*. Este

sería así un conjunto cada vez más amplio y complejo de *mores maiorum*, entendiéndose por tales aquellos modos de comportamiento social que en razón a su vetustez, a la reverencia debida a los antepasados, eran sentidos como vinculantes por todos los miembros de la comunidad.

En cuanto a la posible equivalencia entre el *ius* arcaico y el llamado *ius Quiritium*, el autor rechaza esa sinonimia. Ni cree que el *ius Quiritium* sea un *ius civile*, esto es un Derecho para todos los *cives*, ni cree que la expresión pueda utilizarse para aludir a un Derecho que cubra una determinada etapa histórica. Partiendo de la coexistencia de las dos capas sociales que conoce la Roma de los primeros siglos, el *ius Quiritium* abarcaría exclusivamente los institutos jurídicos vigentes entre las *gentes* patricias que habían contribuido a la constitución de la ciudad. Es evidente que esos institutos jurídicos no eran los únicos, ya que en el ordenamiento general de la *civitas* había o fueron entrando otros elementos (*foedera* de los *patres*, *mores* comunitarios, *leges* del rey), pero éstos, al no tener sus raíces en los *mores maiorum*, no eran propiamente *ius*. De ahí la imposibilidad de que la serie de *leges regiae* conocida como *ius Papirianum* hubiera podido recibir tal nombre si aceptamos su confección en el tiempo del rey Tarquinio.

El ordenamiento jurídico patricio, el *ius Quiritium*, no pudo convertirse, en el sentir del autor, en el conjunto de normas que fue luego el *ius civile Romanorum*. Esta evolución no fue posible (v. a este respecto el cap. VI) por la diversidad de estructuras sociales que presuponen ambos ordenamientos. No es así concebible una expansión del núcleo jurídico originario. Entre el *ius Quiritium*, que acaba agotándose como consecuencia del declive político de la clase patricia, y el *ius civile Romanorum* que es consustancial con la Roma posterior a las leyes Licinias, hay un hueco en el que un ordenamiento de transición, el denominado *ius legitimum vetus*, vendrá a actuar como eslabón de enlace. El *ius legitimum vetus*, expresión sin claro apoyo en las fuentes, designaría el conjunto de normas de carácter legislativo —entre las cuales y en primer término la Ley de las Doce Tablas— cuya promulgación coincide con el largo proceso revolucionario impulsado por la plebe. En este período que se extiende a lo largo de unos cincuenta años, el fenómeno de las reivindicaciones plebeyas va acompañado de una actividad legislativa con amplitud bastante como para hablar de un Derecho con contornos precisos. Tal caracterización del *ius legitimum vetus* lleva forzosamente a tomar postura en la polémica, nunca aquietada, sobre el valor originario de los términos *ius* y *leges*. Con referencia a la fase histórica aludida, el autor no duda en aceptar la opinión de L. Mitteis, según la cual los romanos nunca contrapusieron ambos conceptos, sino que se sirvieron de ellos indistintamente para aludir a una misma realidad.

Según la reconstrucción propuesta, las etapas que respectivamente cubrieron el *ius Quiritium* y el *ius legitimum vetus* culminaron en una confluencia de la que resultó un Derecho unitario superador de las viejas distinciones Quirites—no Quirites, patricios—plebeyos, es decir, un ordena-

miento que durante siglos constituirá el núcleo de la Historia jurídica romana: el *ius civile Romanorum*. Este *ius* (etiquetado por el autor como *ius civile vetus*) es el ordenamiento que se corresponde con la comunidad política que es Roma entre los siglos IV antes de C. (la «respublica nazionale romana») y sus rasgos (exclusivismo, limitación a las relaciones puramente privadas, religiosidad, inmutabilidad) no puede decirse que fueran ajenos al *ius Quiritium*, pero hay también respecto de éste notas diferenciales. En todo caso lo que es de destacar es la existencia de otro ordenamiento que el autor llama *ius legitimum novum* marcando así su aproximación, pero también su lejanía, respecto al antes citado *ius legitimum vetus*. Ambos están conformados por *leges*, pero mientras que las más antiguas tuvieron el carácter de disposiciones otorgadas por la clase patricia, las que dan lugar al *ius legitimum novum* son creación de las asambleas populares y por ello tal ordenamiento pudo ser descrito como *ius publicum*, expresión que sólo más tarde pudo alcanzar los sentidos de *ius quod privatorum pactis mutari non potest* o de *ius quod ad statum rei Romanae spectat*. Por otra parte este *ius legitimum novum* se presenta como un complemento del *ius civile*, el cual es concebido como algo intangible. Este principio de intangibilidad, cualquiera que fuese su alcance (y no se dejan de recordar aquí las posiciones contrapuestas de Arangio-Ruiz, por un lado, y de Gioffredi y Pugliese, y en general del sentir más generalizado, por otro) no impidió, sin embargo, la transformación del proceso privado, pues la *lex Aebutia* y la *lex Iulia iudiciorum privatorum* jugaron el papel de todos conocido.

Sin embargo, una descripción del Derecho Romano en los últimos tiempos de la República quedaría incompleta si sólo fueran mencionados los sistemas normativos antes aludidos. Es así inexcusable la referencia al llamado *ius gentium*, denominado en las páginas que comentamos, y no sin razón, *ius civile novum*. A él va dedicado el capítulo IX, donde no solamente se alude a su contenido, sino también a su proceso de formación y, en especial, al papel jugado por el *praetor peregrinus*, sometido—y con él los pretores urbanos— a la imperiosa presión de las nuevas realidades socio-económicas. El sistema jurídico así formado venía a colmar las lagunas que el ordenamiento anterior no había podido llenar. No había, sin embargo, un enfrentamiento con el Derecho antiguo como el que se produce en el caso del *ius honorarium*, un «Derecho alternativo», como el autor quiere calificarlo, que permitió de hecho la sustitución de las viejas normas por otras más acordes con las nuevas necesidades. Las peculiaridades de este proceso histórico son tratadas en el cap. X. En él se tocan puntos tan importantes como el del encuadramiento de la actividad jurisdiccional, la acción de los juristas en ese ámbito, la formación del concepto de *ius honorarium* en cuanto sistema extra-civil y la suerte última del Edicto clásico. Quien conozca los escritos más tempranos del autor verá de nuevo expuesta en este libro su convicción de que la codificación adrianea del Edicto (tal como es comúnmente aceptada) constituye un relato que no se acomoda a la realidad.

El hasta aquí reseñado itinerario histórico del *ius Romanorum* desemboca en un período en el que la virtud creadora se concentra en el poder imperial. El capítulo X, dedicado al *ius novum*, ofrece un panorama de conjunto en el que parece minimizarse el contraste entre Principado y Bajo Imperio y están en cambio trazados con firmeza los hilos conductores de una evolución jurídica en la que el aparato imperial ejerce una acción decisiva, aunque no rigurosamente excluyente. Las páginas dedicadas a la *consuetudo*, en cuanto fuente subsidiaria, ponen de manifiesto la necesaria función completiva de ésta y hacen así evidentes las limitaciones del *ius extraordinarium* surgido de la aparente omnipotencia imperial.

Pero el cap. X antes citado si bien se refiere a la etapa final del largo camino seguido por el Derecho de Roma, no es el último de los que componen el libro. Otros dos (XII: *Le visuali sistematiche*, y XIII: *Il diritto nell'esperienza romana*) sirven al autor para adentrarse en el difícil terreno de lo que los romanos pensaron realmente sobre el Derecho. El cap. XII se centra especialmente en aquellas clasificaciones que la compilación justiniana nos ha transmitido, como son las de *ius ex scripto* y *ius ex non scripto*, *ius commune* y *ius singulare*, *ius civile* y *ius gentium* (o *naturale*). Unas divisiones sobre las que se llega a la conclusión de que no son, como muchos críticos han pensado, el resultado de un superficial escolasticismo de la jurisprudencia postclásica, sino que hunden sus raíces en esforzadas elucubraciones de los últimos juristas clásicos. Pero es en el cap. XIII donde se formula lo que significó el Derecho para los romanos. Los puntos más destacables en la reconstrucción que se propone son los siguientes: 1.º El *ius Romanorum* fue siempre concebido como expresión de Roma en cuanto sociedad soberana. 2.º La afirmación anterior ha de ser precisada en el sentido de que no todo el ordenamiento emanado de Roma es estrictamente *ius*: no entraron así bajo su órbita institutos de la vida pública demasiado vinculados a las contingencias de la política. 3.º Los límites del *ius* y su propia sustancia no permanecieron inmutables a través de los tiempos: el *ius* invadió zonas del ordenamiento romano a las que antes había sido ajeno y, a su vez, se sintió penetrado por el llamado «sistema de la inculpación», es decir, por el principio de la reacción sancionadora. Esas notas se complementan con la visión del *ius*, o al menos de lo que llegaría a configurarse como *ius privatum*, como un sistema normativo, en oposición a las tendencias institucionistas de lo que luego sería llamado *ius publicum*, sector del ordenamiento que durante muchos siglos quedó fuera del ámbito «jurídico».

El capítulo y también el libro se cierra con una reflexión sobre la angustia kafkiana del hombre moderno ante la incertidumbre del Derecho, dolorosa situación que la hipertrofia legislativa ha venido a exacerbar antes que a paliar. El autor pone aquí su esperanza en una potenciación del juez como medio de alcanzar la eticidad que es esencial del Derecho. En las sociedades contemporáneas el juez vendría así a cumplir la función que

en el mundo romano desempeñó la *interpretatio prudentium* o la *iurisdictio* de los magistrados.

El reseñante se daría por satisfecho si a través de las líneas que anteceden se percatara el lector de la riquísima acumulación de temas y del esfuerzo constructivo que este libro supone. Es cierto que su contenido interesa en primer término al estudioso del Derecho romano, pero no es menos cierto que lo tratado atañe también muy directamente a historiadores y filósofos del Derecho y a juristas en general. En esta exposición preñada de ideas y sugerencias de muy diferente índole, pero en la que campea un tratamiento riguroso y coherente, Antonio Guarino da prueba una vez más de su viva inteligencia y de su capacidad para combinar la profundización en el detalle con las abstracciones firmemente meditadas.

JUAN ANTONIO ARIAS BONET

MAGDELAIN, André: *La loi a Rome. Histoire d'un concept* (París, 1978). 94 págs.

La presente monografía, aparte una introducción (págs. 9-11 y unas conclusiones (págs. 86-92), se divide en tres capítulos. El primero (págs. 12-21) trata de la etimología de la palabra *lex*, y en él el autor presenta una síntesis completa sobre las distintas teorías que se han sostenido al respecto, desde las que encuentran su origen en el idioma común indo-europeo, pasando por las que sustentan su origen exclusivamente itálico, hasta las que la relacionan íntimamente con el idioma griego. Sin embargo, el autor prefiere respetar la creatividad propia del pueblo que dio contenido — en sus distintas etapas históricas — a dicho término: Roma, antes que pretender establecer significados comparativistas que, al fin y al cabo, no hacen más que evaporar inútilmente el significado mismo de la *lex* en Roma. Igualmente, previene el autor contra las apariencias que fácilmente se pueden deducir de las definiciones dadas por los juristas postclásicos, especialmente aquella de Gayo como *quod populus iubet atque constituit* (Gai. 1.3), que, según el autor (p. 9), son las que llevan precisamente a «... rendre hommage au principe de la souveraineté populaire...». El tercer capítulo (p. 55-85) lo dedica el profesor Magdelain al estudio pormenorizado de la *lex publica* que, en Roma, reviste distintas modalidades, así: las *leges sacratae*, es decir, aquellas juradas a favor de la *plebs*; las *leges dictae*, aquellas que dan los emperadores para regular la administración de sus fincas; las *leges censoriae*, que dan los censores para regular el régimen de concesiones del *ager publicus* y sin intervención alguna del *populus*, las *leges rogatae*, o sea, aquellas que declaran los magistrados (*rogatio*) y reciben los comicios con su autorización (*iussum*), etc. En fin, que también este capítulo resulta de sumo interés para el especialista, no sólo por el amplio repertorio bibliográfico de que hace gala el autor, sino también

por las muchas puntualizaciones sobre la gama de modalidades de *leges publicae*. Pero, en nuestra opinión, es el capítulo segundo (p. 23-50) el central de este estudio, y también el que presenta más sugestivos planteamientos. En efecto, el autor observa que el modo verbal imperativo es la característica común a las distintas *leges publicae*, a diferencia de otro acto de potestad como el edicto del Pretor, o de actos de autoridad como el senadoconsulto, que no utilizan aquel modo verbal y en ello tiene razón el autor en lo que se refiere al senadoconsulto, pues, como acto de *auctoritas*, el senadoconsulto no puede revestir más que la forma de consejo a la *potestas*; no tanto, en cambio, en lo que se refiere al edicto, pues, si bien es cierto que cuando el Pretor promete o rechaza un recurso jurídico, lo hace en modo subjuntivo: *rationem edant, in iure apud me ne postulent*, o en primera persona de futuro: *actionem, iudicium dabo, pacta conventa servabo, ratum non habebo*, lo hace precisamente porque su edicto es temporal, a diferencia de la *lex publica* que es intemporal, pero, por lo demás, la *lex publica* que hace el magistrado con el *iussum* del *populus* y el edicto que hace el magistrado por sí mismo se asemejan en que ambos son actos de *potestad* y, por tanto, son conocidos por el *populus*. *Lex annua* llaman los romanos al edicto. Ahora bien, el planteamiento más sugestivo, pero comprensible, consiste en la transpolación que hace el autor de dicho modo imperativo de la *lex publica romana* al *ius* (p. 26: «Le lange du *ius*, qui est en meme temps celui de la *lex*...»; p. 27: «La faculté de formuler du *ius* à l'imperatif...»; p. 28: «Les *leges* typiques ont ceci de commun d'être rédigées à l'imperatif qui est le lange du *ius*...»); planteamiento cuyo trasfondo lo encontramos en el moderno Estado demoliberal, una de cuyas bases es la identificación del derecho (*ius*) con un orden estatal (*lex*) y, en definitiva, desde una perspectiva más amplia, la identificación de la *auctoritas* con la *potestas*. Nada más distante de la realidad política-jurídica de la Roma clásica, donde el *ius* propiamente dicho, es decir, el *civile*, consiste *in sola interpretatione prudentium* o, en otras palabras, en una actividad intelectual libre de aquellos ciudadanos particulares que gozaban en Roma de *auctoritas* jurídica, igual que la noble asamblea de los senadores gozaba de *auctoritas* política. Así, pues, los binomios *auctoritas-potestas*, *ius-lex* se corresponden en un equilibrio en el ámbito jurídico-político de la Roma clásica. De allí que cuando queramos conocer el verdadero lenguaje y modos verbales del *ius* debemos leer —no las *leges*— sino las obras jurisprudenciales, es decir, el Digesto y otras fuentes menores, para darnos cuenta que nada más distante de los *iurisprudentes* que el empleo del modo imperativo: es que la *auctoritas* opina o da sentencias, pero nunca impera. Problema distinto es el de que la *auctoritas* quiera asumir el papel de la *potestas* o que la *potestas* pretenda absorber la *auctoritas*, fenómeno éste que se presentará en Roma postclásica en donde el *ius* se va a convertir en una creación exclusiva de la *lex*, es decir, de la *potestas* de los emperadores, pero también fenómeno de nuestra época moderna de estatismo en donde todo el *ius* ha quedado inmerso en la exclusiva actividad del

legislador, independientemente de la forma de gobierno que revista cada estado moderno: liberal o totalitario; la diferencia está en la intensidad de actividad legislativa; éste es más planificador que aquél y, por tanto, más legislador. Sobre la clarificación de la cada vez más necesaria distinción entre *auctoritas* y *potestas*, para una recta comprensión del derecho debe verse A. d'Ors, cuyo pensamiento al respecto tenemos reunido ahora en sus *Escritos varios sobre el derecho en crisis* (CSIC, Roma-Madrid, 1973), y últimamente, *Doce proposiciones sobre el poder*, en *Ensayos de teoría política* (Pamplona, 1979), p. 11 ss., y *Notas*, p. 113. Sobre el tema de la *lex* también tenemos del mismo autor, *La ley romana, acto de magistrado*, en *Emerita* 1969, p. 137 ss. (= *Nuevos papeles del oficio universitario*, núm. XVII).

FERNANDO BETANCOURT

GARCÍA MARÍN, José María: *El aborto criminal en la legislación y la doctrina (pasado y presente de una polémica)*. (Serie Monografías). Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid 1980, 244 pp.

La actual tendencia de la historiografía jurídica hispánica a centrar su atención sobre los fenómenos jurídicos más recientes explica la mayor atención prestada a la labor de los juristas. Ello se debe no sólo a la práctica ausencia de juristas conocidos en la Alta Edad Media frente a su proliferación en la Edad Moderna, sino también a una razón más profunda. Con la *Recepción* y su consolidación en la Península queda fijado prácticamente el Derecho privado entendido, en el sentido d'orsiano, como aquel que da «soluciones convenientes para los conflictos que surgen entre las personas acerca del aprovechamiento privado de las cosas», aunque añadiendo también las cuestiones de «penas a los criminales». La Edad Moderna conoce un aumento desmedido de la legislación que, sin embargo, en pocas ocasiones afecta al Derecho privado así delimitado.

Esta situación explica que el A., que siempre ha dedicado una especial atención a la literatura jurídica de la época moderna hasta el punto de haberse convertido en uno de nuestros mejores conocedores de la materia —recuérdese que ha estudiado la burocracia castellana de la época de los Austrias utilizando como fuente exclusivamente «la literatura política castellana de los siglos XVI y XVII»— al abordar el estudio del aborto en los siglos XVI, XVII y XVIII haya tenido que centrar de nuevo su atención sobre la doctrina.

Si el A. conoce perfectamente esta literatura jurídica moderna, no es ésta nuestra situación. Esta advertencia tiene el valor de fijar el alcance de las consideraciones siguientes, realizadas desde la posición de un lector interesado, que conoce la literatura jurídica moderna prácticamente de segunda mano y que se encuentra desbordado ante los 86 autores mencionados.

Téngase además en cuenta la imposibilidad, dada la pobreza de medios de la biblioteca de la Facultad de Derecho de Cáceres, de examinar de forma directa, y aún de forma indirecta, la doctrina empleada por el A.

No puede así extrañar que echemos en falta, en primer lugar, un apéndice bibliográfico, pues su ausencia no puede ser substituida por las notas a pie de página. La importancia de la obra del profesor García Marín nos ha impulsado, dentro de nuestros pobres medios, a tratar de suplir, imperfectamente, tal ausencia (vid. Apéndice), para facilitar la lectura de la obra y superar, al mismo tiempo, las insuficiencias de las notas y las continuas erratas de imprenta. Hemos tratado de situar en el tiempo los autores utilizados, pues el A., perfecto conocedor de la literatura jurídica de la época moderna, sólo lo hace ocasionalmente (cf. p. 28, 31, 34, 44, 45, 53, 55-56, 57, 58, 59, 66-67, 70, 81-82, 105, 146, 170, 192, 204, 206, 210); en la mayoría de los casos el lector sólo cuenta como referencia o con sus propios conocimientos o con la fecha de impresión de las obras. Cuando aquéllos no son suficientes, no le queda más remedio que aferrarse al ancla salvadora que representa la fecha de impresión. Pero este remedio es harto peligroso. Un ejemplo será suficiente: Antonio Gómez, jurista del siglo XVI, aparece citado a través de una edición del siglo XVIII. No puede así extrañar que, ante nombres menos conocidos, el lector pueda equivocarse en el momento de colocarlos en el tiempo, si un conocedor tan avezado de nuestra literatura jurídica como el A. no duda en calificar de típico representante de la mentalidad del siglo XVI a Gonzalo de Villadiego (p. 58), jurista muerto en 1486-87¹.

La culpa de este extravío recae en el lector por no estar a la altura del A., pero es humano que se lamente ante las pocas facilidades recibidas. La doctrina examinada por el A. no es aquella que habitualmente maneja un historiador del Derecho. Al lado de una literatura jurídica en sentido estricto aparecen obras que difícilmente pueden incluirse en aquel apartado. El empleo de todas estas obras ofrece dos tipos de dificultades diferentes, que no han escapado al A.: a) valoración de la doctrina manejada, y b) distribución cronológica de la literatura empleada.

Limitándonos a examinar las obras consultadas por el A. por sus títulos, creemos que pueden agruparse en cinco apartados. Esta distribución la hacemos por autores, representados a veces por dos o más obras, que pueden tener carácter diferente; por ello el número total supera los 86 autores citados: 11 autores que escriben obras de teología dogmática o moral (I); 28 autores de *summae confessorum* colecciones de casos de conciencia o confesionales (II); cinco autores que comentan o tratan la parte de la obra de Tomás de Aquino dedicada al tema *de iustitia et iure* (III); 35 juristas, a los que pueden unirse tres autores que se ocupan de las censuras eclesiásticas (IV); en un apartado mixto incluimos seis autores que o se dedi-

1. Servando GARCÍA CRUZADO, *Gonzalo García de Villadiego, canonista salmantino del siglo XV* (Roma-Madrid 1968); en especial p. 69, fecha de su muerte, y p. 129, edición del *Tractatus*.

can a la filosofía o han escrito obras que no pueden incluirse, en base a su título, en alguno de los apartados anteriores (V).

Esta distribución, puramente instrumental, y que puede fácilmente acomodarse a los gustos del lector, gracias al apéndice, ha sido hecha por el título; así se explica que dentro de las obras de teología se incluya la de Laymann, una obra, al parecer, dedicada al Derecho canónico, donde quedan en un segundo plano las consideraciones morales o teológicas². Este hecho, sin embargo, nos coloca ya en el centro del problema y determina, al mismo tiempo, los límites de estas observaciones, realizadas desde consideraciones de tipo general. ¿Puede atribuirse a todas estas obras el mismo valor?

Si las sumas de confesores y las colecciones de casos de conciencia han sido consideradas factor importante en la Recepción del Derecho romano —y subrayamos Derecho romano—, al unir teología y Derecho, lo mismo no puede predicarse de los confesionales; además, esta utilización del Derecho en las sumas llegó a tales extremos que la obra de Cayetano, *Summula peccatorum*, supone una reacción contra las sumas anteriores; en la misma el aspecto jurídico deja sitio a un tratamiento teológico moral de la materia³.

La llamada segunda escolástica va a seguir con la práctica de sumas de confesores y al mismo tiempo va a desarrollar, entre otras formas literarias, la técnica de los comentarios y tratados referentes al tema *de iustitia et iure*⁴; si estas formas literarias no olvidan el Derecho, hasta el punto que en algunos casos se pueden presentar como obras jurídicas, sin embargo, los representantes de la segunda escolástica son, en último análisis, moralistas y no juristas⁵. La obra de Schulte puede ser a veces útil para valorar la contribución de estos autores al Derecho canónico.

El A. ha subrayado la íntima unión entre moral y Derecho en esta época, sobre todo en el campo del Derecho penal; al destacar el trascendentalismo teológico en la valoración doctrinal del aborto, se encuentra bien flanqueado por la autoridad de Hinojosa y Tomás y Valiente (p. 69 ss.). Y, sin embargo, es posible que, en algunas ocasiones, el A. se haya dejado arrastrar por tal unión, prescindiendo de los posibles peligros que podían derivarse de un empleo apresurado y desafortunado por parte de los moralistas de la época de los conceptos penales. No creemos que sea discutible esa vinculación entre teología y Derecho, a la que alude frecuentemente

2. Joh. Friedrich von SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts. III-1. Von der Mitte des 16. Jahrhunderts bis zur Gegenwart* (Graz 1956. Photom. Nachdr.) 133 ss.

3. Christoph BERGFELD, *Katholische Moraltheologie und Naturrechtslehre*, en Helmut COING (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte. Zweiter Band, Neuere Zeit (1500-1800). Das Zeitalter des gemeinen Rechts. Erster Teilband. Wissenschaft* (München 1977) 999 ss.

4. BERGFELD, *Katholische* cit. 1016.

5. BERGFELD, *Katholische* cit. 1019 ss.

el A., aunque tengamos nuestras reservas sobre el empleo de la literatura teológica; es posible que para los autores de la época todo delito sea al mismo tiempo pecado (p. 31, 52, 67, 73, 75, 76, 126, 141, etc.); o como dice el A., hablando de Azevedo las palabras de este autor evidencian:

«... ese trascendentalismo o ese teologismo que aparece como inseparable de la noción de homicidio, y que determina su caracterización no sólo como un delito, sino también, y correlativamente, como un pecado» (p. 75),

pero quizá no pueda darse la vuelta a la fórmula, como parece hacer el A., al afirmar que Fuente Hurtado considera

«... incurso en pecado mortal a quienes provocan el aborto del no nacido inanimado, pecado mortal que, como ya vimos en su momento, implicaba la correlativa consideración de homicida en el causante» (p. 101. Cf. 113, 123).

Estamos ante consideraciones generales, ya que el A., cuidadosamente, señala que quienes establecen la equiparación entre delito y pecado «proceden del campo de la Teología moral, sin que apenas encontremos manifestaciones en este sentido en juristas» (p. 73) y reseña, con el mismo cuidado, toda disociación entre delito y pecado (p. 51-52; 77-78; 126-127), constatando así la no plena identificación entre la idea de pecado y delito, pues la muerte de un feto no animado, como dirá Antonio de Córdoba, «también es pecado mortal, aunque no es homicidio, ni ay irregularidad» (p. 51), pero también constatando la disociación entre delito y pecado, pues no todo delito es pecado, si como señala el A., comentando la opinión del mencionado Antonio de Córdoba:

«... el mero hecho de "desaconsejar" sólo evita las consecuencias espirituales del acto abortivo, es decir, elimina su consideración de pecado, pero no las consecuencias que derivan de su vertiente jurídico penal, a saber: su consideración como homicidio y la caída del mandante (junto con el mandatario) en la pena legal ordinaria» (p. 154-155).

Estas consideraciones hacen equívocas las alusiones a la noción de pecado grave para establecer una equiparación con el delito (cf. p. 113, 123, 126, 206), sobre todo si la misma doctrina duda a veces (p. 128-129).

¿Qué Derecho, por otro lado, conocen estos autores? Fundamentalmente el Derecho romano y el Derecho canónico (cf. 66, 78, 123, 127-128, 141, 145, 176-177, 180, 196). También citan, es verdad, el Derecho propio, pero entonces se plantea el problema de identificación de ese Derecho propio, pues, como puede verse en el apéndice, no todos los autores manejados son hispánicos.

Tampoco han escapado a la perspicacia del A. otras razones, como muestran sus constantes alusiones a opiniones más o menos rígidas, que pueden relativizar el empleo de esta literatura.

Si el siglo XVI ve la paulatina confirmación del Concilio de Trento, que lleva a la independización de la Teología moral de la Teología dogmática,

apareciendo así los primeros manuales de aquel tipo⁶, durante el siglo xvii asistimos al enfrentamiento entre probabilistas, laxistas y probabilioristas, enfrentamiento que culmina con la condena de las tesis laxistas y jansenistas⁷ y, finalmente, durante el siglo xviii se asistirá a las luchas entre los partidarios de la tradición y los partidarios, minoritarios, de imponer las nuevas doctrinas⁸. Estos hechos quizá no impidan que en un momento determinado triunfe alguna de estas posiciones. El laxismo no es un sistema de doctrina, sino una mentalidad, un estilo, por lo que se puede llegar —y se llegó— muy pronto al laxismo desde el probabilismo; hay que tener en cuenta así que «el probabilismo estuvo en pleno auge en la época aurea de la teología moral, o sea, desde 1577 hasta 1655», que no faltaron laxistas en la Península pertenecientes a diferentes familias religiosas y que «siendo la Compañía de Jesús la que cuenta en este tiempo con mayor número de moralistas que profesaban el probabilismo, no es nada extraño que de sus filas saliesen también la mayor parte de los laxistas». Por otro lado, «hacia la mitad del siglo xvii, el sistema moral del probabilismo termina su época clásica e inicia un largo y penoso periodo de crisis»⁹. Dos conclusiones pueden obtenerse de estas afirmaciones: la importancia que debe atribuirse a un elemento aparentemente intrascendente, la pertenencia de un autor a una u otra orden religiosa, y la posible dependencia del cuadro trazado de la preferencia concedida por el A. a teólogos y moralistas (p. 26, 69-70), como puede constatarse fácilmente en el apéndice.

No podemos valorar estas distintas opiniones de los autores manejados, subrayadas por el A., al no poder acudir a los mismos, pero resulta desconcertante ver a Diana, el autor más citado y con mucho de todos los manejados, colocado entre los autores más rigoristas (cf. p. 91, 101-102, 105, 109, 129, 131, 142, 156, 206), como aquel que «representa la posición más rigorista en estos casos» (p. 119), cuando este clérigo regular italiano fue calificado por su laxismo de «Agnus Dei qui tollit peccata mundi», aunque Alfonso de Ligorio reserva el título de «princeps laxistarum» para Carmuel¹⁰.

Este desconcierto se apoya en una valoración ajena de la obra de Diana, obra que el A. ha valorado y nosotros no, pero encuentra también apoyo en el desacuerdo con el A. en alguna interpretación de la obra de Diana, cuando hemos podido cotejar el texto con las notas (cf. p. 37 y n. 18) y en las propias dificultades que el A. encuentra para interpretar el pensa-

6. Isaac VÁZQUEZ, *Las controversias doctrinales postridentinas hasta finales del siglo xvii*, en Ricardo GARCÍA-VILLOSLADA (dir.), *Historia de la Iglesia en España IV: La Iglesia en la España de los siglos xvii y xviii* (Madrid 1979) 461 ss.

7. VÁZQUEZ, *Las controversias* cit. 452 ss.; 465 ss.

8. FRANCISCO MARTÍN HERNÁNDEZ, *La formación del clero en los siglos xvii y xviii*, en GARCÍA-VILLOSLADA (dir.), *Historia* cit. IV 534 ss.

9. VÁZQUEZ, *Las controversias* cit. 466.

10. VÁZQUEZ, *Las controversias* cit. 466; P. GUERIN, en *Diccionario de Historia Eclesiástico de España I* (Madrid 1972) 343. Citaremos a continuación simplemente como DHEE.

miento de Diana (p. 166, 201, 209). Hablamos de una distinta interpretación para destacar una exigencia que el lector siente al leer la obra, exigencia que quizá no pueda ser satisfecha en la misma; es la misma exigencia que siente al comprobar la frecuente utilización de la obra de Lezana, importante para conocer las instituciones religiosas¹¹, al ocuparse del examen de los casos de conciencia propios de los religiosos de ambos sexos: la necesidad de una previa valoración de esta literatura, que quizá algún día el A. quiera hacer.

Mientras esto no ocurre, el lector, con el A., tiene que hacerse otra pregunta: ¿Qué influencia han tenido los autores, teólogos y moralistas, empleados? Al parecer, tras Trento, en los primeros tiempos, siguen circulando todavía las clásicas sumas medievales de confesores en la península, pero pronto fueron substituidas por la de Martín de Azpilcueta, que en latín fue editada 29 veces y muchas otras en castellano, siendo traducida a otros idiomas¹², por la de Manuel Rodríguez, «de la que aparecieron en los treinta años siguientes 31 ediciones en castellano, latín e italiano» y por la de Francisco de Toledo, prescindiendo de otras¹³. Estos autores han sido manejados por el A., aunque su preferencia se dirige a las obras de Diana, Lezana y Portel.

¿Qué ocurre con teólogos y tratadistas *de iustitia et iure*? Las preferencias del A. se dirigen a Fuente Hurtado, Cano, Laymann, Anselmo Gómez, Ildefonso Hurtado, Méndez de San Juan, Cándido, Villalobos y Larraga, por este orden. Si prescindimos de los autores extranjeros —Laymann, Cándido— debemos señalar que los restantes —salvo Cano— no aparecen recogidos en el Diccionario Histórico Eclesiástico Español (= DHEE)¹⁴ ni tampoco son mencionados, con la excepción de Larraga, por los autores de la «Historia de la Iglesia en España»¹⁵.

Tal hecho tiene, quizá, sólo un valor indicativo. Barrientos, al estudiar la influencia del tratado «de iustitia et iure», de Pedro de Aragón, en los autores del siglo XVI y XVII, elenca un total de 48 autores, «que expusieron los problemas morales separados de las tesis dogmáticas, según la metodología casuística»¹⁶, entre los que cita a Laymann, Méndez de San Juan, Cándido, Villalobos y Larraga. Un canonista canario del siglo XVII tenía en su biblioteca obras de Antonio de Córdoba, Manuel Rodríguez, Francisco de Toledo, Enrique de Villalobos y Anselmo Gómez¹⁷. Es decir, estamos ante el problema fundamental de las obras que se pueden manejar, que

11. SCHULTE, *Geschichte* cit. III 1 p. 745; VELASCO, en *DHEE* II 1298.

12. VÁZQUEZ, *Las controversias* cit. 464. Cf. BERGFELD, *Katholische* cit. 1028-1029.

13. VÁZQUEZ, *Las controversias* cit. 464.

14. Sólo hemos visto los cuatro volúmenes originarios, no así el Suplemento donde se anunciaba una voz para Baltanás/Valtanás.

15. No hemos podido consultar el volumen dedicado al siglo XVI.

16. JOSÉ BARRIENTOS GARCÍA, *El tratado «de iustitia et iure» (1590) de Pedro de Aragón* (Salamanca 1979) 78.

17. FRANCISCO CABALLERO MÚJICA, *El manuscrito «De republica christiana» del bachiller Juan Mateo de Castro* (Las Palmas 1979) 33.

condiciona muchas veces el criterio de selección; como dice Barrientos, «hemos consultado las obras fundamentales de los más importantes moralistas de la centuria siguiente que hemos encontrado en nuestras bibliotecas»¹⁸. Pero este criterio de selección quizá no sea el más adecuado.

Este mismo hecho nos coloca ante el problema de la valoración de las obras, problema que quizá ofrezca dos caras: a) difusión de las mismas; b) valor teórico e influencia práctica. Durante los siglos xvii y xviii tuvo un papel destacado, con altibajos, en la enseñanza de la teología y de los eclesiásticos la obra de Cano, pero también, al menos durante el siglo xviii, el «Promptuario», de Larraga, recordado por Torres Villarroel¹⁹.

A la vista de estos datos no parece que puedan equipararse difusión y valor intrínseco de las obras. ¿Cuál fue, sin embargo, su exacta influencia? Las obras de mayor valor teórico no siempre alcanzan mayor aplicación práctica. Recordemos aquí que las *summae confessorum* más extendidas quizá no fueron las que hemos recordado hace poco, sino aquellas *summae pauperum*, que respondían mejor a la mentalidad y a la situación económica de la mayoría de los curas²⁰. El mismo A. nos recuerda este divorcio entre los teólogos y los curas, cuando menciona, a propósito de lo que hoy calificaríamos de aborto terapéutico, la censura de Alonso de Vega al sacerdote que lo autorizó (p. 91).

Pero, nos parece, estamos planteando una serie de cuestiones que un estudio institucional quizá no pueda acometer; de aquí también nuestro deseo de que el A. se anime a emprender una obra, tan útil como necesaria, para la cual su conocimiento de la literatura de esta época le capacita.

Como punto de unión entre esta literatura y la literatura jurídica podemos utilizar unas palabras del A.:

«Otra cosa será, sin embargo, el valor que en la práctica quepa atribuir a esa frondosa literatura encaminada a colmar los vacíos de una legislación penal insuficiente» (p. 28).

Aquí se centra agudamente un problema, que se ve agudizado al estar el período estudiado marcado al principio y al final por fenómenos importantes: el enfrentamiento entre los partidarios del *mos italicus* y los partidarios del *mos gallicus*, con su reflejo, incluso en los materiales emplea-

18. BARRIENTOS GARCÍA, *El tratado* cit. 78. Subrayado nuestro.

19. Diego TORRES VILLARROEL, *Vida, ascendencia, nacimiento, crianza y aventuras*. Edición, introducción y notas de Guy Mercader (Madrid 1972) 113; Diego TORRES VILLARROEL, *Visiones y visitas de Torres con don Francisco de Quevedo por la Corte*, ed. intr. y notas por Russell P. Sebold (Madrid 1966) 248 (cf. p. 211 n.). Cf. Jean SARRAILH, *La España ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII* (Trad. de A. Alatorre) (Madrid 1974. Reimp. ed. de 1957) 88. Vid. además MARTÍN HERNÁNDEZ, *La formación* cit. s. v. Cano y Larraga, en el índice de nombres. Para la fundación de cátedras de Melchor Cano o de lugares teológicos, vid. Malquiades ANDRÉS, *La teología española en el siglo XVI*, I (Madrid 1976) 31, 38-39, 59.

20. BERGFELD, *Katholische* cit. 1008 ss.; ANDRÉS, *La teología* cit. I 349 ss.

dos²¹, la reivindicación del Derecho castellano por los Borbones y la introducción en el siglo XVIII de las teorías penalistas divulgadas por Beccaria. El A. puede contar con el apoyo de las obras de Maldonado y Tomás y Valiente; pero para Maldonado «entre la copiosa floración de nuestra literatura jurídica sobresale, en este sentido de la formulación de la teoría jurídica del «nasciturus» la obra del toledano Ildefonso Pérez de Lara»²²; añade que «en general, puede verse un tratamiento completo de los problemas del aborto en este capítulo IX de la obra de Lara»²³ y que Covarrubias se plantea el problema de si es homicida el que comete aborto y Antonio Gómez se ocupa de las penas a aplicar²⁴. Las preferencias del A. son otras por este orden: el «canonista italiano Carolo Antonio Thesauro» (p. 47), Lardizábal, introductor de las corrientes modernas de Beccaria, Antonio Gómez, Covarrubias, comentador de una clementina, y Pérez de Lara. Se trata de una elección del A., que no podemos juzgar, al no poder acudir a la literatura elegida, pero la nacionalidad de Tesauro y el carácter de las obras de algunos de los autores nos llevan a otro problema. Si la doctrina nace para completar la legislación, es preciso conocer ésta:

«El largo período que abarca desde la Recepción romanística hasta el siglo XIX aparece centrado, desde el punto de vista de la regulación normativa del delito de aborto, en el texto de las Partidas VII,8,8. Forzosamente hemos de reconocer que el examen de los diferentes cuerpos legales pertenecientes a esta amplia fase de nuestro Derecho histórico, y con referencia a los distintos territorios peninsulares, ha dado consecuencias negativas. Salvo la sucinta referencia que a la muerte perpetrada en el feto por el padre o la madre indistintamente, proporcionan los *Fori Antiqui Valentiae*, es aquel texto legal castellano el único que nos proporciona una regulación, bastante escasa por cierto, del delito que nos ocupa. El hecho al que nos referimos fue ya puesto de relieve hace tiempo por Maldonado» (p. 25).

Como recuerda Maldonado, en Cataluña se aplicaron directamente las normas romanas y otro tanto ocurrió en Aragón, mientras en Navarra hay una aproximación al sistema castellano²⁵.

El A. conoce y utiliza prácticamente toda la literatura jurídica castellana que suele ser citada por los historiadores y por los penalistas, con ligeras

21. Cf. COING, *Handbuch* cit. II 1 p. 115, 645, 755 ss.

22. JOSÉ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *La condición jurídica del «nasciturus» en el Derecho español* (Madrid 1946) 173.

23. MALDONADO, *La condición* cit. 177 n. 17.

24. MALDONADO, *La condición* cit. 172-173.

25. MALDONADO, *La condición* cit. 144 ss.

excepciones²⁶, pero no la literatura peninsular no castellana citada, por ejemplo, por Cuello Calón.

¿Cuál sería la explicación de esta actitud? A nuestro entender, el A. ha examinado el problema del aborto desde una posición castellano-céntrica no manifestada claramente (cf. p. 26 y n. 3), pero cabe entonces preguntarse ¿hasta qué punto esta visión no puede haber quedado afectada por la doctrina manejada?

Si nos limitamos a los juristas —hemos ya hablado de teólogos y moralistas— debemos excluir que el A. haya querido ofrecer una visión de la doctrina europea en torno al aborto, pues quizá falten entonces nombres como los de Decio, Claro, Farinaccio y Carpzov; debemos admitir entonces que el A. se centra en aquella doctrina que tiene como base de su elaboración las Partidas, pues

«... la doctrina, como es sabido, a partir de la Baja Edad Media va a cumplir en los diferentes campos o esferas jurídicas una eficaz función de interpretación, muchas veces extensiva de los con frecuencia escasos preceptos normativos» (p. 19).

A primera vista esta finalidad no puede ser cumplida por muchos autores, pues como recuerda el autor:

«... algunos de los autores de los siglos XVI al XVIII consideran el precepto mencionado» —P. 7,8,8— «como punto de arranque para sus disquisiciones en torno a esta figura delictiva. No son muchos. La mayor parte de la literatura consultada son moralistas, teólogos o filósofos, que enjuician el tema desde su particular ángulo de visión. Pero cuando se trata de juristas, el punto de apoyo en la mencionada ley del Rey Sabio es condición obligada para el tratamiento del tema» (p. 26).

Y tampoco podrán cumplir tales tareas, con respecto a Partidas, juristas extranjeros, que conocen un derecho no hispano. Piénsese, por ejemplo, en las páginas que dedica el A. a la opinión, que aparece aislada, del jurista francés Raynaud (p. 106 ss.).

Ni siquiera los juristas hispanos parecen reflejar siempre la doctrina de las Partidas. Baste remitir aquí a las páginas que el A. dedica a Antonio Gómez y a sus esfuerzos para intentar armonizar la posición de Gómez y P. 7,8,8, al basarse aquel jurista en las leyes romanas o en los comentaristas (p. 135 ss., 150-151). Es cierto que sólo así se puede completar la ambigüedad normativa de Partidas (cf. p. 27, 32 y 38) —y sólo podemos aludir aquí al problema de la vigencia del Derecho común en Castilla—, pero para esta tarea una mayor atención a Gregorio López o a la obra de los prácticos,

26. Vid. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)* (Madrid 1969) 85 ss.; EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho penal conforme al «Código Penal, texto refundido de 1944» I* (12.ª ed.) (Barcelona 1956) 166 ss.

así, por ejemplo, quizá a la de Antonio de la Peña, hubiera podido quizá ser fructífera, dadas las dificultades insuperables para el empleo de los documentos de aplicación del Derecho (p. 20).

Si, desde un punto de vista metodológico, quizá pueda reprocharse al A. esta ambigüedad en sus preferencias, debemos agradecerle, sin embargo, la misma, pues gracias a ella ha podido trazar un cuadro amplio del aborto, enriquecido por la contribución tan amplia de autores que se ocupan de dicha materia desde ángulos tan diferentes

Veamos ahora el problema de la ordenación cronológica de las opiniones citadas. Todos aquellos que nos hemos dedicado alguna vez a trazar el estudio histórico de una institución, tenemos siempre presente las dificultades —cuando no la imposibilidad— de organizar cronológicamente los datos. Desde el momento en que se utiliza un método sistemático, más o menos atenuado, para exponer una institución, resulta difícil señalar, dentro de cada uno de los apartados, las distintas opiniones y las modificaciones provocadas por el paso del tiempo. Esta dificultad es intrínseca a la tarea, ya que toda estructura sistemática supone violar siempre el plan de exposición propio de los autores estudiados, sobre todo si la investigación no se limita a un solo autor. El historiador se ve obligado a llegar a compromisos y, arrastrado por la propia personalidad de los autores estudiados, se ve obligado a romper muchas veces la sistemática de su propio trabajo; así le ocurre al A., por ej., cuando, arrastrado por la exposición de Fuente Hurtado, no duda en introducir el tratamiento del aborto *honoris causa* al ocuparse de lo que hoy llamaríamos aborto terapéutico, pese a dedicarle una atención especial (p. 94 ss.).

La dificultad de armonizar las opiniones de diversos autores y el paso del tiempo es a veces insuperable en la práctica, al exigir una acribia, que difícilmente se puede mantener a través de una obra tan compleja (cf. por ejemplo, p. 51, n. 37). Si se comprende fácilmente la postura del A., que centra su atención en la opinión manifestada, no en el momento histórico en que la misma se expresa (cf. p. 59 y p. 58, n. 45) —y reenviamos al apéndice para la valoración de la doctrina empleada en los distintos siglos—, debe también comprenderse el desasosiego del lector al ver, p. ej., que el A., tras exponer el pensamiento de Diana, concluye: «Opinión que sigue Fray Antonio de Córdoba» (p. 153-154) y al constatar al mismo tiempo que este último autor muere en 1578, mientras las obras de Diana aparecen a mediados del siglo XVII.

Todas estas dificultades explican que no siempre el lector logre salir airoso del reto al que le somete el A., perdido en un sinfín de opiniones, que no siempre puede saber si se diferencian, o por sustentar los autores distintas posiciones en una misma época, o por ser opiniones de autores de épocas diferentes.

Estas son, nos parecen, las principales observaciones que, desde un campo ajeno a la materia estudiada, pueden hacerse; son, por ello, afirmaciones discutibles y que, en muchos casos, no han escapado al A. Son afirmaciones.

hechas desde un absoluto desconocimiento de la literatura manejada por el A., pero provocadas, al mismo tiempo, por su parquedad al exponer las líneas generales de su investigación. Cuando el A. habla de la agravación de la pena del aborto, como consecuencia del empleo de prácticas que manifiestan la intervención diabólica (p. 41-42), encontrando apoyo en Torreblanca Villalpando, provoca que el lector, que sólo conoce la obra por el título, «*Epitome delictorum in quibus aperta vel occulta invocatio demonum intervenit*», no pueda substraerse a la idea de que este jurista, desconocido en líneas generales para los autores de manuales de Historia del Derecho y de Derecho penal, aunque celebrado por Torres Villarroel²⁷ se haya dejado llevar por sus demonios particulares.

Si nos hemos detenido en estas cuestiones previas ha sido para poner de relieve que esta perplejidad de un lector, volvemos a repetirlo, poco avezado a la literatura jurídica moderna, tiene que reflejarse necesariamente en la valoración de los resultados ofrecidos por el A. Sin entrar ahora en si los autores de estos siglos, lo mismo que la legislación, ofrecen o no un concepto adecuado del aborto, quisiéramos detenernos un momento en la definición que ofrece el A., resultado de la lectura atenta de la doctrina estudiada:

«A lo largo del período que estudiamos puede considerarse aborto criminal la expulsión libremente provocada del feto inmaduro por los padres o por un tercero, realizada por cualquier medio capaz de producir tal resultado, con el fin de evitar la descendencia, la muerte o la deshonra de la madre» (p. 38).

Prescindamos de que una tal definición puede caer bajo las mismas críticas lanzadas contra la Ley de 24 de enero de 1941²⁸ —los autores de la época, sin embargo, no incluían dentro del aborto la expulsión del feto sin vida (= muerto) (p. 87, 105)— y de que quizá la enumeración de fines, además con carácter taxativo, no sea muy adecuado (cf. p. 39, 185 ss.), y fijémonos, por consiguiente, únicamente en un elemento terminológico, que, a nuestro entender, cambia la concepción de la doctrina: «feto inmaduro». ¿Qué se entiende por feto inmaduro? Quizá nos equivoquemos, pero nos parece que con esta terminología se nos está remitiendo a una terminología médica (cf. p. 213); a partir de las nueve semanas desde la última regla, o desde las siete semanas después de la fecundación, «se debe hablar de feto, el cual será «inviabile o inmaduro» hasta la veintisiete semana (contadas a partir de la última regla), en que se aproxima a los 1.000 gramos de peso. A partir de la veintiocho semana y/o un kilo de peso, se hablará de feto «prematuro o viable», hasta la treinta y ocho semana, donde debe pesar más de 2.500 gramos. En estas condiciones hablaremos de «feto ma-

27. TORRES VILLARROEL, *Vida cit.* 106.

28. Vid. Gerardo LANDROVE DÍAZ, *Política criminal del aborto* (Barcelona 1976) 15.

duro o a término»²⁹. No vamos a entrar, ya que escapa a nuestros conocimientos, en si esta definición es aceptada o no por todos los autores, pero debemos subrayar que las Partidas —único texto legal, recordemos— habla de si la criatura estaba ya viva, y su comentarista máximo, Gregorio López, entiende esto como una alusión al problema de si la criatura estaba ya animada, había recibido un alma, conforme a la manera de pensar de la época, que identificaba ambos conceptos³⁰, es decir, estaba ya formado, pues de acuerdo con la concepción del hombre como un compuesto de cuerpo —materia— y alma —forma—, una criatura formada es una criatura animada. Por ello parece poco adecuado hablar de feto inmaduro, que no refleja el problema de la animación, tan vivo en la terminología empleada por la doctrina. Es cierto que algunos autores hablan de feto inmaduro, pero o son tardíos e inclinados a considerar aborto-homicidio toda expulsión o destrucción voluntaria de un feto, animado o no (cf. p. 34-35, 37, 41) o parecen recordar las palabras de la constitución de Sixto V, tal como ocurre con Barbosa: «abortus seu foetus in maturi, tam animati, quam etiam inanimati, formati, vel informis, eiectionem provocantes» (p. 41, n. 25; cf. p. 33)³¹.

Según P. 7,8,8 el aborto de una criatura viva tiene la pena de homicidio y el de una criatura todavía no viva la pena de destierro por cinco años —dejando a un lado el problema del aborto realizado por el padre—. Si se habla de aborto como la expulsión —y aquí también hay una reducción quizá— libremente provocada de un feto inmaduro, la expulsión de un feto maduro, pero aún no nacido, no podría ser castigado como aborto. Si la denominación feto inmaduro acoge dentro de sí tanto al feto animado como al inanimado, al formado como al informe, no parece la más adecuada para reflejar el problema de la animación en esta época; además supondría la desaparición de la distinción establecida en P. 7,8,8, pues si la expulsión del feto inmaduro es castigada como aborto, es decir, con la pena de homicidio, y el A. acepta, como veremos, la identificación aborto-homicidio, no habría lugar ya para la sanción del destierro.

El A. afirma que en todo este período la doctrina califica de homicidio, aunque con relevantes excepciones, que comentará, únicamente, el aborto del feto animado (p. 48-49). Pero al hacer esta afirmación, a nuestro entender, ha prescindido de algunos hechos, íntimamente ligados a las discusiones morales apuntadas. Resulta así un tanto extraño esta unanimidad, cuando es evidente que el mismo autor recoge algunas opiniones, que destacan la falta de acuerdo al determinar el momento de la animación, con todo lo que ello representa (p. 48-49; 54, 59, 65; cf. p. 231); más importante es que el A. ha prescindido en este momento del cambio de opinión en la

29. José BOTEILLA LLUSIÁ-José A. CLAVERO NÚÑEZ, *Tratado de ginecología I. Fisiología femenina* (1.ª ed., corregida y aumentada) (Barcelona 1974) 256-257.

30. Cf. Paul HINSCHIUS, *System des katholischen Kirchenrechts mit besonderer Rücksicht auf Deutschland I* (Berlin 1869. Univ. Nachdr. Graz 1959) 44, con apoyo en 20 X, 5, 12.

31. Cf. con el texto de la decisión de Sixto V. Parcialmente puede verse en HINSCHIUS, *System cit.* I 44, n. 6 y V 569 n. 1.

doctrina de la iglesia, cuando Sixto V, el 29 de octubre de 1588, englobó dentro del aborto no sólo la muerte del feto animado, sino también la del feto inanimado y prácticas que con terminología actual podríamos calificar de anticonceptivas³². Esta decisión de Sixto V fue anulada por Gregorio XIV el 19 de mayo de 1591. Así se explica que Mendo, pese a ser incluido por el A. dentro de la dirección más seguida (p. 51 n. 37) —su obra se reedita en 1589—, recoja la doctrina establecida por Sixto V, calificando de aborto y homicidio la muerte del feto, animado o no, y las prácticas anticonceptivas (cf. p. 36, 37, 61, 80). Esta explicación, sin embargo, no es válida para todos los supuestos. El A. ha llamado la atención sobre algunos autores del XVIII que, abandonando la posición tradicional, señalan o equiparan el aborto al homicidio desde el momento de la concepción (p. 66, cf. 68). ¿Por qué este hecho? A nuestro entender, no se trata de una simple divergencia de opinión —ésta existiría entre aquellos autores del siglo XVI que defendieran posiciones diferentes—, sino de algo más, de una evolución histórica. Como recuerda Hinschius, desde el momento en que ni la decisión de Sixto V ni la de Gregorio XIV establecen ninguna determinación temporal que permita distinguir entre un feto animado y un feto no animado, pudo encontrar apoyo legal la nueva opinión, que afirmaba la animación del feto en el momento de la concepción, desapareciendo así toda distinción entre las dos mencionadas decisiones³³.

Es muy posible que a los autores mencionados, incluido Mendo, deban añadirse otros. Quizá por ello fuese interesante examinar hasta qué punto las discusiones entre moralistas han podido influir en la crisis de la doctrina tradicional, al ponerse de relieve que, tal como hace Verde, gran número de doctores dudan sobre el momento de la animación (p. 49 n. 35), lo que explicaría la decisión de Ildefonso Hurtado (p. 54 n. 40).

Volviendo a la elección del término «maduro-inmaduro», nos parece que viene provocada por los intentos de configurar el aborto como un homicidio, prestándose así atención fundamental al aborto del feto vivo y quedando un poco en la sombra el aborto de un feto no vivo, en el sentido de la época, es decir, no animado.

Dos afirmaciones fundamentales mantiene el A.: P. 7,8,8 crea el delito de aborto, con evidente imperfección técnica (p. 43) y, pese a las dudas que puedan derivarse de las Partidas, «queda fuera de toda duda la consideración como forma de homicidio que el delito de aborto tiene en los tratadistas» (p. 45), pero sólo es homicidio el aborto del feto animado (p. 48). Como señala Antonio de Córdoba, «y si aún no está animado, también es pecado mortal, aunque no es homicidio, ni ay irregularidad» (p. 51), pero ésta es una calificación moral, que no altera para nada la situación establecida por P. 7,8,8. Por ello nos parece que entre aquellas dos afirmaciones

32. Vid. HINSCHIUS, *System* cit. I 44; Paul HINSCHIUS, *System des katholischen Kirchenrechts mit besonderer Rücksicht auf Deutschland V* (Berlin. 1893. Unv. Nachdr. Graz 1959) 797 ss.

33. HINSCHIUS, *System* cit. I 44.

hay una cierta desarmonía. Si el aborto es una forma de homicidio y sólo es homicidio la muerte del feto animado, ¿qué calificación penal debe darse a la muerte de un feto no animado?

El término homicidio provoca una serie de problemas, problemas que se mantienen todavía hoy, al ser empleado en un sentido amplio y en un sentido restringido; en sentido amplio, homicidio es la muerte de una persona, de aquí que el asesinato, el infanticidio o el aborto, en tanto en cuanto se admita que el feto es una persona, son también homicidios; pero por razones históricas, una vez que se han logrado constituir aquellos tipos, en sentido moderno, utilizamos el término homicidio en sentido restringido; para aludir a la muerte de un hombre, en la que no aparecen circunstancias especiales, sea en la forma de realizar la muerte —asesinato—, sea en la persona a la que se da muerte —infanticidio, aborto—, sea en las relaciones existentes entre el agresor y la víctima —parricidio—³⁴. Este carácter ambiguo del término homicidio deriva de su origen histórico, cuando de su seno fueron desgajándose determinados «tipos» de delitos, que cobraban así autonomía, sin dejar de ser por ello homicidios en sentido amplio. Si no consideramos que la Ley de Partidas ha creado un nuevo «tipo», con todos los defectos que se quiera, al crear el delito de aborto, nos encontraríamos con una serie de graves dificultades. Si sólo el aborto de la criatura animada, en el sentido de la época, es homicidio, ¿cómo puede calificarse el aborto de la criatura que todavía no está viva, como dicen las Partidas? ¿El aborto de un feto animado será homicidio, mientras será aborto la muerte de un feto no animado?

Quizá no se ha valorado la técnica jurídica de la época, reflejada en P. 7,8,8:

«... mas si otro ome estraño lo fiziesse, deue auer pena de omicida, si era biua la criatura, quando mouio por culpa del; e si non era aun biua, deue ser desterrado en alguna isla por cinco años».

Ahora bien, el A. recuerda que la doctrina

«... va a cumplir... una eficaz función de interpretación, muchas veces extensiva de los con frecuencia escasos preceptos normativos» (p. 19, cf. p. 133)

pero, arrastrado por su afán de dar una visión amplia del problema del aborto y por la literatura empleada, afirma que aunque algunos autores del siglo XVI al XVIII arrancan del texto de Partidas mencionado, sin embargo, no son muchos, ya que la mayoría de la literatura consultada está formada por moralistas, teólogos o filósofos (p. 26). Pero esta literatura no se mueve en base a Partidas, o al menos no exclusivamente, sino en base al Derecho canónico y romano, y a veces, en base a sus derechos propios, nos imagina-

34. Permítasenos, por mor de la brevedad, cierta incorrección en estas afirmaciones; en definitiva, en sentido estricto, homicidio es todo homicidio en el que no aparecen circunstancias que puedan modificar dicha calificación.

mos. Además —recordemos aquí las características del Derecho romano vulgar—, la doctrina se deja arrastrar por sus emociones, los criterios jurídicos son sustituidos con criterios morales. Estos dos hechos, utilización del Derecho romano y canónico y empleo de criterios morales, explican muchas cosas. ¿No ocurre así que en atención a los lazos existentes entre el feto y sus padres, cuando son éstos los que provocan el aborto, se hable de parricidio, pese a que la pena establecida para este delito es diferente y se encuentra en P. 7,8,12 (p. 47-48; 61-62; 134 ss.). ¿No hay algún autor que arrastrado por la enormidad del delito hable de infanticidio o filicidio? (p. 32, 60, 137, 140). ¿No hay quien califique de asesinato el aborto? (p. 151 ss.). ¿Y no hay otros autores que, movidos por las mismas razones, dada la indefensión de la víctima, hablan de muerte a traición? (p. 60, 64, 137 ss.)³⁵.

Para concluir recordemos aquí la vinculación de los autores en muchos casos al Derecho canónico y la técnica penal de la época, y no olvidemos que esta pena de homicidio, establecida por el Derecho canónico, se aplicaba a quienes procuraban el aborto de un feto animado, pena que extendió Sixto V a quienes provocaban también el aborto de un feto inanimado y a quienes empleaban, con terminología moderna, prácticas anticonceptivas, dirigidas a evitar que la mujer concibiese; si Gregorio XIV volvió a la opinión tradicional de penar exclusivamente a quienes provocaban el aborto de un feto animado, siguió, sin embargo, manteniendo la pena de homicidio para quienes practicaban fórmulas anticonceptivas³⁶. Si estas prácticas anticonceptivas caen bajo el delito de aborto (p. 122 ss.; 128. Cf. 36, 37, 95, 99, 100-101), el concepto de aborto expuesto (p. 38) es insuficiente para reflejar la opinión de la doctrina; si tales prácticas anticonceptivas sólo aparecían penadas por la legislación canónica, ¿en base a qué eran penadas en los tribunales seculares?

Estas consideraciones, que comienzan a ser ya un tanto extensas, muestran una vez más, que el abandono en que el A. ha dejado al lector hace despertar en éste una serie de dudas, que quizá hubiesen podido ser ahorradas. Como las mismas tendrían que ser reiteradas en cada uno de los capítulos siguientes, nos parece mucho más oportuno señalar que tras el estudio de los aspectos conceptuales del delito, el A. pone a prueba su fantástica erudición y su cuidadosa capacidad analítica en el estudio de la participación en el delito y de los grados de responsabilidad —causante o procurante, consejero o mandante, cómplice, socio, ayudador o partícipe—, cerrando este apartado, como conclusión, el análisis de la responsabilidad conjunta de todos los que se conciertan en el aborto. El tercer capítulo de esta primera parte está dedicado a la ejecución del delito de aborto y el último capítulo se dedica al problema de la intencionalidad.

35. Vid. sobre esta progresiva degeneración del concepto de traición y sus posibles causas en el ámbito municipal, Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *Historia de la traición. La traición regia en León y Castilla* (Santiago de Compostela 1971) 251 ss.

36. HINSCHIUS, *System* cit. V 569 n. 1; 799.

La segunda parte de la obra se dedica a una rápida visión, no por ello menos interesante, del delito de aborto en el periodo codificador, llegando hasta el examen de la tipología del Código penal de 1944, cerrándose esta segunda parte con el planteamiento que ofrece el problema del aborto tras la constitución de 1978.

Si nos hemos detenido con especial atención en esta obra, ello no ha sido debido, exclusivamente, a sus méritos innegables, sino también a otra serie de razones. Nos da la impresión que la historia del Derecho no es tan rica en estudios institucionales, sobre todo en el campo del Derecho privado y penal, para desperdiciar la ocasión, en el momento de aparecer una obra de este tipo, de prestarle una atención preferente; de la discusión, no del enfrentamiento, sale siempre la luz, y en este sentido, lamentando no estar a la altura de los conocimientos del A., es posible que estas consideraciones puedan tener un resultado fructífero, pues frente al espléndido cuadro trazado por el A., no queda fuera de lugar exponer aquellos interrogantes, que pueden arrojar algo de sombra al mismo. Y si esta recensión puede parecer un tanto extensa, no debe olvidarse que el ANUARIO es el lugar adecuado para la misma y que la obra del profesor García Marín es merecedora de esta atención.

Cáceres, 17 de marzo de 1981.

AQUILINO IGLESIA FERREIRÓS

APÉNDICE

Como apoyo de las afirmaciones realizadas en la recensión y para facilitar el manejo de la obra ofrecemos aquí la relación de autores y obras manejados por el A., indicando los lugares en los que han sido citados y las veces. Contamos únicamente las citas de aquellos autores pertenecientes a los siglos estudiados por el A., realizadas en la primera parte —pp. 25-214—. Prescindimos así de los autores modernos citados en esta parte, pero también de los autores antiguos mencionados en la segunda parte (vid. p. 218 n. 250 y p. 220 n. 252).

Contamos como una cita cada mención hecha por el A. en nota de la obra de uno de los autores, pese a que a veces se citen varios lugares de una misma obra (cf. p. ej. p. 33 n. 14; 42 n. 26 etc.). Mantenemos este criterio aun en el supuesto de que estas citas de lugares diferentes estén separadas por reflexiones del A. (cf. p. ej. p. 63 n. 50). La única excepción la hacemos con una cita de Diana —p. 145 n. 136—, donde se menciona en una misma nota dos veces las obras completas de este autor, pero expresamente; pese a todo hemos dado como dudosa esta cita, en el momento de dar el total. También damos como dudosa, en este caso, la atribución a una obra determinada de Villalobos, la cita realizada en p. 157 n. 157, al faltar la mención de la obra. Hemos contado como una cita de Fuente Hurtado la realizada en p. 128 n. 103, donde se menciona su obra, pero para el

lugar concreto hay un reenvío a la nota 17; sin embargo, no hemos contado como cita de Fuente Hurtado la realizada en p. 139 n. 123, por ser un reenvío, sin indicación de obra ni lugar. Otro tanto hemos hecho con una mención de A. Gómez, realizada en p. 152 n. 147. Tampoco hemos contado como cita una mención a la glosa de G. López realizada en el texto (p. 187).

Las citas las hacemos siempre por su primera mención, pues no siempre se mantiene en toda su exactitud el título a lo largo de la obra. Mantenemos los títulos ofrecidos por el A., sin intentar llevar a cabo corrección alguna. Dado que las variantes son múltiples, como línea general podemos señalar que todas nuestras adiciones van colocadas entre paréntesis, de acuerdo con los siguientes criterios:

1.º Cuando hemos podido tener acceso, por otros medios, a la edición manejada por el A. completamos —o corregimos— los datos ofrecidos (cf. *Candido*).

2.º Este mismo sistema seguimos cuando citamos la primera edición —o ediciones anteriores— de la obra manejada del autor; en este caso lo colocado entre paréntesis debe atribuirse a la primera edición.

3.º Cuando los datos del A. no permiten identificar la edición manejada, los completamos con los de la primera edición o con los de la edición más antigua, que hemos podido conocer.

4.º No indicamos ediciones posteriores a la mencionada por el A., salvo en aquellos casos en los que hay una errata evidente (cf. *Corella*) o probable (cf. *Rodríguez, Vela*).

5.º Hemos indicado, igualmente, cuando ha sido posible, el número total de volúmenes de que consta la obra citada. En determinados casos el A. especifica el volumen utilizado (cf. p. ej. p. 26 n. 3; 34 n. 15), pero no siempre ocurre así.

6.º En un caso, para completar uno de los títulos, hemos utilizado los datos ofrecidos por autores diferentes (*Vid. Cantera de Burgos*).

Cuando el A. cita obras completas o jurídicas de un autor, hemos recogido la mención de la obra concreta empleada, cuando el A. especifica este hecho.

Hemos tratado de completar estos datos con otras noticias: hemos así indicado la orden religiosa a la que pertenecen los autores, utilizando para ello las siglas utilizadas por los redactores del DHEE. Cuando la indicación de la orden va colocada entre interrogaciones procede del Catálogo publicado por Zamora. Ocasionalmente, si el autor no ha sido religioso, indicamos su condición clerical, sobre todo si ha llegado a obispo, o seglar. Damos también los lugares de nacimiento y defunción, así como las fechas; si no conocemos el lugar de nacimiento, indicamos la nacionalidad de los extranjeros. A veces damos noticias sobre la difusión de las obras. También indicamos el grupo en el cual hemos colocado las diferentes obras.

Es inútil subrayar, finalmente, que los datos ofrecidos proceden de los autores que mencionamos, pues no hemos podido tener acceso directo a

ninguna de las obras manejadas por el A., si exceptuamos la glosa de G. López. Citamos nuestras autoridades simplemente por su nombre y la página; la identificación de los autores mencionados en la recensión es fácil de hacer, por lo que nos limitamos a dar los datos completos de las obras utilizadas, no mencionadas en las notas.

Julió CARO BAROJA, *Los judíos en la España Moderna y Contemporánea*. I-II-III (Madrid 1961).

Antonio DOMÍNGUEZ ORTIZ, *Los Judeoconversos en España y América* (Madrid 1971).

José FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía Iº* (Madrid 1979).

Fran von LISTZ, *Tratado de Derecho penal*, traducido de la 18.ª edición alemana y adicionado con la Historia del Derecho penal en España por Quintiliano SALDAÑA I (3.ª ed.) (Madrid s. d.).

Gregorio MARAÑÓN, *Las ideas biológicas del Padre Feijoo*, en Gregorio MARAÑÓN, *Obras Completas V* (Madrid 1970).

José MARTÍNEZ CARDOS, *Gregorio López, consejero de Indias, glosador de las partidas (1496-1560)* (Madrid 1960).

Giuliana SAPORI, *Antichi testi giuridici (secoli XV-XVIII) dell'Istituto di Storia del Diritto italiano I* (Milano 1970).

Hermenegildo ZAMORA, *Catálogo de libros de la antigua biblioteca del Monasterio de Guadalupe* (Zamora 1976).

Las abreviaturas GER, NNDI y DDC no necesitan mayores explicaciones. Las citas de Coing se hacen siempre a la primera parte del segundo volumen, con una única excepción, que se ha reseñado.

Juan ALVAREZ DE POSADILLA (s. XVIII) IV.

Práctica criminal (por principios o modo y forma de instruir los procesos criminales de las causas del Oficio de justicia. 2.ª ed.). Madrid 1797. CUELLO CALON 173.

p. 83 n. 72; 139 n. 123 = 2 citas.

Pedro de ARAGÓN O. S. A. (Salamanca c. 1545-Salamanca 1592). III.

In secundam Secundae Divi Thomae (doctoris Angelici) commentaria de justitia et iure. Venecia 1608 (Lugduni 1586). COING II 1025; DHEE I 77. Cf. BARRIENTOS 52 ss. (cita ed. de Salamanca 1590).

p. 188 n. 209; 194 n. 220 = 2 citas.

Francisco de ARAUJO O. P. (Verín (Orense) 1580-Madrid 19-III-1664). II.

Variae (et selectae Decisiones morales ad statutum ecclesiasticum et civilem pertinentes. Lugduni 1664). DHEE I 77-78; BARRIENTOS 78.

p. 210 n. 247; 212 n. 248 = 2 citas.

Esteban de AVILA S. I. (Avila 1549-Lima 1601). IV.

De censuris ecclesiasticis tractatus. Lugduni 1616 (Lugduni 1608 y 1616. 2 vols.). SCHULTE 737.

p. 143 n. 131; 157 n. 157; 167 n. 173 = 3 citas.

Alfonso de AZEVEDO (1518-1598). IV.

Commentariorum iuris civilis in Hispania Regias Constitutiones. Salmanticae 1583-1589. (Commentariorum iuris civilis in Hispaniae Regias Constitutiones, tres primis libros Novae Recopilationis complectens. (Tomus primus). Salmanticae 1583/98. Commentariorum iuris civilis in Hispaniae Regias Constitutiones, quartum (—nonum) librum Novae Recopilationis complectens. Tomus secundus (—sextus). II-VI, Compluti (II-VI) 1594; Matriti (II) 1595; Salmanticae (III) 1597; (IV) 1599; V (1596), (VI) 1598. COING II 306. p. 44 n. 28; 55 n. 41; 65 n. 52; 75 n. 60; 125 n. 99; 182 n. 202; 200 n. 234 = 7 citas.

Martín de AZPILCUETA (Doctor Navarrus) (Barasain 13-XII-1492-Roma, 21-VI-1586). II.

Manual de Confesores y Penitentes. Toledo 1554 (Coimbra 1553). DHEE I 167-169; GER III 549; SCHULTE 715-717. p. 203 n. 239 = 1 cita.

Domingo BALTANÁS (= VALTANÁS) O. P. (Villanueva del Arzobispo (Jaén) 1488-Alcalá de los Gazules 1567). II.

Margarita seu summa confessorum. Compluti 1554. DOMÍNGUEZ ORTIZ, 89; GARCÍA-VILLOSLADA IV 473; CARO II 294-295. p. 76 n. 63 = 1 cita.

Agostinho BARBOSA (Guimarães 17-IX-1590-Ugento (Nápoles) 19-XI-1649). Obispo. IV.

Collectanea Bullarii aliarumque (= aliarumve) Summorum Pontificum Constitutionum (necnon praecipuarum decisionum quae ab Apostolica Sede et sacris congregationibus S. R. E. cardinalium Romae celebratis usque ad annum 1663 emanarunt...). Lugduni (sumptibus Laurentii Durand) 1634. SAPPORI I 38; DHEE I 187-188; SCHULTE 746-747. p. 41 n. 25; 170 n. 182; 177 n. 193; 196 n. 225 = 4 citas.

Jerónimo BASILICO (Mesina (Sicilia) ?-Madrid 1670). IV.

Decisiones criminales magnae Regiae curiae Regni Sicilia. Florentiae 1691. Espasa-Calpe s. v. Basilio (Jerónimo). p. 33-34 n. 14; 58 n. 45; 78-79 n. 69; 88-90 n. 74; 120 n. 93 = 5 citas.

Antonio BERNAT. II.

Compendio y Sumario de Confesores y Penitentes. Valencia 1579. p. 203 n. 239 = 1 cita.

José BERNI Y CATALA (1712-1787). IV.

Práctica criminal con nota de los delitos, sus penas, presunciones y circunstancias que los agravan (2.ª ed.). Valencia 1765. CUELLO CALÓN 173; COING II 309.

p. 139 n. 123 = 1 cita.

- Martín BONACINA C. R. (Milan c. 1585-1631). II.
 Opera omnia moralia. Lugduni-1627 (1624). NNDI II 499; COING II 436, 343, 369;
 BARRIENTOS 81-82; GARCÍA-VILLOSLADA IV 544.
 p. 115 n. 91; 120 n. 93; 142 n. 129; 170 n. 180 = 4 citas.
- Petrus CABALLUS (Pontremoli (Massa Carrara) ?-1616). IV.
 Resolutiones criminales (segunda y tercera Centuria). Venecia 1607. (Florentie 1606. Asta 1611: 2 vols.). ZAMORA 77; COING II 2 p. 1216.
 p. 189-190 n. 213 = 1 cita.
- Tomás CAIETANUS' (= ¿Tomás de VÍO CAYETANO O. P.?) (Gaeta, 20-II-1468-Roma 10-X-1534). Cardenal italiano. II.
 Summula caietana. Lugduni 1533. (= ¿Summula de peccatis. Romae 1524?).
 COING II 1008 (cf. 1007); GER V 416-418.
 p. 58 n. 45; 76 n. 62 = 2 citas.
- Vicente CANDIDO O. P. (m. 1654). Italiano. I.
 Disquisitiones morales (= Illustriorum disquisitionum moralium tomi duo).
 Lugduni 1638. BARRIENTOS 78 y 82.
 p. 37 n. 18; 78-79 n. 69; 88-91 n. 74; 115-116 n. 91; 118 n. 92; 132 n. 111 = 6 citas.
- Melchor CANO O. P. (Pastrana (Guadalajara) 1509-Toledo 30-IX-1560). I.
 Theologia moralis universa complectens. Venetia 1769. (= ¿De locis theologicis libri duodecim. Salmanticae 1563?). DHEE I 333-334.
 p. 50 n. 36; 60 n. 47; 76 n. 63; 78 n. 69; 93 n. 76; 115 n. 91; 120 n. 93; 140 n. 125; 195 n. 223; 204 n. 240 = 10 citas.
- Diégo CANTERA DE BURGOS (s. XVI). IV.
 Questiones criminales (practicae tangentes iudicem, accusatorem, reum, probationem, punitionemque delictorum). Salmanticae 1589. SCHULTE 750; CUELLO CALON 169.
 p. 140 n. 125; 150 n. 146; 184 n. 206; 189 n. 213; 197 n. 230; 203 n. 238 = 6 citas.
- Juan CARAMUEL DE LOBLOKOWITZ OCist. (Madrid 23-V-1606-Vigevano 7/8-IX/XI-1682). I.
 Theologia fundamentalis moralis. Francofurti 1652. (Theologia moralis fundamentalis. Francoforti 1651). DHEE I 343; GER V 153-154; BARRIENTOS 80.
 p. 51 n. 37 = 1 cita.
- Isaac CARDOSO (Lisboa/Celorigo de Beira 1603/4-1683). Judío. V.
 Philosophia libera (in septem libros distributa, in quibus omnia quae ad Philosophum naturalem spectant, methodice colliguntur, et accurate disputantur. Opus non solum Medicis et Philosophis, sed omnium disciplinarum studiosis utilissimum). Venetiis 1673. FERRATER I 435-436; CARO I 111, 185, 207, 413, 500; II 194, 283, 348, 385, 423, 441-447.
 p. 49 n. 35 = 1 cita.

Alfonso de CARRANZA (1580/1600-después de 1636). IV.

Tractatus juridicus et practicus de partu: de eius conceptione, formatione, de foeto in utero... Coll. Allob. 1630 (Disputatio de vera humani partus naturalis et legitimi designatione. Matriti 1628). COINC II 338; Cf. 485.

p. 51 n. 37; 140-141 n. 125; 152 n. 148 = 3 citas.

Luis CASPENSE (de CASPE) OFM Cap. (Zaragoza c. 1578-Zaragoza c. 1650). I.

Cursus theologicus (praecipuas materias, quae in scholis tradi et legi solent, secundum ordinem Divi Thomae amplectens). Lugduni 1641 (y 1643. 2 vol.).

DHEE I 377. Gran aceptación en los ss. XVII-XVIII.

p. 88-90 n. 74; 111-112 n. 89 = 2 citas.

Joaquín Benito CASTELLOT (n. en Escorihuela (Teruel), en la primera mitad del siglo XVIII). Eclesiástico. V.

(Versión de la) embriología sagrada o Tratado de la obligación que tienen los curas, confesores, médicos, comadres, y otras personas, de cooperar a la salvación de los niños que aún no han nacido... (por el abate Dinorart). Madrid 1785 (Madrid 1774-1775). Se trata de una traducción. Espasa-Calpe s. v. Castellet (Joaquín Benito).

p. 29 n. 9; 48 n. 34; 66 n. 54; 83 n. 72; 114 n. 90; 120 n. 93; 140-141 n. 125 = 7 citas.

Alfonso de CASTRO OFM (Zamora c. 1495-Bruselas 3-II-1558). III.

De potestate legis poenalis Libri duo. Salamanca 1551 (Salmanticae 1550). DHEE I 381-382.

p. 76 n. 61 = 1 cita.

Antonio de CÓRDOBA OFM (Córdoba 1485-Guadalajara 1578). II.

Tratado de casos de conciencia. Toledo 1578 (Zaragoza 1561). DHEE I 618.

Gran fama: 18 ed. en castellano y 2 ed. en trad. italiana.

p. 41 n. 24; 51 n. 37; 78 n. 68; 88-89 n. 74; 111 n. 89; 127 n. 101; 154 n. 155 = 7 citas.

Jaime de CORELLA OFM Cap. (Corella 1657-Los Arcos (Nav.) 4-IX-1699). II.

Práctica de el confesionario. Zaragoza 1668. (Práctica de el confesionario y explicación de los sesenta y cinco proposiciones condenadas por la Santidad de N. S. P. Inocencio XI. Su materia: los casos más selectos de la teología moral. Su forma: un diálogo entre el confesor y el penitente. Pamplona 1686. Madrid 1686). DHEE I 622. Gran fama: 22 ed. en 1701; 34 ed. en 1767; trad. al italiano, portugués, latín.

p. 122 n. 95 = 1 cita.

Juan Baptista CORRADUS. II.

Responsa ad cujuscumque generi casuum conscientiae. Venetiis 1598.

p. 59 n. 46; 76 n. 62; 94 n. 77; 111-112 n. 89; 121 n. 94; 123 n. 96; 196 n. 227; 200 n. 234; 208 n. 244 = 9 citas.

Diego de COVARRUBIAS Y LEYVA (Toledo 25-VII-1512-Madrid 27-IX-1557). Obispo. IV.

Variarum ex iure Pontificio, Regio et Caesareo resolutionum (libri III). Salamanca 1552. DHEE I 638-639 COING II 416; SCHULTE, 721-722.

p. 152 n. 150 = 1 cita.

Opera omnia I-II. Salamanca 1576 y 1578 (Lugduni 1568-1574). COING II 485; DHEE I 638-639.

p. 44 n. 28; 57 n. 43; 77 n. 67; 152 n. 150; 158 n. 158; 174 n. 186; 194 n. 221; 196 n. 224 = 8 citas. (En n. 28, 43, 67 cita: Relect. Clem. si furiosus; en n. 186 cita: De delictis et conatus).

Isidro CHARRO DE LORENZANA. II.

Arte de instruir y mover las almas en el tribunal de la penitencia. Madrid 1780.

p. 44 n. 30; 66 n. 54; 77 n. 67; 88-91 n. 74; 128 n. 104 = 5 citas.

J. DAMHOFER (= Jost DAMHOUDER (1507-1581)?). ¿Holandés? IV.

Opera omnia, civili et criminali. Anterpiac 1646 (= ¿Opera omnia. In quibus praxis rerum civilium et criminalium omnesque insuper tractatus, qui reperiri potuerunt, breviter et dilucide pertractantur. Annotationibus perpetuis ad theoriam simul et praxim resolutivis Nic. Thuldaeni I. C. et novissime marginalibus additionibus ad majorem lectoris commoditatem illustrata. Antverpiae 1646?). COING II 613.

p. 181 n. 200 = 1 cita.

Antonio DIANA CR. (Palermo 1585-Roma 22-VII-1663). II.

Opera omnia moralia. Lugduni 1667.

p. 33 n. 14; 37 n. 18; 41 n. 25; 44 n. 29; 50 n. 36; 75 n. 60; 87 n. 73; 109 n. 88; 118 n. 92; 120 n. 93; 123 n. 97; 124 n. 98; 129 n. 105; 130 n. 107-108; 131 n. 109-110; 142 n. 126; 145 n. 135-136 (2); 147 n. 140; 153 n. 154; 159 n. 160; 160 n. 162; 162 n. 166; 166 n. 171; 170 n. 177; 175 n. 187; 178 n. 194; 181 n. 199; 194 n. 220; 196 n. 225; 196 n. 227; 201 n. 235; 206 n. 242; 209 n. 245; 214 n. 249 = 37 citas (38? citas).

Compendium omnium operum. Matriti 1649.

p. 33 n. 14; 50 n. 36; 87 n. 73; 120 n. 93; 130 n. 107; 131 n. 109; 145 n. 135; 153 n. 154; 181 n. 199; 196 n. 227; 214 n. 249 = 11 citas.

Summa. Valencia 1645.

p. 109-110 n. 88; 120 n. 93; 130 n. 107; 131 n. 109; 145 n. 135; 153 n. 154 = 6 citas.

Practicae resolutiones lectissimorum casum conscientiae. Madrid 1642.

p. 109-110 n. 88 = 1 cita.

Resoluciones morales (12 tomos. Palermo 1626-56).

p. 87 n. 73 = 1 cita. BARRIENTOS 80-81; Espasa-Calpe s. v. Diana (Antonino).

Francisco ECHARRI. II.

Directorio Moral. Madrid 1794.

p. 57 n. 44; 93 n. 76; 115-116 n. 91; 171 n. 183; 177 n. 191; 184 n. 206 = 6 citas.

Juan ENRIQUEZ. ¿OSA? II.

Quaestiones practicas de causas morales. Madrid 1669. (Questiones prácticas de casos morales. Zamora 1649 (Alcalá 1650). CARO I 332-333; II 21; III 441; ZAMORA 137.

p. 88-89 n. 74; 111-112 n. 89; 157 n. 157 = 3 citas.

Juan ESCOBAR DEL CORRO (1580/1600-después de 1642). Letrado. V.

Tractatus tres selectissimi et absolutissime de utroque foro. Cordubae 1642.

COING II 486; CARO II 304-305, 306, 309.

p. 51 n. 37 = 1 cita.

Estevam FAGUNDES S. I. (1576/77-1645). Portugués. III.

In praecepta Decalogi (Tomi duo). Lugduni 1640. COING II 351, 486; BARRIENTOS 78-79.

p. 54 n. 39; 76 n. 62; 78-79 n. 69; 115 n. 91; 118 n. 92; 126 n. 100; 142 n. 128; 164 n. 168; 200 n. 234; 207 n. 243 = 10 citas.

Benito Jerónimo FEIJÓO Y MONTENEGRO OBS (Casdemiro (Orense). 8-X-1676-Oviedo 27-IX-1764). V.

Teatro crítico Universal (o Discursos varios de todo género de materias, para desengaño de errores comunes). Madrid 1779 (Madrid 1726-1740. 8 tomos). DHEE II 908-910.

p. 49-50 n. 35; 66-67 n. 54 = 2 citas.

Francisco Antonio de FELOAGA (1625/45-después de 1683). IV.

Enchiridion juris controversii. COING II 486.

p. 75 n. 60; 136 n. 115; 187 n. 208; 188 n. 210; 189 n. 213 = 5 citas.

Lucio FERRARIS OFM (Solero (Alessandria) c. 1700-1763). IV.

Prompta bibliotheca canonica juridica, moralia, theologica (nec non ascetica, polemica, rubricistica historica... ordine alphabetico congesta ac in octo tomos distributa. Editio quarta... Tomus unicus complectens additiones ex aliena manu in eas apologeticas animadversiones P. Lucii Ferraris aliaque ejusdem supplementa novissima...). Bononiae, sed prostant Venetiis (apud Gasparem Storti), 1763. (Bononiae 1746). SCHULTE 531; NNDI VII 231; SAPORI I 249.

p. 159 n. 161; 171 n. 184 = 2 citas.

Diego (= ¿Pedro?) de la FUENTE HURTADO S. I. (Toledo 1615-Valladolid 1688). I. *Theologia reformata (qua plures enodantur morales difficultates ex mente SS. D. N. Innocentij Papae XI)*. Hispalis 1689. Espasa-Calpe s. v. Fuente Hurtado (Pedro de la).

p. 32 n. 12; 37 n. 17; 60 n. 47; 61 n. 48; 62 n. 49; 64 n. 51; 78-79 n. 69; 96 n. 78; 98 n. 79; 100 n. 81; 101 n. 82; 103 n. 83; 104 n. 84; 111-112 n. 89; 128 n. 103; 137 n. 117-118; 138 n. 120; 139 n. 123 = 19 citas.

Anselmo GÓMEZ ¿OSB? I.

Teatro de la ciencia moral. Madrid 1668. ZAMORA 171.

p. 35 n. 16; 78-79 n. 69; 115 n. 91; 120 n. 93; 145 n. 137; 157 n. 157; 196 n. 226 = 7 citas.

Antonio GÓMEZ (1501-1562/72). IV.

Variae resolutiones iuris civilis, communis et regii. Madrid 1735. (Comentariorum variarumque resolutionum iuris civilis communis et regii libri III. Primus ultimarum voluntatum materiam continet. Secundus: contractuum. Tertius: Delictorum. Salmanticae 1552). COING II 415. cf. 487; CUELLO CALON 169.

p. 44 n. 28; 55 n. 41; 135 n. 114; 136 n. 115; 149 n. 144; 150 n. 146; 158 n. 158; 161 n. 165; 179 n. 197; 191-192 n. 217 = 10 citas.

José Marcos GUTIÉRREZ (s. XVIII/XIX).

Práctica criminal de España (3.^a edición). Madrid 1824 (3 tomos. Madrid 1804-1806). LISTZ 401; CUELLO CALON 175.

p. 26 n. 3 = 1 cita.

Juan GUTIÉRREZ (Plasencia 1535-1618). IV.

Opera omnia civilia, canonica et criminalia. Lugduni 1730. (Opera omnia... nunc recens... recognita et auctiora reddita. Adiectis indicibus rerum et verborum locupletissimis. Venetiis apud Bernardum Iuntam, Io. Bapt. Ciottum et socios 1609, 4 vol. (sobre 5). (Opera omnia I-VI. Francofurti 1629). SCHULTE 751; SAPORI I 305; COING II 488 cf. 399, 416.

p. 33-34 n. 14 = 1 cita.

Diego HENRIQUEZ DE SALAS. II.

Instrucción de sacerdotes. Valladolid 1613.

p. 53 n. 38 = 1 cita.

Gaspar HURTADO S. I. (Mondoñedo 1575/1579-Alcalá 5-VIII-1647). III.

Tractatus de iustitia et iure (Matriti 1637). SCHULTE 742; COING II 343, 488; BARRIENTOS 80.

p. 111-112 n. 89; 127 n. 102; 162 n. 166 = 3 citas.

Ildefonso HURTADO. I.

Theologia Moralis. Madrid 1718.

p. 54 n. 40; 76 n. 62; 78-80 n. 69; 88-89 n. 74; 111-112 n. 89; 120 n. 93; 140 n. 124 = 7 citas.

Tomás HURTADO. De los clérigos menores (Toledo 1570-1649). II.
Opera moralia, ? Espasa-Calpe s. v. Hurtado (Tomás); GARCÍA-VILLOSLADA
IV 333.

p. 121 n. 94; 152 n. 149; 191 n. 217; 197 n. 231 = 4 citas.

M. de LARDIZÁBAL Y URIBE (1744-1820). IV.

Discurso sobre las penas (contraído a las leyes criminales de España para
facilitar su reforma). Madrid 1782; CARO III 35; CUELLO CALON 174-175.

p. 144-145 n. 134; 146 n. 139; 149 n. 143-144; 158 n. 159; 159 n. 161; 165 n. 170;
168 n. 174; 175 n. 188; 185 n. 207; 196 n. 229 = 11 citas.

Francisco LARRAGA O. P. (M. 1715). I.

Promptuario de la Theologia moral (2.^a ed.). Madrid 1709. CARO I 333; BA-
RRIENTOS 78; MERCADER ed. cit. 113 n. 104.

p. 51 n. 37; 93 n. 76; 111-112 n. 89; 120 n. 93; 177 n. 191 = 5 citas.

Paulus LAYMANN S. I. (Innsbruck 1575-Constanza 13-XI-1635). I.

Theologia moralis. Paris 1627 (2 vols.). (Theologia moralis in V libros par-
tita quibus materiae omnes practicas cum ad externum ecclesiast., tum ad
internum conscientiae forum spectantes nova methodo explicantur. München
1625. 4 vol.). SCHULTE 133-135; BARRIENTOS 79.

p. 50 n. 36; 51 n. 37; 88-91 n. 74; 115-116 n. 91; 140-141 n. 125; 167 n. 173; 170
n. 179; 177 n. 191 = 8 citas.

Leonardo LESSIO S. I. (Brecht 1-X-1554-Löwen 15-I-1623). III.

De iustitia et iure, caeterisque virtutibus ordinalibus. Venetiis 1608. (De ius-
titia et iure ceterisque virtutibus cardinalibus libri quatuor ad secundam
secundae D. Thomae a quaest. 47 usque ad quaest. 171, cum appendice de
Monte Pietatis. Lovaniae 1605). (De iustitia et iure. Parisiis 1605). SCHULTE
689; COING II 1025; BARRIENTOS 79.

p. 88-91 n. 74; 115 n. 91; 175 n. 187 = 3 citas.

Juan Bautista LEZANA OCarm. (Madrid 23-XI-1586-Roma 29-III/V-1659). II.

Summa quaestionum Regularium seu de casibus conscientiae ad personas
religiosas (= regulares) utriusque sexus valde spectantibus. Venetiis 1646.
(Romae 1637, vols. I y II; 1642, vol. III; Venetiis 1551 (sic. ¿1651?), vol. IV;
Romae 1647, vol. V). DHEE II 1296; SCHULTE 745.

p. 33 n. 14; 39 n. 19-20; 78-79 n. 69; 88-90 n. 74; 111 n. 89; 118 n. 92; 126 n. 100;
143 n. 132; 145 n. 136 153 n. 153; 159 n. 161; 167 n. 173; 170 n. 178; 176 n. 190;
181 n. 200; 196 n. 228; 200 n. 234; 203-204 n. 239 = 19 citas.

Gregorio LÓPEZ (Puebla de Guadalupe 1496-Puebla de Guadalupe 1-IV-1560). IV.

(Las siete partidas del sabio rey don Alonso el nono nueuamente Glosadas
por el Licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Magestad.
Impresso en Salamanca por Andrea de Portonaris, Impressor de su Ma-
gestad. Año M.D.L.V. 7 vols. Reimp. del «BOE»). M. CARDÓS.

p. 81 n. 71; 133 n. 112 = 2 citas. Cf. p. 187.

Luis LÓPEZ O. P. (m. 1596). II.

Instructorii (= Instructorium) conscientiae. Lugduni 1587 (Salmanticae 1552).
COING II 1029. Cf. 368.

p. 111-112 n. 89; 155 n. 156 = 2 citas.

Juan MACHADO DE CHAVES (¿seglar?). II.

Perfecto confesor y cura de almas. Barcelona 1641 (2 vols.). ZAMORA 239.

p. 53 n. 38; 78 n. 68; 78-79 n. 69; 124 n. 98; 142 n. 127; 157 n. 157 = 6 citas.

Remigio MASCHAT (1692-1747). Religioso bohemio. IV.

Institutiones canonicae. Roma 1757. (Institutiones iuris civilis et canonici.
Znaïm 1753). DDC VI 842.

p. 44 n. 30; 136 n. 115; 139 n. 122; 149 n. 144; 171 n. 184; 192 n. 219; 205 n. 241
= 7 citas.

José MÉNDEZ DE SAN JUAN O. F. M. (1605-1608). I.

Theologiae moralis de Sacramento matrimonii et censuriis... Madrid 1667.
BARRIENTOS 80 (cita otra obra).

p. 51 n. 37; 145 n. 136; 159 n. 161; 163 n. 167; 177 n. 191; 192 n. 218; 208 n. 244
= 7 citas.

Andrés MENDO S. I. (Calahorra 1609-Madrid 11-V-1694). II.

Epitome opinionum moralium. Venetiis 1689. (Lugduni 1674). SCHULTE 758.

p. 51 n. 37; 76 n. 62; 120 n. 93; 140 n. 125; 143 n. 133; 145 n. 136; 164 n. 169;
176 n. 189; 200 n. 234 = 9 citas.

Antonio NALDUS (NALDI) (m. 1645). Italiano. II.

Quaestiones practicae notabiliores in foro interiori usu frequens. Bolonia 1618.
(Summa, seu Resolutiones (Quaestiones) practicae notabiliores casuum fere
omnium conscientiae. Coloniae 1618). COING II 423.

p. 88-91 n. 74; 143 n. 130 = 2 citas.

Cristóbal de PAZ (1550/70-1615/35). IV.

Scholia (ad leges regias styli... Madriti, Apud Alphonsum Martinum, 1608).

COING II 491 SAPORI I 463.

p. 188 n. 209; 189 n. 213; 202 n. 236-237 = 4 citas.

Juan de PEDRAZA O. P. (m. después de 1560). II.

Summa de casos de conciencia. Salamanca 1567. Espasa-Calpe s. v. Pedraza
(Juan). Fue traducida al italiano.

p. 56 n. 42; 78-79 n. 69; 203 n. 239 = 3 citas.

Ildefonso PÉREZ DE LARA (natural de Toledo). IV.

Compendium vitae hominis (in iure fori et poli, usque ad perfectam aetatem
et senectam. Tractatus perutilis continens frequentiora, quae tam in iudiciis,

quam extra pro incrementis aetatis cuique contingunt, et ius speciale primitivae, et ultimae aetatis) (editio ouissima). Lugduni 1672 (Pinciae 1629). MALDONADO 173 n. 6; SCHULTE 753-754. Para sus actividades judiciales vid. Schulte.

p. 40 n. 22-23; 63 n. 50; 80 n. 70; 81 n. 71; 88-89 n. 74; 114 n. 90; 200 n. 234 = 8 citas.

F. J. PÉREZ Y LÓPEZ. IV.

Teatro de la legislación universal de España e Indias (por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones non recopiladas materias) II. Madrid 1791 (Matriti 1791-1798. 28 vols.). COING II 310.

p. 34 n. 15; 139 n. 123; 150 n. 146 = 3 citas.

Pedro PLAZA DE MORAZA (Nació en Birviesca y comenzó a enseñar Derecho canónico en Salamanca en 1557). IV.

Epitome delictorum, causarumque criminalium, ex iure pontificio, regio et caesareo (Liber primus... nunc primum excusus. Huis accessit miscellaneorum quorundam tractatum libri Decretalium quinti et noni Codicis, affinium titulis elenchus. Cum indice duplici... locupletissimo. Lugduni, apud Sebastianum Honoratum, Iacobus Faurus excudebat, 1560). Salamanca 1558 (Salmanticae 1558). SCHULTE 730; SAPORI I 482; CUELLO CALÓN 169. Por las noticias dadas por Schulte la ed. de 1558 contenía lo mismo que la edición de 1560. Vid. este mismo autor para el contenido de los libros segundo y tercero.

p. 55 n. 41; 75 n. 60; 194 n. 222 = 3 citas.

Joanne PONTAS. II.

Dictionarium casuum conscientiae. Venetiis 1773.

p. 33-34 n. 14 = 1 cita.

Laurentio PORTEL ¿OFM? II.

Responsiones aliquorum casuum moralium. Ulisipone 1630.

p. 28 n. 8; 46 n. 32; 51 n. 37; 148 n. 141-142; 199 n. 233 = 6 citas.

Dubia regularia singularium utriusque fori. 1618.

p. 46 n. 32; 51 n. 37; 162 n. 166; 177 n. 191; 181 n. 200; 199 n. 233 = 6 citas.

Para otras ediciones posteriores vid. ZAMORA 331.

Francisco PRADILLA BARNUEVO (s. XVII), IV.

Tratado y suma de todas las leyes penales, canónicas y civiles (y destos Reynos). Sevilla 1613. (Suma de todas las leyes penales, canónicas, civiles y de los reynos, de mucha utilidad y provecho no sólo para los naturales dellos, pero para todos en general. 1.ª edic. Sevilla 1613). COING II 310; CUELLO CALÓN 172-173.

p. 183 n. 205 = 1 cita.

Theophilus RAYNAUDUS (1583-1663). Francés. IV.
Opera omnia. Lugduni 1665. COING II 481. Cita: de ortu infantium contra naturam...

p. 106 n. 85-86; 108 n. 87 = 3 citas.

Aloysius RICCI (Giovanni Luigi Ricci) (Nápoles c. 1570-6-I-1643). Obispo de Vico Equense (Provincia eclesiástica de Sorrento).

Collectanea decisionum (in sex partes distributa cum nova septimae partis additione nunquam impressae... in quibus omnes fere casus in quampluribus orbis tribunalibus Italiae, Galliae, Hispaniae... ac praesertim Rotae Romanae... complectuntur... cum indicibus... locupletissimis). Venetiis (apud Iuntas) 1628. (La primera edición, con título diferente, parece ser: Neapoli 1615). SAPORI I 504-505; SCHULTE 468; COING II 458; COING II 2 p. 1184.

p. 51 n. 37; 121 n. 94 = 2 citas.

Manuel RODRÍGUEZ OFM (Estremoz (Portugal) 1546-Salamanca 1613). II.

Summa de casos de consciencia con advertencias para los confesores. Salamanca 1594. DHEE III 2103.

p. 44 n. 29; 51 n. 37; 111 n. 89; 126 n. 100; 161 n. 164; 167 n. 172; 200 n. 234 = 7 citas.

Explicación de la Bula de la Santa Cruzada. Salamanca 1599. (Explicación de la bula de la Santa Cruzada. Alcalá 1590. Adiciones a la explicación de la bula de la Cruzada. Salamanca 1599. «Obra distinta a la anterior, pero que suele aparecer juntamente con ella»). DHEE III 2103; SCHULTE 751-752. p. 146 n. 138; 154 n. 155; 167 n. 172; 200 n. 234 = 4 citas.

Antonio José RODRÍGUEZ OCist. (Villaviciosa de Odón (Madrid) 8-VIII-1703-Veruela (Zaragoza) 1-VI-1778). V.

Nuevo aspecto de theologia médico-moral y ambos derechos... Madrid 1742. (Nuevos aspectos de Teología moral y ambos derechos o Paradoxas físico-teológicas-legales. Obra crítica, provechosa a párrocos, confesores y profesores de ambos derechos y útil a médicos, filósofos y eruditos. Madrid 1763-64). DHEE III 2102; MARAÑÓN V 361-362; 492.

p. 66-67 n. 54; 83 n. 72; 104 n. 84 = 3 citas.

Tomás SÁNCHEZ S. I. (Córdoba 1550-Granada 19-V-1610). IV.

De sancto matrimonio sacramento Disputationes (De Sancto matrimonii sacramento disputationum tomi tres. Antwerpiae 1614. Al parecer es la primera ed. con este título). (Disputationum de Sancto Matrimonii Sacramento Tomus primus, Genuae 1601; Matriti 1602, Tomus secundus, Madriti 1605; Tomus tertius, Madriti 1605). COING II 342; SCHULTE 737-738. DHEE IV 2168.

p. 88 n. 74; 114 n. 90; 118 n. 92; 126 n. 100; 194 n. 220 = 5 citas.

Gregorio SAYRO (SAYR). OSB (1560-1602). Inglés. II.

Casuum conscientiae sive theologiae moralis thesauri. Venetiis 1606 (Clavis

regia sacerdotum casuum conscientiae sive theologiae moralis thesauri locos omnes aperiens et canonistarum atque sumistarum. Venetiis 1605). BARRIENTOS 80 y 82.

p. 51 n. 37; 177 n. 192; 178 n. 194 = 3 citas.

Juan de SOLORZANO PEREIRA (Madrid 1575-Madrid 1655). IV.

De parricidii crimine disputatio. Salmanticae 1605. DHEE IV 2503.

p. 28 n. 7; 51 n. 37; 125 n. 99; 139 n. 121; 152 n. 151; 183 n. 204 = 6 citas.

Gonzalo SUÁREZ DE PAZ (1520/40-1590). IV.

Praxis ecclesiastica et secularis (I-III). Valladolid 1609 (Salmanticae 1583).

COING II 398 cf. 494; CARO I 317: «Escrito en el siglo XVI y con vigencia hasta fines del XVIII». Cf. III 478.

p. 152 n. 152 = 1 cita.

Carolo Antonio THESAURO (Carlo Antonio Tesauro) S. I. (¿Turín? c. 1600-Roma 1655). IV.

De poenis ecclesiasticis seu canonicis (latae sententiae a jure communi, et constitutionibus apost., decretisque sacrar. congregationum, praxis bipartita). Roma 1640. SCHULTE 480; COING II 461.

p. 44 n. 29; 47 n. 33; 51 n. 37; 88-91 n. 74; 120 n. 93; 140-141 n. 125; 147 n. 140; 167 n. 173; 170 n. 181; 173 n. 185; 175 n. 187; 177 n. 191; 178 n. 194; 200 n. 234 = 14 citas.

Francisco de TOLEDO S. I. (Córdoba c. 1534-Roma 16-IX-1596).

Instrucción de sacerdotes y suma de casos de consciencia. Valladolid 1613. (De instructione sacerdotum. Lyon 1599). (Instructio sacerdotum cet. Rom. 1601). (Summa casuum conscientiae, sive instructio sacerdotum. Romae 1602).

COING II 1029; DHEE IV 2572-2574; SCHULTE 731.

p. 58 n. 45; 181 n. 201 = 2 citas.

Francisco TORREBLANCA VILLALPANDO (m. 1645). V y IV.

Iuris spiritualis practicabilium (Libri XV. Ex lege Domini, sive revelatis a Deo per Sacram Scripturam, vel in communi Ecclesiae, vel in particulari Hominum... Córdoba 1635). CARO III 479. Cf. I 186; II 313-314.

p. 41 n. 25; 42 n. 26; 88-89 n. 74; 111-112 n. 89; 129 n. 106; 182 n. 202; 214 n. 249 = 7 citas.

Epitome delictorum sive de Magia. Lugduni 1678. (Epitome delictorum in quibus aperta vel occulta invocatio daemonum intervenit. Sevilla 1613. (Hispani 1618). MERCADER ed. cit. 106; ZAMORA 407.

p. 41 n. 25; 42 n. 26; 77 n. 66; 88-89 n. 74; 121 n. 94 = 5 citas.

Luis TORRES S. I. (1552-1635). IV.

Tractatus de censuris et irregularitates. Madrid 1628. BARRIENTOS 80, que cita otra obra.

p. 191 n. 217 = 1 cita.

Alonso de VEGA ¿OFM? II.

Espejo de Curas.

p. 192 n. 218 = 1 cita.

Suma llamada Nueva Recopilación y práctica del fuero interior para confesores y penitentes. Madrid 1606 (Summa moral llamada Nueva recopilación y práctica del fuero interior. Barzelona 1617. Se cita la primera parte de la edición de Madrid 1606, pero no se indica el título; y además la primera y la segunda parte en un volumen, sin indicar ni título ni lugar de la edición). ZAMORA 421.

p. 44 n. 29; 51 n. 37; 65 n. 53; 77 n. 65; 91 n. 75; 109-110 n. 88; 111 n. 89; 155 n. 156; 167 n. 172; 198 n. 232 = 10 citas.

Juan VELA ACUÑA (Iannes de ACUÑA ET VELA) (1550/70-1600-03). IV.

Tractatus de poenis delictorum. 1593 (Salamanca 1596). CUELLO CALON 169; TOMÁS Y VALIENTE 134; COING II 378.

p. 46 n. 31 = 1 cita.

Francesco VERDE (Neri 1631-Nápoles 21-I-1706). Obispo de Vico Equense. IV.

Ingenuae (= Ingeniosae) observationes apologeticae physico-legales de foetus animationis et nativitatis tempore. Lugduni 1664. COING II 338; SCHULTE 491.

p. 33 n. 14; 40 n. 21; 49 n. 35 = 3 citas.

Senén VILANOVA Y MAÑES (s. XVIII-XIX). IV

Materia criminal forense o tratado universal teórico y práctica de los delitos y delincuentes en género y especie para la segura y conforme expedición de las causas de esta naturaleza. Madrid 1807 (4 vols.). CUELLO CALON 175 (LISTZ 454 n. 10: «VILLANUEVA Y MAÑER, Materia criminal forense o Tratado universal teórico y práctico de los delitos y delincuentes, en género y especie. 1.ª edición, Madrid 1827; 2.ª 1807». Si admitimos una errata: 1827 por 1782, habría una edición en dicha fecha, anterior a la de 1807).

p. 26 n. 3 = 1 cita.

Gonzalo de VILLADIEGO (Gonzalo GARCÍA DE VILLADIEGO) (¿Villadiego? 1440/50-Roma 1486/1487). Obispo de Oviedo. IV.

Tractatus de irregularitate, suspensione et interdicto (ecclesiastico) Salamanca (Salmanticae apud Joannem et Andraeam Renaut fratres) 1589. (Tractatus de irregularitate. Salamanca 1495). GARCÍA CRUZADO 14-15; 69; 129. SCHULTE 712.

p. 58 n. 45; 188 n. 209 = 2 citas.

Enrique de VILLALOBOS O. F. M. (m. 1637). I y IV.

Summa de la theologia moral y canonica. Madrid 1672 (Salamanca 1622. 2 tomos). BARRIENTOS 80.

p. 88 n. 74; 111-112 n. 89; 118 n. 92; 120 n. 93; 124 n. 98; 157 n. 157 (?) = 6 (?) citas.

Manual de Confesores. Salamanca 1625. ZAMORA 429.

p. 76 n. 64; 88 n. 74; 111-112 n. 89; 118 n. 92; 120 n. 93 = 5 citas.

Vicente VIZCAÍNO PÉREZ, (s. XVIII-XIX). IV.

Código y práctica criminal arreglado a las leyes de España. Madrid 1833 (2.^a adicionado y arreglado a la Novísima por Alvarado). (La 1.^a ed. en tres tomos, Madrid 1797). TOMÁS Y VALIENTES 150; LISZT 454.

p. 34 n. 15; 139 n. 123 = 2 citas.

Juan YAÑEZ PARLADORIO (1530/35-después de 1604). IV.

Opera jurídica Coll. Allobrog. 1734 (I-II. Lugduni 1678). COING II 495.

p. 189-190 n. 213; 190-191 n. 216 = 2 citas.

PÉREZ MARTÍN, Antonio: *Proles Aegidiana*, 4 vols.: «Studia Albor-notiana» XXXI (Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1979). 2.479 págs.

Debemos recibir con aplauso la publicación de este registro ofrecido por el infatigable celo de Pérez Martín, que trabajó sobre los archivos del Colegio de Bolonia, y trabaja ahora, hace unos años, en el Instituto Max-Planck de Frankfurt para la historia del derecho europeo, desde donde nos ha ofrecido otros trabajos del más alto interés.

El conocimiento preciso de los españoles que estudiaron derecho en Bolonia se echaba de desear en nuestra historia jurídica. Aunque muchos españoles pudieron acudir a otras Universidades más próximas, sobre todo la de Toulouse, no cabe duda de que el conocer con cierta exactitud el contingente de los bolonios podía dar ya una pauta sobre la intensidad de la recepción del Derecho común en España. La paciente labor de Antonio Pérez Martín ha venido a llenar, al menos parcialmente, esta laguna de nuestra historiografía jurídica. Parcialmente, porque su investigación se ha limitado a los colegiales del colegio egidiano, es decir, el de San Clemente fundado por el poderoso Cardenal Gil de Albornoz en 1364, y nos quedan sin cubrir un par de siglos anteriores; en compensación, su registro llega hasta nuestros días (1977), por lo que figuran en él personas conocidas de hoy, también más allá, naturalmente, del círculo de los juristas. La distribución cronológica de los cuatro volúmenes es como sigue: I (1368-1500), II (1501-1600), III (1601-1800) y IV (1801-1977), más el registro de «rectores y otros cargos» desde 1368, «addenda at corrigenda» e «indices». El número total de colegiales asciende a 1.730. El autor da para cada uno los datos precisos y, en su caso, la bibliografía pertinente. En la Introducción (I p. 15-113), se hace la historia del Colegio.

El a. (p. 90) se plantea la cuestión, que para la historia jurídica es la principal, de en qué medida la estancia de los juristas españoles en Bolonia pudo influir en la cultura jurídica de España, y aún, diríamos, en la formación de su derecho. Naturalmente, no pretende el a. resolver esta cuestión, pero sí nos da una cierta orientación con su índice (p. 91 ss.) de profesiones y rangos de nuestros colegiales; esta lista divide la serie, con los datos propios de cada sección, en tres: 1368-1500, 1500-1876 y 1876-1919.

Me atrevería a decir que el efecto del estudio en Bolonia en los tiempos más recientes puede considerarse, no como menos relevante, pero sí como menos significativo para la historia del Derecho español, del mismo modo que el más significativo para el estudio de la Recepción en España sería el de los dos primeros siglos, que exceden de nuestro registro por ser siglos anteriores a la fundación del Colegio de San Clemente. Por otro lado, los siglos XVI y XVII quizá fueran más significativos para la historia jurídica que los más recientes, pero, por corresponder la segunda sección del mencionado índice del a. a 1500-1876, nos reduciremos, por comodidad, a la primera sección, que corresponde al primer volumen, es decir, al período 1368-1500. Después de todo, esta primera sección, desde la fundación del Colegio, es la más interesante a los efectos de la cuestión planteada. Aun con esta restricción convencional, me parece que nuestra observación puede ser bastante indicativa.

Para esa época del último tercio del siglo XIV y todo el siglo XV, el índice (p. 104) nos da 92 colegiales que llegaron a ser «profesores», cantidad que aumenta a 151 en el siguiente período, mucho más largo, de 1500 a 1876. Si la lista se prolongara hasta nuestros días, este número de profesores sería, desde luego, elevado, pero, como termina en 1919, es decir, antes del momento del renacimiento científico español en que los profesores universitarios vuelven a estudiar en el extranjero, el número de profesores para esos más de cuarenta años es muy bajo: 3.

Como el índice alfabético general, bajo el lema «profesor», se remite a este índice de profesiones al que nos venimos refiriendo, no resulta fácil un control exacto de esos 92 profesores, entre los 595 colegiales reseñados en el primer volumen. Una revisión, necesariamente con riesgo de algún posible error aislado, conduce al resultado de que los colegiales de Bolonia no fueron luego profesores en universidades españolas. Se trata ordinariamente de clérigos que siguen su carrera eclesiástica y por eso estudian principalmente Derecho canónico o Teología; también es notable el número de médicos. Muchos se quedan en Bolonia como capellanes del Colegio, muchos llegan a ser canónigos en alguna catedral española; algunos llegan a enseñar (a «leer») en la misma Bolonia, pero no Derecho civil. Hay un «doctor en Derecho civil» (núm. 191), de 1414, Raimundo de Cataluña, que no tuvo una conducta muy ejemplar, y otro (núm. 362), Pedro Sánchez de Frías, doctorado en Parma en 1463, al que se llama «profesor doctísimo», pero que no profesó en España; no falta algún «bachiller en Derecho civil» (núms. 364 y 365) el año 1463. No faltan, es cierto, figuras conocidas, como Sancho María de Epila (núm. 363), fundador de la Inquisición en Mallorca y Cerdeña; o el beato Pedro de Epila (o de Arbués), primer inquisidor del reino de Aragón en 1484, y beatificado en 1624; o Rodrigo Caro (núm. 395), que estudió Derecho canónico (1468) y luego Teología (1472). Ninguna figura de jurista insigne. De los colegiales bolonios de esa época quien tiene más importancia para el derecho, por su «Lexico de Derecho civil», es Antonio de Nebrija, que estudió en Bolonia, de 1465 a 1470, Teología. En fin, no

podemos ver que la formación en Bolonia haya tenido efectos para las cátedras jurídicas de nuestras universidades.

Es verdad que no sólo desde la cátedra universitaria se podía influir en la formación del Derecho hispánico, sino también desde los tribunales de Justicia, pero tampoco para estas funciones fueron destinados sobresalientemente los ex-colegiales de San Clemente de Bolonia.

Y si nos fijamos en las incidencias de nuestros colegiales del San Clemente, llegamos a la conclusión de que quizá no desentonaron de la tónica general del estudio bononiense, del que, precisamente en esa misma época en que hemos fijado nuestra atención, el siglo xv, decía Eneas Silvio Piccolomini, luego Papa Pío II, que era un centro de desorden más que de estudio serio:

*Bononia, quae non tam studiorum mater
quam seditio altrix appellari potest.*

Así pues, por lo que al siglo xiv-xv se refiere, podemos decir que la influencia de la formación boloñesa de nuestros juristas efectivos fue nula. Es éste un resultado muy fragmentario, tanto por el tiempo como por la consideración de que muchos españoles podían haber acudido a otras universidades europeas, pero quizá suficiente para formarnos el «prejuicio» de que Bolonia tuvo muy poca importancia para la formación del Derecho hispánico. En todo caso, resulta de ahí una reserva ante la idea general de que los juristas hispánicos pudieron recibir una influencia de una formación europea en Derecho común. Naturalmente, como hemos dicho, habría que ver qué españoles acudieron al estudio bononiense antes de la fundación del Colegio de San Clemente. Pero quizá, después de todo, podríamos llegar a la conclusión de que aquella universidad nunca tuvo tanta influencia en la formación de los profesores de las Facultades de Derecho españolas como en este último medio siglo xx, en el que, por lo demás, los jóvenes juristas españoles pudieron obtener beca de estudios en Italia por otros conductos distintos. En otras palabras, ésta es la reserva que quizá convenga tener, al menos en tanto no se desmienta por otros datos: por vía directa, el Colegio de Bolonia significó muy poco para la historia del Derecho español, al menos en la Baja Edad Media.

A. D'ORS

PIANO MORTARI, Vincenzo: *Gli inizi del diritto moderno in Europa*. Liguori Editore. Napoli 1980. 443 pp.

Estamos ante una obra ambiciosa, que pretende exponer el problema de la creación del Derecho en la Edad Moderna, dibujar un cuadro del ordenamiento jurídico moderno en los distintos reinos europeos y, finalmente, trazar un diseño de la ciencia jurídica. La complejidad de la tarea acometida se hace más patente, si se tiene en cuenta que esta triple tarea —crea-

ción del derecho, instituciones, ciencia jurídica— se lleva a cabo estudiándolos en el «Reich» y en los Estados alemanes, en los Estados italianos, en la monarquía española y en el reino de Francia. Estas tareas tienen su reflejo puntual en la estructura de la obra, que dedica sus primeros cuatro capítulos al estudio de la creación del derecho, vinculándola estrechamente a lo que el A. llama aparición del Estado moderno en Alemania, Italia, España y Francia; el capítulo quinto se dedica a exponer los principios y las instituciones del derecho positivo, excluido, como es evidente, el derecho político; los cuatro capítulos siguientes se ocupan de la ciencia del derecho en Italia, Francia, Alemania y España, mientras el capítulo décimo y último se dedica al estudio del cambio en la historia jurídica europea. Podría ser ya interesante examinar el distinto tratamiento en los diferentes apartados —baste señalar aquí que se habla de la ciencia del derecho en Italia, de la ciencia jurídica en Francia, de la ciencia jurídica de los países alemanes y, finalmente, de la ciencia jurídica española—, pero parece más oportuno fijarse en el carácter de la obra, puesto inmediatamente de relieve por la relación existente entre su ambicioso plan y las páginas empleadas: nos encontramos ante una obra de síntesis, dirigida a ofrecer un resumen de lo que se sabe en los tres campos señalados, más que a presentar nuevas posibilidades. Este hecho explica muchos condicionamientos, pero al mismo tiempo abre muchos interrogantes y fundamentalmente uno: hasta qué punto una obra tan ambiciosa cumple sus finalidades.

Es evidente, por razones que no necesitan mayores explicaciones, que nos limitaremos a centrar nuestra atención en los capítulos referentes a la Península, aunque algunas consideraciones puedan tener un valor general. Para ello podemos partir de una afirmación del A.:

«La strada di una svolta decisiva nel cammino della storia era stata imboccata dai paesi europei nella politica, nella società, nell'economia e nella cultura ed i segni della svolta si avvertirono in pieno anche nel campo del diritto per la sua natura di elemento intrinseco e caratterizzante del divenire della civiltà umana nel complesso totale della sua realtà» (p. 7).

Si reproducimos aquí estas palabras del A. es para poner de relieve, una vez más, esa tarea ambiciosa que intenta acometer, que le impide plantearse el problema de la creación del derecho en la Edad Moderna independientemente del surgir del Estado —del Estado moderno, para respetar la terminología del A.—, pues su aparición determina una nueva forma de crear el Derecho. Este simple dato bastaría para demostrar el necesario carácter sintético, amén de ambicioso, de la obra, dada la complejidad del fenómeno de la formación del Estado. Ahora bien, esta síntesis puede acometerse de maneras diferentes; el A., tras aludir brevemente a las razones de la aparición del Estado, se detiene, pacientemente, en las fechas importantes, en las cuales se producen sucesos de trascendencia política, que determinan ciertos cambios en las formas de crearse el derecho, pasando,

a continuación, a enumerar cuidadosamente los distintos textos legales, en los que se ha plasmado dicha actividad y las diferentes colecciones, en las que fueron recogidos dichos textos; este mismo proceso lo observa en el capítulo dedicado a las instituciones del derecho positivo y hasta un cierto punto en los capítulos dedicados a la ciencia jurídica; más que trazar las líneas generales de fuerza, que han marcado la actividad creadora del derecho, la evolución de las diferentes instituciones y el desarrollo de la ciencia jurídica, el A. prefiere ofrecernos, cuando es posible, las distintas leyes en las que se ha plasmado la actividad creadora, la regulación concreta de determinadas instituciones y los nombres y las obras más representativas de los más destacados autores.

Los criterios adoptados por el A. pueden llevar a consecuencias negativas. La necesidad de una tarea sintetizadora puede conducir, en algunas ocasiones, a ofrecer conclusiones engañosas, que muestran así un cuadro desdibujado de la realidad peninsular; la atención preferente a los hechos concretos obliga además para poder dominar una materia en la que no se es especialista, a multiplicar las fichas, con los posibles traspapeleos y confusiones.

En realidad todos estos peligros se derivan en último análisis de un mismo hecho: la necesidad de llevar a cabo una síntesis de obras, a su vez de síntesis; el A. ofrece una bibliografía que podríamos calificar de rica, pero que no siempre es la más adecuada. La falta de un criterio seleccionador es la nota más acusada; si examinamos la bibliografía que acompaña el capítulo dedicado a la aparición del Estado en la Península (p. 112), quizá podamos concluir que sobran en la misma todas aquellas obras dedicadas a las instituciones políticas medievales, mientras se echa en falta, sin embargo, la reciente obra de Maravall o la algo más antigua de Cepeda Adán. No se trata de señalar deficiencias, sino de subrayar la ausencia de un criterio claro de selección de la bibliografía ofrecida; así, en el capítulo dedicado a las instituciones (p. 278-280), para la historia del Derecho penal se cita la obra de Tomás y Valiente sobre la tortura, pero se desconoce la obra del mismo autor dedicada al Derecho penal de la monarquía absoluta (p. 280). Esta falta de criterio, en definitiva, es expresión de un cierto descuido, ya que hoy no es difícil utilizar una bibliografía traslaticia, pero explica al mismo tiempo la aparición de un «J. BILBAO, Covarrubias penalista. Bilbao 1959» (p. 280), que se convierte más exactamente en «J. PEREDA, Covarrubias penalista. Bilbao 1959» (p. 417), aunque la obra parece haberse publicado en Barcelona¹, y la conversión del Instituto Gonzalo Fernández de Oviedo en la ciudad de publicación de la obra de Martínez Cardós (p. 417).

En definitiva, nos parece que la bibliografía monográfica mencionada no responde a ningún criterio de selección, ni tampoco a una utilización

1. José Manuel PÉREZ-PRENDES, *Bibliografía del pensamiento jurídico español moderno*, en *Quaderni Fiorentini* 1 (1972) 474; J. LALINDE ABADÍA, *Introducción histórica al Derecho español*² (Barcelona 1979) 675. No podemos aquí en Cáceres comprobar estos datos.

especial de la misma, sino únicamente al hecho casual de haberse podido contar con ella; así se comprende que en el capítulo dedicado a los principios e instituciones del derecho moderno (p. 278-280), la bibliografía citada se reduzca a las obras generales de García Gallo y Lalinde, así como a la contribución de Pérez Martín en el «Handbuch» de Coing —aunque no se cite de aquél ni la obra publicada en colaboración con Román Rianza ni el Curso, las obras más interesantes de su producción general para este apartado—, con la excepción ya señalada de la obra de Tomás Valiente y la de Pereda. Contrasta más este hecho si se examina la bibliografía aportada al capítulo dedicado a la ciencia jurídica española (p. 416-417).

Estos hechos explican que, sobre todo en los capítulos dedicados a la creación del derecho y a los principios e instituciones del derecho moderno, el A. aparezca estrechamente vinculado a estas obras de síntesis, en especial, nos parece, al Manual de García Gallo y al de Lalinde, así como a la contribución de Pérez Martín, en el Handbuch de Coing, para el capítulo dedicado a la legislación. Por ello sus síntesis son a veces tan radicales que hacen difícil sea reconocer el modelo, sea comprender lo afirmado; léase, p. ej., los párrafos dedicados al gobernador general, virreyes y lugartenientes (p. 100) ².

Las afirmaciones del A. aparecen a veces un tanto confusas, traicionando al mismo tiempo a su modelo. Veamos algunos ejemplos. Hablando de Aragón afirma García-Gallo:

«En primer lugar, donde lo hay, rige el Derecho local o especial, tanto escrito (Fueros o privilegios) como consuetudinario. En esta época los antiguos Fueros municipales parecen haber caído en desuso. La gran semejanza del Fuero de Jaca con los Fueros de Aragón, debida a la utilización de unas mismas fuentes, ha debido facilitar la confusión de aquél con el Derecho común del reino. En Teruel, donde todavía en 1564 el Fuero de la ciudad es refundido, puesto al día e impreso, en 1598 la ciudad renuncia a sus fueros «en cuanto fueros», lo que no impide que tanto aquí como en otras partes —v. gr. en el Alto Aragón— subsistan ciertas especialidades como costumbres» ³.

Estas frases son parafraseadas por el A. de la siguiente manera:

«E vero che i diritti locali non persero la loro priorità sia che avessero rivestito la forma e l'autorità di fonti scritte (*Fueros* o privilegi), sia la natura più semplice di consuetudini, ma il loro declino si cominciò ad avvertire, mentre l'affinità

2. Cf. Alfonso GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español I* ³ (Madrid 1967) 798 ss. Citamos por esta tercera edición, pues parece haber sido la utilizada por el A. (Vid. p. 279).

del *Fuero de Jaca* con i *Fueros d'Aragona* rese più facile la strada inboccata verso la formazione di un diritto comune del regno attraverso un proceso di unificazione normativa che dal 1564 giunse a termino nel 1596» (p. 110).

Otro tanto puede decirse de la afirmación de Lalinde:

«Esporádicamente, aparecen órganos encargados de la inspección y vigilancia de la gestión del tutor. Ello sucede, especialmente, en el Derecho local castellano, a cargo de los parientes, que en algunos fueros pueden remover y sustituir al tutor cuando disminuye el patrimonio (pegujar) del tutelado»⁴.

que el A. parafrasea de la forma siguiente:

«Soprattutto in Castiglia, ma sporadicamente anche in altri territori della monarchia spagnola, esistevano organi di vigilanza e di controllo della gestione tutelare, costituiti dai parenti del tutelato e col dovere di rimuovere e sostituire il tutore quando costui aveva recato danni e diminuito la consistenza dei beni patrimoniali del tutelato» (p. 169).

Estos dos ejemplos nos parecen muy significativos, ya que muestran la actividad de síntesis llevada a cabo por el A. sobre una materia, que no le es familiar. Así las pequeñas modificaciones realizadas en el texto de García-Gallo, con la desaparición de la alusión al Fuero de Teruel, convierte en un proceso general de unificación jurídica con momentos importantes en el 1564 y en el 1598, dos procesos diferentes; la semejanza entre el Fuero de Jaca y los Fueros de Aragón no puede predicarse del Fuero de Teruel, vinculado a la familia Teruel-Cuenca. Tras la aparición de los Fueros de Aragón en 1247, desaparecen las redacciones anteriores del Fuero de Jaca y éste se adapta a aquéllos, hasta el punto que la fórmula tradicional «per fuer de Jaque» se substituye por la de «per fuer d'Aragón». Como dice Lalinde, el caso de los fueros de Teruel y Albarracín «es distinto y de naturaleza excepcional»⁵.

El cambio de adverbios, por otro lado, en el texto de Lalinde hace devenir general en Castilla, frente al carácter esporádico de su aparición en los otros reinos, una práctica que, para Lalinde, era esporádica en todos los reinos, aunque apareciese con mayor frecuencia en los fueros locales castellanos; la desaparición de la alusión a los fueros municipales convierte, además, la aparición de estos órganos de vigilancia y control del tutor en algo general al derecho castellano.

3. GARCÍA-GALLO, *Manual* cit. I 423.

4. LALINDE ABADÍA, *Iniciación* cit. 740.

5. LALINDE ABADÍA, *Iniciación* cit. 149-150, 217; GARCÍA-GALLO, *Manual* cit. I 376-377; 377-378.

Esta falta de comprensión de su modelo explica así muchas de las afirmaciones imprecisas o incompletas del A.; así al dar el orden de prelación de fuentes para Cataluña antes de 1599 (p. 107)⁶. El no haber tenido en cuenta el valor que Lalinde da al concepto «derecho municipal»⁷ y la atención prestada al epígrafe que el mismo autor antepone a la labor recopilatoria en Cataluña⁸, puede explicar la afirmación del A.:

«In Catalogna una seconda raccolta del diritto catalano di origine prevalentemente municipale, iniziata nel 1533 ma pubblicata nel 1588-89, fu opera di una commissione di giuristi nominata in parte dai ceti, in parte dal re» (Cp. 110),

pero no puede impedir que tal afirmación así formulada, sea incorrecta. Si el derecho municipal es el derecho nacional —y no nos gusta la expresión en una época anterior a la Revolución francesa—, la segunda recopilación catalana recoge exclusivamente derecho catalán. No vale la pena aludir a la posibilidad de que se identifique derecho municipal con lo que la doctrina habitualmente califica de derecho local.

Estas confusiones son la norma habitual y nacen siempre de una mala comprensión del modelo, derivada frecuentemente de un deseo de brevedad. No pretendemos ser exhaustivos, por ello es suficiente señalar —salvando la errata de imprenta que hace afirmar al A. que Alava pierde su propio fuero en favor del derecho castellano en 1487 (p. 104-105) cuando quería decir que en dicha fecha la tierra de Ayala pierde su propio fuero⁹— que el A. afirma que las tres Cortes de la Corona de Aragón —Cataluña, Aragón y Valencia— tenían tres brazos cada una, apoyándose, nos parece, en García-Gallo; pero sí es cierto que este autor afirma que «en la Corona de Aragón y en Navarra las Cortes aparecen siempre formadas por la nobleza, el alto clero y las ciudades, constituyendo cada uno de estos *estados* un *brazo* de las mismas»¹⁰, esta afirmación se hace para contraponer estas Cortes a las castellanas; así se matiza más adelante esta afirmación, al decirse que en Aragón la nobleza aparece dividida en dos brazos y ocasionalmente sucede otro tanto en Cataluña¹¹.

Tiene otro alcance, indudablemente, la opción realizada por el A. en favor de determinadas afirmaciones muy discutibles, pero que lo resultan más, al ser presentadas como verdades incontrastadas.

Así la conclusión establecida a partir de que «é evidente la concezione contrattualistica della sovranità dominante nella Spagna di allora» (p. 98):

6. El autor parece depender aquí de GARCÍA-GALLO, *Manual* cit. 445-446, pero esto no justifica el silencio sobre la equidad y buena razón; un más correcto planteamiento de la cuestión, de acuerdo con los autores catalanes, puede verse en LALINDE ABADÍA, *Iniciación* cit. 169.

7. LALINDE ABADÍA, *Iniciación* cit. 111 s

8. LALINDE ABADÍA, *Iniciación* cit. 220.

9. La existencia de una errata de imprenta en p. 105 nos parece evidente; donde se lee Alava, se debe leer Ayala. Cf. GARCÍA-GALLO, *Manual* cit. I 402.

10. GARCÍA-GALLO, *Manual* cit. I 811.

11. GARCÍA-GALLO, *Manual* cit. I 812.

«Quindi nessun'idea di potere illimitato ed incondizionato nelle mani del re e sua chiara subordinazione alle leggi, non di queste all'arbitrio del principe, come si legge nelle parole di uno dei maggiori giuristi spagnoli del Cinquecento: absoluta potestas Principibus non est, Principes... contra ius nihil possunt, Princeps subest legibus; non leges Principi» (p. 98-99).

Quizá este jurista sea Covarrubias (cf. p. 413), pero es interesante destacar ya una cierta tendencia del A. a hablar de España, de juristas españoles, en un momento en el que todavía no puede realizarse tal identificación. Por ello, si no faltan autores que defienden una extensión generalizada del pactismo en la Península¹², tampoco faltan quienes destacan que la teoría contractualística de la soberanía no es inconciliable con el poder absoluto¹³. De todas maneras, la afirmación, tal como la hace el A., no puede por menor de chocar con el hecho que, para Castilla, en 1445, en las Cortes reunidas por Juan II en el Real sobre Olmedo —dato éste que cita también García-Gallo, presunto modelo del A.¹⁴—, los estamentos habían establecido el principio contrario, ya que el poder del rey es tan grande «especial mente segunt las leyes de vuestros rregnos que todas las leyes e los derechos tienen so si, porque el su poderio non lo ha delos omes mas de Dios, cuyo logar tiene en todas las cosas temporales»¹⁵. Además los textos legales castellanos ofrecen una cierta ambigüedad —o una doble tradición— en el momento de establecer o no el principio de la sumisión del monarca a las leyes¹⁶.

Este principio de sumisión de las leyes al monarca, por otro lado, puede entenderse en dos sentidos: o que el monarca no puede derogar las leyes, sin el consentimiento de las Cortes, o que el monarca tenga que respetar el derecho existente; para nadie es un secreto que en Castilla los monarcas, pese a las protestas ocasionales de las Cortes, legislaron sin el consentimiento de éstas y modificaron las normas aprobadas en Cortes sin la participación de éstas¹⁷; con respecto al respeto al derecho vigente, digamos, como se dice en las Partidas, que el monarca debe respetar el derecho, aunque no «por premia»; prueba de ello sería la aparición «al mediar justamente el siglo xv, en la monarquía castellana, del tristemente famoso procedimiento de lo que después se llamarían «lettres de cachet»¹⁸.

También el problema de la redacción de las Partidas es muy discutido

12. Aquí el A. parece seguir a GARCÍA-GALLO, *Manual* cit. I 739 ss.

13. J. A. MARAVALL, *Estado Moderno y mentalidad social. Siglos XV al XVIII*, I (Madrid 1972) 239 ss.

14. GARCÍA-GALLO, *Manual* cit. I 757.

15. CARLYC III 483. Cf. Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *Historia de la traición. La traición regia en León y Castilla* (Santiago de Compostela 1971) 258 ss.

16. Cf. Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *La crisis de la noción de fidelidad en la obra de Diego de San Pedro*, en *AHDE* 39 (1979) 708 s.

17. GARCÍA-GALLO, *Manual* cit. I 395 ss.; 204.

18. MARAVALL, *Estado* cit. I 278 ss.; frase citada en p. 280.

y discutible; no puede así llamar la atención que el A. ayude a extender una opinión que tiende a señalar cuatro redacciones diferentes de las Partidas (p. 103). No puede reprochársele inclinarse por esta dirección, ni tampoco puede reprochársele, ya que es práctica común entre los tratadistas hispanos que acogen la misma, que no tome en consideración que el trabajo de investigación, que está en la base de todos estos resúmenes, afirma la existencia de estas cuatro redacciones para la primera Partida exclusivamente, ya que nada seguro podía decirse para las otras seis, especialmente para la cuarta, quinta, sexta y séptima, que no tienen reflejo en el Especulo, pues de la segunda y de la tercera se conocen, al menos, según esta teoría, la primera y la última redacción¹⁹, sí se le puede reprochar al A., que siga manteniendo esta posición, cuando su propugnador, desde 1976, sin abandonarla del todo la ha al menos matizado²⁰, aunque esta posición última, evidentemente por razones de tiempo, no haya sido todavía incorporada a su Manual²¹.

Menos justificación parece tener la siguiente afirmación del A.:

«... il problema dei rapporti tra essi, l'altra compilazione normativa del medesimo sovrano, il Fuero Real, redatta in lingua castigliana tra il 1252 ed il 1255 le cui norme avevano valore solo in alcune città regie, e le Siete Partidas fu risolto nel *Libro od Ordenamiento de Alcalá del 1348*» (p. 104).

No vamos a entrar ahora en el papel desempeñado por el Fuero Real en la legislación alfonsina, cuestión muy discutida²², pero lo que está fuera de dudas es que las relaciones entre el derecho municipal —el A. parece admitir este carácter para el Fuero Real— y el derecho regio había sido ya resuelto por las Cortes de Zamora de 1274²³; lo que trata de resolver el O. Alcalá es el problema de la aplicación del derecho en el reino, a partir de la primacía del derecho regio, estableciendo para ello un orden de prelación en el cual se da primacía al derecho regio —O. Alcalá— frente al derecho municipal, frente a los fueros municipales, entre los cuales está el Fuero Real, que aparecerá especialmente mencionado en las Leyes de Toro. Y con esto llegamos a la afirmación del A. hablando de las leyes de Toro:

19. Alfonso GARCÍA-GALLO, *El «Libro de las leyes» de Alfonso el Sabio. Del Espéculo a las Partidas*, en *AHDE* 21-22 (1951-1952) 345 ss. Vid. el resumen de sus conclusiones en p. 447-448.

20. Alfonso GARCÍA-GALLO, *Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso X*, en *AHDE* 46 (1976) 609 ss., en especial p. 649-651.

21. Cf. Alfonso GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español I* (Madrid 1977) 394 ss.

22. Vid. un resumen de nuestra posición y la bibliografía correspondiente en Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *Rec. en TR* 47 (1979) 165-167.

23. GARCÍA-GALLO, *Manual cit.* I 390 ss., pero c/. WOLF, en *COING I* 673.—

«Nella prima parte la compilazione volle chiarire e riconfermare la gerarchia delle fonti di diritto positivo stabilita nell'Ordinamento de Alcalá; nella seconda parte mirò, invece, a fornire un regolamento parziale dei settori riguardanti la famiglia... Dopo l'entrata in vigore della Nueva Recopilación la gerarchia delle fonti del diritto nella Castiglia risulta stabilito in questo modo: priorità alle leggi della nuova raccolta, quindi, d'accordo con quanto fissato nelle Leyes de Toro, osservanza nell'ordine delle disposizioni delle Cortes e delle Prammatiche regie, del Fuero Real dei diritti locali, e carattere sussidiario delle Siete Partidas e del diritto comune penetrato profondamente nella dottrina e nella prassi» (p. 109).

Hablar de primera ley en vez de primera parte quizá fuese mucho más correcto; además, sin entrar en el problema de una cierta ambigüedad en las fuentes que parecen considerarse como principales —separación del Fuero Real de los fueros municipales—, es evidente que el derecho común no tiene carácter subsidiario en Castilla ni antes ni después de 1505; cosa distinta es que, con apoyo legal, en 1427 y 1499 se haya permitido acudir a la doctrina de los juristas con determinadas limitaciones, pero esta facultad fue precisamente abrogada en 1505, volviéndose al sistema del Ordenamiento de Alcalá de consulta al rey. Es muy posible que el A. haya sintetizado en demasía el pensamiento de García-Gallo, que distingue entre el sistema legal y el sistema de la práctica²⁴.

El centrarse en los datos, por otra parte, quizá obliga al A. a fiarse más de sus fichas que de sus conocimientos, con las posibles confusiones. Algunos ejemplos reflejarán esto; hablando de Castilla y de las recopilaciones afirma el A.:

«Nel 1554 fu pubblicata una raccolta degli Actos de Cortes dal 1360 in poi, disposti in successione cronologica secondo quanto risultava dai registri delle Cortes» (p. 109).

afirmación que se reitera para Aragón, donde es válida:

«Nel 1554 apparve inoltre il volume degli *Actos de Cortes* distribuiti sempre secondo la loro successione nel tempo, a partire dal 1360» (p. 110)²⁵.

El A. habla del *Fuero Real Catalano* como vigente, a partir de 1332, en Alava (p. 104), mientras coloca dentro de las compilaciones castellanas, oficiales y privadas, las Leyes de Toro (p. 108-109), que aun siendo una colección (raccolta) de leyes, no son, sin embargo, una recopilación.

24. Cf. GARCÍA-GALLO, *Manual* cit. I 394 ss.

25. Aquí debería seguir la aportación de Antonio PÉREZ MARTÍN, en COING, *Handbuch* II 2 p. 260, pero c/. WOLF, en COING I 685.

En definitiva, estos tipos de imprecisiones derivan, en lo fundamental, de la necesidad de sintetizar en demasía, necesidad que puede conducir igualmente a expresiones oscuras:

«Certo, già ai tempi di Carlo V tutto ormai era rimesso al volere del re e, se fino al 1539 le riunioni delle *Cortes* castigliane si ebbero abbastanza spesso ma senza periodicità, ad iniziativa regia e con delibere di valore solo consultivo, dopo tale anno i signori feudali ed il clero riuscirono ad evitarne la convocazione per non cadere in oneri tributari da cui pretendevano di essere esenti, mentre l'insieme dei due rappresentanti per ogni organismo cittadino non comprendeva i delegati (*procuradores*) di tutte le città del regno ma solo di diciotto municipi privilegiati» (p. 101).

El lector sólo puede interpretar que, a partir de la mencionada fecha, las Cortes dejaron de convocarse, cuando habría que afirmar que a partir de «1538 se convoca sólo a los procuradores»²⁶, es decir, «i signori feudali ed il clero riuscirono ad evitare la loro convocazione». Además, prescindiendo ahora del problema de la intervención de nobles y eclesiásticos, es indudable que la tendencia a la reducción en el número de las ciudades y villas participantes es antigua²⁷.

Antes de terminar parece oportuno referirse a una tendencia del A., quizá nacida de su contemplación de Carlos I como «il primo ed unico sovrano in Spagna» (p. 96). Ciertas afirmaciones del A. no pueden admitirse, al referirse a una unidad jurídica, que todavía no existe; tal ocurre cuando elenca una serie de normas, emanadas por el Rey, sólo o con las Cortes, que si se atribuyen a España, entendida como la suma de las dos coronas, resulta en todo caso incompleta (p. 108); baste pensar en las constituciones catalanas. Hablar también de que «il particolarismo medievale sembrava, dunque, rimanere» (p. 101) y señalar al mismo tiempo una serie de fenómenos, que demuestran el aumento del poder regio, sólo es válido, si los mismos los reducimos exclusivamente a Castilla, no si los extendemos a España (p. 101-102).

Esta tendencia a identificar los distintos reinos peninsulares con España, se acentúa al ocuparse de los principios e instituciones del derecho positivo; es cierto que, tras aludir a España, algunas veces pueden indicarse las características que dichos principios e instituciones adoptan en cada uno de los reinos (cf. p. ej., p. 153, 169), pero no siempre sucede así (cf. p. ej., 156 ss., 163, 193 s.); de aquí que cuando, tras exponerse la condición de la mujer en Italia, se concluye que «considerazioni analoghe possono farsi sullo stesso problema relativamente alla Spagna» (p. 165), puede surgir la duda de si tales consideraciones pueden servir, realmente, para ofrecer un

26. José Manuel PÉREZ-PRENDES, *Cortes de Castilla* (Barcelona 1974) 89.

27. GARCÍA-GALLO, *Manual* cit. I 813 ss.; PÉREZ-PRENDES, *Cortes* cit. 101 ss.

conocimiento, aunque sea sumario, de la condición de la mujer en los distintos reinos peninsulares, y puede surgir también la sospecha de que la situación hispánica es simplemente un apéndice en un cuadro ya trazado.

Nos damos cuenta de que estas observaciones son hechas única y exclusivamente a partir de la situación del derecho moderno en la Península y, en cierto sentido, pueden considerarse un tanto injustas, al obscurecer quizá en demasía, las líneas generales de la investigación planteada por el A. En realidad, quisiéramos señalar que el planteamiento elegido, sí interesante, sin embargo puede dar lugar a riesgos claros, dado que exige conocer una serie de datos, quizá demasiado amplios para un solo A.; es cierto que puede contar el A. con el servicio inapreciable del *Handbuch* de Coing, pero precisamente por ello, parece hasta cierto punto un sin sentido centrar una tarea tan ambiciosa, como la de estudiar los inicios del derecho moderno en Europa, en una actividad que, fundamentalmente en el campo de las fuentes de creación, sería heurística, no historia del derecho, para mencionar la posición de Calasso.

Sin embargo, no podemos por menos de agradecer al catedrático de Roma su especial atención a la historia del derecho peninsular, aunque lamentemos que su exposición no sea plenamente satisfactoria. Es cierto que no hay más cera que la que arde, pero el A. tenía a su disposición un manual, como el del profesor Lalinde, que le hubiera permitido prestar una mayor atención a la Península en el capítulo dedicado a los principios e instituciones; hemos hecho ya una alusión a este papel de hermana pobre que hace la Península frente a Italia, Francia y Alemania, papel que desempeña en otras ocasiones. Es muy posible que nuestra tradición jurídica, desde el punto de vista de la ciencia jurídica, no merezca mucha atención, pero quizá dentro de las páginas dedicadas al triunfo del consensualismo (p. 225), no estaría de más una alusión a O. Alcalá 16,1:

«...mas que sea valedera la obligacion o el contracto que fuesen fechos en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro, e façer contracto con el».

Y tampoco estaría quizá de más que, al hablar del problema del dolo y de la culpa en los delitos (p. 234 ss.), se hiciera una mención a Covarrubias, aunque se aluda a la contribución en este campo en el capítulo dedicado a la ciencia jurídica española (p. 414).

De todas maneras, estas observaciones deben ser contempladas como manifestación de admiración y agradecimiento a la obra del profesor Piano Mortari y como expresión de un deseo de ver mejorada la misma en ulteriores ediciones con una atención mayor a la Península.

Cáceres, 25 de marzo de 1981.

AQUILINO IGLESIA FERREIRÓS

SÁNCHEZ ALBORNOZ, Claudio: *La España Cristiana de los siglos VIII al XI*. Volumen I: *El reino astur-leonés (722-1037), sociedad, economía, gobierno, cultura y vida*. Tomo VII de la *Historia de España* fundada por Ramón MENÉNDEZ PIDAL y dirigida por José María JOVER ZAMORA, Madrid, 1980, Espasa-Calpe, S. A., XXXIX + 852 págs.

El *Anuario de Historia del Derecho* no puede menos de sumarse a la gran satisfacción que los alto-medievalistas españoles e hispanistas han sentido al tener por fin entre sus manos esta magna obra del que fue un día ya lejano, hace cincuenta y siete años, fundador y primer director de nuestra revista.

Estamos ante una obra vieja y nueva; vieja porque es una obra investigada, meditada y sustancialmente compuesta hace cincuenta años, en los años anteriores a 1931 antes que don Claudio participara activamente en la vida política nacional; los años de entrega ilusionada del autor al quehacer político en lo más alto y noble de su significado abrieron un paréntesis (1931-36) que retardó la publicación de una obra que no dudáramos en calificar de sensacional para su época.

Vinieron los duros años de la guerra y del exilio que nos recuperaron a don Claudio para su primigenia vocación de historiador; las geniales investigaciones de su juventud profesoral se tradujeron en varias docenas de monografías y artículos que dispersos inicialmente en diversas revistas y publicaciones fueron reunidos en una serie de obras compilatorias que fueron apareciendo sucesivamente en Méjico (1963), Buenos Aires (1967), León (1970), Chile (1970), Roma (1971) y Madrid (1976).

En el nuevo volumen recoge don Claudio una buena parte de sus anteriores publicaciones, más casi a la letra con las actualizaciones imprescindibles, otras han sido retocadas e incluso reescritas de nuevo, y no faltan tampoco algunos capítulos inéditos, pero todos los materiales han sido reordenados y repensados para que el volumen que nos presenta Espasa-Calpe ofrezca una estructura armónica reflejada en el mismo título de la obra: *Sociedad, economía, gobierno, cultura y vida*.

Nadie como don Claudio podía escribir este gran volumen sobre las instituciones del reino astur-leonés; no dudamos que sin los cuarenta años de exilio el propio autor habría superado aún más su por todos los conceptos magnífica obra.

En una obra tan extensa no pueden faltar los puntos concretos que en su día podrán ser objeto de ulterior investigación y aun de diversa interpretación; creemos que todavía cabrá en otro momento volver sobre los orígenes y naturaleza primera de la infanzonía, sobre la existencia en Castilla de comunidades rurales dotadas de autogobierno o inmunidad jurisdiccional, sobre las raíces germánicas o no del Derecho astur-leonés, pero en una recensión sería una pedantería imperdonable disentir de don Claudio.

Porque como él mismo ha escrito en varios lugares para apartarse de

las afirmaciones apoyadas con docenas de testimonios y citas documentales hace falta escribir no pocas páginas y aducir otros tantos textos y documentos igualmente probatorios.

Nuestra enhorabuena y agradecimiento no puede limitarse al autor de la obra, sino que debe extenderse a la editorial Espasa-Calpe por la magnífica presentación del volumen que cree supera a todos los anteriores volúmenes de la misma Historia de España fundada por don Ramón Menéndez Pidal; constituye una auténtica delicia estética la contemplación de las abundantísimas láminas, casi tantas como páginas, que complementan y plasman imaginativamente el contenido intelectual de los conceptos del autor.

Por eso lamentamos el que se hayan deslizado en el texto del volumen algunas erratas, que disuenan tanto más cuanto más altura alcanza la obra; estas erratas son más frecuentes en los términos latinos incrustados en el texto castellano.

También hemos encontrado algunas faltas en la corrección de nombres propios; y alguna disonancia en el uso de los mismos, pues en un lugar se habla de la batalla de Tamarón (1037) y en otros tres pasajes se la designa como de Támara e incluso se apuntala gráficamente esta segunda interpretación con una fotografía del ábside de la iglesia de San Hipólito de Támara (Palencia), p. 462, cuando nosotros con el mismo autor, p. 527, y otros medievalistas coetáneos, como el profesor Lacarra, creemos que tuvo lugar en Tamarón (Burgos).

Y como *aliquando bonus dormitat Homerus* en la página 3 encontramos una «Vista aérea de Palencia, atravesada por el río Duero».

Como a esta obra por su calidad excepcional no le han de faltar prontas reediciones, recomendamos a la editorial que proceda a una nueva relectura cuidadosa que elimine esas mínimas negligencias para que el brillo de la obra sea total.

GONZALO MARTÍNEZ DÍEZ, S. I.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

ALBANESE, Bernardo: *Le persone nel diritto privato romano* (Seminario giuridico dell'Università di Palermo, 1979). 714 págs.

El a. presenta una exposición completa del tratado de personas: tras una introducción sobre *status, persona*, etc., trata de los libres y esclavos, de los ciudadanos y extranjeros, *sui iuris* y *alieni iuris*, tutela y curatela, y personas jurídicas. Una obra importante para el uso de los romanistas.

A. O.

ALESSI, Giorgia: *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra Evo Medio e Moderno* (Jovene, Napoli, 1979). 213 págs.

El tema de la discrecionalidad del juez respecto a las pruebas recibidas es de capital importancia en todo Derecho, y especialmente problemático y grave en el procedimiento criminal. La a. presenta aquí un estudio histórico del más alto interés. El primer capítulo tiene carácter introductivo; el segundo trata de la doctrina medieval, con sus compromisos entre las exigencias del procedimiento inquisitivo y las de una certeza moral para condenar; el tercero, de las controversias de los autores del s. XVI y XVII, entre la que ocupa una posición relevante el español Francisco Sarmiento de Mendoza, con sus *Selectae interpretationes* (1571), por su crítica rigurosa de la práctica forense de rebajar la pena por insuficiencia de prueba, contra la razón clara de que no se debe condenar cuando faltan pruebas, es decir, cuando falla la última prueba del tormento. El capítulo final del libro versa sobre la Pragmática napolitana de 1621, correspondiente al virreinato del cardenal Zapata, que se remitía al convencimiento del juez, en un momento de difícil represión de la falsificación de moneda en el Reino de Nápoles. Esta monografía aporta una excelente contribución a la historia del proceso penal.

A. O.

ARANGIO-RUIZ, V., GUARINO, A. y PUGLIESE, G.: *Il diritto romano. La costituzione, caratteri, fonti, diritto privato, diritto criminale* (Jouvene, Roma, 1980). 348 págs.

El primer epígrafe del subtítulo corresponde a la aportación que escribió en su día Arangio-Ruiz; el último, a la de Pugliese; los intermedios a Guarino. El volumen viene a ser un complemento de la *Guida allo studio della Civiltà romana*, en dos volúmenes, dirigida por Ussani y Arnaldi (segunda edición de 1958).

A. O.

AVILA-MARTEL, Alamiro de: *Reseña histórica de la Universidad de Chile (1622-1979)*. (Universidad de Chile, Santiago, 1979). 77 págs.

En 1738 se creó en Chile la Universidad de San Felipe, llamada así por el rey Felipe V. En 1842 se creó la Universidad de Chile, cuyo primer rector fue el insigne Andrés Bello. El a. nos traza la historia de ambas fases de la historia universitaria chilena, así como de los precedentes, es decir, de la Universidad de los dominicos, fundada en 1622, cuyo primer rector fue Fray Martín de Salvatierra.

A. O.

BARAUT, Cebriá: *Els documents dels segles IX i X conservats a l'Arxiu Capitular de la Seu d'Urgell*, en «Urgellia» II (1979), págs. 7-145.

Con pocos meses de diferencia han aparecido sendos repertorios documentales anteriores al año mil, contenidos en los fondos capitulares de las sedes catalanas de Urgel i Vic. Dedicaremos esta sencilla nota al primero y la siguiente al segundo.

El elenco urgelense se integra de 187 documentos, de los cuales, el P. Baraut sólo publica los hasta ahora inéditos (en número de 130), si bien dá la entrada cronológica correspondiente a los restantes 57, con su respectiva regesta y oportunas referencias heurísticas. De éstos, las actas de consagración de iglesias, en número de 31, habían sido ya editadas y estudiadas por el propio autor en el número anterior de la misma publicación («Urgellia» I, (1978), págs. 11-182).

Una introducción al corpus textual presenta la procedencia archivística de los documentos, en especial los Cartularios de la iglesia urgelense y procede a una clasificación de los mismos por su naturaleza, personajes intervinientes, contenidos, y además un cuadro de la formación del patrimonio de la iglesia catedral de Santa María, con un buen mapa ilustrativo, y unas notas finales sobre las características paleográficas y diplomáticas de los textos reunidos.

La cronología de los mismos se extiende desde el año 829 al 980, aparte algunos preceptos carolingios anteriores (que junto con otros posteriores, fueron ya publicados por Abadal). Aunque la mayor parte de los documentos contienen transacciones entre particulares, hay que destacar la presencia en varios de ellos de personajes públicos, condes, vizcondes, obispos, ya como otorgantes ya como citados en los mismos, nada de extrañar habida cuenta del centro político—capital de condado y obispado—ostentado por la ciudad de Urgel.

Donaciones, ventas, permutas, forman el elenco jurídico más representativo de este corpus. De las donaciones condales o particulares a Santa María, casi todas «propter remedium animae», un buen número lo son bajo la reserva de la posesión vitalicia por el donante (o también por un tercero

como la núm. 66) o explícitamente «post obitum» (89, 125, 140). Es curiosa la núm. 65, en que la reserva posesoria se formula a favor de un adúltero, por cuyo delito precisamente se había apropiado el conde donante de la heredad ofrecida; en la núm. 76, la reserva alcanza sólo la mitad de los frutos; en la núm. 131, el reservista satisfaría durante su vida una libra de cera anual; en la núm. 83, en cambio, los hermanos donantes serían alimentados por la Seo durante su vida. Anotamos también, entre las donaciones laicas, la núm. 147, efectuada por el conde Borrell a un *fidelis* suyo Galindo «pro tuo bono servitio». También aparece otro *fidelis* del conde Borrell, el vizconde Miron a quien aquél vende un alodio (núm. 134), y la 136, venta por los dos condes Sunifred y Oliba a Isarn, vizconde, de alodio confiscado a otro vizconde Hunifred «per ipsa baugia que nobis fecit in fisco», y confirmado por precepto regio.

Otro grupo podrían formarse con las donaciones elemosinarias, es decir, realizadas por albaceas en ejecución de disposiciones *mortis causa* (núms. 35, 37, 105, 151, 154, 169, etc.) si bien sólo hemos hallado dos testamentos (de sendos obispos) en la forma usual de nombramiento de *manumissores* y distribución singular de bienes. De las numerosas actas de ventas, todas de bienes rústicos (algunas, con los propios sirvientes, como en núm. 118, 168) puede señalarse la frecuencia con que una o ambas de las partes contratantes está constituida por uno o varios matrimonios, o por un padre y sus hijos (núms. 24, 68, 90) o por varios hermanos (núm. 91), síntoma de una vivencia de la idea de comunidad patrimonial en el círculo familiar, tan generalizada en las regiones septentrionales del país en estos primeros siglos medievales.

Particular interés ofrecen para nosotros las actas de juicios, unos ante el tribunal del obispo (núms. 15, 25), otros ante el conde (núms. 67, 143), siempre flanqueados por los correspondientes jueces («canónicos et mundanos» se dirá en el núm. 65) sacerdotes y demás *boni homines* (núm. 143), ventilándose cuestiones de propiedad, y, una vez, un caso de violencia (número 25). Todos ellos se concluyeron por la «exvacuatio» de la parte vencida en la prueba.

A vuela pluma, dejamos anotado tan sólo algunos puntos de especial interés jurídico en estos remotos documentos pirenaicos. Señalemos para terminar la utilísima tabla de índices (onomástico, toponímico, de escribanos de iglesias) con que se cierra esta meritoria aportación documental.

J. M. F. R.

JUNYENT .I SUBIRÁ, Eduard: *Diplomatari de la Catedral de Vic, se- gles IX y X*. Patronat d'Estudis Ausonencs. Vic, 1980, fasc. 1 (pá- ginas 1-136).

La colección diplomática de los archivos eclesiásticos vicenses, preparada hace años por el ilustre historiador y archivero D. Eduardo Junyent y cuya publicación han iniciado después de su fallecimiento, el grupo de sus discípulos y colaboradores, bajo la cúpula del benemérito Patronato de Estudios Ausetanos, nos augura un *corpus* de alrededor de 650 docu- mentos anteriores al año mil, casi todos originales en pergamino, sin duda el mayor contingente para esta época de todos los archivos catalanes. En el presente primer fascículo, el *Diplomatario*, alcanza hasta el documento número 160, abarcando desde el año 879 hasta el 933.

Aunque es lógico esperar la publicación completa de la obra para pre- sentar con la debida atención los caracteres de su contenido, hemos esti- mado que no debíamos omitir la noticia de la aparición de esta primera entrega de la misma, para saludar gozosamente la puesta en marcha de un empeño tanto tiempo esperado por eruditos y estudiosos del alto me- dioevo catalán.

Una breve introducción de D. Miguel S. Gros señala la procedencia y disposición de los textos, la oportunidad de su edición y las normas se- guidas en la misma. Los documentos, en orden rigurosamente cronológico, transcritos con extrema pulcritud y fidelidad, van encabezados por una regesta en catalán y el correspondiente aparato heurístico, con algunas notas eruditas cuando el caso las exige.

A reserva del examen conjunto a que hemos aludido, señalemos por el momento que la mayor parte de los documentos contenidos en el pre- sente fascículo, está constituido por ventas y donaciones de bienes rústicos, con escasa presencia de personajes públicos—condes, obispos—. Es intere- sante advertir que la casi totalidad de sus otorgantes son matrimonios, uno o varios, solos o conjuntamente con otras personas; o, en algunos casos, un padre o una madre con sus hijos, y también grupos de hermanos. Esta idea de comunidad familiar, no parece basarse tan sólo en la proce- dencia hereditaria de los bienes, declarada explícitamente en algunas oca- siones, ya que no faltan casos en que los vendedores manifiestan haberles advenido los bienes por compra o por «ruptura», lo que nos lleva a pensar en una comunidad familiar continuada o en formas asociativas más amplias.

Las donaciones *pro anima* a favor de la sede de Vic o de alguna otra iglesia, son en su gran mayoría plenas, pues sólo en dos de ellas se con- signa algún tipo de reserva de su posesión—vitalicia o perpetua—por los vendedores y descendientes, con satisfacción de una oportuna renta.

Completan este elenco general, la venta de un siervo, un testamento (del obispo Idalguer), tres donaciones y una venta elemosinarias (una de ellas del conde Vifredo II), dos actos de «reparatio scripture» y otros tres de índole eclesiástica: el sínodo de Agde, la aclamación del obispo Jorge, por

el clero y pueblo de Vic y la dotación de una iglesia por el mencionado conde, amén del notable precepto del rey franco Odon para la sede de Vic, de 889 (ya publicado por Abadal) que puede considerarse como el germen del señorío de la diócesis ausetana.

Al celebrar la aparición de este primer fascículo, deseamos que bien pronto se termine la obra, con el repertorio completo de tan valioso caudal documental, de extraordinario interés para la historia jurídica de la Cataluña condal, especialmente de sus comarcas septentrionales en los primeros siglos de su restauración cristiana.

J. M. F. R.

BELLOMO, Manlio: *Saggio sull'Università nell'età del diritto comune*, Catania, Ed. Giannotta, 1979. 280 págs.

El llamado «derecho común» es la corriente científica más fuerte en el espacio y en el tiempo que ha tenido Europa. Por lo que a España se refiere, éste es el derecho que, salvo contadas excepciones, han cultivado nuestros juristas desde el siglo XII hasta principios del siglo XIX: siete siglos en los que se han formulado conceptualmente la mayoría de las instituciones jurídicas tal como actualmente las concebimos. Para convencerse de ello basta con examinar cualquiera de los comentarios jurídicos que escriben nuestros juristas a los diversos derechos vigentes en la Península, tanto si se trata del derecho aragonés como si se trata del castellano, valenciano o catalán.

Sentadas estas premisas no se comprende la poca atención que en nuestro país se presta al Derecho común, hecho sobre el que ha llamado la atención García-Gallo repetidas veces (cf. v. gr. en este ANUARIO 44 [1974] 758), pero que a pesar de todo no ha encontrado el eco necesario. Es más, todavía hay quien defiende que el estudio del Derecho común no forma parte de las materias incluidas en la historia del Derecho español, como si este Derecho hubiera nacido de la nada, por generación espontánea y se hubiera cultivado en una probeta al margen de toda contaminación.

Para quien quiera dedicar su atención a esta importante parcela de nuestro pasado jurídico cuenta con un auxilio excelente en la obra objeto de esta recensión. En ella, Manlio Bellomo, catedrático de Historia del Derecho en Catania y discípulo de Calasso, estudia el redescubrimiento del Derecho justinianeo y su cultivo en las Universidades que se van fundando, así como la formación de una clase social nueva, la de los juristas, que cultivan una ciencia lucrativa y que da poder. Se describe el «iter» del jurista, desde que sale de su patria hasta que llega al lugar donde va a iniciar sus estudios jurídicos, los problemas que allí se le van a presentar con respecto al alojamiento, a la elección de sus maestros, su inclusión en las organizaciones estudiantiles («nationes» y «universitates»), método de enseñanza, defensa de los intereses estudiantiles mediante revoluciones, acceso

a los libros e industrias que se desarrollan en torno a los mismos, selección y retribución del profesorado, control que los estudiantes tienen en la organización universitaria, exámenes y obtención de los grados de bachiller, licenciado y doctor.

Para llegar a cabo esta descripción se tiene presente fundamentalmente a la Universidad de Bolonia, aunque también se presta alguna atención a otras Universidades, particularmente a la de Padua. Se trata de una exposición moderna y actualizada de una materia tan antigua, expuesta con buen estilo, con unos planteamientos muy sugestivos y dando particular atención a los aspectos sociológicos, estudiantes pobres y nobles al margen de la corporación estudiantil, con una visión de los problemas no estática, sino dinámica mostrando el paso de la Universidad de los estudiantes a la Universidad de los Estudios, aprovechando para ello no sólo las fuentes tradicionales, sino particularmente la literatura secundaria, como correspondencia epistolar, poesías, etc.

Se trata, en definitiva, de una exposición de la materia bien lograda, llevada a cabo por una de las personalidades más acreditadas en ese campo de estudios, que puede ser de suma utilidad en países como el nuestro en el que se presta poca atención a esta importante parcela de nuestra historia jurídica.

A. PÉREZ MARTÍN

BISSON, Th. N.: *Conservation of coinage. Monetary exploitation and its restraint in France, Catalonia, and Aragon (c.A.D.1000-c.1225)* (Oxford University Press, At Clarendon Press, 1979), XXIV + + 250 págs. + 11 láminas.

Para la época a que esta obra se refiere, la bibliografía es mucho más abundante sobre los aspectos numismático y económico de las monedas, que sobre el punto de vista institucional. Este libro se ocupa de este último aspecto, contribuyendo con ello eficazmente a colmar una laguna o desequilibrio historiográfico. Como el subtítulo bien indica, se centra cronológicamente en los dos largos siglos que corren desde comienzos del siglo XI hasta el fin del primer cuarto del siglo XIII. Para que la delimitación geográfica resulte comprensible para los lectores menos familiarizados con la realidad geopolítica de la época, se alude en el subtítulo a «Francia, Cataluña y Aragón». El autor es bien consciente de que estas palabras no responden a unas mismas realidades en cada época. Por ello, comienza por concretar el escenario de su estudio en dos zonas, claramente diferenciadas. Una es norteña, y coincide más o menos con el Norte de Francia, Ile-de-France, Normandía, Picardía y Borgoña. La otra es sureña y comprende la antigua Septimania, Novempopulania, Marca Hispánica, Gascuña, Languedoc, Rosellón, Cerdanya, Principado de Cataluña y Aragón. Ambas zonas difieren notablemente entre sí, aunque ambas sean herederas, en alguna dimensión,

del antiguo reino carolingio, y aunque ninguna de las dos se encuentre en la avanzadilla del resurgir comercial de esta época del medievo.

A lo largo del siglo XI-XII, y coincidiendo con una progresiva explotación de la moneda, surgen divergencias en el valor de los denarios, según las diferentes cecas y acuñaciones de los mismos. El denario con sus fracciones es la moneda usual en esta época. Este fenómeno trae consigo múltiples y reiterados intentos de mantener sin mutaciones el valor de las monedas, y con ello su estabilidad. De esta historia son protagonistas los particulares, las autoridades provincianas o locales, el clero secular, los monjes, los obispos, los papas y los reyes. El autor desarrolla toda esta temática en seis apartados, que corresponden a estos conceptos: el propietario de la moneda, tasación monetaria en Normandía (la más antigua que se conoce) y en la Francia de los Capetos, confirmaciones del valor de la moneda en la zona sur antes descrita, la misma temática en la zona norte, correlaciones de pensamiento. Enriquecen especialmente este libro varios mapas, reproducciones fotográficas de diferentes monedas, descripción de las más importantes, edición de documentos que marcan otros tantos hitos en la historia que constituye el objeto de este libro, varios apéndices documentales e índices.

La evolución de toda esta temática se desarrolla, según el autor, con un ritmo diferente en cada una de las dos zonas antes aludidas. En el sur, la confirmación de la moneda es más homogénea, más tradicional, y más persistente que en el norte. En esta lenta evolución no pesan sólo, ni a veces principalmente, razones de tipo económico. También pesan, y mucho, motivaciones de tipo psicológico, legal y moral. Todas estas implicaciones aparecen oportunamente descritas en este libro, cuyo resumen más amplio rebasaría los límites de una simple reseña, que además nunca ahorraría su lectura. Esta obra interesa a sectores del medievalismo tan variados como los historiadores de la economía, del Derecho canónico, de los derechos seculares de los países afectados, y en general a cuantos se interesen por un conocimiento matizado de la sociedad y de los reinos de la amplia franja geopolítica a la que este estudio se refiere.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

BRAGA DA CRUZ, Guilherme: *Obras esparsas*, 1: *Estudos de História do Direito. Direito antigo* - 1.º parte; 2: *Estudos de História do Direito. Direito antigo* - 2.º parte (Acta Universitatis Conimbricensis; Coimbra, Universidade, 1979), XVI + 370 y 336 pp.

El profesor Guillermo Braga da Cruz (1916-1977) abrió un ancho surco en la vida cultural portuguesa, dejando detrás de sí toda una escuela. Como dice en la presentación uno de sus discípulos aventajados, fue «destacada figura da vida intelectual e pública de geração a que pertenceu, Mestre de jurisconsultos e de historiadores» (Mário Júlio de Almeida Costa). Estos

dos volúmenes recogen una parte de sus escritos, que andaba dispersa en sedes muy dispares, y por consiguiente de no fácil acceso para los estudiosos. Los trabajos aquí recogidos, que siguen conservando el título que llevaban cuando fueron editados por primera vez, son los siguientes: Algunas consideraciones sobre la «perfilatio», El problema de la sucesión de los ascendientes en el Derecho griego, El «jurisconsultus» romano, La posesión de un año y un día en el Derecho hispánico medieval, El Derecho de superficie en el Derecho romano, Derecho romano vulgar occidental, la obra de S. Martín de Dumio y la legislación visigótica, La sucesión legítima en el Código Euriciano, Apreciación crítica de una disertación de doctorado (se refiere a la tesis de Mário Júlio de Almeida Costa, *Origen de la eufiteusis en el Derecho portugués*, Coimbra 1957), Afinidad (subsistencia del vínculo después del casamiento), Los pactos sucesorios en el antiguo Derecho portugués, y algunas recensiones críticas. Quedan todavía fuera de estos dos volúmenes no pocas publicaciones del ilustre profesor portugués.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

CAVANNA, Adriano: *Storia del diritto moderno in Europa. I. Le fonti a il pensiero giuridico* (Giuffrè, Milano, 1979). 709 págs.

Libro ambicioso, salido de la gran escuela de Vismara, y con el que tendremos que contar en el futuro. Pone en evidencia, una vez más, cómo la historia jurídica, aunque se haga, por motivos prácticos, con restricciones nacionales, debe siempre proyectarse dentro de un marco europeo; en el fondo, se trata siempre de un derecho «común», aunque las incidencias del separatismo político la presente fraccionada, y, de hecho, hayan influido en su desarrollo algunas fuerzas de dispersión.

Este primer volumen nos presenta las líneas generales de esa historia común. Se vuelve a plantear el tema de «Europa», como hizo Koschaker hace casi medio siglo, pero con mayor riqueza de información. Una sección entera se dedica a los siglos XII-XV, y, en la segunda parte del libro se entra ya en la Edad Moderna: fuentes y doctrinas de los siglos XVII y XVIII, para tratar finalmente de la tradición romanística en las distintas naciones, juntamente con sus particularidades nacionales en el «alba delle codificazioni». A España dedica el a. el capítulo III de la sección primera (la segunda versa sobre el Derecho inglés) de esta tercera parte de su libro: páginas 410-427; la bibliografía correspondientes, en págs. 670-674.

A. O.

Catálogo colectivo de obras impresas en los siglos XVI al XVIII, Sección I: Siglo XVI, fasc. 1-25 [Letras A-S] (Madrid 1972-1979), sin paginar.

En la Biblioteca Nacional de Madrid funciona una Comisión encargada de dar cumplimiento a lo que se enuncia en el título de esta publicación, que en su estadio actual consiste en una xerocopia de las fichas de los libros publicados en esos tres siglos XVI-XVIII, ordenándolas alfabéticamente por autores, y añadiendo a mano al fin de cada nota a qué biblioteca corresponde la ficha en cuestión, junto con el ejemplar que describe. Como se advierte en una nota que precede a cada fascículo, esta labor «está muy lejos de ser un trabajo definitivo». Tal como está, refleja el estado de los ficheros de nuestras bibliotecas, que es ciertamente deficiente. Tampoco se recogen todas las bibliotecas importantes, sino sólo algunas. Ni las fichas dan todo lo que interesa, ni es exacto todo lo que dan. Pese a todas estas limitaciones, estoy seguro que todos los estudiosos agradecerán mucho este esfuerzo inicial de la Comisión antes aludida, ya que ahora disponemos de un indispensable instrumento de trabajo, todo lo deficiente que se quiera, pero muy útil, que viene a colmar una zona enteramente lacunar en nuestro país. Por ello, todas las limitaciones consignadas no constituyen ningún reproche a la Comisión creadora de este *Catálogo Colectivo*, sino una información para que el lector conozca de antemano lo que puede encontrar en esta obra, que ahora se presenta de modo provisional, y que esperamos que un día se edite de forma definitiva a tenor de las exigencias catalográficas comúnmente exigidas para este tipo de publicaciones.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

CONDE-GUERRI, Elena: *La sociedad romana en Séneca* (Universidad de Murcia, 1979). 407 págs.

Tesis doctoral dirigida, y ahora prologada por J. M. Blázquez. Sobre la base de los escritos senequianos, la a. nos presenta un cuadro vivo y detallado de las costumbres romanas del siglo I d. C., en seis capítulos temáticos: estructura social, trabajo y profesiones, economía y lujo, la mujer, sexo, y el ambiente urbano. Es útil, aunque escaso, el índice analítico de nombres y cosas, pero se echa de menos el de textos citados, no sólo del mismo Séneca, sino también de otros autores latinos. Dada la amplitud temática, se explica que la a. haya tenido que dar una visión algo superficial de cada aspecto, y también la bibliografía es desigual. Las páginas dedicadas a la esclavitud (p. 120-134) resultan, en este sentido, muy características, así como la afirmación lacónica que allí se hace de que San Pedro, por aquello del «*servi subditi estote*» (I Ptr. 2,18), no se había «rebelado» contra la esclavitud. Inexplicable es la ausencia de atención al factor religioso y al cultural.

A. O.

Constitutiones Ordinis Fratrum Minorum Capuccinorum saeculorum decursu promulgatae, 1: Constitutiones antiquae (1529-1643). Editio anastatica (Romae, Curia, Generalis OFM Cap., 1980), 674 pp.

La familia Capuchina es la más reciente de las tres ramas que actualmente integran la primera Orden de S. Francisco de Asís. Aunque de facto comenzó a existir desde 1525, el reconocimiento jurídico por parte de la Iglesia es de 1528. En el presente volumen se contiene una edición anastática de las constituciones por las cuales se regieron los Capuchinos desde 1529 hasta 1643, quedando para ulteriores volúmenes las restantes constituciones hasta 1909. A medida que los textos jurídicos pierden su valor vinculante por la aparición de un nuevo ordenamiento, tales textos tienden a desaparecer por considerárselos desprovistos de toda utilidad práctica. Sin embargo, hoy reconocemos que estos ordenamientos, tiempo ha desprovistos de fuerza legal, constituyen una fuente de primer orden para conocer la identidad histórica de la colectividad cuya vida informaron. Por ello, es digna de todo aplauso la iniciativa de la Curia General de los Capuchinos de acercar a los lectores, en esta espléndida edición anastática, las constituciones de su Orden desde 1529 a 1643. Trátase concretamente de las de 1529, 1536, 1552, 1575, 1608, 1638 (éstas en latín y en italiano) y las de 1643. A la reproducción anastática de estas constituciones precede una introducción con los datos esenciales que configuran la fisonomía de cada uno de estos ordenamientos. Sin duda alguna que la presente edición constituirá uno de los frutos permanentes de la celebración del VIII Centenario del nacimiento de S. Francisco de Asís. Ojalá que las otras ramas franciscanas imiten este ejemplo.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

FERREIRA, José de Azevedo: *Alphonse X: Primeyra Partida*. Edition et Etude, Instituto Nacional de Investigação Cientifica, Braga 1980, 610 pp.

Las obras legales de Alfonso X el Sabio fueron objeto de versión al idioma galaico-portugués; ya la Academia de la Historia, cuando preparaba en 1807 la edición de *Las Partidas* y en 1836 la de *los Opúsculos Legales*, prestó su atención a estos textos no castellanos, y así en su Biblioteca se encuentran dos versiones galaico-portuguesas de la Primera partida y otra de la Tercera. De otras Partidas: de la Segunda y Séptima también se conocen algunos fragmentos, lo que deja suponer que la obra completa tuvo su versión portuguesa, aunque hoy no se conserve íntegramente.

La presente edición del texto portugués de la Primera Partida se ha hecho siguiendo el códice núm. 2 de los Fondos Antiguos del Archivo de la Torre do Tombo de Lisboa, procedente del monasterio de Alcobaça, y del que se obtuvo una de las copias que se guardan en la Biblioteca de la

Real Academia de la Historia de Madrid; el manuscrito parece datarse en la segunda mitad del siglo XIV o primera del XV, aunque la versión deba ser anterior a 1341.

Sabido es que la Primera Partida ofrece dos recensiones o formas diversas que los estudiosos de las Partidas han ejemplarizado en el ms. 20.787 del British Museum y en el códice llamado Silense; según Azevedo, el texto portugués presenta particularidades singulares y únicas en cuanto a la distribución de los títulos y de las leyes. No resulta fácil precisar si este texto, muy próximo al Silense, representa una versión independiente o la evolución de otra redacción cuyo original se ha perdido.

El autor de esta edición ha ofrecido ante todo un texto con fines lingüísticos y filológicos y no ha pretendido resolver ninguno de los varios problemas que la composición de las Partidas presenta todavía, pero ha aportado un nuevo texto que ayudará en su día a mejor aclarar la evolución de la tradición manuscrita de las Partidas cuando se intente de verdad la edición crítica de las mismas.

También puede y debe ser utilizado el texto portugués por los juristas para ver cómo se aplicaron las Partidas en Portugal y qué retoques y adaptaciones se hicieron en su texto a la hora de verterlo desde su original castellano a la lengua portuguesa; algunas de estas adaptaciones son puestas de relieve por el doctor Azevedo en su estudio comparativo a lo largo de 47 páginas, así como la difusión de las Siete Partidas en Portugal es desarrollada a través de otras cuantas páginas.

El texto portugués de la Primera Partida ha sido editado con todo el rigor y exactitud que pueda exigir la más depurada crítica y el doctor Azevedo nos ha dado una buena prueba de la perfección alcanzada en esta clase de trabajos, muchos de los cuales afectan a textos históricos-jurídicos, por los estudiosos de la Península Ibérica.

GONZALO MARTÍNEZ DÍEZ, S. J.

FLORES SELLÉS, C.: *Epistolario de Antonio Agustín* (Acta Salmanticensia, Filosofía y Letras 115; Salamanca, Universidad, 1980), 336 págs.

En este volumen se contienen 217 cartas de o a Antonio Agustín (1517-86), que cubren cronológicamente el período de su vida que corre desde el 12 abril 1537 hasta el 24 septiembre 1558. Aunque aquí no se indica suficientemente, éste es el primer tomo de una edición que constará de otro por lo menos. Se abre el volumen con una Introducción del Editor, en la que se describe la tradición manuscrita y editorial de estas cartas, aparte de otras características de las mismas. Las cartas escritas por Antonio Agustín están en alguno de estos tres idiomas: latín, italiano y español. Las dirigidas a él aparecen en esas mismas lenguas, y además en catalán y griego. Se cierra

el volumen con un índice de destinatarios y corresponsales y otro de personas, lugares y cosas.

Pese a las numerosas y meritorias investigaciones aparecidas sobre Antonio Agustín, carecemos todavía de un buen estudio de conjunto. Para tal estudio constituye una fuente importante su epistolario, del que observa justamente el Autor de ese libro que es «la fuente directa y frecuentemente única para conocerlo plenamente como bibliófilo, humanista, crítico por vocación, editor de fuentes y orientador de investigaciones ajenas, sin desatender los aspectos comunes a todo epistolario, como es el conocimiento de su personalidad y la calidad de informador de primera mano sobre puntos de historia local o incluso europea» (p. 7). El doctor Cándido Flores Sellés es un buen conocedor de la correspondencia y de otros varios aspectos de Antonio Agustín, temática a la que ha dedicado ya algunas publicaciones. Como es bien sabido, se editaron ya precedentemente seis series de cartas o epistolarios de Antonio Agustín. Pero todos ellos son incompletos, ya debido a las autolimitaciones que los editores se impusieron, ya a causa del desconocimiento de cartas que ahora aparecen por vez primera editadas. Este es un primer mérito de este libro, que bien podríamos calificar de cuantitativo. Pero aventaja también a sus predecesores desde el punto de mira cualitativo, ya que ofrece un texto más depurado de erratas que los precedentes, anotando las variantes cuando son varios los testigos que transmiten las cartas aquí editadas. También se datan algunas que aparecían sin fecha. Al pie de cada carta se registran las anotaciones oportunas en orden a facilitar al lector un conocimiento sumario de las personas, acontecimientos y temas a los que las cartas se refieren. Esperamos que algunas erratas deslizadas en este libro, tal vez por insuficiente corrección de pruebas, se notifiquen al lector en una fe de erratas al final de este Epistolario.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

GARCÍA-GARRIDO, Manuel Jesús: *Derecho Privado Romano. I. Instituciones y II. Casos y decisiones jurisprudenciales* (Ed. priv., Madrid, 1979). xxx + 633 & xiv + 399 págs.

Este nuevo manual de Derecho romano ofrece como principal novedad la incorporación (en forma de segundo volumen) de la enseñanza por casos (en número de 150). La enseñanza por casos ha sido para muchos una meta, pero difícil de alcanzar por la necesidad de procurar previamente al alumno un mínimo conocimiento institucional, casi de mera terminología. Esto nos ha llevado a algunos a posponer los casos, en el segundo cuatrimestre, a las lecciones institucionales. García-Garrido, catedrático de Derecho romano en la UNED, ha plasmado esta solución en este reparto de su dos volúmenes. La sistemática del primero no discrepa mucho de la de otros manuales similares (una introducción con los conceptos generales, de fuentes,

de personas, de cosas y de acciones, y luego cuatro partes de instituciones: propiedad, obligaciones, familia y herencia), pero sí es nuevo el método de enunciar los casos, con aclaraciones institucionales insertas, referencias a fuentes y bibliografía, e incluso gráficos ilustrativos. El segundo volumen contiene también una antología de «documentos de la práctica jurídica romana», y los índices generales, de materias y de fuentes, más un índice de los juristas y su obras, y una tabla cronológica.

Sin duda tenemos en esta obra una buena muestra del interés de nuestros romanistas por realizar una enseñanza universitaria conforme a las exigencias de una formación adecuada para los alumnos de primer año de la carrera.

A. O.

GAUDEMET, Jean: *Études de droit romain*, 3 vols. (Jovene, Camerino, 1979). xxviii + 514, 279 y 569 págs.

La Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Camerino ha tenido la feliz idea de reunir los escritos dispersos de Jean Gaudemet, figura destacada del romanismo francés de nuestros días. Han cuidado de esta edición reprográfica L. Labruna, I. Buti y F. Salerno. El primer volumen recoge los artículos sobre fuentes, el segundo, sobre aspectos de la historia constitucional romana y el tercero sobre instituciones. Cierran la obra un índice alfabético de temas y el de fuentes. Una gran facilidad para la consulta de los escritos romanísticos de su ilustre autor.

A. O.

GAUDEMET, J.: *La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise aux IV^e et V^e siècles* (Institut de Droit Romain de l'Université de Paris 15, París, Sirey, 1979), 248 págs., 250 × 165 mm.

El tema de este libro se encuentra en la encrucijada del Derecho romano, del canónico, de la patrística, y de un momento cambiante en la historia del mundo de entonces. La cantidad y calidad de los estudios especializados sobre cada una de estas parcelas históricas es tal que difícilmente se pueden reducir a un tratamiento sistemático y relativamente breve. Esto es lo que intentó el profesor Jean Gaudemet, bien conocido por otras obras suyas de características similares. Fruto de tal intento fue la primera edición de este libro, aparecida en 1957 (ver una buena reseña del mismo en la REDC 14, 1959, 549-51, por R. Cosme Losada). Durante los veinte años transcurridos desde entonces, esta obra disfrutó de una buena acogida entre los estudiosos, que han querido encontrar una primera información sobre las cuestiones aquí tratadas, dentro del marco de un texto condensado y una relativamente amplia indicación de fuentes y de bibliografía. Pero

también hay que subrayar que, después de las dos décadas transcurridas, este libro necesitaba de una renovación y puesta al día, debido a los innumerables trabajos que aparecieron sobre los diversos problemas tocados en esta obra. Esto es lo que el Autor intenta, y sustancialmente creo que consigue, en esta segunda edición de 1979, que supuso una revisión bastante profunda del texto de la anterior edición.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

GILISSFN, J.: *Introduction historique au droit. Esquisse d'une histoire universelle du droit. Les sources du droit depuis le XIII^e siècle. Éléments d'histoire du droit privé* (Bruxelles, Bruylant, 1979), 756 págs.

Este manual de *Introducción histórica al Derecho* se presenta como fruto del magisterio de su autor por espacio de cuarenta años en la Universidad de Bruselas. Su estructura y concepción es más o menos la siguiente. Consta de tres partes. en la primera se da una información muy esquemática (demasiado), sobre los diferentes derechos que en el mundo han existido: Derecho egipcio, cuneiformes, hebreo, griego, romano hindú, musulmán, chino, Derecho canónico, céltico, Derechos germánicos, «common law», sistemas comunistas.

La segunda parte está dedicada al estudio de las fuentes del Derecho en Europa, aunque de hecho se reduce el tratamiento a Francia y Bélgica casi en exclusiva. En un primer capítulo se caracterizan las diferentes fuentes del Derecho hasta la Revolución Francesa, pasando revista a la costumbre, la legislación, la doctrina y enseñanza del Derecho, jurisprudencia y organización judicial. En otro capítulo se estudia esta misma temática desde la caída del *ancien régime* hasta nuestros días, limitándose aún más a Bélgica y Francia.

La parte tercera contiene una historia selectiva del Derecho privado, que no intenta en modo alguno extenderse a todas las instituciones que bajo esta rúbrica habitualmente se sitúan. En materia de personas, se tratan temas como el estatuto jurídico de los extranjeros, matrimonio y divorcio, estatuto jurídico de la mujer y del niño. En materia patrimonial se habla del Derecho de propiedad, sucesiones, prueba, obligaciones, etc. En esta tercera parte se alude a antecedentes en anteriores ordenamientos distintos del francés y belga.

Al final de cada apartado hay unos textos selectos, considerados más significativos, que son de indudable valor didáctico para los estudiantes que se acercan por primera vez a esta temática.

Es difícil juzgar un manual nacido en el círculo de la clase y destinado a la enseñanza y aprendizaje escolar. En este nivel, hay sin duda muchas

lagunas y sobreentendidos en el libro que se suplen suficientemente, y tal vez con ventaja, por el magisterio del profesor. Como obra utilizable fuera de ese círculo, tal vez resulte un tratamiento excesivamente esquemático de una temática enormemente amplia y heterogénea.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

GUITARTE IZQUIERDO, Vidal: *Don Gonzalo González de Bustamante, jurista castellano del siglo XIV: su vida y su obra*. Pars dissertationis ad Lauream in Facultate Iuris Canonici apud Pontificiam Universitatem S. Thomae de Urbe. Castellón, 1979. 86 págs.

Los trabajos de historia de la literatura jurídica son actualmente tan escasos que el historiador del Derecho debe saludar con alegría especial aportaciones como la que ahora se reseña. En este folleto Vidal Guitarte esboza un estudio biográfico del famoso jurista y obispo de Segovia González de Bustamante (estudio que no pasa de ser un notable esfuerzo por luchar contra la parquedad de las fuentes), describe los manuscritos que transmiten la *Peregrina* (siete latinos y uno castellano; todos del siglo xv, a excepción del ms. 39-30 de la Catedral de Toledo, latino y fechado en 1380) y el incunable del mismo título de Bonifacio García y termina con la síntesis crítica de las teorías aventuradas sobre la parte de estos materiales que conocíamos. Las páginas 77-81 se dedican a la exposición de las conclusiones a que ha llegado el autor. Según Guitarte, el manuscrito de 1380 —en cuyo colofón se menciona un *Gundissaluus Gundissalui*— presenta un contenido totalmente diverso a las copias del siglo xv. Estas, quizá «reelaboraciones de un repertorio jurídico originario que contenía únicamente definiciones de las Partidas», reproducen a su vez un texto idéntico (variando las glosas, de las que carece el ms. castellano), con el que concuerda además el incunable de Bonifacio García (excepto las referencias a ciertos autores y a la legislación castellana posterior que recoge García); la dualidad de versiones que veía Riaza —una castellana, original; otras latinas posteriores— se demuestra de este modo carente de fundamento. Para Guitarte, que se limita a aceptar como válidas las tradicionales atribuciones de la *Peregrina* a González de Bustamante, los manuscritos del siglo xv reproducen un repertorio cuyo autor es el indicado obispo de Segovia. El mismo González de Bustamante puede presumirse *iuris tantum* (según expresión de Guitarte) es el *Gundissaluus Gundissalui* del manuscrito toledano de 1380, de manera que Bustamante habría sido «autor de dos repertorios jurídicos diferentes». En la segunda mitad del siglo xv el portugués Bonifacio García, bien «ocultando el nombre del autor de la *Peregrina*» para «atribuirse la originalidad de una obra importante», bien creyendo «que se trataba de una obra anónima», reelabora y da a las prensas sevillanas el repertorio jurídico conservado en los manuscritos de ese siglo. Un *Reper-*

torium Partitarum (ms. de la Biblioteca Colombina de Sevilla), obra de Diego Fernández, sería otra «recensión de la *Peregrina*».

Sin conocer en su integridad la tesis elaborada por Guitarte no podemos aquí enjuiciar y valorar sus afirmaciones. Hasta qué punto sean idénticos los textos de los manuscritos del siglo xv —ya el elenco de algunas voces del ms. 12687 de la Biblioteca Nacional de Madrid que se nos ofrece en la nota 54 presenta variantes con las voces correspondientes del manuscrito castellano (nota 69)— y en qué medida todos ellos son diferentes del ms. de 1380, son extremos de capital importancia que, si bien tratados en la versión primitiva del trabajo de Guitarte a juzgar por el índice que se inserta en pp. 7-9, no cuentan con la deseable comprobación. De otra parte, la posible autoría de González de Bustamante no deja de verse rodeada de algunos interrogantes. En todo caso, la falta de un estudio interno de la *Peregrina* (o *Peregrinas*), al que renunció de antemano Vidal Guitarte, es tarea que con la inestimable ayuda textual que presta este autor debemos ahora emprender los historiadores del Derecho, sin olvidar que sólo el análisis conjunto de la *Peregrina* con otras obras bajomedievales —glosas al Fuero Real y a los Ordenamientos de Briviesca y Alcalá, por citar los textos más importantes—, puede arrojar una luz decisiva en la comprensión del sistema de fuentes castellano bajo el Derecho común.

CARLOS PETIT

IGLESIAS, Juan, y ALVAREZ, Ursicino: *Espíritu del Derecho Romano* (Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1980). 197 págs.

Se recogen en este libro el discurso de recepción en la «Academia de Jurisprudencia y Legislación», de Juan Iglesias, y el discurso de contestación de Ursicino Alvarez. El nuevo académico disertó sobre ideas fundamentales del ordenamiento jurídico romano: derecho y justicia, la *res publica*, libertad y responsabilidad, *officium*, Estado y familia, derecho público y privado, dimensión histórica del *ius*, tradición y progreso, poder y derecho subjetivo, etcétera. El discurso de contestación se dedica especialmente al concepto de «espíritu», dentro y fuera del Derecho, y en el mismo discurso al que contesta.

A. O.

IGLESIAS REDONDO, Juan: *Cuerpo de las definiciones contenidas en el Digesto de Justiniano. Textos latinos y traducciones*. Seminario de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Salamanca, 1981. 134 págs.

Dentro de la serie de publicaciones del Seminario de Derecho Romano de la Universidad Complutense, iniciada con el libro homenaje a don Ursicino Alvarez, aparece ahora la obra que nos ocupa, *Cuerpo de las definiciones contenidas en el Digesto de Justiniano*, obra del doctor Juan Iglesias Redondo, profesor ayudante del citado Seminario. El libro es parte de su tesis doctoral, *De la jurisprudencia a las definiciones contenidas en el Digesto*, leída en la Facultad de Derecho de Madrid en 1978, y premiada con el Extraordinario de dicha Facultad.

El profesor Iglesias Redondo, en la obra que hoy nos ofrece, presenta un cuidadísimo «corpus» de definiciones, que encierra en sí la mejor prueba de la capacidad del jurista romano para definir. Capacidad ésta negada en principio, como pone de manifiesto el autor en el prólogo de la obra, por Savigny, Schulz, Biondi, Pugliese y Chiazzese, entre otros, y afirmada por Pringsheim, Martini, Carcaterra, etc. El autor, que se declara partidario de la teoría afirmativa de la capacidad del jurista romano para definir, señala, también en el prólogo de la obra, la hermandad existente en Roma entre el lenguaje común y el jurídico, que no van disociados, sino juntos.

El «corpus» que presenta el profesor Iglesias Redondo es la relación, por orden alfabético de voces, de la mayor parte de las definiciones contenidas en el Digesto. Sin entrar, como destaca el propio autor, en un examen pormenorizado de las mismas, ni de la permanencia o no de lo clásico en aquéllas.

Son 409 las definiciones recogidas en la obra. Y han sido impecablemente traducidas por el autor, utilizando la edición latina de Mommsen-Krüger (16.^a ed., reproducida, Berlín, 1954). Las definiciones latinas van en columna, con su correspondiente traducción española a su derecha. Termina la obra con un índice de voces castellanas que remiten a las correspondientes latinas, resultando este índice de gran utilidad al momento de la consulta.

Aparte lo ya dicho, es especialmente destacable que se trata de una obra eminentemente útil. Y no sólo para el romanista o el historiador del Derecho, sino también para cualquier jurista docente o práctico; al alcance del cual pone el autor uno de los aspectos más interesantes del Digesto, esto es: las definiciones contenidas en el mismo.

Sólo nos resta felicitar al autor por su magnífico trabajo, en el que se observa, junto a su formación de jurista, un profundo conocimiento de la filología latina.

F. BARRIOS PINTADO

ILARI, Virgilio: *Guerra e Diritto nel mondo antico. I: Guerra e Diritto nel mondo greco-ellenistico fino al III secolo* (Giuffrè, Milano, 1980). 428 págs.

Es ésta la primera parte de una ambiciosa investigación sobre el tema central de la guerra en el mundo antiguo. Un segundo volumen deberá tratar la época romana. Esta del mundo griego y helenístico se divide en cuatro capítulos, tras una amplia introducción en la que se presenta el tema en toda su amplitud filosófico-sociológica, desde la óptica de un hombre de nuestros días que piensa en la eliminación de la guerra como meta de la humanidad. El primer capítulo trata de las dos concepciones básicas, agonal y diplomático-estratégica de la guerra en Grecia antigua; el segundo, de la formación de esa segunda concepción en Tucídides, Platón y Jenofonte; el tercero, del pensamiento sobre la guerra de Isócrates, Esquines, Demóstenes y Aristóteles; y el cuarto, de la conquista macedónica y las monarquías helenísticas. En forma de apéndices se recoge la bibliografía analíticamente ordenada, un glosario de los términos griegos relativos a la guerra, un registro de fuentes por temas, y una tabla, cronológicamente ordenada, de todas las guerras de esa época. Cierran el libro los índices de fuentes y autores citados. Una contribución fundamental para la Historia de la Guerra I. Del proyectado segundo volumen, el a. ha publicado después, separadamente, el primer capítulo, con el título *L'interpretazione storica del diritto di guerra romano fra tradizione romanistica e giusnaturalismo* (1981, XV + 247 págs.)]

A. O.

KAUFHOLD, H.: *Die Rechtssammlung des Gabriel von Basra und ihr Verhältnis zu den anderen juristischen Sammelwerken der Nestorianer* (Münchener Universitätschriften - Juristische Fakultät: Abhandlungen zur Rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung Bd. 21; Berlin, J. Schweitzer Verlag, 1976), XX + 340 págs.

En la confluencia de los dos ríos, Eúfrates y Tigris, en tierras del sur del actual Irak, había una metrópoli nestoriana que estaba en activo de principios del s. v a finales dle s. ix. Justamente a fines de la novena centuria, gobernó aquella iglesia el metropolitano Gabriel de Basra, autor de la colección canónica a la que se refiere el libro que reseñamos. Pese a que se trata de la primera colección canónica sistemática de la Iglesia nestoriana, había permanecido inédita como tal. Después de una introducción histórico-ambiental, el A. presenta una síntesis, realmente al día, de las colecciones griegas, latinas y sirias que se elaboraron a base de cánones sinodales. Estudia primero las cronológicas y después las sistemáticas. A continuación, entra en el estudio monográfico del Nomocanon sistemático de Gabriel de Basra. Trata de esclarecer sus fuentes, su tradición manuscrita, su proyección ul-

terior y su contenido institucional. La tradición manuscrita se presentaba hasta ahora particularmente deficiente, ya que sólo se conocían fragmentos más o menos extensos. Pero afortunadamente estos fragmentos han venido a complementarse notablemente, aunque no por completo, a base de un nuevo manuscrito de la Seminary Foundation, de Hartford (Connecticut, USA). Con la ayuda de este códice y a base de las citas, presumiblemente literales, de otras colecciones posteriores, el A. consigue darnos una edición del Nomocanon de Gabriel de Basra, en texto paralelo (alemán y siríaco), con lo que presta un enorme servicio a los estudios de esta temática y de otras relacionadas con ella.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

KUTTNER, Stephan: *The history of ideas and doctrines of canon law in the Middle Ages* (Collected studies series 113; London, Variorum Reprints, 1980), paginación original en cada pieza, 232×156 milímetros.

Idem, *Medieval councils, decretals and collections of canon law. Selected essays* (Collected studies series 126; London, Variorum Reprints, 1980), paginación original en cada pieza, 232×156 mm.

Estos dos volúmenes reproducen 24 trabajos de Stephan Kuttner, aparecidos en las más diversas publicaciones, a lo largo de un período de más de cuarenta años, que corren desde 1936 a 1976. Todos ellos son bien conocidos por los historiadores del Derecho canónico y de las instituciones e historia medievales. Pero no todos eran fácilmente accesibles a todos, debido a su aparición original en series muy dispares y difíciles de ver juntas en las bibliotecas. Pero no se trata sólo de una reproducción de la publicación original tal como apareció en su día, sino que al final se añaden unas *retractationes*, breves pero de gran valor orientativo, donde no sólo se trata de eventuales rectificaciones, sino que se indican también los aportes de alguna importancia aparecidos posteriormente sobre el mismo tema. Cuatro índices finales en el primer tomo y otros cuatro en el segundo (autores y obras; concilios y sínodos, cartas pontificias, manuscritos) facilitan al máximo la utilización del rico contenido de estos trabajos, cosa que no existía en la publicación original de cada uno de estos artículos. No es el caso de presentar aquí al bien conocido autor, ni tampoco de tratar aquí una no fácil discusión de cualquier aspecto de estas investigaciones del profesor Kuttner. Pero no creo sea inútil ofrecer seguidamente los títulos que integran cada uno de los dos volúmenes. He aquí los del primer volumen, respetando el idioma original de cada artículo: *Harmony from dissonance: An interpretation of medieval canon law* (año 1960), *Liber canonicus: A note on the Dictatus papae c. 17* (1947), *Sur les origines du terme «droit positif»* (1936), *Urban II and the doctrine of interpretation. A turning point?* (1972), *A forgotten definition of justice* (1976), *La réserve*

papale du droit de canonisation (1938), *Pope Lucius III and the bigamous archbishop of Palermo* (1961), *St. Jón of Hólar: canon law and hagiography in medieval Iceland* (1976), *Cardinalis: The history of a canonical concept* (1945), *Dat Galienus opes et sanctio Justiniana* (1964), *Gratian and Plato* (1976).

El segundo volumen recoge los siguientes trabajos: *Quelques observations sur l'autorité des collections canoniques dans le droit classique de l'Église* (1950), *Some roman manuscripts of canonical collections* (1971), *The so-called canons of Nîmes, 1096* (1970), *Gerland of Besançon and the manuscripts of his «Candela»: A bibliographical note* (1976), *The «Extravagantes» of the Decretum in Biberach* (1973), *The decretal «Presbiterium» (JL 13912) a letter of Leo IX* (1975), *Collectio Francofurtana* (1933), *A collection of decretal letters of Innocent III in Bamberg* (1970), *A new eyewitness account of the fourth Lateran Council* (1964, en colab. con el infrascrito), *Johannes Teutonicus, das vierte Laterankonzil und die Compilatio IV* (1946), *Die Konstitutionen des ersten allgemeinen Konzils von Lyon* (1940), *Conciliar law in the making: the Lyonesse constitutions of Gregory X in a manuscript at Washington* (1949), *The date of the constitution «Saepe», the Vatican manuscripts, and the Roman edition of the Clementines* (1964).

Como bien saben los medievalistas, estos dos volúmenes no agotan la totalidad de las investigaciones de Kuttner aparecidas en forma de artículos de revista. Pero creo que todos agradeceremos a «Variorum Reprints» su esfuerzo por acercar a un mayor número de lectores una obra no siempre fácil de tener a mano, debido a su dispersión en diferentes series y revistas. La puesta al día realizada por el autor en forma de apéndice a cada tomo junto con los índices exhaustivos que los acompañan, hacen esta reimpresión de manejo obligado aún para los que ya eran lectores habituales de los escritos de Stephan Kuttner.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

3

Liber Fidei Sanctae Bracarensis Ecclesiae, edición crítica por el P. Avelino de Jesús da Costa, tomo II, Braga 1978, 318 pp.

En este segundo volumen del *Liber Fidei* se reúnen las separatas de los diversos números de la revista «O Distrito de Braga», publicación de la Junta Distrital de Braga, en los que desde 1965, fecha en que apareció el primer volumen, ha ido publicándose la continuación del llamado *Liber Fidei* o *Liber Testamentorum* de la Iglesia de Braga, el cartulario quizá más importante entre todos los del país hermano.

Este cartulario que comenzó a ordenarse en el siglo XI y que fue escrito ya en el XII y continuado en el XIII reúne hasta un total de 954 documentos que van desde el año 900 hasta el siglo XIII; utilizado por numerosos historiadores, una tercera parte de sus documentos han sido transcritos oca-

sional y dispersamente, pero nunca había sido objeto de una publicación completa ordenada y crítica.

El Liber Fidei se conserva hoy en la Biblioteca y Archivo Distrital de Braga, por eso la Junta Distrital de Braga que resolvió la publicación del mismo ha querido que el texto fuera apareciendo en su revista oficial «O Distrito de Braga». Esta publicación en pequeñas y diferidas entregas ha sido complementada con la agrupación de las separatas en dos volúmenes, uno de ellos con los 258 documentos primeros aparecidos hasta 1965 y otro con los documentos 259-571 que han visto la luz hasta 1978.

Todavía deberá seguir otro tercer volumen de documentos hasta completar los 954 y está anunciado otro cuarto volumen con el estudio paleográfico, diplomático e histórico del Liber Fidei, así como con los índices cronológicos, onomásticos e ideográficos correspondientes.

Esta publicación del Liber Fidei como por entregas ha dado lugar a cambios tipográficos y a diversos errores o incongruencias en la paginación, que no revisten carácter grave, dado que los documentos van rigurosamente ordenados y numerados, lo que permitirá citarlos por su número correspondiente sin dar lugar al menor equívoco.

La transcripción de los documentos ha sido realizada por el insigne paleógrafo y diplomatista P. Avelino de Jesús da Costa, cuyo nombre sólo es suficiente garantía de que se ha empleado la exactitud y el rigor científico que en esta clase de obras se requieren.

Aunque todavía deben seguir otros dos volúmenes, hemos querido dar cuenta a nuestros lectores de la publicación de los dos primeros volúmenes de este Cartulario, por su singular importancia para el estudio de las instituciones altomedievales del reino leonés, para que puedan utilizar ya desde ahora esta insustituible fuente diplomática.

GONZALO MARTÍNEZ DÍEZ, S. I.

Livro Preto da Sé de Coimbra, Universidad de Coimbra 1977, 1978 y 1979, 3 vols.

El llamado Livro Preto da Sé de Coimbra es un códice o cartulario en pergamino del siglo XII en que se transcribió la documentación de este obispado y constituye, por tanto, una valiosa fuente documental, tanto para la historia de la Edad Media en Portugal como sobre todo para la región de Coimbra.

El códice original pasó el siglo pasado a la custodia del Archivo Nacional de la Torre do Tombo, pero una copia del siglo XVIII se conservó en el Archivo de la Universidad de Coimbra.

Por este lazo que unía el Livro Preto con el Archivo Universitario, éste inició el año 1942 la transcripción e impresión íntegra del famoso cartulario, tarea que fue encomendada al entonces conservador del Archivo Rocha

Madahil; cuando éste llevaba impresas en 1950 hasta 272 páginas se ordenó la interrupción de los trabajos y la retención de las páginas impresas.

Tras veintidós años de pausa en 1972 se reanudaron los trabajos por orden del entonces director profesor Torquato de Sousa Soares y bajo la responsabilidad del P. Avelino de Jesús da Costa; tras la larga suspensión de casi un cuarto de siglo no sólo los tipos y la composición tipográfica habían envejecido, sino que los mismos criterios de transcripción diplomática habían evolucionado substancialmente.

A pesar de estos cambios de criterio el primer volumen ha aprovechado las 272 páginas impresas antes de 1950 completando únicamente el último de sus documentos, el núm. 173, en la última página del primer volumen que totaliza así las 273 páginas. Este volumen, aunque ofrece también una transcripción aparentemente cuidadosa en las técnicas de presentación diplomática y documentos, resulta, como es obvio, un tanto obsoleto.

En cambio, a partir del documento 174, ya en el segundo volumen el P. Avelino de Jesús da Costa y sus colaboradores Leontina Ventura y M. Teresa Veloso nos ofrecen un texto de acuerdo con las normas más depuradas de transcripción y edición de textos y documentos; el segundo volumen aparecido en 1978 con 310 páginas alcanza hasta el documento 391, y el tercer volumen del año 1979 llega hasta el 591 inclusive y 288 páginas.

La edición crítica de este famoso cartulario de la Sede de Coimbra todavía no está completa a pesar de los tres volúmenes aparecidos y desde luego será complementada con el correspondiente estudio paleográfico, diplomático e histórico, así como con los índices propios de esta clase de obras, pero ya desde ahora 591 documentos del más alto medievo de la región de Coimbra resultan accesibles a los estudios de la historia e instituciones del reino leonés.

GONZALO MARTÍNEZ DÍEZ, S. I.

MANNINNO, Vincenzo: *L'auctoritas patrum* (Giuffrè, Milano, 1979).
151 págs.

El a. estudia, en tres respectivos capítulos, las fuentes históricas sobre la *auctoritas* senatorial en la antigua época de los reyes, en la época republicana anterior al siglo IV y el régimen posterior del senadoconsulto preventivo, por el que el Senado perdió el control efectivo de los actos comiciales del magistrado.

A. O.

MANTELLLO, Antonio: «*Beneficium*» servile - «*debitum*» naturale. *Sent., de ben.* 3,18,1ss. - *D.35,1,40,3, lav. 2 ex post. Lab.* (Giuffrè, Milano, 1979). 478 págs.

El a., discípulo de Orestano, nos ofrece, en este volumen de las publicaciones del Instituto de Derecho Romano de la Universidad de Roma, la primera parte de una amplísima indagación acerca de los presupuestos filosóficos que influyeron en la teoría jurídica de la *naturalis obligatio* de los esclavos; el segundo volumen se anuncia como dedicado a un juicio historiográfico sobre el problema. La obra se inserta en la corriente de muchos romanistas de hoy que se aplican más a la consideración de los condicionamientos ideológicos de la jurisprudencia romana que a la solución de problemas textuales de orden técnico-jurídico. Esta primera parte se divide en dos secciones, sobre Séneca y sobre Javoleno, respectivamente, sobre el matiz que les separa respecto al concepto de lo «natural»: equivalente a lo universal en el filósofo y a realmente vigente en el jurista. El a. trata este tema con profundidad y reposada erudición. Los índices de autores y fuentes citadas dan ya una idea de la riqueza doctrinal de este primer volumen.

A. O.

MARQUES, A. de Jesús: *Portugal e a Universidade de Salamanca. Participação dos escolares lusos no governo do Estado, 1503-1512* (Ediciones Universidad de Salamanca. Serie varia: Temas Científicos, Literarios e Históricos 30; Salamanca 1980), 368 pp.

Siguiendo la pista de tres decenas de estudiantes portugueses en la Universidad de Salamanca desde 1503 a 1512, el Autor de este libro realiza una radiografía de la vida universitaria salmantina de un período poco explorado. Para el lapso de tiempo indicado, sólo poseemos la información contenida en los *Libros de Claustro*, ya que para esos años no se conservan otros como los de *Grados*, *Matriculas*, etc. La difícil caligrafía de estos libros sin duda han servido de barrera para la investigación y estudio sistemático de ese tiempo. El Autor demuestra cumplidamente que posee la alta dosis de conocimientos paleográficos teóricos y prácticos para superar esta difícil prueba. Después de una interesante introducción, en la que espiga los principales resultados de su investigación, el cuerpo de la obra está constituido por 413 extractos de otras tantas actas de los mencionados *Libros de Claustros*, en las que aparecen actuando los escolares portugueses. La disposición incluso tipográfica de estos extractos se inspira muy de cerca en el libro de Florencio Marcos Rodríguez, *Extractos de los Libros de Claustros de la Universidad de Salamanca. Siglo XV (1464-1481)* (Salamanca 1964). Unos índices finales facilitan el hallazgo de los innumerables datos

esparcidos por todo el libro. Los extractos aparecen enriquecidos con numerosos párrafos literales de los *Libros de Claustros*.

He aquí algunas de las conclusiones que se desprenden de este estudio. De estos escolares, 8 cursaban Cánones, 5 Leyes, 3 ambos Derechos, 1 Medicina, y otro Artes (ninguno Teología). Aunque 18 estudiantes constituyen una muestra demasiado microscópica para sacar conclusiones generales, en este caso es posible que la muestra sea adecuada, a juzgar por el estado de otras universidades más conocidas. Los escolares lusos ocuparon los más diversos cargos en la Alta mater salmantina, llegando incluso uno a rector. Por ello, creemos que su «curriculum vitae» resulta bastante representativo para tener una imagen radiográfica de lo que era la Universidad en esta época, con todas sus luces y sombras. También se ocupa el Autor del «curriculum vitae» de estos estudiantes, una vez que dejaron la Universidad, concluidos sus estudios. Entre todos, destaca Aires Barbosa, destacado humanista que enseñó griego en la propia Universidad de Salamanca. Otro de los escolares, llamado Francisco Fernandes, aparece años más tarde enseñando Cánones en la Universidad de Lisboa. De los restantes, 3 se dedican a la diplomacia, 4 a la magistratura, 1 a la cirugía, otro llegó a ser obispo. El 30 por 100 eran clérigos, el resto laicos. Según el Autor, durante este período la media anual de escolares lusitanos en Salamanca era de 500 a 600, lo que representaba aproximadamente el 10 por 100 del total de la población escolar en la Ciudad del Tormes. Según esto, el muestreo de escolares portugueses aquí estudiado correspondería al 17 por 100 de los estudiantes de esa nacionalidad.

El presente estudio está realizado con una gran minuciosidad. Si se estudiara la totalidad de la población escolar de este período con este mismo ritmo, harían falta centenares de volúmenes. Pero quizá en este caso se justifique tal metodología para este primer muestreo, por tratarse de una etapa poco estudiada hasta el presente. Esta obra fue galardonada con el Premio de Historia *Calouste Gulbenkian* de 1978.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

Monumenta Henricina. Direção, organização e anotação crítica de António Joaquim DIAS DINIS O. F. M. Vol. 15 [1469-1620] e Suplemento [1414-1461] (Coimbra 1974, aparecido en 1976), XXXII + 560 págs.

El nombre de Enrique el Navegante (1394-1460), tercer hijo del Rey D. Juan I de Portugal, va unido a una de las etapas más interesantes de la historia del país vecino. Es la época de los descubrimientos de nuevos caminos marítimos y de nuevas tierras. Con el Navegante trabajó una amplísima gama de colaboradores. El tema de los descubrimientos y de los planes relacionados con ellos aflora continuamente en las relaciones de

Portugal con los otros reinos europeos occidentales. *Monumenta Henricina*, cuyo decimoquinto y último volumen, tengo el honor de reseñar, representa un gran corpus documental sobre Enrique el Navegante y su entorno histórico. Pocos historiadores de la presente generación pueden tener la legítima satisfacción de Dias Dinis de llevar a feliz término un regesto documental que por su calidad y por la cantidad de sus piezas pueda compararse a *Monumenta Henricina*. El esfuerzo realizado ha sido realmente enorme. Supuso, entre otras cosas, la consulta detenida de varias decenas de fondos documentales esparcidos por la mayor parte de la Europa Occidental, que van desde Lisboa al Vaticano y desde Sanlúcar de Barrameda hasta Flandes. Por cierto que los archivos españoles ocupan aquí un puesto importante, sobre todo el de la Corona de Aragón de Barcelona (que ocupa el primer puesto en este tomo), donde se conservan numerosas piezas relativas a las siempre cordiales relaciones político-diplomáticas luso-aragonesas frente al común rival castellano. Ahora que ya nadie es rival de nadie, esta masa documental colma una importante laguna en la historia portuguesa, y complementa la información existente sobre aspectos de la misma época de la historia española. La depurada técnica editorial y la excelente presentación de estas piezas documentales contribuyen a subrayar todavía más el interés de los *Monumenta Henricina*, cuya publicación culmina ahora.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

MOREIRA DE SÁ, A: *Auctarium Chartularii Universitatis Portugalensis*. Vol. III [1529-1537]. (Lisboa, Instituto Nacional de Investigação Científica, 1979), XVI + 468 págs., 235 × 305 mm.

El profesor Moreira de Sá lleva ya siete volúmenes publicados del *Chartularium Universitatis Portugalensis*, obra que por su contenido y por su forma de presentación merece un primer puesto entre las de su género. Contemporáneamente a esta magna obra, se está publicando el mejor complemento a la misma, constituido por el *Auctarium Chartularii Universitatis Portugalensis*. Con ello, se recoge una idea muy oportuna puesta en práctica en su día por Denifle-Chatelain para la Universidad de París. Los cartularios, que se limitan a las actas oficiales emanadas de alguna autoridad, dejan fuera una ancha franja documental que no pertenece a esa categoría, pero que no encierra por ello un menor interés histórico. A este segundo filón documental pertenecen los libros oficiales de grados, de acuerdos, etc., que suele haber en toda universidad de alguna importancia. A nadie se le oculta el enorme interés de este tipo de documentación. Por sus páginas desfilan las instituciones, las personas, los acontecimientos universitarios, recogidos diligentemente al filo de la vida cotidiana. Este tipo de información está generalmente mucho más cercana de la realidad histórica que el ideal expuesto en los documentos oficiales emanados de las diferentes autoridades. En los tres

volúmenes del *Auctarium* ya aparecidos se publica *Livro I dos livros da Universidade de Lisboa de 1506 até 1526* y *Livro II dos livros da Universidade de Lisboa de 1526 até 1537*. El primor editorial, la cantidad de láminas ilustrativas (41 concretamente), la perfección y carácter exhaustivo de los índices, hacen de este *magnum opus* un modelo difícilmente superable.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

MOREIRA DE SÁ, A., *Três estudos sobre Erasmo* (Lisboa, Secretaria de Estado da Cultura-Direcção— Geral do Património Cultural, 1979), 290 págs.

Este libro del profesor Artur Moreira de Sá recoge tres estudios, aparecidos con anterioridad independientemente. El primero trata de dos catálogos españoles de libros prohibidos, aparecidos en 1551, y que hasta ahora habían pasado casi desapercibidos. Unidos a los dos que se venían utilizando, agrandan notoriamente las perspectivas para la investigación de la cultura española de la época. Estos dos catálogos son convenientemente estudiados en este libro y ofrecidos en edición facsimilar. El siguiente estudio trata de Erasmo y de las Inquisiciones española y portuguesa. Por cierto que esta última aparece más rígida al principio que la española y más sujeta a las disposiciones de Roma. En otros catálogos posteriores se advierte el influjo de la portuguesa en la española, precisamente en el sentido de un mayor rigor. El autor había descrito en otra ocasión 155 obras de Erasmo existentes en la Biblioteca Nacional de Lisboa. Este census se completa ahora, con el estudio de otras 125, que se conservan actualmente en las siguientes bibliotecas portuguesas: Arquivo Nacional da Torre do Tombo (1), Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra (25), Biblioteca de Ajuda (7), Biblioteca Pública de Evora (25), Biblioteca Pública de Braga (7) y Biblioteca Pública do Porto (14). Las cifras entre paréntesis aluden al número de obras erasmianas en la respectiva biblioteca. Tal es, a grandes rasgos, el contenido de esta obra, sin duda alguna interesante para la historia de la cultura peninsular.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

MOREU BALLONGA, José Luis: *Ocupación, hallazgo y tesoro* (Bosch, Barcelona, 1980). 693 págs.

Esta tesis doctoral es realmente excepcional, no sólo por su volumen, sino también por la manera esforzada y exhaustiva con que su autor ha llevado a cabo su trabajo. Aunque sea «de Derecho civil» (está prologada por Lacruz Berdejo, director de la tesis), no dudamos en llamar la atención sobre ella de los historiadores del Derecho. En efecto, casi doscientas

páginas de la misma se dedican a la historia, es decir, a la historia anterior al Código civil: toda la primera parte. La doctrina del Derecho común (el a. ha prescindido del Derecho romano antiguo, cuyo estudio hubiera aumentado aún más el volumen del libro) es tratada ampliamente, luego, las «coutumes» y la Codificación europea del XIX, para concluir esta primera parte histórica con el estudio de la doctrina española anterior al Código. Así, pues, contamos con una historia del régimen jurídico de la ocupación y formas similares de adquirir la propiedad. Recuerdo que hace más de veinte años, Rafael Gibert dedicó una de sus prelecciones granadinas al tema del tesoro. Eran pocas páginas, pero sustanciosas, como son siempre las de este principal historiador de nuestro Derecho. Pero no podía yo imaginar entonces que aquella aportación suya iba a ser como la semilla de este fornido y frondoso libro que nos ofrece ahora el nuevo doctor de Zaragoza. Debemos celebrar también que la «Fundación Roviralta» haya subvenido a los gastos de edición, pues la publicación de obras de este género resultaría imposible sin tales ayudas.

A. O.

MURGA, José Luis: *Rebeldes a la República*. Ariel, Barcelona, 1979. 143 págs.

El libro del profesor Murga, que aparece bajo el sugestivo título de *Rebeldes a la República*, pretende ser una interpretación nueva de un tema realmente fascinante: el fenómeno de la juventud rebelde en el mundo mediterráneo precristiano.

El planteamiento, como decía, es nuevo. El autor sostiene que la rebeldía juvenil puede alcanzar manifestaciones diferentes: unas veces pacíficas y otras veces violentas. De modo pacífico se producirá dando una nota de desinterés y de lejanía ante los ideales que puede ofrecer la sociedad dominante. De forma violenta cuando el contorno social no permita otra expresión. Por ello, no puede decirse que violencia y paz sean en este caso dos formas de expresión absolutamente distintas entre sí. Esa rebeldía de la juventud antigua, inquietante y misteriosa, se manifestó a través de un cauce religioso, cauce que nada tiene que ver con la religión cansina y formalista de los mayores, sino con una extraordinaria intuición del amor entre todos los hombres y de la unidad del género humano. Esa protesta juvenil aparecerá con un ideal religioso—sea éste del signo que sea—y siempre verá su luz en las clases sociales inferiores. A esa rebelión se unirán posteriormente jóvenes de la aristocracia, unos con buena fe y otros por simple snobismo.

El autor nos da una amplia visión de cómo pudo ser aquel movimiento en la Grecia antigua, en el mundo helenístico y en la Roma republicana. Estudia cómo en las comunidades primitivas están muy cercanas la idea de *vis* y la idea de *ius* y cómo una vez sustituida la *vis* por la *actio* continuó

siendo lo mismo el derecho y su modo de defensa. Por ello, parece deducirse que si la juventud se decidió por el empleo de la fuerza—*vis*—ello coincidía plenamente con la defensa de sus derechos usurpados.

Quizá el momento culminante del libro lo constituya el estudio de aquella rebelión de los jóvenes bacantes que turbó la paz romana en los primeros años de la segunda centuria antes de Cristo. El senado (*SC de Bacchanalibus*), en nombre de los dioses domésticos, tras un enorme derroche de crueldad, aniquila aquel movimiento juvenil, hasta el punto de que, como nos dirá Livio, el número de muertos superará ampliamente al de prisioneros.

Queda a un lado en el libro el estudio del posible paralelismo de esas rebeliones antiguas y de los castigos que las eliminaron con otros movimientos históricos posteriores semejantes. Sin embargo, como el propio autor confiesa, muchas veces la analogía entre los sucesos de ayer y de hoy es tan llamativa que uno al observarlos se sorprende. Ese aspecto, que Murga adivina y en el que—pienso que voluntariamente—no se adentra, es un punto especialmente interesante y conjetural en el que el lector puede verter todos sus conocimientos históricos.

Por ello, el libro, entre jurídico e histórico, entre real e intuitivo—muchas veces ante la falta de textos no queda al investigador otro camino que el de la intuición—resulta ciertamente apasionante. En el prólogo el autor señala que en ningún momento pretendió hacer una obra dogmática ni mucho menos polémica. Quizá sin pretenderlo y, a pesar suyo, lo sea o lo esté siendo. No importa. Cuando el intento creador es tan gigantesco y profundo como el que contemplamos se podrá estar de acuerdo con él o no, pero siempre exige el respeto de una interpretación jurídica e histórica que, en este caso, cabría calificar de magistral.

JAVIER PARICIO

MURGA, José Luis: *Derecho Romano clásico: II.—El proceso*. 413 páginas. Zaragoza, 1980.

Como principio de una serie en la que el profesor Murga intenta hacer un detallado estudio del Derecho Romano clásico aparece este volumen dedicado al proceso.

No resulta fácil el comentar un libro como éste, ya que de alguna forma sobrepasa el carácter habitual de los manuales, o al menos de los manuales tradicionales. En él se estudia de un modo exhaustivo el modo de litigar romano, desde sus enigmáticos y casi desconocidos orígenes hasta el procedimiento cognitorio, dedicando una especialísima atención al procedimiento formulario.

Decía que el presente trabajo se sale de los modelos ordinarios porque no se señala únicamente la doctrina tradicional, sino que en muchos de los puntos conflictivos tratados el autor hace indudables aportaciones a la

ciencia romanística; así ocurre, por ejemplo, cuando trata del origen de la defensa de los derechos (págs. 21 y ss.), de los diferentes modelos primitivos de representación (págs. 86 y ss.), de la *usucapio lucrativa pro herede* (págs. 256 y s.), de la transacción (págs. 266 y ss.), de la naturaleza de la *litis contestatio* (págs. 304 y ss.), etc. Siendo el libro en su conjunto casi una colección de trabajos monográficos breves. Todo él viene acompañado de abundante bibliografía, de un detallado índice de fuentes, así como de otro índice de voces.

Por todo ello, y además de cumplir las veces de un excelente manual debido a los diversos tipos de letra empleados, puede considerarse el presente volumen como un instrumento utilísimo para cualquier especialista del Derecho romano.

JAVIER PARICIO

PÉREZ DE BENAVIDES, Manuel María: *El testamento visigótico. Una contribución al estudio del derecho romano vulgar* (Universidad de Granada, 1975). xxiv + 164 págs.

De esta tesis doctoral de 1969 hace tiempo que deberíamos haber dado noticia. Sucede a veces que se deja de hacerlo por la previsión de que alguien parece haberse comprometido a hacer una más cumplida recensión, y luego, al dejar ésta de hacerse, queda la obra sin la más mínima noticia de su aparición; por ello mismo tiendo, en caso de duda, a darla en su momento, sin perjuicio de que nuestra revista publique luego más amplia reseña de la misma obra. Subsano ahora el haber hecho una excepción en este caso. Sólo mi actual apartamiento de ese campo histórico-jurídico explica que no haga ahora yo la recensión crítica que este estudio merecía y dejó de hacerse en su momento.

El autor divide su trabajo en tres capítulos. Al primero trata del testamento en el Breviario; el segundo, del testamento en el Código de Eurico y el *Liber Iudiciorum*; el tercero, más breve, estudia el testamento del obispo Vicente (publicado por Fita en *BRAH.* 1900, p. 155, y reproducido ahora por el autor en un apéndice de este libro) y las fórmulas visigóticas.

Este estudio muestra una vez más la continuidad del Derecho vulgar tardo-romano en las fuentes visigodas, y constituye así una aportación de interés para la historia del Derecho romano vulgar.

A. O.

RODRÍGUEZ DE LAMA, I.: *Colección Diplomática Medieval de la Rioja* (923-1225), 1: *Estudio*, 2: *Documentos* (923-1168), 3: *Documentos* (1168-1225) (Logroño, Instituto de Estudios Riojanos, 1979, 1976 y 1979, 282, 312 y 412 pp.

En 1976 fue editado el segundo volumen de esta colección histórico-documental, y en 1979 aparecieron los otros dos. La principal meta que el autor se propone consiste en ofrecer a los estudiosos la documentación riojana de los 300 años que corren desde el documento más antiguo (año 923) hasta los más recientes que datan de 1225. Este tope cronológico final de la documentación fue elegido por el autor, basándose (creo que razonablemente) en motivos de tipo lingüístico (aparición de la lengua romance en los diplomas) y en algunas transformaciones importantes en la estructura y funcionamiento de la diócesis y de las relaciones entre el obispo y el cabildo. No se incluyen aquí todos los documentos conocidos, sino que se seleccionan los que no habían sido anteriormente editados de modo sistemático. Se anuncia, finalmente, un cuarto volumen, que contendrá una especie de historia económica del patrimonio de la Catedral de Calahorra.

Esta obra contiene 563 documentos o piezas (bajo algunos números hay en realidad varios documentos), realizada según las normas de transcripción de la Escuela de Estudios Medievales del CSIC de Barcelona. Aparte de los elementos usuales en este tipo de trabajos, tales como indicación de fuentes y bibliografía, criterios metodológicos, etc., en este caso hay un estudio monográfico que ocupa todo el primer volumen. Los estudiosos no necesitarán, para muchos aspectos, efectuar por sí mismos el despojo de esta documentación, ya que esto se realiza en el aludido estudio monográfico preliminar. Allí encontrará el lector aspectos como las invocaciones contenidas en el protocolo de estos documentos, rango social y otras características de los personajes que intervienen en los diplomas, onomástica civil, fiadores, testigos, penas espirituales y temporales, monedas que se mencionan, escatologio, características del latín y del romance utilizados en estas actas, presencia y actuación de moros, judíos y francos en la Rioja, cuestión de los Templarios, etc. Otro elemento muy valioso de esta edición es la breve pero frecuente anotación con que el editor acota estos documentos. Es de agradecer asimismo el cotejo de variantes entre originales y copias.

Por el estudio monográfico a que acabamos de aludir cabe ya intuir el valor de esta colección documental, aunque, como el autor bien indica, cada estudioso podrá encontrar otros muchos elementos interesantes para los diversos saberes históricos. Es de todo punto imposible reflejar en una simple reseña las aportaciones de este importante corpus documental, en el que se editan 128 documentos reales, 59 pontificios, 58 episcopales, 25 abaciales y 218 de particulares. La historia eclesiástica, la civil, la filología, los cultivos, los estudios de sociología histórica, la toponímica, la econo-

mía, etc., cuentan aquí con un rico filón documental de consulta obligada para cualquier tipo de estudios históricos sobre la Rioja y regiones limítrofes.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

RODRÍGUEZ NEILA, Juan Francisco: *El municipio romano de Gades* (Instituto de Estudios Gaditanos de la Diputación Provincial de Cádiz, 1980). 183 págs.

El a., en sucesivos trabajos, ha demostrado haber estudiado a fondo todo lo referente a la organización municipal de la España romana. Se espera de él la pronta publicación de un libro de conjunto, pero ya sus aportaciones singulares son notablemente valiosas. Ha venido a llenar una clamorosa laguna de nuestra erudición nacional.

Empieza, en la presente monografía sobre el municipio de Cádiz, por referirse al templo de Hércules, que ya hizo famosa la ciudad; luego, estudia el a. el proceso de incorporación a Roma, el tratado del año 78 a. C., las reformas de César y la conversión en municipio romano. A partir del capítulo VI estudia el a. los distintos aspectos de la administración municipal: cargos, curia municipal, patronos, funciones sacerdotales. Sigue un décimo capítulo prosopográfico, y se cierra el libro con un undécimo capítulo sobre aspectos económicos de la vida local. No faltan algunas láminas, ni un índice alfabético de materias (no «de nombres»).

A. O.

SERRAO, J. Veríssimo: *História de Portugal*, 3: *O século de Ouro* (1495-1580); 4: *Governo dos reis espanhóis* (1580-1640); 5: *A restauração e a monarquia absoluta* (1640-1750) (Lisboa, Editorial Verbo, 1978, 1979, 1980), 490, 476, 494 pp., con profusión de láminas.

En esta misma revista (48 [1978] 728-29) dimos cuenta de las características generales de esta *Historia de Portugal*, lugar que ocupa entre las historias del vecino país, y contenido de los dos primeros volúmenes. Los tres volúmenes que ahora presentamos continúan fieles a las pautas establecidas al comienzo de esta magna obra. Si en algo se apartan de aquellas previsiones primeras, es en cuanto a la mayor extensión que sobre la marcha se está dando a la historia moderna. Pero creo que los lectores agradecerán sin duda este cambio. Lo justifica la mayor complejidad de los tiempos más recientes. Trátase, por lo demás, de un fenómeno que tiene que afrontar casi todo tipo de historias.

Si los dos primeros volúmenes recogían la historia de los siglos de formación y constitución de Portugal, con el tercer volumen se inicia la proyección de Portugal en el mundo. El período comprendido en este volumen

se denomina, con razón, el Siglo de Oro de la historia de Portugal. La expansión ultramarina por un lado, y el peso específico que adquiere Portugal en el concierto de las naciones europeas sitúan esta historia en un entorno de nuevas perspectivas y dimensiones. En sucesivos capítulos se analiza la historia política diplomática y militar, el Imperio Atlántico y oriental, administración y sociedad, organización económica y financiera, religión, asistencia y cultura. Tal es el esquema que, con ligerísimos retoques, se sigue en los demás volúmenes aquí presentados.

El volumen cuarto aborda lo que en Portugal se llama el período de los Felipes, es decir, los sesenta años (1580-1640) en que reinaron en Portugal los reyes españoles Felipe II, III y IV. Como el autor bien indica, «por motivos que radican en sentimientos ancestrales, y que condujeron a la ignorancia del problema en sus líneas fundamentales, se puede afirmar que la época filipina continúa siendo la más ignorada de la historia portuguesa» (p. 7). Veríssimo Serrão realiza un notable intento de llegar a una nueva comprensión de este período, basando en gran parte sus apreciaciones en nueva documentación hasta ahora no utilizada. La lectura y consulta de este volumen será útil también para los que se interesan por la historia española de la época.

El volumen quinto cubre el período de la historia portuguesa conocido como Restauración y Monarquía absoluta. En los veintiocho años de la Restauración (1640-1668), Portugal recupera la plena conciencia del sentimiento nacional junto con la independencia efectiva. De 1668 a 1750, Portugal consiguió fortalecer su Ultramar y recuperar el puesto que le correspondía en el concierto de las demás naciones europeas.

El gran maestro de la historiografía portuguesa, Alexandre Herculano, consideraba imposible escribir una síntesis aceptable de la historia de Portugal, debido a la falta de una investigación suficiente de los fondos documentales relacionados con este tema. El profesor Veríssimo Serrão ha contribuido como pocos al esclarecimiento monográfico de muchos y variados temas históricos. Estas y otras investigaciones han posibilitado esta ingente tarea de una historia de Portugal realmente a la altura de los tiempos actuales, como es la que aquí reseñamos, y a la que auguramos toda la audiencia que se merece.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

SILLI, Paolo: *Mito e realtà dell'«aequitas Christiana». Contributo alla determinazione del concetto di «aequitas» negli atti degli «scrinia» Constantiniani* (Giuffrè, Milano, 1980). viii+203 págs.

El estudio de las leyes de Constantino en que aparece la *aequitas* lleva a la conclusión de que nunca se entiende este concepto como una virtud personal en sentido cristiano, sino siempre dentro de la tradición romana clásica de referencia a un caso concreto que requiere una solución adecuada.

Tampoco puede verse una influencia cristiana en otros documentos constantinianos en que se habla de *aequitas*, o, en griego, de *epieikeia*, aunque ofrezcan matices nuevos. En CTh. 9,1,6 sí que aparece *aequitas* como virtud personal, asociada a *innocentia*, pero, a pesar de la *subscriptio*, se trata de una ley de Juliano y no de Constantino.

A. O.

SPAGNUOLO VIGORITA, Tullio: «*Secta temporum meorum*». *Rinnovamento politico e legislazione fiscale agli inizi del principato di Gordiano III* (Editrice Sophia, Palermo, 1978). 180 págs.

La frase que intitula este libro —«la manera de nuestra época»— procede de un rescripto del emperador Gordiano del año 238. El a. dice «*affisso*» en ese año porque está pensando en la opinión común, debida principalmente a la autoridad de Wilcken, de que los rescriptos se fijaban por unos días en la pared (de las Termas de Trajano), pero me permito advertir que, según hemos tratado de mostrar Fernando Martín y yo en nuestra contribución al homenaje a Oliver (*American Journal of Philology* 1979 p. 111), no se fijaban en la pared, sino que la «*propositio*» que se practica desde Adriano consistía en poner el libelo rescripto en un archivo a disposición del público. De ese rescripto parte el a. para exponer la política de Gordiano en orden a la represión de las delaciones de fraude al fisco. Un momento interesante, este de Gordiano, en el que ya ha terminado la jurisprudencia clásica (el contemporáneo Modestino no es ya propiamente «clásico») y los temas administrativos, especialmente los fiscales, pasan a ocupar muy especialmente la atención de la cancillería imperial.

A. O.

SPITERIS, J.: *La critica bizantina del primato romano nel secolo XII* (Orientalia Christiana Analecta 208; Roma, Pontificium Institutum Orientalium Studiorum, 1979), XXIV + 336 págs., 240 × 170.

En el curso de la reforma gregoriana del s. XI, concretamente en 1054, se produce la ruptura definitiva o cisma entre la Iglesia Griega y la Latina. Desde esa reforma hasta Inocencio III, se consolida en la Iglesia Romana el principio eclesiológico de la monarquía papal, que implica una primacía muy amplia basada en la plenitud de potestad de los sucesores de Pedro. Contemporáneamente, sólo que en sentido inverso, cobra mayor fuerza de la que ya tenía la doctrina de la pentarquía entre los bizantinos, coincidiendo con una fuerte crítica al primado romano. El presente libro está dedicado al análisis de los textos de los teólogos bizantinos del s. XII, donde se aprecia esta especie de radicalización en su pensamiento con respecto a las posiciones de los siglos anteriores. Con anterioridad a esta época, se puede

decir que los griegos admitían algo más que un primado de honor, sin llegar por ello al concepto latino de primado de jurisdicción, aunque la terminología empleada pudiera a veces hacer pensar en esto último. En los autores del s. XII se advierten por lo menos tres grupos, aunque tampoco sabemos qué grado de arraigo tenía la ideología de cada uno en el pueblo. Más bien parece tratarse del pensamiento de élites. Hay autores que no admiten ni niegan expresamente el primado romano, los hay que admiten explícitamente el de honor, y los hay que ni siquiera admiten el primado de honor. Todos ellos manejan diversos argumentos, como el de Cristo, única cabeza de la Iglesia, la pentarquía contra la monarquía, reblandecimiento de la apostolicidad de la Iglesia de Roma, etc. Todos critican conceptos latinos, tales como la Iglesia Romana madre de todas las iglesias, identificación de la Iglesia de Roma con la Iglesia a secas, y así sucesivamente. Pero el verdadero «leitmotiv» de toda esta controversia no es otro que el político. Para los griegos era incomprensible otro legislador universal que el Emperador. La Iglesia estaba dentro del Estado, y no el Estado dentro de la Iglesia, como diríamos hoy día con una terminología un tanto impropia para aquellos siglos. El Imperio ecuménico era la expresión de la Iglesia ecuménica. Con la recreación del Imperio en la persona de Carlo Magno, la Iglesia de Roma perdió, según los griegos, la vinculación con el verdadero Imperio, situándose en una especie de herejía política. Curiosamente, todo esto coincide con el momento histórico en que la Iglesia de Roma no sólo consigue independizarse del Imperio Romano-Germánico, sino que de alguna forma lo somete a sus planes, con lo que habría que invertir el pensamiento de Optato de Milevi: «Ecclesia est in respublica, non respublica in Ecclesia». El presente libro contiene un buen análisis de toda esta cuestión, con la infinidad de matices que toda esta problemática encierra.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

Studies in the collections of twelfth-century decretals from the papers of the late Walter Holtzmann, edited, revised and translated by C. R. CHENEY and Mary G. CHENEY (Monumenta Iuris Canonici - Series B: Corpus Collectionum vol. 3; Città del Vaticano, Biblioteca Apostólica Vaticana, 1979), XXXII + 350 págs.

El nombre de Walter Holtzmann (1891-1963) quedará con toda razón unido a la investigación y estudio de las decretales del s. XII y primeros años del s. XIII. Desafortunadamente no tuvo la legítima satisfacción de ver concluido este trabajo de toda su vida, sólo parcialmente reflejado en sus publicaciones. Poco antes de su muerte, confió la prosecución de esta tarea al Institute of Medieval Canon Law, de Berkeley (California), dictando las oportunas disposiciones testamentarias. Sus innumerables fotocopias, notas, aná-

lisis, transcripciones, variantes, tablas de correlaciones, etc., se encuentran en la sede del mencionado Instituto, en empréstito indefinido por parte de las entidades propietarias, que son la Academia de Göttingen y la Pius-Stiftung. De la extraordinaria personalidad de Walter Holtzmann tenemos fehaciente testimonio cuantos tuvimos la suerte de tratarle, ya sea en su despacho del Instituto Histórico Alemán, de Roma, ya en las sesiones de algún congreso.

En su «Wissenschaftliches Testament» confía el legado antes aludido a las fieles manos («zu treuen Händen») del mencionado Instituto de Berkeley. Y el Instituto hizo honor realmente al encargo recibido. El volumen que ahora aparece es solamente el primero de una serie que comprenderá uno de *Decretales ineditae*, más otros dos de *Regesta decretalium* del s. XII, y una especie de calendario, que presenta un registro pleno de la transmisión de estos textos desde 1140 a 1198, con esporádicas incursiones fuera de este período cronológico. En el plan de las decretales inéditas y del calendario trabajan los profesores Stanley Chodorow (Univ. de California, San Diego) y Charles Duggan (King's College, Londres), con el fin de elaborarlo hasta darle una forma publicable. La tarea de Holtzmann con respecto a la *Collectio Francofurtana* está siendo realizada por el profesor Peter Landau (Univ. de Regensburg). Todo esto no son más que los preparativos para la meta final que es la edición crítica de estos textos en un *Corpus decretalium*.

El presente volumen fue preparado por el profesor cantabrigense C. R. Cheney y su esposa M. G. Cheney. En él se contiene el análisis y estudio introductorio de la mayor parte de las colecciones de decretales del período indicado. Poner esto a punto para la imprenta no ha sido fácil tarea. El profesor Holtzmann había comenzado a dedicarse a este tema desde la perspectiva de editor de fuentes históricas para los *Papsturkunden* de la Academia de Göttingen. Este primer punto de mira vino a completarse con la atención al carácter histórico-jurídico de estos textos, que se han transmitido a través de colecciones, interesando por consiguiente su origen en el tiempo y en el espacio, su difusión, su posible vigencia, su estructura, etcétera. La investigación se volvió más compleja, pero también más interesante. Por otro lado, el estado en que quedaron las notas de Holtzmann es muy desigual: en unos casos, su trabajo era casi definitivo, mientras que en otros lo era cuando lo escribió, pero no ahora, por haber sido rebasados los resultados en publicaciones ulteriores del mismo Holtzmann y de otros. En todo caso, el caudal informativo sobre las decretales contenido en este análisis y estudios previos es enorme, y su publicación presta un gran servicio a la investigación de las mismas. Para poner el original al día, sobre todo en los estudios previos a los análisis, los editores indican entre corchetes cuadrados los lugares en que modifican de alguna forma el primitivo texto de Holtzmann. El estudio previo y análisis de 24 colecciones contenidos en este volumen constituyen un gran resultado y un valioso punto de partida para nuevas investigaciones. Un índice final de fuentes y lugares

paralelos, más una tabla de *incipits*, facilitan todavía más el acceso al rico contenido del presente volumen, cuya consulta resultará obligada durante mucho tiempo para este tipo de estudios.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

SUÁREZ, FRANCISCO: *De legibus* lib. IV: *De lege positiva canonica*. Edición crítica bilingüe y estudios introductorios por A. GARCÍA Y GARCÍA, L. PEREÑA, V. ABRIL, C. BACIERO, F. RODRÍGUEZ, F. CANTELAR, L. BACIERO, J. MANZANARES y F. MASEDA (CORPUS HISPANORUM DE PACE, vol. 21; Madrid, Coedición del C.S.I.C.-Universidad Pontificia de Salamanca y de Comillas, 1981). LXXXVIII + 173 págs. dobles + 174-268 págs.

Dentro de la sistemática del *Tractatus de legibus*, de Suárez, la cuestión del Derecho canónico tiene su *sedes materiae* en el libro cuarto, que ahora se edita críticamente por vez primera, gracias al esfuerzo del equipo del *Corpus Hispanorum de Pace*. Esta edición del libro IV *De legibus*, con sus 20 capítulos, da lugar a los dos volúmenes 21 y 22 de la mencionada serie.

En el volumen 21, que ahora presentamos, se editan los 10 primeros capítulos, dejando los otros 10 para el vol. 22. Preceden tres estudios, que sitúan esta temática en sus propias coordenadas doctrinales o históricas. En el primero de estos estudios, el doctor Pereña nos da a conocer la génesis y proceso de formación del tratamiento suareciano del Derecho canónico, objeto de una primera redacción o desarrollo en 1602, que se perfila más en la versión de 1607, para llegar a su elaboración definitiva en la edición príncipe de Coimbra de 1612. En el segundo estudio introductorio, el profesor Antonio García y García expone lo que Suárez recibió de sus antecesores y contemporáneos, cuál fue su aportación personal, y cuáles son las líneas maestras de su pensamiento. Con ello nos ofrece lo que creemos el primer intento válido de realizar una visión de conjunto de lo que Suárez significa en el sector del Derecho canónico. En vez de un Suárez canonista, nos presenta a un Suárez teólogo del Derecho canónico. El profesor Julio Manzanares realiza una relectura de Suárez y el Derecho canónico desde la actualidad, mostrando con mano maestra tanto lo caduco como lo vigente del pensamiento suareciano en la esfera canonística.

Una presentación que precede a estos estudios introductorios nos informa de la parte que corrió a cargo de cada uno de los miembros del equipo que preparó esta edición y estudio, cuya coordinación correspondió al doctor Antonio García y García, bien conocido historiador del Derecho canónico y profesor de la Universidad Pontificia de Salamanca. La edición propiamente dicha ocupa 173 páginas dobles, donde se ofrece el texto crítico latino en la página de la derecha, colocando en la página de enfrente una excelente traducción castellana que intenta a la vez ser fiel a la lengua del Lacio y a la de Castilla. Sigue en apéndice el texto hasta

ahora inédito de las dos disputaciones que Suárez había dedicado al tema del Derecho canónico en 1601, tal como se conservan en los dos manuscritos conocidos (Coimbra 1924 y Lisboa 2311). El volumen se cierra con tres índices (de fuentes, bibliográfico y de conceptos) que facilitan mucho la localización de cualquiera de los elementos manejados en este volumen.

El *De legibus*, de Suárez, es una de las obras más importantes e influyentes en la historia del pensamiento jurídico universal. Sin embargo, la base crítica textual de las 15 ediciones que tuvo, no puede ser más frágil. La mala inteligencia y lectura del texto manuscrito trajo consigo tergiversaciones del texto editado, que unas veces le hacen perder su sentido genuino, y otras implican verdaderos errores.

Una nueva colación de los dos manuscritos aludidos permitió depurar este texto de 1612, lo cual constituye un punto de partida imprescindible para la investigación y estudio del pensamiento suareciano subyacente en esta obra.

Este tipo de ediciones presupone una especialización multiforme y sofisticada en el equipo editor. Y digo multiforme porque implica, en primer lugar, un conocimiento perfecto de los complicados problemas de transmisión textual, tanto manuscrita como editorial. También es obvio que no basta con un conocimiento especializado del pensamiento del autor que se edita. Suárez fue en efecto uno de los autores más eruditos de cualquier época, que somete a crítica, unas veces acepta, y otras rechaza y otras modifica el pensamiento de los más variados autores y escuelas. De ahí que el tratamiento crítico del texto que aquí se edita es sumamente delicado, y requiere una extraordinaria claridad de ideas para presentarlo debidamente, meta que aquí creemos se consigue como es debido.

No es exagerado afirmar que aquí se ha hecho un esfuerzo, difícilmente superable, por acercar a los lectores actuales un importante texto del pensamiento jurídico-teleológico occidental. Cae de su peso que esta nueva presentación de Suárez y el Derecho canónico no solamente interesa a los historiadores de estas especialidades, sino que también resulta sugerente y estimulante en cualesquiera coordenadas de tiempo y espacio. Después de someter a fina crítica el pensamiento de Suárez, tanto en su vertiente de permanencia como en la de caducidad, el doctor Manzanares concluye con esta atinada observación: «Suárez sigue siendo un maestro por la claridad y hondura de sus planteamientos, por su agudeza en detectar los problemas, por su sorprendente erudición y su rigor metodológico, por el mismo respeto con el que trata aún a aquellos a quienes rebate. Un maestro también cuando se disiente de él, porque su lectura invita y estimula aún en aquello que sus escritos pueden tener de más contingente» (p. LXXXVI).

ANTONIO GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ

SWANSON, R. N.: *Universities, academics and the Great Schism* (Cambridge Studies in Medieval Life and Thought 12; Cambridge, (1979), XVI + 246 págs.

Este libro no intenta ser una historia más de conjunto sobre el Cisma que se inició con la doble elección papal de 1378, sino que aborda esta temática desde el punto de vista de la participación universitaria en la búsqueda de soluciones a este complejo problema de la historia de Occidente, que no sólo afectó a la Iglesia, sino que supuso, en varios aspectos, el paso del medievo al renacimiento. En sucesivos capítulos, se describe la opción de cada una de las universidades por una de las obediencias pontificias en juego, las tres famosas vías de solución (*via facti*, *via cessionis* y *via concilii*), las principales etapas e incidencias de la discusión, la sustracción de obediencia, la restitución de la misma, la pérdida de influencia universitaria a partir del Concilio de Pisa y la superación del Cisma con la aceptación de Martín V. Como es sabido, entre las universidades, la de París se lleva la parte del león, debido a su posición más central y a que era el centro de gravedad del pensamiento teológico europeo. La demás universidades unas veces intervienen con garbo, otras de forma marginal, y en otros casos se carece de información.

El principal mérito de este libro consiste en la elección del punto de mira universitario en que el Autor se coloca, y desde el cual estudia diligentemente las fuentes y literatura disponibles. El libro es valioso no sólo por la visión de conjunto que da sobre el tema así concebido, sino también por muchas observaciones oportunas sobre diferentes aspectos concretos de esta temática.

Me imagino que más de un lector encontrará la mayor limitación del alcance de este libro precisamente en la delimitación de su tema. En él se pasa revista a autores y obras que reflejan o parecen reflejar el punto de vista universitario. Pero hay todo un sector de obras que no sabemos hasta qué punto se pueden considerar como portavoces del mundo académico. Quizá, bajo este aspecto, no esté en este libro todo lo que es ni sea todo lo que está. Uno se pregunta también si no hubiese sido útil incluir en el presente análisis autores y obras que emergen de la investigación reciente. Tal es el caso de Pedro Correger, *Nova via pro unitate ecclesie procuranda questiones quinque* y Gundisalvus Hispanus (tal vez idéntico con Alphonsus Hispanus), *Relatio colloquii cum domino papa Petro de Luna de electione Urbani VI anno 1378* (cf. *Repertorio de Historia de las Ciencias Eclesiásticas en España* 3, Salamanca, 1971, ver índice de autores). En la misma obra, informa L. Robles de forma más actualizada sobre Nicolás Aymeric y Juan de Monzón (que en este libro que reseño se llama Jean de Montson). También hay obras perdidas relacionadas con el Cisma, como la de Guillem de Vallseca (cf. *ibid.* t. 5, Salamanca, 1976, 371) y el profesor salmantino Juan Alfonso de Madrid (*ibid.* 374-77).

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

TALAMANCA, Mario: *Lo schema «genus-species» nelle sistematiche dei giuristi romani* (Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1877). 319 págs.

El a., figura destacada de la generación de romanistas italianos de la post-guerra, ha sabido abarcar en su trabajo científico excepcionalmente fecundo, la temática ordinaria de temas problemáticos, institucionales y de fuentes, con el interés actualmente muy vivo por el fondo filosófico y concretamente lógico del pensamiento de los juristas romanos. Tanto la nueva romanística alemana como la italiana demuestra hoy un especial interés por esta perspectiva. En España deben recordarse en este sentido los trabajos del catedrático de La Laguna, Juan Miquel, cuya línea ha seguido también en algún estudio Armando Torrent. En este largo estudio de Talamanca se investiga con minuciosa erudición la distinción entre «género» y «especie» en el uso literario de la jurisprudencia romana. Constituyó este estudio la contribución del a. a un Coloquio italo-francés, que tuvo lugar en Roma en abril de 1973, y cuyas actas publica ahora la Academia de los Linceos.

Como impresión general que puede deducirse de la confrontación del uso de la *diáresis* de los filósofos con la que hacen los juristas, puede decirse que éstos, aún recibiendo una terminología establecida por aquéllos, no entran en la problemática dialéctica de los mismos, sino que se limitan a practicar las divisiones o particiones con un fin elemental de exposición didáctica.

A. O

TORRENT, Armando: *Derecho público romano y sistema de fuentes: II.* 287 págs. Oviedo, 1980.

Continuando su obra iniciada en 1979 (*Derecho público romano y sistema de fuentes I.* Oviedo, 1979), el profesor Torrent nos presenta ahora el segundo volumen.

Dentro de las indudables valoraciones positivas que pudieran hacerse del presente libro creo que existe una indiscutible: su claridad.

El actual catedrático de la Universidad de Valladolid estudia de un modo correcto los caracteres de las magistraturas romanas y nos describe con detalle las funciones de cada una de esas magistraturas. Pasa seguidamente a ocuparse de las diversas asambleas populares y del senado republicano. A continuación trata el Derecho privado en la época republicana, para terminar con un somero pero acertado tratamiento del Derecho penal.

Tal vez en algunos de los aspectos tratados la extensión pudo haber sido, en nuestra opinión, algo mayor. Así sucedería, por ejemplo, cuando se habla de las funciones de la jurisprudencia republicana (págs. 253-54) o

cuando se trata la clasificación de las leyes (pág. 264). No obstante, esto es cuestión de opinión y no puede manchar el mérito del libro.

El autor nos proporciona abundante bibliografía, indicando las diversas opiniones que han venido sosteniendo los romanistas frente a los problemas concretos tratados, y expresa con frecuencia cuál es la opinión que le parece más sostenible.

El libro parece plenamente recomendable para los alumnos que inician sus estudios romanísticos, así como también resulta de gran utilidad para cualquier estudioso del Derecho Romano debido a su gran claridad y a la cantidad de material bibliográfico aportado.

JAVIER PARICIO !

TOUR, Imbart de la: *Le origines religieuses de la France. Les paroisses rurales du 4° au 11° siècle* (París, Picard, 1900 = 1979), 354 páginas.

Esta obra apareció por primera vez en forma de artículos en la *Revue historique* durante los años 1896-98. En 1900 se editó, previos algunos retoques, como libro. La obra que aquí reseñamos es reimpresión de la ed. de 1900. Imbart de la Tour trata de describir aquí el camino recorrido por las parroquias rurales francesas desde sus orígenes en el s. IV hasta su encuadre dentro del sistema feudal en el s. XI. Para ello, describe cómo se va creando la realidad de lo que más tarde se llamará parroquia, cómo se organiza y cómo se inserta, por fin, dentro del sistema feudal. Después de los trabajos de Stutz (publicados por primera vez en 1895, y también reimpresos en 1961) y de Imbart de la Tour, no es mucho lo que ha progresado nuestro conocimiento de la historia de esta institución en su conjunto. Sí ha progresado en ciertos aspectos o para ciertas áreas geográficas. Así, por ejemplo, para la Península Ibérica puede verse el libro de G. MARTÍNEZ DÍEZ, *El patrimonio eclesiástico en la España visigoda. Estudio histórico-jurídico* (Comillas-Santander 1959). Tenemos igualmente para Italia G. FORCHIELLI, *La pieve rurale...* (Roma 1932). No faltan algunos artículos de revista sobre tal o cual aspecto de la historia de las parroquias en estos siglos. Pero la obra de Imbart de Tour, objeto de esta reseña, sigue siendo de útil consulta. De ahí que ha sido acertado reeditarla, con el fin de acercarla a las manos de muchos lectores que de otra suerte tarde o nunca accederían a la consulta directa de un libro que desde hace mucho tiempo es raro.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Cotejo con la Escuela Histórica de Savigny* (Revista Jurídica de Cataluña, Barcelona, 1980). 230 págs.

Aunque publicado en cinco números sucesivos de la *RJC.*, este extenso trabajo, publicado ahora como separata conjunta, merece la consideración de libro. El título no da idea del verdadero contenido, pues se trata realmente de un estudio sobre la influencia de Savigny, y de la Escuela Histórica, en el pensamiento jurídico de Cataluña. Consta de cinco partes, que detallamos a continuación, con indicación de los números de la *RJC.* en que fueron apareciendo: I. *Savigny y la Escuela jurídica catalana moderna: RJC.* 1979, 3, págs. 567-641; II. *El Derecho natural y la Escuela jurídica catalana: RJC.* 1979, 4, págs. 771-819; III. *El Derecho popular y la costumbre en el Derecho de Cataluña y según los autores de la Escuela jurídica catalana moderna: RJC.* 1980, 1, págs. 9-47; IV. *El Derecho romano y las opiniones de los autores en el Derecho catalán y según la Escuela jurídica catalana: RJC.* 1980, 2, págs. 281-311, y V: *La modificación del Derecho y la Codificación: RJC.* 1980, 3, págs. 569-599.

Es éste de Vallet de Goytisoló, autor reconocido por su erudición admirable, su talento jurídico y su infatigable laboriosidad, el mejor homenaje que la ciencia española ha ofrecido para conmemorar el segundo centenario del famoso Carlos Federico de Savigny, nacido el 21 de febrero de 1779. Pero es, al mismo tiempo, un capítulo importante para esa historia del Derecho Romano en España que todos reclamamos como urgentemente necesaria, pero que no acabamos de hacer. Como es sabido, el Derecho romano tuvo una importancia del todo especial en Cataluña—aunque, después de la Compilación, ha desaparecido propiamente como fuente del Derecho Catalán—, pero la influencia de Savigny fue decisiva para dar carácter científico al Derecho foral de Cataluña y facilitar su resistencia ante la Codificación unificadora de los Borbones. Para este momento crucial de nuestra historia jurídica, Vallet de Goytisoló nos ha dado un estudio exhaustivo y definitivo. Aprovechamos esta ocasión para hacer constar nuestra personal admiración y agradecimiento por lo mucho que él viene contribuyendo a la ciencia jurídica española y, en especial, a nuestra historia jurídica, y felicitamos asimismo al gremio de los notarios que, en la persona de este representante ilustre, viene mostrando el alto espíritu científico que les anima.

A. O.

VALLS Y TABERNER, *San Ramón de Penyafort* (Nueva Colección Labor, Barcelona, 1979), 182 págs.

En este volumencito se contiene una reedición de la biografía de San Raimundo de Peñafort, escrita por el estudioso catalán Fernando Valls y Taberner hace ahora casi medio siglo. Las únicas variantes con respecto

a la primera edición consisten en un breve prólogo que aparece en ésta de 1979 y en que una decena de láminas que en 1936 aparecían juntas al final, están ahora entreveradas a lo largo del libro. La primera estaba encuadrada en tela, y ésta lo está en cartulina, con una fotografía del cuadro de Fra Angelico encima de la primera pasta. Después de la muerte de Valls y Taberner, esta biografía volvió a editarse entre sus Obras selectas en 1953. El Autor escribió otros trabajos más especializados sobre S. Raimundo, tales como el *Diplomatari* (1929), hoy día rebasado por el de J. Rius Serra (1954). Pero éste es un libro de fácil lectura concebido para el público culto no especializado. Desde este punto de vista, al tiempo de su aparición estaba al día con los resultados de la investigación de entonces. Hoy día no se puede decir lo mismo. Es lástima que no se hayan dedicado en este libro unas pocas páginas a recoger las aportaciones más importantes de los estudios de estos cuarenta y tantos años, que no son pocas ciertamente.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

VARELA-MATEO, Esteban: *De contutoribus (Cotutela y pluralidad de tutores en Derecho Romano)*. (Departamento de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid, 1979). 249 págs.

Tesis doctoral dirigida, y ahora prologada, por P. Fuenteseca. Ya el título distingue la cotutela colegial del caso en que, habiendo varios tutores, la administración se halla dividida entre ellos o encomendada a uno singularmente. La primera parte del trabajo trata de los orígenes de la cotutela, en sus tres modalidades de legítima, testamentaria y magistradual. La segunda parte se refiere a la administración de la cotutela (*auctoritas y gestio*) y la tercera a la responsabilidad de los cotutores. Se añaden dos apéndices, sobre los supuestos de tutela dividida o encargada a uno, y sobre el derecho justiniano en visión de conjunto. A las conclusiones finales siguen los índices bibliográficos y de fuentes citadas.

A. O.

WOLF, Joseph Georg: *Die literarische Ueberlieferung der Publikation der Fasten und Legisaktionen durch Gnaeus Flavius* (Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1980). 29 págs.

El autor somete a crítica la tradición literaria de la leyenda de Gneo Flavio. La referencia que leemos en el Digesto (D.1,2,2,7) procedente del *enchiridium* de Pomponio procedería, a su vez, de Calpurnio Pisón, a través de Antias y luego de Varrón; de éste derivaría también la referencia de Plinio, y directamente de Calpurnio Pisón la de Cicerón y la de Livio, aunque éste habría tenido en cuenta la de Licinio Macer. Los datos biográficos fia-

bles se reducirían a pocos: Flavio era hijo de un liberto Annio, era «escriba» y fue elegido edil el año 304 a. C. Luego fue tribuno de la plebe y quizá también *triumvir nocturnus* y *triumvir coloniae deducendae*. Publicó anales y un repertorio de *legis actiones*. Lo de que fue secretario de Apio Claudio sería una invención varroniana, así como el título de *ius Flavianum* dado a su *ius civile* por analogía con el *ius Papirianum* y el *Aelianum*.

A. O.

WOLFF, Hans Julius: *Das Problem der Konkurrenz von Rechtsordnungen in der Antike* (C. Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1979). 79 págs.

¿Pueden encontrarse en la antigüedad algunos precedentes de la teoría del conflicto de leyes que empieza a desarrollarse entre los estatutarios medievales? El autor se plantea esta cuestión y toma tres campos en los que tales precedentes pudieran esperarse: la antigua *polis* griega, el Egipto ptolemaico y Roma. La conclusión general a la que un análisis minucioso del reenvío a un derecho extraño en estos tres momentos históricos conduce es negativa. Tales reenvíos, cuando se dan, no obedecen a un sistema general, sino que resultan como expedientes excepcionales en casos de perplejidad; ni siquiera puede decirse que la Antigüedad haya conocido propiamente un «principio» de personalidad o de territorialidad de las leyes, presupuesto necesario para cualquier teoría del conflicto de leyes.

A. O.

ANUARIO DE ESTUDIOS MEDIEVALES: Vol. 9 (Barcelona, 1974-79). 868 págs.

Dificultades editoriales han motivado un retraso considerable en la aparición de este noveno volumen de la acreditada publicación dirigida por don Emilio Sáez, compensado con creces por su valioso y denso contenido. Extraemos del mismo los artículos más relacionados con la temática de nuestro ANUARIO.

L. JENARO MACLENNAN, *Los presupuestos intelectuales de prólogo al «Libro del buen amor»* (págs. 151-186), señala entre tales presupuestos, la utilización del prefacio del *Digesto* y de otros pasajes del *Codex* justiniano, así como el conocimiento que tenía el Arcipreste del Decreto y las Decretales, respecto a cuyos glosadores adoptaría, sin embargo, una actitud de desdén por el intento empleado de armonizar contradicciones. Del trabajo de Carlos SÁEZ, *Sepúlveda en la segunda mitad del siglo XV* (págs. 267-328), nos interesa especialmente destacar las referencias a la «Comunidad de Villa y Tierra», como constelación de numerosas aldeas estrechamente vinculadas a la villa por lazos de dependencia militar y económica su organización

municipal (Regimiento y Regidores, oficiales del Concejo, etc.) con el Corregidor como cabeza de la misma y autoridad judicial ordinaria de la villa, progresivamente estabilizado en ella a pesar de las resistencias populares, aunque, a su lado empero se advierten otros jueces regios y oficios de jurisdicción. Un apartado interesante es el relativo a los pleitos sostenidos por Sepúlveda con otras villas vecinas generalmente por cuestiones de términos, prados, pastos, etc. El malogrado M. GUAL CAMARENA, en *Tarifas hispano-lusas de portazgo, peaje, lezda y hospedaje, siglos XI y XII* (páginas 365-392), incidiendo en temática anterior, presenta un cuadro de dependencias de fueros hispanos y portugueses—que inventaría puntualmente en un apéndice—en razón a contener tarifas de los enumerados impuestos mercantiles, deduciendo que salvo la lezda y el peaje fluvial del Ebro, que parecen ser impuestos de tránsito, los portazgos del período reseñado gravaban las compraventas efectuadas en el interior de las poblaciones o en los mercados, los cuales variaban según las clases de productos, y que afectaban normalmente a los mercaderes forasteros en favor del señor de la población. Un repaso a estos diferentes productos y gravados le permiten deducir un predominio de la economía ganadera para el período estudiado. El P. ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA, en *Bartolo de Saxoferrato y España* (p. 439-467), con su acostumbrado bagaje erudito nos ofrece una estimable aportación sobre la tradición bartoliana en España, a base de la minuciosa referencia a los 123 códices de sus obras conservados actualmente en bibliotecas españolas, aparte el medio centenar de manuscritos citados en repertorios antiguos y de paradero desconocido, en su mayoría importados de Italia, pocos copiados en la Península. Anota asimismo los nombres de los amanuenses conocidos y de poseedores o usuarios de dichos manuscritos y de algún traductor y comentarista. Concluye que la difusión de Bartolo en España afectaría más bien a sus obras menores: *consilia*, tratados y repeticiones. Finalmente no podemos preterir el artículo del también malogrado F. SEVILLANO COLÓM, *Un manual mallorquín de mercadería medieval* (págs. 517-530), en el que da a conocer un tratado mallorquín de mercadería al estilo de los tan conocidos italianos y del catalán que publicó GUAL, en A. E. M., vol. I (1964), El presente, figura en el Archivo histórico mallorquín, entre los fondos de protocolos ingresados en el mismo, bajo el título de *Llibre que esplica lo que â de ser un bon mercader*, fechable entre 1480-1490. Del mismo, se nos ofrece una noticia sumaria de su contenido, semejanzas y diferencia con el manual catalán, índice de productos aludidos en su texto, referencias a tejidos, monedas y cambios, el tratado de aritmética práctica de que se acompaña, y unas notas del mercader barcelonés Gaspar de Muntmany, sobre monedas circulantes por el Mediterráneo, adicionada a los últimos folios.

El volumen conserva el empaque de los anteriores con sus apartados de Semblanzas (entre ellas la de la malograda Virginia R. Rau), necrológicas, resúmenes y copiosos índices.

COLEGIO NOTARIAL DE BARCELONA, *Estudios históricos y Documentos de los Archivos de Protocolo*. VII. Barcelona, 1979. 335 págs.

Con una notoria puntualidad ha aparecido este nuevo volumen de la serie que venimos reseñando en anteriores ediciones del ANUARIO (este último, III de la Miscelánea dedicada al archivero D. José M. Madurell). Mantiene el mismo la tónica de expresar los resultados de la exploración de los abundantes frutos de nuestros archivos de protocolos. Vaya aquí una sumaria noticia de los artículos más conexos con nuestro ámbito de interés.

J. TRENCHS ODENA, *La aposición del «Sig+num regis», de Ramón Berenguer IV a Jaime I* (págs. 29-57), constituye una interesante aportación diplomática en torno a las modalidades cancellerescas de aposición del «sig+num regis», en la documentación de los referidos monarcas, con la consiguiente intervención de notarios y escribas, cuyo papel particular se analiza minuciosamente y cuyas figuras concretas se identifican muy exhaustivamente. En «*Els llibres notarians del Monestir de Jonqueres*» (págs. 59-74), su autora, M. Mercè COSTA, nos suministra una referencia de las actividades notariales desarrolladas en la comunidad de religiosas del monasterio de Jonqueres (Barcelona) a base de los protocolos conservados actualmente en el Archivo de la Corona de Aragón, integrados por 17 volúmenes, que alcanzan desde el s. XII al XVII, aparte las noticias de otros notarios, que permiten documentar esta intervención hasta la exclaustración de 1808. Se añade una nota sobre el salario de estos escribanos a través de diversas ordenanzas y mediante diversas recompensas complementarias, y se publica en apéndice el texto de una cuenta presentada al monasterio por un notario en 1482, por razón de sus trabajos profesionales. El artículo del profesor H. BRESC, *Il Notariato nella società siciliana medioevale* (págs. 169-192), es más bien un esbozo sociológico del estamento notarial en esta isla, durante la Edad Media, el cual se delinea como una clase abierta e intermedia dentro los elementos móviles de una sociedad estancada, próxima más bien a la nobleza ciudadana, mostrando unos niveles desiguales de fortuna, más bien derivada a posesiones urbanas, pero también de participación en explotaciones agrícolas, y señalando su participación en la administración de los estados feudales, pero sobre todo en la de las comunidades municipales, con específicas funciones técnicas. Finalmente, en el trabajo (tesina abreviada) de Dimas SANCHO MARTÍNEZ, sobre *La esclavitud en Barcelona en los umbrales de la Edad Moderna* (págs. 193-270), hallamos un cuadro muy expresivo del aspecto esclavista de la capital catalana, en su momento culminante, sobre una muestra de 162 documentos de compraventa de esclavos, de los fondos notariales barceloneses (Archivo Histórico de la Ciudad y Archivo de Protocolos) abarcando desde 1390 a 1509, que complementan los conocidos trabajos de Miret y Sans y de Verlinden. La proporción de esclavos en la ciudad (un 15 por 100 aproximado de su población), el mercado de venta, curva de precios, procedencia predominantemente mediterránea de los esclavos, su dedicación (fundamentalmente servicio doméstico), la ma-

numisión, auto-rescate, fugas de los mismos, son presentados con precisión. Interesante Apéndice de 15 piezas inéditas, algunas de especial relieve, como varias *Ordinacions* municipales sobre cautivos.

J. M. F. R.

Confluence des Droits savants et des pratiques juridiques. Actes du Colloque de Montpellier. Colloque tenu du 12 au 14 décembre 1977, sous le patronage et avec le financement du C.N.R.S. Milano, Dott. A. Giuffré editore, 1979, pp. 582. Lit. 18.000.

Miembros del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, de Frankfurt, del Istituto di Storia del Diritto Italiano de la Universidad de Milán y del Institut d'Histoire des anciens pays de Droit écrit de la Universidad de Montpellier I se reunieron durante los días 12, 13 y 14 de diciembre de 1977, en Montpellier, en un coloquio o mesa redonda, que tenía por finalidad la superación de los peligros derivados de la creciente especialización (p. 7, 9). Los resultados de esta reunión, si no afectan directamente a la península—salvo en parte la contribución de Durand, que se refiere al Derecho catalán, y algunas noticias sueltas, en la contribución de Bergfeld, sobre la segunda escolástica—son indirectamente muy interesantes, ya que las comunicaciones aportadas pueden servir de modelo para trabajos semejantes, centrados en el Derecho peninsular. Además, entre las consideraciones realizadas por los organizadores hay algunas que pueden ser de interés para la historiografía peninsular. Piénsese, por ejemplo, en la advertencia dirigida a evitar privilegiar una época determinada (p. 8) o en la dirigida a evitar privilegiar alguna de las manifestaciones de la vida jurídica (p. 9).

Los resultados de este coloquio han sido plasmados en este libro, en el que faltan las discusiones nacidas al calor de las diferentes comunicaciones, cuyo título, «Confluencia de derechos cultos y prácticas jurídicas», pone ya de relieve el objeto central del mismo: examinar los puntos de contacto entre la teoría y la práctica. Este problema puede ser acometido desde diversos puntos de vista, lo que explica la variedad de las contribuciones. Esta misma pluralidad explica que nos limitemos a ofrecer noticias de las distintas comunicaciones, agrupadas por centro de interés, llamando solamente la atención, independientemente del valor de las contribuciones, sobre algunas afirmaciones, que nos parece útil recalcar en el momento actual.

Nos encontramos así con participantes que han preferido plantearse estos posibles contactos a través del estudio de alguna institución concreta; éste es el camino seguido por Durand, «Arbitraire de la peine et peine de mort en Rousillon» (p. 93-120), Vidal, «La pratique agathoise du contrat de prêt à la grosse aventure (1681-1807)» (p. 123-179), Chene, «Testaments fortunes et religions. La pratique testamentaire à Ganges de la fin de XVIIe siècle au début du XVIIIe siècle (p. 183-220), Bergfeld, «Essai d'établissement

de la théorie du droit du change à partir du droit romain» (p. 265-270). Luis, «Les origines de l'article 2279 Code Civil dans l'ancien droit français comme exemple d'un "usus modernus iuris romani"» (p. 297-310), di Renzo Villata, «Dottrina legislazione e prassi documentaria in tema di tutela nell'Italia del Duecento» (p. 375-434) y Sciumè, «Progetti legislativi, tendenze dottrinali e prassi in tema di fallimento nell'Italia napoleonica» (p. 549-578).

Otros participantes han pretendido examinar el problema a partir de la forma de plantearse esta relación entre práctica y teoría en una época concreta y en un país determinado, tal como hace Mohnhaupt, «La discussion sur "theorie et praxis" aux XVII et XVIIIe siècles en Allemagne» (p. 279-296), aunque no falte quien examine esa armonización entre teoría y práctica en la obra de algún jurista de fama, tal como lo hace Storti Storchi, «Prassi dottrina et esperienza legislativa nell'Opus statutorum» di Alberico da Rosciate» (p. 437-489) y Massetto, «La prassi giuridica lombarda nell'opera di Giulio Claro (1525-1575)» (p. 493-546). Variante de este planteamiento la representa la comunicación de Carbasse, «L'ordo iudiciorum «Sapientiam affectant omnes"» (p. 15-36), que examina esa posible confluencia entre teoría y práctica en aquel género literario, tan abundante entre las obras de los glosadores, que parece haber servido de punto de unión entre la teoría y la práctica o, para decirlo con el A., en aquellas obras que son: «tratados de procedimiento redactados por juristas cultos, pero para la práctica judicial, los *ordines iudiciorum* se sitúan exactamente en la confluencia de los dos dominios del derecho culto y de la práctica» (p. 15).

En el planteamiento de esta posible confluencia entre ambos dominios puede primarse la práctica, tal como hace Dolezalek, «Une nouvelle source pour l'étude de la pratique judiciaire au XIII siècle: Les livres d'abbreviations des notaires de Cour» (p. 225-241), llamando la atención sobre una fuente, que no ha recibido hasta el momento mucha atención, los libros de minutas de los notarios, que pueden resolver muchas dudas sobre las prácticas de la época—s. XIII-XIV—, práctica que es posible que no encuentre reflejo en los *ordines iudicarii* y que sólo parcialmente encuentra reflejo en los documentos de aplicación del Derecho, sobre cuya utilidad para mostrar dicha práctica hace el A. interesantes consideraciones—¿o nos parecen interesantes por haber expuesto nosotros en otras ocasiones reflexiones semejantes?—; también se puede primar la teoría, tal como se hace en la comunicación de Uruszczak, «Alberic et l'enseignement du droit romain à Reims au XIIe siècle (p. 39-68), que se ocupa de la enseñanza jurídica desarrollada por Alberico—jurista que enseñará en Bolonia, en el último cuarto del s. XII—en la ciudad de Reims entre 1155 y 1165, enseñanza que aparece testimoniada por el ms. H 315 de la Biblioteca de la Facultad de Medicina de Montpellier, pero que no parece haber arraigado, pues tras la marcha de Reims de Alberico, quizá en el 1165, desapareció también la enseñanza jurídica.

Complementarias son las contribuciones de Vismara y Padoa Schioppa. El catedrático de Milán, autor de una comunicación sobre «Leggi e dottrina

nella prassi notarile italiana dell'alto Medioevo» (p. 315-340) presta una especial atención a la actividad notarial, para detectar en dicha práctica los testimonios de un conocimiento del Derecho romano; Padoa Schioppa, «Sur le rôle du droit savant dans quelques actes judiciaires italiens des XIe et XIIe siècles» (p. 343-373), por su parte, presta igual atención al problema mencionado en las actas judiciales. Hasta cierto punto igual tarea se ha propuesto Bukowska, «Le notariat et la pénétration du droit romain en Pologne» (p. 245-262), pero parece oportuno destacar aquí la conclusión final de su trabajo: «Atendiendo al resultado de estas investigaciones podemos constatar únicamente que nuestros notarios han transmitido la influencia del derecho romano en nuestros documentos, pero la respuesta a la cuestión de saber si se les puede atribuir un papel decisivo en la penetración de este derecho en el interior de nuestra práctica judicial, queda dudosa» (p. 262).

Si indudablemente el papel jugado por los notarios en la recepción del Derecho romano es un problema que debe ser resuelto de forma diferente en los distintos reinos, sin embargo, parece oportuno, frente a la reivindicación de la actividad notarial llevada a cabo por Vismara (p. 326 ss.; 339-340), reivindicación, por otro lado, que nos parece muy afortunada, sobre todo al subrayar que los notarios no eran ignaros del Derecho, destacar aquí, aunque sea como simple recordatorio, esta conclusión de Bukowska, que, por lo demás, entre otras reflexiones, también parece tender a pensar que, en algunos casos, la actividad de los notarios se limitó a revestir con una terminología romana instituciones tradicionales polacas, mientras por inercia se conservaban términos y fórmulas que nada tenían que ver con la realidad (p. 260-262).

Finalmente parece necesario resaltar la muy interesante aportación de Lacave, «Esquisse d'une typologie sociale des systèmes juridiques méridionaux (XIVe-XVIe siècles)» (p. 71-90), dirigida, en definitiva, a subrayar que la Recepción, siendo un fenómeno unitario, no puede configurarse como un fenómeno uniforme; los grupos sociales, que en la época todavía participaban en la creación del Derecho, determinarán, según sus propios intereses y necesidades, su propio ordenamiento jurídico. Estas afirmaciones reposan sobre una creencia, que nos parece enormemente fecunda, quizá por compartirla, tal como hemos expuesto en diversas ocasiones, creencia que afirma que durante la Edad Media la sociedad —los diferentes grupos sociales— fue capaz de crearse su propio ordenamiento jurídico, acudiendo para ello a los distintos materiales que el pasado le había transmitido. Digámoslo con palabras del A.: «La hipótesis que vamos en este momento a intentar verificar es la siguiente: cada grupo social (¿pero de qué grupos sociales se trata y cómo diferenciarlos?) utiliza, recupera en su interés —si existe— o crea —si no existe— el cuerpo de Derecho del que tiene necesidad en el cuadro de su actividad. Y, bien entendido, cada grupo social procede así a partir de las fuentes del Derecho que acabamos de evocar —aparte del Derecho romano, el A. ha mencionado los Estatutos del Comtat-Venaissin

los estatutos de las comunidades locales y el «fondo consuetudinario»—. A partir del «stock» de derecho existente, se utilizará lo que puede servir —a reserva de transformarlo más o menos profundamente—, sea de una manera inmediata, sea de una manera mediata» (p. 76).

Desde este planteamiento examina el A. la situación en tres mundos sociales, claramente caracterizados, a los que denomina: «mundo tradicional»; es decir, la mayoría de la población de la época, campesinos y artesanos; los comerciantes, grupo que no necesita mayor aclaración, y, finalmente, la tecnoestructura, es decir, «una elite burocrática, técnica del derecho, ligada a los poderes político-administrativos: los funcionarios, los juristas al servicio de los Estados (o de los señores)» (p. 84). Sólo queda precisar que, como dice el A., «De una manera general, nuestra exposición afectará por lo demás esencialmente al Comtat-Venaissin, dejando a un lado una corta excursión en Rouergue» (p. 72).

Cáceres, 5 marzo 1981.

AQUILINO IGLESIA FERREIRÓS

Proceedings of the Fifth International Congress of Medieval Canon Law, Salamanca, 21-25 September, 1976. Edited by Stephan Kuttner and Kenneth Pennington (Monumenta Iuris Canonici, Series C: Subsidia 6; Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, 1980), XXXII + 588 págs.

El V Congreso Internacional de Derecho Medieval, celebrado en la Universidad Pontificia de Salamanca el 21-25 de septiembre 1976, es continuación de los cuatro que le precedieron en Lovaina (1958), Boston (1963), Estrasburgo (1968), Toronto (1972). El último se celebró en Berkeley (California, USA) en el verano de 1980. El presente volumen recoge 29 conferencias y comunicaciones que fueron discutidas en el presente Congreso, en el que participaron unos 200 estudiosos, en su mayoría extranjeros. Estos trabajos se refieren a cuatro grandes temas.

Sobre el primer tema, que trata de manuscritos, textos y colecciones, versan los siete trabajos siguientes: Los antiguos concilios españoles y la edición crítica de la Colección canónica Hispana (F. Rodríguez), Colecciones canónicas a principios del s. IX en Salzburgo (R. E. Reynolds), Los concilios del papa Calixto II: Reims, 119 (R. Somerville), Observaciones en torno a la Colección Canónica en Tres Libros (G. Motta), La elaboración de una colección canónica: la *Compilatio tertia* antigua (K. Pennington), Los sínodos diocesanos de Toledo del s. XIII al XIV (J. Sánchez Herrero), *Quaestiones motae in Rota* en el s. XIV (G. Dolezalek).

Acercas de los canonistas y sus obras tratan ocho ponentes, que indicamos aquí juntamente con los títulos de sus comunicaciones: El arzobispo Mosé de Ravenna (m. 1154) y la propiedad eclesiástica (E. Cortese), ¿El verdadero Paucapalea? (J. Noonan), Problemas de la edición de las Distinc-

tiones Monacenses (A. J. de Groot), Anotaciones acerca de los escritos y la doctrina de Magister Honorius (R. Weigand), El apparatus de Bernardo Raimundo al Liber Sextus de Bonifacio VIII (F. Cantelar Rodríguez), Guido de Monterotero y el *Manipulus curatorum* (H. Santiago-Otero), En torno a los canonistas medievales salmantinos (B. Alonso Rodríguez), Canonistas medievales en el Colegio de España en Bolonia (A. Pérez Martín).

Ocho ponencias versaron sobre el Derecho canónico en la historia política, social e intelectual: Investigación sobre los orígenes históricos de la ruptura del matrimonio no consumado (J. Gaudemet), Aspectos del Derecho matrimonial en los siglos XI-XII (Ch. N. L. Brooke), Formas de la protección papal para señores laicos del s. IX al XIII (J. Fried), Teorías canonísticas sobre la sexualidad (J. A. Brundage), Derecho canónico y Reconquista bajo Jaime I el Conquistador en Valencia (R. I. Burns), Los canonistas y el Tratado de Troyes (Th. M. Izbicki), Un *consilium* de Angelo da Chivasso sobre el Monte delle Doti de Florencia (J. Kirshner), Derecho Canónico y Teología en la Segunda Escolástica (P. Legendre).

El último tema versa sobre las instituciones y las procedimientos, y en él se inscriben los siguientes trabajos: Las reglas monásticas fuente del Derecho común (A. Linage Conde), A propósito del *proprius sacerdos*: observaciones sobre los poderes de los párrocos (J. Avril), Litigantes españoles y sus agentes en la curia pontificia del s. XIII (P. Linehan), Relaciones entre Derecho canónico y secular sobre diezmos en Castilla (M. L. Guadalupe Beraza), Deposition de clérigos y su rito en el s. XIII-XIV (B. Schimmelpfennig), *Consilium sapientis*, pericia médica y *res iudicata* (M. Ascheri).

Completan el volumen las siguientes piezas: una nota introductoria de los editores, discursos de apertura del Rector Magnífico de la Universidad Pontificia, don Fernando Sebastián Aguilar, y del Presidente del Institute of Medieval Canon Law de Berkeley (USA), Dr. Stephan Kuttner, lista de presidentes de las sesiones, de universidades representadas y de congresistas, crónica del Congreso, lista de los manuscritos expuestos especialmente para los congresistas en El Escorial y en Salamanca, concluyendo con un índice de los manuscritos utilizados en los diferentes trabajos. No es el objeto propio de una reseña discutir cada uno de estos trabajos. Su simple enunciado y el nombre de los autores resultan ya sugerentes para los estudiosos de estos temas. Por primera vez en esta serie de Congresos se registró en Salamanca una apreciable presencia española, que se refleja también en los trabajos publicados que deseamos continúe en el futuro, ya que la historia de nuestros Derechos en los siglos medios sólo puede valorarse debidamente si se tiene como punto constante de referencia el Derecho romano-canónico medieval.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

VARIOS AUTORES: *El Cardenal Albornoz y el Colegio de España*. Edición y prólogo de Evelio VERDERA y TUELLS 4-6 (Studia Albornotiana 35-37, Bolonia, 1979), 822 + 618 + 770 págs. y profusión de láminas.

Los tres primeros volúmenes de esta serie aparecieron en 1972-73, a raíz del Congreso Internacional Albornociano celebrado en Madrid-Cuenca-Toledo, los días 20-22 de octubre de 1969. A nadie se le escapa que la cantidad de colaboraciones y la calidad de algunas de ellas no fueron fruto única y exclusivamente de un Congreso, que duró tres días, sino que se debieron a la labor organizativa del entonces Rector del Colegio de España en Bolonia, profesor Evelio Verdera y Tuells, y a la investigación de una pléyade de historiadores especializados en el tema de la presente Colección sobre *El Cardenal Albornoz y el Colegio de España*, que acogieron con entusiasmo la llamada del Director de la serie. Cuando alguno podría pensar que todo (y no es poco) había concluido con la publicación de los tres primeros volúmenes, y a seis años de distancia, ven ahora la luz pública otros tres volúmenes, que son los que constituyen el objeto de la presente reseña. Imposible realizar aquí una verdadera reseña crítica de los mismos. Sólo los títulos de los 69 estudios que los integran, ocuparían varias páginas. El Cardenal Albornoz fue una figura de primer orden dentro del contexto italiano y europeo de la época de los papas de Aviñón. De su obra multiforme como defensor de los intereses del pontificado aviñonés en Italia, sigue todavía en pie el Colegio de España en Bolonia. En torno a esta doble temática, de la obra del Cardenal, y muy en concreto sobre el Colegio de España y su irradicación en el tiempo y en el espacio, versan los trabajos de toda esta serie.

Intentaré resumir muy por encima la temática de estos tres volúmenes que ahora tengo el honor de presentar. Una parte de estos estudios se refiere al Colegio de España en Bolonia en su entidad física: arquitectura, pinturas, dependencias, etc (por Pini, Calbi, Agrestini, Cortese, Marchini, Cuart, Lucco, Matteucci, Michiati, Volpe, Winkelmann). También se tocan aspectos como las propiedades rústicas y urbanas del Colegio junto con otros económicos (Iradíel, Ruiz Martín, Rius Cornado). La mayor parte de las colaboraciones, tal vez las que disfrutarán de un espectro más amplio de lectores, se refieren a colegiales ilustres y a otros tipos de irradicación del Colegio allende los muros que lo circundan. A este sector pertenecen los trabajos que hay sobre la *Vita Aegidii* y sus autores (Donado Vara), comparación entre el Colegio de Bolonia y el de S. Ildefonso de Alcalá (Gallego Blanco), el Cabildo de León y el Colegio de Bolonia (Villacorta), y una larga nómina de colegiales ilustres como el jurista Martín de la Cueva (Cortese), Lorenzo Alderete (Cuart), Diego Neila (Cuart), Antonio Agustín (Flores Sellés), Jacinto Díaz Miranda (Gil), Juan Ginés de Sepúlveda (Gómez Crespo, Losada, Luño, Nieto Cumplido), relaciones entre Antonio Agustín y Ruiz de Moros (Gostautas), Usoz y Río (Ricart), Antonio Martínez de

Pons (Peláez), el Dr. Pazos en relación con el proceso de Carranza (Tellechea). El resto de los títulos se refieren a temas relacionados con la vida y obra personal del Cardenal Albornoz (Liverani, Trenchs Odena, E. Sáez, Patner, Evangelisti, Batelli, Bañares, etc.), con la labor de historiadores del tema albornociano (Pini sobre Filippini, Fasoli sobre Duprè Theseider, Cortese sobre Piana y Colliva, Miglio sobre el Diplomatario del Cardenal Albornoz), con diferentes aspectos de la vida del Colegio (Cuart, De Lario, Martínez Cardós, Bertrán Roigé), precedencia del Rector en la Universidad de Bolonia (Pérez Martín), relaciones del Colegio con la Orden franciscana (Pérez Martín), en torno a diferentes fondos del Archivo y de la Biblioteca del Colegio (Trenchs y C. Sáez, Trenchs Odena, Peláez, Calbi, etc.).

La calidad de estos trabajos es alta en la mayoría de los casos. Se mantiene decorosa en otros estudiosos noveles que hacen sus primeros pinitos con su colaboración en estos volúmenes. No faltan algunas (afortunadamente pocas) colaboraciones puramente accidentales, que no constituyen una investigación histórica propiamente dicha.

Para concluir diré que las aportaciones de estos seis volúmenes, con ser importantes en cantidad y calidad, no constituyen el principal y más duradero resultado de las celebraciones albornocianas con motivo del sexto centenario de la muerte del Cardenal Gil de Albornoz. Una vez más, bajo el impulso organizativo del profesor Evelio Verdura, y gracias a la colaboración de los estudiosos, se realizaron a lo largo de estos años varios programas de investigación de alcance científico muy relevante. Uno consiste en un censo de todos los escolares del Colegio de España, desde su fundación hasta 1977, con indicación documental abundante, realizado por el Dr. Antonio Pérez Martín (Frankfurt a. M.). Otro consiste en una serie de trabajos muy especializados, sobre documentación archivísticas en su mayor parte, realizados por el franciscano profesor Celestino Piana, y que culminaron en la publicación de varios volúmenes, entre los que descuella *Nuovi documenti sull'Università di Bologna e sull' Collegio di Spagna* (ver reseña de los mismos en AHDE 47, 1977, 853-54). Otro plan, prácticamente ultimado y listo para publicación, es el del Catálogo de los códices del Colegio, realizado por un grupo internacional de estudiosos bajo la dirección del profesor Domenico Maffei (Siena).

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

VARIOS: *Lineamenti di storia del diritto romano* (Giuffrè, Napoli, 1979). vii + 799 págs.

Bajo la dirección de Mario Talamanca, un grupo de romanistas e historiadores nos presenta aquí una obra de estrecha colaboración sobre los distintos períodos de la historia externa del Derecho Romano, con notable esfuerzo por ofrecer una visión muy actual de los resultados de la investiga-

ción. Aparte el mismo director de la obra, han colaborado: M. Amelotti, R. Bonini, M. Brutti; L. Capogrossi, F. Cássola, Giulio Cervenca, L. Labruna, A. Masi, M. Mazza y B. Santaluccia. La obra carece de aparato bibliográfico, y de índice alfabético, aunque éste puede quedar parcialmente suplido por el amplio índice analítico de las cinco grandes épocas (Monarquía, República, Principado, Dominado y época de Justiniano y bizantina).

A. O.

VARIOS: *Pietro Giannone e il suo tempo. Atti del Convegno di Studi nel tricentenario della nascita*. 2 vols. (Jovene, Napoli, 1980). 942 págs. (numeración correlativa de los dos vols.).

R. Ajello ha cuidado de reunir aquí las contribuciones de varios autores: aparte él mismo, G. Ricuperati, P. L. Rovito, R. De Maio, M. Torrini, L. Mannarino, L. De Rosa, A. Casella, L. Osbat, M. Rak, V. Sciuti Russi, S. Ussia, E. Chiosi, B. Ferrante, G. Galasso. Este Pietro Giannone es el autor de una *Istoria civile*, de 1723. Es una figura del «Iluminismo» italiano, que Benedetto Croce repristinó como pensador de interés, siempre en relación con su defensa del Estado contra la Iglesia, lo que le había causado cierta persecución en los tiempos que vivió, a la vez que cierta fama en los que ahora vivimos. Por lo demás, este Giannone era y se declaraba «avvocato e giureconsulto napoletano», y alcanzó reputación por sus dictámenes, y la cumbre de su actividad profesional entre 1715 y 1720. Este conjunto de estudios nos informan detalladamente de la significación de Giannone en la coyuntura de su tiempo. La cuidada edición de estos dos volúmenes se debe a la ayuda del «Consiglio Nazionale delle Ricerche», y a la colaboración de varios entes públicos y bancarios, además del Club Rotario de Foggia.

A. O.

V A R I A

DON CLAUDIO SANCHEZ-ALBORNOZ, DOCTOR «HONORIS CAUSA» POR LAS UNIVERSIDADES COMPLUTENSE Y DE VALLADOLID

El ANUARIO no podía dejar de abrir sus páginas informativas con la grata noticia de la doble investidura como «Doctor honoris causa» por las Universidades Complutense y de Valladolid de que ha sido objeto su fundador, don Claudio Sánchez-Albornoz.

De la primera de ellas dio cuenta el excelentísimo y magnífico señor rector de la Universidad doctor Bustelo en la sesión solemne de apertura del Curso Académico 1980-1981, en Paraninfo, de San Bernardo. El acto de investidura quedó aplazado en espera de que don Claudio pueda trasladarse a Madrid.

Por su parte, el excelentísimo y magnífico señor rector de la Universidad de Valladolid, en compañía del profesor don Demetrio Ramos, se trasladó en el mes de junio a Buenos Aires, para hacer entrega al profesor Sánchez-Albornoz del nombramiento de «Doctor honoris causa» de que había sido objeto por acuerdo de esta Universidad.

Desde estas páginas el ANUARIO desea manifestar su complacencia por este reconocimiento de las Universidades españolas hacia la persona de su fundador, al tiempo que hace votos para contar con su presencia entre nosotros en un futuro próximo.

JUBILACION DEL PROFESOR DON ALFONSO GARCIA-GALLO

Durante el año 1981 se han producido dos acontecimientos en la vida del profesor don Alfonso García-Gallo que no podían pasar inadvertidos a las instituciones científicas españolas e internacionales: el setenta aniversario de su nacimiento, y con ella su jubilación administrativa, el 5 de enero y las bobas de oro de su magisterio en la Universidad el 22 de abril. Ello ha dado motivo a la celebración de varios actos de homenaje a la figura de tan ilustre profesor por iniciativa de diferentes entidades a los que se han sumado sus numerosos amigos, colegas y discípulos.

Con ocasión de la celebración de su VI Congreso en Valladolid, en diciembre de 1980, el Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano

rindió homenaje a su fundador y director acordando dedicarle el volumen de las Actas del Congreso, lo que fue comunicado a los asistentes por los cofundadores y también directores del Instituto, don Ricardo Zorraquin Becú y don Alamiro de Avila Martel, quienes, en los actos de inauguración y clausura de la reunión, glosaron ampliamente la fecunda labor de magisterio e investigación del profesor García-Gallo en el campo del Derecho Indiano, no sólo desde la cátedra y a través de sus numerosas publicaciones, sino también con su continua presencia en aquel continente. En reconocimiento de esta labor, los miembros del Instituto decidieron elevar al excelentísimo señor ministro de Asuntos Exteriores la petición para el profesor García-Gallo de la Gran Cruz de Isabel la Católica, condecoración que le ha sido concedida por Real Decreto de 23 de junio («BOE» 24-6-81).

El 17 de enero tuvo lugar en la sede del Instituto de Ciencias Jurídicas del CSIC un acto, presidido por el excelentísimo señor presidente del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, don Alejandro Nieto, en el que se hizo entrega al profesor García-Gallo del volumen 50 de este ANUARIO a él dedicado. El reverendísimo padre fray José López Ortiz glosó la personalidad del homenajeado centrándose fundamentalmente en su labor por y desde el ANUARIO. Tras unas entrañables palabras de agradecimiento del profesor García-Gallo, cerró el acto el señor presidente del CSIC, quien, asimismo, dedicó unos minutos a expresar el reconocimiento y gratitud del CSIC hacia el maestro e investigador. A continuación se celebró un almuerzo en el Hotel Palace, durante el cual hizo uso de la palabra el excelentísimo señor don José Maldonado, para destacar, una vez más, el talante humano y científico del director del ANUARIO.

Por su parte, la Universidad Complutense ha prestado atención a la figura del profesor García-Gallo con motivo de sus bodas de oro en la actividad universitaria, ya que han sido los alumnos de esta Universidad los que han gozado de su magisterio durante prácticamente la totalidad de este medio siglo.

En el acto solemne de la apertura del Curso Académico 1980-1981 de la Universidad Complutense, el excelentísimo y magnífico señor rector doctor Bustelo impuso la medalla de oro de esta Universidad al profesor García-Gallo, a quien se refirió expresamente en su discurso.

También, por iniciativa del Departamento de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho y de Historia del Derecho Indiano de la Facultad de Historia, tuvo lugar el 30 de abril, en el salón de actos de la Facultad de Derecho la exposición por parte del profesor García-Gallo de una lección magistral con la que dio por finalizada, de forma oficial, su actividad docente. Don Alfonso sintetizó su quehacer docente e investigador a lo largo de los cincuenta años de permanencia en el mundo universitario destacando y ponderando el papel que en ello jugaron las numerosas generaciones de alumnos que recibieron sus enseñanzas. Contestó al profesor García-Gallo el entonces director del Departamento de Historia del Derecho, don Juan Manzano, que se refirió a la labor informativa de don Alfonso, aludiendo en nu-

merosas ocasiones a su experiencia personal como discípulo del homenajeado. Tras el acto universitario se celebró un almuerzo en el restaurante Los Porches, que contó con la presencia de varias autoridades y colegas y discípulos de diferentes Universidades españolas.

JUBILACION DEL PROFESOR DON JUAN MANZANO

El curso 1980-81 se ha iniciado sin la presencia en las aulas de la Universidad Complutense del profesor don Juan Manzano, ya que sólo unos días después, el 31 de octubre, al cumplir setenta años, se producía su jubilación como catedrático de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho y profesor de Historia del Derecho Indiano en la Historia. Bien es verdad que esta situación administrativa en el caso del profesor Manzano, como en el de otros intelectuales, no supondrá el fin de su quehacer científico, sino que, por el contrario, le permitirá dedicarse de lleno a sus trabajos de investigación. De ahí que el propio profesor Manzano considere su nueva situación como de «júbilo», ya que, libre de las obligaciones docentes, podrá volver a sus investigaciones en el Archivo de Indias.

Cursó don Juan Manzano la Licenciatura de Derecho en la Universidad Hispalense y el Doctorado en su Madrid natal, bajo la dirección del maestro Altamira, quien lo distinguió con el nombramiento de profesor Ayudante de la Cátedra de Instituciones Políticas y Civiles de América. Su tesis doctoral sobre «Las Notas a las leyes de Indias de Manuel Josef de Ayala» sería el primero de los trabajos que le llevarían a su gran estudio sobre la Recopilación de Indias.

A los veintinueve años obtuvo la Cátedra de Historia del Derecho de la Universidad de Sevilla, que no ocupó sin ponerla previamente a disposición de su anterior titular, cesado por entonces de las actividades universitarias. En ella permaneció veintitrés años compatibilizando las tareas docentes con el desempeño de la dirección del Colegio Mayor Hernando Colón y, más tarde, del Rectorado. En 1963 accedió a la Cátedra de la Complutense, vacante por la jubilación de don Galo Sánchez, que ha desempeñado hasta finalizar el último curso, ocupándose también en los últimos meses de la dirección del Departamento de Historia del Derecho.

No menos importante e intensa que la universitaria ha de considerarse la labor del profesor Manzano en el campo de la investigación científica. Centrado por vocación y formación en el mundo americano, siempre ha permanecido vinculado a los organismos españoles e internacionales ocupados en esta temática; durante su estancia en Sevilla fue jefe de la Sección allí establecida por el Instituto Gonzalo Fernández de Oviedo, del CSIC, integrándose plenamente, desde su creación, en la Escuela de Estudios Hispano-americanos; ha colaborado en repetidas ocasiones con el Instituto de Cultura Hispánica y el ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO; es miembro fundador del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, a varios

de cuyos Congresos ha asistido, así como a otras reuniones científicas celebradas a uno y otro lado del Atlántico.

Hombre fundamentalmente de Archivo, ha hecho del de Indias su segundo hogar, lo que le ha permitido llegar hasta los últimos resquicios en la investigación de los temas que ha abordado, tales como el de la Incorporación de las Indias y los Justos títulos, la compleja Historia de la Recopilación de Indias y el del Predescubrimiento. De ahí su reconocimiento a escala internacional, patente en numerosas ocasiones y recientemente en el Simposio sobre las Leyes de Indias, celebrado en Costa Rica.

Amigo de sus amigos, pero no de agasajos, don Juan Manzano no ha querido que se le rindiera el homenaje que su persona y obra merecen. Pero el respeto a sus deseos no puede impedir estas breves líneas de notificación que la Redacción del ANUARIO ha creído de justicia dedicar a una obra universitaria y científica desarrollada durante más de cuarenta años, al tiempo que desea hacer llegar al profesor Manzano su sincera felicitación por esta labor al servicio de la Universidad y la Ciencia españolas.

CENTENARIO DEL PROFESOR FRIEDHELM W. VON RAUCHHAUPT

El 13 de agosto del presente año, el profesor alemán Friedhelm W. von Rauchhaupt ha cumplido cien años. Doctor honoris causa por la Universidad Complutense, se ocupó reiteradamente de la Historia del Derecho español, buscando en su evolución un paralelismo con el Derecho germánico. Así lo demuestran sus trabajos *Estudio comparativo entre el desarrollo del Derecho español y el alemán*, en «Publicaciones de la R. Academia de Jurisprudencia y Legislación», cuaderno 65, Madrid, 1923, y en la «Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft» 41 (1925) 388-422 y de forma más amplia su *Geschichte der spanischen Gesetzesquellen von den Anfängen bis zur Gegenwart*, Heidelberg, 1923 (ambos reseñados por G. Sánchez en el volumen primero de este ANUARIO) y otros. Colaboró con el ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, publicando en el tomo 6 (1929) un estudio sobre *La importancia del Derecho español para la ciencia del Derecho comparado*.

HOMENAJE AL PROFESOR DON ALFONSO OTERO VALERA

Con motivo de cumplirse los veinticinco años en el desempeño de la Cátedra de Historia del Derecho de la Universidad de Santiago, le ha sido rendido homenaje al profesor don Alfonso Otero Varela por la Facultad de Derecho de la Universidad Compostelana, en una sesión académica presidida por el Excmo. y Magco. señor Rector, que tuvo lugar el 4 de diciembre y en el transcurso de la cual, se hizo entrega al profesor Otero de un libro-homenaje y le fue impuesta la Cruz de San Raimundo de Peñafort.

† P. OLIS ROBLEDA

(1909-1980)

El padre Olís Robleda, SJ, que ha fallecido en Roma el 11 de octubre de 1980, era una figura ilustre del romanismo español, aunque pasó la mayor parte de su vida fuera de España, y por eso mismo la Universidad española no tuvo la fortuna de contar con su magisterio.

Nacido en Esdroso (Orense), el 1 de febrero de 1909, volvía con frecuencia a Galicia, aprovechando sus vacaciones estivales, para trabajar en la Biblioteca de Derecho de la Universidad Compostelana, pero ya en 1934, un año después de su ordenación sacerdotal, se trasladó a Bélgica para entrar en la Compañía. Continuó sus estudios en Alemania y en la Gregoriana, donde obtuvo la «laurea» de Derecho Canónico, en 1944. Desde 1945 a 1951 enseñó en las universidades de la Compañía en Comillas, donde se doctoró, y en Granada, pero en 1952 volvió a la Gregoriana como profesor de Derecho romano.

Desde su cátedra romana, Robleda tuvo una extensa influencia magistral, a la vez que sus publicaciones contribuyeron a darle un nombre respetable entre los romanistas de todo el mundo, especialmente en los ambientes de Roma.

Su obra fue primera y quizá principalmente canonista, empezando por su tesis doctoral sobre *La nulidad del acto jurídico* (Comillas, 1947, y nueva edición de Roma, 1964), aunque en ella se hace una amplia comparación del Derecho canónico con las legislaciones civiles modernas. Tuve la suerte de conocerle, y de iniciar una amistad continuada sin interrupción, poco después de ese momento, en el Congreso de Verona (1948), al que él acudía ya como romanista. Tras algún estudio menor, su dedicación científica al Derecho romano se manifestó con la publicación de la primera parte de su *Ius privatum Romanum* (Roma, 1960), de cuya nueva edición en español se da noticia en este mismo volumen del ANUARIO. Luego, aparte otros artículos complementarios, su obra principal: *El matrimonio en Derecho romano* (Roma, 1970), en la que, aunque con gran rigor científico, se inclina por una interpretación consensualista y vinculista del matrimonio pagano, en contra de lo que es hoy doctrina mayoritaria.

Aun en la contradicción científica y defensa de las propias posiciones mostró el padre Robleda su gran paz y bondad de sabio humilde, que provenían de la visión sobrenatural que dominó toda su vida y su trabajo. Nada más revelador, en este sentido, que las últimas palabras de una última carta dirigida a su hermana religiosa, y que la muerte no le dejó enviar al correo: «Sabes bien, carísima hermana, que cuanto no se haga por El (por Dios), se pierde en absoluto». Su mensaje póstumo.

ALVARO D'ORS

† URSICINO ALVAREZ SUAREZ

(1907-1980)

Una de las figuras más queridas de la Universidad española, don Ursicino, fallecido, tras breve e inexorable dolencia, el 4 de noviembre de 1980, en Madrid. Había nacido en Zamora el 12 de marzo de 1907, y, privado tempranamente de su padre, conocido historiador de aquella ciudad, vino muy joven a vivir a la capital con su buena madre, a la que él había de atender durante muchos años con especial sacrificio y ejemplar amor filial. Asociado muy pronto a la cátedra de Derecho romano de Madrid, bajo el magisterio de don José Castillejo, no había de abandonar la Universidad Central, a pesar de haber ganado por oposición la cátedra de Murcia en 1935. Al terminar la guerra española, hubo de hacerse cargo de la cátedra madrileña, de la que poco después fue titular por nueva oposición. Así, pues, durante más de cuarenta años, hasta su jubilación en 1977, don Ursicino fue el maestro infatigable en una cátedra principal de la Universidad española, y ha sido un mérito singular de su docencia en no haber descuidado nunca esa labor, a pesar de las exigencias de otras actividades más apremiantes. Hombre madrugador, dedicaba siempre sus primeras horas al estudio, y pudo mantener así un alto nivel en sus lecciones, que, precisamente por ser tempranas, quedaban exentas de las incidencias que perturban a veces la regularidad de las clases.

Por sus excepcionales condiciones humanas, don Ursicino gozaba de general simpatía entre sus colegas, alumnos y demás personas que tuvieron la suerte de tratarle.

Tras una estancia de estudio en Berlín, donde siguió las lecciones de Ernst Rabel, Ursicino Alvarez continuó de cerca el magisterio de Castillejo. También éste había estudiado en Alemania, con Kohler, como asimismo el coopositor de 1935, don José Santa Cruz Teijeiro, había estudiado en Friburgo, con Lenel: un rasgo de aquella generación que seguía el impulso del primer renacimiento científico español de nuestro siglo. Su formación científica fue predominantemente jurídica, como es conveniente en un profesor de la Facultad de Derecho. Con todo, su obra principal—*El horizonte actual del Derecho romano* (1944)—mostró su gran apertura a la bibliografía y corrientes de la romanística internacional también en los aspectos históricos y filológicos, y, en este sentido, esa obra, que había constituido su «memoria» de las oposiciones a la cátedra de Madrid, tiene especial significación para la historia del romanismo español. Aparte otros trabajos meritorios, tuvo una gran resonancia su discurso de ingreso de la «Real Academia de Jurisprudencia y Legislación» en 1966, que versó sobre *La jurisprudencia romana en la hora presente*, una docta disertación en la que tomaba posición contra aquellos autores que conceden a la doctrina, incluso

para el Derecho moderno, el primer lugar entre las fuentes del Derecho, y que hubo de influir en las nuevas orientaciones legales en la materia. En fin, la publicación de parte de sus cursos, en forma de texto universitario, le dieron una justa autoridad en el campo de la romanística española. De su maestro Castillejo había sabido aprender un estilo pedagógico muy eficaz, cuya claridad y amenidad contribuía no poco el oportuno uso del encerado. Como era natural por su preferente formación jurídica, daba, en sus cursos, especial importancia al estudio de las instituciones privadas, como hacía también, independientemente, otro gran maestro de la época, don José Arias Ramos. Abrieron ellos una nueva manera de explicar la asignatura de Derecho romano —como introducción que realmente debe ser al estudio del Derecho privado, sin perjuicio de una recta consideración histórica de las instituciones—, que hemos procurado seguir los continuadores, y cuyo mantenimiento entiendo que es muy necesario para la debida formación de nuestros jóvenes juristas.

Unido a don Ursicino, primero como alumno y luego como auxiliar de su cátedra, no quiero dejar de acreditar el superior talento del maestro y su capacidad para haber realizado una obra científica mucho más extensa que la que las limitaciones profesionales le permitieron hacer, pero su nombre quedará siempre en la memoria de nuestra Universidad como el de un gran docente y hombre capaz de ganarse el aprecio de todos.

ALVARO D'ORS

† SALVADOR DE MOXO ORTIZ DE VILLAJOS

(1921-1980)

Resulta difícil trazar en breves líneas una semblanza de Salvador de Moxó, aun desde el lado académico y profesional. No basta con decir que fuera jurista e historiador a la par, ni con destacar sus dotes de medievalista: todo eso fue y en alto grado. Pero sus inquietudes científicas y su amplísimo saber hacen difícil cualquier género de clasificación. Aquí sólo las palabras—convertidas en tópico—pueden servir a modo de aproximación. Amigo fiel, caballero a la vieja usanza, de vivaz ingenio, amena conversación y una sensibilidad tan aguda y delicada como la de un poeta, con su mirada profunda y abierta a los más amplios horizontes. Nunca podrá llenarse el hondo vacío que nos ha dejado.

En el campo de la investigación, había temas por los que sentía especial inclinación. Muy especialmente los *señoríos* a los que volvería una y otra vez. Los señoríos, estudiados en sus más variadas manifestaciones: geográficas, sociales, institucionales; y en su amplia evolución histórica, desde los inicios hasta su disolución, ya en pleno siglo XIX. Sin olvidar los planteamientos metodológicos o el ejemplo concreto de algunos señoríos, geográficamente acotados, como los antiguos de Toledo, en una espléndida mono-

grafía que sin duda servirá de modelo para futuros trabajos. Y junto a los señoríos, en línea muy próxima, los temas nobiliarios, tanto desde un planteamiento general, con el manejo de categorías que hoy se han impuesto —nobleza vieja, nobleza nueva— como en el estudio de linajes concretos: los Albornoz de Cuenca, los Fernández Pecha, alcarreños, o el caso de la elevación social del Consejero de Alfonso XI e importante escritor Fernán Sánchez de Valladolid. Todo ello dentro de los cauces de la más moderna y seria historiografía social.

Otra fecunda línea de investigación se proyectó en la fiscalidad regaliana, con el singular ejemplo de la alcabala, estudiada en un libro que hoy resulta de imprescindible manejo y en monografías que completan el estudio de la figura.

Con el tiempo, y su dedicación universitaria, se sentía cada vez más inclinado al estudio del mundo medieval a través siempre de los grandes temas. Los trabajos se sucedían a ritmo ininterrumpido: «Castilla ¿principado feudal?»; el entorno social del Arcipreste; feudalismo y sociedad feudal; y, ya muy cerca de nosotros, su magnífica síntesis sobre la repoblación, en cuyo estudio se han ocupado tan grandes historiadores.

No hace falta insistir en lo dotado que estaba para la investigación. De amplia formación en las ciencias sociales, con un conocimiento muy profundo de la bibliografía extranjera, con capacidad de síntesis, y una singular penetrativa para el conocimiento histórico, escribía con gran rapidez y ritmo vivaz de prosa, hasta dar siempre con la fórmula precisa de exposición. Hay conceptos y fórmulas historiográficas que puso en circulación —tipos de señoríos, categorías nobiliarias, modalidades fiscales y hasta esquemas de periodificación— de lo más felices que quepa imaginar. Y todo ello con un manejo de datos, en buena parte de archivo, que causan verdadero asombro al lector.

Trabajador infatigable, hasta el último momento se le pudo ver por el Archivo Histórico Nacional tras la documentación monástica, a la búsqueda de datos con que completar alguno de sus trabajos. No le dio tiempo siquiera a leer su discurso de ingreso en la Academia de la Historia. Y ni que decir tiene que ha dejado trabajos en fase de elaboración, como la amplia colección diplomática proyectada en torno a Alfonso XI.

Como profesor universitario, centró su trabajo en la Facultad de Filosofía y Letras, sección de Historia. Pasó por diversos grados académicos hasta llegar a la cátedra, ya en plena madurez. Sus clases eran un modelo de claridad y precisión. Como se recordaría en el ámbito universitario, pocas veces pudo darse una tal brillantez y facilidad de exposición.

Sentía Moxó especial inclinación por la Historia del Derecho y sus cultivadores, para quienes siempre tenía palabras de aprecio y consideración. En alguna ocasión lamentaría no haberse dedicado más intensamente a la Historia del Derecho, siquiera fuera profesionalmente. Como es sabido, buena parte de su obra cae de lleno en el marco histórico-jurídico, y no se explicaría sin su fino sentido de jurista. Y es que para él los conocimien-

tos de Derecho no eran un simple añadido erudito, sino algo así como el medio más adecuado para acceder al estudio histórico, a la manera como hoy se entiende la tarea del historiador que ha de formarse—como solía comentar—en alguna de las ciencias sociales—Economía, Sociología, Derecho...—. Por lo demás, y en la misma línea, con frecuencia hubo de intervenir en tesis, actos académicos o publicaciones, cual es el caso de este ANUARIO.

Tal vez sea una buena forma de recordarlo en esta doble vertiente histórico-jurídica, cruzando el campus de la Universidad, de un edificio a otro, el paso ligero, libros y carpetas bajo el brazo, caminito de la Facultad a dar, una vez más, su clase de historia, como tantas veces le viéramos hacer amigos y discípulos. Esta u otra imagen del buen profesor, del querido amigo y sabio investigador, junto a los fecundos resultados de su obra y al ejemplo de su vida, quedará imborrable para todos nosotros.

JOSÉ LUIS BERMEJO CABRERO

B I B L I O G R A F I A

- El privilegio real y los orígenes del medievalismo científico en España*, en «Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos», 64-1 (1958), 29-53, y 67-1 (1959), 443-51.
- Los orígenes de la percepción de alcabalas por particulares*, en «Hispania», 72 (1958), 307-339.
- Un medievalista en el Consejo de Hacienda: Don Francisco Carrasco, Marqués de la Corona (1715-1791)*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 29 (1959), 609-668.
- Ejército, diplomacia y finanzas como medios de acción del Estado en la Baja Edad Media*, en «Studium», 7-8 (1959), 85-104.
- La incorporación de señoríos en la España del Antiguo Régimen* (Valladolid, 1959).
- Exenciones tributarias en Castilla a fines de la Edad Media*, en «Hispania», XXI, 82 (1961), 163-188.
- Derecho y arquitectura militar en la España cristiana medieval*, en «Revista Española de Derecho Militar», 9 (1961), 9-59.
- Las desamortizaciones eclesiásticas del siglo XVI*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 31 (1961), 327-361.
- Salazar y Castro ante el Consejo de Castilla. En torno a documentos de Sancho III y Enrique II*, en «Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos», 69-2 (1961), 429-452.
- La alcabala. Sobre sus orígenes, concepto y naturaleza* (Madrid, 1963).
- La incorporación de señoríos eclesiásticos*, en «Hispania», XXIII, 90 (1963), 219-254.
- Feudalismo europeo y feudalismo español*, en «Hispania», XXIV, 93 (1964), 123-133.

- Los señoríos. En torno a una problemática para el estudio del régimen señorial*, en «Hispania», XXIV, 94 y 95 (1964), 185-236 y 339-430.
- La disolución del régimen señorial en España* (Madrid, 1965).
- Aproximación a la Historiografía medieval española*, en «Homenaje al profesor Alarcos García», 2 (Valladolid, 1965-1967), 741-761.
- El señorío, legado medieval*, en «Cuadernos de Historia», 1 (1967), 105-118.
- Don Fernando de Valdés y la expansión señorial en el siglo XVI*, en «Simposio Valdés-Sela» (Oviedo, 1968), 253-261.
- De la nobleza vieja a la nobleza nueva. La transformación nobiliaria castellana en la Baja Edad Media*, en «Cuadernos de Historia», 3 (1967), 1-210.
- Los Cuadernos de alcabalas. Orígenes de la legislación tributaria en España*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 39 (1969), 317-450.
- Castilla ¿Principado feudal?*, en «Homenaje a Menéndez Pidal», 3, «Revista de la Universidad de Madrid», 18 (1970), 229-257.
- La metodología en la Historia de la Administración*, en «I Simposio de Historia de la Administración» (Alcalá, 1970), 3-11 (En colaboración con Antonio Rumeu de Armas).
- La nobleza castellano-leonesa en la Edad Media. Problemática que suscita su estudio en el marco de una Historia social*, en «Hispania», XXX, 114 (1970), 5-68.
- La nobleza castellana en el siglo XIV*, en «Anuario de Estudios Medievales», 7 (1970-1971), 493-511.
- La venta de alcabalas en los reinados de Carlos I y de Felipe II*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 41 (1971), 487-554.
- Los Albornoz. La elevación de un linaje y su expansión dominical en el siglo XIV*, en «Studia Albornotiana», 12 (1972), 19-80.
- Sociedad, estado y feudalismo*, en «Rev. Univ. Madrid», 20 (1972), 171-202 (Estudios de Historia Económica, 1).
- Los judíos castellanos en la primera mitad del siglo XIV, Simposio*, en «Toledo Universitario», I (Toledo, 1972), 77-103.
- El señorío de Vizcaya como base de estudio comparativo para el régimen señorial hispánico en la Edad Media*, en «Edad Media y Señoríos. El Señorío de Vizcaya» (Bilbao, 1972), 125-140.
- Los Señoríos de Toledo* (Toledo, 1972).
- Los antiguos señoríos de Toledo* (Toledo, 1973).
- El patrimonio dominical de un consejero de Alfonso XI. Los señoríos de Fernán Sánchez de Valladolid*, en «Rev. Univ. Complutense», 22 (1973), 123-162.
- Los señoríos: cuestiones metodológicas que plantea su estudio*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 43 (1973), 271-309.
- La sociedad de la Alcarria durante la época del Arcipreste*, en «Bol. Real Acad. Hist.», 171 (1974), 229-265.
- Los señoríos. Estudio metodológico*, en «Actas I Jornadas Metodología Aplicada Ciencias Históricas», 2 (Santiago de Compostela, 1975), 163-174.

- La ilustración y su revisión crítica del legado medieval* (Toledo, Centro Universitario, 1975).
- El auge de la burocracia castellana en la corte de Alfonso XI. El camarero Fernán Rodríguez y su hijo el tesorero Pedro Fernández Pecha*, en «Homenaje a A. Millares Carlo», 2 (Las Palmas, Gran Canaria, 1975), 11-42.
- La sociedad política castellana en el reinado de Alfonso XI*, en «Cuadernos de Historia», 6 (1975), 187-326.
- La promoción Política y social de los «letrados» en la corte de Alfonso XI*, en «Hispania», 35 (1975), 5-29.
- Los Judíos Castellanos en el reinado de Alfonso XI*, en «Sefarad», 35 (1975), 131-150 y 36 (1976), 37-120.
- La repoblación castellana del Reino de Toledo*, en «Studie Humanistica», Anuario de la Facultad de Filosofía y Letras de la UNED (1976), 43-78.
- La elevación de los «letrados» en la sociedad estamental del siglo XVI*, en «XII Semana de Estudios Medievales» (Pamplona, 1976), 183-215.
- Juan Estévez de Castellanos. Elevación y caída de un consejero regio en la Castilla del siglo XVI*, en «Homenaje a J. Pérez de Urbel», 1 (Silos, 1976), 407-421.
- Las alcabalas de bienes raíces en la Baja Edad Media*, en «Homenaje a don José María Lacarra de Miguel», 4 (Zaragoza, 1977), 123-136.
- Campeños hacendados leoneses en el siglo XIV*, en Publicaciones del Colegio universitario de León, 1978, 61-198.
- El Duque del Infantado don Pedro Alcántara de Toledo y Salm-Salm. Un personaje de la nobleza en la transición del Antiguo Régimen a la época contemporánea*, en «Hispania», XXXVII (1977), 569-599.
- Repoblación y sociedad en la España Cristiana Medieval* (Madrid, 1979).
- La desmembración del dominio en el señorío medieval. Estudio sobre documentación de Aguilar de Campoo*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 50 (1980), 909-940.

XXVIII SEMANA DE ESTUDIOS DEL «CENTRO ITALIANO DI STUDI SULL'ALTO MEDIOEVO»: CRISTIANIZZAZIONE ED ORGANIZZAZIONE ECCLESIASTICA DELLE CAMPAGNE NELL'ALTO MEDIOEVO: ESPANSIONE E RESISTENZE

Al tratamiento del tema indicado se dedicaron, durante los días 10 a 16 de abril de 1980, las apretadas sesiones de la XXVIII Semana del Centro de Estudios Históricos Spoletino. El interés de la misma y la calidad de sus participantes justificaron la presencia de un numeroso público —tal vez excesivo para las limitadas instalaciones del Palazzo Ancaiani— que siguió activamente el desarrollo de conferencias y discusiones.

Conforme a la práctica de congresos anteriores, en el que ahora se co-

menta el análisis de la cristianización y organización eclesiástica del mundo rural altomedieval, se dividió en dos sectores: el primero, relativo a cuestiones generales, registró las aportaciones de Karl Bols (Munich), a cuyo cargo corrió el discurso inaugural de la «settimana» (*Cultura cittadina e cultura rurale tra mondo antico e mondo medievale a confronto nella cristianizzazione delle campagne*), Raoul Manselli (Roma), director actual del Centro (*Resistenze dei culti antichi nella pratica religiosa dei laici nelle campagne*), Helmut Beumann (Marburgo) (*Die Hagiographie «bewältigt»: Unterwerfung und Christianisierung der Sachsen durch Karl den Grossen*), Arnold Angenendt (Bochum) (*Die Liturgie und die Organisation des kirchlichen Lebens auf dem Lande*), Jean Hubert (París) (*Piété chrétienne ou paganisme: les statues-reliquaires de l'Europe carolingienne*), Michelangelo Cagiano de Azevedo, Giampiero Brogiolo y Silvia Lusuardi Siena (Milán) (*Struttura edilizia delle pievi e dei loro annessi: chiostri canonicali, battisteri, cimiteri*), Giles Constable (Dumbarton Oaks in Washington) (*Monasteries and Rural Churches: cura animarum tithes and spiritualia*), Wilfried Hartmann (Munich) (*Der rechtliche Zustand der Kirchen auf dem Lande: Die Eigenkirche in der fränkischen Gesetzgebung des 7. bis 9. Jahrhundert*), Aldo Settia (Turín) (*Pievi e cappelle nella dinamica del popolamento rurale*), y, por último, Gabriel Fournier (Clermont) (*La mise en place du cadre paroissial et l'évolution du peuplement*). Sobre esta base general podían particularizarse territorialmente los problemas referentes al funcionamiento de las instituciones eclesiásticas rurales, objeto de la segunda parte de la «settimana» y de las intervenciones de Carlo Guido Mor (Padua) (*Il funzionamento delle istituzioni ecclesiastiche rurali nella regione alpina*), William H. C. Frend (Glasgow) (*Donatist and Catholic: the Organisation of Christian Communities in the North African countryside*), Manuel Sotomayor (Granada) (*Penetración de la Iglesia en los medios rurales de la España tardorromana y visigótica*), Christopher Brooke (Cambridge) (*The ecclesiastical institutions of English countryside: the search for their origins*), Giovanni Orlandi (Milán) (*Il funzionamento delle istituzioni ecclesiastiche rurali in Irlanda*), Jean François Lemarignier (París) (*Encadrement religieux des campagnes et conjoncture politique dans les régions du royaume de France situées au nord de la Loire, IX^e-XI^e siècles. Quelques observations*), Sergij Vilfan (Ljubljana) (*La cristianizzazione delle campagne e le resistenze presso gli Slavi del sud occidentali*), Cinzio Violante (Pisa) (*L'organizzazione ecclesiastica nelle campagne dell'Italia centro-settentrionale*); finalmente, Cosimo Damiano Fonseca (Lecce) (*Particolarismo istituzionale e organizzazione ecclesiastica delle campagne nell'alto medioevo nell'Italia meridionale*). Puso fin al congreso de Spoleto la discusión conjunta celebrada bajo la presidencia de Jerzy Kloczowski (Lublinó), fijándose como tema de la próxima «settimana» el estudio de los conocimientos geográficos en la alta Edad Media.

Al público de este ANUARIO han de interesar especialmente las conferencias de Hartmann, por su contenido institucional, y de Sotomayor, refe-

rente a España; la anunciada intervención de Hubert Mordek (Friburgo de Brisgovia) sobre *Die ländische Kirche und das kanonische Recht*, que, como la de Josef Semmler (Düsseldorf), no llegó a producirse, también merece ahora por su temática ser objeto de un breve comentario sobre la base del resumen mecanografiado de la misma distribuido a los asistentes.

Dos fueron, para Hartmann, los aspectos centrales de la legislación alto-medieval sobre iglesias rurales: la disposición de sus rentas y la designación del sacerdote titular. Según el Derecho canónico de los siglos IV y V, una y otra cuestión eran cometido del obispo, principio al que no se sustraían las iglesias de fundación privada que, dentro del proceso general de ruralización de la sociedad bajoimperial, fueron multiplicándose en las grandes propiedades territoriales; estas iglesias fundadas privadamente constituirían, sin embargo, el punto inicial de una evolución posterior que daría como resultado, según la clásica terminología de Stutz, la figura de la *iglesia propia* o privada (de un laico, de un obispo, de un monasterio). Las iglesias propias se difundieron especialmente allí donde las diócesis comprendían, junto a la sede ciudadana del obispo, un territorio dilatado —España, Galias, algún sector de Alemania— y resultaba imposible la centralización de las rentas eclesiásticas previstas por el Derecho canónico. El aumento del número de iglesias rurales de esta clase a fines de la época merovingia, unido a la práctica de reclamar el fundador para sí los ingresos de la iglesia y remover libremente a los párrocos, originó un profundo desfase entre el estatuto jurídico teórico de las mismas y la situación real en que se desenvolvían. Sólo a fines del siglo VIII (capitular de Francfort del 794) comenzará una serie de intentos para adecuar la normativa vigente al estado fáctico que se imponía: en esta capitular se establece ya el poder de disposición de los laicos sobre sus iglesias, que pueden ser vendidas y transmitidas *mortis causa*; en otra norma de los años 818-819 queda reconocido el derecho del dueño de la iglesia rural a proponer al obispo la consagración de un sacerdote (derecho de presentación), fijándose además la dotación mínima que habría de asignarse a la iglesia de nueva fundación.

La normativa posterior no incide sobre ningún aspecto sustancial, si bien registra algún intento de reducir el número de iglesias en propiedad de laicos y pasarlas al obispo (sínodo de Valence del 855, obispo Prudencio de Troyes, hacia el 860). Estos intentos se remontan a mediados del siglo VIII, cuando los obispos del reino franco inician la política de conseguir las iglesias rurales de laicos mediante donaciones en su favor. Con el reconocimiento jurídico de las iglesias propias acaban, sin embargo, desde aproximadamente el año 825, las donaciones de iglesias.

El número de iglesias en propiedad real fue considerable en bastantes lugares, y quizá en la especial posición de estas iglesias del rey haya que buscar el modelo al que ajustaron sus pretensiones los propietarios de iglesias en el campo.

El P. Sotomayor estudió la *Penetración de la Iglesia en los medios rurales de la España tardorromana y visigótica*. En su intervención destacó

cómo la normativa conciliar de la época visigoda impide, de acuerdo con Martínez Díez, afirmar la existencia de un régimen de iglesias rurales propias en sentido estricto; si bien no puede desconocerse que las iglesias «llegan a quedar en cierto modo bajo el patrocinio de sus fundadores». Haciendo uso de las mismas fuentes conciliares, el conferenciante señaló que las características de pobreza y abandono marcaron las condiciones materiales en que desarrollaron su actuación las iglesias campesinas, situación de penuria económica a la que contribuyeron, con su avaricia, no pocos obispos más interesados en apoderarse de la dotación de las iglesias, cobrar por el bálsamo consagrado para los ritos del bautismo, etc., que en promocionar las iglesias rurales. La pobreza de éstas obligó en casos a la agregación de varios centros de culto para poder sostener un presbítero conjuntamente.

La eficacia evangelizadora de las iglesias rurales fue, según Sotomayor, muy reducida: los clérigos que se encontraban a su frente actuaban simplemente como «realizadores de ceremonias litúrgicas», como «administradores de sacramentos», careciendo con frecuencia de la base cultural mínima—abundan los testimonios relativos a clérigos analfabetos—que permitiese su dedicación a actividades pastorales y a un efectivo apostolado. Apostolado tanto más necesario cuanto que aún se encontraba lejos la erradicación del paganismo de la Península Ibérica; éste, nunca considerado como problema pastoral—y de ahí el silencio de los textos de los concilios visigóticos en relación a paganos e idólatras—, era preocupación del poder público, que con diversos medios coercitivos combatió las prácticas religiosas no cristianas. Por esta vía y también por la acción apostólica de los monjes y el culto a los santos pudo progresar en la España visigoda el proceso de penetración del cristianismo en el mundo rural, a pesar de los elementos negativos ya mencionados.

A juzgar por el resumen de la conferencia que no pudo pronunciar, el profesor H. Mordek se fijó un objetivo de tipo metodológico en su trabajo sobre la iglesia rural y el derecho canónico en la alta edad media. Partiendo de señalar la posición de preeminencia que el derecho canónico más antiguo reconocía al obispo sobre los párrocos, Mordek descubre en la etapa altomedieval un progresivo debilitamiento *de facto* de semejante supremacía y la consiguiente atribución de derechos originariamente episcopales a clérigos no obispos, situación a la que no es ajena la aparición del régimen romano-germánico de iglesias propias. Para la perfecta comprensión de este fenómeno y conocer la situación real de las iglesias rurales en la alta edad media parece necesario una investigación compleja, que aborde los aspectos personales, económicos, jurídico-institucionales, etc., de la organización parroquial, prestando una atención especial a un tipo de fuentes hasta ahora poco exploradas desde esta perspectiva: las primeras colecciones canónicas sistemáticas—*Concordia canonum*, de Cresconio para el Africa, la *Vetus Gallica* para la Galia franca, la *Hispana* en el caso español, la *Hibernensis* para Irlanda...—, a las que hay que interrogar sobre el lugar y papel que se asigna

a la iglesia campesina y la estructura, expansión y limitaciones de ésta. Es de esperar que la publicación de las actas de la «settimana» de 1980 en un breve plazo permita conocer íntegramente la sugerente aportación de Mordek, de la que ahora, al igual que de las dos anteriores brevemente reseñadas, sólo convenía dejar constancia para información de los especialistas interesados en el tema.

CARLOS PETIT

XV CONGRESO INTERNACIONAL DE CIENCIAS HISTORICAS

Del 10 al 16 de agosto de 1980 se celebró en Bucarest el XV Congreso Internacional de Ciencias Históricas, que contó con la presencia de numerosos especialistas en todas las ramas del quehacer histórico que expusieron sus trabajos, como es habitual en estas reuniones en las sesiones de cada una de las Asociaciones internacionales participantes. Por su interés para nuestra disciplina cabe destacar, en primer lugar, las sesiones de trabajo de la «Asociación Internacional de la Historia del Derecho y de las Instituciones», que se desarrollaron el día 12. Tal como previamente había sido acordado por el Comité directivo de la Asociación, las ponencias versaron sobre el tema del matrimonio contemplado desde el punto de vista jurídico y religioso, y corrieron a cargo de los profesores Mohamed El-Shakankire (Egipto), que se ocupó de «El matrimonio en el mundo islámico»; Jean Gaudemet (Francia), que lo hizo sobre «El matrimonio en la Europa occidental y oriental en la Edad Media», y Eyi Engusa Yangasa (Zaire), que habló de «El matrimonio en el Africa negra durante la época colonial». Faltó a la reunión el profesor Coing, a quien había sido encomendada una ponencia sobre «La secularización del matrimonio en Europa desde el siglo XVI». Tras las sesiones de estudio se celebró la reunión de los miembros de la Asociación, en la que se dió cuenta a los mismos, por parte del Comité directivo, de la situación de la Asociación, incorporación de nuevos miembros y cambios en los puestos directivos. Asimismo, se acordó, con vistas al próximo Congreso, insistir en el estudio de la institución matrimonial.

Por su parte, la «Asociación de Historia comparativa de las Instituciones y del Derecho» desarrolló las pruebas de trabajo entre los días 13 y 16 en torno al tema general de «El desarrollo de la Historia de las Instituciones y del Derecho como disciplina autónoma», dando cabida a una numerosa serie de comunicaciones, no sólo de carácter metodológico, sino del desarrollo histórico de diferentes instituciones jurídicas, de acuerdo con el siguiente programa: J. Gilissen (Bélgica), «Histoire universelle du droit: une lacune a combler et une méthode à chercher»; E. Cernea (Rumania), «Problèmes théoriques de l'histoire comparative des Institutions et du droit»; B. Paradisi (Italia), «Les problèmes de l'histoire juridique aujourd'hui»; L. Bianchi (Checoslovaquia), «L'histoire comme discipline juridique»; R. Hieblinger

(D. D. R.), «Das Verhältnis des Staatsrechtswissenschaft zur Geschichte der Institutionen und des Rechts»; V. Jinga (Rumania), «La division en périodes historiques des idées et des faits»; P. Horváth (Hungria), «Problèmes de l'examen comparé de l'histoire de l'ère nouvelle»; L. Pauli (Polonia), «Le développement de l'histoire universelle des institutions et du droit en Pologne»; R. Karel (Checoslovaquia), «L'histoire du droit et des institutions en Tchécoslovaquie»; Tche-Hao-Thien (Francia), «L'histoire des institutions origine de l'histoire chinoise»; B. Berceanu (Rumania), «L'histoire de l'histoire du droit en Roumanie»; J. Gaudemet (Francia), «Les enseignements historiques dans le cadre de la formation juridique en France»; Ch. Verlinden (Belgica), «L'esclavage médiéval en tant que problème de l'histoire des institutions et du droit»; D. Sérémétis (Grecia), «Société et droit»; V. Gionea (Rumania), «L'évolution de la situation juridique de l'enfant illégitime»; I. Irmscher (D. D. A.), «Byzantinische und okzidentalische Elemente bei der Begründung der neugriechischen Rechtswissenschaft»; H. Schäffer (Austria), «Le développement de la juridiction constitutionnelle et administrative en Autriche»; I. Bonis y C. Samureanu (Rumania), «Le développement de la méthodologie de l'histoire des institutions et du droit»; L. Kos-Rabcewicz (Canadá), «L'histoire de la preuve au Canada»; P. Stojanovics (Yugoslavia), «Le développement de quelques institutions du droit au Monténégro (XIX^e siècle)»; A. Csiznadia (Hungria), «Die soziale Verwaltung im Siebenbürgen des Reformzeitalters»; J. Karpat (Checoslovaquia), «Fachgebiet der Rechtsgeschichte des einstigen Grosungarns aufgefasst als die eines Vielvölkerstaates»; M. Manoloua (Bulgaria), Recherches comparatives sur certains principes de la constitution bulgare de 1879»; C. Theororescu (Rumania), «La genèse, les sens et la valeur des institutions»; A. Golimas (Rumania), «L'exterritorialité sous le régime des Capitulations en Valachie et Moldavie jusqu'en 1829»; P. Strihan (Rumania), «Le droit de grâce et d'amnistie prérogative du forince en Valachie et en Moldavie (XIV-XIX^e siècle)»; O. Sachelarie (Rumania), «Le droit successoral des descendants dans l'ancien droit roumain»; F. Pécze (Hungria), «Kodifikation und Entwicklung der Rechtsgeschichte Disziplin»; S. Mastellone (Italia), «Les structures politiques des Pays Bas vues par le cardinal Bentivoglio»; V. Stropa (Rumania), «Le premier historien du droit roumain»; B. Jacqueline (Italia), «L'évolution de la Curie romaine de 1130 à 1378»; J. Mc Dubert (Francia), «La communauté des biens dans le droit canonique médiéval»; M. Anduini, «Mutation de l'église au XI^e-XII^e siècles»; T. Freyr (E.E.U.U.), Reality and illusion in early american Law and business»; H. Amer (Austria), «Marken und Patente in Osterreich»; A. Degré (Hungria), «L'oeuvre d'Elek Dosza comme premier ouvrage de l'histoire du Droit de Transylvanie» y W. Wodke (D. F. R.), «Der antike Mensch als Körper- und Geistwescu».

XXIII CONGRESO DE HISTORIADORES ALEMANES**Ausburgo, 30 septiembre - 4 octubre 1980**

Desde 1921, en que se congregaron por primera vez los historiadores alemanes en Heidelberg, continúan reuniéndose con una periodicidad regular de dos años en una ciudad alemana para intercambiar experiencias y tratar los problemas comunes de la especialidad. A tales encuentros acuden generalmente todos los profesores de las disciplinas historicojurídicas (Derecho romano, Derecho germánico y Derecho canónico) de lengua alemana (Alemania, Austria y Suiza), así como algunos representantes de otros países. De los 384 miembros inscritos estuvieron presentes este año en el Congreso 290 correspondientes a las nacionalidades siguientes: República Federal de Alemania (176), Austria (44), Holanda (15), Suiza (14), Suecia (11), Hungría (10), Italia (6), Bélgica (3), España (3), Francia (2), Dinamarca (2), República Democrática de Alemania (1), Sudáfrica (1), Inglaterra (1), Checoslovaquia (1) y Polonia (1). La presencia tan reducida de polacos, generalmente muchos más numerosas, fue debida a las circunstancias políticas por las que atraviesa el país.

Los honores y cargas de anfitrión correspondieron esta vez a la Facultad de Derecho de la Universidad de Ausburgo, La Augusta Vindelicorum de los romanos. Se trata de una ciudad cargada de significado historicojurídico. En la esfera local Ausburgo fue la primera ciudad alemana a la que se le reconoce un derecho propio por medio de una sentencia arbitral de Federico Barbarroja en 1156, emancipándose parcialmente del señorío episcopal. Otra sentencia de 1276, dictada por el rey Rodolfo de Habsburg, consolidará la emancipación progresiva que había ido realizando Ausburgo, permitiéndole recoger en un libro sus derechos y privilegios, como se hizo ese mismo año y fueron confirmados. Finalmente, en 1316, Luis de Baviera declara Ausburgo ciudad libre, no sujeta a ninguna otra autoridad fuera de al emperador, estatuto jurídico que conservará hasta la Edad Contemporánea. En la historia jurídica europea Ausburgo tiene particularmente dos momentos de importancia: en 1530 Carlos V consigue en Ausburgo que la Iglesia Reformada y la Iglesia Católica lleguen a un compromiso para mantener la unidad eclesiástica, y Melanchthon presenta la «Confessio Augustana» en la que se recogen los puntos principales de la reforma protestante. En la Dieta de Ausburgo de 1555, ante el fracaso de los intentos por mantener la unidad, se reconoce la existencia de las dos confesiones con igualdad de derechos.

Las sesiones del Congreso, fuera de la sesión inaugural, tuvieron lugar en el Centro Académico San Ulrico de la Diócesis de Ausburgo. A las primeras horas de la mañana y de la tarde tenían lugar las conferencias en una sala única y posteriormente en dos salas paralelas las comunicaciones. Tanto unas como otras fueron seguidas generalmente de animadas discu-

siones. Las comunicaciones que por la limitación del tiempo no pudieron ser incluidas en el programa se repartieron por escrito a los congresistas.

Tanto en la orientación de conferencias y comunicaciones como en las discusiones subsiguientes predominó aplastadoramente la postura tradicional frente a las nuevas corrientes. Con respecto a la temática no hubo un tema central en torno al cual se articularan las conferencias y comunicaciones. A continuación reseñaremos brevemente las mismas, poniendo la dirección de su respectivo autor, por si al lector le interesara ponerse en contacto con el mismo.

Pero antes es preciso tratar con algo más detención del principal tema discutido en el Congreso: la situación de la Historia del Derecho en la formación actual del jurista. A este tema se dedicó una mañana y la sesión final. El plan de estudios vigente en Alemania para la carrera de Derecho se basa fundamentalmente en los acuerdos adoptados por las Facultades de Derecho alemanas en 1968 en Munich y en 1969 en Maguncia. La novedad principal que el sistema presenta con respecto al anterior es la división de las materias en obligatorias y optativas, colocando la Historia del Derecho entre las optativas. Por otra parte, se han introducido en algunas Facultades de Derecho unos estudios básicos obligatorios, entre los que se cuenta la introducción histórica al Derecho vigente.

En el XXII Congreso de Historiadores del Derecho, celebrado en 1978 en Berlín, se había nombrado una comisión, compuesta por seis profesores de disciplinas historicojurídicas, para que en base a una encuesta a todas las Facultades de Derecho, elaboraran un informe sobre la situación actual de las disciplinas históricas en la carrera de Derecho con respecto a la enseñanza y a la materia de exámenes de Estado. La comisión llevó a cabo el informe que fue repartido a los congresistas y en base al mismo se organizó la discusión.

Del informe resulta que las disciplinas históricas tienen una situación más fuerte en las Facultades de Derecho que han introducido los estudios básicos que en las que no hay tales estudios y la Historia del Derecho es meramente optativa.

En el primer caso, se suele dar preferencia en la enseñanza a la Historia del Derecho de las épocas modernas, aunque la Edad Antigua y la Edad Media siguen siendo todavía objeto de alguna atención. Frente a algunos intentos de dar una visión de la Historia del Derecho general, se siguen manteniendo a veces las cátedras antiguas de Historia del Derecho (Historia del Derecho romano, Historia del Derecho germánico, Historia del Derecho privado romano, Historia del Derecho privado germánico, Historia del Derecho en la Edad Moderna, Historia Constitucional). La prueba que pone fin a los estudios básicos, por lo que a las disciplinas históricas se refiere, suele consistir generalmente en el comentario de un texto jurídico y más raramente en una prueba oral o escrita. En este examen los alumnos muestran preferencia por las disciplinas históricas frente a la Filosofía del Derecho y a la Sociología jurídica.

En el segundo caso, cuando no existen estudios básicos y la Historia del Derecho es meramente optativa, la enseñanza de las disciplinas históricas ofrece un cuadro muy variado según las distintas Facultades de Derecho. En general se suele ofrecer cursos de Historia del Derecho en cada una de las distintas especialidades jurídicas: Historia Constitucional, Historia del Derecho privado, Historia de la Economía y Sociedad, Historia del Derecho Eclesiástico, etc. A veces, la Historia del Derecho no aparece como una disciplina autónoma, sino combinada con la Filosofía del Derecho y la Sociología Jurídica. Por lo que al examen de Estado se refiere, en el que cada estudiante de Derecho puede elegir como materia de examen una disciplina optativa junto a las obligatorias, la Historia del Derecho generalmente es elegida por menos del 5 por 100 de los estudiantes. No obstante, hay que indicar que es mayor el número proporcional de estudiantes que participan en seminarios o eligen un tema para su tesis doctoral dentro de las disciplinas historicojurídicas. El examen suele consistir en un trabajo para hacer en casa o en una prueba oral o escrita o una combinación de estas pruebas. La nota obtenida con respecto a la nota final tiene un valor asignado del 30 por 100 al 16,6 por 100, según los sistemas de examen.

En líneas generales se puede decir que las disciplinas históricas ocupan una situación más favorable cuando existen estudios básicos que cuando son meramente optativas y en los Estados regidos por socialistas que en los regidos por cristianodemócratas. Como desiderata se propone la autonomía de las disciplinas históricas en la enseñanza y en el examen frente a la práctica de tratarlas combinadas con la Filosofía del Derecho y la Sociología Jurídica. Es también de desear que en los estudios básicos se incluyan únicamente las disciplinas históricas, la Filosofía del Derecho y la Sociología Jurídica, frente a la práctica de diversas Facultades de Derecho de incluir diversas materias del Derecho positivo vigente.

En la discusión se constató el poco interés que las disciplinas históricas despiertan entre los estudiantes de Derecho. A este respecto no se profundizó adecuadamente si ello es debido a las materias historicojurídicas en sí o más bien se debe al modo como se presentan actualmente y cómo se han presentado en las últimas décadas. No hay que olvidar que los profesores de las Facultades de Derecho y los jueces, abogados y funcionarios del Ministerio de justicia que han abogado por la supresión de las disciplinas históricas como disciplinas obligatorias, en su día estudiaron Historia del Derecho y probablemente el recuerdo que de ello conservan no sea muy favorable, sin ninguna influencia en su formación jurídica, lo que motive el que se abogue por su supresión como disciplina obligatoria. Hay que constatar que la Historia del Derecho que se ha enseñado y que se enseña en general despierta muy poco interés entre los juristas, y se teme que pueda llegar el momento en que sea totalmente suprimida de las Facultades de Derecho. A este respecto, se precisó que los libros de texto existentes no respondían a las nuevas necesidades y era preciso escribir nuevos manuales de Historia del Derecho. Se insistió que la enseñanza de la Historia del

Derecho debía comprender todas las esferas jurídicas y no limitarse a algunas sólo comprendiendo todas las épocas, pero insistiendo mucho más en las épocas modernas que en las antiguas, si bien esto podía a veces traer problemas de colisión con otras disciplinas positivas que dedican atención a los precedentes históricos. La exposición, incluso la de las épocas más remotas, debe estar orientada a las instituciones del Derecho vigente. Dada la amplitud de la materia y la imposibilidad de que toda ella sea transmitida al alumno, se deberá enseñar «ejemplarmente» seleccionando los temas. En definitiva, para asegurar un puesto estable a las disciplinas históricas en la carrera de Derecho, y en base al principio de que «quod non est in examine non est in mundo» (el estudiante sólo estudia aquello de lo que después se tiene que examinar), como conclusión del Congreso, en la sesión final, se adoptó por unanimidad la siguiente declaración:

Los representantes de las asignaturas siguientes: Derecho romano, Historia del Derecho alemán e Historia del Derecho canónico en la República Federal de Alemania y Berlín, reunidos en el XXIII Congreso de Historiadores del Derecho en Ausburgo, piden insistentemente que la Historia del Derecho vuelva a ser considerada como disciplina obligatoria en la formación futura de los juristas. Consideran indispensable el que se transmita a todos los futuros juristas los fundamentos históricos de nuestro Derecho y que esto, como ocurre en el actual sistema de disciplinas optativas, no se limite a unos pocos. Están dispuestos a contribuir con sus propuestas para que las disciplinas históricas en el futuro plan de estudios sean adecuadamente consideradas como disciplinas obligatorias en la enseñanza y en los exámenes. Al mismo tiempo abogan decididamente para que en las nuevas universidades se doten las necesarias cátedras de Historia del Derecho.»

El pleno del congreso acordó nombrar una nueva comisión de ocho miembros para que elaboren un plan de cómo podría articularse adecuadamente la enseñanza de la Historia del Derecho.

Las conferencias y comunicaciones presentadas y discutidas en el Congreso, distribuidas según la división tradicional de los profesionales de las disciplinas históricas, fueron las siguientes:

a) DERECHO ROMANO (Y DERECHOS ANTIGUOS)

1. Conferencias:

- «Simplicitas' als gesetzgeberisches Leitbild» por el profesor de Zurich Clausdieter Schott (Dorfstr. 37, CH 8126 Zumikon). Exposición ideal de la simplicidad legal como contrapuesto al hecho de la complejidad legislativa, partiendo de textos recogidos en el Corpus Iuris Civilis, pasando por los filósofos griegos y romanos, los Padres de la Iglesia, la Escolástica, los humanistas e iusnaturalistas hasta llegar al movimiento codificador.

- «Savignys Anschauung und Kants Urteilskraft», por el profesor de Múnic Dieter Nörr (profesor. Huber Platz 2, D 8000 München 22). Análisis interesante de cómo el «discernimiento» de Kant es recogido en la «intuición» de Savigny para explicar la teoría de éste sobre la relación entre caso y norma como problema no sólo de subsunción, sino también de reflexión y discernimiento.
- «Zum heutigen Stand der Diskussion um die Methode der römischen Juristen», por el profesor de Innsbruck Franz Horak (Schusterbergweg 24, A 6020 Innsbruck). Análisis del método utilizado por los juristas romanos para encontrar el derecho a base de la intuición y la construcción del caso jurídico, paso de un caso a otro por medio de la analogía, libertad del jurista en elegir la solución más adecuada, comparación con el sistema inglés, etc.
- «Gesetzesstil und Gesetzesverständnis in der römischen Antike», por el profesor de Salzburgo Heinrich Honsell (profesor Huber Platz, D 8000 München). Examen del antiguo estilo legal romano a base de textos concernientes a cláusulas penales, sanción legal, seguridad jurídica, brevedad, derecho natural, costumbre según la ley, etc.

2. *Comunicaciones:*

- «Die Rechtskultur in spätantiken Rom», por el profesor de Friburgo Detlef Liebs (Wertmannplatz, D 7800 Freiburg). Examen de la cultura jurídica en la última época romana, hasta principio del siglo V, identificando a los juristas y tratando de precisar su carrera en la administración.
- «Zur Geschichte des Digestentextes im späteren Mittelalter», por el profesor de Leiden Hans van der Wouw (Rijksuniv./Jur. Fak., NL Leiden). Exposición de los principales resultados de examen de numerosos manuscritos del Digesto procedentes de la Baja Edad Media, con atinadas observaciones sobre la relación entre el texto y la glosa, la versión de la Vulgata y el redescubrimiento de la «littera pisana» que se utilizó para completar y corregir aquella, pasajes claves del Digesto para clasificar los manuscritos, etc.
- «Der neue pompejanische Urkundenfund», por el profesor de Friburgo Joseph Georg Wolf (Reinhard-Booz-Str. 24, D 7802 Merzhausen). Examen de tablas de contratos de la época romana encontradas en Pompeya.
- «Archadius Charisius, der nachklassische Jurist der Digesten», por el profesor de Szeged Elemér Polay (Jogi Kar. Lenin Krt. 54, H 6720 Szeged). Estudio de la personalidad del jurista Arcadio Carisio y de su obra recogida en el Digesto.
- «Zu Julius Caesars Bürgerrechtspolitik», por el profesor de Budapest Endre Ferenczy (Zichy Jenó-Utca 3, H 1066 Budapest). Observaciones sobre la política seguida por Julio César en la esfera del Derecho civil.

- «Ein altbabylonischer Bürgenregress. Zur Rechtspraxis der Hammurabi-Zeit», por el profesor de Munich Gerhard Ries (Heinrich-Schütz Str. 2, D 8011 Baldham). Examen de un caso práctico de fianza con acción de regreso, recogido en un contrato babilónico de la época de Hammurabi.
- «Latiner-Fragen», por el profesor de Graz Arnold Kränzlein (Schubertstr. 44, A 8010 Graz). Observaciones sobre cuestiones referentes a la posición jurídica de los latinos.

b) DERECHO ALEMAN

1. Conferencias:

- «Wandlungen des Gerichtswesens in bayerischen und österreichischen Territorien in der Rezeptionszeit», por el profesor de Graz Gunter Wesener (Rosenberggürtel 21, A 8010 Graz). Exposición del desarrollo de los tribunales en Babiera y en Austria, más centralizados y jerarquizados los primeros y descentralizados los segundos y la recepción del Derecho romano-canónico operada en los mismos.
- «Die Zweischwerterlehren zwischen Sachsen- und Schwabenspiegel», por el profesor del Würzburg Winfried Trusen (Albert-Hoffa-Str. 14 A, D 8700 Würzburg). Breve caracterización del Espejo de Sajonia y del Espejo de Suavia y el reflejo en los mismos de la doctrina de los dos poderes: el Pontificado y el Imperio, en el primero como dos poderes paralelos y en el segundo formulándose la doctrina de las dos espadas con clara influencia curialista. En la formulación de la misma influyó decisivamente la enseñanza al respecto de los franciscanos de Marburg.
- «Recht und Staat bei Maria Theresia», por el profesor de Viena Werner Ogris (Mariahilferstr. 71/21, A 1060 Wien). Caracterización de la obra reformadora de María Teresa en la monarquía austríaca que unía en la corona 13 Estados distintos, llevada a cabo con mucho tacto: reforma de la sociedad, separación entre la justicia y la administración y finanzas, extensión del poder de los funcionarios reales en las iglesias, municipios y gremios, etc.

2. Comunicaciones:

- «Recht und Gewohnheit im Spiegel der Basler Quellen», por el profesor de Basilea Hans-Rudolf Hagemann (Krachenrain 9, CH 4059 Basel). Examen de los pasajes referentes al derecho escrito y al consuetudinario en las fuentes jurídicas de Basilea y cómo la costumbre es sustituida por el derecho escrito.
- «Zivilprozesstatistik und Wirtschaftsentwicklung in Preussen in 18. und 19. Jahrhundert», por el profesor de Bielefeld Christian Wollschläger

- (Postfach 8640, D 4800 Bielefeld 1). Análisis y exposición a base de cuadros estadísticos y gráficos, de las relaciones entre el desarrollo económico, reflejado en el número de procesos civiles y sus clases ante la Cámara Imperial y diversos tribunales prusianos en los siglos XVIII y XIX.
- «Seit wann spricht man von Kurfürsten? Königswähler in den deutschen Rechtsbüchern», por el investigador del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte Armin Wolf (Freiherr-vom-Stein-Str. 7, D 6000 Frankfurt). Examen de los textos contenidos en las diversas versiones del Espejo de Sajonia y del Espejo de Suavia sobre la elección del rey, precisando cómo primero aparecen electores (1273), en cuyo número posteriormente se admite al representante de Baviera y se excluye al de Bohemia (1275-77) y al fin se les denomina príncipes electores (1298).
 - «Das Strafrecht des Preussischen Landrechts von 1794. Probe einer allgemeinen Charakteristik», por el profesor de la Academia Polaca de las Ciencias Stanislaw Salmonowicz (Konopnickiej 27/26, PL 87-100 Torun). Caracterización general de la codificación penal llevada a cabo en Prusia en 1794.
 - «Die Formel consilio et iudicio im Lichte eines neuverstandenen deutschrechtlichen Urteilsbegriff», por el profesor de Berlín Jürgen Weitzel (Auguste-Wiktoria-Str. 64, D 1000 Berlin 33). Examen del significado de la fórmula «cum consilio et iudicio», que se contiene en los documentos entre el 850 y el 1200, como expresión del proceso seguido para adoptar una decisión en el que cada asesor iba dando su juicio y lo último que se expresaba era la decisión adoptada.
 - «Die 'städtische' in Konkurrenz zur 'stadherrlichen' Strafgerichtsbarkeit im 13. und 14. Jahrhundert in süddeutschen Quellen», por el profesor de Mannheim Pirmin Spiess (Schoss Westflügel, D 6800 Mannheim). Estudio de la jurisdicción criminal local frente a la señorial en los siglos XIII-XIV en fuentes jurídicas del mediodía de Alemania.
 - «Die Weistümer der Zenten Schriesheim und Kirchheim», por el profesor de Hilledlberg Adolf Laufs (Hainsbachweg 6, D 6900 Heidelberg). Examen de las corporaciones de sabidores de derecho, antecedentes remotos de las corporaciones de abogados, en las centurias de Schriesheim y Kirchheim, dos localidades del mediodía de Alemania.

c) DERECHO CANONICO

1. Conferencias:

- «Causa reformationis. Ergebnisse und Probleme der Reformen des Konzils von Konstanz», por el profesor de Ausburgo Walter Brandmüller (Theol. Fakultät, D 8900 Augsburg). Estudio de los deseos de reforma eclesiástica en los diversos países y cómo evitar futuros cismas. La reforma no se llevó a fondo en Constanza porque afectaba a los mismos conciliares y

éstos no estaban dispuestos a ello. Actualidad de los deseos reformadores con respecto a la situación actual.

—«Zur mittelalterlichen kirchlichen Ehegerichtsbarkeit: Rechtsvergleichende Untersuchung», por el profesor de Würzburg Rudolf Weigand (Domerschulstr. 18, D 8700 Würzburg). En base a fuentes judiciales alemanas (Ausburgo y Regensburgo), inglesas y francesas hace un estudio comparativo de la práctica judicial en procesos matrimoniales relativos a la validez del matrimonio contraído, anulación y separación, analizando acertadamente los motivos aducidos en cada caso, la duración de los procesos, el % de procesos planteados por mujeres y por hombres, el % de resultado favorable, etc.

2. Comunicaciones:

- «Wirkungen des Konstanzer Konzils auf die Entwicklung des Ungarischen Oberpatronats», por el profesor de Pécs Andor Csizmadia (Budakeszi Ul. 44/A, H 1121 Budapest XII). Examen del problema de la reserva de beneficios eclesiásticos por parte del papa referido al superpatronato que Martín V concede al rey de Hungría, en base al cual éste podía distribuir los beneficios eclesiásticos sin previa consulta al Papa, así como la vigencia de este privilegio con respecto al concordato posterior acordado por el Gobierno austríaco.
- «Über den Begriff der 'Säkularisation' vor 1646», por el profesor de Constanza Hans-Wolfgang Strätz (Fischerstr. 14, D 7750 Konstanz). Estudio del rechazo por parte de los católicos del término de «secularización» antes de 1646 por estar conectado con el problema del traspaso de los bienes eclesiásticos a la Iglesia Evangélica (en realidad a los príncipes seculares) y su posterior acogida y difusión.

Como comunicaciones escritas se distribuyeron a los congresistas las siguientes:

- «Einige Aspekte des Verhältnisses der vergleichenden Rechtsgeschichte zum römischen Recht», del profesor Gábor Hamza (Egyetem Ter 1-3, H 1364 Budapest).
- «Einige charakteristische Züge der I. Novelle zum ungarischen Strafbuch des Dualismus (Gesetzesartikel 36 des Jahres 1908)», del profesor Kálmán Kovacs (Egyetem Ter 1-3, H 1314 Budapest).
- «Zu einigen Fragen des Stadtrafrechts in 16. Jahrhundert im ständischen böhmischen Staat», del profesor Karel Maly (Na Krocince 787/21, CSSR Praha 9).
- «Die dierekten Wirkungen des preussischen Rechts bei den wirtschaftlichen Gesetzen der kapitalistischen Umwandlung in Ungarn», por el profesor Vilmos Sapi (Nemetvoelgyi Ut 35, H 1126 Budapest).
- «Die Wirkung der finanzrechtlichen Bestimmungen des Neoabsolutismus

auf die Gestaltung des ungarischen bürgerlichen Finanzrechts», del profesor János Szita (48-As Ter Egyetem, H 7601 Pecs).

- «Vertrag als Rechtsquelle in antiken Texten», del profesor Zoltán Vegs (Schweigmühlweg 5, A 5020 Salzburg).
- «Richterliche Rechtsentwicklung als lebendige Tradition im ungarischen Recht», por János Zlinszky (Bartog Bela Str. 19, H 1114 Budapest XI).

Durante las actividades del Congreso funcionó una exposición de libros alemanes y de otras nacionalidades referentes a materias histórico-jurídicas con las últimas novedades, se llevaron a cabo recepciones a los congresistas por parte del Gobierno de Baviera, la Universidad y la Alcaldía de Ausburgo, programas turísticos diarios para las señoras de los congresistas y una excursión conjunta al castillo de Fugger, monasterio benedictino de Otto-beuren y al museo de campesinos de Illebeuren. Como sede del próximo Congreso en 1982 está prevista Zurich.

ANTONIO PÉREZ MARTÍN

COLOQUIO INTERNACIONAL SOBRE «CULTURA IBERICA Y DERECHO ROMANO»

(21-22 diciembre 1980)

Organizado por el «Gruppo di ricerca sulla diffusione del Diritto Romano», con sede en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sássari y bajo la dirección de los catedráticos de Derecho Romano de las Universidades de Sássari y Roma, profesores Sandro Schippani y Pier Angelo Catalano, ha tenido lugar en Sássari, los días 21-22 de diciembre de 1980, un coloquio sobre «Cultura Ibérica y Derecho Romano».

Este «Grupo di ricerca» cuenta entre sus fines el acercar el estudio del Derecho Romano a otras disciplinas históricas y jurídicas, fomentar estudios interdisciplinarios, desarrollar el estudio del Derecho Romano en contacto con fronteras, es decir, cuando el Derecho Romano se encuentra en contacto con otros sistemas, como el anglosajón, el musulmán, el socialista, etcétera.

Este tipo de estudios el «Gruppo di ricerca» lo fomenta principalmente patrocinando coloquios internacionales invitando a participar en los mismos a todos aquellos especialistas que puedan tener algo que decir en el tema a discutir. En años pasados este «Gruppo di ricerca» ha tomado algunas iniciativas de investigación con respecto al estado y métodos de estudio del Derecho Romano en los países de la Europa Oriental y en países extra-europeos, así como sobre la tradición romanística en dichas áreas.

El hecho de la escasa atención de que hasta el presente se ha prestado a los estudios sobre la tradición romanística en la Península Ibérica, así como el de ser el 450 aniversario de la coronación de Carlos V como emperador tenida en Bolonia, movió al «Gruppo di ricerca» a organizar un

coloquio para discutir la influencia del Derecho Romano en los siguientes temas relativos a la Península Ibérica: recepción de la idea del imperio, papel de las Universidades, la Segunda Escolástica y las codificaciones del Derecho. En él intervinieron, además de diversos miembros del cuerpo docente y discente de la Universidad anfitriona, un grupo selecto de estudiosos españoles e italianos procedentes de centros docentes o de investigación en Madrid (5), Roma (3), Salamanca (1), Macerata (1), Fancfort del Main (1), Oviedo (1), Zaragoza (1), Barcelona (1) y Sevilla (1). Los estudiosos españoles expresaron su vivo agradecimiento a los promotores del encuentro por haber mostrado interés y haber facilitado el coloquio entre los interesados en un tipo de estudios, a los que en España no se les dedica la atención que merecen, un país que cuenta precisamente con una de las tradiciones romanísticas más duraderas y profundas de Europa y que contribuyó decisivamente a su difusión en países de la misma Europa, como, ejemplo, Alemania, y en los países de América Latina.

Después de unas palabras de apertura a cargo de los organizadores del coloquio, en las que expusieron los fines y objetivos del «Gruppo di ricerca sulla diffusione del Diritto Romano» y los motivos que les movieron a elegir el tema del presente coloquio, tuvieron lugar las comunicaciones de los diversos invitados, agrupadas según los temas mencionados y seguidas de animadas discusiones, algunas de cuyas intervenciones constituyeron verdaderas ponencias por su duración y datos aportados. Paso a reseñar las diferentes comunicaciones agrupadas de acuerdo con los temas previstos.

a) *La idea de Imperio en España*

El profesor Fernando Murillo Rubiera (Centro de Estudios Jurídicos Hispanoamericanos, Instituto de Cultura Hispánica de Madrid) expuso cómo en Carlos V maduró su idea del Imperio, desechando la concepción de Catinara como una monarquía universal y aceptando la concepción de Guevara. Carlos V se dio cuenta que era imposible realizar la idea medieval del Imperio, los reinos exentos estaban consolidados. Era necesario adaptar esa idea a las nuevas circunstancias. Su concepción del imperio se basa fundamentalmente en la pacificación entre los príncipes y reyes cristianos, y la lucha contra los herejes y contra el turco. En una palabra, la defensa de la cristiandad es lo que da empuje y sustenta su idea del Imperio. De ahí su empeño en la pacificación entre los príncipes italianos y en mantener la unidad religiosa. El punto culminante de su idea del Imperio tiene lugar en el momento de su coronación en Bolonia por el Papa Clemente VII, quien al parecer no consideraba muerta la idea del Imperio de Oriente, sino que sobrevivía en los zares de Moscú. Los años que siguen a esta fecha significarán un declive, hasta el momento en que Carlos V se da cuenta de que no puede realizar su concepción del Imperio y renuncia al mismo.

El profesor Pablo Fuenteseca (Universidad Autónoma de Madrid) trató

de la recepción de la idea del imperio en la España Medieval. La *lex de imperio* romana dio origen a dos concepciones distintas: en Occidente la teoría de los dos poderes, el Papa y el emperador, y en Oriente el cesaropapismo, que culmina con Justiniano, cuya idea era defender todas las causas religiosas a través de decretos imperiales. La idea del imperio romano, en su forma occidental más pura fue recibida en el reino de León. En 1110 el obispo Gelmírez corona en Santiago de Compostela al rey de León, Alfonso VII (el Emperador). Se ha puesto en relación esta coronación real con las coronaciones visigóticas sin prestar la suficiente atención al hecho de que en la mentalidad del obispo Gelmírez se trataba de una coronación imperial al estilo de la de Carlomagno por el Papa León III. El formulario utilizado es un reflejo del utilizado para la coronación de Carlomagno, que los cluniacenses habían llevado a Compostela. Santiago, lo mismo que Roma, disponía de la tumba de un Apóstol y sus canónigos ostentaban el título de cardenales como en Roma, no es extraño que su obispo, lo mismo que el de Roma, se arrogara la facultad de coronar un emperador. Por otra parte, la idea del imperio podía ser muy útil para la lucha contra los moros.

El profesor Mario Mazza (Universidad de Roma) presentó unas observaciones agudas sobre la recepción de la idea del Imperio en la cristiandad medieval hasta la idea de imperio de Carlos V. Se trata más bien de un complejo de ideas donde hay que resaltar las aportaciones orientales. El paso del príncipe estoico de Marco Aurelio al basileus oriental es decisivo para comprender la teología monárquica.

En la discusión subsiguiente en la que además de los tres relatores mencionados intervinieron García y García, Pérez Martín, Catalano, Ghisalberti y Clavero se insistió en que las concepciones del imperio que presentamos como tradiciones puras distintas, en la realidad se dieron con muchos elementos simbióticos de las distintas concepciones, en la conveniencia en distinguir entre la concepción de Estado y la concepción de Imperio, en la necesidad de prestar atención con respecto al significado de la Coronación de Carlos V a la relación que de la misma hizo un testigo ocular: el prior del Colegio de Doctores de Derecho Canónico de Bolonia, en que las diversas concepciones del imperio se están gestando en el siglo XII a base de falsificaciones, comparación entre la idea de Estado de Carlos V y Francisco I, etc.

b) *La Segunda Escolástica*

El profesor Antonio García y García (Universidad Pontificia de Salamanca), como resultado de su labor preparatoria en la edición crítica del tratado *De legibus*, de Francisco Suárez, expuso la formación jurídica de Suárez (disponía de una biblioteca riquísima de textos del Derecho común, que continuamente aprovecha en sus obras, como se podrá comprobar examinando el «apparatus fortium» de la edición citada), su opinión sobre la

vigencia del Derecho romano en los diversos reinos, sustitución de la idea de imperio por la de una sociedad internacional, que se rige no por una ley común, sino por una ley entre las naciones.

El profesor Ghilardi (Universidad de Macerata) expuso la concepción de Alberico Gentile (el «abogado de la causa española») con respecto al nacimiento del Derecho Internacional Moderno, en base principalmente a su obra *De jure belli*, escrita una veintena de años antes que la de Suárez.

El profesor Antonio Rota (Universidad de Sássari), volviendo al tema de Carlos V, trató de la actuación del emperador con relación al parlamento sardo, resaltando la realización en el mismo de la idea de la representación democrática en base al principio del consenso (*quod omnes tangit ab omnibus etc.*).

En la discusión subsiguiente, en la que intervinieron Ghisalberti, Lalinde Abadía, Fuenteseca, Murillo, Gibert, Clavero y Catalano, se trató de si lo que predominaba en Suárez era su carácter de castellano, su carácter de jesuita, de español o de europeo, se insistió en que había que calificarlo de iusnaturalista más que de romanista, se puso en duda su originalidad y su aportación al Derecho Internacional, se llamó la atención sobre el hecho de que los autores de la Segunda Escolástica no eran profesores de leyes, sino de teología, que la postura de Suárez con respecto al Imperio representaba un momento importante en el proceso de desmontaje de la idea del Imperio, cuyo último estadio tiene lugar con Hegel, que pone en su lugar al Estado.

c) Universidades

El que esto suscribe (Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte, Francfort del Main) llamó la atención sobre la importancia que el elemento personal tiene en toda historia y en particular la historia jurídica. El problema de la existencia y alcance de la recepción del Derecho Romano en la Península Ibérica se reduce, en definitiva, al problema de la existencia y alcance de la clase social que en la Edad Media surge de los Estudios de Derecho: la clase de los juristas. En este sentido sería necesario elaborar un «Corpus Iuristarum Hispanorum» referido a la Edad Media. Con los materiales recogidos por el autor para esta empresa trató de dar una idea del número de juristas españoles formados en las Universidades peninsulares (particularmente Salamanca, Valladolid y Lérida) y extrapeninsulares: italianas (Bologna, Padua, Perugia, Siena, Florencia, etc.) y francesas (Aviñon, Perpiñan y Montpellier), tratando de precisar su procedencia geográfica y social y su integración paulatina en la sociedad (en las administraciones eclesiásticas y estatales). Con los datos aportados trató de iluminar el proceso que la recepción del Derecho común siguió en la Península Ibérica.

El profesor J. García Sánchez (Universidad de Oviedo) trató del plan

de estudios de la Facultad de la Universidad de Oviedo, aprobado el 12 de abril de 1774, especificando la distribución de las asignaturas, categoría de las mismas, años requeridos para la obtención del título de bachiller, licenciado y doctor. Puso de manifiesto cómo a pesar de las Leyes de Toro y de la Novísima Recopilación donde en la decisión de las contiendas judiciales no se admite el recurso al Derecho Romano; sin embargo, en el plan de enseñanza de la Facultad de Oviedo estaba integrado únicamente por las materias del Corpus Iuris Civilis y del Corpus Iuris Canonici, sin prestarle ninguna atención al derecho patrio.

Dada la conexión de los dos temas expuestos con la recepción del Derecho Romano que se iba a tratar en las comunicaciones restantes, se acordó dejar el tema de las Universidades para discutirlo conjuntamente con el de las codificaciones.

d) Codificaciones

El profesor Carlo Ghisalberti (Universidad de Roma) analizó el paralelismo y afinidades existentes entre la historia jurídica de España y la de Italia desde la Edad Media hasta el Iluminismo y Racionalismo, época en que el paralelismo ya no es tan claro, pues mientras Italia se abre plenamente al Código Napoleónico, en España la reacción de la tradición es mucho más fuerte.

El profesor J. A. Arias Bonet (Universidad de Madrid) hizo algunas observaciones sobre las dos versiones castellanas que se hicieron de *Lo Codi*, cuya edición está preparando. Se trata de dos versiones distintas del texto provenzal, cuyos autores no eran juristas, ni conocían a fondo el lenguaje provenzal. Por las menciones geográficas que hace debieron ser compuestas en localidades de la cuenca del Duero (Avila, Zamora, Salamanca, etc.) y desempeñaron un papel importante en la introducción del Derecho romano en Castilla en la época precedente a las Siete Partidas, ante cuya aparición cedería la utilización de *Lo Codi*.

El profesor M. J. García Garrido (Universidad a Distancia de Madrid) trató de la tradición legal y la tradición jurisprudencial en las codificaciones españolas de inspiración romanista, particularmente en las Siete Partidas. Expuso las distintas posturas ante la distinción entre *lex* y *ius* en el derecho romano clásico, en el postclásico, en la tradición oriental y occidental. Analizó el influjo del casuismo jurisprudencial romano en las Siete Partidas, seleccionando algunos de los ejemplos más característicos que precedentemente habían tratado los glosadores.

El profesor R. Gibert (Universidad de Madrid) expuso el estado actual de las investigaciones sobre Derecho romano en la España Medieval. Después de explicar el origen de la presencia española en el comité del «Ius Romanum Medii Aevi» bajo la dirección primero de Genzmer y después de Nicolini, pasó revista a los principales trabajos publicados sobre temas re-

lativos al Derecho Romano en la Edad Media en la Península Ibérica, acertando a caracterizarlos con breves y sustanciosas palabras. De este modo trató de las aportaciones de Hinojosa, Altamira, Larraona y Tavera, Font Rius, Alvaro d'Ors, García Gallo, Merêa, Lacarra, García Granero, Braga da Cruz, García y García, A. Barrero, Iglesia Ferreirós, Lalinde Abadía, Tilander, Martínez Díez, Pérez Martín, etc., sin olvidar las del propio conferenciante.

En la discusión subsiguiente intervinieron García y García, Lalinde Abadía, Catalano, Ghisalberti, Clavero, Rota, Fuenteseca y Ghilari. En ella se indicaron las últimas adquisiciones con respecto a versiones españolas de obras de juristas del Derecho común y a obras atribuidas a juristas españoles, el carácter de muchas obras de éstas de ser una adaptación de las doctrinas del Derecho común a las circunstancias peninsulares, se discutió cuál era el término más adecuado para designar este fenómeno si el de recepción, o los de admisión, difusión o penetración, así como el problema del casuismo en el Derecho romano y el supuesto paralelismo con el sistema inglés, distinción entre caso singular y caso modelo, el problema de la jerarquía de las normas, el origen visigótico u ostrogótico del Edicto de Teodorico, la relación de la jurisprudencia romana siempre a una ley precedente, etc.

Continuando la serie de comunicaciones, el profesor J. Lalinde Abadía (Universidad de Zaragoza) en base al distinto papel que en los diversos reinos peninsulares jugó la monarquía, la nobleza, la burguesía y la clase mercantil mantuvo que se podían caracterizar las relaciones de los distintos reinos con respecto al Derecho romano con los términos de recepción para Cataluña y Mallorca, el de penetración para los de Castilla y Valencia y el de difusión (con un rechazo oficial) para los de Aragón y Navarra. Esta interesante caracterización expuesta precedentemente por el autor en su *Derecho Histórico Español*, Barcelona, 1974, 110-115, no ha sido todavía valorada en España, aunque sí en Italia por Cavanna, quien la admite plenamente.

El profesor Prieto (Universidad de Barcelona), a base de los datos que nos proporciona la economía social, demostró que la romanización de la provincia romana de la Bética no fue ni tan temprana ni tan profunda como generalmente se suele afirmar.

El profesor B. Clavero (Universidad de Sevilla) trató de la cuestión del Derecho romano en la polémica de la codificación, limitando su análisis a tres autores: Marcos Burriel, Jovellanos y Martínez Marina, los tres antiromanistas y defensores de una historia y estudio del Derecho español independiente del Derecho común, lo que explicaría que al ser estos autores los padres de la Historia del Derecho en España ésta se cultive todavía hoy como una cosa al margen e independiente de la historia del Derecho común.

En la discusión subsiguiente intervinieron Mustino, Catalano, Bonet, Gilbert, Fuenteseca, Clavero, Ghisalberti, Pérez Martín y Donedo y en ella se trató del posible paralelismo entre la Bética y otras provincias romanas,

v. gr., con Cerdeña con inscripciones púnicas todavía en el siglo II, la Const. Antoniana más que explicarla en base a una motivación económica podría explicarse en base al propósito de reconstruir un Imperio Universal al estilo del de Alejandro Magno, necesidad de examinar qué es lo que la Península Ibérica aportó al Derecho romano, el antirromanismo de algunos de los «padres» de la Historia del Derecho español podría explicarse porque no eran juristas, sino teólogos y para ellos el Derecho romano era «chino», conveniencia de prestar atención al elemento eclesiástico como vía principal por la que se introduce el Derecho romano en la Península, atención excesiva que se presta a los monumentos legales medievales y olvido de los documentos de aplicación y literatura jurídica, etc.

Tanto las comunicaciones como las intervenciones en las discusiones todos los participantes del coloquio las estimaron de sumo interés y dado el poco tiempo que se dispuso para el estudio y discusión de los temas tratados se puso de manifiesto la conveniencia de continuar con intervalos regulares este tipo de encuentros institucionalizándolos mediante la fundación de una asociación Italo-Española que se encargara de promocionar este tipo de contactos.

ANTONIO PÉREZ MARTÍN

PROYECCION DE HISTORIADORES DEL DERECHO ESPAÑOLES EN HISPANOAMERICA

Durante el mes de octubre de 1980, don Alfonso García-Gallo visitó varias Universidades americanas para participar en diversos actos científicos organizados por las mismas.

En Santiago de Chile asistió al Simposio celebrado en la Escuela de Derecho de la Universidad Nacional sobre «La Ciencia Jurídica indiana», en el que habló del tema de «La proyección en Indias de la Ciencia Jurídica española». Al término del mismo se trasladó a Valparaíso para intervenir en los Coloquios sobre Historia del Derecho indiano que tuvieron lugar en las Escuelas de Derecho e Historia de la Universidad Católica de aquella ciudad.

En la Universidad de Buenos Aires el profesor García-Gallo recibió la investidura de «Doctor honoris causa» en un acto solemne presidido por el Excmo. Mgco. Sr. Rector de dicha Universidad al que asistió entre otras personalidades don Claudio Sánchez-Albornoz. La lección del profesor García-Gallo versó sobre «La intervención de Pinelo y Solorzano en la elaboración de la Recopilación de Indias».

Asimismo, don Alfonso García-Gallo participó en las jornadas de trabajo del Congreso sobre «La ciudad indiana», conmemorativo del IV Centenario de la segunda fundación de Buenos Aires por Juan de Garay, en cuyo acto de clausura pronunció una conferencia sobre el tema «De la ciudad castellana a la ciudad indiana», que será publicada en las Actas del Congreso.

Por las mismas fechas, el profesor Sánchez Bella recibía la investidura

de Profesor Honoris Causa por la Universidad Católica de Valparaíso en un acto solemne presidido por el Rvmo. Sr. Arzobispo de aquella ciudad y los Excmos. Sres. Rector y Vicerrector Académico de dicha Universidad. El profesor español disertó sobre «El gobierno de las Indias bajo los Austrias».

También asistió el profesor Sánchez Bella al Congreso de Buenos Aires, al que presentó una extensa comunicación sobre «Las Ordenanzas de nuevos descubrimientos, poblaciones y pacificaciones de 1573», trasladándose al finalizar éste, a Caracas para participar en el IV Congreso Venezolano de Historia al que presentó una comunicación sobre «El Tribunal de Cuentas de México (siglo XVII)».

En la Universidad de Estudios Extranjeros de Kyoto pronunció la lección inaugural sobre «Visitadores de Indias» en la sede del Instituto de Intercambio Internacional de dicha Universidad.

Finalmente, el 29 de noviembre del presente año, respondiendo a las invitaciones del Instituto Mexicano de Cultura y de la Universidad Nacional Autónoma de México, el profesor García-Gallo se trasladó a esta capital para participar en varios actos culturales.

En el Instituto Mexicano de Cultura, el 1 de diciembre, en el Salón de Actos del mismo, en la Casa de Cultura y presidido por el Director del Instituto, Licenciado Miguel Alemán, ex presidente de México; el doctor Guillermo F. Margadant S., tomó posesión de su cargo de Presidente de la Academia Mexicana de Historia de las Instituciones Jurídicas disertando sobre las «Leyes de Burgos». En el mismo acto, el profesor García-Gallo fue recibido como académico correspondiente del Instituto en España, pronunciando una conferencia sobre «La ordenación jurídica de la colonización española anterior a la conquista de la Nueva España». Se le hizo entrega de un diploma acreditativo con la correspondiente investidura de toga e imposición de insignias.

En el mismo Instituto, el día 4, el profesor García-Gallo dio una conferencia sobre «La reforma del Derecho Indiano en la época borbónica».

En el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, el día 30 de noviembre, se le rindió un homenaje en reconocimiento por la extraordinaria labor como investigador y profesor de la Historia del Derecho Español e Indiano que tanta relevancia ha tenido en los estudios del Derecho patrio. El acto fue presidido por el Director doctor Jorge Carpizo, interviniendo en el mismo las profesoras doña Beatriz Bernal y doña M.^a del Refugio González, investigadoras del Instituto. El profesor García-Gallo dio una conferencia sobre «El proceso formativo del Derecho Indiano», entregándosele un diploma acreditativo del homenaje.

El día 2 de diciembre se celebró un acto en el Seminario de Derecho Romano e Historia del Derecho, de la Escuela de Derecho, presidido por las autoridades de la Facultad. En dicho acto, el director del Seminario, doctor Margadant, expuso las razones que motivaron dicho acto, y se descubrió una placa que da nombre al «Salón de Historia del Derecho Indiano Alfonso García-Gallo, diciembre 1981».

El día 3 el profesor García-Gallo asistió a un almuerzo con las autoridades de la Facultad.

VI CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

En la ciudad de Valladolid (España) se celebró, del 12 al 19 de diciembre de 1980, el VI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, que fue organizado en esta ocasión por la Comisión presidida por los profesores Alfonso García-Gallo de Diego y Demetrio Ramos Pérez. El Congreso, que reúne desde 1966, cada tres años, a los miembros de dicho Instituto junto a invitados especiales, se reunió en España, como se previó en el anterior realizado en Ecuador, en homenaje a su jubilación como catedrático de Historia del Derecho Español e Indiano, en la Universidad de Madrid, del doctor García-Gallo, Presidente del Instituto, al que éste decidió dedicarle la publicación de los trabajos presentados en el Congreso.

Durante la semana que duró la reunión científica, las actividades fueron múltiples, destacando las diez sesiones de trabajo, que trataron de importantes temas de la Historia del Derecho Indiano. La participación fue crecida en número de congresistas, fundamentalmente miembros del Instituto, en el que están integrados representantes de Argentina, Chile, Ecuador, España, Estados Unidos, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

Para la mejor organización y mayor aprovechamiento del Congreso se dividieron las ponencias presentadas en áreas temáticas, que fueron las siguientes. Sobre cuestiones generales y fuentes expusieron sus trabajos los profesores Alejandro Guzmán Brito: «La vigencia del Derecho romano en Indias según el jurista Juan del Corral»; Ismael Sánchez Bella: «Los 'Sumarios' de Montemayor»; Víctor Tau Anzoátegui: «Los bandos de buen gobierno de Buenos Aires en la época hispánica»; María Luz Alonso Martín: «Un jurista indiano: Juan Antonio Torquemada»; Adam Szasdi: «El libro segundo de oficio de Popayán: Justicia, gobierno político y militar y Real Hacienda»; Dora León Borja de Szasdi: «El libro segundo de oficio de Popayán (1573-1670)».

En cuanto al derecho público en general, presentaron sus ponencias los doctores Ricardo Zorraquín Becú: «El problema de los justos títulos en la Recopilación de 1680»; Guillermo Lohmann Villena: «El proceso de Atabalipe»; Daisy Rípodas Ardanaz: «Los indios y la figura jurídica del Rey durante el Quinientos»; Jorge Luján Muñoz: «Los caciques indios en la Audiencia de Guatemala: realidad y legislación»; Nelly Raquel Porro Girardi: «Rasgos medievales en la conquista de América: la institución de la Caballería a través de los cronistas peruanos»; María Lourdes Díaz-Trechuelo: «Filipinas en la Recopilación de Leyes de Indias»; Angel Sanz Tapia: «El Virreinato del Río de la Plata en cuanto al carácter especial de su fundación»;

María Angélica Figueroa Quinteros: «El Cabildo y el régimen jurídico de la construcción de obras públicas en Chile indiano».

De la gobernación espiritual trataron los profesores Alamiro de Avila Martel: «Actividades del Cabildo secular de Santiago de Chile en el campo eclesiástico durante el siglo XVI»; Paulino Castañeda Delgado: «Problemas sobre diezmos en las Antillas y Nueva España (1505-1585)»; Alberto de la Hera: «Los comienzos del Derecho misional indiano»; Norma Mobarec Asfura: «Libros de Derecho canónico en las Bibliotecas del Reino de Chile»; María Isabel Scoane: «Contenido espiritual del testamento indiano».

A la gobernación temporal se dedicaron trabajos de Fernando Muro Romero: «La Administración de Indias bajo los primeros Borbones»; Ana María Barrera García: «La materia administrativa y los órganos de gestión en Indias en el siglo XVIII»; José María Mariluz Urquijo: «El saber profesional del agente de la Administración en Indias»; Marta Milagros del Vas Mingo: «Salarios de oficiales reales en Indias en el siglo XVII»; Jesús Lalande Abadía: «La reserva de magistraturas indianas al Reino de Aragón»; Joaquín Salcedo Izu: «Instrucciones para Virreyes de Méjico bajo los Austrias»; Eduardo Martíre: «El recurso ante la R. Audiencia de las decisiones del Virrey»; Carlos Molina Argüello: «La Veragua de la Gobernación de Tierra Firme en la Recopilación de Indias»; Antonio Dougnac Rodríguez: «El teniente de Gobernador en el Reino de Chile: 1541-1609»; Guillermo Porras Muñoz: «La provisión de Gobernadores interinos de Nueva Vizcaya»; Andrés Lira González: «El término "comunidad" en la Recopilación de 1680»; Demetrio Ramos Pérez: «El sistema de creación de "establecimientos" en la época de Carlos III y sus carácter antitradicional: el caso de la Costa de Patagonia»; Alfredo Moreno Cebrián: «El Municipio indiano del siglo XVIII: El Regimiento de Lima».

La administración de justicia estuvo representada en los trabajos de José Sánchez-Arcilla Bernal: «Las fuentes de las Ordenanzas de Audiencia Antonio de Mendoza, 1548»; María Emma Montanos Ferrín: «Las Ordenanzas de la Audiencia de México del visitador Palafox»; Fernando Arvizu Gallarraga: «El Fiscal de la Audiencia indiana y su homónimo castellano. Notas para un estudio comparativo: siglos XVI y XVII»; Agustín Bermúdez Aznar: «La colegiación de los abogados en Indias»; Beatriz Bernal Gómez: «La visita de cárcel a la luz de la legislación indiana»; Pilar Arregui Zamorano: «Ordenanzas para el Tribunal de Cruzada de México»; Guillermo Floris Margadant: «La discusión sobre los fueros en la Nueva España de fines del siglo XVIII»; Abelardo Levaggi: «Aplicación del fuero militar en el Virreinato del Río de la Plata»; María del Carmen Purroy Turrillas: «Jurisdicción en Indias de los Capitanes Generales en causas militares (siglo XVII)».

Sobre la Hacienda real se expusieron las comunicaciones de Gisela Morazzani de Pérez-Enciso: «El régimen de la alcabala y su arancel en Venezuela»; Luisa Miller Estrada: «El ramo de sisa en la gobernación del Tucumán»; María Encarnación Rodríguez Vicente: «El derecho de media annata»; Marta Cuesta Figueroa: «Los propios del Cabildo de Salta»; Carlos René

Salinas Araneda: «Los oficiales reales en el siglo xvii. Apuntes para su estudio».

Al derecho de la economía dedicaron sus trabajos los profesores Gonzalo Martínez Díez: «Los Almirantazgos de las Indias en el siglo xvi»; José Reig Satorres: «Actividad mercantil en el Reino de Quito»; Eufemio Lorenzo Sanz: «La tramitación de cartas de naturaleza en Indias en el siglo xvi para comerciantes»; Luis Navarro García: «Mercantilismo y sociedad estamental en la Recopilación de Indias»; José Muñoz Pérez: «La conversión de la Casa de la Contratación de Cádiz en Juzgado de arribadas. Estudio de sus repercusiones en el plano institucional»; María del Refugio González Domínguez: «Las notas al proyecto de Ordenanzas de minería de Joaquín Velázquez de León».

El Derecho privado y penal se contempló en la ponencia de los doctores Julio Medina Font: «Las especialidades del Derecho privado indiano»; José Luis de los Mozos de los Mozos: «Precedentes en el Derecho indiano del régimen de la posesión»; Francisco de Solano y Pérez-Lila: «La composición de tierras de 1631»; Roberto Ignacio Peña Peñalosa: «La aplicación del Derecho penal castellano-indiano: casos jurisprudenciales»; Lucio Mijares Pérez: «El contrabandista en Indias en el siglo xviii y la adecuación de los procedimientos penales».

En resumen, un amplio y variado Congreso, en el que intervinieron muy directamente para su celebración los profesores y colaboradores de la Universidad de Valladolid, don Lucio Mijares Pérez, don Julián B. Ruiz Rivera, don Angel Sanz Tapia, don Jesús Varela Marcos, doña Consuelo Cal Martínez y doña Nelda Herrero, y de la Universidad de Madrid, doña Concepción García-Gallo, doña Ana María Barrero García, doña María Luz Alonso Martín, don José Sánchez-Arcilla Bernal y don Alfredo Moreno Cebrián.

Se decidió por el Instituto incorporar entre sus miembros a las profesoras argentina Nelly R. Porro y mexicana María del Refugio González, junto al catedrático de Historia del Derecho español Fernando Arvizu Gallarraga.

Todas las actividades del Congreso, las dedicadas al Derecho indiano y al conocimiento en profundidad de las provincias de Valladolid, Palencia y Zamora, fueron posibles gracias a los esfuerzos de la comisión organizadora, en especial los doctores Ramos Pérez y García-Gallo, con la colaboración de las siguientes entidades y personalidades, bajo la presidencia de honor de S. M. el Rey Don Juan Carlos I: Instituto de Cooperación Iberoamericana, Universidad de Valladolid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, Diputaciones Provinciales de Valladolid, Palencia y Zamora, Ayuntamientos de Valladolid, Zamora, Toro y Madrigal de las Altas Torres, Delegaciones Provinciales de Cultura y de Turismo de Valladolid, Archivo General de Simancas, Museo Nacional de Escultura y don Eufemio Fontaneda.

FERNANDO MUÑOZ ROMERO.

SIMPOSIO SOBRE LAS LEYES DE INDIAS

Convocado por el Instituto Costarricense de Cultura Hispánica se ha celebrado en San José de Costa Rica durante los días 27 al 30 de octubre de 1981 un «Simposio Hispanoamericano sobre las leyes de Indias con motivo del III Centenario de la publicación de su recopilación».

En él se presentaron y fueron discutidas numerosas comunicaciones de las que cabe destacar por su interés histórico-jurídico: con carácter general «Las etapas del desarrollo del Derecho indiano», del profesor don Alfonso García-Gallo; «Los Padres Jerónimos y los primeros intentos de organización indígena española y su repercusión en la legislación (1517-1519) de don Pedro Julio Santiago Canario (de Santo Domingo). Los temas sociales y laborales fueron tratados en la «Encomienda y sociedad, el caso de Costa Rica», de don Carlos Meléndez Chavarri (Costa Rica); «La evolución del trabajo en Centroamérica y las leyes de Indias», de don Carlos Araya Pochet (Costa Rica); «Del repartimiento de mano de obra al endeudamiento, el impacto de la ley de 31 de diciembre de 1631 en Nueva España», de don Jacobo Schifter (Costa Rica); «El régimen de las tierras antes y después de la Recopilación», de don Francisco de Solano (España), y «Una residencia en Comayagua», de don Mario Martínez Castillo (Honduras). La doctora Beatriz Bernal Gómez (Méjico) expuso «Nuevas reflexiones sobre la visita de cárcel indiana y su supervivencia en el Derecho mexicano». Los aspectos jurídico-fiscales fueron objeto de las exposiciones sobre «Las leyes de Indias y la imposición sobre el oro en Venezuela», del doctor Eduardo Arcila Fariás (Venezuela), y «El control económico de las alhóndizas, historia y desarrollo», de don José de Jesús López Monroy (Méjico). El doctor Paúl Ganster (Costa Rica) comparó la composición y estructura social de «Los Cabildos eclesiásticos de México y Lima en el siglo XVIII». La doctora Marina Volio, profesora de Historia del Derecho de la Universidad de Costa Rica y Ministra de Cultura, aparte su intervención en el acto inaugural del Simposio, se ocupó de «Los diputados centroamericanos en la asamblea constituyente de Cádiz».

CREACION DEL INSTITUTO DE CIENCIAS JURIDICAS DEL CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

Como consecuencia de la política de integración de Institutos del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, el personal de carrera del mismo, destinado en los Departamentos de Historia del Derecho y Derecho Civil del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, así como los servicios, instalaciones y biblioteca hasta entonces adscritos a aquél, han pasado a formar parte del nuevo Instituto de Ciencias Jurídicas, centro plenamente depen-

diente del CSIC que da cabida a los antiguos institutos San Raimundo de Peñafort de Derecho canónico de Salamanca, los Departamentos de Derecho Internacional del desaparecido Francisco de Vitoria y los ya mencionados del Nacional de Estudios Jurídicos.

De esta forma, el nuevo y más amplio Instituto de Ciencias Jurídicas viene funcionando con pleno rendimiento desde 1980 respondiendo en su organización a la de los restantes Institutos del CSIC y desarrollando sus departamentos en distintas facetas un programa común de Investigación de acuerdo con las directivas del CSIC.

NUEVA COLABORADORA CIENTIFICA DEL INSTITUTO DE CIENCIAS JURIDICAS

En virtud de concurso-oposición celebrado en el mes de febrero del presente año, ha obtenido la plaza de Colaborador Científico del CSIC, con destino en el Instituto de Ciencias Jurídicas, especialidad en Historia del Derecho, la doctora doña María Luz Alonso Martín, hasta ahora profesora adjunta interina de la Universidad Complutense y asidua colaboradora de este ANUARIO.

NOVEDADES EN LAS CATEDRAS Y AGREGACIONES DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL

Las vacantes provocadas por la reciente jubilación de los profesores García-Gallo y Manzano, la creación de nuevas Universidades, así como la celebración de los correspondientes concurso-oposición para cubrir algunas agregaciones, ha dado lugar a numerosos cambios en el desempeño de las cátedras de nuestra disciplina.

En virtud de concurso de traslado los profesores don Rafael Gibert y Sánchez de la Vega ha pasado a desempeñar la cátedra de Historia del Derecho Español de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, don Francisco Tomás y Valiente, la de la Universidad Autónoma de Madrid; don Jesús Lalinde Abadía, la segunda cátedra de la Universidad Central de Barcelona; don José Manuel Pérez Prendes y Muñoz de Arracó, la tercera de la Universidad Complutense; don Benjamín González Alonso, la de la Universidad de Salamanca; don Joaquín Salcedo Izu, la de la Universidad de Zaragoza; don Aquilino Iglesia Ferreirós, la de la Universidad de Granada; don Agustín Bermúdez Aznar, la de la Universidad de Alicante, y, por último, previo concurso de acceso a la cátedra de la Universidad de Palma de Mallorca, don José Luis Bermejo Cabrero ha pasado a ocupar la de la Universidad de Extremadura.

Por concurso de acceso, los profesores don Bartolomé Clavero Salvador, don Gregorio Monreal Zía, don Fernando Arzivu Galarraga, don Gustavo Villapalos Salas y don José García Marín han pasado a desempeñar las cátedras de las Universidades de Cádiz, San Sebastián, León, La Laguna y Córdoba, respectivamente.

Tras la celebración de los correspondientes concurso-oposición en junio de 1980 y noviembre del corriente, don Joaquín Azcárraga Servet y don Antonio Merchán Alvarez han obtenido las plazas de profesor agregado de Historia del Derecho de las Universidades de Zaragoza y Granada, respectivamente.

Por concurso de traslado, el profesor adjunto de Historia del Derecho don Fernando Muro Romero ha pasado a desempeñar la vacante de Historia del Derecho Indiano en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Hispalense.

ULTIMAS TESIS DOCTORALES DE HISTORIA DEL DERECHO

En la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, el 12 de diciembre de 1977, Emilio de la Cruz Aguilar leyó su tesis doctoral titulada «El régimen de montes Segura (siglos XIII-XIX)». El Tribunal, presidido por don Leonardo Prieto-Castro y Ferrándiz, estaba constituido por don Francisco Hernández-Tejero y Jorge, don Juan Iglesias Santos, don Alfonso García-Gallo de Diego y don Rafael Gibert y Sánchez de la Vega, director de la tesis.

El estudio se centra en el conflicto entre el régimen de montes tradicional (fundado en los fueros y ordenanzas municipales) y el regulado por la Ordenanza de Montes de Marina de 31 de enero de 1748. La referencia geográfica no limita el campo de la tesis, puesto que se estudia con cierta extensión los efectos de la aplicación de la citada ordenanza de Marina a través de incursiones a territorios diferentes y del examen de los debates de las Cortes de Cádiz sobre el particular. Consta de tres partes diferenciadas: El régimen tradicional, el de montes de Marina y el posterior hasta el actual, que se estima prolongación del segundo. La investigación se ha llevado a cabo a nivel local, territorial y nacional y ha manejado básicamente documentación inédita, en particular la producida desde el inicio de aplicación de la Ordenanza de 1748. Concluye que los conflictos forestales obedecen a una inadecuación entre legislación positiva y realidad del régimen tradicional, producida a partir del régimen despótico-ilustrado hasta la actualidad.

El Tribunal concedió la calificación de sobresaliente «cum laude».

En la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el día 17 de junio de 1980, don Miguel Angel González de San Segundo defendió su tesis doctoral, presentada con el título de «Derecho prehispanico e instituciones indígenas en el ordenamiento jurídico indiano. Notas para su estudio», ante el tribunal integrado por los profesores don Alfonso García-Gallo de Diego, don Juan Manzano Manzano (director de la tesis), don José Maldonado Fernández del Torco, don Antonio Fernández-Galiano Fernández y don Julio Medina Font.

Tomando como punto de partida el hecho de que en las Indias conviven dos comunidades distintas y en cierto modo independientes entre sí (es

decir: la formada por los españoles y la integrada por los indígenas), así como que el Derecho indiano regula la vida social de ambas comunidades o «repúblicas», este ordenamiento jurídico resulta permeable, en alguna medida, al influjo de diversos elementos formativos de procedencia prehispánica o autóctona.

Este componente indígena se introduce en el Derecho indiano por medio de dos vías de penetración: por una parte, el reconocimiento y la inserción de algunas instituciones prehispánicas o autóctonas, que alcanzan así su supervivencia; y, por otra parte, la influencia ejercida por algunas otras instituciones del mismo origen en la configuración definitiva de aquel Derecho.

El objeto de investigación de este trabajo consiste en el estudio y la exposición de algunas de las más importantes o características manifestaciones de ese fenómeno.

Calificada de Sobresaliente «cum laude», esta tesis obtuvo posteriormente el Premio Extraordinario del doctorado.

El 11 de julio de 1980, en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, fue defendida la tesis doctoral de José Sánchez-Arcilla Bernal, titulada «La Administración de Justicia real en León y Castilla en la Baja Edad Media», y presentada bajo la dirección del profesor don Alfonso García-Gallo. El tribunal, presidido por el citado profesor, estaba integrado además por los profesores Maldonado Fernández del Torco, Guasp Delgado, Arias Bonet y Villapalos Salas, y decidió, por unanimidad, otorgar la calificación de Sobresaliente «cum laude».

El trabajo se centra principalmente en el estudio de la Administración de Justicia a nivel central y territorial. Tomando como punto de partida la figura del Rey y su función primordialmente judicial, se hace un estudio institucional de los órganos judiciales de la Corte: alcaldes de corte, alcaldes de alzada, la Audiencia Real y el Consejo Real. Es particularmente interesante el capítulo referente a la Administración territorial. En él se aborda de nuevo la ya casi tradicional polémica acerca de la dicotomía Adelantados Mayores-Merinos Mayores y se esclarecen muchos aspectos para una mejor comprensión de estas dos instituciones en base a un estudio metódico de las fuentes legislativas y documentales.

La construcción de la tesis descansa no sólo sobre una amplia bibliografía, sino también sobre las fuentes legislativas, documentales y narrativas que hacen factible, dentro de las limitaciones que las fuentes de este período ofrecen, una fiel reconstrucción del pasado histórico de cada una de las instituciones, contribuyendo de esta forma a completar el cuadro de la Administración castellana bajomedieval.

En la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el 14 de julio de 1980, defendió su tesis doctoral don Carlos René Salinas Arana, sobre el tema «De las Instituciones de Gobierno en Indias. Apuntes para su estudio sobre la base de algunas Descripciones de los siglos XVI y XVII», ante el Tribunal compuesto por don Alfonso García-Gallo, director de la

tesis, don José Maldonado y Fernández del Torco, don Juan Manzano Manzano, don Francisco Hernández Tejero y Jorge y don Julio Medina Font.

Como su título lo indica, sobre la base de los antecedentes proporcionados por algunas descripciones y relaciones de los siglos XVI y XVII, la tesis pretende reconstruir institucionalmente aquellas autoridades que de manera ordinaria o extraordinaria debían de ocuparse en el Gobierno de los territorios indianos, a saber, virreyes, presidentes-gobernadores, audiencias, gobernadores-capitanes generales, gobernadores, alcaldes mayores y corregidores.

En el tiempo, el estudio se limita a los años que van desde 1574 a 1659, fechas que abarcan las fuentes y que corresponden a las de redacción, incidentalmente de publicación, de las obras estudiadas; geográficamente no hay limitaciones más que la de referirse sólo a las autoridades de Gobierno en Indias.

Las fuentes utilizadas se limitan a seis, una relación y cinco descripciones. La relación es la obra de fray Juan de Torquemada, *Monarquía Indiana*, en la cual el A. sólo se limita al libro quinto. Las descripciones son las escritas por Juan López de Velasco, Antonio de Herrera, Antonio Vázquez de Espinosa y Juan Díaz de la Calle, de quien se usan dos manuscritos existentes en la Biblioteca Nacional y una obra impresa en Madrid en 1646.

El tribunal concedió la calificación de Sobresaliente «cum laude».

En la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra defendió, en el mes de junio, su Tesis Doctoral sobre «El Patrimonio indiano desde la Recopilación de 1680 al Nuevo Código de 1792» el colombiano don Manuel Barco Orduz. El trabajo, que ha sido dirigido por don Ismael Sánchez Bella, obtuvo la calificación de Sobresaliente «cum laude».

Al estudiar el IV Concilio Mexicano, el ilustre canonista de la Universidad de Sevilla, Manuel Giménez Fernández, creyó ver una notable acentuación de las prácticas del regalismo borbónico (que él calificó de «regalías mayestáticas»), tesis aceptada por algunos de sus discípulos. La teoría no pasa de ser una hipótesis de trabajo mientras no se estudie a fondo el alcance de las manifestaciones regalistas en Indias durante el siglo XVIII, tanto en la legislación como en la práctica jurídica y se realice la comparación con el regalismo indiano de la etapa anterior de los Austrias. La reciente publicación íntegra del manuscrito del Libro I del proyecto de Nuevo Código de Indias de 1792, que reguló minuciosamente las relaciones de Iglesia y Estado, permite el estudio comparativo con el regalismo del siglo XVII, que se refleja en las Leyes del Libro I de la Recopilación de 1680 y en las obras de autores como Solórzano, Frasco y Villarroel. La legislación eclesiástica del siglo XVIII puede conocerse con ayuda del Índice de Matraya (recientemente reeditado en Buenos Aires) y de las «Notas» a la Recopilación de Prudencio Antonio Palacios, José Lebrón y Salas y Rozas (también editadas en los últimos años).

Del examen de las 36 leyes del Nuevo Código de Indias que recogen no-

vedades en materia de Real Patronato respecto a la Recopilación de 1680, se desprende que, en cuanto a los principios que fundamentan la amplia y compleja institución patronal en Indias, no se encuentran variaciones significativas entre la regulación del siglo xvii y la del xviii. Las novedades son fruto de la aplicación del Derecho Tridentino, o de concesiones pontificias posteriores, o de interpretaciones legítimas del Derecho Canónico o de la interpretación que en materia de Patronato se reservaba el Rey.

No se podrá llegar a una conclusión válida sobre el regalismo indiano de los miembros de la Junta del Nuevo Código hasta tanto no se realicen otros trabajos sobre las demás materias reguladoras en el Libro I de ese proyecto. D. Deogracias Rosales ha iniciado ya el estudio de los preceptos referentes a los Obispos, que habrá que completar con otros sobre religiosos, diezmos, etc., tanto en el texto legal impreso como en las Actas de la Junta codificadora que se conservan manuscritos en el Archivo General de Indias.

TESIS DOCTORALES PREMIADAS

De los premios que la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense ha concedido a las tesis leídas en la misma durante el año 1980, dos han recaído en tesis, cuyo objeto de estudio se centraba en temas de nuestra disciplina. Se trata de las presentadas por los doctores don Miguel Angel González San Segundo, dirigida por el profesor don Juan Manzano, con el título «Derecho prehispánico e instituciones indígenas en el ordenamiento jurídico indiano», y don José Sánchez-Arcilla Bernal, dirigida por el profesor don Alfonso García-Gallo, con el título «La Administración de justicia real en León y Castilla en la Baja Edad Media». Esta última ha sido también galardonada con el premio correspondiente al área de Ciencias Jurídicas concedido por la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, de Santander.

Asimismo la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra acordó premiar la tesis presentada por la doctora doña Teresa Jiménez Candela, con el título «El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal», dirigida por el profesor don Alvaro d'Ors.

La redacción del ANUARIO, al tiempo que se complace en dar esta noticia, desea expresar su felicitación a los nuevos doctores, así como a los directores de las tesis.

PROYECTO DE UN «CORPUS IURISTARUM HISPANORUM»

I: *Razón de ser del proyecto.*

La Historia del Derecho, como toda historia, se reduce fundamentalmente a una historia de actuaciones y comportamientos humanos. En ella el elemento personal es decisivo.

Esto cobra un sentido particular si nos referimos a la Historia del Derecho en la Baja Edad Media y en especial al fenómeno de la recepción del Derecho común. La recepción del Derecho común se reduce, en definitiva, a un problema de personas. Es, por encima de todo, un fenómeno protagonizado por los juristas, esa nueva clase social que surge en la Edad Media de las Universidades recién fundadas.

La recepción del Derecho común es fundamentalmente un fenómeno de difusión de una determinada ciencia jurídica que se cultivaba en las Universidades. No se lleva a cabo por la vía decisionista, de arriba abajo, sino que tiene lugar principalmente en el plano de la práctica judicial y notarial y es protagonizada por los juristas de formación académica. Por eso el problema de la recepción del Derecho común sólo se plantea cuando existen Escuelas jurídicas o Facultades de Derecho, que previamente cultivan y enseñan ese Derecho.

De poco vale que el Rey o las Cortes dicten una disposición indicando cuáles son los libros que los jueces deberán aplicar en sus decisiones, si nos encontramos que esos jueces en su gran mayoría no saben leer o no tienen una formación suficiente para comprender y aplicar las disposiciones legales.

En consecuencia, para estudiar el fenómeno de la recepción en la Península Ibérica, la vía más adecuada no será el examen de los textos legales, las más de las veces de una vigencia práctica más que dudosa, sino el examen de la práctica judicial y notarial, tratando de fijar cuáles eran los libros jurídicos de que disponían los jueces y abogados, escribanos y notarios. En una palabra, habrá que tratar de precisar cuál era su formación jurídica.

Limitándonos a este último aspecto puede afirmarse tajantemente que si queremos precisar desde cuándo existió en la Península Ibérica la recepción del Derecho común y cuál fue su alcance, si se redujo a un sector eclesiástico, a un sector cercano a la corte real o si alcanzó también a las localidades más lejanas e incluso hasta las más pequeñas, bastará con tratar de precisar dónde estuvo presente esta nueva clase social de los juristas, qué importancia social tuvo, etc., porque se puede dar por seguro que si estos juristas habían estudiado sólo el Derecho común, en su vida profesional ese sería el Derecho que aplicarían en la práctica.

Por ello sería conveniente realizar un «Corpus Iuristarum Hispanorum» referido al Medioevo, es decir, un catálogo de los estudiantes y «profesores» de Derecho españoles en la Edad Media.

II. Contenido del «Corpus Iuristarum Hispanorum».

Cronológicamente el «Corpus» se extenderá en principio desde el siglo XI al siglo XV, aunque posteriormente, durante la realización del mismo, podría considerarse la conveniencia de ampliarlo hacia atrás y hacia adelante.

Desde el punto de vista de la materia se referirá fundamentalmente al Derecho, comprendiendo tanto a los legistas o civilistas como a los canonistas. Accesoriamente se recogerán también, al menos en un principio, las

personas dedicadas a otras materias, como Artes y Teología, debido a que los juristas antes o después de los estudios jurídicos frecuentemente realizaban estudios «artísticos» o teológicos.

Geográficamente se refiere a las personas que estudiaron Derecho en las Escuelas o Estudios de la Península y a los españoles (en sentido amplio) que estudiaron Derecho en Universidades extrapeninsulares, tanto si su posterior actuación se desarrolló en la Península como si actuaron fuera de la misma.

Con respecto a los datos que sobre cada una de las personas se habrán de recoger serán los máximos posibles que puedan iluminar el fin que se pretende: la recepción del Derecho común. Entre ellos se contarán, por vía de ejemplo, los siguientes:

- Nombre, apellidos, apodos de cada jurista.
- Padres, hermanos, hijos y otros parientes.
- Lugar y fecha de nacimiento y muerte.
- Procedencia social:
 - Clérigo, religioso o laico.
 - Nobleza, burguesía (artesanos, mercaderes, artes liberales, etcétera), pueblo llano.
- Estudios realizados:
 - Materias, fechas (duración) y lugares.
 - Profesores y colegas.
- Grados académicos conseguidos: bachiller, licenciado, doctor, profesor (discípulos que tuvo).
- Obras inéditas y publicadas.
- Cargos y funciones desempeñadas: fechas (duración) y lugares.
- Fuentes: inéditas, publicadas y bibliografía.

III. Fuentes del «*Corpus Iuristarum Hispanorum*».

Las fuentes que para la realización del «Corpus» se habrán de examinar fundamentalmente se pueden referir a dos grandes grupos:

- a) Las referentes a las Escuelas y Estudios jurídicos: matrículas universitarias, rótulos pontificios, libros de actas y expedientes, etc.
- b) Las referentes a la actuación profesional de los juristas, tanto en la administración eclesiástica como en la estatal o laica: colecciones diplomáticas, libros de los diversos organismos, etc.

El examen de estas fuentes ofrece dificultades casi insuperables. En primer lugar, aunque muchas de estas fuentes están publicadas, la inmensa mayoría están todavía sin publicar. En segundo lugar se trata de materiales con grandes lagunas (muchas de las fuentes al respecto se han perdido si alguna vez existieron) y las que se conservan tienen a veces una voluminosidad gigantesca (centenares de volúmenes de actas y expedientes) que dificultan su consulta. Una tercera dificultad proviene de que, a pesar de la voluminosidad de las fuentes, los datos que éstas contienen para el obje-

tivo propuesto son con frecuencia escasos e imprecisos, con lo que resulta muy difícil y a veces imposible la identificación de las personas.

La magnitud y dificultad de la empresa no debe desanimarnos. No se trata de que en un espacio de tiempo determinado una sola persona examine todas las fuentes al respecto, lo cual sería de todo punto de vista imposible. Simplemente se trata de un programa de trabajo, en el que puede colaborar una o más personas y que se llegará hasta donde se pueda. El camino andado podrá ser siempre continuado y los resultados obtenidos en un determinado momento podrán ser posteriormente enriquecidos y completados.

La realización del proyecto se verá facilitada con la colaboración que al mismo presten los interesados en el tema. Se establecerá un servicio de intercambio de noticias al respecto. El proyecto se dará a conocer en los Departamentos de Historia Medieval y de Historia del Derecho de las diferentes Universidades españolas, con el fin de que quien disponga de datos inéditos o generalmente desconocidos sobre un jurista determinado o precise datos sobre el mismo se ponga en contacto con el realizador del proyecto, quien desde este momento se pone al servicio de todos los interesados para poner a su disposición los datos recogidos y agradecer los datos que le suministren.

IV. *Utilización de los datos recogidos.*

Debido a la magnitud de los datos a recoger, éstos se tratarán de acuerdo con los modernos adelantos de la electrónica. De acuerdo con el fin propuesto y los posibles intereses de otros estudiosos se elaborará un programa para la inclusión de todos los datos recogidos hasta el momento y los que posteriormente se recojan en computadoras. De este modo se podrán obtener los resultados que arrojen millares de fichas sobre los temas que nos interesen en espacios de tiempo brevísimos, sin tener que gastar horas interminables en el examen de las mismas, con la pérdida de tiempo que esto supone y las posibilidades de error que ello implica.

Estos resultados, obtenidos de este modo, podrán ser la base de innumerables estudios relacionados con los juristas en la Edad Media. Si se considerara necesario o conveniente, no obstante, estar los datos recogidos en las computadoras a disposición de los interesados, en base a los mismos se podrían confeccionar un repertorio o diccionario de los juristas en la Edad Media, en el que se recogieran los datos más importantes sobre los mismos y publicarlos.

Francfort del Main, 24-1-1981.

ANTONIO PÉREZ MARTÍN
Max Planck Institut
Freiherr-vom-Stein-Str. 7
D-6000 Frankfurt am Main 1